

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glaucio Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, 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, 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 Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), 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

PAPER

L. CARRARO, <i>La responsabilità concorsuale del professionista-extraneus in fatti di bancarotta. La compartecipazione criminosa mediante attività di consulenza.....</i>	5
A. GALANTI, <i>Crisi di liquidità e inesigibilità alla luce di Sez. U., n. 10381 del 26/11/2020 (Fialova), della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e del disegno di legge delega di riforma del sistema fiscale.....</i>	45
F. D'ERRICO, <i>Ancora sull'aggravante della transnazionalità: tra perduranti ambiguità interpretative ed esigenze di riforma.....</i>	77
A. CHNITER, <i>Personalità del rimprovero e responsabilità dell'amministratore non operativo per omesso impedimento dell'altrui reato.....</i>	99
R. BATTISTONI, <i>L'omicidio del coniuge maltrattante: tra legittima difesa (putativa) e proporzionalità della pena in astratto.....</i>	117
A. NEGRI, <i>Diritto penale canonico e secolare, tra recenti avvicinamenti e distanze incolmabili. Il nodo dell'adesione spontanea.....</i>	143
L. CHIARELLI, <i>Corte costituzionale n. 5/2023: un'occasione per ribadire il ruolo preventivo della confisca senza condanna e del diritto penale moderno.....</i>	157
D. CURTOTTI, V. RIZZI, W. NOCERINO, A. RUSSITTO, G. GILIBERTI, G. SCARPA, <i>Piattaforme criptate e prova penale</i>	173

CONTRIBUTI E OPINIONI

G.L. GATTA, <i>"Arresto in attesa della querela" e procedibilità d'ufficio per i reati aggravati dal metodo mafioso e dalla finalità di terrorismo. Pubblicata la l. n. 60/2023.....</i>	197
G.L. GATTA, <i>Concorsi pubblici "turbati": per la cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.....</i>	205
C. MISTRORIGO, <i>Costituzionalmente illegittimo l'automatico diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro in caso di condanna per fatti di lieve entità....</i>	209
G.L. GATTA, <i>Prescrizione e improcedibilità: alla camera prove tecniche di una ennesima, improvvida, riforma.....</i>	217
G. MENTASTI, <i>Prime applicazioni del lavoro di pubblica utilità sostitutivo: un'interessante sentenza del Tribunale di Pavia.....</i>	223
C. PAGELLA, <i>L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 decisioni.....</i>	229

LA RESPONSABILITÀ CONCURSUALE DEL PROFESSIONISTA-EXTRANEUS IN FATTI DI BANCAROTTA. LA COMPARTECIPAZIONE CRIMINOSA MEDIANTE ATTIVITÀ DI CONSULENZA

di Luca Carraro

Il contributo affronta il tema della responsabilità del professionista, quale concorrente extraneus, in fatti di bancarotta patrimoniale perpetrati dal proprio assistito. Dopo aver ripercorso, sul piano generale, gli snodi maggiormente significativi del dibattito dottrinale sulla responsabilità plurisoggettiva eventuale, lo scritto analizza la tendenza giurisprudenziale a inquadrare le condotte di consulenza tecnico-professionale – specie nei settori economici – nell’ambito del concorso morale, ponendo in evidenza i problemi dogmatici e le aporie epistemiche di tale opzione interpretativa. I limiti emersi nell’analisi critica del “diritto vivente” rappresentano infine l’abbrivio per delineare talune direttrici lungo le quali tracciare i confini minimi di un contegno penalmente rilevante del professionista, nell’ambito di una possibile pars construens maggiormente incline a valorizzare i profili soggettivi del contributo concorsuale.

SOMMARIO: 1. La responsabilità concorsuale del professionista nel quadro dei “white collar crimes”: una prima delimitazione del tema problematico – 2. Il nodo nevralgico della responsabilità plurisoggettiva eventuale: il concetto di contributo concorsuale tra causalità, agevolazione, compartecipazione materiale e morale – 3. Il formante giurisprudenziale italiano – 3.1. L’elemento ‘oggettivo’ del contributo del professionista – 3.1.1. L’origine della sovrapposizione tra concorso morale e materiale in giurisprudenza – 3.1.2. Quel che resta del contributo concorsuale – 3.2. Il profilo soggettivo del contributo del professionista – 4. Appunti per una *pars construens*: un’ipotesi programmatica di lavoro.

1. La responsabilità concorsuale del professionista nel quadro dei “white collar crimes”: una prima delimitazione del tema problematico.

La responsabilità concorsuale rappresenta un problema complesso¹, in continuo fermento tra esigenze di repressione rispetto a condotte dotate di una particolare carica

¹ Si veda, per chiarezza espositiva, M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; R. DELL’ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1957; M. HELFER, *Il concorso di persone nel reato. Problemi aperti nel sistema unitario italiano*, Torino, 2013, 41 ss.

lesiva ed esigenze di riaffermazione del principio di legalità, nella sua specifica declinazione di tipicità della condotta offensiva², e di responsabilità per fatto proprio³.

