

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

7-8/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

F. TUCCILLO, <i>Recidiva “temperata” e prescrizione: al vaglio delle sezioni unite lo status di circostanze aggravanti a effetto speciale delle ipotesi qualificate</i>	5
A. GALANTI, <i>La prova dell’intestazione fittizia di beni con particolare riguardo alle quote e ai beni societari</i>	23
D. PULITANÒ, <i>Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica</i>	47
F. COLAIANNI – D. COLOMBO, <i>Quando i soldi sono infetti. Una nuova pronuncia delle Sezioni Unite ribadisce che la confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo è sempre “diretta”</i>	59
A. PRESUTTI, <i>Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale</i>	73
C. CUCINOTTA, <i>I reati di riduzione in schiavitù, in servitù e di sfruttamento lavorativo nella prospettiva comparata</i>	95
G. ARDIZZONE, <i>Tsonyo Tsonev c. Bulgaria: un’occasione per riflettere sulla portata del ne bis in idem “europeo”</i>	141
F. LAZZARINI, <i>La remissione di querela intervenuta dopo la sentenza di patteggiamento: il rito negoziato non osta (più) alla declaratoria di non punibilità nel giudizio di cassazione</i>	155

7-8/2022

**RECIDIVA “TEMPERATA” E PRESCRIZIONE:
AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE LO STATUS DI CIRCOSTANZE
AGGRAVANTI A EFFETTO SPECIALE DELLE IPOTESI QUALIFICATE**

*Nota a Cass., Sez. II, ord. 14 dicembre 2021 (dep. 8 febbraio 2022), n. 4439,
imp. Cirelli, Pres. Gallo, Rel. Recchione*

di Francesco Tuccillo

Era stato chiesto alle Sezioni Unite di stabilire se la recidiva aggravata e quella reiterata mantengano lo status di circostanze aggravanti a effetto speciale anche nelle ipotesi in cui l'aumento sanzionatorio, in base alla regola di cui all'art. 99 comma 6 c.p., sia circoscritto entro un terzo della pena prevista per il delitto non colposo contestato al recidivo. Con informazione provvisoria n. 11/2022 del 23 giugno u.s., è stata fornita risposta negativa. Il presente commento analizza la questione oggetto di contrasto, muovendo rilievi critici alla soluzione suggerita nell'ordinanza di rimessione e verosimilmente fatta propria anche dal supremo organo della nomofilachia. In attesa di leggere le motivazioni della sentenza, infatti, appare evidente come i Giudici di legittimità abbiano condiviso la linea interpretativa secondo cui l'asserita esigenza di salvaguardare la certezza delle norme sostanziali sulla prescrizione autorizzi una scissione in malam partem del binomio sanzione-prescrizione, confermando l'aumento del termine anche nelle ipotesi in cui non si rispetti più il requisito dell'art. 63 comma 3 c.p. Un'operazione di questo tipo appare distonica rispetto alle rationes degli istituti coinvolti e affatto necessitata dai paventati deficit di conoscibilità e prevedibilità dei rispettivi precetti.

SOMMARIO: 1. Le questioni rimesse alle Sezioni Unite – 2. I termini del contrasto – 2.1. La soluzione suggerita nell'ordinanza di rimessione – 2.2. – L'informazione provvisoria n. 11/2022 – 3. Il fondamento del legame tra prescrizione e recidiva qualificata – 4. Le aporie insite nella scissione del binomio sanzione-prescrizione – 4.1. L'auspicio (disatteso) del riconoscimento delle ipotesi di recidiva qualificata come circostanze aggravanti “eventualmente a effetto speciale” – 4.2. Alcune osservazioni conclusive sull'art. 161 comma 2 c.p.

7-8/2022

1. Le questioni rimesse alle Sezioni Unite.

Con ordinanza n. 4439/2022¹, la seconda sezione della Corte di Cassazione aveva chiesto alle Sezioni Unite di stabilire “se il limite dell’aumento della pena correlato al riconoscimento della recidiva qualificata previsto dall’art. 99 c.p., comma 6 (a) incida sulla qualificazione della recidiva prevista dai commi 2 e 4 dell’art. 99 c.p., come circostanza ‘ad effetto speciale’, (b) influisca sulla determinazione del termine di prescrizione”.

Le Sezioni Unite, dunque, dovevano chiarire se la suddetta previsione precludesse “a monte” l’aumento del termine previsto dall’art. 157 comma 2 c.p., ovvero, in caso di risposta negativa, in che misura l’art. 99 comma 6 c.p. fosse in grado di influenzarne l’incremento.

Conseguentemente, andava stabilito se la recidiva “temperata” o “a effetti limitati” andasse considerata come ipotesi sostanziale a tutte le varie forme dell’istituto, impedendo così anche l’aumento massimo del termine prescrizione che l’art. 161 comma 2 c.p. riconnette esplicitamente alle ipotesi di recidiva aggravata e reiterata.

Prima di analizzare le implicazioni della risposta fornita dalla S.C., appare opportuno un breve riepilogo degli orientamenti oggetto del contrasto.

2. I termini del contrasto.

L’ordinanza di remissione rileva l’esistenza di due distinte correnti giurisprudenziali circa la capacità del sesto comma dell’art. 99 c.p. di incidere non soltanto sull’aumento di pena, ma anche sul fronte del differimento del *dies ad quem* della causa estintiva del reato.

Secondo un primo gruppo di pronunce, tra cui spicca la sentenza *Graniello*² del 2019, la limitazione *de qua* agirebbe esclusivamente *quoad poenam*, senza avere anche la capacità di interferire sulla qualifica astratta della recidiva. In altri termini, l’art. 99 comma 6 c.p. non altererebbe in alcun modo la natura della recidiva come circostanza a effetto speciale; contestualmente, però, la sua operatività aumenterebbe il termine di prescrizione in maniera corrispondente alla pena applicabile nel caso concreto.

Detta tesi, in particolare, si ricollega all’opinione (pacifica in giurisprudenza) secondo cui, nelle ipotesi di concorso tra circostanze a effetto speciale, se la seconda circostanza produce un aumento inferiore al terzo o addirittura nullo, essa mantiene comunque la propria qualifica: la circostanza – in base alla regola generale di cui all’art.

¹ Cass., II sez. pen., ord. 14 dicembre 2021 (dep. 8 febbraio 2022), n. 4439, *Cirelli*, pubblicata in questa *Rivista* il 24 marzo 2022, con nota di S. PRANDI, [L’incidenza dei limiti all’aumento della pena ex art. 99, comma 6, c.p.: l’ordinanza di remissione alle Sezioni Unite](#).

² Cass., V sez. pen., sent. 24 settembre 2019 (dep. 29 ottobre 2019), n. 44099, *Graniello*, Rv. 277607-01. Nello stesso senso, cfr. anche Cass., VI sez. pen., sent. 7 luglio 2015 (dep. 29 dicembre 2015), n. 51049, *Volpe*, Rv. 265707.

7-8/2022

63 comma 4 c.p. – resta astrattamente a effetto speciale anche se, nel caso concreto, non viene applicata perché ritenuta meno grave³.

Se, pertanto, la recidiva non perderebbe il suo inquadramento teorico neanche quando “temperata”, sul fronte dell’espansione del termine, però, l’orientamento in commento riconosce alla stessa la capacità di determinarne un aumento “ibrido”, generato dall’incontro “a metà strada” tra la negazione dello stesso e la sua applicazione “tipica”: il termine di prescrizione andrebbe aumentato della frazione corrispondente all’incremento potenziale della pena nel caso concreto, e non nella proporzione astrattamente prescritta per ciascuna forma di recidiva aggravata o reiterata⁴.

La soluzione in parola, inoltre, andrebbe confinata solamente al computo del termine-base di cui all’art. 157 c.p., ma non coinvolgerebbe anche la regola di cui all’art. 161 comma 2 c.p., la cui estensione «deve essere calcolata “in ogni caso” in cui l’interruzione sia riferita ad un reato aggravato dalla recidiva qualificata ai sensi dei commi 2 e 4 dell’art. 99 c.p.»⁵.

A fronte di questo orientamento tradizionale, la terza sezione della Cassazione, nel 2020, ne ha inaugurato uno decisamente meno fantasioso, sostenendo che la limitazione di cui all’art. 99 comma 6 c.p. privi la recidiva della sua qualifica di circostanza a effetto speciale in tutti quei casi in cui l’aumento concreto di pena non consenta il superamento della soglia di un terzo del limite edittale del reato contestato al recidivo⁶.

Tale tesi si colloca nel solco di quanto stabilito dalle Sezioni Unite nel 2017⁷, le quali, valorizzando una lettura “restrittiva” del portato dell’art. 63 c.p., hanno precisato come, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le «circostanze c.d.

³ *Ex plurimis*, cfr. ancora Cass., V sez. pen., sent. 24 settembre 2019, n. 44099, *Graniello*, cit., par. 3, ove, appunto, si afferma che «ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, deve aversi riguardo, in caso di concorso fra circostanze ad effetto speciale, all’aumento di pena massimo previsto dall’art. 63 comma 4 c.p. per il concorso di circostanze della stessa specie, a nulla rilevando che l’aumento previsto da tale disposizione, una volta applicato quello per la circostanza più grave, sia facoltativo e non possa eccedere il limite di un terzo (Sez. 6, n. 23831 del 14/05/2019, *Pastore*, Rv. 275986-01). Il limite di un terzo derivante dall’applicazione di altra e più grave circostanza ad effetto speciale non fa venir meno la natura di circostanza ad effetto speciale della circostanza meno grave».

⁴ Di questo avviso, Cass, I sez. pen., sent. 20 settembre 2019 (dep. 28 novembre 2019), n. 48428, in *DeJure.it*.

⁵ Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 2.1.1. In questo senso, cfr. nuovamente Cass., VI sez. pen., sent. 7 luglio 2015, n. 51049, *Volpe*, cit., par. 4.4.1. e 4.4.2.

⁶ Cass., III sez. pen., sent. 3 novembre 2020 (dep. 9 dicembre 2020), S., n. 34949, Rv. 280504-02). Ivi, si afferma che l’applicazione pedissequa della regola di cui all’art. 63 c.p. non può che portare alla conclusione per cui «sono circostanze aggravanti ad effetto speciale solo quelle che determinano un aumento della pena superiore ad un terzo». In senso analogo anche Cass., III sez. pen., sent. 17 dicembre 2020 (dep. 24 febbraio 2021), n. 7138, Pres. Di Nicola, Rel. Corbetta, in *DeJure.it*, sebbene la stessa concluda in maniera differente circa le ricadute della recidiva temperata sugli atti interruttivi del corso della prescrizione. Su quest’ultimo punto, si v. *infra* par. 4.2.

⁷ Cass., SS.UU., sent. 9 giugno 2017 (ud. 27 aprile 2017), n. 28953, S.A., Pres. Canzio, Rel. Gallo, Rv. 269784-01. Nello stesso senso, cfr. più di recente anche Cass., VI sez. pen., sent. 7 novembre 2019 (dep. 27 dicembre 2019), n. 52011, *Belgiorno*, Rv. 27855-02, ove la S.C. ha puntualizzato come il cumulo giuridico delle pene di cui all’art. 63, comma 4, c.p. «non opera in caso di concorso tra circostanze ad effetto speciale ed aggravanti indipendenti, potendo queste ultime essere assimilate a quelle ad effetto speciale solo allorché comportino un aumento superiore ad un terzo».

indipendenti che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo non rientrano nella categoria delle circostanze ad effetto speciale».

Seguendo questo ordine di idee, allorché, per effetto del “temperamento”, non si possa produrre un aumento superiore a un terzo, la recidiva verrebbe depauperata della sua qualifica di circostanza aggravante a effetto speciale, con ovvie ricadute sul calcolo del termine prescrizionale, che non subirebbe incrementi.

2.1. La soluzione suggerita nell'ordinanza di remissione.

L'ordinanza di remissione proclama subito di non voler «dare continuità» a nessuno dei due orientamenti descritti, suggerendo alle Sezioni Unite una “terza via”.

A giudizio del Collegio remittente, la correlazione tra prescrizione e sanzione sarebbe «giustificata semplicemente dal fatto che il tempo di prescrizione dipende dalla gravità del reato, espressa, in modo simbolico ma efficace, dalla entità della sanzione»; quest'ultima, inoltre, rileverebbe «nella sua dimensione astratta» e «non certo in quella concreta determinata dalla mediazione valutativa dei giudici, che hanno quantificato le sanzioni inflitte al recidivo con le precedenti condanne»⁸.

L'abisso che intercorre tra i due istituti sarebbe reso ancor più profondo dall'analisi della «differente proiezione finalistica» degli stessi, posto che, mentre «la prescrizione è finalizzata a stabilire, in via generale ed astratta, quale sia il tempo durante il quale lo Stato conserva l'interesse a perseguire le condotte penalmente rilevanti», le «regole che pertengono allo statuto della sanzione», di contro, avrebbero «il diverso scopo di adeguare la pena alla gravità concreta della condotta».

La soluzione prospettata alle Sezioni Unite, pertanto, era quella di circoscrivere la mitigazione di cui all'art. 99 comma 6 c.p. al solo statuto della sanzione, senza estenderla automaticamente anche a quello della prescrizione.

In particolare, si argomenta che «tarare il tempo per prescrivere sul *quantum* della pena specificamente inflitto con le precedenti condanne» genererebbe una «individualizzazione del tempo di prescrizione, ontologicamente incompatibile con la sua natura di elemento “di struttura” del reato». Di contro, la «natura “generale” delle norme penali, identificate in astratto dalla triade “condotta-sanzione-prescrizione”» sarebbe «ostativa alla legittimazione di un termine di prescrizione flessibile, dipendente dalla specifica biografia criminale dell'accusato emergente dai pregressi accertamenti processuali».

L'impianto motivazionale di tale proposizione corre lungo due direttrici principali.

Anzitutto, il Collegio ribadisce la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, con conseguente, intransigente, assoggettamento della stessa al principio di legalità, nelle sue articolazioni “multilivello”.

⁸ Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 3.

L'esigenza di salvaguardare i requisiti di «generalità, astrattezza e prevedibilità»⁹ della norma precluderebbe *in radice* la possibilità di assegnare una qualsivoglia «rilevanza alla quantificazione concreta della pena inflitta, né al procedimento in cui viene riconosciuta la circostanza, né nei precedenti processi che segnano il percorso criminale del recidivo».

La «specificità» del *quantum* della condanna – in quanto «legge del caso concreto» – mal si attaglierebbe, sul fronte della prescrizione, ai requisiti delle norme sostanziali penali, che «devono essere generali, ovvero indipendenti da mediazioni processuali, ontologicamente individuali». Se si riconoscesse alla recidiva «a effetti limitati», per quanto anch'essa norma generale e astratta, la capacità di incidere non solo sulla pena, ma anche sulla individualizzazione del termine prescrizione, quest'ultimo diverrebbe inaccettabilmente «“a geometria variabile” (...) con conseguente dispersione del requisito della “generalità”».

Se si appoggiasse un simile «allineamento tra sanzione inflitta in concreto e determinazione del termine di prescrizione», si finirebbe, cioè, per ledere il principio di legalità, la cui salvaguardia impone, di contro, una disciplina «omogenea per tutti gli autori di reati aggravati da circostanze ad effetto speciale».

La seconda argomentazione investe direttamente l'interpretazione letterale dei commi 2 e 3 dell'art. 157 c.p.

In sintesi, l'aumento massimo del termine di prescrizione, derivante dalla sussistenza di una circostanza aggravante a effetto speciale, andrebbe calcolato «al netto del temperamento sanzionatorio previsto dall'art. 99 comma 6 cod. pen.»¹⁰, sostanziandosi in una generalizzata ininfluenza delle «valutazioni giudiziali, concrete ed individuali» sull'aumento del termine. Deporrebbe in tal senso il richiamo a quella giurisprudenza, ormai costante, secondo cui la recidiva qualificata conserva la sua capacità di determinare il termine di prescrizione sia in caso di concorso di circostanze *ex art. 63 comma 4 c.p.*¹¹, sia quando, all'esito di giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, essa sia stata ritenuta equivalente o subvalente rispetto alle circostanze attenuanti¹².

⁹ Cfr. il par. 4 di Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., ove il collegio riepiloga che «se il tempo di prescrizione “compone” la norma penale strutturandola e definendo, di fatto, la gravità della violazione, la relativa disciplina, come tutte le norme di diritto penale sostanziale, deve essere (a) “generale”, ovvero contenere previsioni omogenee per tutti i consociati, (b) “astratta” ovvero essere strutturata in modo indipendente da accertamenti giudiziari relativi a casi individuali, (c) “prevedibile” dal destinatario».

¹⁰ Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 5.

¹¹ La massima richiamata è quella secondo cui «ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, deve aversi riguardo, in caso di concorso fra circostanze ad effetto speciale, all'aumento di pena massimo previsto dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., per il concorso di circostanze della stessa specie, a nulla rilevando che l'aumento previsto da tale disposizione, una volta applicato quello per la circostanza più grave, sia facoltativo e non possa eccedere il limite di un terzo». Aderiscono a tale orientamento Cass., VI sez. pen., sent. 14 maggio 2019 (dep. 29 maggio 2019), n. 23831, *Pastore*, Rv. 275986-01; Cass., II sez. pen., sent. 3 ottobre 2013 (dep. 26 novembre 2013), n. 47028, *Farinella*, Rv. 257520; Cass., II sez. pen., sent. 10 maggio 2012 (dep. 31 luglio 2012), n. 31065, *Lo Bianco*, Rv. 253525-01. Nello stesso senso, cfr. anche Cass., II sez. pen., sent. 15 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 32656, Rv. 259833-01.

¹² Detto orientamento sostiene, per l'appunto, come, ai fini della prescrizione del reato, occorre «tenere conto delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, anche ove le stesse siano considerate subvalenti nel giudizio di bilanciamento con le concorrenti circostanze attenuanti», dal momento che «l'art. 157, comma 3, cod. pen. esclude espressamente che il giudizio di cui all'art. 69 cod. pen. abbia incidenza sulla determinazione della

7-8/2022

La totale indifferenza dell'aumento di pena inflitto per la recidiva (anche quando nullo, all'esito di bilanciamento) rispetto alla estensione del termine prescrizione, significherebbe l'erroneità dell'orientamento adottato dalla Cassazione nella citata sentenza *Graniello*; quest'ultima, infatti, «importa» la regola dell'art. 99 comma 6 c.p. «nello statuto della prescrizione», attribuendole, in maniera errata, la capacità di aumentare il termine di prescrizione nell'esatta misura in cui viene incrementata la pena del delitto non colposo, contestato al recidivo qualificato¹³.

Concorrerebbe a tale lettura anche l'art. 161 comma 2 c.p., in quanto la formulazione testuale della disciplina dell'interruzione, richiamando esplicitamente i soli commi 2 e 4 dell'art. 99 c.p., indicherebbe che le estensioni del termine della metà e dei due terzi (rispettivamente previste nei suddetti casi) siano postulate in misura fissa, senza, cioè, risentire della pena applicabile in concreto.

La Corte, infine, critica l'orientamento recentemente inaugurato nel 2020, aderendo al quale, pur venendo meno l'estensione del termine-base di prescrizione e la procedibilità d'ufficio nei casi di cui all'art. 649-bis c.p.¹⁴, nessun effetto verrebbe prodotto sull'aumento massimo previsto per gli atti interruttivi.

Pertanto, il Collegio propone che la recidiva, indipendentemente dalla "storia criminale" del reo, debba sempre mantenere la propria qualifica di circostanza aggravante a effetto speciale, incidendo estensivamente sull'aumento del termine di prescrizione.

Il rispetto del principio di legalità dovrebbe portare a concludere che l'aumento del termine per i reati aggravati dalla recidiva qualificata «non può che essere quello "tipico e generale" indicato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 99 cod. pen. E non certo quello, "specifico e individuale", correlato alla quantificazione delle sanzioni già inflitte al recidivo all'esito di precedenti giudizi»¹⁵. L'art. 161 comma 2 c.p., che «correla l'effetto estensivo solo al riconoscimento della recidiva prevista dai commi 2 e 4 dell'art. 99 cod. pen.», senza fare un altrettanto esplicito riferimento al limite previsto dal comma 6 dell'art. 99 c.p., confermerebbe la suddetta ricostruzione.

pena massima del reato». In questo senso, cfr. Cass., IV sez. pen., sent. 5 ottobre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), n. 38618, *Ferrara*, Rv. 282057-01; Cass., V sez. pen., sent. 13 giugno 2018 (dep. 16 luglio 2018), n. 32679, *Pireddu*, Rv. 273490-01; Cass., II sez. pen., sent. 15 novembre 2018 (dep. 30 gennaio 2019), n. 4687, *Dongarrà*, Rv. 275639-01; Cass., IV sez. pen., sent. 19 dicembre 2017 (dep. 8 febbraio 2018), n. 6152, *Freda*, Rv. 272021. Aderiscono a tale orientamento anche le Sezioni Unite, sent. 25 ottobre 2018 (dep. 15 maggio 2019), n. 20808, *Schettino*, Rv. 275319-01.

¹³ Cfr. ancora Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 5, ove, argomentando *a contrario*, la Corte chiarisce l'irragionevolezza della commistione tra sanzione e prescrizione. In particolare, ipotizzando il caso di un «recidivo che gode del bilanciamento in subvalenza, e sia nelle condizioni di lucrare un ipotetico (ma non effettivo) aumento contratto della sanzione ai sensi dell'art. 99 comma 6 cod. pen.», allora «si avrebbe una estensione contratta "solo" del termine di prescrizione, senza che la recidiva produca alcun effetto sulla pena». In questo senso, si v. nuovamente Cass., VI sez. pen., sent. 7 luglio 2015, n. 51049, *Volpe*, cit.

¹⁴ Sul punto, cfr. Cass., SS.UU., sent. 24 settembre 2020 (dep. 29 gennaio 2021), n. 3585, *Li Trenta*, Rv. 280262-01, le quali hanno autorevolmente chiarito che le ipotesi di recidiva aggravata, pluriaggravata e reiterata rientrano tra le circostanze aggravanti a effetto speciale che, ai sensi dell'art. 649-bis c.p., rendono procedibili d'ufficio le fattispecie fraudolente richiamate dalla medesima norma.

¹⁵ Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 7.

In caso contrario, un termine «calcolato assorbendo i risultati di mediazioni processuali» sarebbe «ontologicamente inidoneo a strutturare un elemento cardine della norma penale quale è il “tempo della prescrizione”».

2.2. L'informazione provvisoria n. 11/2022.

Le Sezioni Unite, con informazione provvisoria del 23 giugno 2022¹⁶, hanno risposto negativamente a entrambi i descritti quesiti, chiarendo come il limite di cui all'art. 99 comma 6 c.p. non abbia alcuna incidenza sulla qualificazione delle ipotesi di recidiva aggravata e reiterata, né influisca sul meccanismo di calcolo dei termini prescrizionali, come novellato dalla riforma del 2005.

Appare, dunque, evidente l'adesione alla soluzione innovativa prospettata nell'ordinanza di remissione.

Nell'attesa di poter leggere le motivazioni della sentenza per conoscere nel dettaglio il percorso logico-argomentativo seguito nella stessa, ci sembra possibile abbozzare un commento “a prima lettura” della conclusione – a nostro giudizio, erronea – cui è pervenuta la Suprema Corte.

3. Il fondamento del legame tra prescrizione e recidiva qualificata.

Non si può negare come la soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite sia condivisibile nella parte in cui accoglie le critiche rivolte a talune contraddizioni dell'orientamento tradizionale.

Allo stesso tempo, tuttavia, giungere a “sterilizzare” la disposizione di cui all'art. 99 comma 6 c.p., relegandola al solo statuto della pena, ci sembra una operazione inconciliabile con la *ratio* della correlazione tra sanzione e prescrizione, oltre che non necessitata da reali pericoli per la salvaguardia del principio di determinatezza.

Com'è noto, la prescrizione del reato costituisce un «istituto polifunzionale di confine», nel quale si intrecciano numerosi principi costituzionali, di carattere tanto sostanziale quanto processuale¹⁷.

Tradizionalmente, il fondamento dell'«efficacia taumaturgica»¹⁸ dello scorrere del tempo viene ricostruito in chiave sia generalpreventiva, che specialpreventiva.

Sotto il primo punto di vista, l'acuirsi della lontananza temporale dal *dies commissi delicti* affievolisce l'opportunità di dare corso all'incriminazione ed esercitare la funzione repressiva, posto che, come chiariva già Beccaria, l'efficacia

¹⁶ Pubblicata in questa *Rivista* in data 24 giugno 2022.

¹⁷ A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *PenaleDP*, 2 novembre 2021, p. 25; ID., *Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 8/2021, pp. 1 ss.

¹⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ediz., Milano, 2017, p. 413.

criminalpedagogica della sanzione è direttamente proporzionale alla prontezza della risposta ordinamentale, piuttosto che alla sua severità¹⁹.

Nell'ottica della prevenzione speciale, invece, assume rilievo la stessa funzione rieducativa della pena, in quanto punire un fatto avvenuto "eoni addietro" frantumerebbe totalmente quel rapporto di «appartenenza personale» tra reo e reato²⁰, che i commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost. individuano come presupposto e finalità della sanzione penale. In parole povere, si correrebbe il rischio di limitare la libertà personale di un soggetto verosimilmente cambiato rispetto a quando commise l'illecito, e magari già compiutamente risocializzato²¹.

Soprattutto dopo l'epilogo dell'affaire Taricco²², non vi è dubbio che la prescrizione del reato vada considerata come un istituto di natura sostanziale, trattandosi di una vera e propria forma di manifestazione del principio di determinatezza, costituzionalizzato nell'art. 25 comma 2 Cost. L'individuazione del tempo dell'oblio²³, al pari degli altri elementi del fatto tipico, rappresenta un'informazione che il consociato deve poter percepire in maniera «sufficientemente

¹⁹ In argomento, si v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, pp. 838-839; F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, pp. 36 ss.; A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 684.

²⁰ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2021, p. 608.

²¹ Sul concetto di integrazione sociale, come funzione costituzionale della pena, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pp. 109 ss.

²² La letteratura in argomento è vastissima. A titolo non esaustivo, si rinvia ai contributi raccolti in (a cura di) A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, ed in (a cura di) A. BERNARDI – C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Napoli, 2017. Con specifico riferimento alle due sentenze Taricco della Corte di giustizia – CGUE, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, e CGUE, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, entrambe consultabili su www.eur-lex.europa.eu – si v. anche A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *ArchivioDPC*, 29 ottobre 2015; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovrersione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *ArchivioDPC*, 6 maggio 2016; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *DPC – Riv. trim.*, 12, 2017, pp. 177 ss. In relazione alla "reazione" della Consulta, dapprima con l'ord. 26 gennaio 2017 n. 24, e poi, con la sent. 18 aprile 2018 n. 115, cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve osservazione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, 7, 2017, pp. 1 ss.; A. RUGGIERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1, 2017, pp. 1 ss.; ID., *Taricco, amaro finale di partita*, in *Giur. cost.*, 3, 2018, pp. 488 ss.; ID., *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale*, in *Oss. fon.*, 3, 2018, pp. 1 ss.; M. DONINI, *Lettura critica a Corte costituzionale n. 115/2018*, in *ArchivioDPC*, 11 luglio 2018; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *DPC – Riv. trim.*, 6, 2018, pp. 227 ss.

²³ Celebre è la chiosa con cui G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986 p. 920, chiariscono la scelta del legislatore Rocco di attribuire natura sostanziale, e non processuale, all'istituto di cui agli artt. 157 ss. c.p.; quest'ultimo, infatti, è stato dotato non del potere di elidere i presupposti di esercizio dell'azione penale, bensì, molto più profondamente, di consumare l'essenza del reato, rilevando come «l'oblio copre ogni cosa».

chiara ed immediata»²⁴, al fine di orientare consapevolmente le proprie «libere scelte di azione»²⁵.

Per quanto concerne il criterio per quantificare il *dies ad quem*, l'art. 157 comma 2 c.p., come modificato dalla legge cd. *ex Cirielli* (l. 5 dicembre 2005, n. 251)²⁶, impone di prendere in considerazione la sola «pena stabilita dalla legge per il reato tentato o consumato», senza tenere conto né delle circostanze aggravanti e attenuanti a efficacia comune, né di quelle indipendenti che, introducendo una cornice edittale non superiore/inferiore ad un terzo rispetto alla pena massima prevista per il reato non circostanziato, non possano essere considerate a effetto speciale²⁷.

Difatti, le sole circostanze che sfuggono alla regola generale, e incidono quindi sul termine, sono quelle autonome – che comportano l'applicazione di una «pena di specie diversa da quella ordinaria» – e quelle a effetto speciale – che, ai sensi dell'art. 63 comma 3 c.p., «importano un aumento o una diminuzione della pena superiore a un terzo»²⁸.

Si deve, inoltre, alla suddetta legge anche l'introduzione dell'art. 161 comma 2 c.p., che, nel disciplinare dei tetti insuperabili all'aumento del termine in presenza di atti interruttivi, menziona espressamente la recidiva qualificata come ipotesi di aumento «tipico», rispettivamente della metà del termine-base in caso di recidiva aggravata, di due terzi per quella reiterata.

Già da queste brevi premesse, si coglie la forte correlazione tra prescrizione e recidiva qualificata: quest'ultima, a prescindere dalle sue differenti gradazioni, prevede comunque aumenti della pena superiori ad un terzo, e influisce, dunque, sul calcolo del termine-base di cui all'art. 157 c.p.²⁹.

Il connubio in parola, del resto, è stato formalmente «ufficializzato» dalla riforma del 2005, la quale, ispirata più da esigenze populistico-securitarie della politica, che dalle argomentazioni razionali della scienza³⁰, ha scritto l'ultima, importante, pagina della «storia senza pace della recidiva»³¹ – istituto da sempre utilizzato come punto di

²⁴ Corte cost., sent. 18 aprile 2018, n. 115, *cit.*, par. 11.

²⁵ Sono queste le parole con cui si esprime la Consulta nella celebre sentenza 23-24 marzo 1988, n. 364.

²⁶ Il vecchio criterio contemplava diverse classi di reato, individuate per fasce di pena, ciascuna delle quali contraddistinta da una forbice edittale via via crescente.

²⁷ V. ancora Cass., SS.UU., sent. 9 giugno 2017 (ud. 27 aprile 2017), n. 28953, *cit.*, con nota di A. MELCHIONDA, Circostanze "indipendenti" con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono "ad effetto speciale" e non rilevano ai fini della prescrizione, in *Archivio DPC*, fasc. 6/2017, pp. 267 ss. Dello stesso A., si v. anche Le circostanze "indipendenti" sono sempre "ad effetto speciale"? Una risposta negativa (non "faziola", ma "di parte"), *aspettando le Sezioni Unite*, in *DPC – Riv. trim.*, 4/2017, pp. 181 ss.

²⁸ In argomento, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, pp. 628-629.

²⁹ In base all'art. 99 c.p., la pena può essere aumentata «fino alla metà» nelle tre ipotesi di recidiva aggravata (comma 2); è stabilita nella misura fissa «della metà» laddove ricorrano più ipotesi di recidiva aggravata (comma 3); in caso di recidiva reiterata, la misura dell'aumento è «della metà» se l'autore del reato è un recidivo semplice, «di due terzi» se si tratta di un recidivo aggravato.

³⁰ Per una approfonditissima analisi della storia e del fondamento dell'istituto della recidiva, anche in chiave comparatistica, si v. F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020, *passim*; sulla riforma del 2005, cfr., in particolare, pp. 157 ss.

³¹ L'espressione è di F. PALAZZO, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro. Testo dell'intervento svolto, col titolo "Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930", al Convegno organizzato dalla Facoltà di*

riferimento per contestualizzare e comprendere le soluzioni politico-criminali della legislazione penale³².

Costituisce un fatto notorio che alla proposta di legge furono apportate, in corso d'opera, modifiche così strutturali da indurre finanche il primo firmatario e promotore della stessa, l'On. Cirielli, a ritirare la propria sottoscrizione. E che tale «brutale manipolazione genetica»³³ si sostanziò proprio nell'innesto delle norme sulla prescrizione, in modo *ictu oculi* sganciato dagli obiettivi originari³⁴.

L'iniziativa legislativa mirava, infatti, ad arginare fenomeni di "supplenza" e discrezionalità giudiziaria in sede di commisurazione della pena³⁵, restituendo a quest'ultima una maggiore effettività attraverso la rivitalizzazione di un istituto che, nella prassi, manifestava quasi sintomi di desuetudine³⁶. Di contro, in un secondo momento (*ex Cirielli*), la proposta si arricchiva dei noti interventi sulla disciplina della prescrizione, formalizzando un collegamento funzionale fra tempo e storia criminale del reo non certo esente da critiche³⁷.

Quel che è certo è che la novella, oltre ad aver reso più afflittivo il regime della recidiva, ne ha definitivamente attestato l'inclusione tra le circostanze aggravanti – precisamente, in base a quanto previsto dall'art. 70 comma 1 n. 2) e comma 2 c.p., tra quelle soggettive, inerenti la persona del colpevole³⁸.

Giurisprudenza di Torino nei giorni 21-23 ottobre 2010 sul tema "Scuola Positiva e Codice Rocco", in ArchivioDPC, 15 settembre 2011.

³² E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in (a cura di) M. BERTOLINO – L. EUSEBI – G. FORTE, *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 679 ss.

³³ G. GIOSTRA, *Le insanabili contraddizioni della "ex-Cirielli"*, in *Italia oggi*, 9 novembre 2005, pp. 1-2. Similmente, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier, n. 1, pp. 32-33.

³⁴ Dall'esame della Relazione alla proposta di legge, presentata alla Camera il 29 novembre 2001, si evince come la "proposta Cirielli" mirasse soltanto a «fissare in maniera precisa gli aumenti di pena in caso di recidività del reo, sottraendo ancora una volta discrezionalità ai giudici (...) senza differenziare la maggiore gravità delle situazioni e comunque vanificando complessivamente le finalità restrittive che ispirano la proposta di legge, che risponde ad una precisa volontà degli elettori». Gli unici interventi in materia di prescrizione miravano ad eliminare la valutazione, ai fini della determinazione della pena, delle circostanze attenuanti, impedendo che, in base al vecchio criterio di computo, la mera sussistenza di una di esse producesse il "declassamento" del reato contestato nella più blanda fascia prescizionale.

³⁵ Sul punto, si condivide quanto sostenuto da F. ROCCHI, *cit.*, pp. 167-169, secondo cui, in realtà, la l. 251/2005 ha affrontato il problema della discrezionalità «in modo parziale e semplicistico», non avendo in alcun modo intaccato la natura giuridica della recidiva o i suoi connotati di genericità e perpetuità, ma solo il suo ambito applicativo (circoscrivendolo ai soli «delitti non colposi») e gli effetti prodotti sul terreno sanzionatorio (sia con aumenti predeterminati in misura fissa, sia attraverso la reintroduzione di ipotesi di obbligatorietà della declaratoria).

³⁶ E.M. AMBROSETTI, *cit.*, p. 683.

³⁷ Cfr. F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla ex-Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, in (a cura di) F. GIUNTA, *Le innovazioni al sistema penale (apportate dalle legge 5 dicembre 2005, n. 251)*, Milano, 2006, pp. 10-13, secondo cui il descritto collegamento ha dato vita ad «un cortocircuito politico-criminale dagli effetti perversi», trattandosi di istituti con *rationes* profondamente differenti: mentre la prescrizione attiene alla «memoria dell'ordinamento», e come tale dovrebbe essere insensibile alla carriera criminale del reo e ad istanze di allarme sociale, la recidiva, invece, oscilla, nel nostro ordinamento, «tra il centro gravitazionale della colpevolezza e quello della pericolosità individuale, con una tendenziale polarizzazione intorno al primo, quantomeno a partire della riforma del 1974».

³⁸ La questione appare di ardua riassumibilità. In estrema sintesi, si contrappongono due orientamenti tradizionali sulla natura della recidiva. Secondo il primo, di gran lunga minoritario – cui aderisce, ad

Non può più revocarsi in dubbio, pertanto, che essa partecipi al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. (circostanza, questa, avvalorata dal comma 4 di tale norma, che prevede un meccanismo di blindatura della recidiva reiterata in caso di bilanciamento³⁹, e sempre a patto che il giudice decida di applicarla⁴⁰), nonché che la stessa, in quanto circostanza inerente alla persona del colpevole, non sia comunicabile ai concorrenti nel reato, *ex art. 118 c.p.*⁴¹.

4. Le aporie insite nella scissione del binomio sanzione-prescrizione.

Sulla scorta di quanto sostenuto, appare evidente l'irragionevolezza di una scissione del connubio tra sanzione e prescrizione, per di più nella declinazione *contra reum* avallata dalle Sezioni Unite.

L'occasione che si consegnava all'approfondimento del supremo organo della nomofilachia, di contro, offriva l'opportunità di stigmatizzare letture *à pois* del dato normativo e, allo stesso tempo, di consegnare agli interpreti parametri certi cui poter ancorare sia il calcolo della pena, sia il conseguente termine di prescrizione.

esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, pp. 640-641 – la recidiva, nonostante l'espressa indicazione dell'art. 70 comma 1 n. 2) e comma 2 c.p., non andrebbe qualificata come circostanza, risultando concettualmente difficile definire come tale uno *status* personale del soggetto, derivante da una o più precedenti condanne per altri reati. Avvalorerebbero tale tesi l'ampia facoltatività della recidiva (consistente in uno *status* soggettivo, legato alla capacità a delinquere); il rilievo per cui la stessa si applichi a prescindere dalla conoscenza o conoscibilità delle precedenti condanne, contrariamente al regime di imputazione soggettivo previsto, in seguito alla l. 7 febbraio 1990, n. 19, per le circostanze aggravanti; l'argomento per cui le circostanze dovrebbero, allo stesso tempo, concorrere con la recidiva ed essere utilizzate dal giudice, ai sensi dell'art. 133 c.p., come parametro per stabilire se vi sia o meno recidiva. Di contro, la tesi di gran lunga maggioritaria (tanto in dottrina quanto in giurisprudenza) "bolla" come *contra legem* la suddetta posizione minoritaria, ritenendo insuperabile l'esplicitazione codicistica della natura circostanziale della recidiva – confermata, del resto, proprio dalla novella del 2005. In dottrina, cfr. *ex plurimis*, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 675-676; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 508-509; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milanofiori Assago, 2020, pp. 519-520. In giurisprudenza, da ultimo, si v. ancora Cass., SS.UU., sent. n. 3585/2020, *Li Trenta*, cit., nonché Cass., SS.UU., sent. 24 febbraio 2011 (dep. 24 maggio 2011), n. 20798, *Indelicato*, Rv. 249664-01, con nota di G.L. GATTA, *Le Sezioni Unite sul concorso tra recidiva e altre circostanze aggravanti a effetto speciale*, in *ArchivioDPC*, 25 maggio 2011.

³⁹ Sul punto, tuttavia, sono numerose le pronunce della giurisprudenza costituzionale che, negli ultimi anni, hanno lentamente eroso il carattere assoluto di tali deroghe al giudizio di bilanciamento, le quali possono oggi essere censurate solo laddove «trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (in questo senso, Corte cost. sent. 23 marzo 2012, n. 68, par. 4). Con specifico riferimento alla recidiva reiterata, si v., di recente, Corte cost. sent. 7 aprile 2020 (dep. 24 aprile 2020), n. 73, con nota di F. ROCCHI, *Cade la preclusione al bilanciamento ex art. 69 c.p. per i recidivi reiterati riconosciuti seminfermi di mente*, in *PenaleDP*, 11 maggio 2020, pp. 3 ss., con cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p. nella parte in cui «prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 89 cod. pen. sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.», sicché «nel concorso tra circostanze eterogenee disciplinate dall'art. 69 c.p., il giudice potrà ritenere anche prevalente la diminuzione della seminfermità mentale (art. 89 c.p.), ove il caso concreto lo richieda, sulla dichiarata recidiva reiterata».

⁴⁰ È quanto chiarito da Cass., SS.UU., sent. 27 maggio 2010 (dep. 5 ottobre 2010), n. 35738, *Calibé*, Rv. 247839-01.

⁴¹ In questo senso, *ex plurimis*, Cass., II sez. pen., sent. 19 novembre 1999 (dep. 19 febbraio 2000) n. 1876, *Aliberto*, Rv. 215400-01.

Un'occasione, purtroppo, "mancata", nei termini qui di seguito chiariti.

Anzitutto, ci sembra che la relazione tra cornice edittale e tempo necessario a prescrivere non possa subire alcun tipo di manipolazione selettiva.

L'individuazione del lasso temporale, spirato cui il reato, se non accertato con sentenza passata in giudicato, è da considerarsi estinto, rappresenta certamente una scelta politico-criminale, come tale suscettibile di modificazioni legislative. Quel che, tuttavia, rimane immutabile è la *ratio* generalpreventiva e specialpreventiva dell'istituto, incentrata sulla individuazione dei meccanismi di tipo presuntivo che dovranno operare a favore dell'imputato.

Detto altrimenti, la quantificazione dei termini di prescrizione deve sempre riflettere la ragionevolezza di tali presunzioni⁴², e ciò proprio nell'ottica di salvaguardare il carattere legittimo della funzione della pena.

Emerge, di conseguenza, l'erroneità della tesi secondo cui quello tra pena e prescrizione sarebbe una sorta di "matrimonio di convenienza", con ciò intendendo che il suddetto accostamento dipenda da banali esigenze di comodità applicativa, piuttosto che da precise idee di scopo.

Si è cercato di spiegare, al contrario, che la correlazione in parola non è affatto simbolica, ma esprime una valutazione politico-criminale di carattere strutturale, in base alla quale il *dies ad quem* è ancorato alla pena massima edittale proprio perché essa indica il termine presuntivo entro cui, in base alla gravità del reato, potrà venire meno la funzione della pena: la gravità del reato, nel suo complesso, assurge a parametro di ragionevolezza per quantificare l'arco dell'esistenza giuridica del *crimen*.

Ebbene, la recidiva, per sua stessa definizione, eleva i tratti personologici del reo ad indici di maggior gravità del fatto oggettivo-materiale, in base all'argomento (notoriamente criticato in dottrina) per cui l'esistenza di una precedente condanna rivelerebbe nel colpevole una particolare insensibilità all'efficacia motivante del diritto, incarnata dal fatto che egli non si sia trattenuto dal nuovo reato nonostante l'esperienza vissuta con la pena inflitta per il/i vecchio/i⁴³. Sicché tanto più sarà ragguardevole il tipo di "ricaduta" (in termini di numero e tipologia dei precedenti, vicinanza temporale tra gli stessi e prossimità alla fase dell'esecuzione della pena precedentemente inflitta), tanto più severa sarà la disapprovazione dell'ordinamento, espressa sotto forma di *climax* ascendente degli incrementi di pena per il delitto non colposo realizzato per ultimo.

In questo senso, dunque, ci sembra che il criterio mitigatore di cui all'art. 99 comma 6 c.p. – evidentemente ispirato ad esigenze di proporzione⁴⁴ – dovesse essere

⁴² Così A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione*, cit., pp. 25-26.

⁴³ Sul punto, cfr. *ex plurimis* F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 509, il quale puntualizza come la semplice esistenza di una condanna per un precedente reato andrebbe considerata solo come «sintomo di una eventuale maggiore colpevolezza», e addirittura potrebbe risultare «irragionevole presumere una maggiore pericolosità sociale dalla precedente condanna senza una concreta verifica della reale significatività in questo senso del secondo reato».

⁴⁴ In argomento, E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, pp. 137-138 sostiene che l'introduzione di tale limitazione generale agli aumenti di pena andrebbe appunto letta in un'ottica di mitigazione del trattamento sanzionatorio del recidivo, su cui si fondava l'analoga disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 80 del Codice Zanardelli.

qualificato dalle Sezioni Unite come una *previsione di chiusura* dell'intero istituto della recidiva, e non come semplice limite istituzionale alla punibilità, ovvero come fattore attenuante di un "bilanciamento improprio" tra l'aumento tipico dei commi 1-5 e il *curriculum* criminale del reo.

Nel prevedere che «in nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo», riteniamo che il legislatore abbia formalizzato una garanzia a presidio di aumenti di pena per tutte le forme di recidiva, chiarendo di non tollerare sperequazioni rispetto alla situazione soggettiva dell'interessato.

Quest'ultima, in altri termini, continua ad essere – sia *contra* che *pro reo* – un elemento fondamentale per valutare la gravità del reato, oltre che uno degli indici di cui il giudice dovrà tenere conto *ex art.* 133 comma 2 c.p. per stabilire la «capacità a delinquere del colpevole». Anzi, un'interpretazione garantista e costituzionalmente orientata della suddetta norma consentirebbe di attenuare una delle critiche principali rivolte alla legge *ex Cirielli*, sostanziantesi nell'aver sovrapposto due istituti «imperniati su una relazione temporale di segno opposto»: in un caso «il passato, sotto forma di precedente condanna», il quale «reagisce sul presente, con l'effetto di incrudelire la risposta sanzionatoria»; nell'altro caso, «il tempo, sotto forma di oblio», che «determina l'irrelevanza penale del passato, ossia di un fatto storico costituente (per ipotesi) reato»⁴⁵.

La previsione di cui all'art. 99 comma 6 c.p., cioè, appare teleologicamente in grado di ridurre l'ampiezza del denunciato "circuito penale speciale" per i recidivi qualificati, depotenziando lo stigma di antisocialità ad essi generalmente riservato, mediante il riavvicinamento ad una versione di "normale" trattamento sanzionatorio per il mero fatto oggettivo-materiale.

La «geometria variabile» del termine prescrizionale rappresenta, quindi, non un rischio da scongiurare, bensì un carattere generale, astratto e prevedibile della correlazione stessa tra recidiva e prescrizione. Beninteso, sempre a patto che tale oscillazione si muova tra gli unici due "poli" alternativi positivizzati dal legislatore: da un lato, la totale ininfluenza ai fini del computo di cui all'art. 157 c.p.; dall'altro, la piena idoneità a concorrere all'operazione matematica, subordinata però al possesso dei requisiti indicati dal secondo comma della medesima disposizione e, quindi, dall'art. 63 comma 3 c.p.

In definitiva, è la *ratio* specialpreventiva e generalpreventiva della pena, modellata nel solco del principio di ragionevolezza, ad esigere che, laddove il fatto tipico nel suo complesso (dunque, dichiarazione di "recidiva complessiva" inclusa) non raggiunga le soglie di gravità definite dal legislatore, lo stesso perda il potere di incidere *in peius* sul "tempo dell'oblio".

⁴⁵ F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla ex-Cirielli*, cit., loc. cit.

4.1. *L'auspicio (disatteso) del riconoscimento delle ipotesi di recidiva qualificata come circostanze aggravanti "eventualmente a effetto speciale".*

In base alle argomentazioni che precedono, non può essere condivisa la soluzione emergente dalla informazione provvisoria n. 11/2022, la quale rappresenta solo l'ultimo episodio di un collaudato *trend* di interpretazioni manipolative del dato normativo e distoniche rispetto ai τέλαι degli istituti coinvolti.

In relazione al primo indirizzo del contrasto, appare sin troppo palese il carattere "nomopoietico" della ricostruzione secondo cui, in caso di recidiva a effetti limitati: da un lato, si preserverebbe la qualifica di circostanza aggravante a effetto speciale; dall'altro, l'aumento del termine-base verrebbe contingentato "ibridamente" alla frazione di pena estendibile in concreto per il singolo caso. Una simile teoria non è supportata da alcun riferimento testuale e, ad avviso di chi scrive, dà luogo davvero ad una totale incertezza sul piano applicativo, originando termini di prescrizione individualizzati in base all'ipotetico *quantum* di pena infliggibile non al recidivo qualificato-tipo, ma al singolo recidivo aggravato o reiterato.

Parimenti creativa, però, è la "terza via" suggerita dalla seconda sezione della Cassazione e avallata dalle Sezioni Unite, per le quali, in maniera ben più radicale, l'art. 99 comma 6 c.p. è oggetto di una vera e propria abrogazione tacita ai fini del calcolo della prescrizione.

Anche in tal caso, la resezione della prescrizione dalla pena si atteggia ad operazione poco rispettosa del principio di tassatività, oltre a presentare, altresì, profili di incompatibilità con i criteri generali di imputazione delle circostanze *ex* art. 59 c.p. Sul punto, difatti, è nota la disputa dottrinale circa la sottrazione o meno della recidiva al regime di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti⁴⁶.

Per un primo indirizzo, i parametri di conoscenza o conoscibilità non andrebbero applicati alle circostanze inerenti alla persona del colpevole⁴⁷. Nel caso della recidiva, quindi, l'aggravamento di pena non potrebbe dipendere dalla circostanza che il reo sia a conoscenza o meno della propria precedente condanna⁴⁸.

Altra parte della dottrina (condivisibilmente) ritiene, invece, che, per quanto il nostro sistema processuale renda assolutamente eccezionali ipotesi di ignoranza dell'imputato rispetto alla precedente pronuncia giudiziale⁴⁹, il secondo comma dell'art. 59 c.p., in assenza di indicazioni contrarie da parte del legislatore, dovrebbe applicarsi anche alla recidiva. Il difetto di specifiche deroghe tradurrebbe, cioè, la *voluntas legis* di

⁴⁶ Per un approfondimento di tutte le varie posizioni, *pre* e *post* legge n. 19/1990, si rinvia a F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., pp. 79-93.

⁴⁷ G. DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 171.

⁴⁸ Lo sostiene T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 202, in relazione a tutte le circostanze cd. estrinseche, ovvero a quelle ipotesi che, pur relative a fattori che concorrono a caratterizzare il fatto, rimangono comunque esterne ad esso.

⁴⁹ La conseguenza è che risulterebbe alquanto agevole l'acquisizione della prova circa il fatto che il reo conosca o possa conoscere le precedenti condanne per delitti non colposi a suo carico. In questi termini, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1467; G. MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano, 1993, p. 151.

7-8/2022

assoggettare al nuovo regime di imputazione personale anche la recidiva, imponendo sempre la prova della conoscenza o conoscibilità, da parte del reo, della precedente sentenza a suo carico – *rectius*, del monito scaturente dalla stessa⁵⁰.

Cionondimeno, nessun dubbio può sussistere in merito alla qualificazione del sesto comma dell'art. 99 c.p. come previsione che attenua la pena, con la conseguenza che, in base al primo comma dell'art. 59 c.p., essa andrà valutata a favore dell'agente anche se da lui non conosciuta, ovvero per errore ritenuta inesistente.

Ponendo fine al rapporto tra sanzione e prescrizione, quindi, le Sezioni Unite hanno optato per una arbitraria scissione e contrapposizione tra le relative sfere di accessibilità del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie⁵¹. Di talché il malvivente “dalla scarsa carriera criminale” verrà ora a trovarsi nell'assurda condizione di poter ragionevolmente antivedere una pena astratta più favorevole, ma, in contemporanea, di doversi irragionevolmente aspettare un *dies praescriptionis* più afflittivo della pena stessa, perché modellato su inaccettabili automatismi sanzionatori⁵².

Dunque, la soluzione inaugurata (per quanto in maniera cursoria) dalla sentenza n. 34949/2020, appariva senz'altro più confacente ai principi costituzionali e convenzionali.

L'applicazione letterale dell'art. 99 nel suo complesso e dell'157 comma 2 c.p., cioè, avrebbe dovuto portare le Sezioni Unite a concludere come – impregiudicata la facoltatività di ogni forma di recidiva⁵³ – tutte le volte in cui, in base ai suoi precedenti penali, non sia possibile il superamento della soglia di un terzo del massimo edittale del reato contestato al recidivo qualificato, la recidiva non possa più essere considerata circostanza aggravante a effetto speciale. Con la conseguenza che la stessa non influenzi ultrattivamente il calcolo del termine-base di prescrizione, né renda procedibili d'ufficio le fattispecie elencate nell'art. 649-bis c.p.

In altre parole, sarebbe stato senz'altro preferibile qualificare la recidiva aggravata e quella reiterata come circostanze aggravanti “eventualmente a effetto

⁵⁰ È la tesi di E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., pp. 36 ss. e, in particolare, pp. 44-45. Secondo l'A., in caso contrario, verrebbe legittimata una presunzione assoluta di conoscenza del preesistente provvedimento giudiziale, in aperto contrasto con gli obiettivi prefissati dalla riforma del 1990. Al contrario, occorrerebbe sempre valutare la conoscibilità dell'ammonimento scaturente dalla pregressa decisione giudiziale, soprattutto attraverso l'analisi del rapporto intercorrente fra la prima esperienza giudiziaria e il nuovo episodio criminoso. In altri termini, dinnanzi ad esperienze giudiziarie assai differenti tra loro e separate da un ampio lasso temporale, graverebbe sul giudice un onere di motivazione rafforzato circa le ragioni per le quali la precedente decisione avrebbe dovuto rappresentare un monito per la nuova condotta.

⁵¹ Sul significato delle due espressioni convenzionali, ormai entrate a pieno titolo nel lessico del penalista continentale, si rinvia a F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in (a cura di) C. E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, pp. 213 ss.

⁵² Non vi è alcun bisogno di sottolineare come la sottoposizione stessa al processo costituisca, di per sé, una pena. Con la conseguenza che, dinanzi ad una mitigazione sanzionatoria così significativa, diverrebbe draconiano il mantenimento dell'estensione del periodo in cui l'indagato/imputato patirà la “spada di Damocle”, oggettiva e soggettiva, del carico pendente. In argomento, si rinvia a V. GIORDANO, *L'irragionevole 'condanna' inferta dal tempo del processo*, in (a cura di) C. IASEVOLI, *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, Napoli, 2018, pp. 101 ss.

⁵³ La giurisprudenza costituzionale ha, infatti, demolito gran parte degli automatismi introdotti dalla legge ex Cirielli, ritenuti incompatibili con i principi di ragionevolezza, rieducazione e proporzione della pena.

speciale”, con ciò intendendo che le stesse andrebbero considerate tali solo a patto che, al netto del temperamento funzionale del sesto comma dell’art. 99 c.p., continuino a rispettare lo standard sanzionatorio fissato dalla seconda parte del terzo comma dell’art. 63 c.p.⁵⁴.

Il tipo legale tassativo così delineato non sarebbe minimamente affetto dai denunciati *deficit* di «generalità, astrattezza e prevedibilità» della fattispecie penale.

Trattasi, infatti, di una ricostruzione che abbraccia previsioni omogenee per tutti i consociati (in questo caso, il “recidivo qualificato tipo” e non il singolo pregiudicato).

Come pure, essa è perfettamente accessibile alla collettività, giacché, attraverso la semplice lettura delle norme coinvolte⁵⁵, tutti potranno agevolmente e ragionevolmente antivedere le due alternative espresse dal sistema: o la recidiva raggiungerà la suddetta soglia di gravità, e allora la stessa estenderà anche il termine-base di prescrizione nelle frazioni previste dai commi 2, 3 e 4 dell’art. 99 c.p.; o la valutazione personologica del reo precluderà tale risultato, cosicché la “riespansione” della regola generale della prima parte dell’art. 157 comma 2 c.p. non darà luogo ad alcun tipo di aumento.

Così intesa, la «mediazione valutativa dei giudici, che hanno quantificato le sanzioni inflitte al recidivo con le precedenti condanne»⁵⁶ non spalanca affatto la porta a momenti di incertezza applicativa, ma costituisce un elemento di struttura del precetto, da imputare oggettivamente e *pro reo* ai sensi dell’art. 59 comma 1 c.p., e sempre nel solco delle due sole opzioni contemplate dal secondo comma dell’art. 157 c.p.

La suesposta tesi, inoltre, non altera né le regole sul concorso eterogeneo di circostanze, né il meccanismo di “protezione” dell’art. 69 comma 4 c.p. Conseguentemente, essa non presenta punti di frizione con l’orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel 2019, relativo alla salvaguardia degli effetti indiretti della recidiva nel caso in cui la stessa sia stata dichiarata, ma ritenuta subvalente⁵⁷.

La questione in esame, invero, non attiene a profili *stricto sensu* di bilanciamento, ma alla perimetrazione del precetto dell’art. 99 c.p., posto che il sesto comma di tale disposizione costituisce un vero e proprio elemento di struttura della stessa, e non una mera ipotesi attenuante dei primi cinque, da poter “spacchettare” liberamente.

Già in punto testuale, l’inserimento della previsione mitigatrice a chiusura dell’art. 99 c.p., e non all’interno degli artt. 63 e 69 c.p., testimonia la volontà legislativa di farne un requisito portante della circostanza aggravante in parola, e non una regola di bilanciamento.

⁵⁴ Del resto, una simile conclusione è coerente con il recente orientamento delle stesse Sezioni Unite. La citata sentenza n. 28953/2017 ha, infatti, chiarito come, a prescindere dalle più disparate flessioni interpretative, le circostanze aggravanti a effetto speciale devono pur sempre generare un aumento della pena in misura superiore a un terzo del massimo edittale.

⁵⁵ È questo il *diktat* formulato dalla Consulta nella sent. n. 115/2018, cit., par. 11, allorché è stato precisato come, nei Paesi di tradizione continentale, la punibilità si fonda su «testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati», rispetto ai quali l’ausilio interpretativo del giudice penale deve atteggiarsi a semplice «*posterius*» incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può prefigurarsi leggendolo».

⁵⁶ Cfr. Cass., II sez. pen., ord. n. 4439/2021, cit., par. 3.

⁵⁷ Cfr. ancora Cass., SS.UU., sent. n. 20808/2019, Schettino, cit.

Difatti, mentre in quest'ultimo caso il giudice è titolare di un amplissimo spazio di manovra, il combinato disposto degli artt. 99 comma 6 e 157 comma 2 c.p. vincola "a scatola chiusa" l'interprete, obbligandolo a esercitare la propria discrezionalità (pur sempre connaturata all'*an* della declaratoria) solo e soltanto entro il *quantum poenae et praescriptionis* prestabilito in base alle suddette norme. Di modo che l'estensione del termine prescrizionale non verrà affatto ricollegata alla mera dichiarazione di recidiva qualificata o alla sua paralisi per subvalenza con eventuali attenuanti, bensì soltanto alla circostanza (generale, astratta e prevedibile) che la stessa – come risultante da un'applicazione integrata di tutti i commi dell'art. 99 c.p. – rispetti il requisito fissato dal terzo comma dell'art. 63 c.p.

Da ciò deriva che la citata limitazione funzionale lasci impregiudicati tutti gli ulteriori effetti indiretti della recidiva, in quanto legati non alla misura dell'aumento di pena, ma alla semplice applicazione nominalistica della stessa⁵⁸.

4.2. Alcune osservazioni conclusive sull'art. 161 comma 2 c.p.

Per quanto concerne la disciplina degli atti interruttivi del corso della prescrizione, invece, appare condivisibile la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, secondo cui la limitazione *ex* art. 99 comma 6 c.p. non influisce sull'aumento del termine massimo di cui all'art. 161 c.p.

Sotto questo punto di vista, è singolare come l'informazione provvisoria condensi al suo interno due atteggiamenti interpretativi tra loro perfettamente antinomici: il primo, incentrato sull'affermazione creativa⁵⁹ di una visione "bifocale" della recidiva qualificata, a seconda del contesto sanzionatorio o prescrittivo nel quale vada a incidere; il secondo, che, di contro, afferma la necessità di leggere l'art. 161 comma 2 c.p. in modo rigorosamente testuale.

Non v'è chi non veda come il *trait d'union* di dette tecniche interpretative contrapposte sia la finalità di proteggere gli effetti indiretti delle forme più gravi di recidiva, tutelandone aprioristicamente l'effigie afflittiva in punto di prescrizione e di procedibilità.

Ciononostante, è altrettanto innegabile come il secondo orientamento del contrasto (per intenderci, quello più garantista) fosse anch'esso contraddistinto da taluni profili di creatività, sebbene ispirati da istanze di ragionevolezza rispetto alla soluzione generale da esso prospettata, oltre che di *favor rei*.

Tale corrente, infatti, riconosceva all'art. 99 comma 6 c.p. la capacità di riverberarsi non soltanto sul computo del termine-base, ma anche sull'incrementabilità

⁵⁸ Le norme che disciplinano l'amnistia, l'indulto, la prescrizione del reato, la liberazione condizionale e la riabilitazione, contengono deroghe al loro normale funzionamento collegate alla circostanza che l'interessato sia stato dichiarato recidivo, e non, come nel caso della prescrizione del reato, che la recidiva si configuri o meno come circostanza aggravante a effetto speciale.

⁵⁹ Sul fenomeno *lato sensu* inteso, non si può non rinviare alla dura presa di posizione di L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018; ID., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 4, 2016.

del termine massimo di cui all'art. 161 c.p. Questo perché la stretta «correlazione tra l'art. 161 cod. pen. e l'art. 99 cod. pen. nella sua integralità – e, quindi anche il comma 6» avrebbe reso «del tutto irragionevole calcolare, ai fini del computo della prescrizione, l'aumento massimo di pena astrattamente previsto, ove in concreto esso non potrà mai essere inflitto, se superiore al cumulo delle pene inflitte con le precedenti condanne»⁶⁰.

Ebbene, a prescindere dalla conclusione generale (condivisibile o meno) cui sono giunte le Sezioni Unite, ci sembra che il dato letterale dell'art. 161 comma 2 c.p. non dia adito a fraintendimenti.

Invero, mentre l'art. 157 comma 2 c.p. effettua un rinvio generale all'intera categoria delle aggravanti autonome e a effetto speciale, l'art. 161 comma 2 c.p. richiama esplicitamente le sole ipotesi previste dai commi 2 e 4 dell'art. 99 c.p.

Breve: una cosa è il computo del termine di cui all'art. 157 c.p., che, a nostro giudizio, non andrebbe incrementato laddove la storia criminale del recidivo non consenta *ex art.* 63 c.p. l'aumento superiore ad un terzo della pena del delitto non colposo contestato allo stesso; altra è il calcolo della frazione di cui il "termine-base non aumentato" potrà essere esteso in presenza di atti interruttivi.

In questo senso, l'esplicita indicazione delle sole forme di recidiva aggravata e reiterata può senz'altro essere criticata come ulteriore mortificazione socio-soggettivistica per tali categorie di recidivi, coerente con le istanze para-retribuzionistiche professate dalla riforma del 2005. Ciò non toglie, tuttavia, che, per quanto discutibile, simile recrudescenza sia comunque espressiva di una precisa scelta politico-criminale, come tale non sindacabile in sede giudiziaria, ma solo parlamentare.

⁶⁰ In questo senso, Cass., III sez. pen., sent. n. 7138/2020, cit., par. 4.

LA PROVA DELL'INTESTAZIONE FITTIZIA DI BENI CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLE QUOTE E AI BENI SOCIETARI

di Alberto Galanti

Il contribuente, dopo aver esaminato gli elementi strutturali del reato di cui all'articolo 512-bis c.p., si sofferma sui concetti di "attribuzione" e "disponibilità" con specifico riguardo all'intestazione fittizia delle società, illustrando i contrasti giurisprudenziali e proponendo un meccanismo di valutazione della prova di tipo induttivo basato sulla presenza di "indici rivelatori" di interposizione.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Natura del reato e sua qualificazione in termini di reato istantaneo a effetti permanenti. 3. Soggetto attivo del reato. 4. Il dolo specifico. 5. Intestazione, attribuzione, disponibilità. 6. Il "sillogismo giudiziario" e gli "indici di interposizione". Conseguenze in merito di onere della prova. 7. L'utilizzo di strumenti civilistici per finalità elusive dell'effettiva disponibilità. 8. Il Rapporto con i reati di riciclaggio e l'aggravante dell'agevolazione mafiosa.

1. Introduzione.

Com'è noto, l'articolo 512-bis c.p., inserito nel codice penale per effetto dell'art. 4 del D. Lgs. 01/03/2018, n. 21¹ in luogo del precedente articolo 12-quinquies D.L. 306/1992 (conv. In L. 356/1992), stabilisce che "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648 bis e 648 ter, è punito con la reclusione da due a sei anni"².

La disposizione si presta a numerosi equivoci interpretativi, vuoi per la discrasia terminologica tra rubrica e testo della norma, vuoi per la tendenza di parte della giurisprudenza a valutare la fittizietà dei trasferimenti facendo uso esclusivo o prevalente dello strumentario civilistico.

Il presente contributo, pur analizzando i profili generali dell'istituto, intende focalizzarsi sul fenomeno sempre più frequente, nella prassi giudiziaria, dell'esistenza

¹ Recante "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103", con decorrenza 06/04/2018.

² In dottrina, per un'ampia disamina sull'istituto, v. F. CALABRESE - A. CARUSO - S.M. PANELLA - L. SURACI, *Trasferimento fraudolento di valori*, Giappichelli, 2018; F. MUCCIARELLI, *Art. 12 quinquies l. 356/1992*, in *Commento al d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modif. dalla legge 7 agosto 1992, n. 356*, in *Leg. pen.*, 1993.

di veri e propri “reticoli societari”, spesso riconducibili alla signoria sostanziale del medesimo soggetto, tuttavia formalmente intestati a soggetti, definiti “prestanome” o “teste di legno”, che ne hanno, formalmente la titolarità. Si tenterà quindi, nelle pagine che seguono, di verificare in presenza di quali presupposti la disposizione in esame risulti applicabile, a fronte di una giurisprudenza non sempre univoca.

2. Bene giuridico protetto, natura del reato e sua qualificazione in termini di reato istantaneo a effetti permanenti.

Il “bene giuridico” protetto dalla norma, secondo la giurisprudenza, è quello della «trasparenza dei negozi giuridici», al fine di evitare un inquinamento della struttura produttiva della società da parte di soggetti pericolosi, spesso legati alla criminalità organizzata³.

Circa la “natura” del delitto in esame, non vi è dubbio che si tratti di un “reato di pericolo astratto”⁴, che si inserisce all’interno di un vasto elenco di strumenti per il contrasto patrimoniale: nell’ambito della criminalità organizzata prima e, della criminalità economica poi. La *voluntas legis*, secondo gli insegnamenti della Cassazione, è quella di colpire i capitali illeciti controllandone la circolazione (reati di riciclaggio), ovvero la concentrazione della ricchezza sproporzionata al reddito (sequestro e confisca) nei confronti di quei soggetti sospettati di appartenere ad organizzazioni mafiose, ovvero abitualmente dediti ai traffici delittuosi. Sottolinea la Cassazione come la rapidità e capacità di penetrazione dei poteri criminali nel mondo dell’economia giustifichino ampiamente una anticipazione della tutela penale «mescolando prevenzione e repressione»⁵. Non a caso, in una recente pronuncia i giudici di legittimità⁶, in linea di continuità con i precedenti arresti, hanno affermato che ai fini della integrazione del delitto in parola, lo “scopo elusivo” che connota il dolo specifico prescinde dalla concreta possibilità dell’adozione di misure di prevenzione patrimoniali all’esito del relativo procedimento, essendo integrato anche soltanto dal «fondato timore dell’inizio di esso, a prescindere da quello che potrebbe esserne l’esito»⁷.

³ Sez. II, 30/03/2016, n.12871 (in proc. Mandalari), che parla di «trasparenza dei negozi giuridici proprio al fine di consentire un controllo sull’attività economica dei soggetti pericolosi (in particolare quelli mafiosi) ed evitare, quindi, un inquinamento della struttura produttiva della società il cui controllo costituisce, alla fin fine, lo scopo ultimo di tutta la criminalità (mafiosa e non)

⁴ V., *ex plurimis*, Sez. II, 30/03/2016, n.12871, cit.; Sez. I, 06/04/2017, n. 17546 (in proc. Martino).

⁵ Così E. DINACCI, *Trasferimento fraudolento di valori*, pubblicato on line sul sito www.treccani.it, 2018. Sul punto si veda anche A. BALSAMO – G. DE AMICIS, *L’art. 12-quinquies della legge n. 356/1992 e la tutela del sistema economico contro le nuove strategie delle organizzazioni criminali: repressione penale “anticipata” e prospettive di collaborazione internazionale*, pubblicato su *Cassazione Penale*, 2005, p. 2075.

⁶ Sez. II, 06/05/2022, n. 18260 (in proc. Priolo).

⁷ Sul punto v. G. FAILLACI, *Lo «scopo elusivo» nel delitto di trasferimento fraudolento di valori*, pubblicato on line sul sito www.njus.it, 6 maggio 2022, non impaginato, la quale evidenzia come «la valutazione circa il pericolo di elusione della misura va compiuta “ex ante”, su base parziale, ovvero, alla stregua delle circostanze che, al momento della condotta, erano conosciute o conoscibili da un uomo medio in quella determinata situazione spazio - temporale (Cass. pen., sez. II, 9 marzo 2016, n. 12871; Cass. pen., sez. II, 21

Conseguenza della qualificazione del reato in esame come di “pericolo astratto” è la sufficienza, per la sua commissione, che l’agente (sottoposto o sottoponibile ad una misura di prevenzione) compia un qualsiasi negozio giuridico al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniale; di talchè, la valutazione circa il pericolo di elusione della misura va compiuta *ex ante* e “su base parziale”, ossia alla luce delle circostanze che, al momento della condotta, erano conosciute o conoscibili da un uomo medio in quella determinata situazione spazio – temporale⁸.

Altra conseguenza della natura di reato di pericolo astratto della norma incriminatrice è che risulta del tutto irrilevante la “concreta capacità elusiva” dell’operazione patrimoniale accertata, trattandosi di situazione estranea agli elementi costitutivi del fatto incriminato⁹.

La natura di reato di pericolo astratto indurrebbe, ad un primo esame, ad escludere la configurabilità del tentativo; tuttavia, la giurisprudenza di merito¹⁰ ha ritenuto sussistente il tentativo in tutti i casi in cui il risultato finale della fittizia intestazione o dell’attribuzione della disponibilità non si verifichi per circostanze o cause indipendenti dalla volontà dell’agente.

Quanto alla “struttura” del reato, il punto di partenza è costituito dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 8 del 28/02/2001 (in proc. Ferrarese), secondo cui il delitto in esame integra una ipotesi di «reato istantaneo con effetti permanenti», che si consuma nel momento in cui viene realizzata l’attribuzione fittizia, senza che possa assumere rilevanza il permanere della situazione giuridica conseguente alla condotta criminosa.

Si è poi affermato che quello di cui all’articolo 512-bis c.p. è un reato «a forma libera e a consumazione istantanea», che si consuma nel luogo in cui è avvenuta la disponibilità o l’attribuzione fittizia del bene¹¹, senza che assuma alcun rilievo l’attività

ottobre 2014 n. 2483)».

⁸ La Corte cita espressamente il precedente costituito da Sez. II, 9.3.2016, n. 12871 (in proc. Mandalari, cit.), e Sez. II, 21.10.2014 n. 2483 (in proc. Lapelosa), secondo cui «il delitto di trasferimento fraudolento di valori previsto dall’art. 12-quinquies, DL 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge 7 agosto 1992 n. 356, lo “scopo elusivo” che connota il dolo specifico prescinde dalla concreta possibilità dell’adozione di misure di prevenzione patrimoniali all’esito del relativo procedimento, essendo integrato anche soltanto dal fondato timore dell’inizio di esso, a prescindere da quello che potrebbe esserne l’esito (conf., Cass. Pen., 6, 4.7.2011 n. 27.666, Barbieri; Cass. Pen., 2, 28.3.2017 n. 22.954, D’Agostino)».

⁹ La Corte ultima citata rammenta il precedente costituito da Sez. V, 6.4.2016, n. 40278, Camerlingo. In ordine ai rapporti con la normativa di prevenzione patrimoniale, evidenzia poi la Corte come «l’applicabilità dell’art. 2-ter, ultimo comma, della legge n. 575 del 1965 - ora sostituito dall’art. 26, comma secondo del D.Lgs. n. 159 del 2011 - laddove prevede presunzioni d’interposizione fittizia destinate a favorire l’applicazione di misure di prevenzione patrimoniali antimafia, non impedisce di configurare il delitto di cui all’art. 12-quinquies della legge n. 356 del 1992 (cfr., Cass. Pen., 2, 9.12.2015 n. 13.915, Scriva; Cass. Pen., 2, 1.2.2017 n. 7.999, Galliano; Cass. Pen., 6, 22.4.2017 n. 22.568, Pm in proc. Francaviglia)».

¹⁰ Tribunale di Reggio Emilia – Sezione Penale – sentenza n. 1155 del 31/10/2018, dep. 10/7/2019, su cui più ampiamente *infra*, par. 7.

¹¹ Sez. II, 07/01/2015, n. 15792.

poi svolta all'interno della società dai soggetti ai quali le quote sono state inizialmente attribuite con volontà elusiva¹².

Coerentemente con il principio affermato, la Corte ha poi sostenuto che per potersi affermare il concorso da parte di soggetto terzo è necessario dimostrare che questi abbia fornito il proprio contributo materiale o morale nel momento stesso dell'attribuzione fraudolenta, non avendo invece alcuna rilevanza l'eventuale ausilio assicurato al permanere della situazione antigiuridica conseguente alla condotta criminosa¹³. La condotta successiva al trasferimento, quindi, che non concretizzi una nuova intestazione fittizia, resta così relegata al mero *post factum* non punibile.

Successivamente, la Corte si è anche occupata del fenomeno delle "plurime attribuzioni fittizie di valori"¹⁴, precisando che occorre distinguere tra condotte "meramente passive", generalmente coincidenti con il mantenimento della titolarità dei beni e dei valori fittiziamente attribuiti, le quali costituiscono un mero *post-factum* non punibile¹⁵, da successive, ulteriori attribuzioni, che rilevano come autonomi reati, attratti dalla disciplina del reato continuato¹⁶.

Nel caso di successive attribuzioni, non si tratta quindi di condotte omissive e durevoli, bensì di istantanee condotte attive, reiterate nel tempo, al fine di introdurre ripetuti elementi di novità nella compagine societaria, così costituendo un più «complesso schermo», idoneo ad occultare l'effettiva realtà dell'impresa mafiosa o comunque criminale¹⁷.

Non può, a parere di chi scrive, trovare accoglimento l'opposta tesi, parimenti sostenuta in giurisprudenza, secondo cui il delitto si consumerebbe, qualora la condotta criminosa si articoli in una pluralità di attribuzioni fittizie, nel momento in cui viene realizzata l'ultima di esse¹⁸, in quanto ciò implicherebbe l'applicazione ad un reato

¹² Per un commento alla sentenza si rinvia a C. INGRAO, *Trasferimento fraudolento di valori. La Cassazione definisce caratteristiche e presupposti applicativi*, pubblicato on line sul sito www.ilpenalista.it, 23 marzo 2018.

¹³ Sez. II, 30/04/2021, n. 16520, in proc. Calandrelli, che richiama il precedente costituito da Sez. VI, 27/2/2019, n. 13843, Rv. 275372.

¹⁴ La locuzione è di F. VANORIO, *L'applicabilità del delitto di trasferimento fraudolento di valori a plurime e consecutive operazioni simulate: l'orientamento della cassazione tra post-factum non punibile e "nuove" attribuzioni fittizie*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2011, non impaginato.

¹⁵ Cos' anche Sez. I, 23/0/2021, n. 28999, in proc. Bartoli.

¹⁶ La Corte è chiara nel ribadire che la fittizia intestazione può avere ad oggetto non soltanto il "momento genetico" di una società, ma anche successive vicende che pertengono alla "vita funzionale" della stessa. Sez. VI, 28/08/2020, n. 24436, in proc. Pugliese, sottolinea in proposito come la giurisprudenza ammette «che il trasferimento di valori o di denaro possa avvenire in relazione ad un'attività economica già in essere: si è ritenuto, infatti, che il delitto, quando è riferito ad una attività imprenditoriale, si può configurare, non solo con riferimento al momento iniziale dell'impresa, ma anche in una fase successiva, allorquando in un'impresa o società sorta in modo lecito si inserisca un terzo quale socio occulto, che avvalendosi dell'interposizione fittizia persegua le finalità illecite previste dall'art. 12-quinquies cit. (Sez. 2, n. 5647 del 15/01/2014, Gobbi e altri, Rv. 258343), specificando ulteriormente che l'interposizione fittizia ricorre anche quando sia riferibile solo ad una quota del bene in oggetto (Sez. 2, n. 23131 del 08/03/2011, Castaldo e altri, Rv. 250561)».

¹⁷ VANORIO, cit.

¹⁸ Si vedano, *ex plurimis*, Sez. II, 04/11/2011, n. 39756; Sez. II, 13/06/2012, n. 23197/2012, in proc. Modica.

istantaneo (sebbene con effetti permanenti) della disciplina propria dei reati a consumazione prolungata, quali il reato permanente e quello abituale.

In ordine all'“oggetto materiale” del reato, la Cassazione ha affermato che esso può ritenersi perfezionato anche qualora le condotte abbiano ad oggetto beni che non provengono da delitto, la cui provenienza illecita sia però riconducibile alla presunzione relativa scaturente dalla pericolosità sociale particolarmente qualificata del soggetto nel cui interesse è stata realizzata l'interposizione fittizia; ciò, si sostiene, in linea con la *ratio* della fattispecie incriminatrice, che «intende contrastare le manovre elusive poste in essere da soggetti sottoponibili potenzialmente a misure di prevenzione patrimoniali, volte ad occultare la disponibilità di beni o altre utilità, anche a prescindere da un accertamento preciso della loro provenienza¹⁹».

Tale affermazione va tuttavia accortamente ripermetrata, limitandola all'ipotesi in cui l'intestazione fittizia sia volta ad evitare l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniale, in quanto sembra potersi convenire con chi sottolinea come «possano essere oggetto di un trasferimento prodromico ad attività di riciclaggio (o reimpiego o ricettazione) solo proventi delittuosi, altrimenti si cancellerebbe il legame con il reato-scopo, finendo per punire l'intestazione fittizia in quanto tale²⁰».

Da ultimo, ai fini della integrazione del delitto in parola non rileva il requisito della “sproporzione” tra beni e reddito o capacità economica dell'imputato, che, invece, attiene alla possibilità di disporre la confisca, ai sensi dell'art. 12-sexies D.L. 306/1992 (ora 240-bis c.p.), dei beni in questione²¹.

3. Soggetto attivo del reato.

Per quanto concerne il soggetto attivo del reato, secondo una più risalente giurisprudenza²² e la dottrina²³ maggioritaria il delitto in parola integra una fattispecie a concorso necessario, caratterizzata dalla necessità del dolo specifico, che può essere

¹⁹ Sez. I, 06/04/2017, n. 17546, Martino, che cita la precedente Sez. II, 16/12/2015, n. 13448 (in proc. Zummo).

²⁰ A.M. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Giappichelli, 2017, pag. 172.

²¹ Sez. V, 04/02/2014, n. 5590, in proc. Curto; Sez. II, 16 dicembre 2015, n. 13448 (Zummo, cit.).

²² Sez. V, 20/03/2014, n. 13083, in proc. Pollifroni;

²³ F. COSTANTINI, *La cessione fraudolenta di valori. Struttura del reato e sua configurabilità in relazione a forme di cessione di asset patrimoniali anche con i nuovi strumenti negoziali sviluppati in ambito civilistico*, pubblicato on line sul sito www.diritto.it, 29 aprile 2020, sottolinea come, pur essendo il delitto strutturato in forma monosoggettiva e apparentemente destinato a sanzionare solo la condotta di colui che intesta fittiziamente e non anche quella di chi è beneficiario dell'intestazione, «gli arresti dei giudici di legittimità sono abbastanza pacifici nel riconoscere natura necessariamente concorsuale alla fattispecie proprio perché il reato è a forma libera, nel senso che l'operazione negoziale potrà articolarsi secondo le più varie modalità esecutive, purché l'effetto finale integri una situazione di apparente diversità tra la titolarità formale e la titolarità di fatto. Risulterebbe così punibile anche l'intestatario fittizio quale partecipe, ai sensi dell'art. 110 c.p., alla realizzazione del negozio apparente». Analogamente, nel senso di reato “a concorso necessario”, F. BRIZZI, *Il trasferimento fraudolento di beni tra sistema penale e sistema di prevenzione*, pubblicato on line sul sito www.archiviopenale.it, 20 agosto 2014.

commessa anche da chi non sia ancora sottoposto a misura di prevenzione ed ancor prima che il relativo procedimento sia iniziato.

Tale affermazione, tuttavia, va riconsiderata.

Da un lato, infatti, il testo della norma sembra evidentemente sanzionare in via principale il solo interponente (“chiunque attribuisce fittiziamente ad altri...”); dall’altra, posta la necessaria sussistenza del dolo specifico – sia pure alternativo – indicato dalla norma, in tutti i casi in cui l’interposto difettesse del coefficiente psicologico richiesto o fosse addirittura ignaro dell’interposizione, o ancora nel caso in cui il coefficiente psicologico dell’interposto sia di fatto inesistente, avendo l’interponente fatto uso di documenti contraffatti, la strutturazione del reato come “necessariamente plurisoggettivo” renderebbe non punibile persino la condotta dell’interponente²⁴.

L’affermazione di cui sopra va quindi temperata alla luce di quella giurisprudenza secondo cui l’interposto risponde «a titolo di concorso» nella stessa figura criminosa posta in essere da chi ha operato la fittizia attribuzione, in quanto con la sua condotta cosciente e volontaria contribuisce alla lesione dell’interesse protetto dalla norma²⁵.

La strutturazione del delitto come reato solo “eventualmente plurisoggettivo”, e quindi l’attrazione della figura dell’interposto nell’alveo dell’art. 110 c.p., proietta la sua ombra lunga anche sul quoziente soggettivo del reato. Ed infatti, il “dolo del concorrente” ex art. 110 c.p. in una fattispecie a dolo specifico ordinariamente monosoggettiva può anche essere generico, purché connotato dalla consapevolezza dell’altrui fine conforme a quello tipizzato dalla disposizione incriminatrice, come chiarito anche dalle Sezioni Unite della Corte con riferimento al “concorrente esterno” nel reato di partecipazione ad associazione mafiosa²⁶.

Si osserva infatti²⁷ che in tal caso è sufficiente, ai fini della configurabilità di un concorso punibile, che la particolare finalità presa in considerazione dalla legge penale sia perseguita almeno da uno dei soggetti che concorrono alla realizzazione del fatto, mentre per il concorrente ex art. 110 c.p. il dolo si arresta alla coscienza e volontà del fatto criminoso e di concorrere con altri alla realizzazione del reato.

²⁴ In senso contrario, senza tuttavia che l’affermazione sia accompagnata da una solida spiegazione dogmatica, Sez. II, 10/06/2021, n. 22986 (in proc. Panella), secondo cui «il delitto de quo integra una fattispecie a “concorso necessario”, la cui struttura tuttavia non esclude che l’interposto possa essere non punibile anche per mancanza di dolo, ferma restando la responsabilità dell’interponente (Sez. 2, Sentenza n. 28942 del 02/07/2009 Rv. 244394 - 01; conf. - in motivazione - Sez. 6, Sentenza n. 34667 del 05/05/2016 Rv. 267705 - 01)».

²⁵ Sez. II, sentenza 08/08/2019 (ud. 12/07/2019), n. 35826, in proc. Como e A.

²⁶ Sez. U, 27/09/1995, n. 30, in proc. Mannino; conf. Sez. V, 22/12/2000, dep. 2001, n. 6929, in proc. Cangialosi. Non mancano, inoltre, indicazioni in tal senso anche con riferimento al reato di deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi di cui all’art. 632 c.p. (Sez. II, 17/11/2016, n. 53623, in proc. Valenza), ovvero in relazione al reato di bancarotta preferenziale (Sez. V, 27/03/2018, n. 27141, in proc. Del Rosso).

²⁷ Il tema è già stato trattato da chi scrive ne *I Delitti contro l’ambiente, analisi normativa e prassi giurisprudenziale*, Pacini Giuridica, 2021, pag. 369 ss.

7-8/2022

Nel caso dell'interposto "ignaro", invece, si entrerebbe nell'area del c.d. "concorso unilaterale"²⁸, in cui la *scientia maleficii*, la consapevolezza di concorrere con la propria all'altrui azione (così i lavori preparatori del codice penale), è propria di uno solo dei compartecipi²⁹.

Con specifico riferimento alla norma in argomento, poi, la Cassazione³⁰ ha recentemente confermato che in tema di trasferimento fraudolento di valori, risponde a titolo di concorso ex art. 110 cod. pen. anche colui che non è animato dal dolo specifico di eludere le disposizioni di legge in materia di prevenzione, a condizione che «almeno uno degli altri concorrenti - non necessariamente l'esecutore materiale - agisca con tale intenzione e che della stessa il primo sia consapevole³¹».

Si deve quindi concludere nel senso che la c.d. "testa di legno" risponderà, ove abbia contezza della natura interpositoria dell'operazione, secondo le regole sul concorso dettate dall'articolo 110 c.p., con ciò che ne consegue sul piano del coefficiente psicologico del reato.

Per la Corte, inoltre, secondo le ordinarie regole del concorso il reato in parola può essere integrato non solo dall'intestazione fittizia a terzi compiuta dal titolare delle quote stesse, ma anche da chi - eventualmente nella veste di amministratore di fatto o di diritto - si sia adoperato in qualsiasi modo per favorire la realizzazione della condotta illecita³².

²⁸ V. Sez. VI, 20/01/2004, n. 1271. Il concetto è stato enucleato da C. PEDRAZZI, *Il concorso di Persone nel reato*, Priulla, 1952, p. 83. In dottrina si vedano anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale – Parte generale*, Seconda Edizione, Zanichelli, 1994, p. 373; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, 1988, p. 503.

²⁹ Sez. VI, 18/04/2018, n. 17503 (in proc. Shauer) ha precisato che «la volontà di contribuire alla realizzazione di un reato non presuppone necessariamente un previo accordo con i compartecipi, né la reciproca consapevolezza del concorso altrui, e può manifestarsi con un accordo (anche un'intesa istantanea) o rimanere solo unilaterale (anche come semplice adesione all'opera dell'altro ignaro) non occorrendo quindi la prova del previo concerto tra i concorrenti, ma è necessario dimostrare che ciascuno di loro ha agito per una finalità unitaria con la consapevolezza, anche solo unilaterale, del ruolo svolto dagli altri e con la volontà di contribuire alla loro condotta (Sez. U, n. 31 del 22/11/2000, dep. 2001, Rv. 218525; Sez. 6, n. 46309 del 09/10/2012, Rv. 253984; Sez. 5, n. 25894 del 15/05/2009, Rv. 243901) posto che il combinarsi dell'art. 110 cod. pen. con una specifica norma incriminatrice consente il cosiddetto concorso unilaterale perché determina fattispecie incriminatrici plurisoggettive eventuali che puniscono contributi materiali alla realizzazione del fatto animati (a prescindere da un previo concerto con gli altri partecipanti) dall'elemento psicologico del reato».

³⁰ Sez. II, 06/05/2022, n. 18260 (in proc. Priolo), cit., che a sua volta cita i precedenti costituiti da Sez. II, 14/07/2021, n. 38044; Sez. II, 02/07/2009, n. 28942.

³¹ È stato sottolineato in dottrina (MAIELLO, V., *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e dis-orientamenti della giurisprudenza*, in *Indice pen.*, 2008, 216 ss.) che la funzione incriminatrice assoluta dall'art. 110 c.p., trova un limite di operatività che gli deriva dal rispetto del principio di stretta legalità, a fronte di una disposizione che, nel tipicizzare una operazione negoziale di natura simulatoria, attrae nella dimensione astratta di un giudizio di strumentalità necessario la condotta del fittizio intestatario, ponendola come «condizione indefettibile di ipotizzabilità del fatto espressamente punito», e tuttavia non la punisce espressamente. Ne conseguirebbe la non punibilità dell'interposto per tale titolo di reato, ma, semmai, per il reato di cui all'art. 648-bis c.p. (in tal senso anche Dinacci, *Trasferimento fraudolento di valori*, cit.). La tesi, tuttavia, non convince, per le motivazioni espresse nel testo, alla luce delle quali nulla osta all'applicazione della disciplina del "concorso eventuale".

³² Sez. II, 21/09/2017, n. 47083, in proc. Clemenzi e A., che cita Sez. II, 04/10/2016, n. 41433, Bifulco. Per un

Viceversa, si deve concordare con chi sostiene che, in assenza di esplicita previsione di una responsabilità colposa, «il professionista che inconsapevolmente, ma negligente e/o imprudente, concorre, dovrà essere mandato esente da alcun rimprovero e/o incriminazione, anche nei casi in cui, assai frequenti, abbia apportato un contributo causale apprezzabile, se non irrinunciabile, all'interposizione fittizia ed alla realizzazione del piano criminale³³», ferma restando, ovviamente, la responsabilità del professionista che abbia concorso con dolo.

4. Il dolo specifico.

Si è visto nell'introduzione come la norma incriminatrice richieda, anche a compensare un certo *deficit* di tassatività dell'elemento oggettivo, una connotazione particolarmente qualificata del coefficiente psicologico (come spesso avviene nei reati di pericolo o a consumazione anticipata), qualificato in termini di dolo specifico, costituito dal «particolare motivo o dallo scopo speciale propostosi dal soggetto attivo del reato³⁴».

La norma prevede due distinti “doli specifici alternativi”: quello di elusione delle misure di prevenzione patrimoniale o sul contrabbando e quello della finalità di commettere delitti di riciclaggio (inteso in senso ampio).

Quanto al primo (tralasciando il contrabbando), è stato recentemente ribadito dalla Corte³⁵ che ai fini della integrazione del delitto di trasferimento fraudolento di valori, lo “scopo elusivo” che connota il dolo specifico prescinde dalla concreta possibilità dell'adozione di misure di prevenzione patrimoniali all'esito del relativo procedimento, essendo integrato anche soltanto dal fondato timore dell'inizio di esso, a prescindere da quello che potrebbe esserne l'esito³⁶; nella circostanza i giudici di legittimità hanno altresì chiarito che la finalità elusiva delle misure di prevenzione patrimoniali, soprattutto laddove il relativo procedimento non sia stato ancora attivato, può essere accompagnata da “finalità concorrenti”, non necessariamente ed

commento alla pronuncia v. M. MEOLI, *Appropriazione indebita attuabile tramite intestazione fittizia*, pubblicato on line sul sito <https://valente-geb.squarespace.com>, 11 febbraio 2017.

³³ I. RAGNACCI, *L'art. 512 bis c.p. tra difficoltà applicative e dubbi di costituzionalità*, pubblicato on line sul sito www.salvijuribus.it, 20 ottobre 2018.

³⁴ Così A. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1961, I, p.772. Per una revisione critica dell'istituto v. G. MARINO, *Il Filo di Arianna. dolo specifico e pericolo nel diritto penale della sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 6/2018, p. 46, secondo cui «il dolo specifico si atteggia quindi alla stregua del bambino freudiano, perverso polimorfo poiché con forme e funzioni diverse è strumento che pone l'accento su un'intima volizione del reo, in misura più o meno intensa a seconda dei casi», evidenziando come esso talora il legislatore utilizzi l'istituto nell'ambito dei reati a consumazione anticipata; talaltra al fine di mutare il titolo del reato contestato, a costituire un reato in forma aggravata ovvero, ancora, a distinguere tra più ipotesi delittuose.

³⁵ Sez. II, 06/05/2022, n. 18260, Priolo, cit.

³⁶ Così anche Sez. II, 21/10/2014, dep. 2015, n. 2483, Lapelosa; Sez. II, 28/03/2017, n. 22954, D'Agostino; Sez. V, 28/02/2014, n. 13083, Pollifroni; Sez. VI, 04/07/2011, n. 27666, Barbieri e, da ultimo, Sez. II, 05/10/2021, n. 38053, Vitagliano Rocco.

7-8/2022

esclusivamente collegate alla impellente e urgente necessità di liberarsi dei beni in vista di una loro possibile ablazione³⁷.

In altre parole, l'eventuale sussistenza di ulteriori motivi, penalmente irrilevanti, che possano spingere alla interposizione, non esclude la punibilità³⁸. In tal senso, vengono alla mente le sempre più frequenti interposizioni operate da soggetti appartenenti ad associazioni mafiose o comunque attinte o attingibili da misure di prevenzione patrimoniale che intestano fittiziamente veicoli societari (anche) al fine di poter ottenere autorizzazioni che, in quanto "in odore di mafia", non potrebbero ottenere³⁹, ovvero l'iscrizione in "*white list*"⁴⁰ per partecipare agevolmente ad appalti pubblici (circostanza che di per sé dovrebbe far scattare la c.d. "interdittiva antimafia").

5. Intestazione, attribuzione, disponibilità.

Il profilo più complesso, tuttavia, concerne la stessa "condotta". Ed infatti, mentre la rubrica dell'articolo ("trasferimento fraudolento di valori") sembrerebbe rinviare agli strumenti traslativi della proprietà o del possesso disciplinati dal codice civile, il testo della disposizione parla di "fittizia attribuzione" della "titolarità" o della "disponibilità", lessico chiaramente (e volutamente) atecnico, che non contiene alcun riferimento ad istituti civilistici di traslazione della signoria (di fatto o di diritto) sul bene.

La questione, quando poi la condotta ha per oggetto non singoli beni ma società, si complica ancor di più, per la scissione tra proprietà e gestione tipica della società di capitali.

Sul punto, si contrappongono diversi indirizzi interpretativi, uno più formalistico, l'altro più sostanzialistico.

Secondo il primo, ai fini dell'integrazione del delitto di intestazione fittizia di beni con riferimento alla costituzione di una nuova attività d'impresa esercitata in forma societaria, è necessaria la duplice dimostrazione della riconducibilità al soggetto interessato a non far apparire la sua titolarità delle risorse destinate ai conferimenti nel

³⁷ La sentenza cita i precedenti costituiti da Sez. II, 09/10/2019, n. 46704, Fotia, nonché Sez. II, 21/09/2021, dep. 2022, n. 4560, Ambrosio, non mass.

³⁸ Sez. II, 06/04/2022, n. 12887 (in proc. Buscemi): «la finalità elusiva delle misure di prevenzione patrimoniali, soprattutto laddove il relativo procedimento non sia stato ancora attivato, può essere accompagnata da finalità concorrenti, non necessariamente ed esclusivamente collegate alla impellente e urgente necessità di liberarsi dei beni in vista di una loro possibile ablazione (in questo senso v. Sez. 2, n. 46704 del 09/10/2019, Fotia, Rv. 277598 nonché, da ultimo, Sez. 2, n. 4560 del 21/09/2021, dep. 2022, Ambrosio, non mass.)».

³⁹ La citata sentenza n. 13083/2014 in proposito precisa che «l'interposizione è funzionale non solo al mascheramento del reale proprietario, ma anche, eventualmente, alla possibilità di ottenere licenze di esercizio che probabilmente il reale dominus non potrebbe conseguire, in quanto (già) sottoposto a misura di prevenzione, ovvero in procinto di esserlo. Grava dunque sulle persone che motivatamente siano ipotizzate come "soggetti interposti" l'onere di dimostrare l'esclusiva proprietà/disponibilità del bene».

⁴⁰ Le *white list* sono redatte dalla Prefettura per i settori di attività considerati "sensibili". La WL contiene l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori che operano in certi settori e che, a seguito degli accertamenti effettuati preliminarmente all'iscrizione e ai controlli che seguono, non sono considerati soggetti economici a rischio di infiltrazione mafiosa.

costituendo patrimonio sociale e del perseguimento dello scopo di eludere, in tal guisa, l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali, ragion per cui non rilevano gli apporti diversi da quelli meramente finanziari (quali, ad esempio, il contributo d'opera o lo sfruttamento di relazioni personali), in quanto non suscettibili di divenire oggetto di misure ablativo, salvo che assurgano ad indici di un contributo concorsuale alla realizzazione dell'altrui condotta di intestazione fraudolenta⁴¹.

Secondo tale indirizzo, sul piano probatorio non sarebbe quindi sufficiente l'accertamento della mera disponibilità del bene da parte di chi non ne risulta essere formalmente titolare, in quanto occorre la prova, sia pur indiziaria, della provenienza delle risorse economiche impiegate per il suo acquisto da parte del soggetto che intenda eludere l'applicazione di misure di prevenzione⁴², ovvero che l'impresa è stata costituita, in tutto o in parte, con risorse riconducibili all'indagato oppure che alla stessa, se preesistente, sono state trasferite risorse economiche del medesimo o, ancora, che l'azienda è stata retrocessa all'indagato, entrando effettivamente a far parte del suo patrimonio, pur rimanendo fittiziamente intestata al precedente titolare⁴³.

Si è inoltre affermato che, ai fini della configurabilità del reato di intestazione fittizia di quote sociali, non è sufficiente la prova che l'indagato rivesta la funzione di amministratore di fatto della società delle cui quote s'ipotizza la fittizia intestazione, essendo invece necessario l'accertamento della titolarità sostanziale delle predette quote, attraverso l'attribuzione della qualifica di socio di fatto⁴⁴.

Come appare evidente, sia pure non affermandolo a chiare note, tale indirizzo fa costante applicazione degli istituti civilistici, richiedendo da un lato la prova della provenienza dall'interponente delle risorse della costituenda società e dall'altro scindendo nettamente la figura dell'amministratore da quella del socio, secondo uno schema "duale" prettamente civilistico.

Tale concezione presta il fianco a diverse critiche.

In primo luogo, infatti, è assai frequente che le operazioni di interposizione non si accompagnino all'effettivo pagamento del valore delle quote trasferite, di talché sarebbe impossibile fornire la prova della provenienza delle risorse economiche dall'interponente.

In secondo luogo, tale tesi non considera il fatto che interesse dell'interponente non è acquisire la posizione "statica" di socio occulto, quanto quella, "dinamica", di gestore della società, che costituisce un mero schermo della sua sfera di signoria.

Per tali motivi alla suesposta tesi se ne contrappone altra, la quale sottolinea che sebbene la fattispecie penale sia intitolata "trasferimento fraudolento di valori" (il che farebbe pensare ad un "passaggio" di titolarità di beni da un soggetto ad un altro con

⁴¹ Sez. II, 03/02/2021, n. 19649 (in proc. amato) e, più recentemente, Sez. II, 02/05/2022, n. 17035 (in proc. Frascati), che richiama i precedenti costituiti da Sez. 2, n. 28300 del 16/04/2019, Russo, Rv. 276216; Sez. 6, n. 26931 del 29/05/2018, Cardamone, Rv. 273419; Sez. 1, n. 42530 del 13/06/2018, C., Rv. 274024; Sez. 6, n. 5231 del 12/01/2018, Polverino.

⁴² Sez. VI, 29/05/2018, n. 26931; Sez. VI, 12/01/2018, n. 5231.

⁴³ Sez. V, 15/11/2021, dep. 2022, n. 146, in proc. Condello.

⁴⁴ Sez. V, 07/07/2015, n. 50289, in proc. Mollica.

modalità fittizie o simulatorie, di modo che sembri necessario accertare in primo luogo se tale passaggio vi sia stato e in secondo luogo se esso rivesta carattere fittizio), questa lettura puramente formale ed esteriore della norma non sia condivisibile poiché «i contorni della fattispecie in esame ed in particolare la condotta attiva, devono essere esattamente individuati attraverso il contenuto precettivo della disposizione normativa e alla luce della sua *ratio*⁴⁵».

Precisa la Corte che il precetto dell'art. 512-bis c.p. parla precisamente di "attribuzione fittizia" ad altri della "titolarità o disponibilità" di denaro, beni od altre utilità ed individua espressamente la finalità della norma (e del dolo specifico) nell'intento di impedire l'elusione di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando ovvero l'agevolazione di delitti di ricettazione, riciclaggio o impiego di beni di provenienza illecita. In tal senso, si ritiene che nell'individuazione della materialità del delitto in esame il legislatore prescinda da «concetti giuridico-formali».

In primo luogo, infatti, l'impiego dei termini "disponibilità" e "titolarità", inidonei a caratterizzare soltanto la condizione del possessore o quella del proprietario, rispondono all'esigenza di ricondurre nell'ambito della previsione normativa tutte quelle situazioni, anche «non inquadrabili secondo precisi schemi civilistici, nelle quali tuttavia il soggetto viene a trovarsi in un rapporto di signoria con il bene».

In secondo luogo, il termine "attribuzione" prescinde da un trasferimento in senso tecnico-giuridico, rimandando non a negozi giuridici tipicamente definiti ovvero a precise forme negoziali, ma piuttosto ad «una indeterminata casistica, individuabile soltanto attraverso la comune caratteristica del mantenimento dell'effettivo potere sul bene "attribuito" in capo al soggetto che effettua l'attribuzione ovvero per conto o nell'interesse del quale l'attribuzione medesima viene compiuta»; la norma, in altre parole, richiede solo l'accertamento che il denaro, i beni o le altre utilità, che appaiono nella "titolarità o disponibilità" di un soggetto, in realtà siano riconducibili ad un soggetto diverso.

In altri termini il legislatore, nella consapevolezza della complessità dei moderni sistemi economico-finanziari, non indica i meccanismi, che possono essere molteplici, diversi e non classificabili in astratto, attraverso i quali dovrebbe realizzarsi la "attribuzione fittizia", ma lascia libero il giudice di merito di procedere a tutti gli accertamenti del caso al fine di pervenire ad un «giudizio, non vincolato necessariamente da criteri giuridico-formali, ma soltanto rispettoso dei parametri normativi di valutazione delle prove o degli indizi emergenti da elementi fattuali o logici».

In conclusione, secondo la Corte, il fatto-reato nella sua struttura consiste in una situazione di «apparenza giuridica e formale della titolarità o disponibilità del bene, difforme dalla realtà», e nel realizzare consapevolmente e volontariamente tale situazione⁴⁶.

⁴⁵ Sez. II, 26/02/2019, n. 8452, in proc. Riela ed A. La sentenza cita in tal senso anche Sez. II, 52616/2014, Rv. 261613; Sez. II, n. 38733/2004, Rv. 230109; Sez. III, n. 1665/1993 Rv. 194682.

⁴⁶ Così anche Sez. II, 21/09/2017, n. 43144, in proc. Micalusi.

7-8/2022

Ciò che rileva, secondo questo secondo indirizzo, è la “sostanziale signoria” sul bene formalmente attribuito ad altri a fronte di una “apparenza giuridica e formale”⁴⁷. Tale signoria sostanziale, accompagnata dalle “finalità elusive” enunciate sotto forma di dolo specifico, concretizza l’“in sé” del reato, il cui obiettivo è impedire lo svolgimento di attività di impresa a soggetti che potrebbero essere proposti per misure di prevenzione patrimoniale o possano commettere reati di *moneylaundering*⁴⁸.

In una posizione, per così dire, intermedia, si pongono quelle pronunce⁴⁹ che ritengono necessario che l’attribuzione della titolarità o della disponibilità della cosa, pur non inquadrabile nell’ambito di rigorosi schemi civilistici, comporti, quantomeno, il fittizio conferimento di un’«apprezzabile signoria sulla “res”⁵⁰».

A dirimere l’apparente contrasto tra rubrica e testo della norma, testè evidenziato, soccorre anche l’interpretazione teleologica, caldeggiata dalla tesi “sostanzialistica”.

Come è stato infatti osservato dalla giurisprudenza⁵¹, la caratteristica fondamentale del reato è la «consapevole determinazione di una situazione di difformità tra titolarità formale dei beni, soltanto apparente, e titolarità di fatto, qualificata dalla specifica finalizzazione»; si è in altre parole di fronte ad una vicenda negoziale con effetti traslativi che soltanto all’apparenza faccia acquisire a terzi la titolarità o la disponibilità del bene, in realtà «rimasto nel patrimonio e sotto il controllo del soggetto apparente cedente», con la conseguenza che per integrare il delitto in questione, è necessario che la condotta sia «idonea a conseguire effetti di sottrazione del denaro o dei valori alla normativa sulle misure di prevenzione ed alla possibilità della sua applicazione».

Ciò che l’esegeta deve in sostanza verificare è la “tensione teleologica” dell’operazione negoziale ad eludere la normativa relativa alle misure di prevenzione patrimoniali, in disparte ovviamente l’ipotesi in cui la condotta sia finalizzata ad eseguire operazioni di *money laundering*⁵², verificando in concreto se tale effetto fosse realizzabile.

In riferimento alle “operazioni negoziali” traslative della titolarità o disponibilità del bene (nel caso in esame delle quote sociali) va poi aggiunta una ulteriore notazione,

⁴⁷ Così R. RADÌ, *Trasferimento fraudolento di valori: art. 512-bis c.p. - da reato istantaneo a reato permanente*, pubblicato on line sul sito www.filodiritto.com, 29 novembre 2021.

⁴⁸ Su posizioni simili anche Sez. II, 18/12/2014, n. 52616, in proc. Salvi, secondo cui «l’espressione “attribuzione fittizia della titolarità o della disponibilità di denaro, beni o altre utilità” ha una valenza ampia che rinvia non soltanto alle forme negoziali tradizionalmente intese, ma a qualsiasi tipologia di atto idonea a creare un apparente rapporto di signoria tra un determinato soggetto e il bene, rispetto al quale permane intatto il potere di colui che effettua l’attribuzione, per conto - o nell’interesse - del quale l’attribuzione è operata; ne consegue che anche l’affitto di un ramo di azienda [il corsivo è nostro, NDR] può integrare un caso di attribuzione fittizia, diretta a creare una realtà giuridica apparente nell’interesse del reale “dominus”».

⁴⁹ Sez. II, 05/03/2019, n. 9652, in proc. Meluzio.

⁵⁰ La Corte richiama i precedenti costituiti da Sez. VI, 24/10/2012, n. 41514; in proc. Adamo; Sez. V, 22/12/2015, n. 50289, in proc. Mollica.

⁵¹ Sez. VI, 28/08/2020, n. 24436, in proc. Pugliese, cit.; Sez. II, 21/09/2017, n. 47083, Clemenzi, cit.

⁵² In tal senso Cass., Sez. II, 16 dicembre 2015, n. 13448 (in proc. Zummo, cit.), secondo cui «il fuoco del comando non attiene alla tipologia dei beni ceduti o alle modalità negoziali tramite cui si dispone la cessione del bene, bensì al risultato a cui consapevolmente mira il negozio traslativo».

di carattere formale: come noto la compravendita (art. 1470 c.c.) non è un contratto “reale”, che si perfeziona con il passaggio della *res*, bensì un contratto “a effetti reali” che si perfeziona con il consenso (contratto “consensuale”), che ha esso stesso effetto traslativo⁵³. La consegna della cosa (frequentemente le quote sociali) e il pagamento del relativo prezzo costituiscono mere “obbligazioni” a carico, rispettivamente, del venditore (1476 c.c.) e dell’acquirente (1498 c.c.).

La mancata “tracciabilità” del pagamento del corrispettivo non è quindi elemento dirimente, in quanto la “titolarità” prescinde dal pagamento del corrispettivo e discende direttamente dall’accordo tra le parti. Anche dal punto di vista “formale”, pertanto, l’acquirente diviene “titolare” del bene con il semplice accordo; non vi è quindi una necessità “assoluta” di rinvenire i “passaggi di denaro”; essi saranno utili come “indizio” della fraudolenta intestazione, ma non costituiscono oggetto di prova necessaria⁵⁴.

Del resto è estremamente frequente nella prassi il ricorso, da parte delle organizzazioni criminali, a un vero e proprio *tourbillon* di passaggi di quote sociali, poteri di amministrazione e *asset* (frequente ad esempio è il ricorso alla cessione di ramo di azienda) tra le diverse società che compongono il reticolo societario riconducibile a uno o più soggetti interposti. A questi ripetuti passaggi non corrisponde, sovente, un pagamento tracciabile, dandosi atto semplicemente, nell’atto notarile (o ancor più nel caso di cessione di quote con firma elettronica), che i rapporti economici sono già stati regolati dalle parti, ovvero che il pagamento della cessione viene contestualmente eseguito a mezzo assegni non meglio precisati, ovvero ancora facendosi riferimento ad assegni, generalmente circolari, che vengono esibiti ma non successivamente bancati.

Sul punto la Cassazione⁵⁵ ha affermato che in base ad una nozione ampia di “attribuzione” deve ritenersi che sia la costituzione di nuove società, sia l’intestazione di titoli a nuovi soggetti, sia i cambi dei vertici societari qualora siano rivolti a creare nuove situazioni fittizie e nuove realtà giuridiche apparenti, funzionali ad eludere le disposizioni di legge richiamate dalla L. n. 356 del 1992, art. 12-quinquies, creando ulteriori schermi per coprire e mascherare la reale proprietà dei beni, integrino un

⁵³ Per quanto concerne le “formalità”, il trasferimento di quote di una s.r.l. (2649 c.c.) può avvenire tramite atto notarile o può essere sottoscritto con firma digitale a cura di un intermediario abilitato (art. 36, comma 1-bis, D.L. 112/2008).

⁵⁴ In modo sostanzialmente conforme a quanto si sostiene nel testo, sez. I, 16/06/2010, n. 23266 (in proc. Martiradonna) ha affermato che «l’accordo criminoso tra padre e figlio, anche se perfezionatosi formalmente nell’atto di cessione delle quote stipulato a Londra, è maturato ancor prima in Italia allo scopo di sottrarre i beni alla misura di prevenzione patrimoniale, essendo in corso accertamenti per l’applicazione della misura di prevenzione personale nei confronti del ricorrente. Ne consegue che, trattandosi di condotte commesse in parte anche nel territorio dello Stato, deve ritenersi sussistente la giurisdizione italiana a conoscere del reato per il quale si procede. L’accordo criminoso tra padre e figlio, anche se perfezionatosi formalmente nell’atto di cessione delle quote stipulato a Londra, è maturato ancor prima in Italia allo scopo di sottrarre i beni alla misura di prevenzione patrimoniale, essendo in corso accertamenti per l’applicazione della misura di prevenzione personale nei confronti del ricorrente. Ne consegue che, trattandosi di condotte commesse in parte anche nel territorio dello Stato, deve ritenersi sussistente la giurisdizione italiana a conoscere del reato per il quale si procede».

⁵⁵ Sez. II, 13/06/2012, n. 23197/2012, Modica, cit.

autonomo reato di trasferimento fraudolento di valori, a prescindere dalle precedenti intestazioni fittizie. La creazione, da una originaria società, di ulteriori e nuove società fittizie, così come pure le plurime intestazioni fittizie di quote di società o i cambi dei vertici societari, possono realizzare «attraverso un reticolo di operazioni simulate, un assetto che rende oltremodo difficile se non impossibile l'individuazione della reale proprietà dei beni in questione, agevolandone la sottrazione alle legittime pretese dello Stato».

In conclusione, la giurisprudenza prevalente, il cui indirizzo chi scrive condivide, afferma che:

- a) ciò che rileva è, in casi come questi, l'effettiva "signoria" sul bene, non l'assetto dominicale "formale";
- b) la presenza di "reticoli societari" costituisce spesso un epifenomeno della "volontà dissimulativa";
- c) ogni successivo trasferimento (di quote, di beni, di rami d'azienda, ecc.) costituisce un autonomo fatto di intestazione fittizia (come visto al precedente par. 2).

6. Il "sillogismo giudiziario" e gli "indici di interposizione". Conseguenze in merito di onere della prova.

Accanto alle tematiche squisitamente dogmatiche in ordine ai requisiti in presenza dei quali possa parlarsi tecnicamente di "interposizione fittizia", meritano spazio anche argomenti relativi alla "prova" di detta interposizione.

Ed infatti, va evidenziato come anche la giurisprudenza più formalistica, o rigorosa che dir si voglia, ritiene che la prova della fittizia intestazione possa essere fornita anche per via indiziaria.

A tal proposito, sembra opportuno da un lato precisare i contorni dell'operazione logica ed ermeneutica che l'operatore del diritto deve svolgere, e dall'altro fornire una indicazione di quelli che possono costituire gli "indici sintomatici" (c.d. "*red flag*") di interposizione fittizia⁵⁶.

Sotto il primo aspetto, occorre rammentare come la "prova logica" richiede la valutazione da parte del giudice di una serie di elementi di fatto, che sarà il frutto di una sintesi, quanto meno possibile "intuitiva", degli indici stessi, in esito a un processo di tipo induttivo.

Come noto, la scienza epistemologica considera, quali metodi di verifica dell'attendibilità di una scienza, due fondamentali sistemi:

- il "metodo deduttivo" (proprio del pensiero aristotelico e della scienza scolastica), che parte dalla sussistenza assiomatica di una legge generale che applica al caso particolare; tale metodo, ovviamente, appare più adatto ad un sistema processuale basato sulla sussistenza delle c.d. "prove legali" (quali l'ordalia del diritto germanico o,

⁵⁶ Sez. II, 16/04/2015, n. 15804 (in proc. Buonocore) parla di "concreti indici rivelatori".

per restare al diritto processuale civile contemporaneo, al giuramento decisorio) che ad un sistema che si basa sul libero convincimento del giudice;

- il “metodo induttivo”, che si sostanzia nell’osservazione della realtà fenomenica da cui astrarre enunciati generali sulla regolarità dei fenomeni, che verranno denominati come leggi. Tale sistema (concepito da Bacone e perfezionato da Newton)⁵⁷, è stato negli anni temperato⁵⁸ attraverso la formulazione del c.d. “principio ipotetico”, che si impenna sulla possibile erroneità delle leggi derivate dall’osservazione del reale, in ipotesi fallace o incompleta, sottolineando la necessità di continua verifica, sul campo e in concreto, della fondatezza delle leggi regolari ricavate, che non possono assumere valore “universale”, ma solo “generale”.

L’ipotesi di scuola è quella dell’osservazione di migliaia di cigni bianchi da cui si ricava la legge secondo cui tutti i cigni sono bianchi, che sarà considerata valida finché non si osserverà un “cigno nero”.

Trasportando dall’epistemologia alla pratica giurisprudenziale le categorie logiche summenzionate, è evidente che il metodo ipotetico/induttivo come metodo di ricerca e valutazione della prova (*rectius*: di osservazione della messe probatoria al fine di ricavarne una costante regolare con valore di prova) si traduce in un sistema di inferenza probabilistica, in modo del tutto analogo a quanto avviene, ad esempio, nei processi per delitti colposi commissivi (p.e. in tema di “colpa medica”). Non è quindi attraverso lo schema logico della deduzione che si raggiunge la prova logica, bensì attraverso quello della induzione/deduzione: analizzare la pluralità dei fatti concreti per ricavarne una regola generale – soggetta al vaglio costante dell’esperienza - da applicare (stavolta con metodo deduttivo) al caso particolare.

Tale processo logico è sintetizzato dall’articolo 192, comma 2, c.p.p., laddove si stabilisce che “l’esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti”.

Nella valutazione degli indizi il giudice potrà far ricorso in chiave ausiliaria a “fatti notori” e “massime di comune esperienza⁵⁹”, che si differenziano dalla mera congettura perché la valutazione è formulata sulla scorta dell’*id quod plerumque accidit* come risultato di una verifica empirica dell’elemento preso in considerazione⁶⁰.

Inoltre, il metodo induttivo richiede la lettura dapprima unitaria di ogni singolo elemento di prova, e quindi e quindi una valutazione complessiva dell’intero compendio probatorio “in una prospettiva globale e unitaria, tendente a porre in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo”⁶¹.

⁵⁷ che applica le leggi generali, ricavate con il metodo induttivo, al caso particolare mediante l’utilizzo del metodo deduttivo, da cui la definizione di “metodo induttivo-deduttivo”

⁵⁸ Alla luce delle critiche mosse al metodo induttivo da Carl Popper (“Logica della scoperta scientifica”, 1934), che ricorse alla famosa metafora del “tacchino induttivista”.

⁵⁹ Sez. V, 09/01/2014, n. 602, in proc. Ungureanu.

⁶⁰ Sez. VI, 07/07/2009, n. 27862, in proc. De Noia.

⁶¹ Sez. II, 16/10/2013, n. 42482, in proc. Kuzmanovic. La Corte, che contesta alla ricorrente il ricorso alla “notoria tecnica retorica del frazionamento della prova al fine di meglio confutarla”, precisa che «il procedimento logico di valutazione degli indizi si articola in due distinti momenti. Il primo è diretto ad accertare il maggiore o minore livello di gravità e di precisione degli indizi, ciascuno considerato

7-8/2022

E così, applicando il metodo induttivo al reato in esame, gli indici rivelatori che l'interprete potrà prendere ad esame, saranno costituiti (ovviamente a titolo esemplificativo e non esaustivo) da elementi che presentano una "regolarità" di presenza nella realtà fenomenica, quali:

- la concentrazione in capo al presunto "interponente" dei poteri di gestione e controllo sui diversi veicoli societari asseritamente interposti;
- una redditualità storica dei presunti interposti incompatibile con l'intrapresa di iniziative imprenditoriali⁶²;
- lo svolgimento concomitante, da parte degli interposti, di altra attività professionale;
- l'assenza di specifica esperienza imprenditoriale degli interposti, soprattutto quando risultino amministratori o proprietari di numerose società;
- la sussistenza di frequenti contatti telefonici tra l'interponente ed i soggetti che si sono prestati a detenere quote o ad amministrare aziende per suo conto⁶³;

isolatamente, tenendo presente che tale livello è direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale gli elementi indizianti conducono al fatto da dimostrare ed è inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza. Il secondo momento del giudizio indiziario è costituito dall'esame globale e unitario tendente a dissolverne la relativa ambiguità, posto che "nella valutazione complessiva ciascun indizio (notoriamente) si somma e, di più, si integra con gli altri, talché il limite della valenza di ognuno risulta superato sicché l'incidenza positiva probatoria viene esaltata nella composizione unitaria, e l'insieme può assumere il pregnante e univoco significato dimostrativo, per il quale può affermarsi conseguita la prova logica del fatto ... che - giova ricordare - non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta (o storica) quando sia conseguita con la rigorosità metodologica che giustifica e sostanzia il principio del c.d. libero convincimento del giudice" (Cass., Sez. Un. 4 febbraio 1992, n. 6682, rv. 191231). Le linee dei paradigmi valutativi della prova indiziaria sono state recentemente ribadite dalle Sezioni Unite che hanno evidenziato che il metodo di lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio non si esaurisce in una mera sommatoria degli indizi e non può, perciò, prescindere dalla operazione propedeutica che consiste nel valutare ogni prova indiziaria singolarmente, ciascuna nella propria valenza qualitativa, tendente a porre in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo (Cass. Sez. Un. 12 luglio 2005, n. 33748, rv. 231678)». Sez. I, 02/05/2016 (ud. 11/11/2015), n. 18149 (in proc. Korkaj) ha poi precisato che «ciascun indizio deve corrispondere a un fatto certo, e cioè realmente esistente e non soltanto verosimile o supposto (Sez. I, n. 44324 del 18/04/2013, Rv. 258321), munito di una valenza dimostrativa di regola solo possibilistica, dalla cui lettura, coordinata sinergicamente con quella degli altri elementi indiziari ricavati da fatti altrettanto certi nella loro esistenza storica, deve essere possibile pervenire, attraverso un ragionamento di tipo induttivo basato su regole di esperienza consolidate ed affidabili che consenta di superare l'ambiguità residua dei singoli indizi attraverso il loro apprezzamento unitario, alla dimostrazione del fatto ignoto oggetto di prova, secondo lo schema del c.d. sillogismo giudiziario».

⁶² Sez. I, 07/03/2014, n. 17743 (in proc. Rienzi) ha affermato che il rapporto esistente tra il proposto e il coniuge, i figli e gli altri conviventi costituisce, pur al di fuori dei casi delle specifiche presunzioni di cui all'art. 2-ter, comma 13, legge n. 575 del 1965 (ora art. 26, comma secondo, d.lgs. n. 159 del 2011), circostanza di fatto significativa della fittizietà della intestazione di beni dei quali il proposto non può dimostrare la lecita provenienza, quando il terzo familiare convivente, che risulta fittiziamente titolare dei cespiti, è sprovvisto di "effettiva capacità economica".

⁶³ Sez. II, 13/06/2012, n. 23197/2012, Modica, cit.: «il Tribunale ha ricavato quanto sopra ben valutando il molto materiale probatorio raccolto - grave e univoco - ed in particolare: le intercettazioni...».

7-8/2022

- la cessione di *asset* tra le varie società, riconducibili alla medesima signoria sostanziale⁶⁴;
- la presenza di pregressi rapporti di collaborazione professionale⁶⁵ ovvero di rapporti di natura familiare⁶⁶ tra l'interponente ed i soggetti che si sono prestati a detenere quote o ad amministrare aziende per suo conto;
- la distribuzione di utili ai soci occulti⁶⁷;
- il rinvenimento nella disponibilità dell'interponente di documentazione afferente le diverse società;
- l'utilizzo del medesimo notaio per la stipula dei passaggi di quote delle varie società⁶⁸.

In presenza di (tutti o alcuni) tali indici è possibile attivare il meccanismo logico del "sillogismo giudiziario" e, partendo dall'osservazione dei singoli dati di fatto, si può inferire una regola generale. La regola generale è che se tutti gli elementi convergono univocamente verso l'individuazione di una signoria di fatto in capo al supposto interponente né, in concreto, si rinvencono elementi di segno opposto, da cui desumere, la fallacia della regola generale inferita (per tornare all'esempio fatto in precedenza, se non si rinviene alcun "cigno nero"), si può ragionevolmente concludere per la sussistenza dell'interposizione, anche senza la prova diretta dell'utilizzo di risorse, spesso dissimulate, per il trasferimento della titolarità della società.

Sul versante dell'onere della prova, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire⁶⁹ che incombe alla pubblica accusa l'onere di dimostrare l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi di una «discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene», sicché possa affermarsi con certezza che il terzo intestatario si sia prestato alla titolarità apparente al solo fine di favorire la permanenza dell'acquisizione del bene in capo al soggetto indagato e di salvaguardarlo dal pericolo della confisca; a tal fine potranno essere utilizzate non solo circostanze sintomatiche di mero spessore

⁶⁴ «anche l'affitto di un ramo di azienda può integrare un caso di attribuzione fittizia, diretta a creare una realtà giuridica apparente nell'interesse del reale "dominus"» Sez. II, n. 52616/2014, citata.

⁶⁵ Sez. II, 10/06/2021, n. 22986, in proc. Panella.

⁶⁶ Sez. II, 08/08/2019, n. 35826, Como, cit.

⁶⁷ Sez. I, 15/10/2003, n. 43049, in proc. Fiorisi.

⁶⁸ Secondo la Corte, in un procedimento afferente la costituzione di un "trust" familiare (Sez. II, 16/04/2015, n. 15804, Buonocore, citata, su cui più diffusamente anche *infra*), gli elementi che si devono ben focalizzare, al di là del programma di segregazione, sono i seguenti:

- la struttura giuridica: il *trust* familiare, come si è detto, è costituito dall'indagato con un semplice atto unilaterale non recettizio di natura gratuita a favore di stretti familiari;
- l'effetto giuridico: il *trust* rientra fra i negozi fiduciari, così come l'interposizione reale in cui l'interposto - e cioè una terza persona - a seguito di un accordo fiduciario, amministra e gestisce i beni dell'indagato: l'analogia, *mutatis mutandis*, fra l'interposizione reale, per la quale è pacifica l'ammissibilità del sequestro dei beni amministrati dall'interposto, con l'effetto segregativo del *trust*, è evidente;
- le conseguenze pratiche e fattuali: a seguito della costituzione del *trust* familiare, i beni dell'indagato/imputato restano comunque in ambito familiare, sicché, continuano a rimanere nella sua "disponibilità" da intendersi in senso lato, non potendo su di essa far velo l'effetto giuridico creato dallo stesso indagato/imputato che si limita a spogliarsi del potere dispositivo sui beni.

⁶⁹ Sez. II, 16/04/2015, n. 15804, Buonocore, cit. (che cita in motivazione, *ex plurimis*, Cass. 11732/2005 rv. 231390; Cass. 3990/2008 rv. 239269; Cass. 27556/2010 rv. 247722).

7-8/2022

indiziario, ma elementi fattuali, dotati dei crismi della gravità, precisione e concordanza, idonei a sostenere, anche in chiave indiretta, l'assunto accusatorio.

L'onere probatorio dell'accusa quindi, secondo la Corte ultima citata, consiste nel dimostrare, anche e soprattutto «attraverso presunzioni plurime, gravi, precise e concordanti, che quei beni, in realtà, non sono del terzo, ma sono nella disponibilità dell'indagato "a qualsiasi titolo"», per "disponibilità" dovendosi intendere la «relazione effettuale con il bene, connotata dall'esercizio dei poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà»⁷⁰. A tal proposito, precisa la Corte che la prova «ben può fondarsi anche su presunzioni, che sono le più svariate»⁷¹.

Per la Corte⁷², se il meccanismo utilizzato è stato quello simulatorio (interposizione fittizia o reale), «l'onere probatorio non può che consistere nella prova che l'indagato sia il reale possessore del bene e che il terzo non sia altro che la classica "testa di legno"».

Ciò che si impone è in conclusione una «pregnante valutazione»⁷³, sia pure in termini di semplice probabilità, sulla base di elementi che appaiono indicativi della loro effettiva disponibilità da parte dell'indagato, per effetto del carattere meramente fittizio della loro intestazione.

In conclusione si ritiene che l'esegeta non dovrebbe incorrere nella tentazione di sovrapporre al procedimento penale rigide distinzioni di tipo civilistico, quali, ad esempio, la disgiunzione tra i poteri del "socio" da quelli dell'"amministratore" (distinzione fatta propria dall'indirizzo giurisprudenziale più formalistico): ciò che rileva è infatti esclusivamente la "signoria di fatto" sul bene, che si esprime solitamente attraverso la gestione della vita sociale e la partecipazione agli utili, situazione di fatto

⁷⁰ La Corte cita in proposito il precedente costituito da Sez. II, 23/05/2013, n. 22153, in proc. Prigionieri, secondo cui «la disponibilità coincide, pertanto, con la signoria di fatto sulla *res* indipendentemente dalle categorie delineate dal diritto privato, riguardo al quale il richiamo più appropriato sembra essere quello riferito al possesso nelle definizioni che ne dall'art. 1140 c.c. Non è necessario, quindi, che i beni siano nella titolarità del soggetto indagato o condannato, essendo necessario e sufficiente che egli abbia un potere di fatto sui beni medesimi e quindi la disponibilità degli stessi. Ovviamente tale potere di fatto può essere esercitato direttamente o a mezzo di altri soggetti, che a loro volta, possono detenere la cosa nel proprio interesse (detenzione qualificata) o nell'interesse altrui (detenzione non qualificata). Sicché la nozione di disponibilità non può essere limitata alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene, ma va estesa, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricada nella sfera degli interessi economici del prevenuto, ancorché il medesimo eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di altri».

⁷¹ La citata Sez. II, 16/04/2015, n. 15804, Buonocore, a mo' di esempio, senza alcuna pretesa di esaustività e facendo ricorso alla casistica giurisprudenziale, ricorda:

- a) la parentela e la convivenza fra il dante causa e l'avente causa, nonché rapporti di amicizia o di lavoro;
- b) la vicinanza temporale fra l'atto di spoliazione e il momento in cui il dante causa ha avuto la cognizione che, presto, i suoi beni sarebbero stati aggrediti dal Pubblico Ministero;
- c) la mancanza di disponibilità economica da parte dell'avente causa che giustifichi l'acquisto a titolo oneroso;
- d) la circostanza che l'avente causa ha continuato ad avere la disponibilità di fatto del bene trasferito a terzi;
- e) la gratuità dell'atto, ecc.

⁷² Sez. II, 16/04/2015, n. 15804, Buonocore, cit.

⁷³ Sez. II, 23/05/2013, n. 22153, citata nella nota 69 che precede.

che deve essere valutata secondo un apprezzamento sintetico ma rigoroso degli elementi di fatto a disposizione.

In tal senso non può che concordarsi con la pronuncia di primo grado resa nel processo “Aemilia” dal Tribunale di Reggio Emilia⁷⁴, secondo cui assume rilevanza penale ogni condotta che determini, consapevolmente, una «situazione di apparenza giuridica, di difformità tra titolarità formale e titolarità di fatto di un determinato compendio patrimoniale, pur se non inquadrabile entro tipici modelli civilistici»; secondo i giudici emiliani per la realizzazione dell’effetto finale penalmente rilevante – costituito dalla scissione tra titolarità o disponibilità formali e rapporto reale del potere di fatto sul bene – il legislatore non ha inteso formalizzare i meccanismi attraverso i quali può realizzarsi l’“attribuzione fittizia”, né ricondurre la definizione di “titolarità” o “disponibilità” a schemi tipizzati di carattere civilistico, dovendosi piuttosto procedere ad un «apprezzamento coordinato ed unitario che tenga conto delle evoluzioni che la storia dei singoli beni può aver subito».

7. L’utilizzo di strumenti civilistici per finalità elusive dell’effettiva disponibilità.

Come è stato rilevato in dottrina⁷⁵, «colui che vuole realizzare una cessione fraudolenta di valori dovrà necessariamente servirsi di schemi negoziali/contrattuali leciti anche se poi il loro intento fraudolento li renderà nulli per illiceità della causa». In tali casi, aggiunge la giurisprudenza, non si può né consentire né ammettere che «il semplice utilizzo di un lecito istituto giuridico sia sufficiente ad eludere la rigida normativa prevista nel diritto penale a presidio di norme inderogabili di diritto pubblico⁷⁶».

L’astratta liceità degli strumenti negoziali utilizzati non può quindi costituire un ostacolo alla configurabilità del delitto in parola.

La fenomenologia dell’interposizione è variegata, essendo possibile utilizzare numerosi negozi giuridici a finalità dissimulatorie del reale intestatario di beni e complessi aziendali; non può quindi che procedersi ad una breve analisi degli strumenti maggiormente utilizzati nella prassi.

Il primo strumento giuridico che viene sovente utilizzato per realizzare il trasferimento fittizio è la c.d. “simulazione negoziale”.

Il negozio simulato per eccellenza è ovviamente la compravendita, ma effetti interpositori possono anche conseguirsi attraverso il mandato, il *pactum fiduciae* (in cui potrebbero rientrare il patto di retrovendita, il mandato senza rappresentanza, il

⁷⁴ Tribunale di Reggio Emilia – Sezione Penale – sentenza n. 1155 del 31/10/2018, dep. 10/7/2019, in proc. Abruzzese et A., confermata da Cass., Sez. II, 7/05/2022.

⁷⁵ F. COSTANTINI, *La cessione fraudolenta di valori. Struttura del reato e sua configurabilità in relazione a forme di cessione di asset patrimoniali anche con i nuovi strumenti negoziali sviluppati in ambito civilistico*, cit..

⁷⁶ Sez. II, 16/04/2015, n. 15804, in proc. Buonocore, cit.

7-8/2022

contratto estimatorio e le società fiduciarie), il leasing, il trust⁷⁷, il fondo patrimoniale, il fondo di destinazione e il socio occulto.

La Cassazione⁷⁸ ha avuto modo di precisare che i meccanismi che l'indagato/imputato può porre in essere al fine di mettere in salvo il proprio patrimonio per tentare di sfuggire alla pretesa statuale di confisca dei patrimoni illecitamente accumulati, possono essere catalogati nelle seguenti categorie:

a) meccanismi di interposizione fittizia, in cui il bene, pur essendo formalmente intestato a terzi, ricade nella sfera di disponibilità effettiva dell'indagato o del condannato, il che può avvenire sia nella fase dell'acquisto (quando il bene viene acquistato formalmente ma fittiziamente da un terzo) che della vendita dei beni (l'indagato/imputato vende fittiziamente il bene ad un terzo, rimanendo il vero proprietario);

b) meccanismi di interposizione reale, in cui l'interponente trasferisce o intesta, ad ogni effetto di legge, taluni beni all'interposto, ma con l'accordo fiduciario sottostante che detti beni saranno detenuti, gestiti o amministrati nell'interesse del *dominus* e secondo le sue direttive, ossia tutte quelle situazioni in cui l'interposto ne è l'effettivo titolare *erga omnes*, purché legato da un rapporto fiduciario con l'interponente⁷⁹;

c) meccanismi di "segregazione del patrimonio", la cui finalità è quella della gestione controllata dei patrimoni in essi conferiti e, quindi, della loro protezione: in tale categoria rientrano sia la costituzione del *trust* che del fondo patrimoniale che l'ordinamento, indubbiamente, consente in quanto rispondono ad interessi ritenuti meritevoli di tutela;

d) atti di alienazione di beni a mezzo dei quali l'indagato/imputato pone in essere atti non simulati in quanto il terzo acquista realmente il bene. È l'ipotesi che si verifica

⁷⁷ Sul *trust* si veda anche Cass. 07/11/2014, n. 46137 (in proc. Greci), secondo cui «presupposto coesenziale alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio. Tale situazione di mera apparenza, che sul versante civilistico sarebbe causa di radicale nullità, è stata correttamente valutata dal giudice della cautela, per concludere che, al di là delle forme, il Greci, *trustee* (cioè amministratore) egli stesso, continuava ad amministrare i beni, conservandone la piena disponibilità».

Sul punto si vedano F. BRIZZI, *Il "negozio illecito": leasing e trust come strumenti di dissimulazione della "disponibilità"*, pubblicato on line sul sito www.archiviopenale.it, il quale sottolinea come «l'apparente estraneità rispetto al reato tanto delle società di leasing che di quelle conferite in *trust* impongono un "rafforzato" onere di motivazione, per procedere all'azione ablativa, dovendosi fornire la prova rigorosa della "disponibilità" dei beni in capo al proposto/imputato, onere vieppiù rafforzato, con riferimento al leasing, dovendosi altresì fornire la prova della "mala fede" da parte della società», a tal fine richiamando P. RAVA, *Gli strumenti di tutela del patrimonio e la loro rilevanza penale nell'ambito delle procedure concorsuali*, pubblicato on line sul sito www.dirittoeconomiainpresa.it, fascicolo n. 4/2016, non impaginato.

⁷⁸ Sez. II, 16/04/2015, n. 15804, cit.

⁷⁹ Così anche Sez. II, 11/11/2011, n. 41051, in proc. Ferrara, la quale afferma che assumono rilievo, «ai fini dell'individuazione dei beni che possono essere sottoposti al sequestro preventivo finalizzato alla confisca "per equivalente", non soltanto i casi in cui l'intestazione in capo all'interposto sia solo apparente (interposizione fittizia), ma anche le ipotesi in cui l'interposto è effettivo titolare *erga omnes*, purché costui sia legato da un rapporto fiduciario con l'interponente (interpretazione reale fiduciaria)».

quando l'indagato/imputato, piuttosto che subire la confisca, preferisce alienare a terzi i beni, monetizzarli e, quindi, sottrarsi al provvedimento ablatorio».

A fronte di tali atti, secondo la Corte, l'ordinamento giuridico consente di porre nel nulla l'attività fraudolenta sicuramente nelle ipotesi sub a) e b) e, a certe condizioni, anche nelle ipotesi sub c); non è consentito, invece, aggredire, sia pure con un'azione di nullità ex artt. 1343 e 1344 c.c., gli atti sub d).

Ed infatti, secondo la Corte, tutta la normativa di settore⁸⁰ è inequivoca nell'indicare che i beni possono essere sequestrati (e poi confiscati) all'indagato/imputato solo se, al momento del provvedimento di sequestro o di confisca, ne abbia la disponibilità, laddove per disponibilità si deve intendere "attuale".

In tutti questi casi, i negozi giuridici «dovranno avere un doppio scopo, parafittizio in termini civilistici e fittizio puro in termini penalistici». Trattasi pertanto di schemi caratterizzati da una doppia causa di cui quella civilistica già di per sé è orientata a fini apparentemente diversi da quelli connotati dal negozio impiegato e che di norma non sono opponibili ai terzi.

Secondo la Corte, questa esigenza si coglie ancora di più allorché vengono usati, a scopo di cessione apparente, schemi negoziali sofisticati di perseguimento di fini che non possono essere noti ai terzi. In questo caso una interposizione fittizia, un negozio con patto di retrovendita, un *pactum fiduciae*, un *trust* sono già di per sé strumenti parafittizi, comunque connotati da scopi ulteriori rispetto a quelli apparenti, ma perfettamente legali e, se così non fosse, non sarebbero nemmeno stati tipizzati. Ciò che rende tali schemi *contra legem* è l'ulteriore causa illecita che li sorregge⁸¹, costituita, nel caso in esame, dalla finalità elusiva o dalla tensione a delitti di riciclaggio.

In caso di accertamento della sussistenza del delitto in parola, tutti tali negozi dovranno essere considerati «nulli in senso bivalente», sia per illiceità della causa ai sensi del combinato disposto degli artt. 1343 e 1344 c.c., poiché la stessa potrebbe essere contraria a norme imperative o volta ad eludere una norma imperativa, sia per illiceità dei motivi, ex art. 1345 c.c., se comuni ad entrambe le parti e se queste si siano determinate a concludere il contratto per quelli.

Va peraltro evidenziato come, mentre nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniale la legge attribuisce al giudice la potestà di dichiarare la nullità degli atti di disposizione compiuti in interposizione (art. 26 comma 1 D. Lgs. 159/2011), analoga facoltà non è riconosciuta al giudice penale.

Al contrario, come sottolineato dalla citata sentenza Buonocore, i beni di cui l'indagato/imputato abbia fatto in tempo a spogliarsi cedendoli - realmente ed effettivamente - a terzi (quelli indicati alla lettera c), sfuggono ad ogni azione "recuperatoria" del Pubblico Ministero quand'anche esercitata ex artt. 1343-1344 c.c. e finalizzata ad ottenere la nullità dell'atto frodatorio con ripristino *ex tunc* della situazione giuridica (*rectius*: rientro nel patrimonio del dante causa del bene ceduto con negozio nullo). Tale azione "recuperatoria" non è, infatti, consentita né dalla legge penale (che

⁸⁰ La Cassazione cita, ad esempio, la legge n. 159/2011, artt. 24, 25 e 26.

⁸¹ Per una più ampia disamina si rinvia a F. Costantini, cit.

limita, come si è visto, l'azione ai soli casi in cui sia finalizzata a far dichiarare la nullità della simulazione assoluta) né da quella civile, atteso che l'art. 69 cod. proc. civ. consente al Pubblico Ministero di esercitare l'azione civile solo "casi stabiliti dalla legge", fra i quali non rientra l'azione diretta a far dichiarare la nullità ex artt. 1343-1344 c.c.

Secondo la Corte si tratta di una scelta legislativa ben precisa con la quale il legislatore ha inteso salvaguardare sempre e comunque l'acquisto (non simulato) del terzo, e di fronte alla quale l'interprete, presone atto, non può che arrestarsi.

8. Il Rapporto con i reati di riciclaggio e l'aggravante dell'agevolazione mafiosa.

In chiusura sembra doveroso svolgere alcuni cenni sul rapporto della norma in parola con altre norme incriminatrici o circostanze aggravanti.

Ed infatti, la presenza nell'articolo 512-bis c.p. di una clausola di riserva determinata ("salvo che il fatto costituisca più grave reato") ha indotto dottrina e giurisprudenza a interrogarsi in ordine ai rapporti con il delitto di autoriciclaggio (per il riciclaggio e il reimpiego il problema non si pone stante a lettera della norma, che richiede, quale dolo specifico alternativo, proprio la commissione di tali due reati), dovendosi verificare se tra i due delitti vi sia concorso "reale" o "apparente" (con conseguente "assorbimento" dell'intestazione fittizia nel delitto di autoriciclaggio).

Va in proposito evidenziato come la giurisprudenza a Sezioni Unite, che già prima della codificazione dell'articolo 648-ter.1, avesse ritenuto che la norma in esame potesse costituire anche una forma di auto-riciclaggio "*ante litteram*"⁸², dopo l'introduzione della norma che elimina il c.d. "privilegio di autoriciclaggio", ha precisato che i due reati possono concorrere⁸³.

La Corte è pervenuta a tale soluzione da due prospettive differenti. In primo luogo ha evidenziato come la condotta di autoriciclaggio non presuppone e non implica che l'autore di essa ponga in essere anche un trasferimento fittizio ad un terzo dei cespiti rivenienti dal reato presupposto: questo è un elemento ulteriore, che l'ordinamento intende punire ai sensi dell'art. 12-quinquies L. n. 356 del 1992; elemento che, proprio in quanto coinvolge un terzo soggetto - il quale dovrà rendersi formale artefice

⁸² Sez. U., 13/06/2014, n. 25191, in proc. Iavarazzo, ha sostenuto in particolare che poichè «la fattispecie in questione non prevede alcuna forma di esclusione della responsabilità per il concorrente nel reato presupposto ... ne consegue che quest'ultimo – qualora attribuisca fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità dei proventi illeciti, al fine di agevolare un loro reinvestimento in attività produttive, economiche o finanziarie – risulterà punibile anche ai sensi dell'art. 12-quinquies del d.l. n. 306 del 1992. È dunque possibile affermare – chiosa il collegio – che i fatti di "auto" riciclaggio e reimpiego sono punibili, sussistendone i relativi presupposti, ai sensi dell'art. 12-quinquies d.l. n. 306 del 1992 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356». In dottrina, per un commento alla sentenza, v. R. RAZZANTE, *Associazione mafiosa e riciclaggio: nessun concorso*, in *Archivio Penale* n. 2/2015, p. 9, che definisce il reato in esame come una fattispecie di "autoriciclaggio improprio", nonché di M. BRANCACCIO, *L'autoriciclaggio secondo le Sezioni Unite*, pubblicato su *Questione Giustizia*, 4 luglio 2014.

⁸³ Sez. II, 27/01/2017, n. 3935, in proc. Ito e A. Per un commento alla sentenza v. M. Aliatis, *Trasferimento fraudolento di valori e autoriciclaggio: assorbimento o concorso di reati?*, pubblicato on line sul sito *Giurisprudenza Penale Web*, n. 4/2017, non impaginato.

7-8/2022

dell'autoriciclaggio dopo aver funto da prestanome del dante causa autore del reato presupposto - non può neanche ricomprendersi tra quelle "altre operazioni", idonee ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni, indicate nella norma di cui all'art. 648-ter.1 cod. pen. e riferibili al solo soggetto agente od a chi si muova per lui senza aver ricevuto autonoma investitura formale.

In secondo luogo, le due violazioni della legge penale si pongono anche in momenti cronologicamente distinti, di nuovo a dimostrazione della loro diversità, che non consente assorbimenti: l'autore del reato presupposto, prima, compie l'operazione di interposizione fittizia che, poi, darà luogo a quella di autoriciclaggio, senza la quale la condotta sarebbe punibile solo per il reato di cui all'art. 12-quinquies L. n. 356 del 1992».

Non vi è quindi alcun dubbio in merito al concorso formale tra i due reati.

Altro tema che ha impegnato gli esegeti, posta la frequente contestazione del delitto in esame in procedimenti di criminalità organizzata, è quello relativo alla compatibilità tra il reato di intestazione fittizia di beni e l'aggravante dell'"aver agito al fine di agevolare l'associazione mafiosa", di cui all'articolo 7 della L. 203/1991. Si dubitava, in particolare, della compatibilità tra i "doli specifici" richiesti dalle due norme.

La Cassazione in proposito ha affermato⁸⁴ che non vi sono dubbi che la circostanza aggravante ad effetto speciale prevista dall'art. 7 L. 203 del 1991 possa trovare applicazione anche in relazione al delitto previsto dall'art. 12-quinquies L. 356/1992, qualora l'occultamento giuridico dell'attività imprenditoriale di un soggetto, attraverso la fittizia intestazione ad altri, sia funzionale ad implementare la forza del sodalizio di stampo mafioso, determinando un accrescimento della sua posizione sul territorio attraverso il controllo di un'attività economica⁸⁵.

Si è in presenza, in altre parole, di un doppio dolo specifico concorrente⁸⁶.

Per la Corte è tuttavia fondamentale, in relazione al dolo specifico del fine favorire l'associazione di stampo mafioso che l'attività di intestazione fittizia del soggetto agente sia «direttamente improntata al perseguimento di tale finalità, ossia funzionale al raggiungimento degli interessi del sodalizio criminale, che da tale condotta può trarre mezzi, forza e prestigio per esercitare il proprio predominio sul territorio».