Tale materia – già di per sé “storicamente” tra le «più spinose del diritto penale»⁴ – si caratterizza oggi per ulteriori profili di problematicità, dischiusi da un diritto penale sempre più orientato verso l’idealtipo del reato economico⁵, del c.d. “*white collar crime*”⁶, il cui autore agisce mediante condotte complesse, sovente altamente tecniche, e ricostruite come penalmente rilevanti alla luce di una pletora di disposizioni normative, rendendo così l’illecito penale altamente “artificiale”⁷. Ciò è tanto più vero per il professionista⁸, in particolare per l’avvocato, in un quadro fattuale, peraltro, spesso molto meno nitido, al momento dell’azione, rispetto a quello di cui gode il Pubblico Ministero al momento dell’imputazione (e *a fortiori* per il Giudice al momento del giudizio). Il professionista, del resto, interviene frequentemente in un momento di crisi per l’imprenditore (o l’azienda) che assiste. E proprio quando questi quadri fenomenologici, quando cioè il mondo, i tempi e le logiche economiche (spesso meno raffinate delle ricostruzioni giuridiche, ma molto più dinamiche e “brucianti”) vengono poi valutate dalla lente del penalista (sovente alla luce di ulteriori elementi acquisiti solo *ex post*), i profili di maggiore complessità pratica del tema vengono a presentarsi in tutta la loro irruenza.

La possibile rilevanza penale del “consiglio tecnico” in relazione ai reati propri dischiude infatti un orizzonte ampiamente problematico. Non è un caso, del resto, che le principali dorsali ermeneutiche della dogmatica concorsuale vengano sottoposte, proprio in siffatto ambito, a importanti prove di resistenza nel dibattito dottrinale, sebbene quest’ultimo non abbia ancora conosciuto lo sviluppo e l’approfondimento di cui gli interpreti hanno beneficiato in Germania, in ordine alle c.d. “*Neutrale Hanlungen*”, o nel Nord-America, rispetto alle condotte realizzate “*in the ordinary course of business*”⁹.

² Cfr. S. SEMINARA, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 421 ss.

³ Cfr. L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 3, nota n. 4.

⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. P. Gen.*, Milano, 1947, 237. Più di recente, appaiono emblematiche le parole di E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Torino, 2018, con le quali l’Autore intitola il paragrafo 1 del Capitolo 1: «Un tormentato istituto di parte generale».

⁵ Cfr., in ordine al c.d. “reato economico”, F. GIUNTA, *I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori*, in *Giust. Pen.*, 2011, 12, II, 641-645.

⁶ L’espressione, oramai entrata nel gergo comune grazie alla sua evidente carica evocativa, si deve al sociologo americano E.H. SUTHERLAND, *White Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, 1940, V, 1 ss.; ID., *White Collar Crime. The uncut version* (1983), tr. it. a cura di G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, 1987. In proposito, cfr. G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 304 ss.

⁷ C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell’Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 466 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 35.; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990, 2754 e ss.; ID., *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 3, 438 ss.

⁸ Cfr. A. PERINI, *Il consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell’estraneo nei reati propri*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 719 ss.

⁹ Per una recente e approfondita disamina in ordine agli orientamenti, dottrinali e giurisprudenziali,

Ad irrobustire il quadro problematico, inoltre, si registra una giurisprudenza che, sebbene chiamata più volte a confrontarsi con la tematica in esame, sembra aver sino ad oggi eluso un analitico approfondimento del problema.

Onde affrontare con ordine – e in coerenza agli intenti contenuti di questo contributo – il tema che ci si propone di studiare, è necessario delimitare specificamente l'ambito di riflessione. Si intende indagare una peculiare declinazione del problema della responsabilità concorsuale¹⁰ del professionista, dedicandosi alla possibile configurazione di un rimprovero a titolo di concorrente *extraneus*, in capo all'avvocato che abbia reso una consulenza, in relazione a fatti di bancarotta patrimoniale commessi dal proprio assistito.

Al fine di procedere con rigore alla ricerca di un'*actio finium regundorum* tra le condotte legittime del (se non addirittura doverose per il) professionista e quelle che invece assumono una venatura penalmente rilevante, si ritiene di dover seguire il seguente percorso logico: (i) in primo luogo sarà necessario ripercorrere, sia pur in via cursoria ed estremamente sintetica, la struttura della fattispecie concorsuale, onde poter porre le basi concettuali per procedere ad (ii) analizzare la tendenza, molto avvertita nel formante giurisprudenziale, a declinare in termini di concorso morale le condotte di consulenza tecnico-professionale. Su questa base, le cui radici (iii) verranno ricercate nella stessa storia giurisprudenziale italiana della seconda metà degli anni '90, si proseguirà poi nell'individuazione dei limiti di una siffatta impostazione, soffermandosi in particolare, (iv) quanto alla tipicità della responsabilità concorsuale, sulla effettiva impiegabilità dei moduli di accertamento causale per misurare le vicende relazionali umane in termini di *determinazione* e *rafforzamento* dell'altrui proposito e, (v) quanto al profilo soggettivo della fattispecie concorsuale eventuale, sulla consistenza e sul ruolo performativo assegnato al peculiare atteggiamento psichico che il dominante orientamento di legittimità ritiene necessario (*recte*: sufficiente) all'integrazione della tipicità criminosa del professionista quale concorrente *extraneus* nei fatti di bancarotta patrimoniale del proprio assistito. L'insoddisfazione dinanzi all'impossibilità di individuare una criteriologia afferrabile, sulla quale tracciare i confini minimi di un contegno penalmente rilevante del professionista, suggerirà infine (vi) di prendere atto dei limiti emersi dall'analisi critica dell'orientamento dominante e di approntare un "progetto programmatico" per una rivisitazione del tema che parta dalle fondamenta.

tedeschi, inglesi e americani, si veda E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., in particolare 92 ss., quanto all'ordinamento tedesco, e 133 ss., quanto alle impostazioni di *common law*. Per una ricostruzione in parte differente delle opzioni interpretative di lingua tedesca, si veda M. BIANCHI, *La "complicità" mediante condotte "quotidiane". Apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale, ruolo istituzionale*, in *Ind. Pen.*, 2000, 37 ss.