⁸⁴ Sez. I, 06/04/2017, n. 17546, Martino, cit.

⁸⁵ Conforme: Sez. V, 17/03/2016, n. 28648, in proc. Zindato.

⁸⁶ Per un commento alla sentenza si veda L. ROVINI, [*Sulla compatibilità tra reato di intestazione fittizia di beni \(art. 12-quinquies l. 356/92\) e l'aggravante de "l'aver agito al fine di agevolare l'associazione mafiosa"*](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 giugno 2017, non impaginato. L'A. in particolare sostiene che «comportando la contestazione della suddetta circostanza effetti non irrilevanti, fra cui spicca certamente il particolare incremento sanzionatorio (l'aumento di pena da un terzo alla metà), è necessario optare, in linea con la pronuncia in questione, e diversamente da quanto talora preferito in passato, per un maggiore rigore probatorio, richiedendosi, in definitiva, non la mera presenza di un esponente di spicco di un clan locale, di cui si è soltanto assertivamente accusati di essersi prestati a schermare la presenza all'interno del contesto societario, ma la prova che il reato sia stato posto in essere dal suo autore al fine specifico di favorire l'attività dell'associazione mafiosa nella sua integrità».

7-8/2022

Non è ritenuto sufficiente alla configurazione dell'aggravante, per contro, che l'attività di interposizione fittizia posta in essere dal soggetto attivo, persegua gli interessi di un singolo associato, quand'anche si tratti di un esponente apicale della cosca, né che quest'ultima possa trarre "benefici indiretti" dalla finalizzazione della condotta a favorire il singolo compartecipe⁸⁷.

⁸⁷ Conformi: Sez. II, 04/12/2015, n. 49090; Sez. V, 25/02/2015, n. 26699; Sez. VI, 02/07/2014, n. 45065;

MORTE ASSISTITA. FORZA DEI FATTI E PROBLEMI DELLA POLITICA

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. I fatti. - 2. Il mancato referendum sull'art. 579 cod. pen. - 3. All'incrocio fra libertà diverse. - 4. Per un liberalismo minimale. Una buona legge imperfetta?

1. I fatti.

Per la prima volta nel nostro paese un uomo si è congedato dalla vita con il suicidio medicalmente assistito: è una notizia che i mass media hanno dato con grande rilievo nel giugno 2022¹. Il suicidio è l'esito di una procedura che si è sviluppata secondo le indicazioni date dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019. In esecuzione di un ordine del giudice (Tribunale di Ancona) l'Azienda sanitaria della Regione Marche ha verificato la sussistenza dei presupposti della richiesta di assistenza. L'ultimo atto – l'ingestione del farmaco letale – è stato compiuto dall'interessato (tetraplegico da molti anni) con la presenza di persone della Associazione Coscioni.

Nei giorni precedenti si erano concluse altre vicende di persone gravemente sofferenti, in condizioni intollerabili e irreversibili, che hanno scelto la strada – immediatamente praticabile - del rifiuto di cure, accompagnato da sedazione profonda².

Questi fatti sono stati possibili in una società che ha ritrovato nei principi costituzionali la strada del superamento delle rigidità del codice Rocco. La cultura giuridica si era già espressa nella giurisprudenza ordinaria (caso Welby³, caso Englaro⁴)

¹ La frase in corsivo è tratta da un articolo del *Corriere della sera*, 17 giugno 2022, che ha dato la notizia in prima pagina e dedicato due intere pagine.

² Cfr. *Avvenire*, 14 giugno 2022: alcuni casi sono presentati sotto il titolo *"la morte e il silenzio"*. Sono stati ripresi da altri giornali nei giorni successivi.

Altri casi di vite di sofferenza, vissute con dignità e con estrema difficoltà, sono stati presentati nei media sullo sfondo di discussioni legate all'iter legislativo avviato nella Camera dei deputati, e della richiesta di referendum abrogativo sull'art. 579 cod. pen. (omicidio del consenziente). Come esempio dimostrativo dell'esigenza di consentire l'aiuto a morire, in una trasmissione televisiva (Piazza pulita, in Rete7, sera del 17 febbraio 2022) è stato presentato il caso di un uomo non giovane, con gli arti completamente paralizzati, capace di esprimersi, di entrare in rapporto con gli altri, che intende (ha detto) di andare in Svizzera per essere aiutato a morire. Attorno a lui, il pianto delle persone a lui più vicine. Altro esempio: un malato di SLA (da sette anni) in una lettera al giornale *Avvenire* (pubblicata il 20 febbraio 2022) ha descritto la sua condizione di malato che non parla, non mangia, non respira autonomamente, ed è tormentato da sensi di colpa verso la propria famiglia. Su ciascun caso possono essere ragionevolmente proposte considerazioni e valutazioni anche molto diverse.

³ GUP Roma, 17 ottobre 2007, in *Riv. it. med. leg.* 2008, p. 295s

⁴ Le affermazioni di principio sono di Cass., S. U., 16 ottobre 2007, n. 21748.

e si ritrova nelle decisioni della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale del divieto di aiuto al suicidio. Svolta legislativa fondamentale è la legge 22 dicembre 2017 n. 219, su consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento, che ha reso operativa la libertà di rifiutare trattamenti sanitari indesiderati, prevista dalla Costituzione, art. 32.

L'obbligo di interrompere trattamenti rifiutati dall'interessato vale anche per trattamenti salvavita⁵. Risponde a esigenze che nel periodo precedente, dopo le vicende Englaro e Welby, erano state espresse anche da un grande intellettuale del mondo cattolico: *"Sono i difensori dell'indisponibilità della vita a oltranza a cadere in una forma mascherata e pericolosissima di feticismo della vita, rendendo sacra la tecnica più che la natura ... Dare preminenza alla tecnologia, addirittura contro la natura e la libertà dell'uomo, significa creare un idolo"*⁶.

Nota a margine: il buon uso della libertà (di qualsiasi libertà) richiede l'uso della ragione. L'importanza della libertà di dire no emerge in pieno in situazioni di sofferenza estrema, irreversibili. Nel tempo della pandemia Covid19 è emerso il costo di un uso irragionevole della libertà di rifiuto di cure, l'incultura (arrogante e stupida) no-Covid e no-vax. Nei casi di morte volontaria sopra richiamati può (dovrebbe) essere riconosciuto un uso sofferto, ragionevole per chi lo ha scelto, al di là delle nostre personali valutazioni. Non scelte dettate da *disdegnoso gusto*⁷, ma uscite da situazioni di sofferenza intollerabile. Il lessico del suicidio non rende giustizia a chi si trovi in situazioni del genere⁸.

2. Il mancato referendum sull'art. 579 cod. pen.

La strada del referendum abrogativo sull'art. 579 c.p. – sulla quale molti, anche nella cultura giuridica, si sono impegnati a favore e contro⁹ – è stata chiusa dalla Corte costituzionale con una dichiarazione d'inammissibilità (sentenza n. 50/2022)¹⁰.

⁵ La portata pratica della svolta è bene illustrata da P. PIRAS, *L'interruzione delle terapie salvavita: il caso Nuvoletti prima e dopo la legge n. 219 del 2017*, in *Sistema penale*, 15 gennaio 2020.

⁶ G. REALE, *L'uomo non si accorge più di morire*, in AA. VV., *Che cosa vuol dire morire*, a cura di D. MONTI, Torino 2010, p. 34.

⁷ Dante, *Inferno*, XIII, 79.

⁸ S. SEMINARA, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (fra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in corso di pubblicazione.

⁹ AA. VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, *Amicus curiae* 2022, *Forum di Quaderni costituzionali*, n.1 /2022. Altri interventi sono pubblicati in *Sistema penale*, 2021 e 2022.

¹⁰ La ratio della decisione della è leggibile in queste frasi: *"Eliminando la fattispecie meno severamente punita di omicidio consentito e limitando l'applicabilità delle disposizioni sull'omicidio comune alle sole ipotesi di invalidità del consenso (quelle indicate nel testo vigente) il testo risultante dall'approvazione del referendum escluderebbe implicitamente, ma univocamente, a contrario sensu, la rilevanza penale dell'omicidio del consenziente in tutte le altre ipotesi, sicché la norma verrebbe a sancire, all'inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo"*.

7-8/2022

L'obiettivo dichiarato dai promotori del referendum nel sito eutanasialegale.it era di consentire *“l'eutanasia attiva nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti indicati dalla sentenza della Consulta sul caso Cappato”*¹¹. L'ufficio centrale presso la Corte di cassazione, che ha convalidato le firme raccolte, ha individuato la denominazione del quesito in *“abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)”*. Più precisamente: abrogazione parziale del testo dell'art. 579, con abrogazione totale della fattispecie autonoma di omicidio del consenziente.

Senza prendere posizione sul dichiarato problema della ammissibilità, avevo (come molti altri) rilevato la distanza fra l'obiettivo dichiarato e la più ampia portata del quesito referendario: l'abrogazione parziale dell'art. 579 cod. pen., come formulata nel quesito, farebbe venir meno la penalizzazione dell'omicidio del consenziente, sempre che vi si sia un consenso validamente espresso da una persona capace di intendere e di volere¹².

A difesa tecnica dell'iniziativa referendaria sono state proposte interpretazioni volte a restringere l'effetto abrogativo della riscrittura dell'art. 579: un'operazione ermeneutica in malam partem sulla norma penale rimodulata da un esito positivo del referendum, che azzerava lo spazio intermedio tra il divieto di omicidio del consenziente e le condizioni legittimanti l'aiuto a morire secondo le sentenze sull'art. 580. La Corte costituzionale ha esaminato e (correttamente) disatteso tale interpretazione.

Una difesa politica, poi sviluppata come critica della sentenza della Corte, aveva osservato che l'eventuale successo del referendum accoglimento *“non impedirebbe affatto, anzi imporrebbe una riscrittura dell'art. 579 c.p., insieme a una migliore definizione dei diritti del malato”*¹³. *Imporrebbe* è espressione forte, sottende un giudizio (quanto meno) di non accettabilità politica di una mancata riscrittura dell'art. 579, a correzione di un effetto abrogativo troppo ampio, che le voci critiche hanno valutato come *“un'alternativa drastica, che apre una falla enorme senza nessuna assicurazione di poterne modulare gli effetti”*¹⁴. La falla aperta sarebbe stata l'abrogazione totale del divieto di omicidio del consenziente. È su una tale caduta di tutela che la Corte costituzionale ha fondato il giudizio di inammissibilità¹⁵.

Discipline come quella del vigente art. 579 *“possono essere modificate o sostituite dal legislatore con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il minimo di tutela della vita, valore di cardinale rilievo”*.

¹¹ *“Tecnicamente il quesito lascia intatte le tutele per le persone vulnerabili, i minori di 18 anni, le persone che non sono in grado di intendere e di volere, quelle il cui consenso è stato estorto, e potrà introdurre nel nostro paese il diritto all'aiuto medico alla morte volontaria... l'eutanasia attiva sarà consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti indicati dalla sentenza della Consulta sul caso Cappato”*.

¹² D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, 19 ottobre 2021.

¹³ M. DONINI, *Il senso 'ammissibile' del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021. Id., *L'inammissibilità del referendum sul fine vita: una politica dei diritti che guarda al passato*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*

¹⁴ C. CASALONE, *La discussione parlamentare sul suicidio assistito*, in *Civiltà cattolica*, 2022, vol.I

¹⁵ Fra i primi commenti: G. LUCCIOLI, *Le ragioni dell'inammissibilità: il grande equivoco dell'eutanasia*, in *Giustizia insieme*; G. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del*

La sfasatura fra quesito e obiettivo del referendum è segno ed effetto dell'impossibilità di costruire con la *tecnica del ritaglio* un referendum abrogativo parziale dell'art. 579, mirato esattamente sull'obiettivo finale di consentire l'eutanasia *in presenza dei requisiti indicati dalla sentenza della Consulta sul caso Cappato*. Come avrebbe inciso questa sfasatura in una campagna referendaria? Ci sarebbe stato bisogno di spiegazioni non semplici, né per chi le avrebbe dovute dare né per il pubblico. Uno scenario politicamente ambiguo: la sfasatura fra l'oggetto del referendum e l'obiettivo finale sarebbe stata un elemento di complicazione e di confusione, una ragione d'incertezza nelle scelte su come votare: se dare maggior peso a un obiettivo finale condiviso o alla non accettazione dell'effetto immediato.

È un'ambiguità politica dello scenario referendario anche il punto messo in rilievo dall'obiezione più seria e più radicale contro la dichiarazione d'inammissibilità del referendum: lo slittamento del giudizio sulla valutazione di legittimità costituzionale della normativa risultante dall'esito positivo del referendum¹⁶. Senza entrare nel merito della questione d'ammissibilità, mi limito a porre l'interrogativo, se sia una buona iniziativa politica proporre un referendum il cui successo aprirebbe problemi (anche) di legittimità costituzionale.

Resta aperta la strada di una riforma legislativa. Come la Corte costituzionale ha opportunamente sottolineato, *il vigente art. 579 cod. pen. non è una norma a contenuto costituzionalmente vincolato*.

3. All'incrocio fra libertà diverse.

3.1. Una *proposta teorica* relativa al diritto alla morte assistita come diritto di libertà è presentata dal filosofo Giovanni Fornero nelle pagine conclusive di un ampio studio su disponibilità e indisponibilità della vita¹⁷.

Punto di partenza è il *modello giuridico tradizionale, tuttora dominante a livello planetario, che riconosce all'individuo il diritto di rinunciare alle cure e ai dispositivi life sustaining, ma non il diritto di porre fine alla propria vita con l'aiuto o l'azione dei medici*. Traguardo indicato sul piano del dover essere è un sistema giuridico in cui il diritto alla morte assistita sia esplicitamente e formalmente riconosciuto come diritto di libertà. Di ciò sarebbe condizione strutturale ineludibile la possibilità fattuale di compiere libere e consapevoli scelte di morte adeguatamente ponderate, reiterate, autonome, responsabili¹⁸.

L'esercizio di questo diritto di libertà *“ha bisogno di un corredo di prestazioni statali positive e di una serie di interventi pubblici agevolativi non solo per essere garantiti ma anche per*

consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare, in *Dirittifondamentali.it.*; R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistema penale*, 1 aprile 2022.

¹⁶ A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. N. 20/2022*, in *Rivista AIC*, 27 maggio 2022 (n. 2/2022, p. 83s.).

¹⁷ G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino 2020.

¹⁸ In corsivo citazioni da G. Fornero, *op. cit.*, p.60, 767, 772.

essere fruiti". E qui Fornero introduce¹⁹ un'ultima precisazione riguardante gli operatori sanitari: non possono essere costretti a sopprimere o aiutare a sopprimere altri, *sia pure dietro loro esplicita richiesta*. Si tratta di "evitare la cosiddetta logica assolutistica dei diritti fondamentali mutuamente escludentisi e di garantire in modo ragionevole la simultanea coesistenza di quelle esigenze basiche che sono il riconoscimento, al paziente, del 'diritto' di libertà (o di non impedimento) alla morte assistita e il riconoscimento, ai medici, del 'diritto' di libertà (o di non impedimento) di eseguire, oppure di non eseguire, tali pratiche". "Per poter funzionare nella realtà, questo articolato paradigma presuppone che non tutti i medici e gli operatori sanitari siano contrari alla morte assistita e che il paziente, il quale si trovi nelle condizioni previste dalla legge, possa comunque trovare soddisfazione alla propria richiesta di morte da parte di medici e operatori sanitari favorevoli ad accoglierla".

La difesa dell'eutanasia, svolta da Giovanni Fornero in un'ottica di laicità filosofica, si chiude con una proposta che tiene conto di ragioni contrapposte, in un'ottica di laicità politica. Da un lato le ragioni di chi chieda aiuto a morire con dignità e senza sofferenza, dall'altro lato il rispetto della *integrità e libertà* del destinatario della richiesta²⁰.

È questa l'impostazione della Corte costituzionale italiana: "Resta affidato alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato" (§. 6 della sentenza n. 242/2019).

Anche il Tribunale costituzionale tedesco – nella sentenza del 26 febbraio 2020, che ha affermato espressamente il diritto *auf selbstbestimmtes Sterben* (autodeterminazione nel morire) e ha invalidato il residuo ambito di incriminazione di attività professionalmente organizzate per l'assistenza al suicidio (§. 217 StGB, novellato nel 2015) – a fronte della libertà di cercare assistenza al suicidio ha espressamente riconosciuto la libertà di rifiutare di eseguire una prestazione ritenuta non coerente con le proprie concezioni morali²¹.

Il lessico dell'*autodeterminazione* fa parte dell'usuale retorica²², ma non inquadra compiutamente i problemi di rapporto fra libertà contrapposte. La dignità dell'autodeterminazione in senso forte è l'insindacabilità della scelta. Garanzia di autodeterminazione è la legge n. 219/2017.

3.2. Il "riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza" era l'idea di fondo dell'eccezione d'illegittimità costituzionale sollevata nel processo Cappato dalla Corte d'assise di Milano, accolta in parte e in parte respinta dalla Corte costituzionale. Aveva ad oggetto

¹⁹ G. FORNERO, *op.cit.*, p. 776-777.

²⁰ Che potrebbe avere profonde convinzioni antieutanasiche, osserva S. Maffettone, *Il valore della vita*, Roma 2016, p. 273.

²¹ M. ROMANO, *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2021, p. 65s.; N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2020, p. 63s.

²² "Capita spesso che nelle grandi questioni morali il disaccordo sulle opzioni di valore a livello profondo si traduca in difficoltà anche linguistiche ed espressive": S. MAFFETTONE, *op. cit.*, p. 252.

l'incriminazione dell'aiuto al suicidio *"nella parte in cui"* prescinde dal contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio. Secondo l'ordinanza di rimessione, ciò *"rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente. In quest'ultima ipotesi, infatti, la condotta dell'agente 'agevolatore' si pone solo come strumento per la realizzazione di quanto deciso da un soggetto che esercita una sua libertà e risulta di conseguenza non lesiva del bene giuridico tutelato dall'art. 580, salvo poter essere altrimenti sanzionata"*.

Sotto forma di questione di illegittimità *parziale* della fattispecie di aiuto al suicidio, in realtà l'ordinanza di rimessione ne contestava *in toto* la legittimità *quale fattispecie autonoma*: lo spazio residuo d'una possibile rilevanza aggravante dell'aiuto veniva ravvisato entro la fattispecie (non messa in discussione) di istigazione o rafforzamento del proposito suicida; non come autonomo discrimine fra il lecito e l'illecito.

La Corte costituzionale, nell'ordinanza del 2018 e poi nella sentenza del 2019, ha preso una chiara posizione sia contro l'antipaternalismo radicale dell'ordinanza di rimessione, sia contro l'assolutizzazione incondizionata di una supposta protezione del diritto alla vita, che rischia di capovolgersi in *costrizione a vivere a qualsiasi costo di sofferenza*.

Una richiesta di aiuto al suicidio, o di eutanasia, chiede come risposta una determinazione di altri. È la decisione dell'altro, il destinatario della richiesta d'aiuto, l'oggetto dei divieti penalmente sanzionati negli artt. 579 e 580 cod. pen.

Le norme che articolano il precetto *'non uccidere'* impongono *doveri*, penalmente sanzionati, di *rispetto della vita degli altri*. Il divieto di uccidere (o aiutare a morire) anche chi lo chieda, o comunque vi consenta, concorre a definire lo spazio morale delle relazioni fra persone: protegge anche, paradossalmente, i destinatari del divieto, tenendoli al riparo dall'esposizione al problema di farsi carico di richieste di morte.

Portare in primo piano il problema dell'incidenza del divieto sul suo destinatario significa recuperare il punto di vista da cui usualmente si guarda ai problemi di legittimazione del penale: là dove divieti *indirettamente* paternalistici²³ non intaccano interessi legittimi dei destinatari, non si pone il principale limite morale all'intervento penale, cioè la protezione *dei destinatari dei precetti* da ingiustificate restrizioni della loro libertà.

Nota a margine: problemi di rapporto con la libertà di altri sono drammaticamente emersi in quest'anno 2022, di fronte alla guerra d'aggressione contro

²³ Si definisce *paternalistica* la norma penale che protegge il soggetto da decisioni in suo danno, punendolo se egli stesso agisce od omette o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso. Paternalismo diretto, se la norma si rivolge contro il soggetto cui intende apprestare tutela. Paternalismo indiretto se la norma si rivolge contro un terzo. Testo di riferimento è J. FEINBERG, *The moral limits of criminal law*, Oxford, 1984-1988, in particolare il volume intitolato allo *Harm to self*. Nella dottrina italiana, *ex multis*, M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008; A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1234s.; AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di Fiandaca e Francolini, Torino 2008; AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Milano 2010.

7-8/2022

l'Ucraina. Inviare o non inviare armi, in aiuto a una resistenza che prolunga il conflitto? C'è stata (è aperta) una discussione seria, che tocca il valore morale della *lotta per il diritto* contro una guerra d'aggressione²⁴. Le democrazie liberali del nostro mondo hanno rispettato la scelta di resistenza del governo ucraino, prestando un aiuto assai costoso (in tutti i sensi) anche per noi. Ragione decisiva, a sostegno della scelta di fornire armi, è il rispetto della decisione dei diretti interessati, di resistere combattendo contro l'aggressore²⁵. Per nostre scelte, che pure restano libere, la scelta di *altri* – i diretti interessati – ha un significato che può essere decisivo, e comunque ha rilievo *per nostre assunzioni di responsabilità*.

4. Per un liberalismo minimale. Una buona legge imperfetta?

4.1. La realtà dei fatti dai quali abbiamo avviato queste riflessioni mostra che congedarsi dal mondo, per chi si trovi in condizioni di sofferenza non sopportabile, è effettivamente possibile nell'ordinamento italiano vigente

La libertà di rifiutare cure necessarie *quoad vitam* non è in discussione. Quanto alla morte assistita, il caso di 'Mario' ha mostrato la praticabilità della procedura additata dalla Corte costituzionale, ma anche la riluttanza della macchina politico-amministrativa. È stato necessario l'input del giudice (il Tribunale di Ancona), che ha accolto la domanda rivolta alla struttura sanitaria pubblica, di verificare e dichiarare la sussistenza delle condizioni di fatto e la correttezza delle modalità di esecuzione indicate dal ricorrente, previo parere del comitato etico competente²⁶. L'assistenza all'atto finale del suicidio è stata prestata da soggetti privati²⁷.

Di fronte alla forza di principi capaci di tradursi in fatti, i problemi della riforma legislativa potrebbero apparire, paradossalmente, sdrammatizzati. La richiesta d'assistenza nel morire può essere valutata come una variante del rifiuto di cure, che non comporta diversità di valutazione morale per quanto concerne la vita, la libertà e la dignità della persona che chiede assistenza. Diversità di valutazione morale, alla luce di concezioni comprensive diverse, possono invece essere proposte con riguardo alla condotta di chi presti l'assistenza richiesta.

²⁴ Meriterebbe una rilettura il classico (provocatorio in senso positivo) scritto di Jhering, *La lotta per il diritto*, fatto pubblicare in traduzione italiana da Benedetto Croce nel 1934 "sembrandoci utilissimo a rinvigorire la coscienza del diritto, assai sconvolta e depressa generalmente nel mondo odierno" (così l'avvertenza ripubblicata nell'edizione Bari 1960, p. 35).

²⁵ Fra le riflessioni su questo tema: M. CHIAVARIO, *Diritto e giustizia. Pace e guerra. Nel ricordo di Mireille Delmas Marty, giurista umanista e visionaria*, in *Legislazione penale*, 6 maggio 2022.

²⁶ Tribunale di Ancona, 9.6.2021, pubblicato in allegato a N. ROSSI, *I giudici di Ancona sul fine vita nel caso 'Mario'*, postilla a N. ROSSI, *L'impasse sul fine vita: L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in *Questione giustizia*, 24.11.2021.

²⁷ Nel commentare la sentenza n. 242/2019 avevo scritto che, in presenza dei presupposti sostanziali per la morte assistita, una qualche apertura al privato (la strada aperta dal Tribunale costituzionale tedesco) potrebbe essere una strada per sdrammatizzare o evitare il problema spinoso della previsione di *doveri pubblicistici di apprestamento di servizi finalizzati all'assistenza al suicidio*: D. PULITANÒ, *Fra principi costituzionali e politica legislativa*, in AA.VV., *La Costituzione e il fine vita*, cit., p. 404.

Le discussioni sui problemi del morire e dell'assistenza al morire sono espressione del *pluralismo in bioetica*, dell'*eguaglianza di dignità e libertà* di concezioni comprensive diverse riguardanti la vita delle persone e i rapporti fra persone.

Nelle pagine finali della sua riflessione sul *valore della vita*, il filosofo Sebastiano Maffettone ha espresso l'opinione che *"la soluzione del problema eutanasi basata sulla dignità del paziente è in complesso accettabile ... come in tutte le questioni bioetiche complesse e delicate, è veramente difficile trovare un argomento morale da KO"*²⁸. Il rischio che incombe sulla discussione è quello del fondamentalismo (di qualsiasi matrice: religiosa o laica) quale *visione politica in cui non vengono prese sul serio le opinioni degli altri*, tendente a tradursi in pretesa di *coercizione etica*²⁹.

Salvare il pluralismo nella riflessione bioetica è un'esigenza che riguarda la *dimensione valoriale*, affidata al dialogo fra *linguaggi morali diversi, ma non comunicabili e in traducibili*, che possono raggiungere *mediazioni tra prospettive diverse, non qualificabili come mediocri concessioni reciproche, ma come autentiche soluzioni condivise*. Soluzioni vincolanti, sul piano della integrazione sociale, sono affidate al diritto, sul presupposto di una *differenziazione sistemica del diritto e della morale*. La ricerca di forme di integrazione morale resta un compito aperto su un piano *pregiuridico*, affidata a *prassi comunicative*³⁰.

Valutazioni critiche sulla giurisprudenza costituzionale hanno posto il problema di (temuti) effetti culturali, di slittamento su un pendio scivoloso verso una legittimazione culturale del suicidio assistito, su uno sfondo un cui stanno anche interessi economici³¹. L'argomento del pendio scivoloso non è un'obiezione decisiva, ma può essere un ragionevole *warning* sulla gestione di situazioni delicate. Esprime preoccupazioni con le quali è ragionevole confrontarsi.

4.2. "Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita", è il titolo della proposta di legge approvata in prima lettura dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2022, costruito tenendo conto delle indicazioni della Corte costituzionale nella doppia pronuncia sul divieto di aiuto al suicidio³². Una riscrittura restrittiva del tipo d'illecito è già l'effetto della sentenza della Corte costituzionale. La proposta di legge approvata in prima lettura costruisce una procedura finalizzata alla possibilità di chiedere assistenza nel morire, in situazioni nelle quali il divieto assoluto del codice Rocco è stato riconosciuto illegittimo.

²⁸ S. MAFFETTONE, *op.cit.*, p. 270-272. È un'impostazione di laicità liberale, a differenza dell'integralismo laico secondo cui *"le dispute sul fine vita, sul suicidio assistito, sull'eutanasia, non dovrebbero neppure avere luogo ... se si prendono sul serio eguaglianza di dignità e libertà"*: P. FLORES D'ARCAIS, *Questioni di vita e di morte*, Torino 2019, p. 6.

²⁹ S. MAFFETTONE, *op.cit.*, p. 170-71.

³⁰ Così un autorevole filosofo cattolico: F. D'AGOSTINO, *Bioetica; Questioni di confine*, Roma, 2019, p.40s.

³¹ L. PALAZZANI, *Il suicidio assistito medicalizzato: riflessioni filosofico-giuridiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in A.A.VV., *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., p. 347-48.

³² Ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019. Fra i tanti commenti, AA VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a seguito dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2017*, a cura di F.S. MARINI e C. CUPELLI, Napoli 2019; AA VV., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. DALESSIO e O. DI GIOVINE, Torino 2020.

Condizioni previste per l'accesso alla morte medicalmente assistita sono la capacità della persona che ne fa richiesta, il coinvolgimento in un percorso di cure palliative esplicitamente rifiutate o volontariamente interrotte, e una patologia attestata dal medico curante o dal medico specialista come irreversibile e a prognosi infausta, o in condizioni che cagionino sofferenze fisiche e psicologiche che il richiedente trova assolutamente intollerabili; la persona deve essere tenuta in vita da trattamenti sanitari di sostegno vitale la cui interruzione provocherebbe il decesso. È ammessa (introdotta da emendamenti della Commissione giustizia e affari sociali) l'obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La procedura si snoda attraverso la richiesta dell'interessato al medico curante, il rapporto del medico al Comitato per la valutazione clinica, e il parere del Comitato. Nel caso di parere negativo è prevista la possibilità di ricorso al giudice.

La Camera dei deputati ha approvato a maggioranza. Alcuni gruppi hanno lasciato libertà di voto, che si è riflessa in effettive diversità di voto. Nella discussione sono state espresse critiche di segno opposto. Le condizioni previste per l'accesso alla morte medicalmente assistita sarebbero troppo vaghe e permissive secondo quelli che hanno votato contr, troppo restrittive secondo alcuni fra quelli che hanno votato a favore;

Le argomentazioni a sostegno dell'approvazione hanno posto in rilievo l'insieme delle *condizioni che devono coesistere e che vanno accertate*. *“Dall'insieme di queste condizioni, comprendiamo bene il primato della vita o la difesa della vita”*³³. La disciplina è pensata per casi gravissimi, prevedibilmente rari.

Prima della discussione in aula, il testo approvato dalla Commissione è stato valutato da autorevoli voci del mondo cattolico come una *legge imperfetta*³⁴: una possibile alternativa ad esiti più problematici.

L'*imperfessione* dell'art. 580 del codice Rocco – l'illegittimità costituzionale di un divieto incondizionato di aiuto al suicidio – è stata dichiarata dalla Corte costituzionale. Nelle more dell'emanazione di una legge, persone i sofferenti hanno fatto uso delle libertà già riconosciute per effetto della dichiarazione d'illegittimità costituzionale.

È una *legge imperfetta*, il testo approvato dalla Camera? Opposte soluzioni d'imperfessione inaccettabile (quella del codice Rocco; quella dell'ordinanza di rimessione nel processo Cappato, quella del quesito referendario) sono state respinte dalla Corte costituzionale. Resta aperta per il legislatore la ricerca di soluzioni intermedie, coerenti (non necessariamente coincidenti in tutto) con il *dictum* della Corte, che segna un confine invalicabile per il diritto penale, ma lascia spazio per ulteriori eventuali restrizioni del penale.

L'eventuale pretesa di perfezione di una proposta o di un testo di legge può sempre essere messa in discussione. Alcuni punti del testo approvato sono oggetto di critica anche da parte di votanti a favore. Riconoscere aperto il problema della possibile *imperfessione* in una nuova disciplina di una materia particolarmente delicata e

³³ Parole dell'on. Del Rio.

³⁴ C. CASALONE, *op.cit.*; G.M. FLICK, intervista in *Avvenire*, 14 gennaio 2022.

controversa, significa assumersi la responsabilità di scelte difficili, in un confronto nel quale hanno diritto di parola (e lo hanno esercitato) concezioni diverse e confliggenti³⁵.

4.3. Sul testo all'esame della Camera sono state mosse critiche anche sul piano della legittimità costituzionale³⁶. La più aspra riguarda la previsione del ricorso al giudice contro il parere negativo sull'accogliibilità della richiesta di assistenza nel suicidio.

In via di principio il ricorso al giudice è il normale strumento di garanzia di diritti. Contestarne la legittimità è una critica sopra le righe; ma sottende un problema serio, su ambito e criteri del controllo giudiziario. Certo non può trattarsi della sostituzione del giudice all'esperto sanitario, in un giudizio di competenza del sanitario. Ha senso, e non può essere negato, un controllo su dati di fatto e sulla razionalità della motivazione.

Come punto critico è stata segnalata la mancata previsione di tempi (un problema serio, ha mostrato il caso 'Mario'). Su altri punti (per es. l'obiezione di coscienza) sono espresse preoccupazioni di segno opposto. Per la politica si pongono problemi di temperamento fra esigenze diverse: fermezza di principio, ma anche attenzione a sensibilità diverse, a esigenze di pronta risposta, a possibili esigenze di verifica e magari rettifica di alcuni punti.

Sarebbe ritenuta accettabile anche un'apertura all'eutanasia attiva, sul presupposto della materiale impossibilità del suicidio? Si tratterebbe di estendere l'auspicata nuova normativa alla non punibilità dell'uccisione del consenziente, limitatamente ai casi in cui – in presenza delle condizioni legittimanti l'aiuto al suicidio – il richiedente non sia in condizioni di compiere di mano propria la condotta suicida.

Sarebbe un passo politicamente impegnativo, che le forze politiche hanno finora ritenuto prudente evitare. Sul piano dei valori in gioco e del loro temperamento sarebbe un'equiparazione ragionevole dal punto di vista di chi chiede aiuto, coerente con rilievi critici mossi da più voci sui limiti di operatività della sentenza n. 242/2019.

È prevedibile che il prodotto legislativo, se ci si arriverà, sarà valutato imperfetto da alcuni, forse da tutti. Qualsiasi soluzione legislativa può essere messa in discussione, con ragioni buone o meno buone, sulle quali può dispiegarsi il confronto. Il problema è la misura dell'imperfezione accettabile: non superare confini *quos ultra citraque nequit consistere rectum*³⁷. L'obiettivo realistico è una ragionevole legge imperfetta.

4.4. In un confronto fra politiche non fondamentaliste, prospettiva ragionevole è quella di un *liberalismo minimale*, attento anche a *rischi futuri e non voluti della legalizzazione*³⁸ della morte assistita (aiuto al suicidio o eutanasia).

³⁵ Fra i tanti interventi, di particolare interesse S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bologna 2021.

³⁶ Per es. da A. RUGGERI, *Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)* in *Consultaonline* 2022, fasc. 1, p. 300s.; G. RAZZANO, *La proposta di legge sulle disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent.*, n. 50/2022, in *Federalismi.it*, 23 marzo 2022.

³⁷ Orazio, *Satire*, libro I, 1, v.106-07.

³⁸ S. MAFFETTONE, *op.cit.*, p. 171 e 267.

7-8/2022

A chiusura di una densa riflessione, il filosofo Hans Jonas ha scritto che *“è il concetto di vita, non quello di morte, che in definitiva governa la questione del diritto di morire... Il riconoscimento del diritto di vivere come fonte di tutti i diritti, correttamente e integralmente inteso, include anche il diritto di morire”*³⁹.

In linguaggio diverso, potremmo dire che il morire ha a che fare con il diritto di vivere come fonte di tutti i diritti: con il valore della vita e la cura della vita. Per il legislatore, è un modo di prendersi cura della vita in condizioni estreme anche l'assicurare la possibilità di un congedo sostenibile, *ut plenus vitae conviva*⁴⁰.

³⁹ H. JONAS, *Tecniche di differimento della morte e il diritto di morire*, in *Tecnica, medicina ed etica*, Torino 1997, p. 105.

⁴⁰ Lucrezio, *De rerum natura*, III, v. 938.

QUANDO I SOLDI SONO INFETTI. UNA NUOVA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE RIBADISCE CHE LA CONFISCA DEL DENARO RINVENUTO NEL PATRIMONIO DEL REO È SEMPRE “DIRETTA”

*Nota a Cass., Sez. un., sent. 27 maggio 2021 (dep. 18 novembre 2021), n. 42415,
Pres. Cassano, Rel. Mogini, imp. Coppola*

di Francesco Colaianni e Davide Colombo

SOMMARIO: 1. Premessa: la controversa qualificazione della confisca di denaro e l’ordinanza di rimessione – 2. Il responso delle Sezioni Unite – 3. Alcune brevi riflessioni – 3.1. Fungibilità e confusione: esiste davvero un automatismo? – 3.2. Alla ricerca del nesso di pertinenzialità – 3.3. Il vero nodo problematico: quando il profitto è un risparmio di spesa – 4. Una prima conclusione: l’attuale “statuto” della confisca di denaro

1. Premessa: la controversa qualificazione della confisca di denaro e l’ordinanza di rimessione.

Con la sentenza in commento le Sezioni Unite, pronunciatesi in tema di confisca di denaro costituente prezzo o profitto del reato, hanno consolidato l’indirizzo esegetico giurisprudenziale in accordo al quale tale confisca debba essere sempre qualificata come “diretta”,¹ chiarendo altresì che tale qualificazione permane anche laddove sia fornita la prova della lecita provenienza della somma di denaro confiscata.

I giudici di legittimità sono stati chiamati ad esprimersi² in ragione dei contrasti interpretativi sorti con riferimento ai confini della confisca diretta, così come delineati dalle stesse Sezioni Unite con le sentenze Gubert³ e Lucci.⁴ Come noto, tali pronunce

¹ Per una analitica ricognizione teorica sul tema della natura giuridica della confisca, si veda T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, 369 ss.

² L’ordinanza di rimessione (Cass. pen., sez. VI, ord. 17 novembre 2020, n. 7021) è attentamente analizzata da D. ATTANASIO, *Sequestro del denaro disposto a fini di confisca (diretta): ancora una questione rimessa alla valutazione delle Sezioni unite*, in *Sist. Pen.*, 31 marzo 2021.

³ Cass. pen, Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014, con nota di T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, nonché con commento di G. TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. pen.*, 9, 2014, p. 2826.

⁴ Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015. Per un commento alla pronuncia, si veda G. CIVELLO, *Le Sezioni Unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l’inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, in *Arch. pen.*, n. 2/2015, nonché F. LUMINO, *La confisca del*

hanno statuito che laddove il prezzo o il profitto derivanti dal reato siano costituiti da denaro, attesa la natura fungibile di tale bene, la confisca sia sempre da qualificare come “diretta”. In particolare, la fungibilità del bene-denaro, il quale si confonde nel patrimonio personale del reo e rende pertanto impossibile distinguere le specifiche unità monetarie di provenienza lecita da quelle costituenti risparmio di spesa, legittimerebbe la disposizione di provvedimenti ablatori senza necessità di provare il nesso di pertinenzialità tra denaro confiscato e fatto di reato contestato.

Dalla qualificazione della confisca di denaro come confisca diretta deriva, secondo il maggioritario orientamento giurisprudenziale, la sua riconducibilità nell'alveo delle misure di sicurezza.⁵ Conseguentemente, alla confisca di denaro non sarebbe applicabile il principio di irretroattività previsto dall'art. 25 comma 2 Cost., nonché dall'art. 7 CEDU, assumendo invece rilevanza il dettato dell'art. 200 c.p., secondo cui l'esecuzione della misura di sicurezza è possibile anche con riferimento a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

I principi di diritto sanciti dalle pronunce delle Sezioni Unite testé richiamate, benché oggetto di circostanziate critiche dottrinali,⁶ sono stati accolti e fatti propri dalla giurisprudenza successiva. Nella stessa ordinanza di rimessione della vicenda qui esaminata è chiarito infatti come la questione sottoposta all'attenzione del supremo consesso non sia il superamento o la rivisitazione dei principi affermati dalle precedenti Sezioni Unite, quanto la possibilità di definirne ulteriormente la portata.

Più nel dettaglio, la questione di cui sono state investite le Sezioni Unite concerne l'eventuale assolutezza del principio affermato nelle pronunce Gubert e Lucci, ovvero se sia possibile prevederne delle limitazioni «*in tutti quei casi in cui risulti concretamente allegata, o addirittura dimostrata, la provenienza lecita del denaro da sottoporre a tutela*».

La devoluzione di tale problema ermeneutico alle Sezioni Unite deriva dal riscontro di un orientamento giurisprudenziale, successivo alla sentenza Lucci, favorevole alla possibilità di riconoscere una valenza alla provenienza lecita – purché provata – del denaro, in ragione della considerazione che, laddove sia dimostrata l'insussistenza del nesso di pertinenzialità tra reato e denaro vincolato, dovrebbe riprendere vigore la regola distintiva tra confisca diretta e per equivalente.⁷ Peraltro,

prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione, in *Cass. pen.*, 2016, 4, p. 1384.

⁵ *Ex multis* Cass. pen., Sez. I, 8 novembre 2007, n. 7116. Tale tesi, tuttavia, non è esente da critiche. Infatti, il profitto del reato tributario si configura tipicamente come risparmio di spesa, ossia – sostanzialmente – somme di denaro non versate all'Erario, che non possono essere ritenute né pericolose in sé per natura, né idonee a incentivare la commissione di ulteriori evasioni di imposta. Sul punto, *amplius* M. PICCIRILLO, *Il ruolo della confisca prevista dal “nuovo” art. 12-bis D. Lgs. n. 74/2000 nella lotta all'evasione fiscale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2016, pp. 428-429.

⁶ Si veda, per tutti, R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Soc.*, 7, 2014, pp. 867 ss.

⁷ Si sono pronunciate in tal senso Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2020, n. 31516; Cass. pen., sez. III, 1° luglio 2020, n. 23040; Cass. pen., sez. III, 23 gennaio 2019, n. 22061; Cass. pen., Sez. VI, 20 marzo 2018, n. 17997; Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2018, n. 41104; Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2018, n. 48625; Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2018, n. 6348; Cass. pen., sez. III, 30 ottobre 2017, n. 8995; Cass. pen., sez. III, 9 febbraio 2016, n. 28223; Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 15923. In precedenza, similmente Cass. pen., sez. III, 8 maggio 2014, n. 39177. Si esprime a favore di tale orientamento A. KELLER, *Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza*

secondo quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale, una simile impostazione «*non si pone in contrasto*» con i principi di diritto «*affermati dalle sentenze rese a Sezioni Unite da questa Suprema Corte il 30/01/2014 (n. 10561, Gubert) e il 26/06/2015 (n. 31617, Lucci)*», in quanto «*in caso di risparmio di spesa, [il patrimonio del reo] non subisce alcun incremento, ch  anzi, come detto, gli incrementi successivi alla perfezione del reato non possono nemmeno essere definiti profitto vero e proprio, per la totale assenza di qualsiasi derivazione diretta o indiretta dall'omesso versamento delle imposte*».⁸ Anzi, la soluzione prospettata sarebbe «*un'applicazione [dei principi elaborati dalle Sezioni Unite] riferita in particolare alla peculiare tipologia dei reati tributari*».⁹

A tale indirizzo esegetico offre parziale sostegno la Sezione rimettente, la quale ha infatti evidenziato come una lettura non temperata della pronuncia resa dalle Sezioni Unite Lucci comporterebbe una completa sovrapposizione della confisca diretta a quella per equivalente, in quanto quest'ultima, in caso di confisca di denaro, non sarebbe mai configurabile, con conseguente inutilit  di previsioni *ad hoc* di confisca di valore (quali ad esempio l'art. 322-ter c.p. ovvero, per quel che attiene ai reati tributari, l'art. 12-bis d. lgs. 74/2000: norme che assolverebbero, nella prospettiva valorizzata dalla Sezioni Unite Lucci, alla mera funzione di rendere obbligatoria la confisca del profitto prevista come facoltativa dall'art. 240 c.p.).

La pretesa assolutezza del principio affermato dalle Sezioni Unite Lucci poggerebbe, nell'opinione della Sezione rimettente, su una ingiustificata sovrapposizione di elementi diversi. Il rapporto di pertinenza tra il bene vincolato e il reato, infatti,   «*strutturalmente autonomo rispetto alla natura di bene fungibile del denaro, posto che la verifica del nesso di derivazione dal reato non attiene alla natura del bene, ma si sostanzia in un giudizio di relazione tra la cosa ed il reato che non   in radice impedita dalla fungibilit  del denaro*».

Un approccio temperato al principio affermato dalle Sezioni Unite Lucci consentirebbe poi, sempre nell'opinione dei giudici rimettenti, di escludere l'insorgenza di dubbi di legittimit  costituzionale e di compatibilit  con i principi CEDU, in quanto – diversamente opinando – qualificare la confisca di denaro come diretta anche a fronte dell'accertata provenienza lecita delle somme interessate dal provvedimento ablatorio, potrebbe configurare un conflitto dell'istituto con le garanzie previste dagli artt. 25 e 27 Cost. e dagli artt. 6 e 7 CEDU, poich  si realizzerebbe di fatto una confisca per equivalente in casi non consentiti.

D'altra parte, come si   detto, l'ordinanza di rimessione tendeva solo parzialmente verso l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la confisca di denaro di provenienza lecita (e il sequestro ad essa funzionale) non pu  mai essere considerata diretta. Infatti, i giudici rimettenti si ponevano in una posizione intermedia tra il pi  recente orientamento e la pi  severa interpretazione delle Sezioni Unite: da un lato, giustificavano la presunzione secondo cui le somme confluite nel patrimonio del reo

di pertinenzialit : la recente giurisprudenza di legittimit  erige i primi fragili argini alle sentenze Gubert e Lucci, in *Dir. pen. cont.*, 6/2019, pp. 73 ss.

⁸ Cos  Cass. pen., sez. III, 23 gennaio 2019, n. 22061.

⁹ Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2018, n. 6348.

potessero essere considerate, in ragione della fungibilità del denaro, sostanzialmente derivanti dal reato contestato;¹⁰ dall'altro lato, ritenevano che una simile presunzione, *«per essere compatibile con una prospettiva costituzionale e convenzionale, non può che essere relativa e, in tanto può avere capacità di resistenza, in quanto non vi sia una “prova contraria”, in quanto, cioè, non vi siano elementi dimostrativi del fatto che quel denaro sia “cosa diversa” e lecita rispetto a quello derivante dal reato»*.¹¹

L'ordinanza di rimessione, dunque, contestava l'asserita irrilevanza della prova della lecita provenienza del denaro oggetto di confisca, sicché la sollecitazione dell'intervento delle Sezioni Unite risiedeva nella necessità di chiarire se la fungibilità del bene-denaro esentasse *sempre* da provare il nesso di pertinenzialità tra denaro vincolato e reato, o se, invece, tale evenienza configurasse una presunzione relativa, come tale superabile fornendo la prova della provenienza lecita del bene vincolato. Soluzione, quest'ultima, che non avrebbe costituito, d'altra parte, un superamento o una rivisitazione dei principi di diritto affermati nella sentenza Lucci, ma solo una ulteriore definizione degli stessi.

Pertanto, la questione in merito alla quale sono state adite le Sezioni Unite è stata *«se il sequestro delle somme di denaro giacenti su conto corrente bancario debba sempre qualificarsi come finalizzato alla confisca diretta del prezzo o profitto derivante dal reato anche nel caso in cui la parte interessata fornisca la “prova” della derivazione del denaro da titolo lecito»*.

2. Il responso delle Sezioni Unite.

Come anticipato, la prospettiva ermeneutica suggerita dalla Sezione rimettente non è stata accolta dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento, le quali invece hanno offerto una interpretazione estensiva/assolutizzante del principio affermato nella sentenza Lucci. In particolare, ai fini della confisca diretta di denaro costituente prezzo o profitto del reato, sarebbe indifferente l'effettiva corrispondenza materiale delle somme monetarie oggetto di ablazione a quelle illecitamente conseguite (*rectius* risparmiate).

¹⁰ Nota A.M. DELL'OSSO, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2022, p. 490: *«l'idea della presunzione, pur segnando un indubbio passo avanti nel percorso di razionalizzazione della materia, ha, invece, un sapore per così dire agrodolce, scontando in qualche misura l'ambizione del Collegio di non scardinare il sistema delineato dalle Sezioni Unite e di dare nuova (e più appropriata) veste all'esistente»*.

¹¹ Quest'ultima soluzione ha conseguenze di non poco conto. Se, infatti, l'orientamento “contrario” all'impostazione delle Sezioni Unite giungeva alla conclusione di impedire anche il sequestro preventivo funzionale alla confisca qualora il Pubblico Ministero non avesse assolto all'onere di provare la pertinenzialità al reato delle somme di denaro oggetto della possibile ablazione, diversamente l'impostazione della Sezione remittente, richiedendo un onere di allegazione liberatorio, di fatto permetterebbe di disporre sempre il sequestro, consentendo solo nello stadio successivo di dimostrare la provenienza lecita delle somme di denaro ablate e dunque procedere con il dissequestro. Soluzione, quest'ultima, dalle evidenti implicazioni nocive, in ragione delle potenziali ma significative ripercussioni sulla vita di imprese e sulla conduzione di attività economiche, attesa l'impossibilità di adempiere alle obbligazioni a causa del congelamento, disposto giudizialmente, della liquidità.

Ciò deriverebbe ontologicamente e normativamente dalla natura fungibile del bene-denaro, il quale, distinguendosi da qualunque tipo di altra “utilità”, si confonde automaticamente nel patrimonio. Secondo le Sezioni Unite, *«la somma di denaro che ha costituito il prezzo o il profitto del reato non va dunque considerata [...] nella sua fisica consistenza, ma nella sua ontologica essenza di bene fungibile e paradigma di valore. Se il prezzo o profitto del reato è rappresentato da una somma di denaro, essa si confonde con le altre componenti del patrimonio del reo e perde per ciò stesso ogni giuridico rilievo la sua identificabilità fisica»*.

Di conseguenza, sarebbero del tutto irrilevanti sia *«l’eventuale esistenza di altri attivi monetari in ipotesi confluiti nel patrimonio del reo, foss’anche a seguito di versamenti di denaro aventi origine lecita»*, sia *«le vicende che abbiano in ipotesi interessato la somma riveniente dal reato, una volta che la stessa – intesa, come per sua natura, quale massa monetaria fungibile – sia stata reperita nel patrimonio del reo al momento dell’esecuzione della misura ablativa o, se del caso, del prodromico vincolo cautelare»*. In questo secondo caso, infatti, si deve ritenere che il consumo o l’occultamento delle somme illecitamente percepite, avvenuti successivamente alla loro confusione nel patrimonio del reo, non impediscano di aggredire, sempre e comunque, una corrispondente somma di denaro rintracciabile nella disponibilità del reo. La sola limitazione alla confisca diretta si configurerebbe allora nella sola ipotesi di “novazione oggettiva”, ossia quando il denaro sia stato trasformato in beni di diversa natura, cagionando il venir meno, nel patrimonio del reo, di qualsivoglia attivo dello stesso genere. In altri termini, ove il prezzo o profitto del reato sia costituito da denaro, lo strumento surrogatorio della confisca per equivalente troverà applicazione nei soli casi in cui, a seguito della trasformazione della componente monetaria, il reo non disponga più di denaro, bensì solo di beni di diversa natura.

Nell’opinione dei giudici delle Sezioni Unite, una simile conclusione non determina la recisione del nesso eziologico di diretta provenienza che deve necessariamente legare il profitto e il prezzo al reato ai fini dell’applicabilità della confisca diretta, bensì l’esigenza di conformare tale nesso alla peculiare natura del denaro. In particolare, *«per il denaro, il nesso di pertinenzialità col reato non può essere inteso come fisica identità della somma confiscata rispetto al provento del reato, ma consiste nella effettiva derivazione dal reato dell’accrescimento patrimoniale monetario conseguito dal reo, che sia ancora rinvenibile, nella stessa forma monetaria, nel suo patrimonio. È tale incremento monetario che rappresenta il provento del reato suscettibile di ablazione, non il gruzzolo fisicamente inteso»*.

La confisca diretta del prezzo o profitto monetari richiede comunque il loro effettivo conseguimento da parte del reo (i.e. l’accrescimento patrimoniale), il quale dev’essere provato secondo gli ordinari standard probatori, come previsti sia per l’adozione della eventuale misura cautelare reale, sia poi per la confisca. Secondo le Sezioni Unite non opererebbe, cioè, alcun meccanismo presuntivo, né relativo – tale per cui l’indagato/imputato potrebbe scongiurare la confisca diretta solo provando l’origine lecita delle componenti finanziarie del suo patrimonio – né assoluto – per cui la presunzione di pertinenzialità non sarebbe in alcun modo vincibile. Infatti, il nesso eziologico di causazione che lega il prezzo o il profitto al reato dev’essere provato dal

7-8/2022

Pubblico Ministero, ma con riferimento all'incremento monetario provocato nel patrimonio del reo, e non al denaro fisicamente inteso.

Secondo i giudici delle Sezioni Unite, una diversa soluzione determinerebbe effetti non desiderabili in punto di coerenza di sistema e di funzionalità della misura ablativa. Infatti, se si riconoscesse al reo una eccezione probatoria, finalizzata alla giustificazione della provenienza del denaro oggetto di ablazione, si verificherebbe «una innaturale ibridazione [del metodo probatorio della confisca diretta] con le modalità di accertamento del presupposto della sproporzione, proprie della confisca di prevenzione e di quella "allargata"». In altri termini, atteso che nella confisca diretta non è ammesso alcun tipo di presunzione, qualora il nesso di pertinenzialità fosse riferito alla somma di denaro fisicamente individuata e al reo fosse consentito di evitare la confisca di qualsivoglia altra disponibilità monetaria dimostrandone la provenienza lecita, allora il Pubblico Ministero sarebbe gravato dall'onere di rinvenire proprio lo specifico denaro derivante dal reato (invero, *probatio diabolica*) oppure di dimostrare le vicende che hanno condotto alla sua sostituzione o trasformazione in beni della stessa o diversa natura.

Riferire il nesso di pertinenzialità alla specifica somma di denaro derivante dal reato, secondo le Sezioni Unite, determinerebbe effetti pratici indesiderabili, in quanto la confisca diretta troverebbe applicazione solo in rare e marginali ipotesi (si pensi al caso in cui il denaro fisicamente conseguito dal reo sia riversato su un conto corrente a saldo zero, oppure in un conto destinato a ricevere unicamente proventi criminosi). Fuori da questi residuali casi, la confisca di denaro andrebbe sempre qualificata come confisca per equivalente, dunque applicabile solo in ragione delle eccezionali ipotesi in cui tale strumento ablatorio è consentito. Ciò minerebbe la coerenza di sistema, in quanto la tipologia di confisca concepita come surrogatoria troverebbe, *de facto*, principale applicazione, mentre la confisca diretta, disegnata come di carattere generale, opererebbe invece in via del tutto residuale.

Alla luce degli argomenti fin qui delineati, le Sezioni Unite concludono dunque statuendo che «qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca viene eseguita, in ragione della natura del bene, mediante l'ablazione del denaro, comunque rinvenuto nel patrimonio del soggetto, che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario da quest'ultimo conseguito per effetto del reato; tale confisca deve essere qualificata come confisca diretta, e non per equivalente, e non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita del numerario oggetto di ablazione».

3. Alcune brevi riflessioni.

La pronuncia delle Sezioni Unite ha l'indubbio merito di fornire un responso inequivocabile a una questione invero dibattuta, in cui il prevalente orientamento giurisprudenziale si è a lungo scontrato con l'opinione dottrinale. I giudici di legittimità, nella sentenza qui in esame, pervengono, all'esito di un'argomentazione logicamente solida nel suo rigore, a una conclusione univoca, immune dal rischio di prestare il fianco a fraintendimenti o interpretazioni di sorta, il che è naturalmente apprezzabile in termini di certezza del diritto.

Ciò riconosciuto, non ci si può tuttavia esimere, una volta focalizzata l'attenzione sul merito della decisione, dal ritenere che l'approdo a cui giungono le Sezioni Unite, pur a fronte di un ferreo iter motivazionale, si esponga invero alle medesime considerazioni critiche mosse dalla dottrina con riferimento ai precedenti arresti della stessa Corte.

Il nodo di tutta la questione, come è palese e come i giudici di legittimità correttamente evidenziano, risiede nella prova del nesso di pertinenzialità al reato – requisito indefettibile per poter disporre la confisca diretta¹² – di un bene tanto peculiare quanto lo è il denaro.

Ora: secondo le Sezioni Unite, come visto più sopra, la fisiologica fungibilità del denaro determinerebbe, in ragione dell'automatica confusione del prezzo o profitto del reato nel patrimonio dell'agente, non solo l'impossibilità di individuare la specifica somma monetaria di provenienza illecita, ma altresì l'irrilevanza di una simile individuazione ai fini dell'applicazione della confisca diretta. Infatti, secondo la Corte, il nesso eziologico tra il prezzo/profitto e il reato, da provare da parte del Pubblico Ministero, dev'essere riferito, proprio in virtù della fungibilità del denaro e del conseguente effetto confusorio, non alla somma materialmente intesa, bensì all'incremento monetario di cui ha beneficiato il patrimonio del reo.

Tale conclusione offre il fianco a plurime osservazioni critiche.

3.1. Fungibilità e confusione: esiste davvero un automatismo?

In primo luogo, occorre osservare come l'impostazione delle Sezioni Unite muova dall'assunto, posto a fondamento logico dell'intero impianto argomentativo, secondo cui, qualora il prezzo o il profitto del reato sia costituito da denaro, si determinerebbe una automatica ed effettiva confusione patrimoniale, la quale renderebbe di fatto inattuabile la distinzione tra somme di provenienza lecita e illecita.

Tuttavia, come prontamente rilevato da accorta dottrina,¹³ pur ammettendo che in caso di confusione delle somme illecite nel patrimonio del reo la confisca del denaro ivi rinvenuto possa essere considerata diretta,¹⁴ tale confusione deve effettivamente verificarsi, non potendo essere desunta da un generico e astratto riferimento alla fungibilità che connota il bene.

Le Sezioni Unite, nel ritenere che il conseguimento da parte del reo di un prezzo/profitto in denaro comporti che tale ammontare sia «*perciò stesso confuso nel suo*

¹² Tale asserzione è pacifica e trova fondamento e conforto in numerose pronunce di legittimità, a partire dalla storica sentenza *Fisia Impianti* (Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1738 ss., con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*.

¹³ M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, in *Sist. Pen.*, 23 novembre 2021.

¹⁴ Diversamente opinando, l'ablazione di denaro effettuata successivamente alla confusione della somma "incriminata" nel patrimonio del reo avrebbe sempre natura di confisca per equivalente.

patrimonio», sembrano operare un indiscriminato utilizzo dell'istituto civilistico della confusione. In particolare, non pare fondata la presunzione secondo cui la confusione si determinerebbe automaticamente, non essendo conseguentemente necessario provarne l'effettiva, materiale, oggettiva verifica. Né l'automatismo può inferirsi, come tuttavia sembra suggerire la Corte, dalla constatazione della natura fungibile del bene: tale argomentazione pare infatti involversi in una tautologia, dacché è naturale che solo i beni fungibili siano suscettibili di confusione, essendo ogni altro bene, proprio perché non fungibile, per definizione specificamente individuabile.

In sintesi, affinché il nesso di pertinenzialità al reato del denaro costituente prezzo o profitto dell'attività delinquenziale possa riferirsi all'incremento patrimoniale del reo e non alla somma monetaria specificamente individuata, è imprescindibile, quale presupposto, la prova dell'oggettiva confusione materiale. Le Sezioni Unite, nel dedurre surrettiziamente dalla fungibilità del denaro l'automatismo della confusione, pervengono a una conclusione che, nella sostanza, pare volutamente e ingiustificatamente ignorare l'esigenza di provare il nesso eziologico tra prezzo/profitto e reato anche in quei casi in cui il provento dell'attività criminale sia tenuto separato dal patrimonio di origine lecita.

3.2. Alla ricerca del nesso di pertinenzialità.

Già ai tempi della sentenza *Gubert*, la più attenta dottrina¹⁵ aveva evidenziato come, qualora si ritenesse configurabile la confisca in forma diretta ogniquale volta che il bene oggetto di ablazione abbia natura fungibile, si confonderebbero portata e connotati di concetti affatto diversi, strutturalmente e prima ancora semanticamente. Da un lato, infatti, la fungibilità è requisito intrinseco della *res*, caratteristica che attiene alla natura della cosa in sé considerata. Dall'altro lato, la pertinenzialità si pone invece come parametro di relazione, come qualificazione del bene in ragione del rapporto con un elemento esterno al bene stesso, ossia il reato.

Ciò posto, appare allora palese come la fungibilità del bene non sia idonea a fondare alcun giudizio circa la pertinenzialità del bene medesimo al reato. Le nozioni di fungibilità e pertinenzialità si pongono su piani ontologicamente differenti, per cui non è legittimo desumere dalla prima il configurarsi automatico della seconda. Come cennato più sopra, infatti, l'unica implicazione che la fungibilità del denaro può esplicare con riguardo alla prova del nesso di pertinenzialità deriva dalla fisiologica suscettibilità alla confusione, la quale comporta che – solo ove tale confusione materiale si sia effettivamente verificata – non sia più possibile individuare la specifica somma eziologicamente connessa al reato, con la conseguenza – nell'opinione della Corte – che

¹⁵ F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015, pp. 253 ss. Per un commento critico alla sentenza, si veda anche G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle sezioni unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, 9, p. 2806.

il nesso di pertinenzialità si incardinerà sull'incremento patrimoniale di cui ha beneficiato il reo.

In verità, la fungibilità del denaro non impedisce di rintracciare il legame eziologico di provenienza. Semmai, come visto *supra*, la fungibilità del bene costituisce solo una suscettibilità alla confusione, in assenza della quale, tuttavia, nulla esclude a priori la tracciabilità dei flussi monetari nel patrimonio del reo. Come è stata perspicuamente osservato, «il flusso di denaro che il reo riceve sul suo conto corrente come prezzo del reato è identificabile da parte degli inquirenti: vi è un saldo attivo precedente, uno successivo; vi è un movimento in entrata, con mittente e causale. Quella somma è, cioè, diversa e non sovrapponibile con quella, per ipotesi, presente su un altro conto del medesimo soggetto».¹⁶

Riconosciuta dunque la possibilità, in astratto, di ricostruire la pertinenza di una specifica somma al reato (possibilità ammessa dalla stessa Corte, la quale tuttavia tenta di marginalizzare la questione etichettando tale eventualità come "casi di scuola"), è pilatesco un atteggiamento che, attesa l'obiettivo difficoltà nell'accertamento della derivazione, propenda allora per aggirare il problema e qualificare la confisca di denaro sempre e comunque come confisca diretta. Un simile indirizzo comprime il nesso di pertinenzialità e snatura l'istituto della confisca diretta, che da misura di sicurezza assume i connotati di una vera e propria sanzione.¹⁷

Peraltro, ritenendo – come ritengono le Sezioni Unite nella sentenza qui annotata – che la fungibilità del denaro determini l'automatica confusione dello stesso nel patrimonio del reo, e quindi la natura sempre diretta della confisca, si perviene a conseguenze non condivisibili anche sul piano sistematico.

Assecondando la prospettiva dei giudici di legittimità, infatti, qualora vengano in rilievo cose fungibili, la confisca diretta sarebbe sempre configurabile, sostituendosi dunque completamente, esautorandone il ruolo, alla confisca per equivalente, *de facto* estinta in via interpretativa.

3.3. Il vero nodo problematico: quando il profitto è un risparmio di spesa.

Se quanto detto finora è vero in termini generali, la questione si complica decisamente quando, come tipicamente avviene nell'ambito penal-tributario, il profitto

¹⁶ A.M. DELL'OSSO, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, cit., p. 492.

¹⁷ Interessante, sul punto, l'opinione di A.M. DELL'OSSO, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, cit., pp. 496-497, secondo cui «la dicotomia confisca diretta-ripristinatoria/confisca di valore-punitiva costituisce un'approssimazione fragile e poco persuasiva, che risponde alla sola esigenza di evitare che la confisca per equivalente venga attratta dalla disciplina della confisca diretta, la quale [...] poggia sulla traballante qualificazione dell'istituto tra le misure di sicurezza. Un definitivo e deciso passo in avanti potrà essere compiuto solo attraverso un ripensamento della complessiva fisionomia della confisca (diretta e di valore), che, da un lato, si lasci alle spalle l'"obsoleto" aggancio alle misure di sicurezza e, dall'altro, riconoscendo che si tratta comunque di sanzioni afflittive, miri a delineare un quadro comune di garanzie, che risulti soddisfacente anche laddove l'applicazione in via equivalente possa travalicare il mero ripristino dello status quo».

consista in un risparmio di spesa.¹⁸ In tale ipotesi, infatti, la somma incriminata non “proviene”, materialmente, dalla commissione del reato, trovandosi invece già nella disponibilità del reo. Ciò implica, evidentemente, che in questo caso – ma, si badi bene, solo in questo caso – la fungibilità del bene impedisce di individuare uno specifico ammontare pertinente al reato, in quanto non si può determinare quale parte della massa nummaria del reo fosse destinata alla corresponsione all'erario.¹⁹

In altri termini, qualora il profitto derivante dal reato consista in un risparmio di spesa, è imprescindibile e naturale la confusione tra somme di proprietà lecita e somme contaminate da illiceità, poiché trattenute quando avrebbero dovuto essere esborsate. Né pare percorribile, al fine discriminatorio, una disamina della provenienza di tali somme, dacché, discendendo l'illiceità da un risparmio di spesa, si tratterà sempre di somme di origine – intesa come iniziale acquisizione nel patrimonio del reo – lecita.

Infatti, come è stato correttamente puntualizzato da recente giurisprudenza,²⁰ *«producendo il reato tributario non già una nuova entrata, bensì una mancata spesa o, più precisamente, un “risparmio d'imposta”, è chiaro che qualsiasi somma presente sul conto corrente dell'ente alla data di consumazione del reato non potrà mai essere diretta derivazione della consumazione del reato, necessariamente derivando da altre fonti, magari lecite; non sarà mai possibile – in altri termini – rintracciare una voce positiva di “entrata” nel conto corrente di una società che sia direttamente derivata dal mancato pagamento dell'imposta, producendo, per l'appunto, quest'ultimo soltanto una mancata spesa. Data la natura fungibile del denaro e la inevitabile confusione che con riguardo ad esso si determina, appare condivisibile l'impostazione [...] secondo la quale le somme presenti sul conto corrente della società beneficiaria del reato alla data di consumazione di quest'ultimo devono ritenersi suscettibili di sequestro preventivo in via diretta e ciò anche nell'ipotesi in cui se ne dimostri la provenienza lecita»*.

Rebus sic stantibus, a parere di chi scrive non ci si può tuttavia spingere fino al punto di negare alcun ruolo all'indagine circa il nesso di pertinenzialità. La confisca diretta, infatti, non può prescindere da tale prova. Ma quale valenza può avere la pertinenzialità al reato, in ipotesi in cui, qualificandosi il profitto come risparmio di spesa, la confusione patrimoniale operi *ab origine*?

La soluzione, invero, si può paradossalmente ravvisare proprio nel citato passo dell'ordinanza del Tribunale del riesame di Caltanissetta, in cui si legge che sono

¹⁸ Per un approfondimento sulla nozione di profitto nei reati tributari, si rinvia *ex plurimis* a A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 243; S. DELSIGNORE, *Confisca. Commento all'art. 12 bis D.Lgs. 74/2000*, in C. NOCERINO – S. PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. 158/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 296; G. ANDREAZZA, *Art. 12 bis D.Lgs. 74/2000*, in T. EPIDENDIO – G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 637 ss.

¹⁹ Secondo autorevole dottrina, la configurazione di un risparmio di spesa determinerebbe sempre quale unica forma di confisca percorribile quella per equivalente, in quanto «il risparmio è per così dire unità di misura del profitto, cui si attaglia quindi la confisca per equivalente»: così R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari*, cit., p. 874.

²⁰ Trib. di Caltanissetta, ordinanza del 10 giugno 2021. Pronunciandosi sul ricorso proposto avverso tale ordinanza, i giudici di legittimità (Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2021, n. 45984) hanno già avuto modo di applicare i principi dettati dalle Sezioni Unite, statuendo la sequestrabilità quale profitto del reato delle somme di denaro affluite sui conti correnti della società di cui l'indagato era amministratore unico e rappresentante legale.

7-8/2022

sequestrabili in via diretta le somme presenti sul conto corrente «alla data di consumazione» del reato. Dunque, margini di indagine sulla sussistenza o meno del nesso di pertinenzialità possono essere ricavati avendo riguardo al momento in cui è stato consumato il reato.

D'altra parte, già la stessa Cassazione aveva affermato che «ove si abbia [...] la prova che tali somme non possano proprio in alcun modo derivare dal reato (come appunto nel caso in cui le stesse, come nella specie, siano corrispondenti a rimesse effettuate da terzi successivamente alla scadenza del termine per il versamento delle ritenute in esecuzione del concordato preventivo), di talché le stesse neppure possono, evidentemente, rappresentare il risultato della mancata decurtazione del patrimonio quale conseguenza del mancato versamento delle imposte (ovvero, in altri termini, del "risparmio di imposta" nel quale la giurisprudenza ha costantemente identificato il profitto dei reati tributari), le stesse non sono sottoponibili a sequestro difettando in esse la caratteristica di profitto, pur sempre necessaria per potere procedere, in base alle definizioni e ai principi di carattere generale, ad un sequestro, come quello di specie, in via diretta».²¹

In precedenza, era stato affermato che «il profitto del reato consiste nel corrispondente risparmio di spesa e, in particolare, nelle disponibilità liquide giacenti sui conti del contribuente alla data di scadenza del termine per il pagamento e non versate», con conseguente impossibilità di sequestrare in via diretta somme confluite nel patrimonio del reo successivamente a tale data.²²

Altre pronunce, pur condividendo tale indirizzo, hanno evidenziato come sarebbe onere dell'imputato «allegare circostanze da cui desumere che l'accrescimento del conto è frutto di rimesse successive alla commissione del reato e con questo non collegabili».²³ Ponendosi nell'alveo della tesi successivamente sostenuta dall'ordinanza di rimessione, vi sarebbe, secondo tali sentenze, una inversione dell'onere probatorio, per cui sarebbe l'imputato a dover fornire, quando si tratta di denaro e risparmio di imposta, la prova della non pertinenzialità delle somme che si intendano confiscare.

Parrebbe dunque potersi affermare che, nell'ipotesi in cui il profitto del reato sia costituito da un risparmio di spesa, potrà essere disposta la confisca diretta solo con riferimento a quelle somme di cui il reo aveva la disponibilità al momento della commissione del reato. Tale forma di confisca non potrà invece essere disposta con riferimento a quelle somme che siano confluite nel patrimonio del reo in un momento successivo. Graverebbe in tal caso sull'imputato un onere di allegazione, l'assolvimento del quale sarebbe volto a dimostrare la provenienza lecita e successiva al reato di determinate somme di denaro, così da scongiurarne l'ablazione in via diretta.

²¹ Cass. pen., Sez. III, 30 ottobre 2017, n. 8995.

²² Cass. pen., Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 28223, con commento di C. SANTORIELLO, *Meno facile procedere a sequestro preventivo di somme di denaro*, in *Ilpenalista.it*, secondo il quale «il denaro di cui il contribuente sia venuto a disporre dopo la consumazione dell'illecito tributario (ovvero con riferimento a quanto accade nella maggior parte dei casi, le somme di denaro che confluiscono sul conto corrente del privato dopo la scadenza del termine per il pagamento delle imposte) non [può] essere ritenuto profitto del reato fiscale, ma unità di misura equivalente al debito tributario scaduto e non onorato, rispetto alla quale quindi non è possibile parlare di sequestro o confisca in via diretta ma solo di sequestro o confisca per equivalente con tutte le conseguenze che ne derivano».

²³ Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2018, n. 41104.

Una simile conclusione merita due brevi approfondimenti, il primo di natura teorica, il secondo riferito alle prime pronunce rese da alcune sezioni semplici della Corte di Cassazione, successive alla sentenza qui annotata.

In primo luogo e come già accennato *supra*, non ci si può esimere dal constatare come la previsione di un “onere di allegazione” costituisca, a tutti gli effetti, una inversione dell’onere probatorio, giacché sarà l’indagato/imputato a dover fornire elementi idonei ad escludere la presunzione (perché, a ben vedere, di presunzione si tratta) che il denaro che si vuole rendere oggetto di misura ablatoria sia derivato dal reato, e dunque pertinente allo stesso. Benché le pronunce che riconoscono la possibilità di provare la non pertinenzialità al reato del denaro oggetto di confisca si siano mosse in tal senso al fine di fornire uno spiraglio di fuga dai severi *dicta* delle Sezioni Unite, cionondimeno il ribaltamento dell’onere probatorio così delineato appare *ictu oculi* in contrasto con il principio di presunzione di non colpevolezza, sancito non solo dall’art. 27 Cost., ma anche dall’art. 6 CEDU. Di più: l’allegazione di elementi idonei a escludere la presunzione di pertinenzialità al reato del denaro confiscato potrà essere effettivamente realizzata, come appare evidente, solo successivamente al momento in cui il Pubblico Ministero abbia individuato la somma di denaro da confiscare e, come soventissimamente accade, abbia già disposto il sequestro preventivo di tale ammontare. Il riconoscimento dell’onere di allegazione non salva, quindi, dalla misura ablatoria cautelare e dal nocumento da essa generato in termini di funzionalità ed efficienza delle attività economiche eventualmente condotte.