¹⁰ Il tema, come noto, rappresenta solo una parte del più ampio orizzonte del rischio penale dell'avvocato e del professionista in genere, in ordine al quale possono venire in rilievo fattispecie differenti e a modalità di realizzazione monosoggettiva. Per una recente disamina dei rischi penalistici che incombono sul professionista (avvocato, notaio, commercialista, revisore, *advisor* finanziario, componente del collegio sindacale o dell'OdV, etc.), si veda AA.VV., *Le responsabilità penali del professionista*, Torino, 2023, A. Pistochini e G. Stampanoni (a cura di), con prefazione a cura di F. Centonze.

2. Il nodo nevralgico della responsabilità plurisoggettiva eventuale: il concetto di contributo concorsuale tra causalità, agevolazione, compartecipazione materiale e morale.

La disposizione di cui all'art. 110 c.p., nella quale è condensato il perno di tutta la disciplina relativa al concorso di persone nel reato, come è stato autorevolmente affermato¹¹, rappresenta forse «la disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale»¹², esibendo un evidente rischio di inaridire la tipicità¹³ – ed il suo legame con la responsabilità penale per fatto proprio¹⁴ – in ossequio ad un'impostazione dogmatica¹⁵ molto rigida e frutto di una precisa opzione ideologica¹⁶ di matrice autoritaria. D'altro canto, stringenti esigenze di politica-criminale hanno indotto e sospingono ancora oggi ad estendere i già generosi¹⁷ spazi di incriminazione concorsuale, incentrati – almeno in origine – sulla

¹¹ Ci si riferisce a G. VASSALLI, *La riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 34, secondo un giudizio, non meno severo, espresso anche da G. BETTIOL, *Brevi considerazioni sul problema del concorso di più persone nel reato*, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte generale del codice penale. Concorso di persone nel reato*, s.d. (ma 1982), 4 del dattiloscritto (passo riportato da S. SEMINARA, *La disciplina del concorso di persone nel reato nei più recenti progetti di riforma del codice penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, I, 2011, 282).

¹² G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 345, ove vengono riprese le riflessioni precedenti.

¹³ Interessantissime le considerazioni di G. LOSAPPIO, *La caccia alla plurisoggettività causale nella plurisoggettività concorsuale*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3, *passim* e 8, ove si afferma con chiarezza: «La disciplina del concorso non può – meglio, non deve! – costituire un'area (e che area!) del sistema penale “emancipata” dai principi costituzionali di legalità e responsabilità personale, che anzi soprattutto in questo stress test dovrebbero manifestare il loro essenziale contenuto garantistico».

¹⁴ Si veda M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 175 ss.

¹⁵ Sulla temperie culturale alla base della disciplina del concorso di persone nel reato e, in specie sulla contrapposizione tra la scuola positiva (“capitanata” da E. FERRI, *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente*, Progetto 1921 – Progetto 1927, Torino, 1928, 552 ss.), e la scuola criminologica di area tedesca tramite la *Internationale Kriminalistische Vereinigung (IKV)*, si veda M. HELFER, *Il concorso*, cit., 41 ss. e S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 18 ss.

¹⁶ Pongono in luce taluni visibili segni della matrice fascista della regolamentazione codicistica M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 261; M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 185; G. INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 443 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 83. Come pone in luce E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., 8, nota n. 4, maggiormente dubitativo invece appare S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., 26, nel porre in evidenza come la necessità di superare, con il Codice Rocco, talune problematiche del previgente Codice Zanardelli, possano rappresentare una spiegazione che radichi in esigenze dogmatiche e pratiche, piuttosto che in matrici ideologiche, l'impostazione della disciplina concorsuale secondo un modello unitario.

¹⁷ Molto acute si rivelano sul tema le parole di L. RISICATO, *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*,

teoria dell'equivalenza causale: quasi paradossalmente, quella naturale tendenza ipertrofica del causalismo puro, che in ambito monosoggettivo ha impegnato dottrina e giurisprudenza, italiane e tedesche, alla ricerca di correttivi in grado di contenerla entro i margini di una corretta responsabilità per fatto proprio¹⁸, si sarebbe rivelata insufficiente nell'ambito delle fenomenologie concorsuali, ben potendo avvertirsi l'esigenza di reprimere contegni che, pur non essendo a rigore considerabili *conditiones sine quibus non* dell'evento tipico, avessero in qualche misura contribuito, se non sul piano materiale, quantomeno sul piano morale¹⁹, alla realizzazione dell'illecito.

Sullo sfondo di tali contrapposte esigenze, come noto, si consumava lo scontro, invero mai sopito, relativo alle fondamenta dogmatiche della punibilità concorsuale, che vedeva fronteggiarsi – semplificando – la teoria dell'accessorietà²⁰, da una parte, e la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, dall'altra²¹.

in G.A. De Francesco, E. Venafrò (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2003, 89. La Studiosa descrive infatti l'art. 110 c.p. alla stregua di un «formidabile ed incontenibile “moltiplicatore” di meritevolezza di pena, ovvero come strumento inflattivo della materia penale, in grado di stravolgere i canoni dogmatici e politico-criminali che presiedono alla creazione, alla formulazione e alla delimitazione dei tipi di reato».

¹⁸ Senza alcuna pretesa di esaustività, onde rinviare a taluni contributi di indubbio pregio sulla tematica causale, si vedano G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013; G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011; ID., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996; G. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. 'Nesso di rischio' e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; ID., *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 37 ss.; ID., *Lecture sistematiche delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 588 ss. (parte I), 1114 ss. (parte II); M. RONCO, *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 820 ss.