In secondo luogo, è doveroso soffermarsi sulle pronunce successive alla sentenza delle Sezioni Unite qui annotata, in cui i giudici di legittimità hanno affrontato il tema della confisca di denaro con specifico riferimento al *momento* in cui i valori nummari sono confluiti nel patrimonio del reo (antecedentemente o successivamente alla commissione del reato).

Secondo una recente pronuncia,²⁴ quando si tratta di reati tributari, «*le somme percepite dopo la commissione del reato e, quindi, in epoca successiva rispetto al momento in cui il risparmio di spesa si è determinato, non sono suscettibili di confisca diretta*». Tale conclusione, secondo i giudici, non sarebbe incompatibile con il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, in quanto «*il dato della necessaria componente dell’“accrescimento patrimoniale” rappresentato dal denaro suscettibile di sequestro finalizzato alla confisca in via diretta, non collide con i principi già affermati da questa Sezione²⁵ con riguardo ai casi – tipicamente ricorrenti per effetto dei reati tributari – in cui il patrimonio dell’agente, lungi dal subire un incremento, si caratterizzi, invece, per una mancata decurtazione dovuta all’omesso pagamento dell’importo dovuto all’erario a titolo d’imposta, così lasciando impregiudicato il relativo tema*». La sentenza citata dunque dà espressa conferma alla soluzione qui ipotizzata, secondo cui, in tema di reati tributari, il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite non osta a negare la confiscabilità in via diretta di somme di denaro

²⁴ Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 2022, n. 11086.

²⁵ Il riferimento è a Cass. pen., sez. III, 30 ottobre 2017, n. 8995, nonché a Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2018, n. 6348.

pervenute nel patrimonio del reo successivamente alla commissione del reato, in quanto in tal caso sarebbe di tutta evidenza l'assenza di qualsivoglia nesso di pertinenzialità.

D'altra parte, occorre segnalare come un'altra sentenza della Cassazione,²⁶ pressoché contestuale a quella succitata, richiamando una precedente pronuncia di senso analogo,²⁷ abbia invece statuito che il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite «*deve ritenersi applicabile anche ai reati tributari, e perciò in tutti i casi in cui il profitto consista in un risparmio di spesa, atteso che – ai fini del vantaggio conseguito, siccome in ciò si risolve prevalentemente il profitto del reato – l'accrescimento patrimoniale e il mancato decremento delle risorse monetarie nella disponibilità del soggetto che ha tratto profitto dall'illecito, rappresentano concetti equivalenti*».

Come evidente, la presa di posizione – pur *tranchante* – delle Sezioni Unite, lungi dal costituire un approdo finale all'annosa questione della qualificazione giuridica della confisca di denaro, non ha sopito i dibattiti giurisprudenziali, tant'è che, come visto, a brevissima distanza dalla sentenza delle Sezioni Unite, la stessa Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione – deputata in via generale a fornire l'indirizzo nomofilattico in materia penal-tributaria – non si è ancora assestata su un orientamento univoco.

Sia consentita una ulteriore osservazione. Le ultime sentenze citate sembrano fondare la confiscabilità o meno in via diretta del denaro sulla natura giuridica da riconoscere al vantaggio derivante dal reato fiscale, segnatamente sulla possibilità di equiparare la mancata decurtazione delle risorse monetarie a un accrescimento patrimoniale. A parere di chi scrive, tuttavia, tale questione – pur rilevante – non è centrale: il nodo focale risiede infatti nell'accertamento del momento temporalmente inteso in cui il denaro oggetto di confisca è confluito nel patrimonio del reo. Anche ammettendo l'equivalenza tra accrescimento patrimoniale e mancato decremento, infatti, dovrebbe restare impregiudicata la considerazione che, laddove sia provato che il denaro sia pervenuto in un momento successivo alla consumazione del reato e non si sia confuso nel patrimonio del reo (ad esempio, in quanto depositato in un c/c a saldo zero), non potrebbe procedersi alla confisca di tale denaro in via diretta, in ragione della dimostrata assenza di un nesso di pertinenzialità al reato (non del denaro fisicamente inteso, ma proprio) dell'accrescimento patrimoniale/mancato decremento.

4. Una prima conclusione: l'attuale "statuto" della confisca di denaro.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si può in conclusione tratteggiare uno "statuto" della confisca di denaro, il quale tenga conto tanto degli arresti giurisprudenziali intervenuti sul tema (benché, come si è visto, ampiamente criticabili e tutt'ora ondivaghi), quanto delle soluzioni interpretative – dichiaratamente volte a "salvare il salvabile" – prospettabili e disegnabili entro i margini di libertà ermeneutica concessi dai giudici.

²⁶ Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2022, n. 11630.

²⁷ Cass. pen., sez. III, 26 novembre 2021, n. 375.

7-8/2022

i) Qualora il profitto del reato sia costituito da denaro in entrata, la confisca (e il sequestro ad essa funzionale) sarà qualificabile come diretta laddove l'ammontare nummario si sia confuso nel patrimonio del reo, di talché – attesa la natura fungibile del bene-denaro – sarebbe impossibile risalire alla somma fisicamente intesa derivante dal reato. In siffatta ipotesi, il nesso di pertinenzialità andrà riferito all'incremento patrimoniale di cui ha beneficiato il reo, non al materiale “gruzzolo” ricavato.

ii) In assenza di prova dell'effettiva confusione del profitto del reato nel patrimonio del reo, la confisca di qualsivoglia altra somma di cui il reo stesso abbia la disponibilità dovrà necessariamente essere qualificata come confisca per equivalente.

iii) Infine, nell'ipotesi più ricorrente in cui il profitto del reato sia costituito da un risparmio di spesa, potrà essere disposta la confisca diretta solo con riferimento a quelle somme di cui il reo aveva la disponibilità al momento della commissione del reato. Tale forma di confisca non potrà invece essere disposta con riferimento a quelle somme che siano confluite nel patrimonio del reo in un momento successivo. Graverebbe in tal caso sull'imputato un onere di allegazione, l'assolvimento del quale sarebbe volto a dimostrare la provenienza lecita e successiva al reato di determinate somme di denaro, così da scongiurare l'ablazione in via diretta.

Appare di tutta evidenza come la soluzione così delineata non si ponga – come invece dovrebbe – quale solida colonna all'interno dell'architettura cautelare/sanzionatoria del nostro sistema penale, quanto piuttosto come debole contrafforte di una parete a forte rischio di rovina. E tuttavia una simile soluzione si impone alla luce dell'attuale orientamento espresso a più riprese dalle Sezioni Unite.

Il non condivisibile indirizzo dei giudici di legittimità sembrerebbe figlio di una tendenza a elaborare principi tesi a soddisfare le esigenze del caso concreto di volta in volta scrutinato, ignorando le possibili, deleterie implicazioni di soluzioni che, benché perfettamente adatte a una specifica vicenda, appaiono antinomiche se riferite al sistema complessivamente inteso.

La sensazione è dunque quella che la pronuncia qui annotata, lungi dal rappresentare – contrariamente alle intenzioni dei propri estensori – un epilogo della travagliata questione della qualificazione giuridica della confisca di denaro, costituisca solo una ulteriore tessera di un puzzle in cui si è sbagliato ad incastrare i pezzi, e che forse varrebbe la pena ricominciare da zero.

7-8/2022

**PORTE APERTE AL PARADIGMA RIPARATIVO
NELLA L. 27 SETTEMBRE 2021, N. 134
DI RIFORMA DELLA GIUSTIZIA PENALE**

di Adonella Presutti

Finalizzata al recupero di efficienza del processo penale assicurandone la ragionevole durata (artt. 111 Cost. e 6 Cedu), la l. 27 settembre 2021, n. 134 affianca, a un impegno riformistico che investe l'assetto del codice di rito e lambisce il sistema sanzionatorio, una inattesa apertura alla giustizia riparativa.

Coraggiosa e radicalmente innovativa, la scelta della legge delega si apprezza nel suo proposito di generalizzare interventi di giustizia riparativa – sinora disseminati, e lì confinati, in aree circoscritte del sistema processuale penale – imponendone l'operatività nella intera sequenza procedimentale, oltre che in sede esecutiva, a prescindere da tipo e gravità del reato e dotandoli di una cornice normativa di riferimento. A questa perentoria indicazione si contrappongono, tuttavia, direttive esitanti per indeterminatezza e ambiguità che al legislatore delegato demandano il compito di regolamentare snodi cruciali sebbene essenziali per il successo dell'operazione che, tra riparazione e giustizia punitiva tradizionale, ribadisce il nesso della complementarietà. Tali si rivelano i momenti di innesto dei percorsi riparativi nel procedimento penale e la conseguente incidenza dei relativi esiti.

Pur nella incertezza favorita da queste carenze, il contributo si propone di esplorare effetti e ricadute della svolta legislativa. Si tratta di verificare quale ruolo – nel contesto processuale riformato alla stregua del prevalente obiettivo efficientistico – venga ad assumere il paradigma riparativo e, in particolare, se sia strumentale a questo obiettivo o se, invece, esso stesso, quale modello alternativo di risoluzione dei conflitti originati da reato, sia in grado di intaccare il primato della risposta esclusivamente punitiva proprio del modello tradizionale.

SOMMARIO: 1. Una prospettiva inattesa, ma non inedita. – 2. Sulle orme di un cammino interrotto. – 3. La giustizia riparativa nel reticolo delle direttive della legge delega: a) l'incremento dell'area della premialità per un processo penale riformato. – 4. (segue) b) il potenziamento dell'area della non punibilità per un sistema sanzionatorio rinnovato. – 5. Giustizia riparativa e deflazione processuale: prove di coabitazione. – 6. Effetti collaterali.

1. Una prospettiva inattesa, ma non inedita.

Rivitalizza una aspirazione affacciata da tempo e tuttavia coltivata senza pervenire a significativi approdi, l'apertura che la legge delega 27 settembre 2021, n. 134, preordinata al recupero della efficienza del processo penale, dedica alla giustizia riparativa esaltandone la rilevanza fin dalla sua stessa intitolazione¹.

Attuata sotto la pressione e con l'urgenza di adempiere agli obblighi di drastica riduzione dei tempi dei giudizi penali, imposti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza², la legge delega è frutto di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 presentato il 13 marzo 2020 dal ministro della giustizia (on. Bonafede) del precedente governo³. Scelta di opportunità politica che non ha impedito al progetto riformatore, elaborato con l'ausilio di una Commissione ministeriale istituita *ad hoc*⁴, di affrancarsi dalle opzioni lì previste connotandosi per un più ampio respiro sistematico nonché per soluzioni decisamente innovative.

Spiccano tra queste le proposte che affiancano, a quelli sull'assetto processuale, interventi sul sistema sanzionatorio e la già segnalata apertura alla giustizia riparativa⁵ per la quale si reclama la messa a punto di una disciplina organica.

¹ La legge delega è così intitolata: "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari". Il relativo art. 2 contempla disposizioni immediatamente precettive, mentre l'art. 1 detta criteri di delega da attuarsi con appositi decreti legislativi: in questo ambito rientrano le direttive riferite alla giustizia riparativa.

Il tema della mediazione/conciliazione è presente anche nella riforma gemella del processo civile di cui alla l. 26 novembre 2021, n.206, "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata". In senso critico sulla centralità assegnata a forme di mediazione/conciliazione poiché in grado di compromettere il diritto di azione delle parti, G. SCARCELLI, *Osservazioni sul disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *www.giustiziainsieme.it*, 27.10.2021.

² Sul particolare rilievo che al riguardo assume l'interesse all'obiettivo della efficienza della giustizia penale, oltre che civile, poiché "la giustizia penale costituisce un terreno d'elezione sul quale misurare il grado di civiltà della istituzione europea e dei Paesi che la costituiscono", v. F. PALAZZO, *I profili sostanziali della riforma penale*, in questa *Rivista*, 8 settembre 2021, p. 1.

³ Valutazioni e riflessioni critiche sono svolte da M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sistema penale*, 2020, n. 4, p. 145 ss.

⁴ Presieduta dal dott. Giorgio Lattanzi, aveva il compito di "elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello".

⁵ In tema, cfr., per tutti, G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017; G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017. Cfr., inoltre, A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, Milano, 2000, p. 713 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

Lo spazio che si intende così schiudere al paradigma riparativo può dirsi inatteso, ma certamente non inedito.

Inatteso ove si consideri che le linee programmatiche trasfuse nell'originario disegno di legge non si discostavano da quelle che hanno contrassegnato la coeva stagione di riforme di incidenza sul settore penale. Ispirate da una retorica giustizialista⁶ che faceva perno sulla certezza della pena, intesa ineludibile nella sua forma detentiva rigida, offrivano un contesto ideologico di per sé ostile alla configurazione di ipotesi alternative di reazione al reato e, persino, di modalità di punizione diverse dall'archetipo carcerario.

Valeva, anzi, la convinzione che l'effettività del sistema punitivo fosse messa a rischio da un processo penale in perenne affanno perché intralciato dalle esuberanti garanzie difensive riservate all'imputato, con corrispondente sacrificio delle aspettative di giustizia della persona offesa non meno che della collettività, eluse dalla tagliola della prescrizione del reato sopravvenuta inesorabile. Da qui la sua trasfigurazione da istituto di garanzia a freno da attivare sino alla sentenza definitiva⁷: clamoroso abbaglio che ha reso, la vittima del reato, vittima anche di un processo senza fine rimasto, pertanto, inidoneo a soddisfare le declamate istanze di sua tutela. A compensare tale *deficit* erano rivolte – e perciò prevalentemente mirate all'efficientamento processuale – le proposte messe in campo dall'originario progetto di riforma, che ha tracciato il percorso della legge delega.

Ma non inedita è la coraggiosa svolta cui prelude l'ingresso della giustizia riparativa nel sistema penale poiché, come è noto, suoi frammenti si rintracciano in ambiti invero collaterali e dotati di autonomia funzionale interamente retta dalla peculiare finalità loro ascrivita.

Il riferimento va, anzitutto, al procedimento penale a carico di imputati minorenni (d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) ove tali percorsi si sono affermati senza il referente di un puntuale substrato normativo, ma in virtù di una prassi pionieristica alimentata proprio dalla proiezione finalistica del rito. Traduzione fedele del principio costituzionale enunciato dall'art. 31 comma 2 Cost.⁸, la sua conformazione strutturale esibisce istituti atipici che prefigurano vere e proprie vie di fuga dal processo in adempimento del canone di minima offensività che impronta il sistema minorile. E in

⁶ Ne riferiscono D. PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, *Dir. pen.cont.*, 2019, p. 361; Id., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, *ivi*, 2019, n. 3, p. 235 ss.; L. STORTONI, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 379 ss.

⁷ Con la modifica dell'art. 159 c.p. operata dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3, si è previsto il blocco del corso della prescrizione dalla pronuncia della sentenza di primo grado, sia di assoluzione che di condanna, o del decreto penale di condanna fino alla data di esecuzione della sentenza definitiva o della irrevocabilità del decreto di condanna. In proposito, v. V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 557, ss.; D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in questa *Rivista* 26 febbraio 2020; Id., *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in *Sistema penale*, 2021, n. 3, p. 21 ss.; V., anche, A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo*, in *www.archivio.penaleweb*, 2020, n. 1.

⁸ Per una sintesi della preziosa opera interpretativa della Corte costituzionale del principio ivi enunciato e circa l'influenza esercitata sul legislatore nella messa a punto del rito minorile, cfr., volendo, A. PRESUTTI, *I principi costituzionali*, in *Procedura penale minorile*, a cura di M. BARGIS, quarta edizione, Torino, 2021, p. 20 ss.

simili spiragli ha potuto insinuarsi la sperimentazione di pratiche mediative e riparative⁹, dalle fonti sovranazionali¹⁰ sollecitate con particolare riguardo all'ambito della criminalità minorile.

Non meno significativo è, in secondo luogo, quanto rivela la giurisdizione penale del giudice di pace edificata, per precisa scelta legislativa, con il fine di favorire la soluzione compositiva degli opposti interessi in gioco¹¹. Parola d'ordine resa esplicita nel tentativo di conciliazione tra offeso e imputato cui è obbligato il giudice (art.29 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274)¹², ma invero sottintesa pure in epiloghi del processo, ulteriori e dalle differenti cadenze operative (artt. 34 e 35 d.lgs. n. 274/ 2000)¹³.

Né le buone intenzioni maturate nel settore della giustizia penale minorile né le ambizioni coltivate dal legislatore per il rito penale di pace hanno prodotto esiti esaltanti e coerenti, complice proprio l'assenza di una cornice normativa di riferimento e di adeguate strutture di supporto¹⁴. Entrambe, buone intenzioni e ambizioni, non potranno che giovare dell'apporto preteso dalla legge delega che, come segnalato, impegna il delegato ad articolare una compiuta disciplina organica della giustizia riparativa promuovendo, inoltre, relativi servizi e personale professionalmente qualificato.

Sulle direttive dettate al riguardo ci si soffermerà in seguito, dovendosi preliminarmente porre i termini della questione che una simile accoglienza, nel modello di giustizia caldeggiato, prospetta. Poiché efficienza e celerità dei giudizi penali

⁹ F. BRUNELLI, *La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'Ufficio di Milano*, in *Prassi e teoria della mediazione*, a cura di G.V. PISAPIA, Padova, 2000, p.63 ss.; A. CERETTI- F. DI CIÒ, *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano un'indagine quantitativa e qualitativa*, in *Rass. penit. crim.*, 2002, n. 3, p. 99 ss.; G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 gennaio 2019. V. anche Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Documenti di studio e di proposta*, Roma, 2018, consultabile in www.garanteinfanzia.org.

¹⁰ Vedile citate da G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa*, cit., p. 2 ss.

¹¹ V. *Relazione al d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 "Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace"*, in *Dir. giust.*, 2000, p. 54.

¹² In tema, v., V. PATANÉ, *La mediazione*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra e G. ILLUMINATI, Torino, 2001, p. 353 ss.

¹³ Si tratta degli istituti della esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000) e della estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (art. 35 d.lgs. n. 274/2000): v., rispettivamente, G. DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto": frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2001, p. 357 ss. e R. Bartoli, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., p. 377 ss.

Una forma *sui generis* di tentativo di conciliazione è contemplata anche dall'art. 555 comma 3 c.p.p. nell'ambito del procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica. Circa le sue caratteristiche nel raffronto con le ipotesi del rito di pace, v. V. PATANÉ, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. BARGIS-H. BELLUTA, Torino, 2017, p.566.

¹⁴ Rilievi al riguardo sono espressi, quanto all'esperienza del processo minorile, da Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Documenti di studio e di proposta*, cit. e, quanto alla giurisdizione del giudice di pace, da V. Bonini, *Giustizia penale di pace e obiettivo conciliativo: una sperimentazione lunga vent'anni?*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1844, ss.

costituiscono gli obiettivi perseguiti dalla manovra riformatrice e poiché connaturati ai percorsi di giustizia riparativa sono sequenze temporali variabili e non predeterminabili¹⁵, duplici sono gli interrogativi da affrontare.

Da chiedersi, in primo luogo, quale sia in un simile contesto il ruolo affidatole: in particolare, se anch'essa sia resa strumentale – e, in sostanza, servente – al generale proposito efficientistico perseguito ovvero possa conservarsi funzionale al superamento della logica sanzionatoria propria del modello punitivo tradizionale¹⁶. Da verificare, quindi e a mo' di ricaduta, quali rapporti – se di convivenza o di interferenza/contaminazione – verranno a profilarsi con i plurimi istituti di tono riparativo e dalla chiara finalità deflativa, contemplati dal sistema penale, che prescindono dalla relazione dialogica tra autore e vittima del reato per valorizzare condotte di riduzione *post factum* della offensività del reato¹⁷.

2. Sulle orme di un cammino interrotto.

Nel tracciare il percorso da seguire al fine di concretizzare portata e dinamiche operative di giustizia riparativa, la legge delega riprende, in realtà, un cammino interrotto. Quello vanamente tentato dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 nello sforzo di introdurre sue porzioni, sia pure nel recinto più circoscritto della esecuzione della pena tanto per adulti che per minorenni. Promossi dalla delega al Governo lì stabilita¹⁸, i lavori di riforma – ispirati da avanzate e innovative proposte messe in campo dagli Stati generali della esecuzione penale¹⁹ – non sono sopravvissuti intatti al diverso *humus* culturale sopravvenuto, quello appunto della “pena certa”, fomentato, in nome della sicurezza collettiva, dalla nuova maggioranza parlamentare e relativa compagine governativa.

¹⁵ Approfondimenti in G. DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p.377 ss.

¹⁶ Tra i molti, v. G. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in www.la-legislazione-penale.eu, 1.6.2021; M. DONINI, *Il delitto riparato: una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 2, p.236 ss.; ID., *Il Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in www.questionegiustizia.it, 29 ottobre 2020; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in questa *Rivista*, 26 marzo 2020; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017.

¹⁷ V. il successivo paragrafo 4.

¹⁸ In dettaglio, al riguardo, F. FIORENTIN, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2017, p. 305 ss.

¹⁹ Linee di intervento e modello di esecuzione penale cui sono ispirate, sono illustrate da chi è stato Coordinatore del Comitato scientifico degli Stati Generali: G. GIOSTRA, *Ragioni e obiettivi di una scelta metodologicamente inedita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 499 ss. Ne esamina i più significativi punti di forza, nonché i limiti, riconducibili questi, alla impostazione della legge delega stessa, M. PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1125 ss. Quanto alle proposte di riforma in tema di giustizia riparativa, v. G. MANNOZZI, *Il documento finale degli “Stati generali dell'esecuzione penale” in materia di giustizia riparativa*, *ivi*, 2016, p. 565 ss.

Dell'ambizioso progetto, proiettato a rinvigorire finalismo rieducativo e umanizzazione della pena, (art. 27 Cost.), potenziando specialmente l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, tra amputazioni e arretramenti, quanto all'esecuzione penale per adulti, si è infine privilegiato il trattamento intramurario²⁰. Se rigidità e scelte al ribasso connotano pure le innovazioni che hanno investito il corrispondente settore minorile, va detto che, in entrambi gli ambiti, l'ingresso della giustizia riparativa si risolve, rispettivamente, nell'invito minimalista a promuovere, "una riflessione [...] sulle conseguenze prodotte, in particolare per le vittime, nonché sulle possibili azioni di riparazione" (art. 13 comma 3 ord. penit.)²¹ e a "favorire percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato" (art. 1 comma 2 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121)²²: enigmatici riferimenti a un imbarazzante vuoto normativo.

Salva la previsione che l'accesso ai programmi di giustizia riparativa va reso praticabile durante l'esecuzione della pena, oltre che in ogni stato e grado del procedimento, e comunque senza preclusioni circa fattispecie e gravità del reato (art. 1 comma 18 lett. c), la legge delega comprensibilmente tralascia di ipotizzare ulteriori novazioni per la regolamentazione della fase esecutiva. Spetterà, quindi, al legislatore delegato rimediare alla lacuna prima segnalata, travasando, negli istituti in grado di ospitarla, quanto ricavabile dal modello di giustizia riparativa che il delegante tratteggia puntualmente.

Sul piano generale, risalta l'indicazione di edificare la sua disciplina organica nel rispetto di quanto stabilito dalla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio²³ – carta dei diritti della vittima di reato – nonché dalle fonti internazionali (art. 1 comma 18 lett. a), ove si esplicitano le linee portanti del paradigma riparativo²⁴. Va osservato, nondimeno, che i relativi principi cardine – la grammatica per così dire – sono espressamente evocati (art. 1 comma 18 lett. d) e che non si è trascurato di imporre formazione dei mediatori (art. 1 comma 18 lett. f) e organizzazione dei servizi di giustizia riparativa (art. 1 comma 18 lett. g), ambedue essenziali per la messa in atto delle pratiche

²⁰ Ne traccia un panorama generale, M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in www.questionegiustizia.it, 9.11.2018.

²¹ Così modificato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123. Sul punto, v. le riflessioni di F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria*, Milano, 2018, p. 72. Ampiamente sul tema, P. BRONZO-F. SIRACUSANO, *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo" carcerario. Commento ai d.lgs. n. 123 e 124 del 2018*, Torino, 2019; F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, seconda edizione, Torino, 2021.

²² Osserva, appunto, che non risulta chiaro per quali vie vadano poi convogliati tali percorsi, P. RENON, *Verso un ordinamento penitenziario minorile: dall'art. 79 della legge n. 354/ 1975 al d.lgs. 121/2018*, in *Trattato di diritto di famiglia, Le riforme*, diretto da P. ZATTI, Vol. III, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. PALERMO FABRIS-A. PRESUTTI-S. RIONDATO, Milano, 2019, p.493. Cfr. in particolare, C. CESARI, *La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto*, in L. CARACENI-M.G. COPPETTA, *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni. D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, Torino 2019, p. 47 ss.

²³ Rilevano che, in realtà, la direttiva 2012/29 /UE non contiene alcuna disciplina della giustizia riparativa essendo più propriamente riferita ai diritti della vittima nel processo penale, V. BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.6.2021, p.19 e M. BOUCHARD, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale. Osservazioni alle proposte della Commissione Lattanzi*, in www.questionegiustizia.it, 13.6.2021.

²⁴ Il riferimento è da intendersi, in particolare alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec(2018)8, alla Raccomandazione R(99)19 del Consiglio d'Europa, alla Risoluzione dell'Onu, ECOCSOC 2000/14.

riparative²⁵. Della portata applicativa ampia, senza esclusioni parametrize su tipologia e gravità dei reati, e dilatata a ogni fase e grado del procedimento, esecuzione penale compresa, si è già detto. Si deve aggiungere che l'interesse per la buona riuscita dell'operazione ha addirittura orientato il legislatore a destinare, allo scopo, apposite risorse finanziarie (art. 1 comma 19), encomiabile eccezione in una politica riformatrice perseguita, negli anni, a costo zero.

Particolare rilievo assumono taluni aspetti che vale la pena rimarcare. La scelta, anzitutto, di denominare *vittima*²⁶ l'offeso dal reato di cui si fornisce una espressa definizione (art. 1 comma 18 lett. b): l'impiego senza esitazione di una terminologia estranea a quella in uso nel tradizionale lessico giuridico, insieme con la sua collocazione sistematica²⁷ ne palesano la specifica funzionalità alle cadenze dialogiche della giustizia riparativa. Ma, soprattutto, svelano il peculiare e differente orizzonte ideologico in cui è maturata la nuova preoccupazione per la vittima di reato. Non più *soggetto* da strumentalizzare in vista di enfatizzate generali istanze securitarie²⁸, ma anzi *persona* meritevole di cura nel suo individuale diritto alla riparazione delle lacerazioni provocate dal reato mediante il superamento del conflitto con chi ne risulta autore: dalla vendetta/rivalsa alla conciliazione, in altre parole.

Da sottolineare, in secondo luogo, che l'esito auspicato non scalza, tuttavia, categorie e istituti del sistema penale sia sostanziale sia processuale; semmai li sfrutta rendendoli sede ospitante di percorsi riparativi così da ricavarne benefici effetti di ridimensionamento del carico giudiziario. Stando alle previsioni dettate dalla legge delega, i programmi riparativi si innestano sulla sequenza procedimentale per impulso

²⁵ Sottolinea la scarsa attenzione dedicata, sul fronte delle garanzie di contesto della *restorative justice*, alla tutela del diritto di difesa tecnica e della presunzione di non colpevolezza, V. BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, cit., p.23 ss. Il rilievo critico, riferito alla proposta della Commissione Lattanzi, vale pure con riguardo ai criteri della legge delega, silente sul punto. Riflessioni critiche circa talune scelte nella proposta della Commissione Lattanzi, sono svolte anche da M. DEL TUFO, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi (24 maggio 2021)*, in *www.archivio.penaleweb*, 2021, p. 2. L'esigenza di salvaguardare precise garanzie processuali in sede di percorsi mediativi con indicazioni che valgano ad assicurarne la compatibilità era stata segnalata da R. Orlandi, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 184 ss.; V. PATANÉ, voce *Mediazione penale*, in *Enc. dir. Annali II*, t. 1, Milano, 2008, p. 580 ss.; G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1332 ss.

²⁶ Di chiara impronta criminologica, è mutuata testualmente da quella utilizzata nelle fonti sovranazionali: v., in particolare la direttiva 2012/29 /UE sulla quale, cfr. M. BARGIS -H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29 UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 15 ss.

²⁷ Difforme da quella generale suggerita dalla Commissione Lattanzi che ipotizzava il concetto di vittima quale sostitutivo del concetto di persona offesa e ciò nell'intento di adeguare la normativa nazionale alla direttiva 2012/29/ UE.

²⁸ Sulla tendenza delle forze politiche ad appropriarsi opportunisticamente, nei rispettivi programmi e messaggi pubblici, della voce delle vittime da cui "una legislazione penale di origine prettamente "casistica", germogliata sull'onda emotiva di alcune vicende oggetto di particolare risonanza mediatica", v. M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *www.archivio.penaleweb*, 2021, n. 2, p. 13.

dell'autorità giudiziaria²⁹ e lì ricadono gli eventuali risultati favorevoli, rimessi alla valutazione della medesima autorità³⁰ (art. 1 comma 18, rispettivamente, lett. c e lett. e).

La logica della complementarità, anziché della radicale alternativa rispetto all'esistente³¹ contrassegna, come si vede, il modello di giustizia riparativa patrocinato dal legislatore con il condivisibile intento di favorirne la penetrazione nel comune sentire per il tramite di una affermazione graduale³², e perciò meno esposta a reazioni di rigetto, della svolta culturale che vi è sottintesa.

3. La giustizia riparativa nel reticolo delle direttive della legge delega: a) l'incremento dell'area della premialità per un processo penale riformato.

Come accennato, il progetto riformatore delineato dalla legge delega si muove nel solco di quello originario iniettandovi soluzioni di più ampio respiro. La manovra, prima confinata nell'ambito ristretto del processo penale, si apre infatti alla contestuale considerazione del sistema sanzionatorio arrivando a coinvolgere la giustizia riparativa. Nel riproporre una linea di tendenza già sperimentata nei più recenti tentativi di riforma³³, le modifiche prospettate circa sistema della pena e disciplina del processo penale condividono un identico proposito di razionalizzazione, all'evidenza orientato a

²⁹ L'art. 1 comma 18 lett. c, infatti, prescrive di "prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della *positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lett. a)*" (corsivo nostro).

³⁰ L'art. 1 comma 18 lett. e prescrive di "prevedere che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena; prevedere che l'impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento non producono effetti negativi a carico della vittima del reato o dell'autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva".

³¹ "La *restorative justice*, modellata sulla mediazione penale e tesa alla ricostruzione della relazione tra autore e vittima, non può aspirare a divenire un modello generale di gestione della penalità": così, F. CONSULICH-M. MIRAGLIA, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futuribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l'Ufficio del processo*, in www.discrimen.it, 12.2.2022, p. 8. In termini analoghi, già C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, cit., p.140.

³² Anche al riguardo, vale il richiamo alla necessità di "sapersi confrontare razionalmente con l'irrazionale", che obbliga a non sottovalutare il rischio di accoglienza negativa da parte della comunità sociale, formulato, da G. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.la.legislazionepenale.eu, 23.8.21, p. 3, in relazione alle modifiche proposte circa il sistema sanzionatorio.

³³ V. la l. 28 aprile 2014, n. 67 che, oltre a innovare la disciplina processuale con l'introduzione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti e la riforma in materia di processo contro l'imputato irreperibile, contemplava una pluralità di deleghe riferite al diritto penale sostanziale. In proposito, v. i contributi raccolti nel volume, *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. DANIELE-P.P. PAULESU, Torino, 2015. Analogamente la successiva l. 23 giugno 2017, n. 103, di portata riferita al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario, contemplava disposizioni innovative immediatamente precettive e una serie di deleghe: al riguardo, v. i contributi raccolti nel volume, *La riforma Orlando*, cit.

veicolare effetti deflativi e di alleggerimento del carico giudiziario. Non così limpida è la finalità ascritta alla dimensione riparativa della giustizia, complici l'indeterminatezza e l'ambiguità delle direttive enunciate con riguardo a sedi di suo innesto e corrispondenti ricadute³⁴, lasciate alla mano libera del legislatore delegato³⁵. L'incertezza che emerge da tale opzione non autorizza, tuttavia, a eludere i termini della questione, almeno sul piano generale delle interrelazioni che la legge delega configura tra percorsi di giustizia riparativa e sistema, delle sanzioni e del processo penale, riformato. Nei limiti segnati da questo perimetro, dal quale pertanto fuoriesce il settore della esecuzione della pena, si intende condurre l'indagine così da decifrare, secondo quanto anticipato, ruolo e fisionomia della giustizia riparativa da codificare.

A voler seguire lo schema della legge delega, l'analisi dovrebbe muovere dalle previsioni dettate per il processo penale, esaminando le annunciate novità separatamente da quelle riferite al sistema sanzionatorio. E, in effetti, le corrispondenti modifiche, per numero e complessità, consigliano una trattazione ordinata delle due differenti aree interessate. Nondimeno, l'obiettivo unitariamente perseguito – è utile ribadire, di razionalizzazione con effetti deflativi in vista della efficienza nella amministrazione della giustizia – non può lasciare in ombra che i pur diversi strumenti utilizzati allo scopo si intersecano sinergicamente rivelando molto di più di quanto appare dalle regole prescritte *ex novo*. Del resto, la gestione del processo è affaticata da inconvenienti non sempre intrinseci alla sua disciplina, ma per lo più causati dalla proliferazione incontrollata di fattispecie di reato, generosamente immesse dal legislatore sia nel codice penale sia nella legislazione speciale. E la progressiva dilatazione del penalmente rilevante, nel provocare una domanda di giustizia oramai incontenibile, si scarica sul processo con compromissione dei suoi equilibri complessivi prima ancora che della sua capacità di fornire una risposta adeguata in tempi non irragionevoli.

In questa prospettiva, vale a dire tenendo presente che il male del processo penale origina soprattutto altrove, si spiega perché, al riguardo, lo sforzo riformatore si sia concentrato sulla esigenza, assillante, di agevolarne celerità e semplificazione insieme con il *favor* per una generale razionalizzazione dei suoi istituti³⁶. Molteplici e cospicui,

³⁴ V., *supra*, note 29 e 30.

³⁵ Sul punto, v. le preoccupazioni espresse da F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit. p. 14 ss.

³⁶ Una interessante chiave di lettura delle modifiche prospettate per il processo penale, illustrate analiticamente, è offerta da E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *www.archivio.penaleweb*, 2021, n. 3.

7-8/2022

invero, i rimedi messi in campo, suscettibili di essere ricondotti a tre linee direttive: ammodernamento³⁷ adeguamento³⁸ e semplificazione.

Le percorre l'identico proposito di razionalizzazione, rivolto alla quasi totalità degli istituti che compongono l'itinerario procedimentale. Superfluo renderne conto analiticamente ai fini della presente indagine per la quale è utile, invece, soffermarsi su quanto emerge dal quadro generale.

Da questo punto di vista, non pare che ne esca rivitalizzato il "giusto processo" penale di ascendenza costituzionale (art. 111 Cost.) sacrificato, nei suoi snodi cruciali, sotto il peso delle pressanti istanze di celerità ed efficienza³⁹. D'altro canto, si deve ammettere che le ripetute manipolazioni apportate nel tempo al suo impianto – quello accusatorio, ideato dal legislatore del 1988 – non rendevano agevole realizzare un simile risultato, mediante semplici ritocchi.

Decisamente significativo risulta, invece, il rilievo assegnato a modalità alternative di conclusione anticipata del processo. Lo scopo è sempre la deflazione del carico processuale che giova alla "celere definizione dei procedimenti giudiziari", per ricordare l'intitolazione della legge delega. La leva utilizzata è ancora quella che fa perno sulla tecnica dell'incentivo/premio ove la promessa di vantaggi sanzionatori stimola l'imputato alla *rinuncia* ad avvalersi delle garanzie del dibattimento. Già coltivata sin dagli esordi della codificazione vigente, la sperimentazione di questa prospettiva premiale ha prodotto, invero, risultati non confortanti; si auspica di rinvigorirla mediante ritocchi e innovazioni.

I ritocchi riguardano quei procedimenti speciali (giudizio abbreviato *ex* art. 438 c.p.p. e applicazione della pena su richiesta *ex* art. 444 c.p.p.) che evitano la, temporalmente dispendiosa, celebrazione del dibattimento per scelta dell'imputato,

³⁷ Rientrano in tale ambito le disposizioni in materia di processo telematico finalizzato alla digitalizzazione dei relativi strumenti operativi; in questo si può annoverare anche il neonato Ufficio per il processo, analogamente a quanto previsto dalla l. 206/2021 di riforma del processo civile, già fatto oggetto di non irrilevanti riserve e critiche: v., F. CONSULICH-M. MIRAGLIA, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione.*, cit., p.12 ss.; O. MAZZA, *I giudici senza toga della riforma Cartabia*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 25.6.2021.

³⁸ Gli adeguamenti si riferiscono, in particolare, alla disciplina del processo "in *absentia*" ove l'impegno è rivolto a superare le disfunzioni provocate dalla riforma attuata dalla l. n. 67/2014, con suo allineamento alla direttiva 2016/343 /UE sulla presunzione di innocenza e diritto dell'imputato di presenziare al processo (art. 1 comma 7). Correlato è il previsto intervento sulla regolamentazione – malferma – della rescissione del giudicato, impugnativa straordinaria pensata dalla medesima precedente riforma quale rimedio a eventuali erronee valutazioni diagnostiche di assenza. Va nella identica direzione dell'adeguamento – a una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo – l'invito a introdurre uno specifico strumento di controllo giurisdizionale sulla legittimità della perquisizione (art. 1 comma 24).

³⁹ Invita a non sottovalutare i riflessi sistematici delle modifiche proposte E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *www.la-legislazione-penale.eu*, 25.1.2022 che, in particolare, richiama l'attenzione sulle soluzioni previste per la richiesta di archiviazione e la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, trattandosi di "interventi incidenti sulla struttura dell'intero procedimento penale" (p. 14). Voci critiche, inoltre, di P. FERRUA, *Riassetto senza modello e scopi deflativi: la legislazione bricolage*, in *Giust. pen.*, 2021, III, c. 104; M. DANIELE, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 3071 ss.; R. ORLANDI, *Riforma della giustizia penale, due occasioni mancate ed una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in *www.discrimen.it*, 16.9.2021.

appunto incentivata dalle correlate riduzioni della pena⁴⁰. Le variazioni della relativa disciplina sono contenute e poco significanti; la spinta a praticarli proviene per lo più dalle innovazioni, queste imponenti, che incidono sul sistema sanzionatorio, delle quali si dirà. Si può anticipare che il premio è reso più allettante poiché incrementa il vantaggio ventilato: non solo riduzione del *quantum* sanzionatorio, ma anche sostituzione della pena detentiva con forme più morbide di punizione.

Le innovazioni attengono al momento successivo alla condanna pronunciata in sede sia di giudizio abbreviato sia di procedimento per decreto (art. 459 c.p.p.). L'imputato è incoraggiato a tralasciare di promuovere, rispettivamente, impugnazione (appello e ricorso per cassazione) avverso la sentenza (art. 1 comma 10 lett. *b*, n. 2) e opposizione al decreto penale di condanna (art. 1 comma 10 lett. *d*, n. 3) in cambio di un abbattimento della pena (ulteriore quanto alla condanna pronunciata con rito abbreviato). Entrambe le soluzioni indicate schiudono un fronte inedito alla prospettiva premiale: poggia sulla *rinuncia* ad attivare il controllo giurisdizionale della prima decisione sfavorevole avviando il processo alla sua conclusione anticipata.

Si può constatare che il versante processuale riformato, nella sua primaria ricerca di soluzioni strumentali al recupero di efficienza nella amministrazione della giustizia, reperisce un importante contributo nel descritto potenziamento dell'area della premialità. Come è risultato evidente, determinante, in proposito, è soprattutto il connubio tra modifiche alla disciplina del processo e le ipotizzate variazioni da apportare al sistema sanzionatorio dal momento che proprio di queste si alimenta il rafforzamento degli istituti a vocazione deflativa. Nondimeno, la loro effettività dipende dalla decisione unilaterale e autonoma dell'indagato/imputato basata su mere valutazioni di convenienza anche sorrette da ragioni di strategia difensiva: resta perciò estraneo a questo ambito qualsiasi possibile intervento di giustizia riparativa e nemmeno si rintraccia un interesse a favorire esiti conciliativi con l'eventuale vittima del reato.

Il bilancio non può dirsi, tuttavia, negativo: se la più marcata identità assegnata alla prospettiva premiale è utile alla economia processuale, è da sottolineare che essa giova anche a realizzare una economia della pena, ridimensionata nella specie e nel *quantum* o addirittura resa superflua insieme con l'accertamento processuale, quasi un assaggio di quanto promettono le direttive dettate a proposito del sistema sanzionatorio.

4. (segue) b) il potenziamento dell'area della non punibilità per un sistema sanzionatorio rinnovato.

L'attenzione riservata dalla legge delega al sistema sanzionatorio si muove su un terreno arato, senza successo, da precedenti iniziative di riforma. Anche tralasciando i progetti di un nuovo codice penale inutilmente elaborati da apposite Commissioni

⁴⁰ Le proposte di modifica della disciplina dei procedimenti speciali sono illustrate da G. VARRASO, *La legge "Cartabia" e l'apporto dei procedimenti speciali al recupero dell'efficienza processuale*, in *Sistema penale*, 2022, 2, p. 29 ss.

7-8/2022

ministeriali, basta evocare la meno impegnativa proposta di mettere mano, tra l'altro, almeno al catalogo delle pene edittali, suggerita dalla più recente l. 28 aprile 2014, n. 67.⁴¹

Si prevedeva di introdurre – mediante l'attuazione di specifica delega – la detenzione domiciliare quale fattispecie sanzionatoria autonoma e alternativa alla pena detentiva affidata, quindi, alla gestione del giudice del processo⁴². Istituto già praticato nella fase della esecuzione della pena, la detenzione domiciliare lì vive *sub specie* di misura alternativa alla segregazione carceraria (art. 47-ter ord. penit.), soggetta alle condizioni stabilite dall'ordinamento penitenziario e nella disponibilità della magistratura di sorveglianza. L'effetto della modifica andava al di là della semplice sua anticipazione nella fase della cognizione; ampliando il novero delle sanzioni edittali, di fatto, si intaccava il monopolio della pena carceraria: conseguenza dirompente a fronte di una, tutto sommato, modesta proposta, subito neutralizzata dal mancato esercizio della delega.

I deludenti precedenti appena ricordati fanno apprezzare – e presumibilmente hanno consigliato – la prudenza che si riscontra nelle linee progettuali seguite dalla iniziativa legislativa in esame. Il primato della pena detentiva, rassicurante per l'immaginario collettivo, è confermato, ma se ne ridimensiona l'ambito operativo ammettendo l'impiego di sanzioni sostitutive, dotate di minore carica afflittiva. Già previste e regolate dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 come sostitutive delle pene detentive brevi, vale a dire non superiori a due anni, tali sanzioni conoscono importanti modifiche di incidenza sia sulla relativa tipologia – variata e arricchita⁴³ – sia soprattutto sulla loro area applicativa, dilatata a pene detentive sino a quattro anni. La sostituzione impegna la discrezionalità del giudice secondo criteri, invero, da meglio determinare in sede di attuazione della direttiva⁴⁴, ma comunque guidato nella scelta dalla corrispondenza a scalare, predeterminata legislativamente, tra limite della pena inflitta e specie della sanzione sostitutiva.

⁴¹ Circa le relative deleghe (artt. 1 e 2), riferite al diritto penale sostanziale, v. la ricca analisi di F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in *Le nuove norme in materia penale*, a cura di C. CONTI-A. MARANDOLA- G. VARRASO, Padova, 2014, p. 145 ss. nonché, anche per una valutazione sistematica alla luce della linea di politica criminale perseguita dal legislatore, ID., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1693 ss.

⁴² Esprime riserve sulla scelta, che ribadisce sostanzialmente una cultura carcerocentrica, e denuncia i limiti della delega che trascura strategie sanzionatorie in grado di promuovere vera prevenzione e presenta ancora timide aperture alla giustizia riparativa e alla mediazione penale, G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 786.

⁴³ La delega prevede l'abrogazione della semidetenzione e della libertà controllata, (previste dalla l. n. 689/1989,) e include *ex novo*, semilibertà, e detenzione domiciliare che affiancano lavoro di pubblica utilità e pena pecuniaria, questi già originariamente contemplati (art. 1 comma 17 lett. a e b). Nella proposta della Commissione Lattanzi, si contemplava anche l'affidamento in prova al servizio sociale, misura alternativa prevista dall'art. 47 ord. penit.: pur apprezzando la sua esclusione, mette in luce le problematiche relazioni che si vengono a delineare al riguardo tra le nuove sanzioni sostitutive di tipo detentivo (semilibertà e detenzione domiciliare) e l'alternativa penitenziaria, sul versante delle valutazioni rimesse al tribunale di sorveglianza, D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in questa *Rivista*, 21.2.2022, p. 11.

⁴⁴ Con riguardo all'impegno valutativo che ne deriva al giudice, cfr. G. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma*, cit. p. 8 ss.

Di questo complesso congegno non interessa l'illustrazione in dettaglio⁴⁵; conta rimarcare la duplice valenza della innovazione: limita il ricorso alla pena detentiva sia pure in seconda battuta; incentiva, come prima osservato, la scelta degli istituti processuali di impronta premiale rivelandosi strumentale all'obiettivo della riduzione *in itinere* del carico giudiziario.

A questo medesimo scopo deflativo sono orientate direttive della legge delega, di non minore impatto, che ancora interagiscono con la dinamica del processo. Se per questo, come segnalato, risalta in particolare l'originale incremento dell'area della premialità, nell'ambito della riforma del settore sanzionatorio spicca il potenziamento dell'area della non punibilità in concreto. Insiste su istituti pensati a questo fine e collaudati in chiave di antidoto all'eccesso di penalità che affligge il sistema punitivo.

Al riguardo ci si spinge alla configurazione di una ipotesi peculiare, mutuata dall'ambito della legislazione speciale. Ne è interessato il settore delle contravvenzioni per le quali sia previsto un intervento dell'autorità amministrativa. Per esse – da selezionare tra quelle suscettibili di elisione del danno o del pericolo (provocati) mediante condotte ripristinatorie e risarcitorie, salvo la concorrenza con delitti (art. 1 comma 23 lett. b) – si mettono in campo un effetto deflativo cospicuo e, in via residuale, un vantaggio non irrisorio. La promessa di ottenere l'estinzione del reato contravvenzionale (art. 1 comma 23 lett. a) vale a fronte dell'esecuzione, tempestiva, degli adempimenti prescritti e del pagamento (comunque in misura ridotta) della relativa ammenda, questo suscettibile di sostituzione con la prestazione del lavoro di pubblica utilità. E, poiché occasione e guadagno operano nella sede delle indagini, la nuova causa estintiva ne provoca l'archiviazione (*ex* art. 411 comma 1 c.p.p.) risparmiando la stessa intrapresa della fase processuale. La proposta di conseguire la mera attenuazione della pena opera per il caso di adempimento tardivo, via d'uscita comunque funzionale al ridimensionamento della reazione sanzionatoria che, tuttavia, non esonera dall'impegno di dare corso ai previsti interventi di ripristino e riparazione.

Il *novum*, propriamente, consiste nella accentuazione della loro attitudine a ospitare eventuali percorsi di giustizia riparativa, laddove lo autorizzi la rispettiva conformazione strutturale. Poiché non pare che forme di riparazione conciliativa si possano ravvisare nella fattispecie appena indicata, regime della procedibilità a querela⁴⁶, particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)⁴⁷ e sospensione del procedimento

⁴⁵ Ne tratta, F. PALAZZO, *Profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p.11 ss. che delinea, inoltre, il quadro di insieme delle innovazioni nelle relative intersezioni con modifiche processuali e giustizia riparativa. In tema, con individuazione di talune criticità, D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia"*, cit., p.1 ss.

⁴⁶ L'art. 1 comma 15 (lett. a) ne dispone la previsione per il reato di lesioni personali stradali gravi o gravissime previste dall'articolo 590-bis comma 1 c.p. nonché (lett. b) l'estensione a ulteriori specifici reati contro la persona o contro il patrimonio nell'ambito di quelli puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni.

⁴⁷ L'art. 1 comma 21 (lett. a) prevede come limite di applicabilità della disciplina dell'art. 131-bis c.p., in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria. La relativa lett. b dispone di dare rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa.

con messa alla prova dell'imputato adulto (art. 168-*bis* c.p.)⁴⁸ compongono il ventaglio delle opportunità offerte al suo ingresso, invero meno ampio di quello risultante dalle proposte della Commissione⁴⁹ incaricata di rimodulare il disegno di legge originario: includeva, infatti, il singolare istituto della "archiviazione meritata"⁵⁰ oltre a una revisione dei casi di irretrattabilità della querela e a una dilatazione dell'ipotesi estintiva *ex art. 162-ter* c.p., modifiche, tutte, concepite proprio in vista della valorizzazione della giustizia riparativa.

A prescindere da quanto si è perso, ciò che resta vale comunque ad affrancarla dalla marginalità in cui è stata sinora confinata. Non è escluso, peraltro, che l'indeterminatezza (voluta?) delle direttive dettate al riguardo permetta al legislatore delegato di recuperare ulteriori spazi operativi attingendo altrove: il territorio delle regole che governano la commisurazione della pena (artt. 133, 62 e 62-*bis* c.p.) si presta, ad esempio e infatti, a divenire il luogo ove far rifluire i positivi risultati di percorsi riparativi intrapresi⁵¹.

5. Giustizia riparativa e deflazione processuale: prove di coabitazione.

Una doverosa attenzione alla tutela della vittima di reato affiora dagli interventi prospettati per la disciplina dei tre istituti, appena indicati: in modo palese quelli in tema di procedibilità a querela e sospensione del procedimento con messa alla prova, sottotraccia quanto alla particolare tenuità del fatto. Nemmeno in relazione ad essi si è, tuttavia, accantonata la predominante esigenza di deflazione processuale e, anzi, in questa direzione muove l'estensione del corrispondente ambito applicativo⁵². Operazione giustificata da una loro evidente strumentalità a tale obiettivo, implicita nella rispettiva genesi o anche solo nella sopravvenuta manipolazione dello scopo.

È quanto traspare dalle vicende che hanno contrassegnato l'istituto della procedibilità a querela, progressivamente rivalutato in funzione deflativa del carico giudiziario⁵³. Subordinare sia l'avvio, mediante presentazione della querela, sia l'epilogo

⁴⁸ L'art. 1 comma 22 (lett. a) ne prevede l'estensione a ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi *risocializzanti* o *riparatori*, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto (*corsivo nostro*).

⁴⁹ V. *Relazione finale e Proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 (24 maggio 2021)*, in *Cass. pen.*, 2021, p.3281 ss.

⁵⁰ In termini favorevoli si era espresso G. FIANDACA, [Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi](#), in questa *Rivista*, 21 giugno 2021, che riconosceva all'istituto il pregio di combinare la funzione deflativa con quella riparativa. Apprezzamenti sono stati espressi anche da V. BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., p. 12 s; F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7.7.2021, p. 4. Finalità e struttura dell'istituto sono illustrate da M. GIALUZ, *L'"archiviazione meritata" come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, p. 309 ss.

⁵¹ Sul punto, v. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI E C.E. PALIERO, II, Milano, 2006, p. 1162 ss.

⁵² V. le note 46 e 47.

⁵³ Rileva, in proposito, la distinzione prospettata da F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, p. 37 ss., tra querela-garanzia, ove la deroga alla procedibilità d'ufficio opera in

anticipato del procedimento, tramite sua remissione, significa consegnare in esclusiva alla persona offesa la valutazione circa la meritevolezza della pena applicabile in concreto quale conseguenza del reato, pur non precludendole di ritenersi soddisfatta anche solo da una riparazione monetaria. Eppure, senza dover rimuovere *ratio* e configurazione dell'istituto, al legislatore è parso irrinunciabile per l'economia del processo prevedere una via d'uscita laddove risultasse l'indisponibilità, ingiustificata, dell'offeso ad azionare la leva della remissione di querela avviando la vicenda alla sua definizione anticipata. Questo il senso della causa di estinzione del reato per condotte riparatorie contemplata dall'art. 162-ter c.p., figlia della l. n. 103/ 2017⁵⁴.

È interesse dell'imputato conquistarla dando luogo a piena e non tardiva riparazione del danno causato, mediante restituzioni o risarcimento del danno e, ove possibile, eliminazione delle conseguenze pericolose del reato. Rimane nella sua disponibilità attuare il risarcimento con una offerta reale alla stregua delle prescrizioni civilistiche richiamate (artt. 1208 ss. c.c.), ma non è detto che ciò asseconi le attese della vittima convincendola a recedere dal suo proposito punitivo.

Un ordinamento in affanno per eccesso di penalità non può restare indifferente a fronte di simili condotte di riparazione sia pure *ex post* dell'offesa, sintomatiche del venir meno o dell'attenuarsi del bisogno di punizione. Una ben definita tendenza di politica criminale le ha progressivamente valorizzate traducendole in ipotesi – ulteriori rispetto a quelle già contemplate⁵⁵ – di sopravvenuta non punibilità o in cause estintive del reato in attuazione del principio di *extrema ratio* del diritto penale. Valorizzazione che ha lambito anche la disciplina della procedibilità a querela assoggettando la tutela delle ragioni della vittima alla salvaguardia delle esigenze del sistema processuale. Difatti, stando a quanto stabilito dall'art. 162-ter c.p., l'accennata *impasse* provocata dal dissenso

funzione di salvaguardia dell'interesse dell'offeso a sottrarsi a un'ulteriore lacerazione morale e sociale connessa alla celebrazione del processo, e querela-opportunità ove prevale la funzione di consentire una valutazione del bisogno di pena da parte del titolare del bene giuridico violato, in funzione deflativa. Osserva che "l'obiettivo deflattivo è diventato sempre più la *ratio* della procedibilità a querela, al punto che nell'area della querela-opportunità ha assunto un'importanza crescente la c.d. querela selezione, intesa a conciliare la superfluità della pena in concreto con il contenimento del sovraccarico giudiziario", Id., *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p.476 che colloca in questa prospettiva gli interventi legislativi di potenziamento della perseguibilità a querela susseguitsi nel tempo (l. 24 novembre 1981, n. 689; l. 25 giugno 1999, n. 205; d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61) incluso il d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36, adottato in attuazione della delega conferita dalla l. n. 103/ 2017 (v. *supra*, la nota 33) concernente la modifica del regime di procedibilità a querela di taluni reati.

⁵⁴ La sua introduzione precede, dunque, la modifica del regime di procedibilità a querela ex d.lgs. n. 36/2018 in attuazione della delega contemplata dall'art. 1 comma 16 della legge n. 103/2017. L'analisi del provvedimento, che recupera una scelta del progetto di revisione del codice penale (*Disegno di legge in materia di depenalizzazione e di deflazione del sistema penale*, (23 aprile 2013) *Relazione*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 587 ss.) elaborato dalla Commissione Fiorella, è svolta da A. GARGANI, *Riforma Orlando: la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati*, in *Dir. pen., proc.*, 2018, p. 579 ss., che ne mette in risalto punti di scostamento, finalità essenzialmente deflativa e criticità.

⁵⁵ Cfr., G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 439.

della vittima può essere agevolmente superata dalla presa d'atto, da parte del giudice⁵⁶, del comportamento virtuoso dell'imputato, preludio della applicazione della causa estintiva.

Niente a che vedere, come è evidente, con il paradigma riparativo e, piuttosto, in aperta sua contraddizione⁵⁷. Tale ipotesi sopravvive inalterata nel disegno riformatore essendo cadute nel vuoto le proposte (della Commissione)⁵⁸ di migliorarne la disciplina per una maggiore tutela della vittima. Peraltro, il suo ambito di applicazione, ritagliato sui casi di procedibilità a querela, si amplia al traino di questi. L'impegno di innestare nel sistema punitivo forme più avanzate di riparazione davvero volte al superamento del conflitto sottostante al reato vale, nondimeno, a divaricarne finalità ed esiti consentendo modalità di gestione rispettivamente differenziate.

La ipotizzata futura selezione dei reati da sottoporre al regime della procedibilità a querela, insieme con la sua estensione a fattispecie criminose il cui disvalore tocca interessi privati, recuperano coerenza alla originaria fisionomia dell'istituto: ai soggetti direttamente coinvolti resta affidata la composizione degli interessi in campo anche rendendo superflua attivazione o prosecuzione dell'accertamento processuale del reato⁵⁹. Il ripristino di un loro positivo rapporto relazionale può essere facilitato con gli strumenti della nuova giustizia riparativa che sostituiscano, a condotte riparatorie per iniziativa unilaterale dell'imputato (art. 163-bis c.p.), un percorso conciliativo condiviso.

I rispettivi effetti di riduzione del carico giudiziario non divergono sostanzialmente pur se la disponibilità delle parti – manifestata addirittura prima dell'esercizio del diritto di querela – a ricomporre una relazione interrotta produce,

⁵⁶ Poiché nessuna valutazione discrezionale è riservata al giudice, osserva che il reato, diviene così, nella sostanza, "officioso", C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1279. Analogamente, G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione*, cit. 462 ss. che, inoltre, segnala la distanza che separa l'istituto da quello ex art. 35 d. lgs. n. 274/2000, cui si ispira, ove al giudice di pace spetta valutare l'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie a soddisfare le esigenze sia di riprovazione del reato sia di prevenzione.

⁵⁷ Come segnalato da G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione*, cit., p. 466; F. Palazzo, *La riforma penale alza il tiro?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, n. 1, p. 54; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.*, cit., p. 1278 in particolare.

⁵⁸ V. *supra*, il paragrafo 4.

⁵⁹ Esclude, tuttavia, che la direttiva espressa dall'art. 1 comma 15 valorizzi la logica riparativa per il fatto che vi si prevede (lett. d) anche che l'ingiustificata mancata comparizione del querelante all'udienza nella quale sia stato citato in qualità di testimone assume il valore di remissione tacita, V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 114. A parere di chi scrive, la previsione può essere intesa, piuttosto, come riconducibile a una esigenza di responsabilizzazione dell'offeso, specie se querelante, non diversa da quella richiesta all'imputato in vista di una partecipazione attiva al relativo incontro e conciliazione. L'adempimento, peraltro, è facilitato dall'obbligo, che la direttiva pone in capo al querelante (comma 15 lett. c), di dichiarare o eleggere, nell'atto di querela, il domicilio per le notificazioni. Resta certamente sottintesa pure una finalità deflativa, messa a rischio da prassi che registrino l'indifferenza di chi abbia messo in moto l'accertamento processuale. Da segnalare la pronuncia con la quale si è individuata una causa di remissione tacita nella mancata presentazione all'udienza del querelante, previamente ed espressamente avvertito dal giudice che la sua assenza sarebbe stata interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela: Cass., sez. un., 23 giugno 2016, n. 31668, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n.6, p. 114 con nota di W. NOCERINO, *La remissione tacita della querela nell'assenza consapevole della persona offesa al cospetto del giudice di pace*.

invero, il più intenso vantaggio di deprocessualizzazione. Mutano invece, insieme con i risultati conseguibili (riparazione tramite conciliazione/riparazione tramite condotte di riduzione *ex post* dell'offesa), i rapporti interni al regime della procedibilità a querela.

Nel rispetto della sua *ratio* fondativa, questo è ora potenzialmente idoneo a integrare il modello più autentico di giustizia riparativa; le indubbie ricadute in termini deflativi ne sono tuttavia la conseguenza indiretta anziché il principale obiettivo. Obiettivo caratterizzante l'istituto nelle regole dettate dall'art. 163-ter c.p.: la sua realizzazione pur contro la volontà della vittima è salvaguardata da comportamenti risarcitori, ripristinatori e riparativi adottati autonomamente dall'imputato.

Si può osservare che, in un ambito applicativo conservato coincidente, vengono a convivere due differenti articolazioni del regime di procedibilità a querela: l'una poggia sulla disponibilità delle parti a ricomporre una relazione lacerata dal reato; l'altra opera nei casi in cui la via della conciliazione tra gli interessati non risulti praticabile per il diniego di taluno di essi o di entrambi. La strada aperta alla giustizia riparativa non chiude, insomma, il più stretto vicolo della riparazione unilaterale, e postuma, dell'offesa e di essi si giova comunque la complessiva funzionalità del sistema processuale.

Un non dissimile schema operativo si riscontra in relazione ai due restanti istituti della sospensione del procedimento con messa alla prova e della non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)⁶⁰, come da rivisitare secondo la legge delega.

Della messa alla prova non deve fuorviare la configurazione quale procedimento speciale (artt. 464-bis ss. c.p.p.)⁶¹ collocato sistematicamente a lato di quelli di tono premiale a vocazione deflativa. Pur nella identità del fine economicistico, il suo tratto distintivo si ricava da modalità e condizioni cui è subordinato l'epilogo anticipato del processo: non rileva, come per quelli, solo la rinuncia dell'indagato/imputato ad avvalersi delle garanzie del dibattimento – prezzo della diminuzione di pena –, conta piuttosto la volontà di aderire a un programma trattamentale comprensivo di condotte risarcitorie, restitutorie e riparatorie nonché conciliative, ove possibile la mediazione con la vittima (art. 464-bis comma 4 c.p.p.), espressamente prevista: l'estinzione del reato è il corrispettivo della sua positiva esecuzione.

⁶⁰ Anche questi istituti si devono alla l. n. 67/2014 (v. il paragrafo 4), in particolare mentre la sospensione del procedimento con messa alla prova è stata introdotta con immediata operatività dalla legge stessa (art. 4 comma 1, lett. a), l'art. 131-bis c.p. è frutto del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 in attuazione della delega ivi stabilita.

⁶¹ Aspetto valorizzato da Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 201, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 1422 nella declaratoria di illegittimità dell'art. 460 comma 1 lett. e c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che il decreto penale di condanna contenga l'avviso all'imputato della facoltà di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova unitamente all'atto di opposizione. La disciplina dell'istituto ha suscitato numerose questioni interpretative, portate all'attenzione sia della Corte costituzionale sia della Cassazione a sezioni unite: ne esamina e valuta le linee esegetiche, C. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 666 ss. Riserve e riflessioni critiche circa gli orientamenti "contraddittori" seguiti dalla Corte costituzionale, sono espresse da A. MACCHIA, *Note minime su messa alla prova e giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 953 ss.

Chi ha insistito, in particolare, sul contenuto prescrittivo della prova vi ha intravvisto un “esempio [...] di quella modalità differenziata di giustizia penale, che valorizza finalità di ricomposizione del conflitto rispetto alle tradizionali funzioni special-preventive”⁶², tali da ridimensionare l’anima deflativa dell’istituto. Convinzione destinata ad acquisire maggiore credito alla luce dell’impianto complessivo della legge delega: non solo per effetto del raggio di azione della messa alla prova, da estendere a “ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori” (art. 1 comma 22 lett. a); ma specialmente come conseguenza dell’ingresso a pieno titolo, nel sistema innovato, di una giustizia riparativa ritenuta meritevole di specifica regolamentazione organica.

Una volta che la sua logica sia penetrata nella messa alla prova, l’istituto riesce a materializzarsi in due distinte forme, produttive del medesimo esito estintivo. Quella che fa perno sulla disponibilità degli interessati a intraprendere un percorso di conciliazione/riparazione così valorizzando, oltre al ruolo della vittima, una dinamica mediativa idonea a far rifluire la messa alla prova nell’alveo della giustizia riparativa. A lato, persiste quella praticabile ove non integrata tale condizione nonché in relazione a reati senza vittima, dove la partita si gioca sull’interesse, personale e autonomo, dell’imputato al corretto adempimento di condotte riparatorie *post factum* e di attività a favore della collettività, in adesione a un programma trattamentale di prevalente caratura risocializzativa. In nessun caso viene compromesso il bene del risparmio processuale, ma certamente resta effetto solo accessorio del percorso conciliativo/riparativo e obiettivo sempre primario per l’alternativa riparatoria in senso lato.

Ci si può avvalere di quanto sinora osservato per scrutare la fisionomia che, nel disegno riformatore, contrassegna l’istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)⁶³, causa di non punibilità dalle ragguardevoli ricadute processuali: il suo riscontro non solo rende possibile la conclusione anticipata del processo, ma addirittura vale a precluderne l’intrapresa tramite l’archiviazione delle indagini⁶⁴. Di questa causa

⁶² Così, V. BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28.11.2018, p.16. Non diversamente, C. CESARI, *La sospensione della messa alla prova sulla falsariga dell’esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 512 ss. osserva che l’istituto “traghetta l’ordinamento processualpenalistico verso le logiche della giustizia riparativa”. Analoghi rilievi. anche in C. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., p. 680 e in A. MACCHIA, *Note minime su messa alla prova*, cit. p. 960.

⁶³ Sui suoi rapporti con il principio di obbligatorietà dell’azione penale (art. 112 Cost.), v. la lucida analisi di S. Quattrocchio, *Tenuità e irrilevanza sociale del fatto*, in AA.VV., *L’obbligatorietà dell’azione penale*, Milano, 2021, p. 183 ss. la quale segnala che l’istituto introduce nel sistema una nuova cultura gradualistica del reato e si presta a una più completa realizzazione della proporzionalità della risposta penale “potendo consentire, attraverso una sinergia sostanziale e processuale, non solo l’astensione dalla pena, ma anche dal processo” (*ivi*, p. 198).

⁶⁴ Secondo la particolare procedura prevista dall’art. 411 comma 1-bis c.p.p. Con riguardo alle relative specifiche garanzie e alle questioni che la norma prospetta, nonché circa le ulteriori ipotesi di operatività, in sede processuale, dell’istituto dell’art. 131-bis c.p., v. F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul procedimento per particolare tenuità del fatto*, in *Inazione, controlli, esecuzione, Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean*, a cura di C. FIORIO-R. FONTI-M. MONTAGNA, Pisa, 2017, p. 60 ss. Sull’istituto dell’art. 131-bis c.p., anche nel raffronto

di non punibilità, occorre segnalare, oltre alla più ampia estensione dell'area applicativa, tarata sul minimo e non più sul massimo della pena legislativamente stabilito, la rilevanza assegnata *ex novo* alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione di particolare tenuità dell'offesa⁶⁵: variazioni, entrambe, volte a favorirne l'impiego.

Nel preservare l'immanente e originaria finalità deflativa dell'istituto, funzionale agli obiettivi della complessiva riforma, tale modifica prefigura anche per questo una sorte operativa differenziata. La condotta susseguente al reato, infatti, si fa contenitore di plurime situazioni, inclusa l'opportunità di mettersi al servizio della giustizia riparativa laddove risulti la volontà conciliativa dei diretti interessati. I relativi programmi, ancora da progettare, offrono loro un utile banco di prova e l'eventuale raggiunta ricomposizione del conflitto interpersonale consegna al giudice un affidabile parametro commisurativo della tenuità dell'offesa.

La duttilità dell'istituto gli conserva, nondimeno, un ulteriore bacino di utenza. Comportamenti risarcitori, ripristinatori e riparativi delle conseguenze del reato – di per sé valorizzati dal sistema come sintomatici di attenuazione o di esclusione della risposta sanzionatoria – attuabili a prescindere dall'accordo con la vittima e, del caso, superando il suo dissenso o la sua stessa mancanza, integrano pur sempre condotta susseguente al reato propedeutica alla complessiva valutazione di tenuità dell'offesa.

Non diversamente da quanto riscontrato in tema di regime di procedibilità a querela e di sospensione del procedimento con messa alla prova, anche l'istituto dell'art. 131-*bis* c.p., viene ad atteggiarsi secondo una conformazione binaria: l'una promuove la nuova frontiera della giustizia riparativa, l'altra si fa carico della sua impraticabilità dando rilievo al non meno impegnativo sforzo di riparare almeno le conseguenze del reato: ciascuna egualmente asseconda il proposito di ridimensionare il carico giudiziario, non importa se quale conseguenza indiretta o come risultato cercato.

6. Effetti collaterali.

Uno sguardo al futuro che si prospetta per la giustizia riparativa sconta la fluidità del progetto di riforma, al momento ancora da tradurre nei suoi criteri di delega. La segnalata indeterminatezza delle direttive dettate con riguardo alle ricadute processuali dei percorsi riparativi positivamente intrapresi può, difatti, stimolare il legislatore delegato ad allargarne il campo applicativo sondando gli interstizi di istituti del codice penale che si prestano al fine.

L'impianto generale che si è tentato di esplorare consente, nondimeno, di cogliere quanto, della predominante sua tensione efficientistica, è in grado di influire sul ruolo

con gli omologhi previsti nel rito penale minorile (art. 27 d.P.R. n. 448/1988) e nel procedimento penale di pace (art. 34 d.lgs. n. 274/2000), cfr. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659 ss.

⁶⁵ L'innovazione asseconda un auspicio formulato da G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, cit., p. 785. La mancata considerazione della condotta susseguente al reato era stata censurata da R. MUZZICA, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, in *www.la legislazione penale.eu*, 22.11.19, p. 23.

riservato alla giustizia riparativa e come, la riscontrata convivenza con forme altre di riparazione *post factum* dell'offesa, riesca a influenzarne la portata operativa: interrogativi al centro dell'analisi svolta.

L'itinerario percorso ha portato allo scoperto che, sul versante processuale, l'incremento dell'area della premialità, tradizionale e nuova, non cerca punti di contatto con la giustizia riparativa, estranea al suo *modus operandi*. Si avvale piuttosto, come rilevato, delle innovazioni apportate al sistema sanzionatorio da cui ricava il più efficace incentivo a dirottare l'accertamento processuale verso suoi epiloghi precoci, strumento principe della ambizione deflativa. Non si può ignorare che nella promessa di offrire, quale contropartita, una non insignificante riduzione della pena, è implicito un contributo al ridimensionamento dell'ambito applicativo della punizione detentiva⁶⁶.

Questo obiettivo, perseguito con la messa in campo delle ammodernate sanzioni sostitutive, si avvantaggia in sostanza anche degli istituti del processo rafforzandone il vigore, in un rapporto di reciproca servenza.

Come constatato, in realtà, gli interventi sul fronte sostanziale ambiscono anche ad un ulteriore traguardo. Il potenziamento dell'area della non punibilità in concreto si rivela servente non solo alla deflazione processuale: è preordinato anche a sancire la superfluità della stessa punizione, realizzando la riduzione del penalmente rilevante in via surrogatoria e a mo' di supplenza della mancata riforma del codice penale, sinora inutilmente tentata.

L'esonero dalla applicazione della pena è risultato sempre implicato tanto dalle modifiche ampliative riversate nella disciplina della particolare tenuità del fatto – appunto causa sopravvenuta di non punibilità –, procedibilità a querela, e sospensione del procedimento con messa alla prova tanto dalla soluzione pensata *ex novo* per il settore delle contravvenzioni, istituti, questi, tutti normativamente conformati in vista della estinzione del reato.

Si è visto che le medesime modifiche ampliative rendono l'area della riformata non punibilità in concreto in grado di dialogare con la giustizia riparativa: salva l'innovazione che attiene alle contravvenzioni, gli altri istituti citati si fanno sede ospitante dei relativi programmi che il legislatore delegato dovrà mettere a punto. E benché si sia preferito affidare alla sua sapienza l'individuazione di momenti e modalità di ricaduta nel processo dei loro esiti favorevoli, allo stato già la legge delega ne promuove l'ingresso: la volontà conciliativa dei diretti interessati veicola la causa sopravvenuta di non punibilità per particolare tenuità del fatto, la causa di estinzione del reato sia per remissione di querela sia per positivo adempimento del programma di messa alla prova. La superfluità della pena può transitare pure dalle porte aperte alla giustizia riparativa, anch'essa, per questo verso, servente all'obiettivo della deflazione processuale.

⁶⁶ E ciò pur in presenza delle alterazioni provocate al principio di proporzionalità tra gravità del reato e *quantum* della pena: v. al riguardo, le considerazioni di F. PALAZZO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, cit., p. 48 ss. in particolare.

Ma nemmeno l'impossibilità – di fatto, per il dissenso delle parti, o di diritto, per i casi di reati senza vittima – ostacola il conseguimento di tali risultati. Non sarà sfuggito che alla estensione del raggio operativo dell'area della non punibilità in concreto non fa seguito alcuna variazione della regolamentazione processuale dei corrispondenti istituti. Mantenuta inalterata, la loro disciplina ancora relega la vittima in posizione marginale⁶⁷ e rende l'indagato/imputato protagonista solitario della vicenda processuale e artefice della propria sorte. Dalla sua scelta autonoma, solamente, viene a dipendere la possibile integrazione di quelle condotte riparatorie *post factum* che gli guadagnano l'esonero dalla punizione favorendo la conclusione anticipata del processo.

Che per le aspettative della vittima nulla sia cambiato né potrà cambiare è, tuttavia, conclusione affrettata. Il *locus* della sua soddisfazione è consapevolmente collocato altrove: per essa valgono le risorse offerte dalla nuova disciplina organica della giustizia riparativa.

Nel contesto del sistema punitivo riformato, la riparazione delle conseguenze del reato vive, insomma, in due forme distinte⁶⁸: quella attuabile unilateralmente mediante condotte riparatorie, fattispecie conservata e rafforzata in ragione del suo prezioso contributo già collaudato; quella che poggia sulla comune volontà conciliativa di vittima e autore del reato, tipologia configurata *ex novo* assecondando risalenti aspettative non più eludibili. Occupano territori contigui, ma tenuti separati e alternativi così che l'una possa operare senza interferire sull'altra, a nessuna in sostanza essendo consentito intralciare la realizzazione del più generale obiettivo di deflazionare il carico giudiziario in nome della efficienza nella amministrazione della giustizia.

L'opzione legislativa – di definire sfere autonome di rispettiva praticabilità – giova, a ben vedere, anche a preservare la dimensione più autentica della giustizia

⁶⁷ Questa la critica unanime della dottrina. In generale con riferimento agli istituti esaminati nel testo, v. R. MUZZICA, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, cit., p.13 ss.; Quanto alla disciplina dell'art. 163-bis c.p., v. V. BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., p. 114; G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione*, cit., p. 466; C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13.11.2017, p. 25, in particolare, che, perciò, considerano l'istituto antitetico ai modelli di *restorative justice*. Circa la sospensione del procedimento con messa alla prova, ritiene "esangue" il ruolo riconosciuto alla persona offesa, G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, cit., p.784. A proposito dell'istituto di cui all' art. 131-bis c.p., nel senso che la persona offesa è chiamata a interloquire solo al fine di portare il proprio contributo argomentativo, v. V. BONINI, *Il ruolo della persona offesa nella valutazione della particolare tenuità del fatto*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.5.2016, p. 4.

⁶⁸ Ne dovrebbe derivare il superamento della tendenza a includere nella giustizia riparativa la serie delle "attività riparative dell'autore che rientrano nell'orbita della c.d. giustizia tradizionale, la quale da sempre attribuisce valore a condotte volte ad attenuare o ad eliminare le conseguenze del reato", segnalata da F. Parisi, *La restorative justice alla ricerca di identità e di legittimazione*, in www.penale contemporaneo.it, 24 dicembre 2014, p. 3. Osserva, invece, che la previsione di una disciplina generale organica della giustizia riparativa "consente di ampliare fortemente le condotte riparatorie anche a forme di riparazione dell'offesa dove la vittima non c'è o è indeterminata o il reato è di pericolo, svincolando la *restorative justice* dai limiti tradizionali del solo rapporto autore/vittima" e, tuttavia, la mancanza, nella legge delega, di puntuali indicazioni circa gli effetti sanzionatori della riparazione dell'offesa lascia intendere "che il legislatore ha ancora in mente la *restorative justice* spontanea dei rapporti autore-vittima tipici della mediazione penale", M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, p. 606 ss.

7-8/2022

riparativa: inglobata, ma non fagocitata dal sistema, servente, ma certo non asservita alla primaria finalità efficientistica perseguita dalla riforma, trova così modo di esplicarsi nella sua genuina proiezione alla ricomposizione del conflitto generato dal reato, nel confronto dialogico tra i soggetti coinvolti.

È innegabile che il successo dell'operazione riformatrice trascende le soluzioni normativamente approntate. Alla positiva accoglienza degli attori della giustizia penale (magistratura e avvocatura, in particolare) e al *favor* dei soggetti della relazione infranta resta affidato l'impegno di consentire l'affermazione della logica della giustizia riparativa. Su questo banco di prova si misura la realizzazione dei suoi effetti collaterali virtuosi: la nuova giustizia riparativa, come accennato e ripetutamente rimarcato, concorre in via accessoria alla deflazione processuale; soprattutto, lascia intendere che anche altra può essere la risposta al reato, non sempre e non necessariamente la pena, meta verso cui, del resto, pare volersi indirizzare il sistema punitivo ammodernato⁶⁹.

⁶⁹ Autorevole dottrina ha individuato nella riforma tratti di apprezzabile organicità riscontrabili nel suo orientamento comune e unitario all'alleggerimento complessivo del sistema penale, sostanziale e processuale, così da riconoscerle anche la capacità di promuovere la sua modernizzazione (F. PALAZZO, *I profili sostanziali della riforma penale*, cit., p. 3; v. anche, ID., *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, cit., p. 4).

7-8/2022

I REATI DI RIDUZIONE IN SCHIAVITÀ, IN SERVITÙ E DI SFRUTTAMENTO LAVORATIVO NELLA PROSPETTIVA COMPARATA

di Carlo Cucinotta

Nel constatare l'assenza di interpretazioni univoche dei concetti di schiavitù, servitù e sfruttamento lavorativo offerte dalla letteratura sociologica e antropologica, il contributo analizza gli stessi concetti sotto un profilo normativo, dapprima soffermandosi sulle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quindi esaminando le soluzioni adottate dai codici penali francese, tedesco e spagnolo. L'indagine comparata e il raffronto con il modello italiano rivelano significative analogie ma anche problematiche comuni agli ordinamenti esaminati, che reclamano un intervento da parte del legislatore eurounitario.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Schiavitù, servitù e lavoro forzato sul piano sovranazionale: l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. – SEZIONE I: IL SISTEMA FRANCESE. – 1. Premessa. – 2. I reati di riduzione in schiavitù, in servitù e di lavoro forzato. – 3. I delitti di lavoro non retribuito e di condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità della persona. – 4. I concetti di «retribuzione manifestamente sproporzionata» e di condizioni di lavoro e di alloggio «contrarie alla dignità della persona». – 5. Il concetto di persona in stato di vulnerabilità o di dipendenza. – SEZIONE II: IL SISTEMA TEDESCO. – 1. Il dato fenomenico. – 2. La disciplina penalistica: introduzione. – 3. Il reato di tratta di persone e la definizione di sfruttamento lavorativo. – 4. Il reato di lavoro forzato tra schiavitù antica e schiavitù moderna. – 5. Il concetto di *Zwangslage* nel reato di sfruttamento lavorativo. – 6. L'attività di intermediazione illecita. – 7. Il reato di usura salariale. – SEZIONE III: IL SISTEMA SPAGNOLO. – 1. Introduzione. – 2. Il delitto di *Imposición de condiciones laborales ilegales*: il concetto di sfruttamento lavorativo. – 2.1. La condotta tipica: l'imposizione delle condizioni di sfruttamento mediante inganno o abuso di necessità. – 2.2. La «situazione di necessità» del lavoratore. – 3. La repressione di schiavitù, servitù e lavoro forzato. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nell'attuale dibattito scientifico sussiste profonda incertezza, soprattutto in ambito sociologico e antropologico, sul significato da attribuire alle diverse categorie di sfruttamento. Il problema principale risiede nell'interpretazione della nozione di schiavitù, poiché da questa dipendono le definizioni dei contigui concetti di servitù, lavoro forzato e sfruttamento lavorativo. L'elemento dal quale si dipartono le numerose correnti di pensiero è rappresentato dall'art. 1 della convenzione di Ginevra del 1926, ai sensi del quale – come noto – la schiavitù consiste nell'esercitare su un'altra persona i poteri corrispondenti al diritto di proprietà. Al momento di precisare però in cosa consistono questi poteri e quando è ravvisabile un siffatto rapporto di dominio insorgono le opinioni più disparate.

Lo stato dell'attuale dibattito può essere sintetizzato nei seguenti termini. Da un lato campeggiano gli orientamenti c.d. dicotomici, i quali mirano a discernere in modo netto il lavoro schiavistico dalle altre forme di sfruttamento, dividendosi a loro volta fra quanti propendono per un'interpretazione ampia del concetto di schiavitù¹ – sovente sorretta dall'intento di sensibilizzare l'opinione pubblica al problema dell'imperante sfruttamento lavorativo – e quanti all'opposto restringono il medesimo concetto, allo scopo di denunciare la "normalità" delle forme di lavoro più degradanti della nostra epoca e di attribuirne polemicamente la paternità allo stesso sistema capitalistico². Dall'altro lato prevale invece l'idea del c.d. *continuum* – avallata anche dall'*International Labour Organization*³ –, secondo la quale la schiavitù, la servitù e le altre gravi forme di sfruttamento lavorativo rappresenterebbero non categorie concettuali chiaramente distinguibili, bensì situazioni dai contorni sfocati collocate fra i due estremi della piena libertà di scelta e della sua totale assenza⁴.

Questa pluralità di approcci, peraltro sovente influenzati da manifeste appartenenze ideologiche, non ha giovato alla chiarezza dei concetti ma ha finito per trasformare la schiavitù e le altre forme di sfruttamento lavorativo da categorie analitiche in espressioni meramente evocative, delle quali risultano chiari forse i nuclei essenziali ma assai incerti e sfumati i reciproci tratti differenziali. L'assenza di ricostruzioni univoche, specialmente nella letteratura sociologica e antropologica, acquista in questa sede però un particolare significato poiché, nel rivelare l'intrinseca difficoltà di fornire definizioni pregiuridiche, transtoriche e universalmente valide delle

¹ Si tratta dell'indirizzo c.d. neo-abolizionista, il cui più noto esponente è K. BALES, *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, University of California Press, 1999, p. 1 ss.; ID., *Understanding Global Slavery*, University of California Press, 2005, p. 40 ss.; ID., *Slavery in its Contemporary Manifestations*, in J. Allain (a cura di), *The Legal Understanding of Slavery*, Oxford University Press, 2012, p. 282 ss., che avanza un parallelismo tra la schiavitù c.d. moderna e la schiavitù classica.

² C. BORMANS, *Esclavage moderne et idéologie antique*, in *Tiers Monde*, 1996, vol. 37, n. 148, p. 787 ss.; J. O'CONNELL DAVIDSON, *The Margins of Modern Slavery*, Palgrave Macmillan, 2015, p. 28 ss.; F. VITI, *Nuove schiavitù*, in *Parolechiave*, 2016, n. 1, p. 21 ss., il quale sottolinea come «quello che l'inutile enfasi del linguaggio schiavista finisce per occultare è la "normalità" dello sfruttamento indotto dai rapporti di produzione capitalistici così come si manifestano – nella loro "nudità" – nelle periferie dell'Impero. [...] Parlare oggi in termini di schiavitù equivale a indicare, più che i contorni di un fenomeno realmente nuovo e di massa, l'incapacità di pensare e di enunciare la categoria, meno vistosa ma senz'altro più corretta, dello sfruttamento economico, associato alla fine simultanea delle garanzie contrattuali parzialmente introdotte dalla diffusione del lavoro salariato formalmente "libero" e delle "correzioni" operate dal *Welfare State*. Il capitalismo globale non ha bisogno di schiavi, bensì di lavoratori "usa e getta", muti e intercambiabili, senza diritti contrattuali, flessibili all'estremo e i cui movimenti siano amministrativamente controllabili. Il lavoratore ideale è un soggetto precario, invisibile e senza diritti, tutto il contrario di uno schiavo da mantenere a vita, compreso nei suoi periodi improduttivi (prima infanzia, vecchiaia, malattia, gravidanza)».

³ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The cost of coercion*, 2009, p. 8 ss.

⁴ Tra gli altri, J. FUDGE, *Modern Slavery, Unfree Labour and the Labour Market: The Social Dynamics of Legal Characterization*, in *Soc. Leg. Stud.*, 2018, vol. 27, n. 4, p. 420 ss.; N. SHARMA, *Home Economics: Nationalism and the Making of Migrant Workers in Canada*, University of Toronto Press, 2006, p. 55 ss.; K. SKRIVANKOVA, *Between Decent Work and Forced Labour: Examining the Continuum of Exploitation*, Joseph Rowntree Foundation, 2010, p. 16 ss. Per la critica, C. COSTELLO, *Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response*, in A. Bogg – C. Costello – A.C.L. Davies – J. Prassl (a cura di), *The Autonomy of Labour Law*, Hart, 2015, p. 200 ss.; V. STOYANOVA, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge University Press, 2017, p. 285 ss.

sopracitate categorie, ne esprime al contempo la variabilità semantica in ragione dello specifico contesto socio-politico di riferimento. D'altronde, proprio la storiografia dimostra come anche durante la stessa epoca medievale i concetti di schiavo e – soprattutto – di servo hanno assunto connotazioni cangianti, designando condizioni esistenziali e *status* giuridici eterogenei alla luce del momento storico e delle singole realtà geografiche⁵.

Sulla base della riscontrata complessità di fissarne *a priori* il contenuto, insorge allora la sensazione che delle categorie di schiavitù, servitù, lavoro forzato e sfruttamento lavorativo sia più utile prendere in esame la corrispondente dimensione normativa, ossia il significato a queste attribuito da ciascun ordinamento giuridico. Nella prospettiva delineata, dopo aver posto in luce l'assenza di indicazioni univoche fornite dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cercheremo di comprendere, attraverso l'analisi delle discipline penalistiche in materia di sfruttamento lavorativo vigenti negli ordinamenti francese, tedesco e spagnolo e il raffronto tra queste e le soluzioni adottate nell'ordinamento italiano, se le sopracitate categorie esprimano il medesimo significato ovvero se, attraverso le stesse, si intendano reprimere fenomeni differenziati.

2. Schiavitù, servitù e lavoro forzato sul piano sovranazionale: l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1948, pur proibendo e impegnando gli Stati firmatari a incriminare⁶ la schiavitù, la servitù e il lavoro forzato o obbligatorio (art. 4), non reca in sé alcuna definizione dei medesimi concetti⁷.

Un tentativo di esplicitarne il contenuto si rinviene nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, dopo una prima stagione contrassegnata dall'applicazione

⁵ Sul punto cfr. M. BLOCH, *Libertà e servitù personali nel Medioevo, in particolare in Francia. Contributo a uno studio delle classi*, in ID., *La servitù nella società medievale* [trad. it. a cura di M.T. Grendi Hirschhoff], La Nuova Italia Editrice, 1975, p. 137 ss.; nonché F. PANERO, *La servitù tra Francia e Italia nei secoli IX-XIV: un problema di storia comparata*, in *Stud. stor.*, 1991, n. 4, p. 799 ss., che da un lato evidenzia, ad esempio, come «l'età longobarda (in particolare il secolo VIII) resta [...] un'epoca importante per la storia della schiavitù italiana, perché registra la transizione da una subordinazione di tipo antico – in cui lo schiavo, nell'ambito del patrimonio del *dominus*, era equiparato agli animali e, come scriveva Varrone, era considerato uno "strumento provvisto di voce", – ad una di tipo nuovo, che riconosceva al non-libero la dignità umana e il diritto di essere partecipe della comunità cristiana»; dall'altro lato, sottolinea la profonda evoluzione subita dal concetto di servitù, alla luce delle multiformi accezioni e sfumature assunte durante l'epoca medioevale.

⁶ È noto infatti come a partire dalla sentenza *Siliadin c. Francia* (n. 73316/01), la Corte di Strasburgo abbia sancito l'esistenza di obblighi positivi di intervento in capo agli Stati firmatari, diretti ad assicurare alle vittime delle forme più gravi di sfruttamento proibite dall'art. 4 Cedu un'adeguata protezione (§§ 89 e 112).

⁷ Cfr. A. GALLUCCIO, *Tratta di persone e sfruttamento lavorativo: a Strasburgo si fa sul serio*, in *RIDPP*, 2017, n. 3, p. 1197: «l'art. 4 Cedu sconta un notevole grado di imprecisione del dettato normativo: i concetti di "schiavitù" e "servitù", così come quelli di "lavoro forzato" e "lavoro obbligatorio", non sono infatti in alcun modo esplicitati dalla disposizione convenzionale».

sporadica dell'art. 4 Cedu, nel corso dell'ultimo ventennio ha iniziato a pronunciarsi con maggiore frequenza su tale disposizione, riconoscendo come i concetti di schiavitù, servitù e lavoro forzato o obbligatorio debbano intendersi quali fenomeni nettamente differenziati. A partire dalla nota sentenza *Siliadin c. Francia* del 26 ottobre 2005⁸ è stato infatti chiarito che alla schiavitù occorre attribuire il «suo classico significato» legato al modo in cui «è stata praticata per secoli», rappresentando essa «lo stato o la condizione di una persona sulla quale vengono esercitati alcuni o tutti i poteri inerenti al diritto di proprietà»⁹; che il lavoro forzato è «qualsiasi lavoro o servizio estorto a una persona sotto la minaccia di una punizione e per il quale detta persona non si è offerta volontariamente»¹⁰; e che la servitù costituisce invece «una forma speciale di lavoro forzato ovvero, in altre parole, un lavoro forzato aggravato. Sotto questo profilo, la caratteristica fondamentale che distingue la servitù dal lavoro forzato ai sensi dell'art. 4 Cedu risiede nella sensazione della vittima che la sua condizione sia permanente e che la situazione non possa mutare»¹¹. Inoltre, se per lungo tempo i giudici di Strasburgo hanno sostanzialmente assimilato e sovrapposto le nozioni di schiavitù, servitù e lavoro forzato con quella di tratta di persone, ingenerando il rischio di un'evidente confusione¹², va sottolineato come recentemente con la sentenza *S.M. c. Croazia* del 25 giugno 2020 sia stata precisata la natura autonoma di questi fenomeni, essendo la protezione offerta dall'art. 4 Cedu contro le forme più allarmanti di sfruttamento indipendente «dal fatto che, nelle circostanze concrete, queste siano collegate al contesto specifico della tratta di esseri umani»¹³.

⁸ Nel caso *Siliadin c. Francia*, cit., lo Stato francese è stato condannato per non avere adeguatamente protetto una giovane togolese trasferitasi in Francia, costretta – con il pretesto di dover saldare il debito concernente le spese di viaggio – a lavorare come domestica in condizioni disumane, senza retribuzione, nonché impossibilitata a fuggire poiché privata del passaporto e minacciata di essere denunciata all'autorità giudiziaria a causa del proprio stato irregolare. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la vittima fosse stata costretta a svolgere un «lavoro forzato» ai sensi dell'art. 4 Cedu, avendo dovuto prestare la propria attività dietro minaccia (§§ 118 ss.); inoltre, la stessa vittima è stata considerata dai giudici di Strasburgo ridotta in condizione di servitù, poiché costretta a vivere con i propri datori di lavoro, a lavorare forzatamente per un periodo prolungato e trovandosi nell'impossibilità di emanciparsi da siffatta condizione (§§ 123 ss.). Alla luce di queste considerazioni, la Francia veniva quindi condannata a risarcire la vittima, non essendo ritenuta la legislazione penale dell'epoca idonea a garantire un'effettiva protezione. Una vicenda analoga si è verificata nel caso *C.N. e V. c. Francia* (n. 67724/09).

⁹ *Siliadin c. Francia*, cit., § 122.

¹⁰ *Siliadin c. Francia*, cit., § 116; *Stummer c. Austria* (n. 37452/02), § 118; *Adigüzel c. Turchia* (n. 7442/08), § 26 ss.

¹¹ *Siliadin c. Francia*, cit., § 123; *C.N. e V. c. Francia*, cit., § 91.

¹² Sulla confusione tra i concetti di schiavitù, servitù e lavoro forzato con quello di tratta di persone, per lungo tempo ravvisabile nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v. ad esempio *Rantsev c. Cipro e Russia*, n. 25965/04; *Chowdury e altri c. Grecia*, n. 21884/15), cfr. V. STOYANOVA, *op. cit.*, p. 294 ss.; EAD., *Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under art. 4 ECHR*, in <https://www.ejiltalk.org>, 26 aprile 2017, la quale giustamente sottolinea la necessità di porre in luce la natura autonoma di siffatti fenomeni.

¹³ *S.M. c. Croazia* (n. 60561/14), § 300; sul punto cfr. F. VITARELLI, *La grande camera estende l'ambito di operatività dell'art. 4 Cedu: verso una sempre maggiore tutela delle vittime vulnerabili in contesti di sfruttamento*, in *RIDPP*, 2020, n. 4, p. 2116 ss.

È dunque evidente come nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sia ravvisabile un processo di maturazione concettuale nell'interpretazione delle norme concernenti la schiavitù, la servitù e il lavoro forzato. Nonostante ciò, è possibile dubitare che le indicazioni sinora offerte dai giudici di Strasburgo siano risolutive rispetto ai problemi che ci occupano. Anzitutto, va detto che le definizioni di servitù e di schiavitù sopramenzionate non paiono realmente adeguate a discernere tra i due concetti, considerato che la permanente costrizione di un'altra persona a svolgere un'attività lavorativa, che dovrebbe teoricamente caratterizzare la nozione di servitù, equivale a ben vedere a esercitare i poteri corrispondenti al diritto di proprietà, così scolorando nell'ambito semantico della schiavitù. Naturalmente, siffatto problema è privo di conseguenze negli ordinamenti, come quello italiano o tedesco, che disciplinano i due fenomeni criminosi in modo identico, mentre acquista estrema rilevanza nei sistemi, come quello francese, che conferiscono alla schiavitù e alla servitù un trattamento sanzionatorio profondamente differenziato.

In secondo luogo, incertezze analoghe manifesta la nozione di lavoro forzato. Sotto questo profilo, va notato come l'accettazione volontaria di un lavoro svolto in condizioni di sfruttamento venga di regola ritenuta incompatibile con il concetto di *forced labour*. Come stabilito nella sentenza *Tibet Montes e altri c. Turchia* del 24 gennaio 2018, «un lavoro svolto in esecuzione di un contratto liberamente negoziato non può essere considerato come rientrante nel campo di applicazione dell'art. 4 Cedu [...]». Occorre un lavoro imposto dietro la minaccia di una punizione ed eseguito contro la volontà della persona interessata, cioè un lavoro per il quale il lavoratore non si è offerto volontariamente». A questo riguardo, la «nozione di punizione deve essere intesa in senso ampio, [...] potendo arrivare fino alla violenza fisica o alla costrizione oppure potendo assumere anche forme più sottili, di natura psicologica, come la minaccia di denunciare la vittima alla polizia o all'autorità qualora il suo *status* risulti illegale. [...] Tuttavia, la semplice possibilità di essere sanzionati con il licenziamento [...] non equivale alla minaccia di una punizione ai sensi dell'art. 4 della Convenzione»¹⁴.

Dai passaggi ora riportati sembra dunque di capire come il nucleo costitutivo del concetto di lavoro forzato o obbligatorio ai sensi dell'art. 4 Cedu sia ravvisato dalla Corte di Strasburgo nel rigido assoggettamento del lavoratore al datore di lavoro, dovendo il primo essere costretto dal secondo a svolgere un'attività lavorativa contro la propria volontà. Conseguentemente, devono ritenersi escluse dall'ambito operativo della nozione di lavoro forzato le forme di sfruttamento dei lavoratori vulnerabili che, non avvedendosi di essere sfruttati ovvero preferendo le condizioni imposte dal datore di lavoro al proprio vissuto di provenienza (ad esempio nella prospettiva di un miglioramento della propria situazione esistenziale), volontariamente intraprendano e svolgano l'attività lavorativa.

Senonché, nella pronuncia *Chowdury e altri c. Grecia* del 30 giugno 2017 era stato precisato che il consenso prestato dai lavoratori al proprio sfruttamento non può

¹⁴ *Tibet Montes e altri c. Turchia* (n. 57818/10), § 67 ss.; nello stesso senso già *Van der Musselle c. Belgio*, (n. 8919/80), § 34; *Chowdury e altri c. Grecia*, cit., § 90; *C.N. e V. c. Francia*, cit., § 77.

considerarsi valido qualora il datore di lavoro abusi dei propri poteri ovvero approfitti della loro vulnerabilità¹⁵. Si deve allora propendere per un ampliamento del concetto di lavoro forzato, includendovi anche le forme di sfruttamento solo apparentemente di carattere consensuale? Sebbene in questa direzione paiano orientati i giudici di Strasburgo, va da sé che una siffatta conclusione può essere raggiunta soltanto previa specificazione dei concetti di “sfruttamento dei lavoratori” e di “approfittamento della loro vulnerabilità”, risultando altrimenti inammissibilmente sfumati gli elementi costitutivi della punibilità. Da notare però che nessun chiarimento o ausilio interpretativo sia stato offerto in proposito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Né alcuna indicazione utile può ricavarsi dalla legislazione eurounitaria che, dopo l’adozione della direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e il contrasto della tratta di esseri umani, ha sorprendentemente omesso di disciplinare (e armonizzare) una materia tanto rilevante e significativa quanto lo sfruttamento lavorativo.

In conclusione, il quadro normativo europeo in materia di sfruttamento del lavoro si rivela attualmente impreciso e lacunoso, non offrendo all’interprete parametri sufficientemente univoci per la comprensione dei concetti di schiavitù, servitù, lavoro forzato e sfruttamento lavorativo. Si tratta di verificare se a risultati maggiormente soddisfacenti possa giungersi attraverso l’analisi della corrispondente disciplina penalistica adottata dagli ordinamenti statali.

SEZIONE I – IL SISTEMA FRANCESE

1. Premessa.

Fino al 5 agosto 2013, i soli reati presenti nel codice penale francese in materia di sfruttamento lavorativo erano rappresentati dagli artt. 225-13 e 225-14 c.p., noti rispettivamente come *travail peu ou pas rémunéré* e *conditions de travail et d’hébergement contraires à la dignité de la personne*. Espressione dello spirito «umanista»¹⁶ e autentica novità del codice penale del 1994, queste figure costituiscono ancora oggi il principale strumento per il contrasto dello sfruttamento del lavoro, incriminando da un lato il lavoro non retribuito ovvero prestato in cambio di una retribuzione manifestamente sproporzionata e, dall’altro lato, la sottoposizione di una persona a condizioni di lavoro o di alloggio contrarie alla dignità umana. Per comprendere esaustivamente il significato e il ruolo esercitato da queste norme nel sistema francese, occorre però fare un passo indietro.

Nel corso dell’ultimo ventennio la Francia è stata ripetutamente condannata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Più precisamente, con le sentenze *Siliadin c. Francia* del 2005 e *C.N. e V. c. Francia* del 2012, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato l’insufficiente protezione offerta dalla legislazione penale francese alle vittime di

¹⁵ Chowdury e altri c. Grecia, cit., § 96.

¹⁶ Così Y. MAYAUD, *Du concept de dignité appliqué aux conditions de travail et d’hébergement*, in RSC, 1998, p. 541.

schiavitù, servitù e lavoro forzato: ciò a causa dell'eccessiva vaghezza dei sopracitati artt. 225-13 e 225-14 c.p. che, in quanto suscettivi di interpretazioni assai divergenti da parte dei tribunali, non assicuravano un'adeguata tutela alle vittime delle forme più gravi di sfruttamento lavorativo.

Si comprende così come, durante l'esame di un progetto di legge volto a recepire nell'ordinamento francese alcune disposizioni europee e internazionali in materia di giustizia (d.d.l. n. 840 del 2013)¹⁷, la deputata socialista Lemaire avesse proposto di introdurre nel codice penale due nuove fattispecie incriminatrici, analoghe sotto il profilo concettuale e identiche in termini sanzionatori, dirette a punire con la reclusione fino a quindici anni la riduzione di un'altra persona in uno stato di schiavitù o di servitù¹⁸. L'emendamento, che avrebbe finalmente adeguato l'ordinamento francese alle disposizioni della Convenzione di Ginevra del 1926, era stato approvato dall'Assemblea nazionale ma respinto al Senato, a causa del parere contrario del relatore Richard, che sottolineava l'eccessiva vaghezza dei due reati e in particolare del riferimento all'esercizio degli «attributi del diritto di proprietà» nella definizione del concetto di schiavitù, ritenuto «pienamente pertinente al momento della firma della Convenzione internazionale del 1926», ma verosimilmente inadatto a coprire «le forme contemporanee di schiavitù senza sollevare problemi insormontabili di prova»¹⁹.

Nonostante il disaccordo registrato in Parlamento, la volontà politica di riformare il codice penale permaneva. Su sollecitazione del Governo veniva quindi convocata la Commissione bilaterale paritaria che, dopo essersi consultata con esponenti sia dell'accademia che della magistratura, in due mesi giungeva all'elaborazione di una nuova proposta di riforma, la quale sottoposta all'esame delle Camere nel luglio 2013 riceveva questa volta esito favorevole. Il successivo 5 agosto entrava dunque in vigore la legge di riforma n. 711, introducendo nel codice penale quattro nuove fattispecie incriminatrici: da un lato, fra i crimini contro la libertà personale, i reati di riduzione in schiavitù e di sfruttamento delle persone ridotte in schiavitù (artt. 224-1A e 224-1B); dall'altro lato, fra i delitti contro la dignità della persona, i reati di lavoro forzato e di riduzione in servitù (artt. 225-14-1 e 225-14-2).

Dall'esame di queste ultime figure conviene cominciare la nostra analisi del sistema penale francese, riservandoci di tornare nel prosieguo sui sopracitati artt. 225-13

¹⁷ Si trattava del progetto di legge n. 840/2013, «*portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France*».

¹⁸ Più precisamente, attraverso l'emendamento n. 10 al progetto di legge n. 840/2013 era stato proposto di introdurre nel capitolo IV, titolo II, libro II del codice penale la nuova sezione I-bis rubricata *Della schiavitù e della servitù*. All'interno di quest'ultima si intendevano inserire i seguenti delitti: «Art. 224-5-3: l'atto di esercitare gli attributi del diritto di proprietà su una persona ovvero di mantenere una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a compiere lavori o prestazioni sessuali, o a mendicare o a compiere qualsiasi servizio non retribuito, è punito con quindici anni di reclusione. Art. 224-5-4: costringere una persona a prestare i suoi servizi, imponendole condizioni di alloggio e dirigendo la sua vita in modo tale da farle perdere ogni indipendenza, è punito con quindici anni di reclusione». Per un resoconto sui lavori preparatori della riforma del 2013 (su cui *infra* nel testo) è possibile consultare il seguente sito web: <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000027091970/>.

¹⁹ *Rapport par M. Alain Richard*, 22 maggio 2013, p. 41 (<http://www.senat.fr/rap/112-596/112-596.html>).

7-8/2022

e 225-14 c.p. Eviteremo invece di soffermarci sulle pur importanti incriminazioni concernenti il lavoro dissimulato, la somministrazione illecita di manodopera ovvero l'impiego illegale di lavoratori stranieri contenute nel codice del lavoro, in quanto estranee all'oggetto della presente ricerca.

2. I reati di riduzione in schiavitù, in servitù e di lavoro forzato.

Il testo definitivo della l. n. 711 del 2013 è risultato dunque significativamente divergente dal contenuto dell'emendamento originariamente presentato al progetto di legge n. 840. Diversamente da quest'ultimo, che mirava a inserire nel codice penale, accanto ai reati di sfruttamento dei lavoratori previsti dagli artt. 225-13 e 225-14 c.p., due omogenee fattispecie di reato concernenti la riduzione in schiavitù e in servitù ed entrambe punite con la reclusione fino a quindici anni, la scelta finale del Parlamento si è rivelata diametralmente opposta. L'impianto repressivo in materia di sfruttamento lavorativo è stato infatti articolato su quattro livelli differenziati: i primi due rappresentati dalla schiavitù e dalla servitù, che però designano ora fenomeni eterogenei, costituendo quella un crimine punito con la reclusione fino a venti anni e questa un delitto sanzionato con la reclusione fino a dieci anni; il terzo integrato dal delitto di lavoro forzato, punito con la reclusione fino a sette anni; il quarto costituito dai sopracitati artt. 225-13 e 225-14 c.p., puniti con la reclusione fino a cinque anni²⁰. È pertanto evidente come il sistema punitivo francese in materia di sfruttamento del lavoro si presenti ora nettamente più complesso rispetto alle intenzioni di riforma originarie. Ma cosa ha determinato un siffatto mutamento di prospettiva da parte del legislatore e quali fenomeni si intendono reprimere attraverso ciascuna delle categorie indicate?

Dalle fasi finali del dibattito parlamentare emerge chiaramente come attraverso i concetti di schiavitù, servitù e lavoro forzato gli estensori della legge n. 711 del 2013 abbiano inteso riferirsi a tipi criminosi differenziati. Quanto alla riduzione in schiavitù, definita dall'art. 224-1A c.p. come «il fatto di esercitare su un'altra persona uno degli attributi del diritto di proprietà», la scelta di ricorrere alla classica definizione contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1926 è stata sorretta dal preciso intento di proiettare questa figura sulle ipotesi antiche di schiavitù, caratterizzate dall'assoluta privazione della libertà e dunque da una reificazione della persona umana portata «a livelli parossistici»²¹; ciò che ha altresì determinato la qualificazione del fatto a titolo di crimine e la previsione della pena fino a venti anni di reclusione. Analogamente è il significato che si è inteso attribuire al successivo art. 224-1B c.p., che punisce chiunque sottopone una persona ridotta in schiavitù a violenze sessuali ovvero a prestazioni o a lavori forzati.

²⁰ Analogamente É. FORTIS, *Les formes d'exploitation par le travail sanctionnées pénalement et la loi n° 2013-711 du 5 août 2013*, in *Dr. soc.*, 2014, n. 5, p. 462.

²¹ In questo senso la deputata M. Karamanli, in *Compte rendu intégral, 1re séance du mardi 23 juillet 2013*, p. 8357, reperibile al seguente indirizzo web: <https://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013-extra/20131026.asp>.

Un'accezione nettamente differente assumono invece i concetti di lavoro forzato e di servitù (artt. 225-14-1 e 225-14-2 c.p.), come dimostra per un verso la natura di delitti (e non di crimini) e per altro verso la cornice di pena sensibilmente inferiore rispetto ai menzionati artt. 224-1A e 224-1B c.p. (rispettivamente sette e dieci anni in luogo di venti anni di reclusione). La scelta di rompere l'accostamento – assai diffuso nel linguaggio comune – tra schiavitù e servitù²², nonché di accostare quest'ultima al lavoro forzato, rinviene il proprio fondamento nell'intento di distinguere la schiavitù c.d. classica, criminalizzata attraverso gli artt. 224-1A e 224-1B c.p., dalla schiavitù c.d. moderna, rappresentata dalle forme più gravi di sfruttamento lavorativo sovente occultate dietro una falsa apparenza di legalità²³. Siffatta impostazione affonda a sua volta le proprie radici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha esercitato una forte influenza sull'impostazione adottata dal codice penale francese.

Sono infatti i giudici di Strasburgo che propendono per una netta distinzione tra le categorie di schiavitù e di servitù, attribuendo alla prima – come visto in precedenza – il suo classico significato legato al modo in cui «è stata praticata per secoli»²⁴ e concependo la seconda come una forma aggravata di lavoro forzato, quest'ultimo inteso come «qualsiasi lavoro o servizio estorto a una persona sotto la minaccia di una punizione e per il quale detta persona non si è offerta volontariamente»²⁵. La medesima concezione è stata recepita dal codice penale francese che, oltre a distinguere nettamente la schiavitù dalla servitù, definisce il lavoro forzato come «l'uso della violenza o della minaccia per costringere una persona a svolgere un lavoro senza retribuzione o in cambio di una retribuzione manifestamente sproporzionata rispetto all'importanza del lavoro svolto» (art. 225-14-1 c.p.) e la riduzione in servitù come il «fatto di sottoporre abitualmente al reato previsto dall'art. 225-14-1 una persona la cui vulnerabilità o il cui stato di dipendenza è evidente o conosciuto dall'autore» (art. 225-14-2 c.p.)²⁶. Emerge pertanto che, allo scopo di evitare ulteriori condanne, il legislatore francese abbia ampiamente attinto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella tipizzazione

²² Sul piano della storia del diritto, però, schiavitù e servitù non possono essere equiparate: in proposito v. F. PANERO, *op. cit.*, p. 801 ss., che ad esempio sottolinea la netta differenza tra lo *status* giuridico degli schiavi provenienti dai paesi europei in epoca tardoantica (ovvero degli schiavi orientali arrivati nella nostra penisola sul finire del XII secolo) e la condizione dei servi in età medioevale.

²³ Cfr. sul punto l'intervento della senatrice E. Benbassa, in *Compte rendu intégral, séance du jeudi 25 juillet 2013*, p. 7715. In dottrina, J. PRADEL-M. DANTI JUAN, *Droit pénal spécial*, Éditions Cujas, 2020⁸, p. 266, nonché M. FABRE MAGNAN, *Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot*, in *Rec. Dall.*, 2014, p. 491, che sottolinea l'opportunità di utilizzare categorie differenti dalla schiavitù per punire le forme più gravi di sfruttamento lavorativo: «se la schiavitù greco-romana e la tratta degli schiavi hanno reso questi ultimi oggetti di proprietà e di commercio, le nuove forme di sfruttamento non hanno bisogno di andare così lontano e in particolare di appropriarsi di tutta la persona. I moderni schiavisti si accontentano di appropriarsi dell'utilizzo o dei frutti dell'uomo».

²⁴ *Siliadin c. Francia*, cit., § 122.

²⁵ *Siliadin c. Francia*, cit., § 116; *Stummer c. Austria* (n. 37452/02), § 118; *Adigüzel c. Turchia* (n. 7442/08), § 26 ss.

²⁶ Occorre tuttavia notare come gli estensori della riforma del 2013 abbiano preferito tipizzare la «sensazione della vittima che la sua condizione sia permanente e che la situazione non possa cambiare», che secondo la Corte di Strasburgo – come visto nel testo – costituisce il criterio distintivo tra servitù e lavoro forzato, attraverso un elemento di natura obiettiva rappresentato dall'abitudine della condotta, verosimilmente poiché maggiormente preciso e di più agevole dimostrazione.

dei nuovi reati di schiavitù, servitù e lavoro forzato: si possono quindi ritenere risolti i problemi di vaghezza e di genericità delle norme che avevano portato alle sopracitate sentenze di condanna?

Una parte della dottrina, rilevando la difficoltà di discernere tra le nuove fattispecie incriminatrici, esprime scetticismo. A destare perplessità non è tanto il rapporto fra i reati di lavoro forzato e di riduzione in servitù, che sotto il profilo strutturale vengono equiparati al reato di estorsione e distinti sulla base dell'oggetto materiale, coincidente nel primo caso con una singola prestazione lavorativa e nel secondo – come dimostra il riferimento all'abitudine della condotta – con la forza lavoro *tout court*²⁷. I problemi maggiori emergono piuttosto rispetto alla distinzione tra servitù e schiavitù, osservandosi come la condotta costitutiva della prima, rappresentata dallo sfruttamento coatto e abituale dell'altrui forza lavoro nonché dall'estrazione dei relativi frutti, equivalga a esercitare poteri corrispondenti al diritto di proprietà, così confluendo nell'ambito semantico della seconda.

Dinanzi a siffatta questione interpretativa, è stato proposto di intendere il concetto di schiavitù nel senso più ristretto e coerente con le intenzioni del legislatore, riferito alle situazioni di privazione assoluta della libertà individuale, e di proiettare invece la servitù sulle ipotesi di assoggettamento meno intenso²⁸. Va da sé che questa interpretazione, se può forse giovare all'ordinata sistemazione dei concetti e a garantire un rapporto equilibrato fra riduzione in servitù e in schiavitù, al contempo finisce per rendere quest'ultima figura «un'ipotesi di scuola»²⁹. Inoltre, dalla medesima considerazione, che attesta la natura prevalentemente simbolica dell'incriminazione della schiavitù³⁰, discende che nel sistema punitivo francese sono i reati di lavoro forzato e di riduzione in servitù a rappresentare lo strumento principale per la repressione delle forme più gravi di sfruttamento lavorativo. Si tratta allora di comprendere quali differenze intercorrano tra queste ultime figure e i delitti di lavoro non retribuito e di condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità umana (artt. 225-13 e 225-14 c.p.).

²⁷ G. BEAUSSONIE, *Loi n. 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France*, in RSC, 2013, p. 866 ss.; J. PRADEL – M. DANTI JUAN, *op. cit.*, p. 335 ss.

²⁸ Così J. RENUCCI, *Esclavage domestique et droits de l'homme: l'indispensable réforme*, in RSC, 2013, p. 924 ss.

²⁹ J. RENUCCI, *op. cit.*, p. 926, che difatti critica l'introduzione del reato di riduzione in schiavitù ad opera del legislatore del 2013, da un lato perché ritenuto un fenomeno anacronistico e dall'altro lato per la difficoltà sia di fornirne una definizione precisa, sia di dimostrare l'assenza di libero arbitrio della vittima come conseguenza dell'esercizio di poteri corrispondenti al diritto di proprietà.

³⁰ Sottolineano la funzione prevalentemente simbolica del reato di riduzione in schiavitù D. VIRIOT BARRIAL, *La protection pénale de la dignité du travailleur au sein du code pénal sous influence et pression européennes*, in RPD, 2014, p. 29; J. RENUCCI, *op. cit.*, p. 926.

3. I delitti di lavoro non retribuito e di condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità della persona.

Se i delitti di riduzione in servitù e di lavoro forzato puniscono le ipotesi più allarmanti di sfruttamento lavorativo, i delitti di lavoro non retribuito (art. 225-13 c.p.) e di condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità umana (art. 225-14 c.p.) concernono stadi di offesa comparativamente meno gravi. Diversamente però dal codice italiano – e, come vedremo, anche dal codice tedesco –, la legge penale francese non utilizza il concetto di “sfruttamento” nella tipizzazione dei fatti incriminati, ricorrendo piuttosto a perifrasi ovvero alla nozione di condizioni di lavoro «contrarie alla dignità della persona». Prima di prendere in esame il significato di queste locuzioni, e comprendere se la riferita discrasia terminologica assuma un valore meramente nominalistico ovvero esprima una diversa estensione dell’area di intervento penale, occorre individuare il criterio che distingue i delitti di lavoro forzato e di riduzione in servitù (artt. 225-14-1 e 225-14-2 c.p.) dai delitti di lavoro non retribuito e di condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità umana (artt. 225-13 e 225-14 c.p.).

Da notare anzitutto è che l’art. 225-13 c.p., punendo con la reclusione fino a cinque anni e con la multa fino a centocinquantamila euro «il fatto di ottenere da un’altra persona, la cui vulnerabilità o stato di dipendenza è evidente o nota all’autore, la prestazione di servizi senza retribuzione ovvero in cambio di una retribuzione manifestamente sproporzionata rispetto all’importanza del lavoro svolto», risulta incentrato sul medesimo evento lesivo – lo svolgimento di una prestazione lavorativa in assenza di compenso ovvero in cambio di una retribuzione manifestamente sproporzionata – dei reati di lavoro forzato e di riduzione in servitù, ciò che induce a ricercare altrove gli elementi differenziali di tali figure.

Come emerge dal testo delle fattispecie riportate, il profilo decisivo per la qualificazione penalistica dello sfruttamento nel sistema francese è rappresentato dalle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, ossia dallo schema con il quale si instaura e prosegue il rapporto di lavoro. Più precisamente, dall’esame degli artt. 225-13, 225-14-1 e 225-14-2 c.p. emerge come lo sfruttamento lavorativo assume in ciascuno di questi reati un ruolo differenziato: nella riduzione in servitù è l’esito di una condotta violenta o minacciosa connotata dai caratteri dell’abitudine; nel reato di lavoro forzato costituisce la specifica e isolata prestazione lavorativa che consente di evitare il perdurare della violenza ovvero la concretizzazione della minaccia; nel reato di lavoro non retribuito rappresenta la conseguenza dell’approfittamento della vulnerabilità della vittima, la quale è indotta a tollerare lo sfruttamento non dalla condotta costrittiva del datore di lavoro bensì dal proprio stato di bisogno³¹. In quest’ultimo senso depongono anche le modifiche apportate dalla legge 18 marzo 2003, n. 239, per effetto delle quali – allo scopo di evitare la necessità di una condotta prevaricatrice del datore di lavoro, sovente di non agevole dimostrazione – si è proceduto a espungere dal reato di lavoro non retribuito di cui all’art. 225-13 c.p. (e in misura analoga dall’art. 225-14 c.p.) «l’abuso

³¹ Analogamente É. FORTIS, *op. cit.*, p. 462.

della situazione di vulnerabilità» del lavoratore, richiedendo soltanto che quest'ultima sia nota all'autore del reato³².

Come si vede, dunque, il criterio che distingue nel sistema francese le diverse forme di sfruttamento c.d. patrimonialistico – ossia caratterizzato dall'assenza di retribuzione ovvero da una retribuzione manifestamente sproporzionata rispetto al lavoro svolto – è rappresentato non dal contenuto della prestazione lavorativa, quanto dalle modalità con le quali si instaura e si sviluppa il rapporto di lavoro: più precisamente, dal grado di compromissione della libertà del lavoratore, che nei delitti di servitù e di lavoro forzato si trova rigidamente assoggettato all'autore del reato, mantenendo invece nel delitto di lavoro non retribuito, essendo costretto a subire lo sfruttamento non dalla condotta dell'agente bensì dal proprio stato di bisogno, un minimo margine di libertà per evadere dalla propria condizione (ad esempio non presentandosi sul posto di lavoro).

D'altra parte, però, qualora lo sfruttamento assuma una connotazione c.d. personalistica, ossia ricada su elementi estranei al trattamento retributivo (ferie, riposi, condizioni alloggiative ecc.), la sola fattispecie che potrà trovare applicazione sarà il delitto di cui all'art. 225-14 c.p., che punisce la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro o di alloggio incompatibili con la dignità umana: una scelta evidentemente restrittiva del legislatore francese – non essendo configurabili in questa ipotesi i delitti di lavoro forzato e di riduzione in servitù –, dettata verosimilmente dallo scarso rilievo statistico dei casi di sfruttamento non concernenti anche il profilo retributivo³³.

Se dunque il criterio per distinguere tra le menzionate fattispecie incriminatrici risiede prevalentemente nelle modalità dello sfruttamento lavorativo, è su quest'ultimo elemento che dobbiamo ora soffermarci, occorrendo comprendere il significato del concetto di attività lavorativa per un verso svolta in cambio di una retribuzione «manifestamente sproporzionata» di cui agli artt. 225-13, 225-14-1 e 225-14-2 c.p. (sfruttamento c.d. patrimonialistico) e per altro verso caratterizzata da condizioni di lavoro o di alloggio «incompatibili con la dignità della persona» ai sensi dell'art. 225-14 c.p. (sfruttamento c.d. personalistico).

³² Sul punto, T. AUBERT MONPEYSEN, *Conditions de travail incompatibles avec la dignité de la personne humaine*, in *Rec. Dall.*, 2004, p. 181; J. PRADEL – M. DANTI JUAN, *op. cit.*, p. 337, che osservano come il reato possa quindi essere integrato per iniziativa tanto del datore di lavoro, quanto del lavoratore. In senso critico rispetto alla riforma M. DAURY FAUVEAU, *Droit pénal de l'esclavage moderne*, in *SSL*, Suppl. n. 1213, 2005, p. 10.

³³ Va inoltre notato come la tipizzazione di un duplice concetto di sfruttamento lavorativo comporta la possibilità di un concorso tra i reati di cui agli artt. 225-13, 225-14-1 e 225-14-2 con l'art. 225-14 c.p. laddove, da un lato, la retribuzione risulti assente ovvero manifestamente sproporzionata e, dall'altro lato, siano imposte condizioni lavorative contrarie alla dignità umana. In giurisprudenza il problema è stato risolto dapprima nel senso del concorso apparente (cfr. App., Bordeaux, 7 gennaio 1997, in *JCl-pén.*, 1997, p. 2420, che ha applicato l'art. 225-13 c.p. in quanto norma speciale) e quindi in favore del concorso reale (cfr. Crim., 30 maggio 2006, n. 05-85.368).

4. I concetti di «retribuzione manifestamente sproporzionata» e di condizioni di lavoro e di alloggio «contrarie alla dignità della persona».

Nelle citate vicende *Siliadin c. Francia* del 2005 e *C.N. e V. c. Francia* del 2012, i giudici di Strasburgo avevano motivato la condanna nei confronti dello Stato francese alla luce dell'eccessiva vaghezza dei reati in materia di sfruttamento lavorativo, quest'ultima dovuta alla genericità del concetto di «retribuzione manifestamente sproporzionata rispetto all'importanza del lavoro svolto» che caratterizza l'art. 225-13 c.p. e all'assenza nella legge penale di criteri per valutare l'esistenza della sproporzione e il suo carattere manifesto³⁴. Allo scopo di rimediare alla lacunosità di una siffatta tecnica di tipizzazione la penalistica francese procede, da un lato, ad arricchire la base del giudizio utilizzando come *tertium comparationis* le norme giuslavoristiche in materia di salario minimo³⁵; dall'altro lato, ad esigere un grado di offesa elevato quanto il rango del bene tutelato, rappresentando l'art. 225-13 c.p. non uno strumento di regolazione di rapporti economici, bensì una disposizione – come dimostra anche la sua collocazione topografica – finalizzata a proteggere la dignità umana³⁶. Occorre però chiedersi se questi criteri riescano effettivamente a garantire la necessaria determinatezza della fattispecie.

Una parte della dottrina manifesta perplessità³⁷, tanto più che l'art. 225-13 c.p., in quanto incentrato esclusivamente sull'elemento retributivo, non consente al giudice di integrare il proprio giudizio con valutazioni estranee al profilo patrimonialistico. Sul versante giurisprudenziale l'elevata discrezionalità riconosciuta all'organo giudicante è compensata invece dalla tendenza a interpretare restrittivamente l'art. 225-13 c.p., circoscrivendone l'applicazione a situazioni di sostanziale miseria dei lavoratori³⁸.

³⁴ Particolarmente critici verso l'oscurità e la vaghezza dell'art. 225-13 c.p. M. DAURY FAUVEAU, *op. cit.*, p. 8, che osserva come questa norma non rende chiari i comportamenti punibili; Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 541, che ne critica il «carattere eccessivamente aperto ed evasivo»; C. WILLMANN, *Réduction en esclavage des salariés*, in *SSL*, Suppl. n. 1213, 2005, p. 13.

³⁵ A. CERF HOLLENDER, *Obtention de services non rétribués ou insuffisamment rétribués de la part de personnes vulnérables ou en situation de dépendance*, in *RSC*, 2003, p. 352 ss.

³⁶ In dottrina prevale pertanto un'interpretazione restrittiva del concetto di retribuzione manifestamente sproporzionata di cui all'art. 225-13 c.p.: sul punto v. Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 541 ss.; ID., *Précisions substantielles et probatoires sur les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne*, in *RSC*, 2002, p. 326, che afferma come anche «un'indennità può essere remunerativa, e questa è una ragione sufficiente per rendere contraddittorio associarla a una mancanza o a un'insufficienza di remunerazione». Sui rapporti fra il delitto punito dall'art. 225-13 c.p. e le contravvenzioni contenute nella legislazione speciale poste a protezione delle norme sul salario minimo A. CERF HOLLENDER, *op. cit.*, p. 353.

³⁷ S. LICARI, *Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime*, in *RSC*, 2001, p. 567, che, rilevando come la valutazione della manifesta sproporzione appartenga alla discrezionalità dell'organo giudiziale, osserva come «ciò sia deplorabile in termini di rispetto del principio di legalità penale, ma sembra essenziale se si vuole mantenere una certa flessibilità nella comprensione del concetto in esame»; analogamente, Y. MAYAUD, *Du concept de dignité*, cit., p. 542 ss.

³⁸ Cfr. *Crim.*, 10 marzo 2020, n. 19-80.768, concernente il caso in cui un datore di lavoro, decurtando le spese di vitto e alloggio dallo stipendio di un lavoratore disabile, corrispondeva a quest'ultimo a titolo di retribuzione in media 40 euro la settimana; *Crim.*, 14 ottobre 2014, n. 13-84.501, riguardante una vicenda

Analoghi problemi di determinatezza concernono il successivo art. 225-14 c.p., che viene integrato allorché le condizioni di lavoro o di alloggio imposte al lavoratore in stato di vulnerabilità siano «incompatibili con la dignità della persona». Novità assoluta – unitamente all’art. 225-13 c.p. – del *code pénal* del 1994 c.p., questa figura acquista particolare interesse sul piano della ricerca comparata, poiché rivela l’ampia protezione che il sistema francese intende fornire ai lavoratori maggiormente vulnerabili, tutelandoli dallo sfruttamento non soltanto dei datori di lavoro ma anche dei c.d. “mercanti di sonno” (*marchands de sommeil*), cioè soggetti che non necessariamente coincidono con la controparte datoriale ma che ugualmente possono approfittare del bisogno dei lavoratori per sottoporre questi ultimi a condizioni alloggiative particolarmente degradanti³⁹.

Se sull’opportunità di una siffatta ampiezza dei soggetti attivi del reato si registra unanimità di vedute nella dottrina francese⁴⁰, le maggiori problematiche insorgono con riferimento all’estrema genericità del fatto tipico. La formula «incompatibili con la dignità della persona» che qualifica le condizioni di lavoro⁴¹ e di alloggio alle quali è sottoposto il lavoratore vulnerabile è stata infatti ritenuta «imbarazzante», «poiché non esiste in proposito una definizione o un regime giuridico chiaro», sicché risulta demandato ai giudici «determinare in concreto le condizioni di lavoro dei dipendenti sotto il profilo della dignità»⁴².

Dal canto suo, la giurisprudenza non ritiene che la norma presenti problemi di determinatezza. In una recente sentenza la *Cour de cassation* ha respinto un’eccezione di incostituzionalità, osservando che «il giudice penale, per valutare se le condizioni

nella quale alle vittime di sfruttamento era concesso un salario talmente misero che le stesse risultavano versare in uno stato di malnutrizione al momento del processo; Crim., 3 aprile 2013, n. 12-83.518, che ha confermato la condanna ai sensi dell’art. 225-13 c.p. in un’ipotesi concernente un lavoratore in stato di vulnerabilità, costretto a lavorare 344 giorni l’anno, interrottamente dalle 7 alle 18:30, per un salario lordo mensile pari a seicento euro, la cui metà veniva trattenuta per il vitto e l’alloggio.

³⁹ Sottolinea S. LICARI, *op. cit.*, p. 563, come esulano però dalla considerazione della norma le ipotesi di alloggio concesso a titolo gratuito, risultando in questo caso assente l’approfittamento del locatore. Al contempo, va da sé che gli alloggi forniti dal datore di lavoro non possano mai considerarsi come concessi a titolo gratuito laddove la fornitura dell’alloggio rappresenti una parte del trattamento retributivo.

⁴⁰ Tra gli altri, G. DUMENIL, *Réflexions autour du délit de soumission d’une personne à des conditions d’hébergement incompatibles avec la dignité humaine*, in *Dr. pén.*, 2020, p. 13 ss.; F. ROUX DEMARE, *La réponse pénale contre l’habitat dégradé*, in *AJ pén.*, 2016, p. 63; F. SAFI, *La répression des marchands de sommeil*, in *Dr. pén.*, 2019, p. 38 ss.

⁴¹ Come puntualizza S. LICARI, *op. cit.*, p. 563 ss., le «condizioni di lavoro» tipizzate dall’art. 225-13 c.p. devono intendersi quelle definite dall’accordo professionale del 17 marzo 1975, e cioè: «organizzazione del lavoro (ritmo, carico di lavoro, ristrutturazione dei compiti, metodi di lavoro); orario di lavoro e organizzazione del tempo di lavoro; remunerazione; condizioni materiali di lavoro, responsabilità, inquadramento».

⁴² C. WILLMANN, *Conditions de travail et d’hébergement contraires à la dignité humaine*, in *Rép. dr. pén. proc. pén.*, 2003, n. 86; analogamente G. DUMENIL, *op. cit.*, p. 15, che osserva: «dalla lettura dell’art. 225-14 c.p. è impossibile formarsi un’idea precisa su cosa rappresentino le condizioni di alloggio contrarie alla dignità umana»; S. LICARI, *op. cit.*, p. 565, secondo cui «sarebbe stato utile che il legislatore determinasse i criteri per identificare le situazioni che rientrano nella categoria della violazione della dignità, per esempio definendo più concretamente il danno subito dalla vittima».

dell'alloggio siano compatibili con la dignità umana, deve analizzare le caratteristiche specifiche dell'alloggio la cui fornitura è oggetto dell'accusa e valutare, in modo concreto, l'esistenza di una violazione della dignità umana rispetto alle caratteristiche che l'alloggio deve soddisfare secondo le leggi e i regolamenti, [...] da cui risulta dunque che il reato in questione è definito con un sufficiente grado di prevedibilità e precisione che esclude ogni rischio di arbitrarietà»⁴³. Siffatte precisazioni sono però alquanto generiche e perciò lontane dal puntualizzare il metro di giudizio, implicando piuttosto «una valutazione aleatoria, per non dire arbitraria, da parte del giudice incaricato di qualificare i fatti, che porterà inevitabilmente a prendere in considerazione soltanto le situazioni più estreme, quelle per le quali non è possibile alcun dubbio. [...] L'applicazione di queste norme sarà allora ridotta a casi marginali»⁴⁴.

In conclusione, l'analisi del sistema francese dimostra come il legislatore d'Oltralpe, allo scopo di colmare le lacune riscontrate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, abbia introdotto nel codice penale quattro nuove fattispecie incriminatrici, onde distinguere le forme più degradanti di sfruttamento lavorativo, rappresentate da schiavitù, servitù e lavoro forzato dal lavoro non retribuito ovvero svolto in condizioni contrarie alla dignità umana. Se siffatta distinzione, incentrata sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro e dunque sul grado di compressione della libertà del lavoratore, può apparire chiara nella sua impostazione concettuale, al contempo ben poco è stato fatto dal legislatore francese per risolvere il problema principale posto in luce dai giudici di Strasburgo, rappresentato dalla vaghezza del concetto di sfruttamento tipizzato dagli artt. 225-13 e 225-14 c.p.

Le conseguenze di siffatta inerzia ricadono soprattutto sugli stessi lavoratori, essendosi affermata in giurisprudenza – come riscontrato – un'interpretazione restrittiva del concetto di retribuzione «manifestamente sproporzionata» ovvero di condizioni di lavoro o di alloggio «contrarie alla dignità umana», a sua volta foriera di una riduzione dell'ambito operativo della tutela penale. Il principale *vulnus* che affliggeva il sistema francese risulta dunque lontano dal considerarsi risolto.

⁴³ Crim., 27 maggio 2021, n. 20-86.768.

⁴⁴ S. LICARI, *op. cit.*, p. 565. Sul punto v. ad esempio Crim., 14 ottobre 2014, n. 13-84.501, che ha confermato la condanna *ex art.* 225-14 c.p. in una vicenda nella quale ai lavoratori non era stato riconosciuto un regolare giorno di riposo, la prestazione lavorativa veniva svolta ininterrottamente dalle sei del mattino fino alla sera e risultava assente il pagamento di uno stipendio regolare, ciò che aveva ridotto le vittime – impossibilitate a emanciparsi, poiché private del proprio passaporto – in uno stato di malnutrizione e indotto il perito interpellato durante il processo a parlare di una «quasi servitù della gleba». Cfr. inoltre Crim., 4 marzo 2003, n. 02-82.194, che ha condannato il datore di lavoro ai sensi dell'art. 225-14 per aver imposto condizioni particolarmente vessatorie ai propri dipendenti, tra cui «il divieto di alzare la testa, di parlare e persino di sorridere». Emblematica dell'interpretazione restrittiva delle condizioni tipizzate dalla norma è Crim., 11 febbraio 1998, n. 96-84.997, che ha affermato come dalla formulazione dell'art. 225-14 c.p., «così come dai lavori preparatori del codice penale, risulta chiaro che il legislatore non ha voluto incriminare tutte le possibili violazioni del codice dell'urbanistica, del codice dell'edilizia e delle abitazioni o della legislazione sugli affitti, ma solo quelle condizioni abitative che sono le più scandalosamente lesive della dignità umana, cioè del rispetto dovuto alla persona».

5. Il concetto di persona in stato di vulnerabilità o di dipendenza.

Per completare l'indagine sul sistema francese è necessario analizzare il concetto di stato di «vulnerabilità» o di «dipendenza» del soggetto passivo, che costituisce il presupposto dei reati di riduzione in servitù (art. 225-14-2 c.p.), di lavoro non retribuito (art. 225-13 c.p.) e di condizioni di lavoro o di alloggio contrarie alla dignità umana (art. 225-14 c.p.)⁴⁵.

L'utilizzo di una formula tanto ampia per descrivere la condizione del lavoratore tutelato rappresenta, secondo una parte della dottrina, il frutto di una scelta consapevole del legislatore, che in altre fattispecie di reato ha proceduto a tipizzare con maggiore grado di dettaglio i fattori di vulnerabilità penalmente rilevanti: è il caso dell'art. 222-14 c.p., che incrimina la violenza abituale commessa contro una persona la cui «particolare vulnerabilità» sia dovuta «all'età, alla malattia, all'infermità, alla deficienza fisica o mentale o allo stato di gravidanza»; ovvero dell'art. 223-15-2 c.p., che punisce l'abuso fraudolento dello stato di ignoranza o di debolezza di una persona la cui «particolare vulnerabilità» sia ascrivibile ai medesimi fattori. Alla luce di siffatto raffronto sistematico, ci si chiede allora se qualsiasi ragione di vulnerabilità o di dipendenza, idonea a porre il lavoratore in una situazione di inferiorità rispetto al datore di lavoro, assuma rilevanza per l'integrazione dei reati in materia di sfruttamento lavorativo.

Le discussioni che hanno preceduto l'elaborazione del codice penale del 1994 inducono a propendere per la risposta negativa, attestando il dibattito parlamentare la volontà di introdurre una fattispecie incriminatrice diretta non a proteggere qualsiasi persona in una posizione di debolezza, bensì «a combattere lo sfruttamento dei lavoratori particolarmente vulnerabili e dipendenti»⁴⁶. In quest'ultimo senso è andato orientandosi l'indirizzo attualmente prevalente. Invero, assumendo che il concetto di vulnerabilità rimandi a una condizione di intrinseca fragilità che precede l'instaurazione del rapporto di lavoro, mentre la nozione di dipendenza evoca un rapporto lavorativo già instaurato e rifletta l'immagine di lavoratori pronti a tollerare un peggioramento delle condizioni contrattuali al fine di evitare il licenziamento, la giurisprudenza francese – pur non indugiando nella disamina di tali concetti – interpreta la vulnerabilità e la dipendenza come una sorta di endiadi, riferendo queste ultime a situazioni di

⁴⁵ Da notare come lo stato di vulnerabilità o di dipendenza del lavoratore non risulta invece annoverato tra i presupposti del reato di lavoro forzato (art. 225-14-1 c.p.). Nel silenzio che caratterizza sotto questo profilo i lavori preparatori della riforma del 2013, è possibile che la debolezza della vittima sia stata ritenuta un requisito implicito della fattispecie.

⁴⁶ Così l'on. G. Kiejman, nella seduta del Senato del 14 maggio 1991, esprimendo l'esigenza di non «banalizzare» il reato previsto dall'art. 225-17 del progetto di legge n. 214/1988 [art. 225-13 c.p. del testo definitivo] e opponendosi all'approvazione dell'emendamento presentato dai parlamentari del partito comunista, che avevano proposto di attribuire rilevanza penale alla retribuzione non soltanto manifestamente sproporzionata rispetto al lavoro svolto ma anche corrisposta «in violazione delle leggi e dei regolamenti concernenti il lavoro». Sul punto cfr. *Compte rendu intégral, séance du mardi 14 mai 1991*, p. 940 ss., reperibile al seguente indirizzo web: http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1991/05/s19910514_0905_0968.pdf.

particolare debolezza dovuta alla minore età⁴⁷ ovvero a situazioni di significativo disagio socio-economico dei lavoratori, peraltro costituiti nella maggior parte delle pronunce da soggetti stranieri⁴⁸.

Sotto quest'ultimo profilo, la dottrina aveva inoltre giustamente sottolineato come il semplice possesso della cittadinanza straniera, specialmente nei casi di immigrazione regolare, non esprime necessariamente la vulnerabilità del lavoratore, dovendo siffatta condizione – anche con riferimento ai lavoratori stranieri – essere oggetto di specifico accertamento⁴⁹. Una rilevante novità è stata però introdotta dall'art. 225-15-1 c.p., inserito nel codice penale dalla legge 18 marzo 2003, n. 239, ai sensi del quale, «per l'applicazione degli artt. 225-13 sino a 225-14-2, i minori o le persone che sono state vittime degli atti descritti da questi articoli al loro arrivo sul territorio francese sono considerati come persone vulnerabili o in situazione di dipendenza».

È probabile che attraverso questa disposizione il legislatore francese intendesse introdurre una presunzione assoluta di vulnerabilità in favore dei minori d'età ovvero dei soggetti stranieri provenienti da aree depresse o economicamente svantaggiate, trattandosi – come dimostra la prassi – di persone sovente indifese ovvero particolarmente fragili. Senonché, occorre nuovamente notare la profonda imprecisione della legge d'Oltralpe che, riferendosi alle persone in «arrivo sul territorio francese», contempla uno spettro di situazioni evidentemente tanto ampio quanto eterogeneo: pensiamo all'ipotesi di un cittadino francese che ritorni in patria dopo un soggiorno all'estero ovvero di un cittadino europeo trasferitosi in Francia per lavorare. Va da sé che una siffatta genericità contribuisca ulteriormente ad accrescere l'indeterminatezza delle norme.

Verosimilmente a causa di siffatta incertezza, l'art. 225-15-1 c.p. risulta nella prassi sostanzialmente disapplicato dalla giurisprudenza più recente⁵⁰, la quale richiede uno specifico accertamento della situazione di vulnerabilità anche con riferimento ai

⁴⁷ Crim., 3 dicembre 2002, n. 02-81.453, che ha applicato l'art. 225-13 c.p. in un'ipotesi di sfruttamento di minori assunti come tirocinanti in un albergo ma assimilati in concreto agli altri dipendenti.

⁴⁸ Crim., 29 marzo 2017, n. 16-83.186, che ha ritenuto in una situazione di vulnerabilità una giovane cittadina marocchina «che parlava appena il francese, lontana dalla sua famiglia, in situazione irregolare in Francia e senza passaporto»; analogamente Id., 4 marzo 2003, n. 02-82.194, concernente alcuni lavoratori «senza particolari qualifiche, residenti in zone rurali, colpiti dalla disoccupazione e costretti, per trovare e poi mantenere un lavoro, a percorrere quotidianamente distanze talvolta notevoli»; Id., 11 dicembre 2001, n. 00-87.280, relativa a una «giovane straniera che si trovava in una situazione irregolare sul territorio francese, la quale non aveva risorse e che, pur potendo contattare la sua famiglia, non aveva mai ricevuto alcun aiuto».

⁴⁹ S. LICARI, *op. cit.*, p. 560 ss.

⁵⁰ Cfr. ad esempio Crim., 7 aprile 2021, n. 19-84.808, che ha confermato la condanna emessa dai giudici di merito ai sensi dell'art. 225-14 c.p., rilevando «la situazione di costrizione morale ed economica» dei lavoratori stagionali polacchi vittime di sfruttamento e sottolineando – senza che ve ne fosse necessità, alla luce della presunzione introdotta dall'art. 225-15-1 c.p. – come questi si trovassero «in una posizione economicamente vulnerabile data la situazione occupazionale e il livello dei salari in Polonia, il fatto che non parlassero francese, che fossero molto lontani dal loro domicilio, senza possibilità di ritornarvi prima della fine della vendemmia, e che non avessero altre possibilità di alloggio»; Id., 9 gennaio 2019, n. 18-81.817, che ha annullato la sentenza emessa dalla Corte d'Appello, avendo i giudici di merito escluso lo stato di vulnerabilità di una lavoratrice proveniente dal Brasile con motivazione insufficiente (e non per violazione della presunzione legale stabilita dall'art. 225-15-1 c.p.).

lavoratori stranieri. Tuttavia, simili meccanismi presuntivi della debolezza dei lavoratori non rappresentano un *unicum* del sistema francese, potendo rinvenirsi taluni esempi anche negli ordinamenti tedesco e spagnolo, sulla cui disciplina occorre pertanto spostare ora la nostra attenzione.

Sezione II – Il sistema tedesco

1. Il dato fenomenico.

Lo sfruttamento delle persone lavoratrici rappresenta in Germania un problema di bruciante attualità. Nell'ultimo decennio molteplici inchieste giornalistiche, indagini federali e analisi delle organizzazioni sindacali hanno rivelato l'esistenza, in diversi settori del sistema economico, di un massiccio impiego di lavoratori – prevalentemente stranieri – in condizioni di sfruttamento, suscitando grande indignazione nell'opinione pubblica e costringendo il legislatore a varare importanti interventi di riforma.

Si tratta di un fenomeno, la cui risonanza è stata particolarmente amplificata dal diffondersi della pandemia da Covid-19⁵¹, che rispetto all'esperienza italiana si rivela maggiormente recente e le cui cause possono rintracciarsi principalmente in una duplicità di fattori: anzitutto, la libertà di circolazione dei lavoratori introdotta dai trattati europei, che nel corso dell'ultimo trentennio ha favorito l'ingresso in Germania di numerosi lavoratori provenienti da aree economicamente depresse, disposti ad accettare condizioni di lavoro vantaggiose rispetto al proprio vissuto di provenienza ma deteriori e inique se raffrontate al mercato di destinazione⁵²; inoltre, le caratteristiche del sistema giuslavoristico tedesco che, in quanto connotato da un basso tasso di sindacalizzazione, dall'assenza di contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes*, nonché dalla possibilità di un agevole ricorso ai contratti di subappalto e all'istituto del distacco⁵³, hanno propiziato il diffondersi di pratiche abusive, sovente culminate – complice un disordinato sistema di controlli – nello sfruttamento dei lavoratori.

⁵¹ Ciò soprattutto in seguito a clamorosi episodi di contagio concernenti migliaia di lavoratori. Si tratta della nota vicenda che ha riguardato il gigantesco mattatoio di Gütersloh, sito nella Renania Settentrionale-Vestfalia e di proprietà del gruppo tedesco Tönnies, nel quale risultano giornalmente impiegate quasi 7 mila persone – la maggior parte proveniente da Polonia, Romania e Bulgaria – e dove nel giugno del 2020 sono risultati positivi al coronavirus 1315 lavoratori. Il vicepresidente del sindacato NGG ha parlato a questo proposito di «condizioni vergognose e disumane» all'interno dell'industria, ritenendo «non una coincidenza che il macello di Tönnies sia diventato un nuovo focolaio di infezioni», dato che i lavoratori impiegati dai subappaltatori «devono fare i conti con condizioni di lavoro e di vita catastrofiche». Il contenuto dell'intervista è reperibile al seguente indirizzo web: <https://www.ngg.net/alle-meldungen/meldungen-2020/das-ist-kein-zufall/>.