¹⁹ Sul concorso morale si veda L. VIOLANTE, voce *Istigazione (in generale)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 986 ss.; A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, *passim*; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione della fattispecie*, Napoli, 2004, *passim*. Per una profonda lettura, in chiave funzionale, volta a rimeditare in toto l'effettiva configurabilità di una vera e propria causalità psichica, si veda M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. Pen.*, 2004, 815 ss., oggi in ID., *Scritti Patavini*, Torino, 2017, 1079 ss.

²⁰ Per un'attenta ricostruzione della teoria dell'accessorietà e dei suoi molteplici significati nella dottrina tedesca, si veda M. HELFER, *Il concorso di persone*, cit., 63 ss., con ampi riferimenti alla letteratura tedesca più recente, e F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, 103 ss.

²¹ Va precisato che, per ragioni di concisione espositiva ci si limita a ripercorrere, rapidamente, le principali coordinate delle contrapposizioni dottrinali, fermo restando che un'ulteriore autorevole e originale posizione, in dottrina, è stata ad esempio espressa da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. P. Gen.*, Milano, 2003, 552, secondo il quale l'intersecarsi della disposizione di parte speciale con l'art. 110 c.p. non darebbe vita ad una sola fattispecie plurisoggettiva eventuale, bensì a tante fattispecie plurisoggettive eventuali quanti sono i soggetti che hanno preso parte alla realizzazione criminosa; ID., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 14 ss. Su una simile linea ermeneutica, si veda anche M. BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato. Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958.

L'evidente *ratio* di garanzia²² posta a base della teoria di matrice tedesca²³ finiva per infrangersi contro le ipotesi di c.d. esecuzione frazionata e contro l'inidoneità della ricostruzione teorica dell'accessorietà a giustificare la perpetrazione della condotta tipica, in ipotesi di reati propri, ad opera del solo *extraneus*²⁴. Siffatti limiti propiziavano l'emersione e l'affermarsi della teorica – pressoché maggioritaria in Italia, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – della fattispecie plurisoggettiva eventuale, secondo la quale il fondamento della forma di manifestazione concorsuale non andrebbe ricercato nel rapporto di accessorietà rispetto al fatto tipico di cui alla fattispecie monosoggettiva, bensì nel ruolo di “trasformatore di tipicità” svolto dalla *Generalklausel* di cui all'art. 110 c.p.²⁵; tale disposizione riuscirebbe, fondendosi “alchemicamente” con l'incriminazione monosoggettiva di parte speciale, a originare una nuova fattispecie, autonoma e distinta da quella di base, la cui tipicità andrebbe misurata non più con riferimento alla fattispecie monosoggettiva astratta di partenza, bensì con la risultante del sopra detto processo di assimilazione che condurrebbe quindi ad *integrare*²⁶ l'ordinamento penale con una più estesa salvaguardia dei medesimi beni mediante l'incriminazione di contributi che sarebbero *atipici* se rapportati alle singole fattispecie di parte speciale.

D'altro canto, la scelta operata dal legislatore italiano per il modello unitario²⁷ – ed il correlativo affrancamento dal modello differenziato del previgente Codice

²² Emblematiche, sul punto, le parole di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. P. Gen.*, Bologna, 2014, 494, secondo il quale non è complesso intuire quale legame intercorra sul piano teorico tra il modello in parola e il pensiero penale di matrice liberale: «se il legislatore si preoccupa di scolpire con precisione le figure normative di autore, partecipe, complice ecc., si evita (o si attenua) il duplice inconveniente di lasciar indeterminati, da un lato, i presupposti della punibilità delle condotte secondarie di partecipazione e, dall'altro, di appiattire le responsabilità individuali, posto che sulla stessa graduazione della pena non può non incidere il *tipo* di contributo arrecato da ciascun concorrente», ed ancora (498) «la teoria dell'accessorietà appare in verità permeata da preoccupazioni a sfondo garantistico: essa ribadisce con forza l'esigenza che anche l'istituto del concorso criminoso rispetti il principio di tipicità oggettiva, quale ineludibile canone di un diritto penale del fatto».

²³ Nel più generale contesto delle forme di manifestazione del reato (*Erscheinungsformen des Verbrechens*), infatti, è l'elaborazione di E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 268 ss. e 420 ss., a descrivere la complicità come estensione del tipo (*Tatbestandszusätze*) secondo le cadenze della teoria dell'accessorietà. Sul tema si veda L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, cit., 9 ss.

²⁴ Per un'efficace sintesi delle suddette problematiche si veda S. CODA, A. PERINI, *Premessa in tema di concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Le responsabilità penali*, cit., 722.

²⁵ Come chiaramente espresso da R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 81: «la sintesi tra l'art. 110 c.p. ed una disposizione (anche autonomamente) incriminatrice di parte speciale non soltanto qualifica penalmente condotte irrilevanti ai sensi delle singole disposizioni di parte speciale, ma ben prima crea una forma (unitaria) nuova, nella quale le singole condotte perdono la loro autonomia per divenire parti di un tutto». In termini analoghi, si veda anche M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 53 ss.

²⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 494 (corsivi originali).

²⁷ In ordine alla differenziazione tra modello unitario e modello differenziato, si veda M. HELFER, *Il concorso*, cit., *passim*; V. MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, in M. Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, II, Bologna, 2011, 146 ss. Nell'ambito di un'originale e ricchissima disamina, storica e comparatistica, avente ad oggetto i rapporti tra le c.d. fattispecie accessorie (favoreggiamento, ricettazione,

Zanardelli e dell'ordinamento tedesco²⁸ – aveva quale retroterra culturale la forte spinta del “positivismo criminologico” che induceva ad accordare preferenza, rispetto alla tipizzazione dei diversi apporti concorsuali individuali, alla valutazione del significato sintomatico, in termini di “pericolosità sociale”, del contributo di ciascun partecipe²⁹. Inoltre – e siffatta circostanza, come si vedrà, ha un'influenza così penetrante da essere la filigrana di ogni riflessione in tema di responsabilità concorsuale³⁰ – l'approvazione del Codice Rocco era coeva ad uno dei momenti di massimo fulgore del c.d. “dogma causale”³¹, la cui struttura, basata sull'equivalenza delle cause³² positivizzata nell'art. 41 c.p., non poteva che travalicare il versante obiettivo del reato (i cui referenti normativi possono trovarsi negli artt. 40, 41 e 49 c.p.) e “conquistare” anche la spiegazione della forma di manifestazione concorsuale (che, trovandosi disciplinata agli artt. 110 e ss. c.p., afferisce topograficamente al titolo relativo al reo e alla persona offesa dal reato³³). In tal modo, nel quadro del modello unitario c.d. temperato³⁴, il contributo concorsuale avrebbe potuto divenire rilevante nella misura in cui fosse stato idoneo ad esplicitare un'efficacia eziologica rispetto all'evento. In altri termini, in coerenza con il dettato normativo, «concorre *a pari titolo* chi apporta un contributo qualsiasi, purché dotato di

riciclaggio e reimpiego) e il concorso di persone nel reato, si veda M. BIANCHI, *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013, 149 ss.

²⁸ Una lucida disamina degli elementi positivi e dei limiti di ciascuna delle due impostazioni, si rinviene in G. GRASSO, *Art. 110*, in M. Romano, G. Grasso (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 1996, 121 ss.

²⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 495-496.

³⁰ Si tratta di un aspetto che, invero, non è sfuggito ai più profondi studi in tema di concorso di persone nel reato e che, in futuro, ci si propone di indagare con maggior respiro.

³¹ Cfr. G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale*, cit., 138 ss.

³² Secondo una trasposizione in chiave giuridica degli studi di logica di S. MILL, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, 1843, tr. it. a cura di M. Trinchero, Torino, 1988, che ha finito per sovrapporre il concetto di causa a quello di condizione, cosicché quello che in Mill era causa (ovverosia l'insieme delle condizioni) è stato frammentato e sostituito, nell'art. 41 c.p., nelle sue componenti, divenendo causa anche la singola condizione. Emblematico il passaggio (*ivi*, 459) nel quale si afferma: «la causa vera e propria è la totalità di questi antecedenti e, filosoficamente parlando, non abbiamo nessun diritto di dare il nome di causa a uno solo di essi, ad esclusione di tutti gli altri»; ed ancora (*ivi*, 525) «La totalità dei fatti precedenti costituisce il risultato infallibile di tutti i fatti passati che sono esistiti nell'istante precedente. Ecco qui, dunque, una grande sequenza, che sappiamo essere uniforme [...] la questione è in che modo si debba risolvere quest'uniformità complessa nelle uniformità più semplici che la compongono e in qual modo si debba assegnare a ciascuna porzione del vasto antecedente, quella porzione del conseguente che le compete».

³³ Come nota M. BIANCHI, *Concorso di persone*, cit., 150, a riprova di una certa intransigenza del legislatore del '30 verso forme di criminalità di gruppo.

³⁴ Benché la temperie autoritario-repressiva che caratterizzava la politica penale del 1930 sospingesse nella direzione di negare distinzione, nella risposta punitiva, tra compartecipi primari e secondari, la spinta alla personalizzazione e al temperamento del rigore repressivo derivante dal criterio causale sotteso al modello unitario condusse alla positivizzazione, nell'art. 114 c.p., del contributo di minima importanza e, sia pur con valenze differenti, degli istituti di cui agli artt. 11, 112, 116 e 117 c.p.: ciò evidentemente rappresenta un sintomo dell'esigenza di diversificazione nella responsabilità concorsuale e della necessità, pur nel rigore repressivo di una certa ideologia politico-criminale, di rapportare l'incriminazione della compartecipazione criminosa con le istanze, in allora non ancora scolpite nell'art. 27 Cost. ma nondimeno avvertite, del principio di responsabilità per fatto proprio.

rilevanza causale nell'ambito della realizzazione collettiva del fatto»³⁵, ricostruendosi dunque la tipicità concorsuale al metro della relativa efficacia causale³⁶.

L'interazione tra questi due fattori – il modello unitario, da un lato, e la fattispecie plurisoggettiva eventuale misurata sul piano causale, dall'altro – aveva innescato quello che sarebbe divenuto uno dei più complessi problemi della parte generale del diritto penale: l'individuazione dei criteri sulla base dei quali valutare la sussistenza (e l'entità) del necessario apporto causale del compartecipe, giacché, se l'art. 110 c.p. rivestiva una funzione incriminatrice (limitandosi a rendere punibili anche contributi a-tipici rispetto alla fattispecie monosoggettiva di base), esso rimaneva silente rispetto all'individuazione della criteriologia in forza della quale selezionare i contributi penalmente rilevanti.

Come sopra anticipato, infatti, anche il criterio dell'efficienza causale non tardò a manifestare i propri limiti: da un lato, la causalità, intesa alla stregua di *conditio sine qua non* dell'evento, conduceva a un'eccessiva dilatazione della responsabilità penale e, nei dotti e acuti approfondimenti dedicati alla categoria dogmatica – indagata nel quadro paradigmatico della responsabilità monosoggettiva –, veniva fatta oggetto di una strenua e continua opera di contenimento attraverso l'ideazione di una serie di (più o meno raffinati) correttivi³⁷. Dall'altro e per converso, le esigenze di politica criminale ponevano in luce la possibile insufficienza – nel quadro paradigmatico, questa volta, della responsabilità concorsuale – del criterio causale³⁸, ove inteso in termini di *conditio sine qua non*, e sospingevano dunque verso l'impiego, in maniera sovente molto lata, delle teoriche di matrice tedesca di aumento del rischio³⁹ sorte dal "tronco" dogmatico della *Objektive Zurechnung*⁴⁰.