⁵² Sull'intensificarsi dei fenomeni migratori aventi come paese di destinazione la Germania dopo la fine della seconda guerra mondiale e soprattutto dopo la caduta del muro di Berlino E. HÖNEKOPF, *Labour Migration to Germany from Central and Eastern Europe. Old and New Trends*, in *IAB Lab. Mark. Res. Top.*, 1997, n. 23, p. 1 ss.

⁵³ Sulle principali caratteristiche del sistema sindacale e giuslavoristico tedesco M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, 2020³, p. 165 ss.

Più precisamente, se in passato a destare maggiore allarme, sul piano tanto della tutela contrattuale quanto della protezione della salute dei lavoratori, è stato principalmente il settore dell'edilizia⁵⁴, recenti indagini riferiscono come lo sfruttamento lavorativo in Germania imperversi oggi soprattutto nel settore dell'assistenza domiciliare e dell'industria della carne.

Sotto il primo profilo, va anzitutto considerato come, secondo l'ufficio statistico federale, le persone anziane bisognose di cure ammontavano nel 2019 a 4,1 milioni, l'80,2% delle quali riceveva assistenza direttamente presso il proprio domicilio⁵⁵. Inoltre, da una recente indagine svolta dal *Deutsches Institut für Menschenrechte* risulta che l'offerta di lavoro in questo settore sia aumentata di 2,5 volte negli ultimi 10 anni (+150%): ciò che può essere ascritto a molteplici fattori, tra cui l'innalzamento dell'età media della popolazione tedesca, l'incremento dei prezzi praticati dalle strutture sanitarie e la decrescente disponibilità dei familiari – anche come conseguenza della crescente occupazione femminile – ad assistere in casa i propri parenti anziani⁵⁶. La difficoltà di soddisfare la maggiore domanda di lavoro e la ricerca di manodopera a basso costo da parte delle famiglie hanno intercettato numerosi lavoratori provenienti dall'estero, spesso assunti tramite agenzie di intermediazione: si stima che nel solo ambito dell'assistenza domiciliare siano attualmente impiegati dai trecento ai seicentomila lavoratori stranieri provenienti per la maggior parte dall'est Europa, mentre il numero delle agenzie di collocamento operative nel medesimo settore risulta addirittura quintuplicato (da sessanta agenzie nel 2009 si è passati a oltre trecentotrenta nel 2017)⁵⁷.

Il problema è che l'impiego di questi lavoratori, sovente in situazioni di difficoltà economica, privi della conoscenza della lingua tedesca, non iscritti ad alcun sindacato e dotati di scarsissimo potere contrattuale, avviene frequentemente a condizioni assai svantaggiose. Le indagini svolte riferiscono di contratti caratterizzati da compensi esigui, con decurtazione delle spese per vitto e alloggio (quest'ultimo spesso costituito dalla stessa abitazione del datore di lavoro), senza l'esatta indicazione della durata della giornata lavorativa ovvero della specifica mansione, con la conseguenza che il lavoro assume i connotati di una prestazione totalizzante, i cui confini con la vita privata dei lavoratori divengono assai labili⁵⁸. La difficoltà di sottrarsi a tali condizioni a causa del

⁵⁴ Preoccupazioni dovute anche ai problemi di concorrenza sleale e *dumping* salariale, con evidente pregiudizio per gli interessi delle imprese e dei lavoratori tedeschi, legati al distacco di lavoratori stranieri in Germania da parte di imprese con sede all'estero: sul punto B. GERCKE, *Illegale Arbeitnehmerentsendung*, in H. Achenbach – A. Ransiek – T. Rönnau (a cura di), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2019⁵, p. 1769 ss.; K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vahlen, 2017⁵, p. 546.

⁵⁵ Cfr. il report *Pflegestatistik. Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung. Deutschlandergebnisse*, 15 dicembre 2020, reperibile al seguente indirizzo web: <https://www.destatis.de/>.

⁵⁶ N. FREITAG, *Arbeitsausbeutung beenden. Osteuropäische Arbeitskräfte in der häuslichen Betreuung in Deutschland*, 2020, p. 14 ss.

⁵⁷ J. STEINER – V. PRIELER – M. LEIBLFINGER – A. BENAZHA, *Völlig legal!? Rechtliche Rahmung und Legalitätsnarrative in der 24h-Betreuung in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, in *ÖZS*, 2019, n. 44, p. 5.

⁵⁸ M. BÖNING – M. STEFFEN, *Migrantinnen aus Osteuropa in Privathaushalten. Problemstellungen und politische Herausforderungen*, Ver.di, 2014, p. 23 ss.; B. EMUNDS, *Damit es Oma gut geht. Pflege-Ausbeutung in den eigenen vier Wänden*, Westend, 2016, p. 67 ss.; N. FREITAG, *op. cit.*, p. 14 ss.

proprio stato di bisogno ha indotto la letteratura tedesca a coniare l'eloquente espressione «*Live-ins*», che designa la desolante situazione di coloro che, per sfuggire allo spettro della povertà e della disoccupazione, si trovano costretti a trascorrere la propria vita sul proprio posto di lavoro.

Il secondo ambito nel quale le condizioni di impiego dei lavoratori sono di recente assurte agli onori della cronaca tedesca è rappresentato – come dicevamo – dall'industria della carne. Si tratta di un settore che, a partire dagli ultimi anni dello scorso secolo, ha subito un drastico processo di concentrazione industriale, costellato dall'acquisizione delle piccole imprese operanti sui segmenti della trasformazione e della distribuzione da parte dei grandi gruppi della macellazione. Al dimezzamento delle prime è seguito il netto taglio del numero dei lavoratori a tempo indeterminato, ciò che ha progressivamente comportato l'emersione di due differenti categorie di lavoratori: i lavoratori assunti in modo stabile direttamente dall'impresa produttrice e quelli formalmente alle dipendenze di società appaltatrici⁵⁹.

Senonché, del contratto di subappalto è stato fatto un utilizzo tanto smodato quanto abusivo. Un sondaggio del 2013 del sindacato tedesco NGG, che in Germania rappresenta i lavoratori dell'industria alimentare e delle bevande, ha rivelato che circa due terzi dei dipendenti nel settore della carne risultano formalmente assunti da società appaltatrici⁶⁰, mentre altre indagini hanno riferito che i lavoratori impiegati da queste società, per la maggior parte provenienti dall'Europa orientale, godono di condizioni profondamente deteriori rispetto ai lavoratori stabili: la giornata lavorativa prosegue fino a quindici ore; il salario orario non supera i cinque euro (spesso come conseguenza della decurtazione delle spese per l'alloggio, per il trasporto, per l'abbigliamento lavorativo ovvero del mancato pagamento degli straordinari); le situazioni alloggiative risultano sovente degradanti e le condizioni igieniche sul posto di lavoro assai precarie⁶¹.

È dunque evidente come il fenomeno dello sfruttamento lavorativo costituisca in Germania un problema particolarmente attuale. Per farvi fronte, il legislatore tedesco è intervenuto, nel corso dell'ultimo decennio, con misure di vario genere, tra le quali la promulgazione nel 2015 di una legge sul salario minimo, la riforma nel 2016 dei reati in materia di sfruttamento lavorativo (§§ 232 ss. StGB), nonché l'introduzione del divieto – con efficacia dal 1° gennaio 2021 – di utilizzare il contratto di subappalto nel settore dell'industria della carne⁶². Alla luce di questa premessa, è giunto il momento di

⁵⁹ G. BOSCH – F. HÜTTENHOFF – C. WEINKOPF, *Kontrolle von Mindestlöhnen*, SpringerVS, 2019, p. 193 ss.

⁶⁰ Così G. BOSCH – F. HÜTTENHOFF – C. WEINKOPF, *Corona-Hotspot Fleischindustrie: Das Scheitern der Selbstverpflichtung*, 2020, p. 5.

⁶¹ Tra gli altri, G. BOSCH – F. HÜTTENHOFF – C. WEINKOPF, *Kontrolle von Mindestlöhnen*, cit., p. 191 ss.; B. WAGNER – A. HASSEL, *Posting, subcontracting and low-wage employment in the German meat industry*, in *Transfer*, 2016, p. 163 ss. Cfr. inoltre il report *Covid-19 outbreaks in slaughterhouses and meat processing plants*, 2020, p. 7 ss., pubblicato dall'*European Federation of Food, Agriculture and Tourism Trade Unions* (EFFAT) e reperibile al sito web della federazione; nonché l'indagine condotta dal periodico *Der Spiegel* apparsa sul fascicolo n. 27 del 2020.

⁶² Si tratta della *Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz*, nota anche come *Arbeitsschutzkontrollgesetz* (ArbSchKG), entrata in vigore il 1° gennaio 2021.

esaminare nel dettaglio la disciplina penalistica tedesca in materia di sfruttamento lavorativo.

2. La disciplina penalistica: introduzione.

La prevenzione e la repressione dello sfruttamento del lavoro in Germania sono affidate sul versante penalistico a un ricco insieme di disposizioni, astrattamente raffigurabile come un sistema piramidale suddiviso per ordine di gravità su tre piani differenziati⁶³.

Al vertice si collocano le incriminazioni concernenti i fatti dotati di maggiore lesività, nei quali lo sfruttamento – in taluni casi come evento di fattispecie, in altri come oggetto soltanto di rappresentazione dell’agente – costituisce l’esito dell’assoggettamento del lavoratore al datore di lavoro, realizzato attraverso mezzi di coercizione fisica o psicologica: è il caso dei reati di tratta di persone (§ 232 StGB – *Menschenhandel*), di prostituzione forzata (§ 232a StGB – *Zwangsprostitution*), di lavoro forzato (§ 232b StGB – *Zwangsarbeit*) ovvero di sfruttamento di persona privata della libertà (§ 233a StGB – *Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung*).

Al livello intermedio si pongono le fattispecie nelle quali lo sfruttamento è il risultato dell’approfittamento dello stato di debolezza della vittima, come accade nel reato di sfruttamento di manodopera (§ 233 StGB – *Ausbeutung der Arbeitskraft*) ovvero di usura salariale (§ 291, comma 1, n. 3, StGB – *Lohnwucher*).

L’ultimo livello è occupato da figure illecite contenute prevalentemente nella legislazione speciale, rispetto alle quali lo sfruttamento lavorativo – non essendo richiesto né un rapporto squilibrato fra le parti, né l’approfittamento di una situazione di vulnerabilità della vittima – non assurge a elemento di fattispecie, ma si pone sullo sfondo dell’incriminazione ispirandone la relativa *ratio*. Si tratta di reati evidentemente di minore gravità, posti a salvaguardia della normativa di settore al duplice scopo di prevenire l’insorgere delle condizioni nelle quali tipicamente alligna lo sfruttamento lavorativo e di proteggere il mercato del lavoro da illecite forme di *dumping* salariale: tra le figure di maggiore importanza – sulle quali non possiamo in questa sede soffermarci – si stagliano i reati di lavoro irregolare (§§ 10 ss. *Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz* del 23 luglio 2004), di somministrazione illegale e di distacco illecito di manodopera (rispettivamente §§ 15 ss. *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* del 23 dicembre 2003 e § 23 *Arbeitnehmer-Entsendegesetz* del 26 febbraio 1996), di illegale assunzione di lavoratori stranieri (§ 404 SGB III) nonché di inosservanza dei minimi salariali (§ 15 *Mindestlohngesetz* dell’11 agosto 2014).

È dunque evidente come l’ordinamento tedesco risulti costellato da una congerie di incriminazioni, ciascuna volta a intercettare diversi frammenti – prodromici o

⁶³ La metafora della piramide è ricorrente nella letteratura tedesca: tra gli altri, O. HENZLER, *Illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit*, in C. Müller Gugenberger (a cura di), *Wirtschaftsstrafrecht*, Otto Schmidt, 2021⁷, p. 1108; J. RENZIOWSKI, § 232, in G. M. Sander (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, 2017³, IV, p. 1272.

sintomatici – del variegato fenomeno dello sfruttamento lavorativo. Nella prospettiva delineata, la nostra indagine si concentrerà sulle fattispecie concernenti la schiavitù, la servitù, il lavoro forzato e lo sfruttamento lavorativo, onde accertare, alla luce delle tecniche di tipizzazione adottate, il significato assunto da questi concetti all'interno del sistema tedesco.

3. Il reato di tratta di persone e la definizione di sfruttamento lavorativo.

Prima dell'entrata in vigore della trentasettesima legge di modifica del diritto penale, avvenuta in data 11 febbraio 2005, nel codice penale tedesco non era presente alcuna fattispecie espressamente dedicata allo sfruttamento lavorativo. Il problema della tutela penale dei lavoratori in condizioni di debolezza contrattuale aveva iniziato a manifestarsi soprattutto sul finire dello scorso secolo, verosimilmente come conseguenza dei coevi mutamenti geopolitici e dell'apertura dei confini nazionali del mercato del lavoro. Nel 1997, infatti, chiamata a pronunciarsi su una vicenda concernente due lavoratori cechi impiegati nel settore dell'edilizia, la Corte federale tedesca – riprendendo un indirizzo elaborato a livello dottrinale⁶⁴ – aveva per la prima volta riconosciuto l'applicabilità del reato di usura (§ 291 StGB) anche alle ipotesi di sfruttamento lavorativo, in particolare qualora la retribuzione corrisposta ai lavoratori in condizione di debolezza fosse manifestamente sproporzionata rispetto al valore della prestazione lavorativa⁶⁵. Nonostante la particolare novità inaugurata da siffatta pronuncia, permaneva però nell'ordinamento tedesco un vuoto di tutela concernente le forme più gravi di sfruttamento lavorativo, rispetto alle quali il reato di usura risultava inadeguato ovvero difficilmente applicabile mentre insufficienti, poiché inidonee a contrastare un fenomeno di ben più ampia portata, erano gli illeciti in materia di sfruttamento della prostituzione (§§ 180a e 181a StGB).

Nel contesto delineato, la citata riforma del 2005, dettata dalla necessità di adeguare l'ordinamento tedesco al Protocollo di Palermo del 2000 e alla decisione quadro n. 2002/629/CE in materia di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani, ha proceduto a inserire nel titolo XVIII del codice penale – relativo ai delitti contro la libertà personale – tre nuove fattispecie incriminatrici, concernenti rispettivamente il traffico di esseri umani a scopo di sfruttamento sessuale (§ 232 – *Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung*); il traffico di esseri umani a scopo di sfruttamento lavorativo (§ 233 – *Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft*); la promozione del traffico di esseri umani (§ 233a – *Förderung des Menschenhandels*). Inoltre, attraverso la medesima riforma veniva introdotto nel § 232 StGB un'espressa definizione del concetto di sfruttamento lavorativo.

⁶⁴ E. LAMPE, *Der Strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft*, in R. Maurach – F. Schroeder – H. Zipf (a cura di), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 1972, p. 386 ss.; A. HOHENDORF, *Das Individualwucherstrafrecht nach dem ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976*, Duncker & Humblot, 1982, p. 79 ss.

⁶⁵ BGH, 22 aprile 1997, in JZ, 1998, p. 627.

Nonostante le riferite innovazioni, una parte della dottrina tedesca si esprimeva tuttavia criticamente nei confronti della riforma, a causa della presenza di significative divergenze tra il contenuto delle nuove fattispecie incriminatrici e il concetto di tratta comunemente accolto negli atti internazionali. Nella penalistica tedesca si è parlato a questo proposito di «*Falschetikettierung*»⁶⁶, poiché i §§ 232 e 233 StGB – per come riformati nel 2005 – pur riferendosi nella rubrica al fenomeno del traffico di esseri umani incriminavano non il traffico in sé, quanto e rispettivamente i successivi sfruttamenti della prostituzione e sfruttamento lavorativo (che dunque, diversamente dal tenore della rubrica, costituivano non oggetto di dolo specifico, bensì l’evento del reato). Il traffico di esseri umani era invece punito dal § 233a StGB, che sanzionava le condotte di reclutamento, trasporto, favoreggiamento o trasferimento finalizzate alla commissione dei reati incriminati dai due articoli precedenti. Questa parziale discrasia con gli atti internazionali, unitamente all’esigenza di recepire la sopraggiunta direttiva 2011/36/UE in materia di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e di protezione delle vittime – per la mancata attuazione della quale era stata avviata nei confronti della Germania una procedura di infrazione –, spingeva il legislatore tedesco a varare un’ulteriore legge di riforma, entrata in vigore l’11 ottobre 2016 e foriera dell’assetto normativo vigente⁶⁷.

Con riferimento alle disposizioni attuali, la nostra indagine deve prendere le mosse dal § 232 StGB (rubricato ora *Menschenhandel*) che, oltre a incriminare il traffico di esseri umani, reca in sé – come anticipato – una definizione del concetto di sfruttamento lavorativo: oggetto di dolo specifico per l’autore della tratta ed evento di fattispecie nei successivi reati di *Zwangsarbeit* (§ 232b StGB), di *Ausbeutung der Arbeitskraft* (§ 233 StGB) e di *Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung* (§ 233a StGB).

Più precisamente, il § 232, comma 1, secondo periodo, StGB stabilisce che lo sfruttamento lavorativo è «considerato esistente se l’impiego avviene per una ricerca sfrenata del profitto (*aus rücksichtslosem Gewinnstreben*) attraverso condizioni di lavoro manifestamente sproporzionate rispetto alle condizioni dei lavoratori che svolgono la medesima o una comparabile attività».

Alla luce di questa formulazione risulta subito evidente come il legislatore tedesco abbia optato per una definizione del concetto di sfruttamento all’apparenza assai differente rispetto alla formulazione contenuta nel codice italiano ovvero alla nozione che, attraverso un’interpretazione correttiva, si ricava dal codice francese. Invero, mentre il concetto penalistico di sfruttamento possiede in Italia e in Francia natura prevalentemente normativa, nel senso che per appurarne l’esistenza occorre anzitutto raffrontare il contenuto del rapporto lavorativo con le pertinenti norme giuslavoristiche e dunque con i parametri extrapenali fissati dal legislatore, in Germania esso è incentrato su due elementi di carattere descrittivo, che prescindono dal raffronto con il modello

⁶⁶ J. RENZIKOWSKI, *op. cit.*, p. 1271, nt. 16; in senso analogamente critico verso la riforma J. R. EYDNER, *Der neue § 233 StGB – Ansätze zum Verständnis der „Ausbeutung der Arbeitskraft“*, in *NSStZ*, 2006, p. 11.

⁶⁷ Si tratta più precisamente della *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch*, entrata in vigore l’11 ottobre 2016.

normativo di rapporto di lavoro: il primo, soggettivo e concernente l'autore del reato, rappresentato dalla «ricerca sfrenata del profitto»; il secondo, oggettivo e riferito al soggetto passivo, costituito dalla netta sproporzione tra le condizioni lavorative imposte al lavoratore e le condizioni di coloro che svolgono attività analoghe o comparabili. Questo approccio – come evidenziato dalla penalistica tedesca – racchiude però in sé innegabili problemi.

Anzitutto, una siffatta accentuazione dell'elemento soggettivo rischia di restringere eccessivamente la portata della fattispecie, negando l'esistenza dello sfruttamento penalmente rilevante allorché non sussista una «ricerca sfrenata del profitto» da parte del datore di lavoro: si pensi alle situazioni nelle quali, a causa dell'impossibilità di sostenere i costi ad esempio di una struttura di ricovero, si decida di assumere un lavoratore in condizioni di sfruttamento per assistere quotidianamente un anziano genitore. Senonché, esattamente questo era lo scopo perseguito dagli estensori della legge, essendosi spiegato nella relazione di accompagnamento alla riforma del 2016 che «sfrenato deve intendersi un motivo di profitto esasperato, che non tiene conto degli interessi personali o economici della vittima o delle conseguenze per essa». Attraverso questo elemento «la definizione di sfruttamento lavorativo riceve quindi un correttivo. [...] Esso ha lo scopo, tra l'altro, di eliminare dal campo di applicazione dei §§ 232 ss. StGB i casi in cui l'autore del reato impieghi una persona in condizioni di sfruttamento poiché costretto da una situazione di bisogno»⁶⁸.

Una siffatta conclusione è stata ritenuta giustamente «assurda» in dottrina e pertanto respinta. L'assenza delle risorse economiche necessarie – viene affermato – non legittima in alcun caso lo sfruttamento lavorativo, poiché «la persona sfruttata non ha nulla in comune con la situazione finanziaria del colpevole e d'altra parte l'impunità di un impiego in condizioni di sfruttamento sarebbe completamente incompatibile con le norme internazionali». Allo scopo di evitare simili esiti abnormi, si afferma quindi che «un dolo specifico di sfruttamento non è richiesto, essendo sufficiente che l'autore risulti consapevole degli elementi di fatto che danno luogo allo sfruttamento del lavoratore». Inoltre, per le stesse ragioni, nessuna efficacia scriminante viene riconosciuta al consenso del soggetto passivo⁶⁹.

Qualcosa di analogo accade anche sul versante dell'elemento oggettivo del concetto di sfruttamento, per la sussistenza del quale il § 232 StGB richiede di confrontare le condizioni del singolo lavoratore con quelle dei lavoratori che svolgono attività identiche o comparabili. Si tratta di un'impostazione ritenuta insoddisfacente, poiché laddove il parametro di riferimento per accertare l'esistenza dello sfruttamento dovesse davvero ritenersi ontico e non deontico, qualora cioè assumesse rilevanza ciò che viene fatto e non quanto occorre fare, si perverrebbe all'assurda conclusione,

⁶⁸ BT-Drucks., 18/9095, p. 28.

⁶⁹ Per i passaggi riportati nel testo J. RENZIKOWSKI, *op. cit.*, p. 1286; negano altresì rilevanza al consenso del soggetto passivo J. EISELE, § 232, in A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck, 2019³⁰, p. 2319; O. HENZLER, *op. cit.*, p. 1111. Secondo M. BÖSE, *Vor §§ 232 bis 233b*, in U. KINDHÄUSER – U. NEUMANN – H. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Nomos, 2017⁵, III, p. 17, sarebbe stato preferibile limitare il concetto di sfruttamento sul piano oggettivo piuttosto che attraverso «elementi soggettivi difficilmente praticabili».

nell'ipotesi in cui tutti i lavoratori fossero sfruttati, di ritenere insussistente – per l'assenza di rilevanti differenze con il *tertium comparationis* – quanto evidentemente sussiste, e cioè lo sfruttamento dei lavoratori⁷⁰. Anche in questo caso si propende quindi per un'interpretazione correttiva della fattispecie, rinviando a parametri di valutazione di natura normativa⁷¹. Ne consegue che tre sono gli elementi da considerare per accertare l'esistenza dello sfruttamento lavorativo.

Anzitutto, le condizioni di lavoro. Sotto questo profilo, e nel silenzio della legge, l'elemento di maggiore importanza viene ritenuto ovviamente il salario, in aggiunta al quale occorre esaminare anche l'orario di lavoro giornaliero e settimanale, i periodi di pausa, i giorni di riposo, il diritto alle ferie, le provvigioni, i c.d. *benefits* (ad es. vitto e alloggio), le modalità di cessazione del rapporto ovvero il rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza⁷²: ciò che, al pari di quanto accade nei sistemi francese e italiano, conferisce una valenza non soltanto patrimonialistica ma anche personalistica alla nozione di sfruttamento lavorativo penalmente rilevante.

In secondo luogo, di centrale rilevanza è il parametro al quale raffrontare le condizioni lavorative, individuato per via interpretativa in criteri di natura normativa. Questi sono rappresentati anzitutto dai contratti collettivi – ove dichiarati generalmente vincolanti⁷³ – ovvero dal salario minimo legale (che in Germania, a partire dal 1° gennaio 2022, corrisponde a 9,82 euro l'ora) nonché dalle ulteriori norme concernenti il rapporto di lavoro.

Infine, è necessario verificare se tra le condizioni di lavoro e i parametri indicati sussista una sproporzione, che ai sensi del § 232 StGB deve risultare “manifesta”. Sotto il vigore della previgente normativa, si ritenevano validi i principi fissati in materia di usura salariale dalla citata sentenza della Corte federale del 1997, la quale aveva reputato sufficiente per l'integrazione del § 291 StGB che la prestazione retributiva fosse inferiore ai due terzi del valore della prestazione lavorativa (*rectius*: della retribuzione fissata dai contratti collettivi ovvero dalla legge).

Nella relazione illustrativa della legge di riforma del 2016 si riscontra, però, sotto questo profilo un'importante novità, avendo gli estensori affermato che una manifesta sproporzione – nel senso indicato dal § 232 StGB – deve ritenersi esistente quando il trattamento retributivo risulti inferiore alla metà di quanto dovuto⁷⁴. Nell'assenza di

⁷⁰ T. FISCHER, § 232, in ID., *Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, 2021⁶⁸, p. 1650; J. RENZIOWSKI, *op. cit.*, p. 1288.

⁷¹ T. FISCHER, *op. cit.*, p. 1651; rinviano analogamente a parametri di natura normativa J. BAUMANN, § 232, in M. Parigger – R. Helm – E. Stevens Bartol (a cura di), *Arbeits- und Sozialstrafrecht*, Nomos, 2021, p. 914; M. BÖSE, *op. cit.*, p. 17; J. EISELE, *op. cit.*, p. 2319; B. NOLTENIUS – G. WOLTERS, § 232, in J. Wolter (a cura di), *SK-StGB*, IV, Carl Heymanns Verlag, 2017⁹, p. 882 ss.; J. RENZIOWSKI, *op. cit.*, p. 1287 ss.

⁷² J. EISELE, *op. cit.*, p. 2319.

⁷³ Come riferisce infatti M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 172, i contratti collettivi nell'ordinamento tedesco «hanno di norma un'efficacia che è limitata agli iscritti alle associazioni stipulanti, ma il § 1 *Tarifvertragsgesetz* del 1949 prevede la possibilità di estendere l'ambito di efficacia del contratto collettivo al di là della cerchia degli associati, nella regione e nelle categorie coperte dal contratto collettivo. Si tratta di una dichiarazione di efficacia generale (*Allgemeinverbindlicherklärung*) particolarmente usata in settori dove c'è un grande numero di datori di lavoro piccoli e non sindacalizzati (ad esempio l'industria delle costruzioni)».

⁷⁴ BT-Drucks., 18/9095, p. 28.

pronunce giurisprudenziali sinora intervenute sul punto, in dottrina si è rilevato come quest'ultimo criterio, evidentemente meno favorevole per il lavoratore, potrebbe trovare un proprio fondamento nella maggiore severità del trattamento sanzionatorio dei §§ 232 ss. StGB rispetto al reato di usura⁷⁵. Questa osservazione ha però un senso rispetto al reato di lavoro forzato di cui al § 232b StGB ovvero di sfruttamento di una persona privata della libertà previsto dal § 233a StGB (entrambi puniti con la reclusione da sei mesi a dieci anni): non invece per lo sfruttamento lavorativo sanzionato dal § 233 StGB, la cui cornice edittale risulta pienamente sovrapponibile alla pena prevista dal reato di usura di cui al § 291 StGB (reclusione fino a tre anni e la multa).

Se è su questi reati che dobbiamo ora soffermarci, per concludere sul concetto di sfruttamento lavorativo nell'ordinamento tedesco occorre precisare come la riferita soglia quantitativa, individuata dalla giurisprudenza per sancire la sproporzione penalmente rilevante fra retribuzione e prestazione lavorativa, può ovviamente trovare applicazione soltanto con riferimento allo sfruttamento c.d. patrimonialistico: esula viceversa dal suo ambito operativo lo sfruttamento c.d. personalistico, cioè concernente condizioni di lavoro insuscettive di una precisa valutazione economica (si pensi all'alloggio, ai tempi di riposo, alla sicurezza, all'igiene del luogo di lavoro ecc.). Quest'ultimo, poiché legato unicamente al concetto di «manifesta sproporzione», si rivela dunque connotato – analogamente a quanto riscontrato nel sistema francese – da una sostanziale indeterminatezza.

4. Il reato di lavoro forzato tra schiavitù antica e schiavitù moderna.

Il reato di lavoro forzato di cui al § 232b StGB punisce con la reclusione da sei mesi a dieci anni chiunque induce un'altra persona, approfittando del suo stato di bisogno personale o economico (*Zwangslage*) ovvero della sua vulnerabilità (*Hilflosigkeit*) legata al soggiorno in un paese straniero, oppure un minore di ventuno anni: a iniziare o proseguire un'attività lavorativa nelle condizioni di sfruttamento di cui al § 232 StGB (n. 1); a ridursi in condizioni di schiavitù, servitù, schiavitù per debiti o situazioni equivalenti (n. 2); a intraprendere o proseguire, in condizioni di sfruttamento, l'esercizio dell'accattonaggio (n. 3).

Come emerge dalla relazione illustrativa della legge di riforma del 2016, il nuovo § 232b StGB mira a incriminare il fenomeno del lavoro forzato, definito dall'*International Labour Organization* come «un lavoro o un servizio svolto in modo non volontario e sotto minaccia di punizione», nonché considerato nell'opinione pubblica tedesca come «un'attività che la persona offesa è costretta a svolgere contro la sua volontà e sotto minaccia di una punizione o di un altro grave male»⁷⁶. Alla luce di questa definizione – che non si discosta da quella fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come riscontrato in precedenza – è però interessante notare come il legislatore tedesco abbia

⁷⁵ J. EISELE, *op. cit.*, p. 2320.

⁷⁶ BT-Drucks., 18/9095, p. 37.

optato per una tecnica di tipizzazione opposta a quella che caratterizza il sistema francese, avendo incluso nella medesima disposizione ogni ipotesi nella quale lo sfruttamento lavorativo rappresenta l'esito della prevaricazione del soggetto agente⁷⁷.

Questa scelta del legislatore tedesco rinviene il proprio fondamento nelle problematiche che, sotto il vigore della normativa previgente, avevano caratterizzato il reato di sfruttamento lavorativo disciplinato dal § 233 StGB, il quale ai fini della propria integrazione esigeva una condotta costringitiva da parte dell'agente. Da siffatta formulazione della fattispecie discendeva infatti l'impunità degli episodi di sfruttamento privi della coartazione della vittima⁷⁸, ossia delle situazioni verosimilmente dotate di maggiore allarme sociale, nelle quali per la particolare vulnerabilità del lavoratore diviene possibile sfruttare senza alcuna intimidazione. Allo scopo di rimediare al problema delineato, il legislatore è intervenuto sotto un duplice aspetto, per un verso incentrando la condotta del reato di *Ausbeutung der Arbeitskraft* (§ 233 StGB) sul mero approfittamento dello stato di bisogno del lavoratore e per altro verso sospendendo tutte le ipotesi di coercizione o induzione allo sfruttamento nel reato di *Zwangsarbeit* di cui al § 232b StGB.

Se una siffatta opzione tecnico-normativa non appare nuova è perché anche in Francia – come visto nei paragrafi precedenti –, a causa delle problematiche connesse all'accertamento della condotta prevaricatrice del soggetto agente, si è proceduto a espungere dai delitti di sfruttamento di cui agli artt. 225-13 e 225-14 c.p. la condotta abusiva del datore di lavoro e a richiedere la mera consapevolezza dello stato di vulnerabilità del lavoratore. La medesima soluzione, come dimostra la relazione di accompagnamento alla riforma del 2016⁷⁹, è stata accolta dal legislatore tedesco: tuttavia, mentre nell'ordinamento francese sono state introdotte, accanto ai reati di sfruttamento lavorativo, tre ulteriori fattispecie incriminatrici che distinguono già a livello di tipizzazione astratta la schiavitù, la servitù e il lavoro forzato, in Germania – superata la soglia dello sfruttamento punito dal § 233 StGB – si è optato invece per una tipizzazione unitaria delle forme più gravi di sfruttamento lavorativo.

⁷⁷ Come anticipato nel testo, però, va precisato come oltre al reato di *Zwangsarbeit* (§ 232b StGB), che punisce colui che riduce in schiavitù o in servitù un'altra persona ovvero induce quest'ultima a sottomettersi a condizioni di sfruttamento lavorativo, il codice penale tedesco sanziona attraverso un'autonoma fattispecie incriminatrice lo sfruttamento di una persona privata della propria libertà personale (§ 233a StGB). Trattandosi di un'ipotesi concettualmente equiparabile ai fenomeni della schiavitù e della servitù e punita in modo identico al reato di *Zwangsarbeit* (sul punto cfr. J. RENZIKOWSKI, § 233a, in G. M. Sander (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2017³, IV, cit., p. 1345, che ritiene il § 233a StGB una norma «superflua», poiché concernente fenomeni già ricompresi dalle incriminazioni che la precedono), quanto detto nel testo per il § 232b StGB vale in egual misura per il § 233a StGB.

⁷⁸ Sul punto cfr. BT-Drucks., 18/9095, p. 19 ss. Nella dottrina, per tutti, A. PETZSCHE, *Die Neuregelung des Menschenhandels im Strafgesetzbuch*, in KJ, 2017, vol. 50, n. 2, p. 243 ss., che tuttavia esprime scetticismo sulla capacità della riforma di risolvere le difficoltà probatorie che avevano caratterizzato il sistema previgente.

⁷⁹ BT-Drucks., 18/9095, p. 20, ove si afferma che «dovrebbe essere sufficiente per il reato di sfruttamento lavorativo [§ 233 StGB] che l'autore sia consapevole della difficile situazione della vittima, associata a una significativa restrizione della sua capacità di prendere decisioni e di agire, e che ne tragga vantaggio impiegando la stessa in condizioni di sfruttamento».

L'approccio tedesco, volto verosimilmente a evitare i complessi problemi interpretativi legati alla distinzione tra i concetti di schiavitù, servitù e lavoro forzato, è stato però criticato da una parte della dottrina, che ha rilevato come «il disvalore dello sfruttamento lavorativo di cui al § 232b, n. 1, StGB risulta chiaramente inferiore al disvalore della schiavitù, della servitù o delle condizioni ad esse equiparate di cui al n. 2 della medesima disposizione, e ciò a causa del fatto che nella prima ipotesi non sussiste alcun rapporto di assoggettamento della vittima all'autore del reato»⁸⁰. La correttezza di questa osservazione trova conferma nell'utilizzo del verbo «*veranlassen*» nella descrizione della condotta tipica, che a rigore deve ritenersi integrata non soltanto laddove la pressione esercitata sulla vittima rappresenti la causa principale del rapporto di sfruttamento, ma anche in ogni ipotesi di più blanda «influenza psicologica» attuata attraverso «sollecitazioni, uso di autorità, persuasione mediante promesse, [...] semplici richieste, offerte o suggerimenti»⁸¹.

Allo scopo di restringere la portata tanto ampia del § 232b StGB, che finirebbe per racchiudere in sé ipotesi profondamente differenziate, è stata quindi suggerita un'interpretazione correttiva della fattispecie, volta ad assimilare l'induzione allo sfruttamento lavorativo (n. 1) alla riduzione in schiavitù o in servitù (n. 2). Da premettere che di questi ultimi concetti – invero non esplicitamente definiti dal legislatore – prevale nella penalistica tedesca una visione classica: la schiavitù, in conformità alla Convenzione di Ginevra del 1926, è definita come «l'esercizio su un'altra persona di poteri corrispondenti al diritto di proprietà», mentre la servitù, in linea con la Convenzione supplementare di Ginevra del 1956, è descritta come «la condizione nella quale un soggetto è costretto a vivere e lavorare nella terra di un'altra persona e a prestare i propri servizi, retribuiti o non retribuiti, senza poter modificare autonomamente la propria situazione»⁸². Conseguentemente, la presenza di siffatte ipotesi nel § 232b StGB, il cui nucleo costitutivo è rappresentato dall'impossibilità per la vittima di emanciparsi dal proprio stato di oppressione, induce a ravvisare in quest'ultimo elemento il comune denominatore di tutte le forme di sfruttamento

⁸⁰ J. EISELE, § 232b, in A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 2335; analogamente M. BÖSE, *op. cit.*, p. 20; O. OFOSU AYEYEH, *Die Strafbarkeit des Menschenhandels und seiner Ausbeutungsformen: §§ 232-232b StGB*, Nomos, 2019, p. 176.

⁸¹ Così J. EISELE, § 232a, in A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 2328; B. NOLTENIUS – G. WOLTERS, § 232a, in J. Wolter (a cura di), *SK-StGB*, IV, cit., p. 895; F. ZIMMERMANN, § 232a, in H. Satzger – W. Schluckebier (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, 2021⁵, p. 1684; analogamente BT-Drucks., 18/9095, p. 32. Nel senso però che l'induzione richiede «una certa enfasi; la semplice proposta di [...] intraprendere un'attività in condizioni di lavoro sfavorevoli» non è sufficiente J. RENZIKOWSKI, § 232b, in G. M. Sander (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2017³, IV, cit., p. 1327 ss.

⁸² F. ZIMMERMANN, § 232, in H. Satzger – W. Schluckebier (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 1676, che riferisce il concetto di schiavitù tipizzato dai §§ 232 ss. StGB esclusivamente alla schiavitù di diritto, ritenendo quindi che questa fattispecie non possa trovare applicazione ai rapporti di lavoro instauratisi in Germania, non essendo la schiavitù riconosciuta dall'ordinamento tedesco. Sul punto cfr. inoltre J. RENZIKOWSKI, § 232, cit., p. 1291, secondo il quale anche la fattispecie di servitù, non essendo riconosciuta in Germania, può applicarsi soltanto «agli atti volti a sfruttare il lavoro della vittima all'estero»; analogamente J. EISELE, § 232, cit., p. 2321.

tipizzate dal reato di *Zwangsarbeit* e a richiedere, anche per le ipotesi di induzione allo sfruttamento descritte dal § 232b, n. 1, StGB, che il lavoratore risulti sottomesso al datore di lavoro, cioè «privo della possibilità di porre fine di propria iniziativa allo sfruttamento lavorativo»⁸³.

Laddove si accolga quest'ultima interpretazione – che si traduce in un accostamento di schiavitù classica e schiavitù c.d. moderna –, diviene evidente come le differenze tra i sistemi tedesco e francese finiscano in concreto per assottigliarsi, potendo riscontrarsi la tendenza in entrambi gli ordinamenti a distinguere il fenomeno dello sfruttamento lavorativo in due macro-categorie: la prima, comprensiva delle situazioni riferibili ai concetti di schiavitù, servitù e lavoro forzato, caratterizzata dal rigido assoggettamento della vittima all'autore del reato e dall'impossibilità per quest'ultima di emanciparsi dal proprio stato di oppressione (sfruttamento che può pertanto essere definito “coatto”); la seconda, rappresentata invece dallo sfruttamento che potremmo definire “consensuale”⁸⁴, comprensiva delle ipotesi nelle quali il lavoratore subisce le condizioni di sfruttamento come conseguenza non della condotta prevaricatrice del soggetto agente bensì del proprio stato di bisogno (del quale il primo si approfitta)⁸⁵, mantenendo al contempo una minima libertà di evadere dalla propria condizione.

Si tratta di comprendere se, anche sotto il profilo della condizione dei lavoratori tutelati dalla legge penale, sia ravvisabile una simmetria fra i riferiti ordinamenti.

5. Il concetto di *Zwangslage* nel reato di sfruttamento lavorativo.

Nei paragrafi precedenti abbiamo preso in esame la definizione di sfruttamento lavorativo contenuta nel § 232 StGB nonché la distinzione tra i reati di *Zwangsarbeit* (§ 232b StGB) e di *Ausbeutung der Arbeitskraft* (§233 StGB), quest'ultima individuata dalla legge penale nella condotta induttiva dell'agente e, a livello interpretativo, nell'esigenza che la condotta culmini nell'irremovibile assoggettamento della vittima del reato⁸⁶.

⁸³ F. ZIMMERMANN, § 232, *cit.*, p. 1675; propendono analogamente per un'interpretazione restrittiva del concetto di sfruttamento lavorativo nel § 232b StGB J. RENZIOWSKI, § 232, *cit.*, p. 1289; F. MEYER – M. MEYER, *Arbeitsstrafrecht*, in C. Momsen – T. Grützner (a cura di), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, C.H. Beck, 2020², p. 1602; in questo senso, rispetto al previgente § 233 StGB, J. R. EYDNER, *op. cit.*, p. 14; S. KISCHE, *Lohnwucher, Menschenhandel zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeitskraft und Mindestlohnverstöße*, in A. Ignor – A. Mosbacher (a cura di), *Handbuch Arbeitsstrafrecht*, Boorberg, 2016³, p. 538.

⁸⁴ Precisiamo che, per quanto lo stato psicologico del lavoratore sia identificabile in queste ipotesi maggiormente con la tolleranza, la rassegnazione ovvero la mancata obiezione rispetto al proprio sfruttamento, parlare in questa sede di sfruttamento “consensuale” assume il preciso obiettivo di evidenziare la piena compatibilità tra un consenso comunque prestato dal lavoratore e la configurabilità del reato di sfruttamento del lavoro.

⁸⁵ Osserva infatti A. PETZSCHE, *op. cit.*, p. 246, come la minore cornice di pena del reato di sfruttamento lavorativo (§ 233 StGB) rispetto al reato di lavoro forzato (§ 232b StGB) si giustifica alla luce del suo minor disvalore: «non si punisce l'illecita coartazione dell'autodeterminazione della vittima a intraprendere o continuare un'attività lavorativa, ma il “semplice” sfruttamento di una situazione di vulnerabilità»; analogamente J. BAUMANN, *op. cit.*, p. 927.

⁸⁶ Conseguentemente, mentre per l'integrazione del § 232b StGB si ritiene indispensabile l'iniziativa da parte

Affinché entrambe le figure possano perfezionarsi occorre tuttavia un ulteriore requisito, rappresentato dallo stato di bisogno (*Zwangslage*) personale o economico del lavoratore ovvero dalla sua vulnerabilità (*Hilflosigkeit*) legata alla permanenza in un paese straniero.

Come dimostra l'orientamento dottrinale prevalente, lo stato di bisogno e la situazione di debolezza dello straniero rappresentano nell'ordinamento tedesco concetti equivalenti alla «*vulnérabilité*» o a «*l'état de dépendance*» che caratterizzano il sistema francese, venendo intesi come un grave disagio della vittima «non necessariamente minaccioso per la sua esistenza» ma comunque tale da comprometterne l'autodeterminazione e la possibilità di scelta⁸⁷. Sotto questo profilo, dalla relazione di accompagnamento alla riforma del 2016 emerge la volontà di respingere interpretazioni eccessivamente restrittive, affermandosi che se con «stato di bisogno» si intende che «la persona interessata non ha alternative reali e accettabili se non quella di sottomettersi all'abuso», può essere sufficiente che la vittima si trovi in «condizioni economiche precarie» idonee a limitarne la facoltà di decisione. Si deve trattare cioè di una grave difficoltà della vittima, «che però non deve essere minacciata esistenzialmente. [...] Il concetto di “stato di bisogno” (*Zwangslage*) è più ampio di “situazione di emergenza” (*Notlage*)» e per la sua integrazione rilevano anche condizioni di difficoltà non necessariamente di natura economica. «La vittima può trovarsi in una situazione di debolezza – è stato affermato – ad esempio se l'autore del reato la minaccia in modo credibile di avere buoni rapporti con la polizia nel suo paese di origine e di utilizzarli se non si sottomette alla sua volontà. Una vittima che crede a queste minacce, a causa per esempio della propria situazione irregolare, deve essere ritenuta in una condizione di vulnerabilità»⁸⁸.

D'altra parte, però, fra i sistemi francese e tedesco sussistono talune differenze. Si tratta, più precisamente, dei meccanismi di presunzione della vulnerabilità, che concernono in Francia i minori e le persone straniere (*rectius*: «in arrivo sul territorio francese») mentre in Germania, ai sensi dei §§ 232b e 233 StGB, i soggetti minori degli anni ventuno. Quest'ultima opzione – per effetto della quale, in presenza di lavoratori infraventunenni, non occorre accertare lo stato di vulnerabilità – è stata criticata dalla dottrina tedesca, sia pure per ragioni di natura prevalentemente sistematica, non trovando la riferita soglia d'età alcuna corrispondenza nella legislazione domestica e internazionale⁸⁹. A siffatte considerazioni può inoltre aggiungersi che, se la decisione di rafforzare la repressione dello sfruttamento lavorativo in favore di quanti possiedono facoltà di scelta e poteri contrattuali particolarmente limitati risulta condivisibile in linea di principio, solleva perplessità la scelta del legislatore tedesco di rinunciare *tout court* alla tipizzazione delle condizioni che rendono i lavoratori più giovani meritevoli di una

del soggetto attivo, che rappresenta «la forza trainante per l'instaurazione del rapporto di sfruttamento» (così J. RENZIOWSKI, § 232b, cit., p. 1328; analogamente S. BURGER, *Die Neuregelung des Menschenhandels*, in *ZIS*, 2017, p. 179), è opinione comune che nel reato di cui al § 233 StGB l'iniziativa possa provenire tanto dalla vittima, quanto dall'agente.

⁸⁷ Così J. EISELE, § 232, cit., p. 2315; analogamente T. FISCHER, *op. cit.*, p. 1648 ss.; B. NOLTENIUS – G. WOLTERS, § 232, cit., p. 879; J. RENZIOWSKI, § 232, cit., p. 1280 ss.

⁸⁸ BT-Drucks., 18/9095, p. 24 ss.

⁸⁹ O. OFOSU AYEYEH, *op. cit.*, p. 173; J. RENZIOWSKI, § 232b, cit., p. 1323.

rafforzata protezione. Il rischio di un'eccessiva ampiezza della tutela penale è in questi casi evidente, potendo essa estendersi anche a ipotesi di dubbia meritevolezza, concernenti coloro che ad esempio accettano di lavorare in condizioni di sfruttamento non per mancanza di alternative «reali e accettabili», bensì per sostenere spese voluttuarie ecc.

6. L'attività di intermediazione illecita.

Diversamente dal codice francese⁹⁰ – ma analogamente all'art. 603-*bis* del codice italiano – il codice penale tedesco incrimina altresì l'attività di intermediazione illecita diretta ad agevolare lo sfruttamento lavorativo. Ai sensi del § 233, comma 5, StGB viene punito con la reclusione fino a due anni o la multa «chiunque favorisce la commissione del reato di cui al comma 1 attraverso la propria mediazione (*Vermittlung*) avente alternativamente ad oggetto l'instaurazione di un rapporto di sfruttamento (n. 1); l'affitto di locali commerciali (n. 2); l'affitto di locali abitativi al lavoratore (nr. 3)». Si tratta – come si vede – di una norma a più fattispecie, che concerne non soltanto il reclutamento della manodopera ma anche ulteriori forme di agevolazione dello sfruttamento lavorativo, tra le quali l'affitto di locali commerciali (che può avvenire anche in favore della vittima del reato, come nelle ipotesi di falso lavoro autonomo⁹¹) ovvero di locali abitativi. L'interesse verso questa disposizione è legato a due profili essenziali.

Anzitutto, di particolare importanza è la clausola di sussidiarietà contenuta nel secondo periodo del § 233, comma 5, StGB poiché, escludendo la configurazione del reato «se il fatto risulta già punibile con una pena più severa secondo altre disposizioni», dimostra come ai fini della punibilità non occorre il perfezionamento – neppure nella forma tentata – dello sfruttamento di cui al comma 1⁹². Da notare però che, trattandosi di una condotta a consumazione anticipata, il legislatore tedesco ha opportunamente previsto per l'attività di intermediazione un trattamento attenuato rispetto allo sfruttamento di cui al § 233, comma 1, StGB, e ciò a differenza dell'art. 603-*bis* c.p. del codice penale italiano, che equipara *quoad poenam* la condotta agevolatrice allo sfruttamento consumato.

⁹⁰ Il codice penale francese non contempla infatti una figura di intermediazione illecita finalizzata allo sfruttamento lavorativo. Nonostante ciò, siffatta condotta può ritenersi comunque vietata dal codice del lavoro, che prevede per un verso il reato di somministrazione illecita di manodopera (art. L8243-1), il quale punisce con la reclusione fino a due anni e l'ammenda fino a trentamila euro «qualsiasi operazione a scopo di lucro il cui unico obiettivo sia il prestito di manodopera»; per altro verso, il reato di *marchandage* (art. L8234-1), che incrimina con la medesima pena «qualsiasi operazione a scopo di lucro che abbia l'effetto di arrecare un pregiudizio al lavoratore interessato ovvero di eludere l'applicazione delle disposizioni di legge o di un contratto collettivo di lavoro».

⁹¹ BT-Drucks., 18/9095, p. 41.

⁹² Così J. EISELE, § 233, in A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 2337; F. ZIMMERMANN, § 233, in H. Satzger – W. Schluckebier (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 1694.

In secondo luogo, occorre sottolineare la profonda differenza che intercorre tra il § 233, comma 5, StGB, laddove incrimina l'affitto di locali a scopo abitativo, e l'art. 225-14 del codice penale francese, che punisce la sottoposizione del lavoratore a condizioni alloggiative contrarie alla dignità della persona. Nel sistema francese, la sottoposizione a situazioni alloggiative degradanti rappresenta un'ipotesi di sfruttamento dotata di disvalore autonomo, mentre il fondamento dell'incriminazione dell'affitto dei locali abitativi di cui al § 233, comma 5, StGB si ricava dal disvalore strumentale dell'attività di mediazione, insito nell'idoneità di quest'ultima ad agevolare lo sfruttamento lavorativo (comprovata ad esempio dalla «vicinanza dell'alloggio al luogo di lavoro»⁹³. Trattandosi di una condotta astrattamente lecita, occorre che la stessa esprima un'obiettiva connessione, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, con l'evento di sfruttamento che si mira a prevenire⁹⁴. Qualora invece il datore di lavoro approfitti della vulnerabilità del lavoratore per sottoporlo a condizioni alloggiative degradanti, va da sé che sarà il più severo § 233, comma 1, StGB a trovare applicazione.

7. Il reato di usura salariale.

Per concludere l'analisi del sistema tedesco occorre soffermarsi sul reato di usura salariale, ancorché l'importanza di quest'ultima fattispecie sia nel tempo progressivamente diminuita. Se nel 1997, allorché la Corte federale di giustizia ha per la prima volta riconosciuto l'applicabilità del reato di usura allo sfruttamento lavorativo, la fattispecie di *Lohnwucher* (§ 291, comma 1, n. 3, StGB) rappresentava l'unica incriminazione vigente in Germania per la repressione di tale fenomeno, si è visto nei paragrafi precedenti come il contesto normativo sia ora nettamente mutato.

Alle lacune del secolo passato si contrappone oggi un assetto punitivo ipertrofico, caratterizzato dalla presenza di molteplici fattispecie incriminatrici evocative di altrettanti problemi interpretativi. Questa situazione origina dalla parziale sovrapponibilità tra le fattispecie di lavoro forzato (§232b StGB) e di sfruttamento lavorativo (§ 233 StGB) con il reato di usura salariale (§ 291, comma 1, n. 3, StGB), incriminando quest'ultimo con la reclusione fino a tre anni e la multa chiunque approfitta dello stato di bisogno (*Zwangslage*), dell'inesperienza (*Unerfahrenheit*), della mancanza di giudizio (*Mangel an Urteilsvermögen*) ovvero della profonda debolezza di volontà (*erhebliche Willensschwäche*) altrui per farsi dare o promettere, in cambio di una determinata prestazione, vantaggi patrimoniali manifestamente sproporzionati. Fattispecie che, secondo un consolidato indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, può

⁹³ BT-Drucks., 18/9095, p. 42.

⁹⁴ Osservano B. NOLTENIUS – G. WOLTERS, § 233, in J. Wolter (a cura di), *SK-StGB*, IV, cit., p. 913, come occorre che le condotte incriminate dal § 233, comma 5, StGB creino i presupposti per il successivo sfruttamento lavorativo, così realizzando un obiettivo evento intermedio (*objektiven Zwischenerfolg*) rispetto al verificarsi dello sfruttamento; in senso analogo A. PETZSCHE, *op. cit.*, p. 246; J. RENZIOWSKI, § 233, in G. M. Sander (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2017³, IV, cit., p. 1340 ss.

concernere anche il datore di lavoro, venendo integrata allorché la retribuzione risulti inferiore ai due terzi del valore della prestazione lavorativa⁹⁵.

Ora, se nelle ipotesi di concorso tra tali norme sono i §§ 232b e 233 StGB a prevalere⁹⁶, va però detto che l'ambito di applicazione del § 291, comma 1, n. 3, StGB non coincide pienamente con il perimetro del reato di lavoro forzato (§ 232b StGB) e di sfruttamento lavorativo (§ 233 StGB), risultando da un lato più ristretto – assumendo rilevanza ai fini dell'integrazione della fattispecie soltanto le condizioni di lavoro suscettibili di valutazione patrimoniale – e dall'altro lato più ampio. Più precisamente, due sono le situazioni non ricomprese dai §§ 232b e 233 StGB nelle quali può trovare applicazione il reato di usura.

Anzitutto, l'ipotesi in cui la sproporzione fra retribuzione e prestazione lavorativa risulti superiore alla metà ma inferiore ai due terzi di quanto dovuto. Come visto in precedenza, secondo la relazione illustrativa della riforma del 2016, affinché sussista lo sfruttamento lavorativo ai sensi dei §§ 232 ss. StGB occorre che la retribuzione corrisposta al lavoratore sia inferiore almeno alla metà di quella stabilita dalla legge o dai contratti collettivi. Poiché questo criterio si discosta dal parametro dei due terzi, più favorevole al lavoratore, sinora accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di usura, va da sé che qualora la prassi andrà orientandosi per un verso nel senso indicato dalla riferita relazione illustrativa e per altro verso mantenendo il criterio dei due terzi rispetto al § 291, comma 1, n. 3, StGB, il reato di usura – intercettando il margine di sproporzione non coperto dai reati di lavoro forzato e di sfruttamento lavorativo – finirà per mantenere un autonomo ambito di applicazione. Naturalmente, l'esistenza di criteri differenziati per valutare la sproporzione penalmente rilevante tra salario e prestazione lavorativa non giova all'ordine e alla razionalità del sistema tanto più che, con riferimento ai §§ 233 e 291 StGB, essa risulterebbe priva di un fondamento razionale, alla luce delle identiche cornici sanzionatorie (reclusione fino a tre anni o multa).

In secondo luogo, va notato che, mentre i reati di lavoro forzato e sfruttamento lavorativo rappresentano illeciti di danno, l'usura costituisce un reato di pericolo che si perfeziona già con la promessa: conseguentemente, qualora all'accordo non faccia seguito l'esecuzione della prestazione lavorativa, in luogo dei §§ 232b e 233 StGB potrà trovare applicazione la fattispecie di cui al § 291 StGB.

Così delineato l'ambito di applicazione del reato di usura in materia di sfruttamento lavorativo, è infine da sottolineare, con riferimento alla vittima del reato, che se i §§ 232b e 233 StGB richiedono lo stato di bisogno personale o economico del lavoratore ovvero la debolezza dello straniero quali presupposti del reato, ai fini del § 291 StGB rilevano anche l'inesperienza, la mancanza di giudizio ovvero la profonda debolezza di volontà. Se ciò denota, in una prospettiva comparata, come pure nell'ordinamento tedesco la vulnerabilità del lavoratore risulti caratterizzata in chiave non soltanto economica ma anche sociale o personale, sarebbe però erroneo concludere

⁹⁵ Per tutti, T. FISCHER, § 291, in ID., *Strafgesetzbuch*, cit., p. 2241 ss.

⁹⁶ Si tratta di un orientamento consolidato: per tutti, J. EISELE, § 233, cit., p. 2338; F. SALIGER, § 291, in H. Satzger – W. Schluckebier (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 2349; F. ZIMMERMANN, § 232b, *ivi*, p. 1691.

che il presupposto del reato di usura – ossia la condizione di debolezza del soggetto passivo – sia più ampio del presupposto dei reati di lavoro forzato e di sfruttamento lavorativo, venendo integrate le ipotesi riferite, secondo l’orientamento prevalente⁹⁷, allorché il lavoratore si trovi in una posizione tanto debole e svantaggiata da consentire al proprio datore di lavoro di fissare unilateralmente le condizioni del contratto. Potendosi propendere per una sostanziale coincidenza delle situazioni menzionate dai §§ 232b, 233 e 291 StGB, non resta a questo punto che verificare se al medesimo spettro di vulnerabilità del lavoratore abbia conferito analogo rilievo il legislatore spagnolo.

Sezione III – Il sistema spagnolo

1. Introduzione.

Il sistema penale spagnolo in materia di sfruttamento lavorativo manifesta due caratteristiche fondamentali. Da un lato, nonostante il *código penal* del 1995 si presenti rispetto alla materia che ci occupa come un testo particolarmente all’avanguardia, recando nella parte speciale un titolo espressamente dedicato alla tutela dei diritti lavoratori e comprensivo di ben nove fattispecie incriminatrici (*Título XV – De los delitos contra los derechos de los trabajadores*), nessuna di queste figure risulta esplicitamente riferita alle forme più degradanti di sfruttamento lavorativo, negli altri codici incriminate attraverso i concetti di schiavitù, servitù o lavoro forzato. Con l’eccezione dell’art. 607-bis c.p., che punisce come delitto *de lesa humanidad* la riduzione in schiavitù commessa «come parte di un attacco diffuso o sistematico contro una popolazione civile o parte di essa» – e che simboleggia verosimilmente la condanna nei confronti del passato colonialista⁹⁸ –, nel codice spagnolo non v’è alcuna fattispecie che, tramite le categorie della schiavitù o della servitù, criminalizza espressamente il medesimo fenomeno commesso ai danni di un singolo soggetto passivo. Se ciò ha indotto una parte della dottrina a denunciare l’esistenza di una «grave omissione»⁹⁹ da parte del legislatore, vedremo tuttavia come la punibilità di queste forme estreme di sfruttamento sia comunque ricavabile dal sistema positivo.

⁹⁷ Per tutti, G. HEINE – B. HENCKER, § 291, in A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 2911 ss.; T. FISCHER, § 291, cit., p. 2243 ss.; P. PANANIS, § 291, in R. Hefendehl – O. Hohmann (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, 2019³, V, p. 1254 ss.

⁹⁸ Un’analoga figura si rinviene nel codice francese: l’art. 212-1 *code pénal* punisce infatti con l’ergastolo, tra i crimini contro l’umanità, la riduzione in schiavitù commessa «in esecuzione di un piano concertato contro un gruppo di popolazione civile e come parte di un attacco diffuso o sistematico».

⁹⁹ A. PALOMO DEL ARCO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, in A. Camacho Vizcaíno (diretto da), *Tratado de derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 1760; analogamente A. VALVERDE CANO, *Regulación y tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud*, Universidad de Granada, 2020, p. 396 ss.; C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, in G. Quintero Olivares (diretto da), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 415 ss.; EAD., *La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal*, in *Rev. der. pen. crim.*, 2013, n. 10, p. 330 ss.

Dall'altro lato, con riferimento alla principale disposizione volta a contrastare lo sfruttamento del lavoro – rappresentata dall'art. 311 c.p. e comunemente nota come *Imposición de condiciones laborales ilegales* –, va notato come quest'ultima figura sanziona con la reclusione da sei mesi a sei anni e la multa «chiunque, con l'inganno o abusando di una situazione di necessità, impone ai lavoratori al suo servizio condizioni di lavoro o di sicurezza sociale che pregiudicano, sopprimono o limitano i diritti che gli sono riconosciuti da disposizioni legali, contratti collettivi o contratti individuali». È da sottolineare come tale reato risulta caratterizzato da uno speciale disvalore di azione, rappresentato dall'inganno ovvero dall'abuso di una situazione di necessità del lavoratore: disvalore che, allo scopo di rimuovere le connesse difficoltà probatorie, è stato invece attenuato – come riscontrato in precedenza – nei reati di sfruttamento puniti dagli ordinamenti francese e tedesco, dove coincide ora con il mero approfittamento della vulnerabilità o dello stato di bisogno del lavoratore.

Alla luce di siffatte considerazioni, che pongono in luce taluni elementi del sistema spagnolo apparentemente antitetici rispetto all'impostazione che contraddistingue gli altri ordinamenti, si tratta di accertare in quale misura le peculiarità del primo si discostino effettivamente dalle caratteristiche dei secondi.

2. Il delitto di *Imposición de condiciones laborales ilegales*: il concetto di sfruttamento lavorativo.

Per comprendere le particolarità del modello spagnolo – che esamineremo limitatamente alla repressione dello sfruttamento lavorativo, senza soffermarci sulle ulteriori figure presenti nel codice penale concernenti il lavoro irregolare, la somministrazione illecita di manodopera¹⁰⁰, la tutela penale dei diritti sindacali ecc. – occorre anzitutto analizzare i tre elementi costitutivi del delitto di *Imposición de condiciones laborales ilegales* punito dall'art. 311 c.p.: il concetto di sfruttamento lavorativo; le caratteristiche dell'azione delittuosa; lo stato di vulnerabilità del soggetto passivo¹⁰¹.

Sotto il primo profilo è interessante notare come, diversamente dai sistemi francesi e tedesco che accolgono una definizione del concetto di sfruttamento

¹⁰⁰ Va però sottolineato che il codice penale spagnolo – diversamente dai sistemi tedesco e italiano, ma analogamente al modello francese – non contempla una fattispecie diretta a punire l'attività di intermediazione illecita finalizzata allo sfruttamento lavorativo; nonostante ciò, al ricorrere dei presupposti, tale condotta risulta comunque punibile ai sensi dell'art. 312 c.p., che incrimina con la reclusione da due a cinque anni e la multa il «traffico illegale di manodopera». Sull'interpretazione di quest'ultimo concetto R. DE VICENTE MARTINEZ, *Derecho penal del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 244 ss.

¹⁰¹ Occorre considerare come il delitto punito dall'art. 311 del codice penale del 1995 riproduce ampiamente il contenuto dell'art. 499-bis c.p. introdotto nel codice penale del 1944 dalla legge 15 novembre 1971, n. 44, con l'unica eccezione rappresentata dalle modalità della condotta tipica – l'inganno o l'abuso di una situazione di necessità del lavoratore –, che hanno sostituito le *maquinaciones* o i *procedimientos maliciosos* del testo previgente. Alla luce della parziale analogia tra le due norme, per l'interpretazione dei rispettivi elementi comuni sarà possibile rifarsi agli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali formati anteriormente all'entrata in vigore del codice vigente.

prevalentemente di carattere descrittivo, in quanto incentrata su elementi che formalmente prescindono da parametri di valutazione di tipo legale¹⁰², il sistema spagnolo adotta analogamente al modello italiano una tecnica di tipizzazione di natura normativa, caratterizzando la nozione di sfruttamento alla stregua di un rapporto di lavoro che si svolge in contraddizione con la disciplina di settore. A differenza del nostro art. 603-bis c.p., però, l'art. 311 del *código penal* utilizza – come anticipato – una formula più generica, che non soltanto evoca problemi di determinatezza ma esprime anche una maggiore estensione del perimetro della fattispecie. A questo riguardo, tre sono i profili che richiedono particolare attenzione.

Anzitutto, va sottolineato come oltre alle condizioni di lavoro, quali la retribuzione, l'orario lavorativo, i tempi di riposo ecc., nel sistema spagnolo assumono rilevanza anche le condizioni di sicurezza sociale disciplinate dalle norme in materia di inquadramento contrattuale, di indennità per malattia, di incapacità temporanea, di maternità, di contributi previdenziali ecc.¹⁰³. In secondo luogo, è da notare come la fonte dei diritti la cui violazione può integrare un'ipotesi di sfruttamento è rappresentata non soltanto dalla normativa di settore ovvero dai contratti collettivi, ma – come afferma espressamente l'art. 311 c.p. – anche dai contratti individuali. Infine, diversamente dagli ordinamenti francese, tedesco e italiano, dove il concetto di sfruttamento risulta a vario titolo incentrato sulla “manifesta” o “palese” sproporzione o violazione delle disposizioni giuslavoristiche ovvero sulla contrarietà alla dignità umana delle condizioni imposte al lavoratore, in Spagna è sufficiente che siano pregiudicati ovvero semplicemente “limitati” i diritti riconosciuti a quest'ultimo.

La significativa ampiezza della riferita formulazione induce la dottrina e la giurisprudenza a propendere per interpretazioni di carattere restrittivo. Ciò avviene anzitutto rispetto alla fonte dei diritti dei lavoratori la cui violazione è suscettiva di integrare la fattispecie, contestandosi la tipicità anche dei diritti accordati dal contratto individuale, in quanto ritenuta incongruente con la natura indisponibile degli interessi tutelati nonché con la funzione di *extrema ratio* del diritto penale¹⁰⁴.

Inoltre, con riferimento alla lesione dei diritti dei lavoratori, che ai sensi dell'art. 311 c.p. devono risultare «pregiudicati», «soppressi» ovvero «limitati», l'indirizzo prevalente qualifica il reato in esame come un delitto *de resultado cortado*, reputando

¹⁰² Si è visto tuttavia nei paragrafi precedenti come l'indeterminatezza delle definizioni di carattere descrittivo del concetto di sfruttamento – la manifesta sproporzione tra prestazione lavorativa e retribuzione nel sistema francese ovvero la manifesta sproporzione tra le condizioni di lavoro del soggetto passivo e le condizioni di coloro che svolgono attività analoghe o comparabili nel sistema tedesco – costringano gli interpreti a integrare la base del giudizio con parametri normativi, quali ad esempio le disposizioni in materia di salario minimo, di orari di lavoro, di riposo, di igiene e sicurezza ecc., sicché anche in Francia e in Germania il concetto di sfruttamento finisce per assumere – come riscontrato nel testo – un carattere normativo.

¹⁰³ Così R. DE VICENTE MARTINEZ, *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁴ I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Art. 311*, in M. Cobo del Rosal (diretto da), *Comentarios al Código penal*, Cesej, 2006, X, t. I, p. 227; M. ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 2000, p. 460; C. VILLACAMPA ESTIARTE – M. SALAT PAISAL, *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, in G. Quintero Olivares (diretto da), *Comentarios al Código penal español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016⁷, II, p. 693.

sufficiente per la consumazione dell'illecito il mero «pregiudizio giuridico», ossia che il rapporto di lavoro «abbia inizio nelle condizioni illegali» descritte dalla norma, senza la necessità di un effettivo danno economico per il lavoratore¹⁰⁵. Se questa concezione illumina di significato la tipologia di offesa punita dall'art. 311 c.p., dimostrando come il concetto di sfruttamento assuma pure nel sistema spagnolo un'accezione non soltanto patrimonialistica ma anche personalistica – analogamente a quanto riscontrato negli altri ordinamenti –, va tuttavia notato, con riferimento all'intensità della lesione, come nella prassi si richieda «che la privazione delle condizioni di lavoro e di sicurezza sociale» tipizzata dall'art. 311 c.p. risulti «significativa o importante», non potendo «essere considerato tipicamente rilevante qualsiasi diritto riconosciuto al lavoratore. [...] Occorre escludere come penalmente punibili quelle lesioni di diritti che possono essere facilmente riparate attraverso un procedimento amministrativo o giudiziario [extrapenale, N.d.A.] mentre, quando questo non è accessibile al lavoratore a causa dell'abuso subito, occorre almeno che quei diritti abbiano una certa importanza, anche se non necessariamente di natura economica. Ovviamente, in ogni caso, la realtà e l'illegalità del danno devono essere sufficientemente dimostrate»¹⁰⁶.

Come si vede, dunque, al netto di talune differenze di carattere tecnico-normativo ovvero terminologico, il diritto vivente dimostra come il concetto di sfruttamento lavorativo nell'ordinamento spagnolo non si discosti significativamente da quello adottato negli altri ordinamenti poiché, nonostante la formulazione astrattamente più ampia che contraddistingue l'art. 311 c.p., anche in Spagna si finisce per richiedere una notevole e rilevante compressione dei diritti del lavoratore. Piuttosto, l'analisi comparativa conferma come il principale aspetto problematico del concetto di sfruttamento – come già riscontrato nei sistemi francese e tedesco – sia rappresentato dalla sua indeterminatezza¹⁰⁷ che, nell'indurre la giurisprudenza a ripiegare su interpretazioni di carattere restrittivo, manifesta la necessità di una maggiore precisione e di un più serio sforzo definitorio da parte dei legislatori.

¹⁰⁵ L. ARROYO ZAPATERO, *Manual de derecho penal del trabajo*, Praxis, 1988, p. 36; I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 224 ss.; L. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, in AA.VV., *Derecho penal económico y de la empresa*, Olejnik, 2018, p. 601; F. NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 63 ss.; A. PALOMO DEL ARCO, *op. cit.*, p. 1764; C. VILLACAMPA ESTIARTE – M. SALAT PAISAL, *op. cit.*, p. 695 ss. In giurisprudenza TS, 9 giugno 2016, n. 494; Id., 28 settembre 2017, n. 639, ove si afferma che l'art. 311 c.p. «si consuma con la semplice privazione o limitazione dei diritti del lavoratore, senza richiedere alcun danno che, se esistesse, costituirebbe l'esaurimento del reato».

¹⁰⁶ Così TS, 9 giugno 2016, n. 494; analogamente Id., 28 settembre 2017, n. 639; Id., 18 febbraio 2021, n. 70, secondo cui, da un punto di vista oggettivo, «occorre una chiara violazione dei diritti dei lavoratori, con una rilevanza sufficiente da giustificare la sanzione penale».

¹⁰⁷ Secondo L. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 597, l'art. 311 c.p. descrive l'evento di sfruttamento «in termini straordinariamente ampi».

2.1. La condotta tipica: l'imposizione delle condizioni di sfruttamento mediante inganno o abuso di necessità.

Anche con riferimento alla condotta tipica del reato di sfruttamento lavorativo, l'ordinamento spagnolo esprime differenze apparentemente non trascurabili rispetto agli altri ordinamenti. Invero, se in Germania e in Francia si è proceduto – per ragioni di praticabilità processuale e di efficienza repressiva – a identificare il disvalore di condotta dell'illecito con il mero approfittamento della vulnerabilità della vittima, in Spagna occorre che le condizioni di sfruttamento siano «imposte» dal datore di lavoro tramite «inganno» ovvero «abuso della situazione di necessità» del lavoratore. Alla luce di siffatta considerazione, si deve concludere che l'ambito operativo del diritto penale spagnolo in materia di sfruttamento lavorativo risulti più circoscritto rispetto agli altri ordinamenti?

Approfondiamo anzitutto l'analisi della condotta tipica definita dal verbo *imponer*. Se è pacifico che l'imposizione delle condizioni di sfruttamento possa avvenire su un piano tanto giuridico quanto fattuale, cioè concernere la fase sia di stipulazione che di esecuzione del contratto¹⁰⁸, maggiori problemi interpretativi sorgono rispetto al contenuto di tale condotta.

Secondo una parte della dottrina, il concetto di imposizione postulerebbe la minaccia ovvero almeno la sopraffazione da parte del datore di lavoro, che deve coartare la volontà del lavoratore onde costringerlo ad accettare condizioni lavorative che altrimenti non accetterebbe¹⁰⁹. Senonché, laddove prevalesse siffatta interpretazione, va da sé che la tutela accordata dall'art. 311 del codice spagnolo si rivelerebbe meno estesa rispetto ai reati di sfruttamento lavorativo puniti dagli artt. 225-13 e 225-14 del codice francese ovvero dal § 233 del codice tedesco, non occorrendo per l'integrazione di questi ultimi che l'autodeterminazione della vittima – già profondamente limitata dal proprio stato di bisogno – venga ulteriormente coartata dal datore di lavoro.