In breve: se in tema di causalità la *conditio sine qua non* veniva avversata per la sua eccessiva potenzialità espansiva e contenuta mediante svariate forme di *Korrekturen*,

³⁵ G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 495.

³⁶ Nella manualistica, infatti, si suole indicare, quali elementi di struttura del concorso di persone nel reato: (i) la compartecipazione di più soggetti al fatto; (ii) la realizzazione della fattispecie oggettiva di reato; (iii) la sussistenza di un contributo rilevante e apprezzabile da parte di ciascun compartecipe; (iv) l'elemento soggettivo (da intendersi come consapevolezza e volontà di partecipare collettivamente all'iter criminoso, alle quale si salda la consapevolezza e la volontà, sia pur con intensità differenti, rispetto all'illecito verso cui il contributo tende). Orbene, è il terzo di tali elementi – ovverosia la natura, la consistenza e l'epistemologia di esso – ad aver rappresentato (e a rappresentare anche oggi) il terreno delle maggiori dispute dottrinali, essendosi registrata una larga convergenza in ordine all'interpretazione in senso causale dell'efficacia del contributo concorsuale, ma essendosi per converso anche posti in luce i non pochi risvolti aporetici di tale opzione ricostruttiva. Su tali tematiche, si veda *infra*.

³⁷ Non è possibile, in questa sede, nemmeno fare cenno all'ingovernabile mole di lavori e riflessioni condotte sul tema causale, tanto dalla dottrina italiana, quanto dalla dottrina tedesca. Sia consentito, onde non ripetere considerazioni già spese altrove in ordine al tema causale, rinviare, anche per la bibliografia ivi citata, a L. CARRARO, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Torino, 2022, 37 ss.

³⁸ Per capacità di densa sintesi, si veda T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 279.

³⁹ Per tutti, si veda sul tema M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, cit., 37 ss.; ID., *Lecture sistematiche delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 588 ss. (parte I), 1114 ss. (parte II).

⁴⁰ Si veda, per chiarezza e profondità di analisi, M. RONCO, *Alle origini dell'imputazione oggettiva*, in *Scritti patavini*, Torino, 2017, 1393 ss.

in ambito concorsuale veniva addirittura trovata troppo arida e insufficiente a colpire quelle forme di manifestazione criminosa che sfuggissero ad una logica naturalisticamente e materialisticamente causale⁴¹.

Onde rispondere alle (ritenute) insufficienze del condizionalismo, una parte della dottrina propose, come noto, di impiegare il più elastico modello della c.d. causalità agevolatrice o di rinforzo⁴², in base alla quale «nell'ambito della responsabilità concorsuale, diversamente che nei casi di áutoria singola, la legge non pretenderebbe l'accertamento della condizione necessaria (*sine qua non*) dell'apporto causale individuale rispetto al misfatto collettivo, contentandosi più semplicemente di un influsso di tipo corroborativo»⁴³. Siffatto approccio infatti permetterebbe di considerare gli anelli della catena causale non secondo schemi lineari e "rettilinei", bensì "uno a fianco dell'altro", secondo schemi circolari complessivi⁴⁴, con lo scopo, almeno nelle intenzioni, di delimitare la responsabilità concorsuale a quelle condotte che avessero in qualche misura agevolato la realizzazione criminosa ed escludendo invece la rilevanza penale di contributi inutili o, addirittura, di concreto ostacolo alla stessa. Alla stregua di siffatta impostazione teorica sarebbe infatti ritenuto penalmente rilevante, oltre all'ausilio condizionalmente necessario – l'ausilio cioè non eliminabile mentalmente nel giudizio controfattuale senza far venir meno il reato –, anche quel contributo che agevoli o faciliti la realizzazione criminosa⁴⁵ ma non anche quello che, per converso, rimanga in concreto del tutto ininfluenza o si manifesti addirittura controproducente.

A ben riflettere – e, come si vedrà, tale aspetto rappresenta un presupposto importante per le riflessioni che si svolgeranno nel presente lavoro – anche la *Verstärkungs-Formel* affonda le proprie radici sulla causalità⁴⁶: sebbene non ispirata al

⁴¹ Cfr. A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit. 730.

⁴² L'origine della *Verstärkungs-Formel*, non a caso, si rinviene nella dottrina tedesca e, in particolare, nelle dense tredici pagine con cui W. CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, in G. Spengel (a cura di), *Festschrift für Ulrich Stock*, Holzner, Würzburg, 1966, 115-126, presentava la propria formula causale alternativa mediante l'esame di una serie di casi di scuola. Nella dottrina italiana, si veda F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. Pen.*, 1977, 412 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, P. Gen., Padova, 1992, 525.

⁴³ Questa la descrizione, lucidamente concisa, di M. BIANCHI, *Concorso di persone*, cit., 64.

⁴⁴ Interessante è la similitudine proposta da W. CLASS, *Die Kausalität*, cit., 121 ss. (e riportata per esteso da M. BIANCHI, *Concorso di persone*, cit., 65) delle gomene di una nave attraccata: se le gomene sono quattro, nessuna di esse è necessaria per tenere fermo il bastimento, perché questo, anche recisane una, rimarrebbe comunque fermo. Ma ciò non significa che quelle gomene non abbia un ruolo concausale rispetto all'evento (tener ben saldo al molo il bastimento stesso). Anche a prescindere dal fatto che la proposizione di partenza dovrebbe ricalibrare il concetto di necessità con quello di sufficienza (essendo evidente che la singola gomina non è sufficiente a tenere fermo il bastimento, pur essendo necessaria, insieme alle altre, al medesimo risultato), va notato che, saltando una gomina, il natante non rimarrebbe affatto fermo nella medesima posizione originaria, venendosi così a modificare sensibilmente la collocazione risultante e, dunque, nella similitudine, l'evento di riferimento.

⁴⁵ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 505, i quali riportano l'esempio del complice che fornendo la chiave allo scassinatore, intento ad aprire una cassaforte con un trapano, determini l'anticipazione della consumazione del furto.

⁴⁶ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 499 ss.; L. CORNACCHIA, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*. P. Gen., Bologna, 2007, 721 ss.

condizionalismo puro, la teoria dell'agevolazione è pur sempre una ricostruzione causale, la quale si distingue per assecondare una declinazione differente di nesso eziologico sul piano giuridico-penale⁴⁷. In altri termini, non sussiste una differenza ontologica, tipologica, fra condizione necessaria e agevolazione, bensì una differenza ordinale, afferente al *quantum* di "efficacia condizionante" rispetto al concreto fatto verificatosi, rivelandosi, la distinzione tra causazione e agevolazione, almeno *prima facie*, un falso problema⁴⁸.

Le ricostruzioni basate sull'agevolazione criminosa, del resto, potevano beneficiare delle teorizzazioni dogmatiche sorte sul terreno della causalità, indagata in ordine al reato monosoggettivo, che dalla *Relevanztheorie* condussero poi all'elaborazione delle varie anime della *Objektive Zurechnung*⁴⁹. Queste ultime, in particolare, nate per delimitare l'esondante responsabilità per connessione meramente materiale derivante dal condizionamento puro, avevano finito per far filtrare nella dogmatica del reato il concetto di *rischio*⁵⁰ (affiancato a quello di *scopo di tutela* della norma incriminatrice) e, quasi per un eterogenesi dei fini, nell'allargare le maglie della responsabilità nei reati causalmente orientati, veicolando una parallela espansione della responsabilità concorsuale fondata non più su un concetto di causazione materiale dell'evento mediante un contributo eziologicamente apprezzabile in termini di *conditio sine qua non*, bensì su un concetto di compartecipazione all'illecito penale attuato mediante una condotta idonea ad aumentare il rischio di verifica dell'evento⁵¹.

⁴⁷ In questo senso E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2 Aufl., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1933, 413, secondo la traduzione di M. BIANCHI, *Concorso di persone*, cit., 66: «A tutta questa distinzione tra causazione e agevolazione sottostà una scarsa chiarezza nell'intendere la causalità: ciò che infatti ha confluente sulle modalità (modo e maniera nel caso di specie) dell'azione è in verità pure causale rispetto all'evento. Perché è decisivo per l'evento nella sua globale e concreta configurazione» ed ancora, E. MAZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, cit., 122: «dalla equivalenza causale di tutti i componenti di una serie eziologica non segue la loro eguaglianza di valore giuridico». Anche M. BIANCHI, *op. ult. cit.*, 68 conviene sull'insussistenza di una differenza ontologica tra causazione ed agevolazione: «il concetto di agevolazione, poi, non presenta differenze cromosomiche rispetto a quello di condizione necessaria, essendo soltanto riferito ad una più minuta sezione dell'evento».

⁴⁸ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, 194.

⁴⁹ Cfr. M. RONCO, *Alle origini dell'imputazione oggettiva*, cit., 1393 ss.

⁵⁰ Sul tema relativo al ruolo del rischio nell'ambito del diritto penale risultano di sempre attuale interesse le riflessioni di V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

⁵¹ Importanti sembrano le assonanze con un'ulteriore filone interpretativo, secondo il quale si sarebbe dovuto abbandonare l'approccio causale per sostituirlo con (o per accostarlo a) una diversa prospettiva basata su un giudizio di prognosi, da condursi *ex ante*, circa l'idoneità del contributo del (preteso) partecipe ad accrescere la probabilità di verifica del reato. Evidente appare dunque, in tale prospettiva, l'applicazione delle modularità normative del delitto tentato *ex art. 56 c.p.*, *sub specie* di attitudine causale, al problema dei requisiti minimi di rilevanza del contributo concorsuale. Per questa via, però, anche il contributo rivelatosi *ex post* inutile o addirittura di ostacolo diverrebbe potenzialmente meritevole di sanzione penale; in ordine a siffatta prospettiva si veda A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 560 ss.; in analoga prospettiva volta a valorizzare gli aspetti prognostici circa la capacità di una condotta di influenzarne un'altra, allontanandosi dall'impostazione eziologica, si veda F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, cit., 471 ss.; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1375 ss. Secondo l'opinione

La giurisprudenza italiana, dal canto suo, dopo una iniziale adesione alla lettura della responsabilità concorsuale fondata sul dogma causale⁵², ha manifestato una sostanziale adesione alle teoriche dell'agevolazione quale chiave ermeneutica per individuare i requisiti minimi di compartecipazione criminosa, attraendo all'area di rilevanza penale anche i contributi che, pur non rivelandosi condizioni necessarie, avessero esercitato un'influenza sull'azione o sull'evento realizzato, rendendo la consumazione del reato meno incerta o meno difficoltosa⁵³.