Il riferito indirizzo ermeneutico risulta tuttavia minoritario. Secondo la dottrina prevalente, il concetto di imposizione «potrebbe essere sostituito, senza variazioni

¹⁰⁸ In dottrina si era in realtà dubitato che la condotta descritta dal verbo *imponer* potesse riguardare anche la fase di stipulazione del contratto, e ciò per la duplice ragione che l'art. 311 c.p. si riferisce da un lato ai lavoratori «al servizio» del datore di lavoro, così evocando l'immagine di lavoratori già assunti; dall'altro lato, a condizioni di lavoro che pregiudicano o limitano i diritti riconosciuti non soltanto dalla legge e dai contratti collettivi ma anche dal «contratto individuale», così evidentemente postulando l'avvenuto perfezionamento della fase negoziale. Tuttavia, l'orientamento maggioritario nega che l'art. 311 c.p. imponga una siffatta interpretazione restrittiva della fattispecie, ciò che d'altronde significherebbe sterilizzare la tutela apportata dalla norma, considerato che è proprio nella fase di stipulazione del contratto che ha maggiormente luogo il fenomeno criminoso in esame. Sul punto J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código penal en el marco del derecho penal del trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008, p. 105; F. PEDREIRA GONZÁLEZ, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, in AA.VV., *Delitos de defraudación a la seguridad social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Wolters Kluwer, 2015, p. 234.

¹⁰⁹ In questo senso, con riferimento al previgente art. 499-bis c.p., M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, 1978, p. 521; G. QUINTERO OLIVARES, *Algunas consideraciones críticas sobre la libertad y seguridad en el trabajo*, in *Rev. Jur. Catal.*, 1972, vol. 71, n. 2, p. 63 ss.

apprezzabili di contenuto, con espressioni più asettiche, come “porre” o “applicare” le condizioni di lavoro [...]. Il termine “imporre” non ha alcun effetto limitativo della condotta tipica. Si tratta di un’espressione neutra [...], che esprime nulla di più della classica dinamica della relazione lavorativa, nella quale il datore di lavoro gode di una supremazia tanto giuridica quanto fattuale»¹¹⁰. E a sostegno di questa conclusione si osserva come l’art. 311, comma 4, c.p. minaccia la reclusione da sei mesi a nove anni se l’imposizione delle condizioni lavorative avviene «con violenza o intimidazione», derivandone che siffatte modalità di azione risultano giocoforza estranee alla fattispecie base¹¹¹. Le medesime considerazioni hanno altresì indotto il *Tribunal Supremo* a riconoscere come «il termine “imposizione” di cui all’art. 311 c.p. implica non una nota di intimidazione o violenza, bensì una situazione in cui il lavoratore non ha la libertà di scegliere, perché quando l’alternativa è smettere di lavorare e diventare disoccupato, è chiaro che lo sfruttamento non è frutto di una libera scelta»¹¹². Inoltre, per le stesse ragioni si è ritenuto che il concetto di «abuso» di una situazione di necessità tipizzato dall’art. 311 c.p. descrive non la condotta costrittiva o violenta del datore di lavoro, ma soltanto l’approfittamento della vulnerabilità del lavoratore attraverso il quale quest’ultimo viene indotto a lavorare in condizioni di sfruttamento¹¹³.

Occorre pertanto notare come, anche sotto il profilo della condotta tipica, il reato di sfruttamento lavorativo punito dall’art. 311 del *código penal* non si discosta dalle omologhe figure presenti negli altri ordinamenti. Ciò che anche in Spagna viene punito è infatti l’estrazione di un profitto, attraverso l’imposizione di condizioni palesemente difformi dai requisiti legali, da lavoratori tanto fragili e vulnerabili da non disporre della forza negoziale per opporsi al proprio datore di lavoro o addirittura da intravedere nel lavoro svolto in condizioni di sfruttamento un miglioramento della propria situazione esistenziale, senza la necessità di una condotta violenta o prevaricatrice da parte del soggetto agente¹¹⁴.

D’altra parte, una differenza sotto il profilo della condotta tipica tra il modello spagnolo e i sistemi francese e tedesco però esiste e risiede nel fatto che il delitto di *Imposición de condiciones laborales ilegales* viene integrato allorquando lo sfruttamento lavorativo rappresenta l’esito non soltanto dell’approfittamento della vulnerabilità del

¹¹⁰ M. ORTUBAY FUENTES, *op. cit.*, p. 468 ss.; analogamente I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 219; R. DE VICENTE MARTINEZ, *op. cit.*, p. 136; E. POMARES CINTAS, *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 69 ss.; C. VILLACAMPA ESTIARTE – M. SALAT PAISAL, *op. cit.*, p. 691.

¹¹¹ E. DELGADO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in AA.VV., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, 2020⁵, p. 612.

¹¹² TS, 5 aprile 2017, n. 247.

¹¹³ Per tutti, R. DE VICENTE MARTINEZ, *op. cit.*, p. 150 ss.

¹¹⁴ In questo senso, paradigmatica è la vicenda affrontata in TS, 30 giugno 2000, n. 995, nella quale al lavoratore – un funzionario doganale algerino che aveva bisogno di lavorare in Spagna per ottenere il permesso di soggiorno – era stato fatto firmare un contratto ‘di schiavitù’, venendo poi sottoposto a condizioni lavorative di sfruttamento. Nonostante il lavoratore conservasse la piena libertà di sottrarsi a siffatta condizione – ciò che in effetti fece non appena la sua domanda fu rigettata dall’amministrazione spagnola –, il *Tribunal supremo* non ravvisò alcun ostacolo alla qualificazione del fatto ai sensi dell’art. 499-bis del codice penale previgente, oggi sostituito dall’art. 311 c.p.

lavoratore ma anche dell'inganno perpetrato dal datore di lavoro (pensiamo a un raggirio sull'ammontare della retribuzione ovvero sul contenuto della prestazione lavorativa). Non occorrendo in questo caso lo stato di necessità del soggetto passivo, si potrebbe ipotizzare un ambito operativo più ampio dell'art. 311 c.p. rispetto ai reati di sfruttamento che caratterizzano gli altri ordinamenti.

Contro questa osservazione è possibile però notare come, essendo la fraudolenza della condotta destinata a palesarsi in tempi relativamente brevi (ad esempio nel momento in cui ha inizio l'attività lavorativa ovvero in occasione della corresponsione della prima busta paga), qualora il lavoratore scegliesse nondimeno di proseguire il rapporto di lavoro – diversamente, in caso di dimissioni immediate, si potrebbe dubitare dello stesso perfezionamento del reato – dovrebbe ritenersi verosimilmente dimostrato il suo stato di bisogno, così rivelando la sostanziale sovrapponibilità tra le ipotesi di inganno e di abuso della vulnerabilità del lavoratore. Tuttavia, poiché possono comunque astrattamente concepirsi situazioni di sfruttamento determinate dall'inganno delle quali risultino vittima anche lavoratori non vulnerabili, occorre riconoscere come in questi casi – punibili negli altri ordinamenti a titolo di truffa – il reato di sfruttamento lavorativo nel sistema spagnolo finisca per assumere un perimetro più ampio.

2.2. La «situazione di necessità» del lavoratore.

Ad eccezione delle ipotesi nelle quali lo sfruttamento lavorativo è imposto mediante inganno, per l'integrazione dell'art. 311 c.p. occorre dunque che il lavoratore versi in una «situazione di necessità»: nozione che, nell'ordinamento spagnolo, ha suscitato vivaci contrasti interpretativi. In un primo momento, essa è stata intesa in senso estensivo dalla giurisprudenza, venendo identificata con il fisiologico squilibrio che sussiste tra datori di lavoro e lavoratori, nonché equiparata alla generale difficoltà di avere accesso a un posto di lavoro¹¹⁵: «una situazione di necessità – è stato affermato – deve ritenersi sempre esistente in un contesto di disoccupazione generalizzata»¹¹⁶.

A questa interpretazione è stato tuttavia replicato come la situazione descritta dall'art. 311 c.p. postula giocoforza «un bisogno più intenso di quello ordinario o generico che conduce qualsiasi persona a cercare un impiego lavorativo, non potendo paragonarsi una tale situazione a una qualsiasi ricerca di lavoro»¹¹⁷, poiché diversamente si finirebbe per rendere illecite dinamiche fisiologiche del mercato del lavoro e per espandere senza misura l'area dell'intervento penale¹¹⁸. Nel 2016, però, discostandosi ulteriormente dal primo orientamento riportato, è stata avanzata in giurisprudenza una terza e particolarmente restrittiva interpretazione della situazione di necessità tipizzata dall'art. 311 c.p., volta per un verso a equiparare quest'ultima allo stato di necessità inteso come causa di giustificazione e per altro verso a escluderne la sussistenza

¹¹⁵ TS, 16 ottobre 2000, n. 1611.

¹¹⁶ SAP, Santa Cruz de Tenerife, 15 febbraio 2002, n. 164.

¹¹⁷ SAP, Pamplona/Iruña, 11 novembre 2003, n. 650.

¹¹⁸ Per tutti, R. DE VICENTE MARTINEZ, *op. cit.*, p. 158.

«qualora il soggetto che ne soffre non è lontano da risorse che gli permettono di sottrarsi alla condotta approfittatrice del datore di lavoro, dovendosi considerare, tra queste, anche il ricorso all'autorità giudiziaria»¹¹⁹.

Dinanzi a siffatta pluralità di orientamenti, nel 2017 il *Tribunal Supremo* è nuovamente intervenuto sul problema delineato, accogliendo un orientamento di carattere intermedio. La situazione di necessità di cui all'art. 311 c.p. – è stato rilevato – «deve avere maggiore consistenza di quella che deriva dalla semplice disuguaglianza tra datori di lavoro e lavoratori, senza però arrivare a un'interpretazione così angusta che renderebbe questo reato impossibile da commettere»; e senza che, «in alcun modo, questa possa venire equiparata all'omonima causa di giustificazione di cui all'art. 20, comma 5, c.p.», trattandosi di ipotesi «di diversa natura e intensità, che operano in contesti differenziati»¹²⁰. Non solo: in una pronuncia di poco successiva i giudici di legittimità hanno precisato che, se «una situazione di necessità esiste quando non v'è alternativa reale o accettabile se non quella di sottomettersi all'abuso, l'inciso 'reale o accettabile' contenuto in questa definizione deve essere correttamente inteso. In astratto esiste sempre un'alternativa: denunciare, resistere, opporsi, rifiutare le condizioni di sfruttamento. È però in concreto che deve valutarsi se la vittima possa ragionevolmente seguire una strada diversa dalla rassegnata accettazione delle condizioni ingiuste che le vengono imposte. Non è quindi sufficiente indicare possibili alternative se queste in concreto, alla luce delle circostanze fattuali e della situazione personale della vittima, non risultano effettivamente percorribili»¹²¹.

Quest'ultimo orientamento – come dimostra una recente sentenza del *Tribunal supremo*¹²² – risulta attualmente consolidato nella giurisprudenza di legittimità ed è prevalente anche in dottrina¹²³. Conseguentemente, occorre notare come la «situazione di necessità» di cui all'art. 311 del codice spagnolo si rivela assimilabile ai concetti di vulnerabilità o di stato di bisogno che caratterizzano i reati di sfruttamento negli ordinamenti francese e tedesco, essendo questi intesi – come visto in precedenza – quali situazioni di obiettiva indigenza materiale ma senza venire estremizzate al punto di riferire il bisogno del lavoratore alla sua sopravvivenza fisica. Se questa considerazione, anche allo scopo di assicurare una tutela omogenea dei lavoratori nel territorio dell'Unione europea, offre ulteriore sostegno all'indirizzo ermeneutico che, sul versante

¹¹⁹ TS, 9 giugno 2016, n. 494. Per la critica L. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 598.

¹²⁰ TS, 5 aprile 2017, n. 247.

¹²¹ TS, 28 settembre 2017, n. 639.

¹²² TS, 18 febbraio 2021, n. 70.

¹²³ Tra gli altri, I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 231; R. DE VICENTE MARTINEZ, *op. cit.*, p. 158; F. NAVARRO CARDOSO, *op. cit.*, p. 53; M. PÉREZ MANZANO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, in *Rel. lab.*, 1997, n. 1, p. 277; E. POMARES CINTAS, *op. cit.*, p. 72 ss.; J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática*, in *Est. pen. crim.*, 2021, vol. XLI, p. 29; C. VILLACAMPA ESTIARTE – M. SALAT PAISAL, *op. cit.*, p. 692. Nel senso che l'art. 311 c.p. tutela non i diritti minimi e inderogabili – come ritiene la dottrina dominante – bensì la libertà di scelta dei lavoratori, con la conseguenza che la situazione di necessità deve essere interpretata in senso ampio e riferita a obiettivi e traguardi che consentano di soddisfare anche la propria «autostima» ovvero di conseguire «uno sviluppo professionale, personale o intellettuale», F. PEDREIRA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 240.

italiano, propone un’analoga ricostruzione del concetto di «stato di bisogno» di cui all’art. 603-bis c.p.¹²⁴, per concludere sul punto va sottolineato come il sistema spagnolo, analogamente a quanto riscontrato nell’ordinamento francese, presume la situazione di necessità (e minaccia una sanzione più severa nel minimo edittale) allorquando le vittime dello sfruttamento risultino «persone straniere senza permesso di lavoro».

Più precisamente, l’art. 312, comma 2, c.p. incrimina con la reclusione da due a cinque anni e la multa «coloro che impiegano persone straniere senza permesso di lavoro in condizioni che pregiudicano, sopprimono o limitano i diritti riconosciuti da disposizioni legali, contratti collettivi o contratti individuali». Si tratta di una disposizione incentrata sul medesimo evento di sfruttamento che caratterizza il delitto di *Imposición de condiciones laborales ilegales* (art. 311 c.p.) ma con la differenza che nell’art. 312, comma 2, c.p., in quanto reato a forma libera, non occorrono gli stessi *medios comisivos* tipizzati dall’art. 311, comma 1, c.p., rappresentati dall’inganno ovvero dall’abuso dello stato di necessità del lavoratore.

Allo scopo di evitare «il paradosso che i lavoratori stranieri senza permesso di lavoro siano tutelati in misura rafforzata rispetto ai lavoratori nazionali»¹²⁵ (ovvero ai lavoratori in possesso della cittadinanza europea o muniti del permesso di lavoro), l’indirizzo maggioritario ritiene che il legislatore spagnolo abbia introdotto attraverso questa norma una presunzione legale di vulnerabilità nei confronti dello straniero irregolare che, per comune esperienza, versa in una situazione di precarietà¹²⁶. Tuttavia, secondo un altro orientamento, siffatta presunzione – indubbiamente munita di fondamento, in quanto basata «sulla realtà o, se si preferisce, su una regola di esperienza certa» – non può essere ammessa senza eccezioni, potendo darsi ipotesi peculiari nelle quali il lavoratore irregolare non si trovi in uno stato di bisogno: «si pensi al caso di uno straniero senza permesso di lavoro che, pur non versando in una situazione di necessità, accetti nondimeno di lavorare senza retribuzione ovvero con una retribuzione insignificante o simbolica allo scopo di perfezionare la conoscenza della lingua»¹²⁷.

Da questo punto di vista, la presunzione legale di necessità dovrebbe essere intesa, analogamente a quanto avviene nella prassi francese, come semplicemente relativa, rappresentando la situazione di irregolarità un mero indizio dello stato di bisogno del lavoratore. Al contempo, l’autonomia e la maggiore severità dell’art. 312, comma 2, c.p. rispetto all’art. 311, comma 1, c.p. manterrebbero un proprio significato, alla luce dell’esigenza non soltanto di tutelare in modo rafforzato i lavoratori più vulnerabili ma anche di contrastare l’immigrazione illegale¹²⁸.

¹²⁴ Sui problemi interpretativi legati al concetto di «stato di bisogno» del lavoratore nell’art. 603-bis del codice penale italiano sia consentito rinviare a C. CUCINOTTA, *Il ruolo del consenso e lo stato di bisogno del lavoratore nell’art. 603-bis c.p.*, in *AP*, 2021, n. 2, p. 10 ss.

¹²⁵ R. DE VICENTE MARTINEZ, *op. cit.*, p. 290.

¹²⁶ A. BAYLOS GRAU – J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, Trotta, 1997², p. 94 ss.; M. ORTUBAY FUENTES, *op. cit.*, p. 202; M. PÉREZ MANZANO, *op. cit.*, p. 281 ss.

¹²⁷ F. PEDREIRA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 315.

¹²⁸ E. POMARES CINTAS, *op. cit.*, p. 117.

3. La repressione di schiavitù, servitù e lavoro forzato.

L'indagine svolta nei paragrafi precedenti ha dimostrato come il reato di sfruttamento lavorativo disciplinato dall'art. 311 del *código penal* presenti, nonostante talune differenze sotto il profilo sia tecnico-normativo che lessicale, sostanziali analogie con le omologhe figure che caratterizzano gli ordinamenti francese e tedesco. Si tratta ora di verificare, alla luce dell'assenza nel codice spagnolo di un'incriminazione espressamente riferita alla schiavitù e alla servitù, se una medesima analogia sia ravvisabile anche rispetto alla repressione delle forme più gravi di sfruttamento lavorativo.

Come anticipato, una parte della dottrina, rilevando l'inidoneità del menzionato art. 311, comma 1, c.p. a esaurire l'offesa che contraddistingue queste ultime ipotesi – il cui *surplus* di disvalore rimarrebbe pertanto impunito –, ha lamentato l'esistenza di un grave vuoto di tutela, nonché la contraddizione di avere incriminato la tratta di persone finalizzata alla riduzione in schiavitù, in servitù o al lavoro forzato (art. 177-*bis* c.p.) ma non l'evento lesivo che essa mira a impedire¹²⁹.

Nel singolare silenzio che la penalistica maggioritaria riserva alla problematica delineata, è possibile dubitare della correttezza di siffatta critica. Occorre infatti considerare che per le forme più gravi di sfruttamento lavorativo l'art. 311, comma 4, c.p. prevede – come si è detto – un aggravamento di pena, stabilendo la reclusione da sei mesi a nove anni «se le condotte descritte nei paragrafi precedenti sono realizzate con violenza o intimidazione». Nonostante il tenore letterale della norma induca a ipotizzare che si tratti di una circostanza aggravante, questa disposizione configura una fattispecie autonoma di reato. Diversamente, la violenza e l'intimidazione dovrebbero ritenersi accessorie rispetto all'inganno ovvero all'abuso di una situazione di necessità che caratterizza la fattispecie base di cui all'art. 311, comma 1, c.p. Poiché però esse rappresentano nella prassi strumenti sufficienti per imporre le condizioni di sfruttamento lavorativo, va da sé che qualificare l'ipotesi descritta dall'art. 311, comma 4, c.p. come una circostanza aggravante – e dunque esigere la contestualità di violenza o intimidazione rispetto all'inganno ovvero all'approfittamento dello stato di necessità di cui al comma 1 – significherebbe convertire questa figura «in lettera morta», così negando tutela ai lavoratori dagli attacchi maggiormente lesivi dei propri diritti individuali¹³⁰.

La natura di fattispecie autonoma dell'art. 311, comma 4, c.p. possiede altresì il pregio di evidenziare la netta differenza che intercorre con l'art. 311, comma 1, c.p., giacché in quest'ultimo caso il lavoratore è indotto a subire le condizioni di sfruttamento dal proprio stato di bisogno risultando la sua volontà coartata da fattori estranei al rapporto intersoggettivo, mentre in quello egli è costretto allo sfruttamento direttamente dal datore di lavoro venendo sottomesso dalla sua prevaricazione. Inoltre, una conferma

¹²⁹ A. PALOMO DEL ARCO, *op. cit.*, p. 1760; A. VALVERDE CANO, *op. cit.*, p. 396 ss.; C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, cit., p. 415 ss.; EAD., *La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal*, cit., p. 330 ss.

¹³⁰ Per tutti, J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 83 ss.

che la principale differenza tra le due ipotesi va ricercata nel diverso meccanismo che presiede all'instaurazione del rapporto di lavoro viene anche dalla scelta del legislatore di utilizzare, nella tipizzazione dell'art. 311, comma 4, c.p., il concetto non soltanto di «violenza» ma anche di «intimidazione», che più della generica «minaccia» – originariamente contenuta nell'art. 285 del progetto di codice penale del 1994 – evoca la coartazione e la conseguente sottomissione alle quali risulta sottoposto il lavoratore.

In conclusione, nonostante sia assente nell'ordinamento spagnolo una norma incriminatrice che impieghi nella rubrica o nella descrizione del fatto tipico i termini “schiavitù”, “servitù” o “lavoro forzato”, occorre ritenere che anche queste forme più gravi di sfruttamento lavorativo, incentrate sulla coercizione ovvero sul rigido assoggettamento del lavoratore, siano *de lege lata* punite dal *código penal*. Non solo: va sottolineato come la cornice edittale prevista dall'art. 311, comma 4, c.p. per la repressione di siffatti fenomeni (reclusione da sei mesi a nove anni) risulta pienamente sovrapponibile a quella dei reati di lavoro forzato e di riduzione in servitù previsti dal sistema francese (reclusione rispettivamente fino a sette e a dieci anni) ovvero del reato di *Zwangsarbeit* contenuto nel codice tedesco (reclusione da sei mesi a dieci anni), così dimostrando l'inesistenza del vuoto di tutela denunciato. Ne consegue che, anche con riferimento alla schiavitù, alla servitù ovvero al lavoro forzato, le differenze che caratterizzano l'ordinamento spagnolo si rivelano più apparenti che reali.

4. Conclusioni.

Alla luce dell'analisi comparata dei sistemi francese, tedesco e spagnolo – e tenendo conto anche dell'esperienza italiana – è possibile formulare le seguenti conclusioni.

Anzitutto, emerge come una definizione rigorosamente univoca dei concetti di schiavitù, servitù, lavoro forzato e sfruttamento lavorativo non sia raggiungibile. Sul piano sociologico e antropologico si è visto come queste categorie sfuggano a una ricostruzione unitaria, così rivelando l'inadeguatezza dei modelli di tipizzazione che erroneamente ne assumono un significato predato, mentre sotto il profilo normativo si è riscontrato che taluni ordinamenti enucleano tante fattispecie quanti sono i concetti delineati (è il caso del sistema francese) e che altri tendono a giustapporre una singola incriminazione concernente le forme più allarmanti di sfruttamento a un'unica fattispecie proiettata sulle ipotesi meno gravi (come avviene negli ordinamenti spagnolo e italiano e, in parte, in quello tedesco). Quanto poi al concetto di sfruttamento lavorativo, è emerso che alle definizioni di carattere descrittivo (adottate dai sistemi francese e tedesco) si accostano tecniche di tipizzazione di natura normativa (è il caso della Spagna o dell'Italia), ancorché siffatta contrapposizione finisca per essere temperata sul piano interpretativo dal ricorso generalizzato a parametri di tipo legale o regolamentare.

D'altra parte, nonostante le riferite differenze, sono emerse anche significative caratteristiche comuni ai sistemi esaminati. Anzitutto, si è visto come lo sfruttamento del lavoro penalmente rilevante sia riconducibile, in ciascuno di siffatti ordinamenti, a due

diverse categorie dogmatiche. La prima è rappresentata dalle ipotesi caratterizzate dalla prevaricazione del datore di lavoro nonché dal rigido assoggettamento del lavoratore e dalla connessa impossibilità per quest'ultimo di emanciparsi dal proprio stato di oppressione (sfruttamento c.d. coatto). All'interno di questa categoria si è poi riscontrato che taluni Stati, come ad esempio la Francia, procedono a ulteriori distinzioni già in sede di tipizzazione astratta a seconda che lo sfruttamento abbia natura prolungata (reati di schiavitù e di servitù) ovvero si esaurisca in un'unica e isolata prestazione (reato di lavoro forzato), e che altri, come la Germania e la Spagna, adottano invece un modello di tipizzazione unitario (rispettivamente, reati di *Zwangsarbeit* e di sfruttamento mediante violenza o intimidazione) demandando all'organo giudicante il compito di adeguare la misura del trattamento sanzionatorio alle caratteristiche concrete del fatto incriminato. Che si tratti di modelli di tipizzazione alternativi di un medesimo fenomeno criminoso ha trovato conferma nell'omogeneità delle rispettive cornici di pena, caratterizzate nei tre ordinamenti menzionati da un minimo edittale mai superiore ai sei mesi di reclusione e da un livello massimo ricompreso tra i sette e i dieci anni (con la sola eccezione del reato, prevalentemente simbolico, di schiavitù punito dall'ordinamento francese, la cui pena massima raggiunge i venti anni di reclusione).

Quanto alla seconda categoria di sfruttamento riscontrata, si è visto come essa concerne le ipotesi nelle quali il lavoratore acconsente o comunque tollera lo sfruttamento e mantiene una minima libertà di evadere dalla propria condizione, essendo costretto a svolgere l'attività lavorativa non dalla condotta del datore di lavoro bensì dal proprio stato di bisogno (sfruttamento c.d. consensuale). Corrispondente ai reati di lavoro non retribuito e di condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità umana nel sistema francese, di *Ausbeutung der Arbeitskraft* nell'ordinamento tedesco, di *Imposición de condiciones laborales ilegales* nel sistema spagnolo, con specifico riferimento a questa seconda categoria di reati (puniti con la reclusione fino a tre anni in Germania e fino a cinque e sei anni rispettivamente in Francia e Spagna) è risultata particolarmente significativa la tendenza da parte degli ordinamenti nazionali a semplificare la struttura della fattispecie, onde eliminare i problemi di praticabilità processuale legati alla dimostrazione della coercizione dei lavoratori, sovente tanto disperati da acconsentire allo sfruttamento del proprio lavoro. È quanto accaduto in Francia con gli artt. 225-13 e 225-14 c.p., i quali in seguito alla riforma del 2003 richiedono non più l'abuso della situazione di vulnerabilità del lavoratore ma soltanto che quest'ultima sia conosciuta dall'agente; in Germania, dove nel 2016 l'estremo della costrizione è stato espunto dal reato di sfruttamento lavorativo (§ 233 StGB) e trasferito, sotto forma di induzione (*veranlassen*), nel reato di *Zwangsarbeit* (§ 232b StGB); oppure in Spagna, dove i concetti di "imposizione" e di "abuso", che caratterizzano la condotta del datore di lavoro, hanno assunto per via interpretativa un'accezione sostanzialmente neutra. È così emersa una significativa analogia strutturale fra questi reati che, come conseguenza della riscontrata attenuazione del disvalore di condotta del datore di lavoro, vedono ora incentrata la propria essenza lesiva prevalentemente sul disvalore di evento rappresentato dallo sfruttamento lavorativo, ammettendo al contempo la piena compatibilità tra il consenso comunque prestato dal lavoratore e la configurazione del reato.

Rispetto agli elementi ora menzionati, una rilevante simmetria manifesta anche l'ordinamento italiano. Quanto alla dicotomia tra sfruttamento coatto e sfruttamento consensuale, essa trova espressione nella distinzione tra schiavitù o servitù (art. 600 c.p.) e sfruttamento lavorativo (art. 603-bis c.p.) – come noto incentrata sull'assoggettamento della vittima all'autore del reato, che sussiste nel primo ma è assente nel secondo caso –, benché la natura prolungata e continuativa dello sfruttamento tipizzato dall'art. 600 c.p. evidenzii la problematica assenza nel nostro ordinamento di un'incriminazione concernente il lavoro forzato¹³¹. Con riferimento invece alla tendenza da parte degli ordinamenti nazionali a espungere l'estremo della costrizione e ad attenuare il disvalore di condotta nei reati di sfruttamento consensuale, anche in Italia, per effetto della riforma del 2016, la violenza e la minaccia sono state estromesse dalla fattispecie base dell'art. 603-bis c.p. per transitare nell'ipotesi aggravata¹³².

Se queste considerazioni dimostrano quindi l'esistenza nel contesto europeo di rilevanti analogie fra le strategie nazionali di contrasto dello sfruttamento del lavoro, non va però trascurato come l'indagine svolta abbia rivelato la presenza anche di una terza – e alquanto problematica – caratteristica comune alle normative analizzate, rappresentata dalla profonda indeterminatezza del concetto di sfruttamento lavorativo: ciò che costituisce il principale *vulnus* della materia in esame, poiché suscettivo non soltanto di ledere le prerogative sia dei destinatari del precetto che degli stessi lavoratori¹³³, ma anche di tradursi in prassi eterogenee fra i singoli Stati idonee ad alimentare pericolose forme di *dumping* salariale. Sotto questo profilo, se non può dubitarsi che l'esistenza di livelli differenziati di tutela dei lavoratori tra i singoli ordinamenti nazionali si ponga profondamente in antitesi con i valori fondanti il processo di integrazione europea, la riscontrata omogeneità dei modelli normativi esaminati acquista un particolare significato, poiché dimostra come i tempi sono ormai maturi a livello europeo per l'elaborazione di nozioni autonome e uniformi di schiavitù, servitù, lavoro forzato e sfruttamento lavorativo che, nell'assicurare una maggiore precisione alle norme penali, sappiano anche offrire una protezione rafforzata ai lavoratori.

Tutto ciò naturalmente senza trascurare che, se il diritto penale e la sua armonizzazione possono rappresentare uno strumento utile sul piano della repressione, sarebbe in ogni caso inefficace e comunque ipocrita limitarsi ad invocare l'intervento della sanzione, rimanendo al contempo inerti sul piano della prevenzione: senza cioè adoperarsi contro le profonde disuguaglianze della nostra epoca, fonte e linfa vitale di qualsiasi forma di sfruttamento.

¹³¹ Il problema è recentemente posto in luce da S. SEMINARA, *Sui confini tra i delitti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro*, in M. Ferraresi – S. Seminara (a cura di), *Caporalato e sfruttamento del lavoro. Un'indagine di diritto penale, processuale penale e del lavoro*, Adapt University Press, 2022, p. 3 ss.

¹³² Sul punto, nonché per le opportune indicazioni bibliografiche, cfr. C. CUCINOTTA, *op. cit.*, p. 2 ss.

¹³³ Come visto nei paragrafi precedenti, infatti, l'indeterminatezza del concetto di sfruttamento induce non di rado la giurisprudenza ad adottare interpretazioni di carattere particolarmente restrittivo.

7-8/2022

TSONYO TSONEV C. BULGARIA: UN'OCCASIONE PER RIFLETTERE SULLA PORTATA DEL *NE BIS IN IDEM* "EUROPEO"

di Giorgio Ardizzone

In seguito alla celebre sentenza A e B c. Norvegia, la Corte EDU ha notevolmente ridotto l'applicabilità del principio del ne bis in idem ai doppi binari sanzionatori, subordinandola, tra le altre cose, all'esito negativo di un "test di connessione" tra i due procedimenti. Il contributo analizza una recente sentenza della Corte EDU che si è pronunciata in merito al doppio binario sanzionatorio bulgaro a tutela dell'ordine pubblico e dell'integrità fisica, mettendo in luce le diverse criticità del test di connessione e proponendo un diverso bilanciamento tra il diritto a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto e l'interesse di volta in volta tutelato dai sistemi a doppi binario

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. L'attuale interpretazione del *ne bis in idem* da parte della Corte EDU – 3. La decisione della Corte di Strasburgo. – 4. Le criticità del test di connessione tra procedimenti. – 5. La portata del *ne bis in idem* "europeo".

1. La vicenda.

La sentenza in commento costituisce il secondo arresto della Corte EDU in relazione al medesimo procedimento proposto nei confronti del cittadino bulgaro Tsonyo Tsonev. La prima sentenza aveva infatti accertato la violazione del *ne bis in idem* da parte del doppio binario sanzionatorio bulgaro¹ ma le resistenze della giurisprudenza nazionale a porre rimedio a tale violazione hanno determinato la proposizione di un nuovo ricorso con cui è stato nuovamente richiesto l'accertamento della violazione della garanzia.

Le due sentenze intervengono rispettivamente prima e dopo il celebre *leading case* *A e B c. Norvegia*² con il quale la Corte EDU ha mutato la propria interpretazione del *ne bis in idem* privilegiando, come si vedrà, un approccio più restrittivo nell'applicabilità di tale principio ai doppi binari sanzionatori. L'analisi della nuova decisione della Corte di

¹ V. Corte Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2010, ricorso n. 2376/03, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 2). Peraltro, si tratta di una pronuncia che ha avuto un certo impatto sull'ordinamento bulgaro: qualche anno dopo la sentenza, la legislazione nazionale è stata modificata di modo che non si potesse più perseguire penalmente un fatto già sanzionato in via amministrativa. Cfr. ZAHAROVA, The ECtHR Judgement in *Tsonyo Tsonev* and its influence in Bulgaria, in *Eu crim*, 2020, 4, 344 ss.

² C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*.

Strasburgo permette allora di osservare le differenze tra i due diversi metodi di verifica della violazione del principio.

In breve, i fatti: il ricorrente, accusato di aver cagionato lesioni “intermedie”³ durante una lite avvenuta nella casa della persona offesa, era sanzionato in via amministrativa per violazione dell’ordine pubblico⁴. Dopo la definizione del procedimento amministrativo, veniva aperto nei suoi confronti un procedimento penale per i medesimi fatti, all’esito del quale il suddetto ricorrente subiva la condanna a diciotto mesi di reclusione. Dopo il passaggio in giudicato della decisione, Tsoney Tsonev proponeva un primo ricorso alla Corte EDU con il quale lamentava, per quel che qui interessa, la violazione del *ne bis in idem*. In quell’occasione la Corte di Strasburgo riteneva effettivamente violato il suddetto principio⁵, qualificando la sanzione amministrativa irrogata come sostanzialmente penale e ritenendo perciò precluso un nuovo procedimento per gli stessi fatti. Al fine di ottemperare alla decisione della Corte, veniva riaperto il procedimento penale interno nei confronti del ricorrente. Tuttavia, il Tribunale regionale bulgaro competente confermava la precedente condanna a diciotto mesi di reclusione affermando che il diritto interno non prevede la possibilità di dichiarare improcedibile il giudizio penale in seguito alla definizione di un procedimento amministrativo per gli stessi fatti. Allo stesso tempo, il Procuratore regionale rigettava la richiesta di riaprire il procedimento amministrativo precisando che i fascicoli di tali procedimenti vengono distrutti dopo cinque anni dalla loro definizione così che sarebbe stato materialmente impossibile riaprire il procedimento⁶. Avendo anche la Corte di Cassazione bulgara confermato la decisione del Tribunale regionale, veniva allora proposto un nuovo ricorso alla Corte EDU per violazione del *ne bis in idem*, deciso con la sentenza in commento.

2. L’attuale interpretazione del *ne bis in idem* da parte della Corte EDU.

Il caso in esame si inserisce in una lunga scia di sentenze della Corte di Strasburgo che hanno ad oggetto la portata del principio del *ne bis in idem* in caso di cumulo tra procedimenti amministrativi e penali per lo stesso fatto (i cd. “doppi binari sanzionatori”). Difatti, l’elaborazione di un concetto autonomo di *matière pénale* da parte

³ La vittima ha infatti perso due denti all’esito della colluttazione, il che, secondo l’art. 129 del codice penale bulgaro del 1968 costituisce appunto una lesione “intermedia”. Tale figura non trova cittadinanza nel nostro ordinamento ove, come noto, una simile lesione è considerata grave poiché, per giurisprudenza costante della Corte di Cassazione, determina l’indebolimento permanente dell’organo della masticazione *ex art. 583 c.p.* Cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. V, n. 42114/2011, Cass. pen., Sez. V, n. 40279/2017.

⁴ La sezione 2 dell’art. 3 del regolamento municipale di Gabrovo permette infatti di sanzionare in via amministrativa chiunque «commetta atti che violano l’ordine pubblico ed esprimono manifesta mancanza di rispetto nei confronti della società». Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2010, ricorso n. 2376/03, *Tsoney Tsonev c. Bulgaria* (n° 2), par. 25.

⁵ V. Corte Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2010, ricorso n. 2376/03, *Tsoney Tsonev c. Bulgaria* (n° 2), parr. 56 ss.

⁶ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsoney Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), par. 15.

della Corte EDU a partire dalla celeberrima sentenza *Engel c. Paesi Bassi*⁷ ha portato gradualmente a estendere la portata delle garanzie e i principi che la Convenzione riserva al diritto penale, tra cui il principio del *ne bis in idem*, sancito, come noto, dall'art. 4 Protocollo 7 CEDU⁸.

La prima condizione necessaria al fine di applicare la preclusione processuale ai sistemi a doppio binario consiste dunque nella qualificazione dell'illecito amministrativo come sostanzialmente penale secondo i noti "criteri di Engel", elaborati nella citata pronuncia *Engel c. Paesi Bassi*: a) la qualificazione giuridica interna che non è dirimente ma costituisce, per espressa previsione della Corte, un punto di partenza⁹; b) la natura dell'offesa (per la quale si tiene conto di numerosi fattori come il bene giuridico offeso, la portata generale della norma¹⁰ e la natura dell'Autorità che procede all'accertamento dell'infrazione¹¹); c) la natura e il grado di severità della sanzione¹². Tali criteri sono tra loro alternativi: è sufficiente che sia integrato anche uno solo di essi per qualificare l'illecito come sostanzialmente penale¹³.

La seconda condizione necessaria è rappresentata dalla verifica dell'identità del fatto: è cioè necessario che i due procedimenti mirino a sanzionare il medesimo fatto, naturalisticamente inteso¹⁴. In un primo momento, la sussistenza di queste due condizioni sembrava sufficiente a determinare la violazione la garanzia: la Corte di Strasburgo non ha infatti mancato di censurare i doppi binari sanzionatori dei Paesi

⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel c. Paesi Bassi*.

⁸ Il primo paragrafo dell'art. 4 del Protocollo 7 CEDU così riporta nella sua versione autentica: «No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State».

⁹ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel c. Paesi Bassi*, par. 82.

¹⁰ In tal senso, C. Eur. Dir. Uomo, 24 febbraio 1994, ricorso n. 12547/1986, *Bendenoun c. Francia*, par. 47; 10 giugno 1996, ricorso n. 19380/92, *Benham c. Regno Unito*, par 56; 23 novembre 2006, ricorso n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*, par. 38.

¹¹ Così ad esempio, C. Eur. Dir. Uomo, 10 giugno 1996, ricorso n. 19380/92, *Benham c. Regno Unito*, par. 56 rileva la natura penale dell'offesa anche perché «the proceedings in question were brought by a public Authority with statutory power of enforcement».

¹² In particolare, appare di crescente importanza il ruolo dello scopo perseguito dalla sanzione: la finalità prettamente punitiva della sanzione orienta sempre di più il giudizio della Corte EDU nel senso della qualificazione dell'offesa come sostanzialmente penale. A titolo esemplificativo, nella sentenza *Nykänen c. Finlandia* è stata riconosciuta natura penale a una soprattassa di appena 1700 euro. Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 20 maggio 2014, ricorso n. 11828/11, *Nykänen c. Finlandia*, par. 40 ss. Per un'analisi dettagliata della centralità del criterio dello scopo della sanzione nel definire la materia penale v. per tutti MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 26 ss.

¹³ Così per tutti C. Eur. Dir. Uomo, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens c. Italia*, par. 94 ss.

¹⁴ Sulla nozione di *idem factum* vi è stato un lungo dibattito all'interno della stessa giurisprudenza della Corte EDU, conclusosi con la sentenza *Zoluthukin c. Russia* che ha privilegiato una interpretazione garantista che guarda al solo fatto naturalisticamente inteso senza prendere in considerazione le fattispecie astratte degli illeciti. Peraltro, tale interpretazione testimonia l'approccio espansivo della Corte di Strasburgo nell'estendere la portata della garanzia. Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 10 febbraio 2009, ricorso n. 1493/03, *Zoluthukin c. Russia*.

membri del Consiglio d'Europa al ricorrere di tali presupposti¹⁵, determinando così una notevole espansione della portata del principio¹⁶. Anche la prima sentenza *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*¹⁷ è stata decisa dalla Corte EDU sulla base dello schema logico sopra descritto senza che fossero necessari ulteriori accertamenti: una volta verificato che si fosse concluso un procedimento avente ad oggetto un illecito "sostanzialmente penale", è stata ritenuta preclusa l'apertura di un nuovo procedimento riguardo agli stessi fatti contro la stessa persona. Infatti, questo è il contenuto del *ne bis in idem* processuale come sancito dalla Convenzione EDU: non dovrebbe essere rilevante l'esito del secondo giudizio quanto la sua stessa esistenza.

Nondimeno, a partire dalla citata pronuncia *A e B c. Norvegia*¹⁸, è ormai pacifico che la preclusione tipica del giudicato non opera più in automatico in caso di cumulo tra procedimenti penali e sostanzialmente penali per il medesimo fatto. Al contrario, la sua operatività è subordinata alla mancata "connessione materiale e temporale" tra i procedimenti che, ove sussistente, escluderebbe una violazione del principio permettendo di considerare i due distinti procedimenti come parti complementari di uno solo¹⁹. Tale rapporto di complementarietà dovrebbe essere accertato ricorrendo a un "test di connessione" che consiste in una duplice verifica: l'accertamento del legame cronologico tra i due procedimenti e la verifica del legame "materiale" sulla base di quattro noti indici elaborati dalla Corte EDU: a) la prevedibilità del cumulo procedimentale; b) la complementarietà degli scopi dei due procedimenti così che sia possibile ritenere che ciascuno dei due miri a sanzionare diversi aspetti della condotta antidoverosa; c) il coordinamento tra i due procedimenti volto a evitare, per quanto possibile, una duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; d) "above all", la proporzionalità complessiva della sanzione integrata che dovrebbe essere assicurata tramite un meccanismo che consenta al giudice del procedimento che si chiude per secondo di tener conto della sanzione irrogata all'esito del primo²⁰.

¹⁵ Così, non è stato ritenuto rispettoso del *ne bis in idem* il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria nei Paesi Scandinavi e quello italiano in materia di abusi di mercato con la celeberrima sentenza *Grande Stevens c. Italia*. Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 27 novembre 2014, ricorso n. 7356/10, *Lucky Dev c. Svezia*; 20 maggio 2014, ricorso n. 11828/11, *Nykänen c. Finlandia*; 10 febbraio 2015, ricorso n. 53573/12, *Kiiveri c. Finlandia*; 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens c. Italia*.

¹⁶ Nello stesso senso, v. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1056.

¹⁷ Si tratta dell'ormai più volte citata Corte Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2010, ricorso n. 2376/03, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 2).

¹⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*.

¹⁹ Così C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, par. 130. Anche la *La Guide on art. 4 of protocol n. 7 to the ECHR* aggiornata a dicembre 2021 e reperibile sul sito della CEDU che chiarisce i diversi passaggi logici da affrontare per verificare se vi sia o meno una violazione della garanzia prevista dalla Convenzione cita il test di connessione materiale e temporale come elemento necessario da esaminare per riscontrare il mancato rispetto del *ne bis in idem*. Cfr. *Guide on art. 4 of protocol n. 7 to the ECHR*, p. 15 ss.

²⁰ Per la lettura degli indici in lingua autentica si rinvia alla citata C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, par. 132. Per la precisione, anche prima di tale sentenza la Corte EDU aveva citato tale test di connessione in casi riguardanti i doppi binari sanzionatori relativi alla guida in stato di ebbrezza. Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 13 dicembre 2005, ricorso n. 73661/01, *Nilsson c. Svezia*.

Com'è evidente, si tratta di una compressione del diritto a non esser giudicato due volte in caso di concorso tra sanzioni penali e amministrative ma sostanzialmente penali. In queste ipotesi infatti, anche dopo la definizione del primo procedimento non sarebbe illegittima l'apertura del secondo qualora fossero rispettate le diverse condizioni poste dal test di connessione. Inoltre, si assiste a una "contaminazione" del *ne bis in idem* con elementi estranei alla logica meramente processuale del principio come la proporzionalità complessiva della sanzione e la vicinanza temporale dei due procedimenti²¹.

Difatti, come noto, vi sono due diverse accezioni del *ne bis in idem*: una di carattere processuale volta a scongiurare la duplicazione procedimentale per lo stesso fatto a carico della stessa persona e una di carattere sostanziale volta a garantire non già il divieto di doppio processo ma il divieto di doppia sanzione per il medesimo fatto²². I due aspetti della garanzia sono tra loro autonomi: non è cioè automatico che la violazione del *ne bis in idem* sostanziale si risolva in una violazione dell'accezione processuale del principio, e viceversa. A titolo esemplificativo, una duplice sanzione per il medesimo fatto inflitta in unico procedimento non violerebbe il *ne bis in idem* processuale; allo stesso tempo due proscioglimenti per il medesimo fatto non sarebbero in contrasto con il *ne bis in idem* sostanziale pur essendo lesivi dell'aspetto processuale del principio. Ebbene, con tale interpretazione della Corte EDU risulta evidente la contaminazione di un principio di carattere processuale con logiche di natura sostanziale: in caso di concorso tra procedimenti penali e sostanzialmente penali, la legittimità del cumulo procedimentale (e quindi l'osservanza del *ne bis in idem* processuale) è ora subordinata al rispetto, tra le altre cose, del *ne bis in idem* sostanziale.

Inoltre, va poi sottolineato come il test di connessione costituisca uno strumento assai duttile e suscettibile di essere interpretato in modo diverso dai giudici vista la generale "elasticità" e indeterminatezza degli indici di connessione tra procedimenti²³.

²¹ Sul punto è concorde gran parte della dottrina: cfr. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1065 ss. e 1073; TORTORELLI, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Arch. pen.*, 2018, 7; VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale nei percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 537; LABIANCA, *Il ne bis in idem rivisitato: appunti sulla svolta proporzionalista della corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, (a cura di), *Diritto penale dell'economia. Tomo II*, Milano, 2019, 1913; BASILE, *Il doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 1, 2019, 129; SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, 27 ss. V. anche BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 126 che ritiene che la Corte EDU abbia "riempito" un «contenitore estremamente duttile e capiente come il "principio del ne bis in idem"» con altri e diversi principi fondamentali come la proporzionalità della sanzione e la ragionevole durata dei procedimenti.

²² Per quanto riguarda le divergenze tra le due accezioni del principio, si rinvia a RANALDI, GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, 1 ss. Più in generale sul *ne bis in idem* sostanziale, v. per tutti SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 173 ss.; ID, *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio*, in *Giur. it.*, 2019, 1464 ss.

²³ Sul punto e più diffusamente v. la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque alla sentenza *A e B c. Norvegia*, par. 46 in ordine al criterio della connessione temporale e parr. 60-64; 73-76 e 80 in ordine ai diversi indici della connessione sostanziale. A riprova dell'elasticità di tali indici, basti considerare la recente

Nonostante le diverse critiche mosse al nuovo approccio interpretativo inaugurato con la sentenza *A e B c. Norvegia*, occorre comunque osservare come la Corte EDU si sia dimostrata particolarmente rigida nella verifica del rispetto di ciascun indice del “test di connessione” riscontrando la violazione del *ne bis in idem* nei diversi sistemi a doppio binario in numerosi casi portati alla sua attenzione²⁴. Appare allora particolarmente interessante verificare se l’introduzione del test di connessione abbia determinato la Corte EDU a non ritenere nuovamente violato l’art. 4 Protocollo 7 nel caso sottoposto alla sua attenzione.

Torniamo quindi a concentrarci sulla sentenza in commento.

3. La decisione della Corte di Strasburgo.

Dopo aver dichiarato ricevibile il ricorso qualificando il nuovo procedimento nei confronti del ricorrente come “fatto nuovo”²⁵, la Corte EDU ha nuovamente accertato la violazione del principio del *ne bis in idem* da parte del doppio binario sanzionatorio bulgaro²⁶. In particolare, la Corte richiama la precedente sentenza relativa al medesimo caso nel confermare che il procedimento amministrativo cui è stato sottoposto il ricorrente sia equivalente a una «*accusation en matière pénale*»²⁷, vista la natura sostanzialmente penale dell’illecito amministrativo. Difatti, nonostante l’esiguità della sanzione (appena 25 euro), la Corte ha ritenuto che l’illecito sia volto alla protezione della dignità della persona e dell’ordine pubblico, interessi che normalmente godono del presidio penale, oltre ad avere portata generale e finalità prevalentemente punitiva e deterrente²⁸. Allo stesso modo, si limita a richiamare il precedente arresto nel confermare l’identità dei fatti oggetto dei due procedimenti.

Tuttavia, a differenza della prima sentenza, come era prevedibile, la Corte svolge il passaggio ulteriore rappresentato dal test di connessione materiale e temporale al fine

sentenza *Bragi Gudmundur Kristjánsson c. Islanda* ove la Corte Suprema islandese aveva ritenuto superato il “test di connessione” mentre la Corte EDU è prevenuta all’opposta soluzione (nonostante una *dissenting opinion* di alcuni giudici del collegio che hanno invece concordato con i giudici islandesi). Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 31 agosto 2021, ricorso n. 12951/18, *Bragi Gudmundur Kristjánsson c. Islanda*.

²⁴ Cfr. *ex multis* C. Eur. Dir. Uomo, 18 maggio 2017, ricorso n. 11828/11, *Johannesson e a. c. Islanda*, con nota di VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 392 ss.; 6 giugno 2019, ricorso n. 47342/14, *Nodet c. Francia*, con nota di SCOLETTA, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2019; 21 luglio 2020, ricorso n. 34503/10, *Velkov c. Bulgaria*, con nota di CANESCHI, *Ne bis in idem: una garanzia ancora in cerca di identità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 2104 ss. In tutti i casi citati, sono stati infatti censurati i sistemi a doppio binario in seguito all’esito negativo del test di connessione.

²⁵ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), parr. 30 ss. Sul punto, il collegio non ha però deciso all’unanimità ed è infatti allegata una *opinion partiellement dissidente* dei giudici Eicke, Kucsko-Stadlmayer e Schukking che si pronunciano a favore della irricevibilità del ricorso.

²⁶ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), parr. 47 ss.

²⁷ Così Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), par. 48.

²⁸ Queste le motivazioni elencate dalla Corte di Strasburgo a sostegno della natura penale dell’illecito nella sentenza Corte Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2010, ricorso n. 2376/03, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 2), par. 49.

di verificare se i due procedimenti potevano dirsi complementari. In particolare, per quanto riguarda la connessione materiale, si osserva in primo luogo che i due procedimenti perseguivano essenzialmente il medesimo scopo, ossia quello di sanzionare fatti turbativi dell'ordine pubblico; in secondo luogo che non vi era stato alcun coordinamento probatorio tra i due procedimenti atteso che il fascicolo del procedimento amministrativo non era stato valutato nel procedimento penale; infine, che la sanzione amministrativa irrogata all'esito del relativo procedimento non era stata presa in considerazione dal giudice penale nella determinazione della pena²⁹. Per queste ragioni, la Corte EDU ha ritenuto che i due procedimenti non fossero sufficientemente connessi dal punto di vista sostanziale e ha perciò ravvisato nuovamente una violazione del *ne bis in idem* da parte del doppio binario sanzionatorio bulgaro anche dopo aver svolto lo "step" ulteriore rappresentato dal test di connessione. Inoltre, data l'insufficiente connessione sostanziale, la Corte ha ritenuto di non dover prendere in considerazione l'esame del parametro temporale al fine di verificare la violazione del principio³⁰.

Si tratta di una prassi metodologica inaugurata con la sentenza in commento: nelle precedenti pronunce della Corte EDU relative alla violazione del *ne bis in idem* da parte dei sistemi a doppio binario, il legame cronologico è sempre stato preso in considerazione indipendentemente dalla sussistenza del legame materiale tra i procedimenti³¹, pur essendo sempre esplicito che fosse sufficiente a determinare il mancato superamento del test la violazione di uno solo di tali parametri³².

Tale impostazione testimonia l'importanza dei diversi indici della connessione materiale che devono necessariamente sussistere affinché, secondo la Corte EDU, possa essere ritenuto legittimo il cumulo procedimentale, a conferma dell'erroneità della prassi della nostra Corte di Cassazione che, almeno in un primo momento, si era limitata a valutare la sola connessione temporale al fine di giustificare il doppio binario italiano in materia fiscale³³.

²⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), par. 51.

³⁰ In questi termini, Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), par. 50. Tale principio è stato recepito anche dalla giurisprudenza immediatamente successiva: cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 30 agosto 2021, ricorso n. 12022/16, *Milosević c. Croazia*, par. 42; 31 agosto 2021, ricorso n. 12951/18, *Bragi Gudmundur Kristjánsson c. Islanda*, par. 68.

³¹ V. le citate Corte Eur. Dir. Uomo, 18 maggio 2017, ricorso n. 11828/11, *Johannesson e a. c. Islanda*, parr. 50 ss.; 6 giugno 2019, ricorso n. 47342/14, *Nodet c. Francia*, parr. 52 ss.; 21 luglio 2020, ricorso n. 34503/10, *Velkov c. Bulgaria*, par. 77. Nello stesso senso, anche Corte Eur. Dir. Uomo, 16 aprile 2019, ricorso n. 72098/14, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, par. 56. A commento di quest'ultima sentenza, v. DE MARZO, *Ne bis in idem e contestualità dei procedimenti paralleli*, in *Cass. pen.*, 2019, 8, 3086 ss.

³² Sul punto, v. C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, parr. 114 e 130.

³³ Cfr. Cass. pen. Sez. III, n. 6639/2017 con nota di TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 270 ss. e BARON, *Reati tributari e ne bis in idem: una prima declinazione interna del criterio della sufficiently close connection in substance and time*, in *Giur. comm.*, 2018, 6, 907 ss. Nello stesso senso, anche Cass. pen. Sez. III, n. 5934/2018 e Cass. civ. Sez. trib., n. 33050/2019. L'orientamento sembrerebbe superato dalla più recente Cass. pen. Sez. III, n. 4439/2021 in cui sono stati presi in considerazione anche i diversi indici della connessione materiale. A commento, v. TROYER, *Ne bis in idem e reati tributari: la Corte di Cassazione valuta*

Dopo aver ritenuto violato il *ne bis in idem* nel caso di specie, vista la reticenza delle autorità nazionali a porre rimedio alla violazione, la Corte EDU si è anche pronunciata sull’opportunità di indicare allo Stato i provvedimenti da adottare a tal fine. In particolare, sulla base dell’art. 46 della Convenzione³⁴, la Corte ha stabilito se la constatazione della violazione dell’art. 4 Protocollo 7 CEDU nel caso sottoposto alla sua attenzione richiedesse di per sé la riapertura del procedimento penale. Considerati la gravità dei fatti per i quali il ricorrente è stato condannato, il diritto della vittima al rispetto della propria integrità fisica e la stessa obbligazione positiva imposta agli Stati dall’art. 3 della Convenzione alla protezione dell’integrità fisica dei cittadini³⁵, la Corte di Strasburgo, non senza contraddizioni, ha riconosciuto un interesse legittimo dello Stato a mantenere la sanzione penale decretando che la violazione del *ne bis in idem* non potesse, nel caso di specie, imporre alla Bulgaria la riapertura del procedimento penale a carico del ricorrente³⁶.

4. Le criticità del test di connessione tra procedimenti.

Il criterio della “*sufficiently close connection in substance and time*” è stato considerato, all’indomani della sua introduzione, come il punto di arresto di un’interpretazione evolutiva del *ne bis in idem* orientata all’innalzamento del livello di tutela del diritto fondamentale a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto³⁷. Si è parlato in tal senso di «parabola discendente del *ne bis in idem*»³⁸ europeo, il cui “vertice” sarebbe stato toccato dalla citata sentenza *Grande Stevens c. Italia*³⁹ con la quale si è estesa, in modo automatico, l’operatività del principio ai doppi binari sanzionatori, laddove la sanzione amministrativa avesse natura sostanzialmente penale e i due procedimenti mirassero a

concretamente legittimo il doppio binario sanzionatorio in tema di dichiarazione infedele, in *Riv. dott. comm.*, 2021, 2, 272 ss.

³⁴ I primi due paragrafi dell’art. 46 CEDU così dispongono in lingua autentica: «1. *The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.* 2. *The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution*». Posto che spetta allo Stato definire le misure per adempiere alle sentenze della Corte EDU, talvolta, per le particolarità del caso concreto, la stessa Corte indica delle misure generali che lo Stato può intraprendere per porre rimedio alla violazione o, in casi eccezionali, indica la sola misura possibile. Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), parr. 59 ss.

³⁵ È infatti pacifico che dall’art. 3 della Convenzione discenda l’obbligazione positiva per gli Stati di tutelare l’integrità fisica dei propri cittadini: cfr. *ex multis* C. Eur. Dir. Uomo, 9 giugno 2009, ricorso n. 33401/02, *Opuz c. Turchia*.

³⁶ Così Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), parr. 65 ss.

³⁷ Così, *ex multis*, VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2016, par. 12 e GAETA, *Dove non arriva il principio: il ne bis in idem tra sanzioni tributarie e politica giudiziaria delle Corti superiori*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 17. Lo stesso sembrava affermare il giudice Pinto de Albuquerque nella *dissenting opinion* allegata alla sentenza *A e B c. Norvegia*: cfr. parr. 79 ss.

³⁸ Cit. da GAETA, cit., 17.

³⁹ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*.

7-8/2022

sanzionare il medesimo fatto naturalisticamente inteso. Così, «l'eredità *pro persona*»⁴⁰ della sentenza *Zoluthukin c. Russia*⁴¹, con la quale si è privilegiata l'interpretazione di fatto storico-naturalistico alla base del cumulo procedimentale, sarebbe stata disattesa dall'interpretazione inaugurata con *A e B c. Norvegia*⁴², che avrebbe, al contrario, permesso la duplicazione di procedimenti tramite lo “stratagemma” del test di connessione, inaugurando appunto la parte discendente della direttrice della parabola.

Il timore dietro tale punto di vista era che la Corte utilizzasse il criterio della *sufficiently close connection* per ritenere sistematicamente legittimi i sistemi a doppio binario dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, “nascondendosi” dietro gli elastici e malleabili criteri del test di connessione⁴³.

A poco più di cinque anni dalla sentenza *A e B c. Norvegia*, si può affermare che tali timori si sono rivelati infondati: come testimonia il caso in esame, la Corte EDU si è confermata estremamente rigida nel valutare i sistemi a doppio binario anche a seguito dell'introduzione del test, tant'è vero che lo stesso cumulo è stato ritenuto lesivo dell'art. 4 Protocollo 7 sia prima che dopo il mutato approccio interpretativo. Inoltre, non si è ravvisata la necessaria connessione tra i due procedimenti anche se la risposta sanzionatoria poteva dirsi proporzionata: è certamente vero, come sopra ricordato, che il giudice penale non ha tenuto in considerazione la sanzione amministrativa irrogata per lo stesso fatto; nondimeno, l'esiguità di tale sanzione (si ricorda, appena 25 euro) e il fatto che non fosse stata mai eseguita⁴⁴ avrebbero ben potuto portare a ritenere rispettato l'indice che la Corte EDU ha indicato come più importante nello svolgimento del test di connessione.

Dunque, come qualcuno aveva intuito già all'indomani della prima sentenza successiva a *A e B c. Norvegia*⁴⁵, c'è da chiedersi se tale nuovo parametro di legittimità dei sistemi a doppio binario rappresenti veramente il punto discendente di una parabola: è innegabile che si tratta di una limitazione all'operatività del principio, ma l'approccio particolarmente rigoroso della Corte EDU invita a una maggiore cautela nel ritenere conclusa “l'età dell'oro” del *ne bis in idem*.

Analizzando la rassegna giurisprudenziale della Corte di Strasburgo in seguito all'introduzione del test, l'impressione che se ne ricava non è tanto quella di una Corte «*pro auctoritate*»⁴⁶ asservita agli interessi degli Stati nel mantenere fermi i sistemi a

⁴⁰ Cit. dalla *dissenting opinion* allegata alla sentenza *A e B c. Norvegia* del giudice Pinto de Albuquerque, par. 33.

⁴¹ C. Eur. Dir. Uomo, 10 febbraio 2009, ricorso n. 1493/03, *Zoluthukin c. Russia*.

⁴² Questa era infatti l'opinione del giudice Pinto de Albuquerque: cfr. la citata *dissenting opinion*, par. 80.

⁴³ Preoccupazione ancora una volta efficacemente riassunta nella *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque allegata alla sentenza *A e B c. Norvegia*, par. 79: tale interpretazione avrebbe infatti lasciato aperta la possibilità di una politica punitiva «*Leviathan-like*» basata sulla moltiplicazione di procedimenti per lo stesso fatto a carico della stessa persona per raggiungere il massimo effetto repressivo possibile.

⁴⁴ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), par. 40.

⁴⁵ Si tratta di *TRIPODI, Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1062 che si chiede, in seguito alla sentenza *Jóhannesson c. Islanda* ove si era riscontrata la violazione del principio per mancato superamento del test di connessione, se si tratti di una «nuova primavera» del *ne bis in idem*.

⁴⁶ Così si era espresso il giudice Pinto de Albuquerque nella sua citata *dissenting opinion*: cfr. par. 79.

doppio binario, quanto piuttosto quella di una Corte che decide eccessivamente sulla base di criteri valoriali (e quindi poco prevedibili) quando il doppio procedimento per lo stesso fatto risulta in contrasto con le garanzie stabilite nella Convenzione. Così, se la Corte EDU non ha mancato di ritenere sistematicamente violato il *ne bis in idem* dai sistemi a doppio binario in materia fiscale⁴⁷ o di abusi di mercato⁴⁸, le uniche sentenze nel quale riesce il test di connessione riguardano casi in cui la Corte ha ritenuto necessario garantire elevata tutela contro i comportamenti oggetto dei due procedimenti⁴⁹.

Così, in un caso relativo a un procedimento per eccesso di velocità e uno per omicidio stradale per il medesimo fatto⁵⁰, la Corte EDU ha ritenuto che il cumulo procedimentale non rappresentasse un «*excessive burden*» per il ricorrente in relazione alla gravità dell'offesa⁵¹ svolgendo (questa volta con successo) il test di connessione. Ebbene, considerata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto, sarebbe risultato alquanto arduo ritenere che i due procedimenti fossero connessi: vi era infatti uno iato temporale tra le loro definizioni di oltre sei anni⁵² né il giudice penale ha dimostrato di tener conto della precedente sanzione amministrativa⁵³ ma, considerato appunto il caso di specie, la Corte, pur senza dare adeguata giustificazione, ha qualificato i due procedimenti come complementari.

In modo ancora più evidente, in un caso relativo a diversi episodi di violenza domestica sanzionati separatamente in via amministrativa e poi oggetto di un procedimento penale per maltrattamenti in famiglia⁵⁴, è nuovamente riuscito il test di connessione non tanto per la sussistenza dei diversi indici (che, ancora una volta, presentavano diverse criticità⁵⁵), quanto piuttosto per assicurare un'adeguata protezione a interessi particolarmente meritevoli di tutela.

⁴⁷ Cfr. le citate C. Eur. Dir. Uomo, 18 maggio 2017, ricorso n. 11828/11, *Johannesson e a. c. Islanda*; 16 aprile 2019, ricorso n. 72098/14, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*; 31 agosto 2021, ricorso n. 12951/18, *Bragi Gudmundur Kristjánsson c. Islanda*.

⁴⁸ V. infatti C. Eur. Dir. Uomo, 6 giugno 2019, ricorso n. 47342/14, *Nodet c. Francia*.

⁴⁹ Così si esprime infatti la stessa Corte: cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 31 agosto 2021, ricorso n. 45512/11, *Galović c. Croazia*, par. 122.

⁵⁰ Si tratta di C. Eur. Dir. Uomo, 8 ottobre 2020, ricorso n. 67334/13, *Bajčić. Croazia* con commento di SCARCELLA, *Multa per eccesso di velocità e poi condanna per aver causato incidente: non violato il ne bis in idem*, in *Quotidiano giuridico*, 2020.

⁵¹ Così C. Eur. Dir. Uomo, 8 ottobre 2020, ricorso n. 67334/13, *Bajčić. Croazia*, par. 46.

⁵² Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 8 ottobre 2020, ricorso n. 67334/13, *Bajčić. Croazia*, par. 45. Si tenga presente che la Corte ha ritenuto insussistente la connessione temporale in procedimenti conclusi a distanza di soli due anni quando svolti consecutivamente (così C. Eur. Dir. Uomo, ricorso n. 72098/14, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, parr. 56 ss.) o circa cinque anni quando si sono svolti almeno parzialmente in parallelo (così C. Eur. Dir. Uomo, ricorso n. 47342/14, *Nodet c. Francia*, parr. 51 ss.) in materia fiscale o di abusi di mercato.

⁵³ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 8 ottobre 2020, ricorso n. 67334/13, *Bajčić. Croazia*, par. 44 ove l'irrogazione di una pena orientata verso il minimo edittale è stata considerata come implicitamente tenere in considerazione la sanzione amministrativa precedentemente inflitta.

⁵⁴ Si tratta della citata C. Eur. Dir. Uomo, 31 agosto 2021, ricorso n. 45512/11, *Galović c. Croazia*.

⁵⁵ Si consideri, a titolo esemplificativo, il parametro della connessione temporale e le criticità emerse nel ravvisare la complementarietà degli scopi dei due procedimenti o il coordinamento probatorio: cfr., rispettivamente, C. Eur. Dir. Uomo, 31 agosto 2021, ricorso n. 45512/11, *Galović c. Croazia*, par. 122, 118 e 120.

La duttilità del test di connessione emerge qui in tutta la sua problematicità: è vero che non è stato utilizzato strumentalmente dalla Corte EDU per evitare di ritenere sistematicamente violato l'art. 4 Protocollo 7, ma l'elasticità dei parametri in cui lo stesso test si articola ha permesso comunque alla Corte di giudicare i diversi procedimenti connessi al fine, appunto, di non lasciare privi della tutela penale beni e interessi che, al contrario, la necessitano.

5. La portata del *ne bis in idem* "europeo".

Sotto questo profilo, anche il caso in esame non è immune da criticità. Prova ne è la contraddizione in cui incorre la Corte di Strasburgo: pur ravvisando la violazione del *ne bis in idem*, esclude che lo Stato debba eliminare la sanzione penale irrogata al ricorrente all'esito del secondo procedimento (che, ove fosse stato applicato il principio riconosciuto violato dalla Corte, non avrebbe nemmeno dovuto essere celebrato). La contraddizione sta dunque in ciò: la Corte EDU ha ritenuto illegittima la compressione del diritto fondamentale a non esser giudicato due volte per lo stesso fatto anche se tale compressione era finalizzata alla protezione di un bene particolarmente meritevole di tutela, come l'integrità fisica, e il sacrificio subito dal ricorrente poteva dirsi non eccessivo soprattutto sulla base della proporzionalità complessiva della sanzione irrogata; nondimeno, ha permesso allo Stato di non riaprire il procedimento penale proprio in virtù di un "interesse legittimo" al mantenimento della sanzione penale, giustificato sulla base della gravità dei fatti e del diritto della vittima alla protezione della propria integrità fisica.

Si può affermare come il test di bilanciamento svolto dalla Corte EDU non sia allora privo di criticità. Il diritto all'integrità fisica, bene che la norma penale mirava a tutelare, sarebbe rimasto *totalmente* privo di tutela ove non fosse stata mantenuta la sanzione penale: è evidente la completa inadeguatezza di una sanzione amministrativa (oltretutto, si ricorda, particolarmente modesta e mai eseguita) a tutelare un bene di primaria importanza come l'integrità fisica che necessita del presidio penale⁵⁶. Se è vero, come è vero, che «nessun diritto è tiranno»⁵⁷ e che anche la Corte EDU ha dimostrato di poter sottoporre a bilanciamento i diritti sanciti dalla Convenzione⁵⁸, non sembra

⁵⁶ Sulla necessità del diritto penale a protezione di tale bene, v. per tutti PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. del dir., Annali VIII*, 2015, 667 che scrive: «All'ordine giuridico (e alla spada del diritto penale) si richiede innanzitutto la tutela della vita e dell'integrità fisica».

⁵⁷ Cit. da Corte cost. n. 85/2013.

⁵⁸ Con riferimento al *ne bis in idem*, si potrebbe certo affermare che la limitazione introdotta con *A e B c. Norvegia* sia frutto di un bilanciamento tra il diritto in questione e l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi; così come la decisione raggiunta in *Sabalić c. Croazia* è frutto di un bilanciamento il diritto dei cittadini a veder adeguatamente tutelata la propria integrità fisica. Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*; 14 gennaio 2021, ricorso n. 50231/13, *Sabalić c. Croazia*. Più in generale sul giudizio di bilanciamento della Corte EDU, v. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. AIC*, 2017, 3, 1; TESAURO, *Corte EDU e Corte costituzionale tra*

convincente l'esito raggiunto nel caso di specie tra bilanciamento del diritto all'integrità fisica e diritto a non esser giudicato due volte per lo stesso fatto: è infatti il primo a subire una compressione eccessiva e non giustificata a (indebito) guadagno del secondo, la cui compressione, considerate le particolarità del caso di specie, difficilmente potrebbe dirsi eccessiva.

È tuttavia innegabile che questa esigenza di tutela sia avvertita anche dalla Corte EDU: non solo per la contraddizione segnalata nella sentenza in commento, ma anche per i diversi casi citati ove il test di connessione viene (questa volta sì) "strumentalizzato" proprio per apprestare tutela adeguata a beni giuridici che la necessitano e a cui presidio non può essere sufficiente la sola sanzione amministrativa⁵⁹. Nello stesso senso, in un caso relativo a una aggressione commessa per finalità di discriminazione⁶⁰, la Corte di Strasburgo ha censurato la decisione presa dalle autorità nazionali di non aprire nei confronti dell'aggressore un procedimento penale anche a seguito di sanzioni amministrative sostanzialmente penali irrogate per lo stesso fatto, affermando che il solo procedimento amministrativo non era in grado di apprestare una protezione effettiva contro simili offese⁶¹, pur chiarendo che lo Stato debba comunque garantire al soggetto che subisce il duplice procedimento un «*appropriate redress*»⁶², come l'annullamento della sanzione pecuniaria precedentemente irrogata.

In tal modo, il sacrificio subito sul piano procedimentale viene in qualche guisa bilanciato sul piano sostanziale, garantendo che, infine, il soggetto subisca il "peso" di una sola punizione. In quest'ottica, la compressione del *ne bis in idem* processuale è infatti necessaria a prestare tutela al bene supremo della integrità fisica e può ritenersi proporzionata in quanto compensata dal correttivo dell'irrogazione di un'unica sanzione.

Nel caso in commento, tale esito non costituiva una opzione praticabile: la distruzione del fascicolo del procedimento amministrativo rendeva infatti materialmente impossibile la riapertura della relativa procedura. Per questo motivo, dopo aver riconosciuto l'interesse dello Stato al mantenimento della sanzione criminale, la Corte EDU ha dovuto giocoforza concludere nel senso di non ritenere che l'art. 46 della Convenzione imponesse la riapertura di uno dei due procedimenti⁶³.

operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-general e ricadute penalistiche, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2019.

⁵⁹ V. le citate sentenze C. Eur. Dir. Uomo, 8 ottobre 2020, ricorso n. 67334/13, *Bajčić. Croazia*; 31 agosto 2021, ricorso n. 45512/11, *Galović c. Croazia*.

⁶⁰ Si tratta di C. Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2021, ricorso n. 50231/13, *Sabalić c. Croazia*, con nota di DI NUZZO, "Ne bis in idem" e tutela della vittima del reato: la Corte di Strasburgo riconosce la cedevolezza del principio di fronte a gravi violazioni dei diritti delle persone LGBTQ+ in *Il Foro Italiano*, 2021, 10, 465 ss.

⁶¹ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2021, ricorso n. 50231/13, *Sabalić c. Croazia*, par. 111. L'apertura del procedimento penale in seguito alla definizione del procedimento amministrativo sarebbe possibile, nel caso citato, perché il non aver preso in considerazione i motivi d'odio e discriminazione ai fini della determinazione della sanzione nell'ambito del procedimento amministrativo assurgerebbe a "fundamental defect" della procedura che, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 4 Protocollo 7, permetterebbe l'apertura del procedimento. Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2021, ricorso n. 50231/13, *Sabalić c. Croazia*, par. 114.

⁶² Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 14 gennaio 2021, ricorso n. 50231/13, *Sabalić c. Croazia*, par. 114.

⁶³ V. Corte Eur. Dir. Uomo, 6 aprile 2021, ricorso n. 35623/11, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n° 4), parr. 65 ss.

Tale necessarietà del presidio penale era stata intuita anche dalla Corte di Giustizia in un noto caso relativo al doppio binario in materia fiscale⁶⁴, in cui ha sostanzialmente subordinato l'operatività "infra-sistemica" del *ne bis in idem* alla condizione che le prime sanzioni irrogate fossero da sole «effettive, proporzionate e dissuasive»⁶⁵, circostanza che avrebbero dovuto valutare i giudici nazionali secondo un approccio casistico. La preoccupazione dei giudici di Lussemburgo era proprio quella di lasciar sforniti di tutela beni meritevoli del presidio penale allorché la sanzione irrogata per prima (che, considerata la maggiore celerità del procedimento, è quasi sempre quella amministrativa) non fosse da sola idonea ad assorbire l'intero disvalore del fatto.

Nondimeno, sembra che sia possibile tracciare una netta linea di demarcazione tra i doppi binari sanzionatori in materia fiscale e di abusi di mercato che caratterizzano il nostro ordinamento, e i cumuli sanzionatori a tutela dell'integrità fisica o della vita. Difficilmente infatti si potrebbe affermare, con riferimento ai primi, che la compressione del diritto a non esser giudicato due volte per lo stesso fatto sia legittima con riferimento alla finalità di protezione del bene giuridico offeso. Il sacrificio subito dagli individui (e, almeno in seguito al recepimento della direttiva PIF, anche dagli enti collettivi) sul piano procedimentale non è cioè necessario per garantire la piena riparazione del danno arrecato e una retribuzione per l'offesa perpetrata, anche in considerazione della ben maggiore severità delle sanzioni amministrative previste per tali tipologie di illeciti⁶⁶. Di conseguenza, l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi o al corretto funzionamento dei mercati finanziari non viene lasciato sfornito di tutela anche in caso della "sopravvivenza" della sola sanzione amministrativa⁶⁷, al contrario di quanto sarebbe avvenuto nel caso di specie o di quanto accadrebbe se si dovesse considerare un procedimento amministrativo per guida in stato d'ebbrezza come ostativo alla celebrazione di un procedimento penale per omicidio stradale.

Si tratta, in altri termini, di ricondurre la *vexata quaestio* della legittimità dei doppi binari sanzionatori a un test di bilanciamento, saggiando se la limitazione del diritto a non esser giudicato due volte per lo stesso fatto possa ritenersi adeguata, necessaria e proporzionata rispetto a finalità di tutela di altri beni giuridici.

⁶⁴ Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Åkenberg* con nota di VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 294.

⁶⁵ Cit. da Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Åkenberg*, par. 36.

⁶⁶ Senza voler qui riprendere l'intero apparato sanzionatorio amministrativo previsto per tali illeciti, si consideri solamente che la sanzioni amministrative previste in materia tributaria possono arrivare al 240% dell'imposta evasa; in materia di abusi di mercato, oltre le rilevanti sanzioni accessorie, le sanzioni amministrative pecuniarie raggiungono massimi edittali di milioni di euro. Cfr. art. 5 d. lgs. 471/1997 e artt. 187-bis e 187-ter d. lgs. 58/1998.

⁶⁷ Del resto, tale impostazione è confermata dallo stesso legislatore che, almeno in materia tributaria, ha espressamente previsto, a determinate condizioni, la non punibilità in sede penale del contribuente che adempie alla sanzione amministrativa: cfr. art. 13 d. lgs. 74/2000.

LA REMISSIONE DI QUERELA INTERVENUTA DOPO LA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO: IL RITO NEGOZIATO NON OSTA (PIÙ) ALLA DECLARATORIA DI NON PUNIBILITÀ NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

Nota a Cass. pen., sez. VI, 6 aprile 2022 n. 19853, Pres. Di Stefano, rel. Ricciarelli

di Francesco Lazzarini

Abstract. Con la pronuncia che si annota, la Cassazione annulla senza rinvio una sentenza di patteggiamento impugnata con un ricorso volto unicamente a far valere la sopravvenuta remissione della querela. La Suprema corte si discosta dal suo precedente orientamento, che individuava nella scelta del rito negoziato un ostacolo alla declaratoria della causa estintiva, escludendo che, ai fini dell'operatività di quest'ultima, la sentenza di patteggiamento si differenzi da quella di condanna. Il contributo richiama gli indirizzi giurisprudenziali consolidati, cui aderisce la pronuncia annotata, in materia di concorso tra cause di inammissibilità del ricorso e cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p., cercando di comprendere se la genesi negoziale della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti possa in qualche modo giustificare una deroga allo *ius receptum* in materia di estinzione del reato ex art. 152 c.p.

SOMMARIO: 1. La decisione della Cassazione. – 2. Il precedente difforme. – 3. Gli istituti sottesi alla fattispecie. – 3.1. L'inammissibilità del ricorso e le cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p. – 3.2. Il trattamento speciale riservato alla remissione di querela. – 3.3. La (dubbia) natura della remissione di querela. – 4. La rilevanza del patteggiamento nella risposta al problema. – 4.1. Il ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento. – 4.2. Le peculiarità della sentenza di patteggiamento e gli effetti sui poteri di impugnazione delle parti. – 5. Una decisione tra principi generali e (discutibili) deroghe.

1. La decisione della Cassazione.

Con la sentenza che si annota, la Suprema Corte si pronuncia sulla possibilità di fare valere, attraverso il ricorso per cassazione, l'estinzione del reato per remissione di querela, intervenuta dopo la sentenza di patteggiamento.

Nella sua sintetica motivazione, la Sesta sezione richiama il *dictum* della sentenza Chiasserini¹, che accorda prevalenza alla declaratoria di non punibilità ex art. 129 c.p.p.

¹ Cass., Sez. un., 25/02/2004, n. 24246, Chiasserini, in *C.E.D. Cass.*, n. 227681.

per sopravvenuta remissione di querela rispetto a eventuali cause di inammissibilità dell'impugnazione, nonché le pronunce che, da tempo, consentono di proporre ricorso per cassazione unicamente allo scopo di introdurre nel processo l'intervenuta estinzione del reato ai sensi dell'art. 152 c.p.².

Ribadito che le peculiarità della remissione di querela sono tali da differenziarla dalle altre cause estintive, la Corte sostiene che i principi sopra richiamati debbano avere applicazione anche quando il ricorso per cassazione abbia ad oggetto una sentenza di patteggiamento, pur nella consapevolezza che ad un esito opposto era giunta la Quinta sezione poco più di tre anni fa. Circostanza che, comunque, non induce il Collegio ad una puntuale confutazione del precedente, che semplicemente «non può condividersi».

2. Il precedente difforme.

Il riferimento corre alla sentenza Conti del 2018³, con cui la Cassazione aveva sostenuto l'impossibilità di estendere la *ratio* della sentenza Chiasserini al patteggiamento.

La Corte suprema aveva ritenuto «decisivo» che la pronuncia impugnata fosse una sentenza *ex art. 444 c.p.p.*, senza peraltro approfondire le ragioni per cui il rito speciale debba ritenersi preclusivo dell'applicabilità di un principio ormai pacifico nel diritto vivente. Richiamata la tassatività dei motivi di ricorso *ex art. 448, comma 2-bis, c.p.p.*, per negare che, nella fattispecie, ricorresse un'ipotesi di pena illegale, la Cassazione aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso, sulla base della considerazione che l'imputato aveva proposto impugnazione per motivi non consentiti dalla legge processuale.

3. Gli istituti sottesi alla fattispecie.

La vicenda lambisce alcune tematiche generali, a cui è opportuno accennare prima di interrogarsi sull'eventuale incidenza che il rito speciale del patteggiamento può dispiagare sulle questioni oggetto della pronuncia.

In particolare, si tratta del rapporto tra l'inammissibilità del ricorso per cassazione e la declaratoria di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*, della natura da riconoscere alla remissione di querela e del trattamento speciale alla stessa riservato rispetto alle altre cause di estinzione del reato.

² Cass., sez. IV, 19/10/2016, n. 39226, Bestente, in *C.E.D. Cass.*, n. 268625; Cass., sez. VI, 13/01/2001, n. 2248, Cagnazzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 2249209.

³ Cass., sez. V, 04/12/2018, n. 11251, Conti, in *C.E.D. Cass.*, n. 276036.

3.1. L'inammissibilità del ricorso e le cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p.

Al pari del Codice Rocco, anche il codice attualmente in vigore non prevede una disposizione volta a disciplinare il concorso tra le cause di inammissibilità delle impugnazioni e le cause di non punibilità che impongono l'immediata declaratoria ex art. 129 c.p.p., così che, nel silenzio della legge, è toccato agli interpreti ricostruire il quadro.

Secondo un primo indirizzo, emerso già nel vigore del vecchio codice, dovrebbe sempre prevalere la dichiarazione di inammissibilità. Si afferma, infatti, che l'accertamento sulla validità del rapporto processuale sia logicamente e cronologicamente anteriore a qualsiasi altro adempimento⁴. In presenza di un'impugnazione inammissibile, non penderebbe addirittura il procedimento⁵: la fase compresa tra il ricorso e la declaratoria di inammissibilità rimarrebbe circoscritta al solo accertamento della corretta instaurazione del giudizio di cassazione e non riserverebbe spazio ad altre decisioni⁶.

Né porterebbe a diversa conclusione l'art. 648, comma 2, c.p.p., a norma del quale la sentenza diviene irrevocabile solo all'atto della dichiarazione di inammissibilità del ricorso. La disposizione non starebbe infatti a significare che, fino a quel momento, possa pronunciarsi la declaratoria ex art. 129 c.p.p., ma si limiterebbe a disciplinare il passaggio in giudicato della sentenza⁷. Questa opzione ermeneutica distingue due diverse nozioni di giudicato: quello formale, che esprimerebbe l'irrevocabilità e l'esecutività del provvedimento, cui farebbe riferimento l'art. 648, comma 2, c.p.p., e quello sostanziale, a cui corrisponderebbe la definitività e il vincolo derivante dalla statuizione giudiziale⁸. In questo senso, la declaratoria di inammissibilità sarebbe utile al solo formarsi del giudicato formale, ma non di quello sostanziale, avendo un'efficacia meramente dichiarativa e ricognitiva di una situazione già concretizzatasi nel momento in cui è sorta la causa di inammissibilità⁹.

⁴ FOSCHINI, *Inammissibilità dell'impugnazione e obbligo di declaratoria di cause di non punibilità*, in *Arch. pen.*, 1945, 156; BIONDI, *Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte edu in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in *Cass. pen.*, 2017, nota 29; GALATI, *Le impugnazioni*, in *Diritto processuale penale*, vol. II, a cura di Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, Milano, 1995, 471; MARANDOLA, *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2000, 1544; GAITO, *In tema di confini tra inammissibilità e rigetto del ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 1996, II, 129, secondo cui «la potestà giurisdizionale si esercita solo nei processi instaurati legalmente» e il controllo «si risolve in un vaglio giudiziale sulla regolarità dell'investitura del giudice rispetto al procedimento concreto».

⁵ VESSICHELLI, *Categoria della inammissibilità. Nel giudizio di cassazione*, in *www.cortedicassazione.it*, 13/04/2022, 13.

⁶ Cass., Sez. un., 17/12/2015, n. 12602, Ricci, in *C.E.D. Cass.*, n. 266818.

⁷ MARANDOLA, *op. cit.*, 1543-1544.

⁸ TURCO, *Cause di non punibilità ex art. 129 e inammissibilità dei mezzi di impugnazione ex art. 591 tra garanzia ed efficienza*, in *Cass. pen.*, 2001, 1253-125.

⁹ VESSICHELLI, *op. cit.*, 13; MARANDOLA, *op. cit.*, 1254; in questi termini si esprime anche Cass., Sez. un., 17/12/2015, n. 12602, cit.

Secondo un diverso indirizzo, invece, la priorità andrebbe accordata alla declaratoria delle cause di non punibilità.

La sopra tratteggiata distinzione tra giudicato formale e sostanziale sarebbe arbitraria, non trovando riscontro nella sistematica del codice¹⁰: la sentenza diventerebbe irrevocabile solo all'atto della dichiarazione di inammissibilità del ricorso, così che dovrebbe riconoscersi operatività alle fattispecie estintive maturatesi prima di tale momento¹¹.

In questo senso deporrebbe anche il tenore testuale dell'art. 129 c.p.p. e, in particolare, l'espressione «in ogni stato e grado del processo»¹². Questa disposizione rappresenterebbe «un canone di comportamento esplicito per il giudice, sul quale [...] non possono prevalere aprioristiche concezioni di tipo dogmatico, quali quelle facenti leva su insuperabili priorità logiche nella verifica giurisdizionale o su letture "sostanzialistiche" del giudicato»¹³.

I valori sottesi all'art. 129 c.p.p. avrebbero natura strettamente sostanziale e rappresenterebbero un'estrinsecazione del *favor rei*, così che dovrebbero reputarsi superiori a quelli posti a fondamento delle cause di inammissibilità, aventi natura prettamente processuale¹⁴.

Tra gli estremi orientamenti indicati, si collocano altre vie interpretative.

Una di queste è quella imboccata dalla Corte di cassazione a Sezioni unite nella sentenza Cresci del 1994¹⁵. Il giudice nomofilattico, ritenuto che fosse fondata la distinzione tra giudicato formale e sostanziale e che la questione andasse risolta sulla base delle «norme che regolano il processo», cristallizzò la distinzione tra cause di inammissibilità «originarie» e «sopravvenute». Quelle «originarie», coincidenti con la mancanza dei requisiti prescritti dall'art. 581 c.p.p., vennero reputate tali da rendere l'atto inidoneo a introdurre il giudizio davanti alla Corte e quindi preclusive di una pronuncia *ex art.* 129 c.p.p. All'opposto, le cause sopravvenute, tra cui rientrerebbero

¹⁰ CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 46; VALENTINI, *I profili generali della facoltà di impugnare*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, Torino, 1998, 261-262; GREVI, *Un caso clinico in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1170. La distinzione era criticata anche nel vigore del vecchio codice, v. VALENTE, *L'inammissibilità dell'impugnazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 550.

¹¹ MARANDOLA, *op. cit.*, 1544.

¹² MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica di inammissibilità*, Torino, 2004, 153, secondo cui l'opposta tesi interpretativa si risolve in una «*interpretatio abrogans*» dell'art. 129 c.p.p.

¹³ MARAFIOTI, *op. cit.*, 152; pure chi riconosce che l'inammissibilità, a rigore, dovrebbe precludere la declaratoria *ex art.* 129 c.p.p. afferma che «suona alquanto stonato, proprio dal punto di vista della giustizia sostanziale, sostenere che il giudice, il quale si trovi dinanzi ad una chiara causa di non punibilità, magari consapevolmente ignorata dal suo predecessore, debba chiudere entrambi gli occhi e dichiarare l'inammissibilità del gravame», v. VALENTINI, *op. cit.*, 260. *Contra* Cass., Sez. un., 21/06/2018, n. 40150, Salatino, in *C.E.D. Cass.*, n. 273552, secondo cui «l'art. 129 c.p.p. non attribuisce al giudice un potere di giudizio ulteriore ed autonomo rispetto a quello già riconosciutogli dalle specifiche norme che regolano l'epilogo del processo, ma enuncia una regola di condotta rivolta al giudice che presuppone il pieno esercizio della giurisdizione» e il controllo «si risolve in un vaglio giudiziale sulla regolarità dell'investitura del giudice rispetto al procedimento concreto», così già Cass., Sez. un., 17/12/2015, n. 12602, cit. ¹⁴ TRANCHINA, voce *Impugnazione*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Torino, 1970, 758 ss.; VALENTINI, *op. cit.*, 264.

¹⁴ TRANCHINA, voce *Impugnazione*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Torino, 1970, 758 ss.; VALENTINI, *op. cit.*, 264.

¹⁵ Cass., Sez. un., 11/11/1994, n. 21, Cresci, in *C.E.D. Cass.*, n. 199903.

quelle *ex art. 606, comma 3, c.p.p.*, non furono considerate ostative alla declaratoria di non punibilità.

Peraltro, la distinzione perse rapidamente rilevanza nella giurisprudenza della Cassazione, le cui Sezioni unite adottarono interpretazioni via via più restrittive, ispirate innanzitutto all'obiettivo di contrastare, in via pretoria, la pratica dei ricorsi dilatori finalizzati a ottenere una declaratoria di intervenuta prescrizione¹⁶.

Con la sentenza Piepoli del 1999, le Sezioni unite ampliarono il novero delle cause di inammissibilità "originarie" e vi ricompresero, oltre ai vizi *ex art. 591 c.p.p.* (con l'eccezione della rinuncia), la proposizione di motivi non consentiti o non dedotti in appello, escludendo solo la manifesta infondatezza dei motivi. Si ritenne, infatti, che quest'ultima fattispecie sottendesse una delibazione di merito¹⁷. L'anno successivo, sempre le Sezioni unite, con la sentenza De Luca, ritennero di ascrivere all'ambito dell'inammissibilità originaria anche la proposizione di motivi manifestamente infondati, certificando così l'obsolescenza della distinzione sopra richiamata¹⁸, residuando, quale unica ipotesi di inammissibilità "sopravvenuta", quella della rinuncia¹⁹. Del resto, fu la stessa Cassazione a prendere coscienza che la sistematica della sentenza Cresci non avesse ragion d'essere nel vigore del codice attuale. La distinzione tra la dichiarazione di impugnazione e la presentazione dei motivi, prevista dal codice del 1930, infatti era stata superata dal principio di unicità dell'atto di impugnazione²⁰.

Coerentemente con i presupposti concettuali che si è cercato di tratteggiare, la Suprema Corte ha escluso in radice l'ammissibilità di un ricorso volto unicamente a reclamare l'applicazione di una causa di non punibilità sopravvenuta, ritenendolo contrario alla logica stessa dell'impugnazione, che, anche etimologicamente, rinvia all'"attacco" e alla "critica" contro il contenuto di un provvedimento. Inoltre, si è sostenuto che, diversamente ragionando, si violerebbe il principio di tassatività dei motivi²¹.

¹⁶ PRESUTTI, *Ancora un intervento delle Sezioni unite in tema di inammissibilità della impugnazione e declaratoria ex art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, 843 e 845-846, in cui si riconducono le continue rimessioni alle Sezioni unite, intervenute tra il 1994 e il 2000 alla forte insofferenza per l'uso strumentale del ricorso per cassazione.

¹⁷ Cass., Sez. un., 30/06/1999, n. 15, Piepoli, in *Cass. pen.*, 1534, con nota di MARANDOLA, *op. cit.*

¹⁸ LEO, *Ricorso inammissibile e sopravvenuta remissione della querela: un passo indietro delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2004, 3155; anche Cass., Sez. un., 26/06/2015, n. 47766, Butera, in *C.E.D. Cass.*, n. 265107 riconosce che si è pervenuti alla «categoria unitaria della causa di inammissibilità». *Contra*, v. MAZZA, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, in *Cass. pen.*, 2017, 3472, secondo cui tale indirizzo finisce per consentire alla Cassazione «una piena discrezionalità nell'individuare *ex post* lo sfuggente discrimine fra rigetto e inammissibilità, fra infondatezza e manifesta infondatezza». In senso adesivo, v., invece, CIAVOLA, *Le Sezioni unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati*, in *Cass. pen.*, 2001, 2988; CIARAVOLO, *Altolà delle Sezioni unite della Cassazione contro il processo come strumento dilatorio*, in *Guida dir.*, 2001, VIII, 76; MONASTERO, *Inammissibilità delle impugnazioni e applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2002, 92.

¹⁹ Cass., Sez. un., 22/11/2000, n. 32, De Luca, in *C.E.D. Cass.*, n. 217266; ricostruisce sinteticamente l'attuale assetto, in questo senso, SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, 761.

²⁰ Cass., Sez. un., 22/11/2000, n. 32, *cit.*

²¹ Cass., Sez. un., 27/06/2001, n. 33542, Cavalera, in *Cass. pen.*, 2002, 81, con nota di CARCANO, *Il percorso della*

Gli indirizzi richiamati si sono consolidati e la prevalenza delle cause di inammissibilità su quelle di non punibilità ha assunto la valenza di principio generale²², anche se, accanto a questa regola, sono sorte diverse eccezioni, che restituiscono un quadro difficilmente ricostruibile in termini unitari.

In particolare, vengono in rilievo l'*abolitio criminis*²³ e la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice²⁴. La loro prevalenza sull'inammissibilità del ricorso pare suggerita da esigenze di economia processuale e di ragionevole durata: si vuole evitare l'apertura di una nuova fase davanti al giudice dell'esecuzione *ex art. 673 c.p.p.*, nei casi in cui può provvedere direttamente la Corte di cassazione²⁵.

Del tutto eccentrica rispetto alla *ratio* sopra ricostruita è la giustificazione in base alla quale si è ritenuto che la remissione di querela prevalga sull'inammissibilità del ricorso e, addirittura, si è ammesso che l'impugnazione possa essere proposta al solo fine di veicolare nel procedimento la predetta causa estintiva. Non si tratta qui di realizzare obiettivi di ragionevole durata, posto che la remissione, per espressa disposizione normativa, può intervenire, di regola, solo fino al passaggio in giudicato della sentenza.

giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra inammissibilità e prescrizione del reato e di MONASTERO, *Inammissibilità delle impugnazioni e applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di legittimità*; Cass., Sez. un., 25/02/2004, n. 24246, cit.

²² Cass., Sez. un., 17/12/2015, n. 12602, cit.; Cass., Sez. un., 22/03/2005, n. 23428, Bracale, *C.E.D. Cass.*, n. 231164; Cass., sez. V, 19/11/2014, n. 15599, Zagarella, in *C.E.D. Cass.*, n. 263119; Cass., Sez. un., 17/12/2015, n. 12602, cit.; Cass., sez. VI, 12/05/2006, n. 19279, in *Cass. pen.*, 2006, 3758, con nota di AMATO, *Stupefacenti: la Cassazione precisa i confini entro cui può essere fatto valere lo ius superveniens più favorevole*.

²³ Cass., Sez. un., 22/11/2000, n. 32, cit.; Cass., Sez. un., 22/03/2005, n. 23428, cit.; Cass., Sez. un., 26/06/2015, n. 47766, cit.; alla fattispecie è equiparata quella dell'intervenuta incompatibilità della norma incriminatrice di diritto interno con la norma europea, Cass., sez. I, 05/10/2011, n. 39566, Goncalves Pereira, in *C.E.D. Cass.*, n. 251166.

²⁴ Cass., Sez. un., 22/11/2000, n. 32, cit., Cass., Sez. un., 22/03/2005, n. 23428, cit.; Cass., Sez. un., 26/06/2015, n. 47766, cit.

²⁵ A queste fattispecie ne sono state equiparate altre. Si tratta, in particolare, della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che determina il trattamento sanzionatorio (Cass., Sez. un., 26/02/2015, n. 33040, Jazouli, in *C.E.D. Cass.*, n. 264206), così come dell'illegalità della pena, irrogata in specie diversa da quella legale o in misura superiore al massimo edittale (Cass., Sez. un., 31/03/2022, Miraglia, in attesa del deposito delle motivazioni, l'informazione provvisoria si rinviene in www.sistemapenale.it). Non sono circostanze idonee a integrare una causa di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*, tuttavia, la loro disciplina testimonia l'attitudine estensiva della medesima ragione di fondo (Cass., Sez. un., 26/02/2015, n. 33040, cit.). Con riferimento a queste fattispecie, infatti, una volta passata in giudicato la sentenza, la giurisprudenza interpreta in senso marcatamente estensivo i poteri del giudice dell'esecuzione (quanto all'incostituzionalità della norma che determina il trattamento sanzionatorio, v. Cass., Sez. un., 29/05/2014, n. 42858, Gatto, in *C.E.D. Cass.*, n. 260699; quanto all'illegalità della pena, v. Cass., sez. IV, 16/05/2012, n. 26117, Toma, in *C.E.D. Cass.*, n. 253562; Cass., sez. I, 23/01/2013, Villirillo, n. 38712, in *C.E.D. Cass.*, n. 2568789; Cass. sez. I, 20/01/2014, n. 14677, Medulla, in *C.E.D. Cass.*, n. 259733).

3.2. Il trattamento speciale riservato alla remissione di querela.

Il *leading case* in materia di remissione di querela è rappresentato dalla sentenza Chiasserini, pronunciata dalla Corte di cassazione a Sezioni unite nel 2004²⁶, puntualmente richiamata dalla decisione che si annota.

Già nelle premesse, la Suprema Corte parve disconoscere l'impostazione univocamente seguita a partire dalla citata sentenza Cresci, secondo cui il rapporto tra l'art. 129 c.p.p. e l'inammissibilità del ricorso andava delineato sulla base delle «norme che regolano il processo»²⁷. In questo caso, infatti, i giudici precisarono che le ragioni della decisione «prescindono da modelli interpretativi di diritto processuale [...], risultando, invece, coordinate con i precetti di diritto sostanziale»²⁸.

Data per presupposta la riconducibilità della remissione di querela alle cause di estinzione del reato, la Corte reputò che a renderla meritevole di un trattamento speciale fosse l'art. 152, comma 3, c.p., a norma del quale la stessa «può intervenire solo prima della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti». Quest'ultimo inciso, nella parte in cui prevede la possibilità di incidere anche su una condanna irrevocabile, fu considerato idoneo ad assimilare la remissione di querela all'*abolitio criminis* e alla declaratoria di illegittimità costituzionale. Non fu ritenuto rilevante che le uniche ipotesi di remissione tardiva, idonee ad incidere *in executivis*, fossero state dichiarate incostituzionali negli anni Sessanta e che non residuassero fattispecie analoghe²⁹.

Inoltre, secondo la Cassazione, l'espressione «condanna» doveva ritenersi indicativa, nella sistematica del codice penale, del provvedimento irrevocabile, coincidente con la formazione del giudicato formale.

Infine, fu valorizzato il «fondamento politico-criminale della remissione», qualificata come diritto potestativo volto ad estinguere gli effetti della condizione di procedibilità già azionata. Un simile inquadramento avrebbe reso palese la «necessità di conferire alla *voluntas* del remittente la massima valenza sul piano del possibile giuridico».

L'unica eccezione al prevalere della remissione fu ravvisata nella tardività del ricorso, già riconosciuta dalla giurisprudenza quale causa ostativa, in ogni caso, all'operare dell'art. 129 c.p.p. Il decorso del termine, infatti, renderebbe il ricorso un «mero simulacro di gravame», essendo già intervenuto il giudicato formale³⁰.

²⁶ Cass., Sez. un., 25/02/2004, n. 24246, cit.; per la verità, nello stesso senso, si erano già espresse Cass., sez. V, 15 febbraio 2002, Bartelloni, in *C.E.D. Cass.*, n. 221498; Cass., sez. V, 12 marzo 2022, Santucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 222006; Cass., sez. V, 8 maggio 2002, Malfatto, in *C.E.D. Cass.*, n. 221928; Cass., sez. V, 26 febbraio 2003, Berton, in *C.E.D. Cass.*, n. 224524; Cass., sez. V, 4 giugno 2003, Torielli, in *C.E.D. Cass.*, n. 224988.

²⁷ Cass., Sez. un., 11/11/1994, n. 21, cit.

²⁸ Cass., Sez. un., 25/02/2004, n. 24246, cit.

²⁹ La legge disponeva altrimenti nei casi di adulterio e concubinato ex artt. 559 e 560 c.p., dichiarati incostituzionali da Corte cost., 16/12/1968, n. 126 e da Corte cost., 27/11/1969, n. 147.

³⁰ Cass., Sez. un., 25/02/2004, n. 24246, cit.; Cass., sez. II, 20/11/2014, n. 53663, Rasizzi Scalora, in *C.E.D. Cass.*, n. 261616; con riferimento alle altre cause di inammissibilità, v., per es., Cass., Sez. un., 26/02/2015, n. 33040, cit.

Peraltro, in dottrina, si è sottolineato che la motivazione della Corte mal celi le «disarmonie»³¹ introdotte nel sistema e che sia criticabile da più punti di vista³².

In primo luogo, vi è chi³³ ha riscontrato una certa inconciliabilità tra la volontà di ribadire l'ascrizione della remissione alle cause di estinzione del reato e la predisposizione di una disciplina radicalmente diversa da quella che normalmente viene riservata a queste ultime. In secondo luogo, è parsa eccessiva l'enfasi attribuita all'inciso finale dell'art. 152, comma 3, c.p., rilevato che la norma, derogatoria del principio generale dell'irrelevanza della remissione tardiva, rimaneva (e rimane tuttora) una pura eventualità, non avendo provveduto il legislatore a concretarla. Inoltre, il riconoscimento di una particolare «signoria dell'offeso» è stato reputato più suggestivo che efficace, in quanto la piena assimilazione alle altre cause estintive provverebbe che la volontà del remittente non sarebbe comunque in grado di incidere sui meccanismi di progressione del procedimento, che rimarrebbero regolati dalle norme del sistema. Infine, è parso difettare l'obiettivo di economia processuale posto a fondamento della speciale rilevanza attribuita all'*abolitio criminis* e alla dichiarazione di incostituzionalità, equiparate dalla Corte alla remissione di querela. Ci si è chiesti, inoltre, se sia meritevole della declaratoria *ex art. 129 c.p.p.* l'imputato che abbia proposto un'impugnazione strumentale, volta solo ad allungare i tempi per tentare nuove trattative con il querelante.

Comunque, l'indirizzo delle Sezioni unite si è consolidato³⁴ e, oggi, si ammette anche che il ricorrente articoli un unico motivo di ricorso volto a introdurre nel procedimento l'intervenuta remissione di querela³⁵, in aperto contrasto anche con il principio di tassatività dei motivi.

In continuità con questi interventi, la pronuncia annotata dichiara di fare piana applicazione dei principi della sentenza Chiasserini, richiamando la peculiare disciplina sostanziale della remissione di querela. In particolare, i giudici insistono sul fatto che non sia già intervenuta la ricusazione, che avvicinerebbe la remissione all'amnistia, ritenuta prevalente sull'inammissibilità del ricorso, e che la differenzerebbe dalle altre cause estintive. Peraltro, il riferimento pare risalire alla sistematica della sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 1989, che, nell'ammettere l'impugnazione del soggetto beneficiato dalla remissione che reclaims una formula di proscioglimento più favorevole, aveva proprio enfatizzato il rapporto tra la remissione e l'amnistia, rilevando come entrambe fossero suscettibili di rinuncia³⁶. Dopo il riconoscimento della possibilità di rinuncia anche della prescrizione³⁷, pare problematico porre la "ricusabilità" della causa

³¹ LEO, *op. cit.*, 3152; parla di «crepa» nell'orientamento fino a quel momento seguito dalla giurisprudenza MARAFIOTI, *op. cit.*, 158.

³² CAPRIOLI-VICOLI, *op. cit.*, 47.

³³ LEO, *op. cit.*, 3157 ss.

³⁴ Cass., sez. III, 17/12/2020, n. 9154, Durante, in *C.E.D. Cass.*, n. 281326; Cass., sez. V, 25/02/2019, n. 19675, Crupi, in *C.E.D. Cass.*, n. 276138; Cass., sez. IV, 11/11/2021, n. 45594, Vitucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 282301.

³⁵ Cass., sez. VI, 13/01/2011, n. 2248, cit.; Cass., sez. IV, 19/10/2016, n. 49226, cit.; Cass., sez. V, 15/03/2021, n. 15920, S. G., in *www.dirittoegiustizia.it*.

³⁶ L'amnistia è rinunciabile a partire da Corte cost., 14/07/1971, n. 175.

³⁷ Corte cost., 23 maggio 1990, n. 275, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 157 c.p., nella parte in cui non

estintiva a giustificazione della prevalenza della declaratoria *ex art. 129 c.p.p.*, senza, al contempo, mettere in discussione il principio dell'irrelevanza della prescrizione maturata dopo la sentenza di appello³⁸.

3.3. *La (dubbia) natura della remissione di querela.*

La sentenza che si annota sfiora un'altra problematica, relativa alla natura da riconoscere alla remissione di querela, aderendo alla tesi che si riconosce nel suo inquadramento legislativo come causa di estinzione del reato.

Se il codice Zanardelli considerava la remissione alla stregua di una causa di estinzione dell'azione penale (art. 88, comma 1)³⁹, non generando dubbi in ordine alla sua natura puramente processuale⁴⁰, l'interprete deve tener conto che il codice Rocco la annovera espressamente tra le fattispecie estintive del reato (Libro I, Titolo VI, Capo I, c.p.). Non si tratta di una mera opera classificatoria: l'eventuale connotazione in termini processuali della fattispecie, al di là della sua qualificazione legislativa, potrebbe non essere priva di conseguenze sulle questioni sopra trattate.

Una prima tesi, a cui hanno aderito anche la Corte costituzionale⁴¹ e la Cassazione⁴², prendendo atto della scelta del codificatore, non ha dubbi sulla natura sostanziale della remissione di querela. Decisive sarebbero, in primo luogo, la lettera della legge e la collocazione sistematica della norma⁴³. In questo senso deporrebbe anche il fatto che la mancanza della querela e la remissione danno luogo a pronunce diverse, visto che la prima, al contrario della seconda, non preclude un successivo esercizio dell'azione penale *ex art. 345 c.p.p.*⁴⁴. La Cassazione ha spesso evidenziato la componente sostanziale della remissione, a giustificazione del proprio orientamento sulla prevalenza di questa rispetto alla declaratoria *ex art. 129 c.p.p.*, chiarendo che la propria soluzione ermeneutica «prescinde da modelli interpretativi di diritto processuale – che, invece, altrimenti giustificano una disciplina uniforme delle cause di estinzione a fronte dell'inammissibilità dell'impugnazione»⁴⁵.

Una diversa tesi, sostenuta da gran parte della dottrina, osserva invece che, al di là del tenore letterale dell'art. 152 c.p., la remissione continui ad avere natura

prevedeva la rinunciabilità della prescrizione da parte dell'imputato; l'art. 157 c.p. è stato poi modificato, per adeguarlo al principio espresso dalla Consulta, dalla legge 05/12/2005, n. 251.

³⁸ LEO, *op. cit.*, 3156.

³⁹ «Nei reati per i quali non si può procedere che a querela di parte, la remissione della parte lesa estingue l'azione penale».

⁴⁰ BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958, 411.

⁴¹ Corte cost., 15/07/1983, n. 224.

⁴² *Ex multis*, v. Cass., Sez. un., 25/02/2004, n. 24246, cit.

⁴³ VOLPE, voce *Querela*, in *Dig. d. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 552; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, V ed., Torino, 1981, 602, secondo cui l'istituto della remissione appartiene al diritto sostanziale, mentre solo le formalità per la sua attuazione rientrano nel diritto processuale.

⁴⁴ MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 1014.

⁴⁵ Cass., sez. VI, 13/01/2011, n. 2248, cit.

strettamente processuale⁴⁶. Il legislatore sarebbe incorso in un «errore di classificazione»⁴⁷: dato per pacifico il carattere processuale della querela, sarebbe un «impossibile logico»⁴⁸ riconoscere natura sostanziale al suo *contrarius actus*, sulla base del rilievo che, come la querela non crea il reato, così il ritiro della querela non lo abolisce⁴⁹. A riprova del fatto che non si tratterebbe di una causa di estinzione del reato militerebbe anche l'art. 154 c.p., a norma del quale la remissione di uno degli offesi lascia sussistere la possibilità di querela per gli altri⁵⁰. Dunque, soltanto di riflesso, la remissione inciderebbe sul diritto sostanziale, come conseguenza dell'estinzione del dovere di punire⁵¹.

Nonostante la giurisprudenza sia ancorata alla concezione sostanziale della remissione di querela, non mancano interventi che ne enfatizzano il portato processuale. Nella sentenza Ricci, ad esempio, la Cassazione ha affermato che «la natura indubbiamente sostanziale della remissione non può essere enfatizzata – nella prospettiva di omologarla *tout-court* alle altre cause di estinzione del reato – sino al punto di marginalizzarne la valenza processuale [...] stante il diretto collegamento di essa con l'esercizio dell'azione penale»⁵². Peraltro, tali considerazioni sono prodromiche ad una conclusione in tutto e per tutto conforme all'insegnamento della sentenza Chiasserini.

Ciò potrebbe apparire incoerente con il criterio interpretativo adottato dalla Cassazione fin dalla sentenza Cresci, secondo cui il concorso delle cause di estinzione del reato e delle cause di inammissibilità del ricorso va risolto secondo le «norme che regolano il processo». Se ciò vale per le fattispecie, come la prescrizione, a cui si riconosce pacificamente natura sostanziale, dovrebbe valere *a fortiori* per quelle fattispecie che hanno una componente processuale. Per queste ultime, potrebbe essere infatti più pressante l'esigenza di applicare i principi che regolano il procedimento, che, secondo l'insegnamento del giudice nomofilattico, inducono ad affermare la prevalenza della declaratoria di inammissibilità.

Interessante pare anche quanto affermato dalla Suprema Corte a Sezioni unite nella sentenza Salatino⁵³, intervenuta a chiarire se lo speciale meccanismo di interlocuzione con la persona offesa, contemplato dal d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36, che,

⁴⁶ MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, XX ed., Milano, 2021, 496-497; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 863 ss. A queste tesi si affiancano posizioni che riconoscono natura processuale a tutte le cause di estinzione del reato, v., per es., PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, VI ed., Milano, 1998, 714-716.

⁴⁷ CALDERANO, *Contributo allo studio del diritto di querela*, Padova, 1978, 124; CANDIAN, *La querela*, Milano, 1951, 254; BATTAGLINI, *op. cit.*, 412.

⁴⁸ BATTAGLINI, *op. cit.*, 412.

⁴⁹ CALDERANO, *op. cit.*, 123-124; DIOTALLEVI, *sub art. 152*, in AA.VV., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da Lattanzi-Lupo, Milano, 2000, 169; GAITO, voce *Querela, istanza, richiesta*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma-Torino, 1958, 412.

⁵⁰ BATTAGLINI, *op. cit.*, 413.

⁵¹ BATTAGLINI, *op. cit.*, 412; DIOTALLEVI, *op. cit.*, 169.

⁵² Cass., Sez. un., 17/12/2015, n. 12602, cit.; già Cass., Sez. un., 25/02/2004, n. 24246, cit., in realtà rapidamente accennava alle connotazioni peculiari della remissione di querela, «collegandosi essa direttamente all'esercizio dell'azione penale».

⁵³ Cass., Sez. un., 21/06/2018, n. 40150, cit.

innovando il regime di procedibilità, ha previsto la querela per una pluralità di reati prima procedibili d'ufficio, dovesse applicarsi anche in presenza di un ricorso per cassazione inammissibile. Le Sezioni unite, sulla questione, hanno dato risposta negativa, rilevando che «la sopravvenuta eventualità dell'improcedibilità, dovuta all'abbandono del regime di perseguimento di ufficio del reato, non opera come la [...] ipotesi abrogativa, la quale è destinata ad essere rilevata anche in sede esecutiva [...] ed è stata ritenuta dalla giurisprudenza apprezzabile anche in fase di cognizione». Al di là del successivo richiamo adesivo alla sentenza Chiasserini, la *ratio decidendi* della pronuncia non pare esattamente in linea con quella che ha ispirato il richiamato precedente.

Un utile banco di prova pare essere quello del concorso tra le cause di inammissibilità dell'impugnazione e la "nuova" improcedibilità *ex art. 344-bis c.p.p.*, a cui la Cassazione ha riconosciuto natura processuale, affermando che la stessa «non incide sulla sussistenza del reato, ma sulla possibilità di proseguire l'azione penale»⁵⁴. Nella giurisprudenza di legittimità, si è già sostenuto che la dichiarazione di inammissibilità del ricorso debba prevalere sulla declaratoria di improcedibilità⁵⁵. Riconoscendo natura processuale alla remissione di querela, pare oggi più difficile giustificare il peculiare trattamento che le viene riservato, laddove un'altra fattispecie, parimenti processuale, subisce una sorte radicalmente diversa.

Resta l'idea che a guidare la giurisprudenza in materia di remissione della querela siano soprattutto «ragioni di equità», in conformità ad «una linea di compromesso, che, tuttavia, per le basi concettuali su cui è costruita, presta il fianco a forti obiezioni»⁵⁶.

4. La rilevanza del patteggiamento nella risposta al problema.

Così inquadrare le tematiche generali, resta da sciogliere la questione nodale alla base del contrasto giurisprudenziale, che si è richiamato in apertura. Va compreso, cioè, se lo svolgimento del processo nelle forme del patteggiamento condizioni l'atteggiarsi del concorso tra le cause di inammissibilità dell'impugnazione e la declaratoria di non punibilità per remissione di querela. Del resto, non è un caso che, in materia di rito ordinario, non si siano posti dubbi di sorta e la giurisprudenza sia granitica nell'aderire all'orientamento espresso nella decisione sul caso Chiasserini.

La sentenza annotata dà risposta negativa. Peraltro, poiché la Cassazione non si diffonde oltre nell'illustrare le ragioni dell'equiparazione tra la sentenza di condanna e

⁵⁴ Cass., sez. V, 05/11/2021, n. 334, Pizzorulli, in *www.giurisprudenzapenale.it*, che desume la natura processuale dell'istituto dalla finalità di rendere celere la definizione delle fasi delle impugnazioni, dalla collocazione dell'art. 344-bis c.p.p. nell'ambito delle condizioni di procedibilità e dalle sue modalità operative. Nello stesso senso, v. Cass., sez. II, 17/12/2021, n. 6045, Bucciarelli, in *Onelegale*; Cass., sez. III, 14/12/2021, n. 1567, Iaria, in *Onelegale*.

⁵⁵ Cass., sez. VII, 26/11/2021, n. 43883, Cusmà Piccione, in *www.processopenaleegiustizia.it*.

⁵⁶ CAPRIOLI-VICOLI, *op. cit.*, 47.

quella “patteggiata”, la tenuta della motivazione deve essere vagliata in relazione alle peculiarità del patteggiamento, anche in ragione di quanto la Corte aveva avuto occasione di affermare nella sentenza Conti del 2018.

4.1. Il ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento.

Nel suo precedente, oggi disconosciuto, il giudice nomofilattico aveva valorizzato il disposto del “nuovo” art. 448, comma 2-bis, c.p.p., introdotto dopo trent’anni di incertezze sui limiti all’impugnabilità della sentenza di patteggiamento.

Come è noto, la legge n. 103 del 2017 (c.d. riforma Orlando) ha tipizzato i vizi per cui è possibile ricorrere avverso la sentenza *ex* art. 444 c.p.p., con una disposizione a cui si riconosce natura speciale rispetto all’art. 606 c.p.p.⁵⁷. La sentenza di patteggiamento può essere oggi censurata solo con riferimento ai motivi attinenti all’espressione della volontà dell’imputato, al difetto di correlazione fra l’accusa e la sentenza, all’erronea qualificazione giuridica del fatto e all’illegalità della pena o della misura di sicurezza⁵⁸.

Non isolate manifestazioni di consenso ha raccolto la tesi secondo cui la nuova disciplina è eccessivamente restrittiva e si pone in contrasto con l’art. 111, comma 7, Cost.⁵⁹. Peraltro, questi dubbi di legittimità costituzionale non hanno sinora trovato riscontro nelle pronunce delle Corti⁶⁰.

Nel 2018, con la sentenza Conti, la Cassazione ha escluso che l’intervenuta remissione di querela determini un’ipotesi di illegalità derivata della pena.

Pare utile, a questo punto, chiarire la nozione di “pena illegale” *ex* art. 448, comma 2-bis, c.p.p.

⁵⁷ CALLARI, *Il ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento e l’illegalità della misura di sicurezza*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1407; in giurisprudenza v. Cass., sez. VI, 11/12/2018, n. 5210, Chiumiento, in *C.E.D. Cass.*, n. 275027. Prospetta invece un possibile concorso tra i motivi *ex* art. 448-bis c.p.p. e quelli *ex* art. 606 c.p.p. APRATI, *La riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, in *Cass. pen.*, 2019, 1406.

⁵⁸ Cass., Sez. un., 26/09/2019, n. 21368, Savin, in *C.E.D. Cass.*, n. 279348, che ha ritenuto ammissibile il ricorso *ex* art. 606 c.p.p. con riferimento alle misure di sicurezza, personali o patrimoniali, che non abbiano formato oggetto di accordo tra le parti; Cass., Sez. un., 26/09/2019, n. 21369, M. S., in *C.E.D. Cass.*, n. 279349, che ha ritenuto ammissibile il ricorso con riferimento all’applicazione o all’omessa applicazione di sanzioni amministrative accessorie. In senso critico, v. SANNA, *Sanzioni amministrative e misure di sicurezza erronee nella sentenza negoziale: la soluzione extra legem delle Sezioni unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 169 ss.

⁵⁹ BACCARI, *La disciplina del ricorso per cassazione avverso la sentenza di “patteggiamento” dopo la riforma Orlando*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 1187; DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata in Europa*, Milano, 2019, 424; SANNA, *Il patteggiamento tra prassi e novelle legislative*, Cedam, 2018, 205; ID., *L’eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per Cassazione nel disegno di riforma all’esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 925 ss.

⁶⁰ Cass., sez. V, 12/03/2021, n. 21497, Ricciardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 281182, che ha ritenuto “manifestamente infondate” le questioni di legittimità costituzionale del “nuovo” art. 448, comma 2-bis, per violazione degli artt. 2, 24, 111 Cost., reputando che la limitazione della facoltà di impugnare «trov[i] ragionevole giustificazione, nell’ambito delle scelte discrezionali riservate al legislatore, nell’esigenza di limitare il controllo di legittimità ai soli momenti della decisione che contrastano con la volontà espressa dalle parti o costituiscono disapplicazione dell’assetto normativo disciplinante il fatto illecito portato alla cognizione del giudice». Nello stesso senso, in precedenza, v. Cass., sez. VI, 11/12/2018, n. 5210, cit.

In dottrina, non è mancato chi l'ha ricostruita in via estensiva, ritenendo che una stretta interpretazione della norma violi il presidio di garanzia previsto dall'art. 111, comma 7, Cost.⁶¹. Peraltro, si tratta di una lettura decisamente minoritaria⁶², che non pare idonea, comunque, a ricomprendere anche la fattispecie dell'intervenuta remissione. D'altro canto, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno incluso nella nozione *ex* art. 448, comma 2-bis, c.p.p. una serie di ipotesi: i) la pena non prevista dall'ordinamento⁶³; ii) quella determinata sulla base di una cornice edittale dichiarata incostituzionale⁶⁴; iii) quella individuata in violazione del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole⁶⁵; iv) quella diversa, per specie, da quella stabilita astrattamente dalla legge o quantificata in misura inferiore o superiore ai relativi limiti edittali⁶⁶; v) quella imposta cumulativamente ad altra pena, quando la norma prevede che la pena sia alternativa⁶⁷; vi) quella applicata in assenza delle condizioni per l'accesso al rito alternativo⁶⁸. Ne dovrebbe derivare che, qualora la pena sia complessivamente legittima, ma determinata secondo un percorso argomentativo viziato, non si configuri un'ipotesi di illegalità⁶⁹. Su quest'ultimo aspetto, peraltro, gli indirizzi non paiono univoci. Vi sono, ad esempio, pronunce che escludono la ricorribilità della sentenza che rechi un errore nel bilanciamento delle circostanze⁷⁰ e altre che invece la ammettono⁷¹.

⁶¹ APRATI, *op. cit.*, 1410, secondo cui «con la possibilità – avverso il provvedimento che applica la pena richiesta dalle parti – di ricorrere per cassazione per “pena illegale” trova tutela non solo “l'inosservanza della legge penale” che cade sulla pena in senso stretto, ma anche “l'inosservanza della legge penale” che cade sul reato». L'autrice ricomprende in quest'ultima categoria, ad esempio, la fattispecie della norma incriminatrice «non precisa e non chiara», che conduce ad una decisione che «è il frutto di una piena discrezionalità dell'autorità giudiziaria».

⁶² Cass., sez. VI, 11/12/2018, n. 5210, cit., ha affermato che un'interpretazione estensiva della nozione di illegalità della pena non può essere accolta perché in contrasto con il carattere tassativo dei motivi di ricorso, posto che, diversamente opinando, ogni vizio di legge sostanziale e processuale sarebbe denunciabile in cassazione.

⁶³ RIGO, *Il patteggiamento*, Milano, 2021, 109.

⁶⁴ BASSI, *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, in *Cass. pen.*, 2018, 4043, sulla scorta dell'insegnamento della sentenza Cass., Sez. un., 26/02/2015, n. 33040, cit.

⁶⁵ Cass., sez. III, 10/07/2019, n. 552, Bentivogli, in *C.E.D. Cass.*, n. 278014.

⁶⁶ Cass., sez. V, 20/01/2016, n. 8639, De Paola, in *C.E.D. Cass.*, n. 266080; Cass., sez. V, 16/04/2019, n. 19757, cit.; nello stesso senso BRICCHETTI, *L'intento della riforma è scoraggiare i ricorsi solo defatigatori*, in *Guida dir.*, 2017, XXXII, 58.

⁶⁷ Cass., sez. I, 18/02/2004, n. 17108, Merlini, in *C.E.D. Cass.*, n. 228650.

⁶⁸ Cass., sez. III, 10/07/2019, n. 552, cit.

⁶⁹ VESSICHELLI, *op. cit.*, 24; Cass., sez. VI, 30/10/2013, n. 44907, Marchisella, in *C.E.D. Cass.*, n. 257151; Cass., Sez. un., 26/02/2015, n. 33040, cit.; Cass., sez. VI, 20/01/2021, n. 4726, Casati, in *C.E.D. Cass.*, n. 280875; Cass., sez. V, 23/01/2019, n. 18304, Rosettani, in *C.E.D. Cass.*, n. 275915.

⁷⁰ Cass., sez. VI, 27/04/2021, n. 28031, Jimmy, in *C.E.D. Cass.*, n. 282104; Cass. sez. V, 16/04/2019, n. 19757, Bonfiglio, in *C.E.D. Cass.*, n. 276509.

⁷¹ Cass., sez. V, 27/01/2021, n. 9818, Santese, in *C.E.D. Cass.*, n. 280626; Cass., sez. V, 23/05/2014, n. 24054, Restaino, in *C.E.D. Cass.*, n. 259894. Tra l'altro, è stata di recente rimessa alle Sezioni unite la questione se sia ricorribile la sentenza che operi un erroneo bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario *ex* art. 69, comma 3, c.p. (Cass., sez. V, 17/02/2022, n. 95223, Sacchettino, in *www.sistemapenale.it*).

Allo stesso modo, certe decisioni consentono di far valere il mancato aumento per la continuazione⁷², altre no⁷³.

Pare, tuttavia, da escludersi che la nozione di “illegalità della pena” sia idonea a ricomprendere tutte le ipotesi in cui sussisterebbero i presupposti delle cause di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.* Ne è esempio l’orientamento emerso con riguardo alla mancata dichiarazione della prescrizione intervenuta prima della sentenza di patteggiamento. La Cassazione ha affermato che «la pena concordata non può essere considerata pena illegale perché conforme all’accordo delle parti, rispondente alla volontà dell’imputato ed alla pena prevista dalla legge in relazione alla corretta qualificazione giuridica del fatto»⁷⁴. In altri termini, secondo la Suprema Corte, «il vizio di legge non investe la pena ma un diverso presupposto dell’accordo negoziale ratificato dalla sentenza»⁷⁵, esplicitando una *ratio decidendi* che pare applicabile anche alla fattispecie della remissione della querela.

La sentenza del 2018, che non risulta condivisa dalla pronuncia annotata, sembra dunque fare corretta applicazione degli indirizzi di legittimità espressi con riferimento alla nozione di “illegalità della pena”.

Peraltro, si tratta di capire se il problema dell’intervenuta remissione di querela nel patteggiamento debba essere risolto sulla base del principio di tassatività dei motivi di ricorso. Dà risposta negativa la Cassazione, la quale, nella sentenza Leonardi, praticamente coeva a quella annotata⁷⁶, afferma che l’impostazione che muove dalla tipicità dei motivi è «eccentrica rispetto alla soluzione da dare al tema in esame, che attiene, piuttosto, alla efficacia da ascrivere, sul piano della estinzione del reato, alla sopravvenuta remissione di querela».

E, in effetti, anche nel rito ordinario, il rilievo attribuito alla fattispecie estintiva prescinde dal principio di tassatività, posto che l’intervento della remissione non è riconducibile a nessuno dei motivi previsti dall’art. 606 c.p.p. Resta allora da chiedersi se, a differenza di quanto presuppone la sentenza annotata, la particolare natura del patteggiamento possa giustificare una disciplina diversa da quella operante nel procedimento ordinario.

4.2. Le peculiarità della sentenza di patteggiamento e gli effetti sui poteri di impugnazione delle parti.

Pare alludere alle peculiarità della pronuncia *ex art. 444 c.p.p.* la sentenza Conti del 2018, laddove, per negare effetti alla remissione di querela, attribuisce rilievo «decisivo» al fatto che il procedimento si sia svolto nelle forme del rito negoziato. Il

⁷² Cass., sez. V, 28/01/2020, n. 15413, Rama, in *C.E.D. Cass.*, n. 279080.

⁷³ Cass., sez. IV, 05/03/2020, n. 10688, Tonoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 278970.

⁷⁴ Cass., sez. VI, 11/12/2018, n. 5210, cit., nello stesso senso, in seguito, Cass., sez. V, 30/04/2019, n. 26425, Parigi, in *C.E.D. Cass.*, n. 276517.

⁷⁵ Cass., sez. VI, 11/12/2018, n. 5210, cit.

⁷⁶ Cass., sez. VI, 05/04/2022, n. 20023, Leonardi, in *Onelegale*.

riferimento pare sfuggente, ma diventa più limpido per via del richiamo ad un'altra pronuncia, risalente al 2003, che aveva deciso in senso conforme. In quell'occasione, la Cassazione aveva affermato che «la sentenza di patteggiamento [...] non può essere aggredita dall'imputato mediante ricorso per cassazione, con la prospettazione di sopraggiunte evenienze a lui favorevoli (cause di non punibilità o di improcedibilità), non esistenti al momento dell'accordo e non conosciute dalle parti, né dal giudice», dovendosi ritenere che, una volta intervenuta la ratifica, «il procedimento conserv[i] la propria autonomia sostanziale e processuale». Ciò in ossequio «alla *ratio* dell'istituto, alla logica del sistema, nonché alla natura, alla struttura ed alla essenza stessa del patteggiamento»⁷⁷.

Come si è avuto modo di anticipare, la Cassazione si è orientata in senso diametralmente opposto nella sentenza annotata. Ancor più chiara in questo senso è la già citata sentenza Leonardi, secondo cui la pronuncia *ex art. 444 c.p.p.* «non si differenzia da qualsivoglia altra decisione per la quale l'eventuale remissione [...] finisce per determinare l'estinzione del reato»⁷⁸.

Tutte le pronunce richiamate paiono tuttavia scontare un *deficit* motivazionale sul punto, così che il tema dell'incidenza del rito sul problema prospettato va ricostruito ampliando lo sguardo all'elaborazione con cui dottrina e giurisprudenza hanno tentato di delineare la natura della sentenza "patteggiata" e, quindi, il rapporto tra questa e la sentenza di condanna.

Non si tratta certo di una mera speculazione teorica, visto che la questione è idonea a incidere, tra le altre cose, anche sui poteri di impugnazione delle parti⁷⁹. Negli anni che seguirono l'entrata in vigore del Codice Vassalli, maturarono due fondamentali indirizzi ermeneutici, che ancora oggi costituiscono la base del dibattito in materia.

Una prima tesi sostiene che la sentenza di patteggiamento vada "equiparata" a quella di condanna, come emerge testualmente dall'art. 445, comma 1-*bis*, c.p.p. Anche riconoscendole natura "atipica", la sentenza *ex art. 444 c.p.p.* sottende un accertamento di responsabilità, non potendosi altrimenti giustificare, prima di tutto sul piano costituzionale, l'applicazione di una pena svincolata dalla colpevolezza⁸⁰.

Un diverso indirizzo sostiene invece che la sentenza di patteggiamento abbia natura allogena, non essendo in alcun modo riconducibile alla sentenza di condanna, in ragione dell'assenza di un previo accertamento di responsabilità penale. Ne sarebbe dimostrazione l'art. 445, comma 1-*bis*, c.p.p., che si limiterebbe ad equiparare le due fattispecie solamente con riferimento all'effetto dell'infrazione di una pena⁸¹ e ciò troverebbe già riscontro anche nella Relazione al progetto preliminare del codice,

⁷⁷ Cass., sez. V, 7 aprile 2003, n. 39345, Silvestris, in *Dir. giust.*, 2004, VII, 121. In senso opposto si esprime la stessa Quinta sezione, a pochi mesi di distanza, v. Cass., sez. V, 19/12/2003, n. 48657, in *Italggiure*, che annullò senza rinvio la sentenza di patteggiamento a cui era seguita la remissione della querela, pur essendo inammissibile il ricorso proposto dall'imputato.

⁷⁸ Cass., sez. VI, 05/04/2022, n. 20023, cit.

⁷⁹ VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, 308-309, nello stesso senso v. CECANESE, *Le aporie del patteggiamento*, Napoli, 2017, 147.

⁸⁰ VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 344.

⁸¹ Cass., Sez. un., 08/05/1996, De Leo, in *Cass. pen.*, 1996, 3579 ss.

secondo cui nel patteggiamento «non occorre un positivo accertamento della responsabilità penale»⁸².

La Corte costituzionale, dopo avere inizialmente enfatizzato la dimensione dell'accertamento⁸³, ha poi valorizzato la componente negoziale del patteggiamento, rinvenendo il suo fondamento nell'accordo tra le parti⁸⁴, arrivando a sostenere che la previsione di una dichiarazione di colpevolezza costituirebbe una "riscrittura" del rito⁸⁵. Su quest'ultima linea si è orientata anche la giurisprudenza di legittimità, che, dopo alcune iniziali oscillazioni⁸⁶, ha insistito sulla «matrice negoziale transattiva»⁸⁷ del procedimento e sulle «differenze formali, strutturali, genetiche e funzionali» del rito e del provvedimento che lo conclude⁸⁸. Nemmeno l'affermazione di una più stretta assimilazione della sentenza di patteggiamento a quella di condanna, che ha cercato di ridurre le differenze al fatto che la prima non produce alcuni effetti penali⁸⁹, ha indotto a rivalutare la questione relativa all'accertamento di responsabilità⁹⁰.

Quest'ultimo orientamento è infine prevalso⁹¹, da un lato, spingendo la funzionalità e la capacità deflattiva del rito⁹² e, dall'altro lato, continuando ad alimentare seri dubbi di legittimità costituzionale, con particolare riferimento alla presunzione d'innocenza, ai principi che individuano i caratteri della giurisdizione e all'indisponibilità della libertà personale⁹³. Si è anche evidenziato come il riconoscimento della natura allogena della sentenza di patteggiamento risenta di un equivoco di fondo,

⁸² *Relazione al progetto preliminare del c.p.p.*, in *G.U., Suppl. ord. n. 2*, 24/10/1988, n. 250, 108.

⁸³ Corte cost., 02/07/1990, n. 313.

⁸⁴ Corte cost., 06/06/1991, n. 251; Corte cost., 30/06/1994, n. 265; Corte cost., 09/07/2004, n. 219.

⁸⁵ Corte cost., 11/12/1997, n. 399.

⁸⁶ Cass., sez. V, 29/10/1993, Marzioni, in *Cass. pen.*, 1995, 1942 ss.

⁸⁷ VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di Pisani, Milano, 2003, 189.

⁸⁸ Cass., Sez. un., 26/02/1997, n. 3600, Bahrouni Makrem, in *Cass. pen.*, 1997, 2666 ss.

⁸⁹ Cass., Sez. un., 29/11/2005, n. 17781, Diop Oumar, in *Cass. pen.*, 2006, 2769 ss.

⁹⁰ SANNA, *Il patteggiamento tra prassi e novelle legislative*, cit., 6, 183.

⁹¹ CECANESE, *op. cit.*, 148; RIGO, *op. cit.*, 71-72. Né l'introduzione del patteggiamento allargato ha indotto a rivedere la posizione, come auspicato da parte della dottrina, VIGONI, *Patteggiamento allargato, riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, 713 ss., SANNA, *Riti alternativi senza presunzione di colpevolezza*, in *www.discrimen.it*, 10/05/2021, 2-4. La giurisprudenza ha infatti accolto la lettura unitaria del congegno, v. Cass., Sez. un., 29/11/2005, n. 17781, cit. Nel senso che, nel patteggiamento, manca un accertamento di responsabilità, v., da ultimo, Cass., sez. II, 24/09/2019, n. 39159, Hussain, in *C.E.D. Cass.*, n. 277102; Cass., sez. IV, 13/02/2015, n. 8541, B. F., in *Onelegale*, in cui si afferma che il patteggiamento si sostanzia nell'applicazione della pena senza giudizio. Del tutto minoritari sono invece gli interventi che ancora esaltano la componente dell'accertamento, v., per es., Cass. sez. II, 21/06/2018, n. 44190, H., in *C.E.D. Cass.*, n. 274078.

⁹² VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., 203; SCALEFATI, *L'uso strategico dei procedimenti differenziati*, in *Arch. pen.*, 2019, III 8; PERONI, *La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazioni*, in *Arch. pen.*, 2019, III, 7.

⁹³ VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., 192; ID., *Sulla natura della sentenza ex art. 444*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 284; ID., *Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, 714; RIGO, *op. cit.*, 72; SANNA, *Il patteggiamento tra prassi e novelle legislative*, cit., 4, 14.

consistente nel dedurre dai limiti cognitivi del rito il ridimensionamento dell'incidenza del controllo giudiziale⁹⁴.

La peculiarità del rito ha inciso anche sulla conformazione dei poteri di impugnazione delle parti. Al di là della tendenziale inappellabilità delle sentenze *ex art.* 444 c.p.p.⁹⁵, il legislatore ha serbato il silenzio su eventuali vincoli o limiti, derivanti dalla genesi negoziale, al ricorso per cassazione, che gode della tutela costituzionale (art. 111, comma 7, Cost.), fino alla riforma Orlando, con cui si sono tipizzati i vizi denunciabili davanti al giudice nomofilattico.

Peraltro, da subito si è avvertito il rischio che l'impugnazione potesse divenire uno strumento di «revoca postuma del consenso»⁹⁶ e si è iniziato a ipotizzare che il sostrato pattizio della decisione condizionasse i poteri di impugnazione delle parti⁹⁷. Si è così articolata una pluralità di indirizzi interpretativi, che hanno a vario titolo attribuito alla sentenza di patteggiamento una forza di resistenza superiore a quella della sentenza di condanna, facendo emergere, quale regola di fondo, il criterio dell'intangibilità dell'accordo⁹⁸. Dottrina e giurisprudenza hanno fatto leva su concetti quali, ad esempio, la rinuncia tacita all'impugnazione, il difetto di legittimazione, la carenza di interesse, l'impossibilità di rimettere in discussione l'accordo intervenuto tra le parti⁹⁹, arrivando ad affermare che fosse illogico consentire di ricorrere avverso la sentenza di patteggiamento¹⁰⁰. Nella prassi, ciò si è tradotto in un «caotico puzzle»¹⁰¹, difficile da ricomporre e da ricondurre a coerenza¹⁰².

5. Una decisione tra principi generali e (discutibili) deroghe.

Al di là dell'intervento del legislatore, che, con l'art. 448, comma 2-*bis* c.p.p., ha messo mano ad alcune delle questioni sopra tratteggiate¹⁰³, si ritiene tuttora irrisolta la questione se il sostrato pattizio della decisione condizioni la legittimazione ad impugnare delle parti¹⁰⁴. Si tratta dunque di verificare se l'esigenza di adeguare i poteri

⁹⁴ VIGONI, *Patteggiamento "allargato"*, cit., 714.

⁹⁵ Fa eccezione al principio la disposizione *ex art.* 448, comma 2, c.p.p.

⁹⁶ PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, 195.

⁹⁷ PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., 193.

⁹⁸ VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., 203.

⁹⁹ Una rassegna si rinviene in MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Milano, 2005, 246; PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., 193-194.

¹⁰⁰ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, 752; CARNEVALE, *L'interesse a impugnare nel processo penale*, Torino, 2012, 271.

¹⁰¹ CARNEVALE, *op. cit.*, 275.

¹⁰² CALLARI, *Il ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento e l'illegalità della misura di sicurezza*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, VI 1046.

¹⁰³ GIALUZ-DELLA TORRE, *La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento tra sviste del legislatore e frizioni con i principi costituzionali*, in AA.VV., *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di Bargis-Belluta, Torino, 2018, 209.

¹⁰⁴ SANNA, *Il patteggiamento tra prassi e novelle legislative*, cit., 200.

di impugnazione delle parti alle peculiarità del rito possa incidere sulla possibilità di introdurre, con il ricorso per cassazione, l'avvenuta remissione di querela, soprattutto laddove si enfatizzi il carattere negoziale del patteggiamento.

Come ripetutamente sottolineato dalla Cassazione, anche dopo la novella legislativa, «la richiesta di applicazione della pena e l'adesione dell'altra parte integrano [...] un negozio di natura processuale, che, una volta perfezionato con la ratifica del giudice che ne ha accertato la correttezza, non è revocabile unilateralmente», salvi, naturalmente, i motivi previsti dall'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p.¹⁰⁵. In dottrina, si è sottolineato che un uso strumentale e dilatorio del mezzo di impugnazione vanificherebbe, tra l'altro, anche gli effetti di economia processuale insiti nel rito¹⁰⁶. Inoltre, non sarebbe concepibile un patteggiamento “con riserva”, che consenta, da un lato, di acquisire i vantaggi previsti dagli artt. 444 ss. c.p.p. e, dall'altro lato, di contrastare l'accordo con il ricorso per cassazione¹⁰⁷.

Echi di questa concezione si rinvergono anche in alcune pronunce. In una sentenza risalente al 1993, la Suprema Corte, circa l'ammissibilità di un ricorso volto ad ottenere una declaratoria di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p. in base a fatti sopravvenuti, non conosciuti dal giudice che aveva accolto la richiesta delle parti e allo stato degli atti, parlò di «alea negoziale», affermando che «il patteggiamento implica ovviamente dei rischi [...], alcuni giuridicamente rimediabili, altri no [...] indubbiamente la norma richiamata [l'art. 444 c.p.p.] conferisce al giudice potere per contenere l'alea, ma potere ristretto: cioè, allo stato degli atti contenuti nel fascicolo del p.m. Questo limite non può mai essere superato»¹⁰⁸. Ne discende, secondo questa visione, la totale impermeabilità della sentenza alle sopravvenienze favorevoli, la cui irrilevanza rappresenterebbe il rischio che la parte accetta quando manifesta il suo consenso all'applicazione della pena concordata.

Peraltro, non si tratta di un'episodica esaltazione della natura negoziale del procedimento. Pochi anni dopo, infatti, le Sezioni unite ribadirono la totale immunità ai *nova* della sentenza di patteggiamento, in ragione della sua natura allogena, della sua genesi negoziale e dell'irrevocabilità del consenso prestato dalle parti, escludendo la sua assoggettabilità alla revisione¹⁰⁹.

Probabilmente, una simile concezione del rito, che certamente esaspera i suoi profili negoziali, porterebbe a concludere che la remissione di querela non possa avere un effetto demolitivo dell'accordo intervenuto tra le parti. Tuttavia, pare che i presupposti di una rappresentazione che ruota intorno al concetto di “alea negoziale” siano, almeno in parte, venuti meno, anche per volontà del legislatore. Infatti, con la legge 12 giugno 2003, n. 134, il Parlamento, reagendo agli indirizzi appena ricordati, ha

¹⁰⁵ Cass., sez. V, 16/04/2019, n. 19757, cit.; nello stesso senso, *ex multis*, Cass., sez. IV, 24/11/2016, n. 2525, Moretti, in C.E.D. Cass., n. 269072; Cass., sez. IV, 03/07/2012, Fiorentini, in C.E.D. Cass., n. 254367; Cass., sez. IV, 11/07/2012, n. 38970, Parascenzo in C.E.D. Cass., n. 254371.

¹⁰⁶ GERACI, *Sentenza di patteggiamento e limiti alle impugnazioni*, in *Giur. it.*, 2003, VII, 510.

¹⁰⁷ GERACI, *op. cit.*, 510.

¹⁰⁸ Cass., sez. III, 25/05/1993, n. 1215, Facella, in *Cass. pen.*, 1995, 1590.

¹⁰⁹ Cass., Sez. un., 25/03/1998, n. 6, Giangrasso, in C.E.D. Cass., n. 210872.

espressamente previsto l'assoggettabilità a revisione della sentenza *ex art. 444 c.p.p.*, con ciò smentendo il principio dell'impermeabilità alle sopravvenienze favorevoli¹¹⁰.

Né sembra portare a diverse conclusioni il "divieto di revoca postuma del consenso", ancora centrale nella discussione sul rito contrattato. Si tratta infatti di un criterio interpretativo volto a impedire che la parte, dopo avere aderito all'accordo, lo censuri, denunciandone l'ingiustizia, anche sulla base di elementi che già versavano nella sua disponibilità al momento dell'espressione del consenso. E neppure pare che il principio sia stato elaborato con riferimento alle sopravvenienze, che non fossero nella disponibilità della parte all'atto della sua manifestazione di volontà. Non si tratterebbe, infatti, di riconoscere uno *ius poenitendi* all'imputato, come tale non meritevole di tutela, ma di consentirgli l'introduzione nel procedimento di elementi sopravvenuti, di cui lo stesso non poteva tenere conto al momento dell'espressione del consenso. Del resto, è stato proprio uno degli autori a cui si deve il conio della formula della «revoca postuma» a sostenere che «nulla potrebbe impedire all'interessato di dedurre dinanzi alla Suprema Corte una causa di proscioglimento venuta in essere dopo il patteggiamento»¹¹¹.

Dunque, la sentenza annotata non pare contraddire la *ratio* posta a fondamento del principio di intangibilità dell'accordo, come ricostruita dall'elaborazione teorica in materia. La possibilità di ricorrere per cassazione per far valere l'intervenuta remissione di querela non sembra infatti collidere con la genesi negoziale della sentenza di patteggiamento.

Meno condivisibile sembra invece la pronuncia nella parte in cui aderisce acriticamente agli orientamenti consolidati circa il concorso tra l'inammissibilità dell'impugnazione e la sopravvenuta estinzione del reato *ex art. 152 c.p.* La fedeltà dimostrata allo *ius receptum* in materia, tra l'altro, sconta un'imprecisione di fondo, laddove identifica nella mancata ricusazione della causa estintiva il fondamento della speciale disciplina riservata alla remissione di querela, trascurando che, in base allo stesso ragionamento, pure la prescrizione dovrebbe prevalere sull'inammissibilità del ricorso.

Rimane dunque opportuno chiedersi se le ragioni di giustizia sostanziale che sorreggono l'indirizzo ermeneutico in questione possano continuare a derogare ai principi generali che, da oltre vent'anni, regolano il rapporto tra la dichiarazione di inammissibilità del ricorso e la declaratoria di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*

Un segno di insofferenza può forse rinvenirsi nel *dictum* della sentenza Salatino¹¹², decisa a chiarire che la causa estintiva in tanto può avere ingresso in Cassazione in quanto è destinata altrimenti a rilevare *in executivis*, in conformità dei

¹¹⁰ Peraltro, va precisato che la possibilità di accedere al rimedio straordinario è stata ristretta in via pretoria dalla Cassazione, che, ad esempio, esclude che sia sufficiente la "prova nuova" tale da determinare il ragionevole dubbio sulla responsabilità del prevenuto, essendo necessario, al contrario, che il *novum* consista in elementi tali da dimostrare la sussistenza di cause di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*, v., *ex multis*, Cass., sez. I, 06/06/2019, n. 25201, B. A. C., in *Onelegale*.

¹¹¹ PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., 199-200.

¹¹² Cass., Sez. un., 21/06/2018, n. 40150, cit.

principi di economia processuale che sorreggono la deroga alla prevalenza della declaratoria di inammissibilità. Peraltro, ad oggi, non si rinvencono sviluppi nella direzione di un *overruling* sulla disciplina della remissione di querela.

D'altro canto, bisognerà attendere per capire se, a indurre la Cassazione ad una rivisitazione delle proprie posizioni, sarà l'indirizzo, già emerso in sede di legittimità, sul concorso tra l'inammissibilità dell'impugnazione e l'improcedibilità dell'azione penale *ex 344-bis c.p.p.*