Va, tuttavia, osservato come l'impiego da parte della giurisprudenza della teoria dell'agevolazione in seno alla responsabilità concorsuale abbia finito per ingenerare due fenomeni ermeneutici forieri di ulteriori problemi applicativi: da un lato, l'agevolazione è stata sovente intesa come una teorica alternativa alla causalità⁵⁴ in sede concorsuale, non cogliendo il profondo legame (ed il conseguente portato garantistico connesso alle corrispondenti modalità di accertamento) che la prima reca con la seconda; dall'altro, l'eccessiva disinvoltura che, attraverso le potenzialità espansive dell'agevolazione, ha permesso alla giurisprudenza di ricostruire la sussistenza di una compartecipazione criminosa sul piano *morale* (tanto nella declinazione della *determinazione* quanto, più spesso, in quella di *rafforzamento* dell'altrui proposito) quale automatico⁵⁵ succedaneo⁵⁶

maggioritaria, tuttavia, una prospettiva fondata su elementi prognostici trascurerebbe di giustificare l'applicazione di un regime dettato per il tentativo (dunque in relazione ad un reato che non si è consumato) ad un'ipotesi storicamente realizzata in tutti i suoi elementi: dinanzi ad un evento realizzato avrebbe poco senso, si afferma, parlare di idoneità lesiva *ex ante*, essendovi un evento concreto sul quale misurare le reali influenze storicamente realizzatesi, in ossequio ad un diritto penale del fatto. Per siffatta critica, si veda, su tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 506. Sull'impostazione proposta da Antonio Pagliaro, peraltro trasfusa nella commissione nominata da Giuliano Vassalli con D.M. 8 febbraio 1988 per l'emanazione di un nuovo codice penale – su cui veda la Relazione, in Docum. giust., 1992, n. 3, consultabile anche sul sito internet del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it), sezione Strumenti (Pubblicazioni, studi, ricerche) – si tornerà nella parte finale del presente contributo.

⁵² Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. Pen., Sez. III, 19.01.1983, in *Cass. pen.*, 1985, 633-634; Cass. Pen., Sez. I, 5.12.1984, n. 4735, in *Cass. Pen.*, 1986, 2, 1072-1073.

⁵³ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. VI, 22.05.2012, n. 36818, ove si legge, con riferimento ai criteri in virtù dei quali configurare la fattispecie plurisoggettiva eventuale, che «il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di un contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà».

⁵⁴ Riprendendo la pronuncia citata nella nota precedente, è sufficiente avvedersi di come la parte motiva ivi riportata metta in rapporto di alternatività la «efficacia causale» (rispetto all'evento lesivo) e il «contributo agevolatore» (rispetto alla commissione del reato).

⁵⁵ In termini analoghi, pur nell'ambito della critica alla teoria della prognosi o dell'aumento del rischio, si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 507, ove si afferma: «Né per giustificare a ogni costo la punibilità si potrebbe ripiegare – come fa spesso la giurisprudenza – su di una “automatica” conversione della fornitura del mezzo (venga o no, poi, utilizzato) in una forma di “istigazione” o complicità psichica [...] che in certi casi l'offerta di uno strumento di ausilio possa operare come stimolo sul piano psicologico, non è da escludere. Solo che sarebbe errato fare di un'eventualità una soluzione obbligata: se la fornitura del mezzo incentivi psicologicamente la commissione del fatto, va provato caso per caso».

⁵⁶ La medesima osservazione, in un profondo e illuminante studio sulle effettive coordinate della c.d. causalità psichica, viene proposta da M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, cit., oggi in *Scritti patavini*, cit., 1079 ss., ove il chiaro Autore afferma che il concorso morale «serve, nella realtà concreta dell'esperienza giudiziale, a colpevolizzare quelle situazioni nelle quali [...] non sarebbe possibile

del difetto di una concreta estrinsecazione, sul piano materiale, dell'apporto agevolativo⁵⁷.

Dal punto di vista teorico, tale disinvoltura affondava a sua volta le radici su ulteriori due operazioni interpretative: (i) la perpetuazione dell'impiego, in chiave epistemologica, del modello nomologico-deduttivo⁵⁸ (nonostante l'impostazione dell'epistemologia neopositivista rifluente a Carnap⁵⁹ e a Hempel⁶⁰ avesse finito per mostrare il fianco alle critiche⁶¹ della scienza moderna "post-popperiana"⁶² e avesse conosciuta un'inversione di rotta, quantomeno di principio, nella giurisprudenza

riconoscere la responsabilità. Situazioni in cui, invece, un certo 'sentimento' giuridico, ispirato fondamentalmente a ragioni generalpreventive [...] postula come opportuna l'affermazione di responsabilità». Analogamente si veda anche A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, cit., 135. Più di recente, si veda, con medesime cadenze, E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 30, il quale parla, al proposito di tale tendenza prasseologica, di «supplenza generalpreventiva». Pur in un contesto di critica parzialmente differente, anche G. LOSAPPIO, *La caccia*, cit., 24, afferma: «occorre registrare il dominio di una sorta di sostanza concettuale amorfa e pervasiva in cui, in barba alle parole d'ordine condizionalistiche, causali o peri-causali (laddove vengono echeggiate formule che richiamano l'agevolazione, la causalità di rinforzo, l'aumento del rischio o la prognosi postuma) la responsabilità concorsuale si estende anche a condotte che solo nell'ottica di relazioni proprie della fisica quantistica – tipo *entanglement* – possono considerarsi tra loro interrelate».

⁵⁷ Interessante notare, sotto questo punto di vista, come l'importante pronuncia di Cass. Pen., Sez. Un., 12.07.2005, n. 33748 in materia di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, esibendo un certo nitore concettuale sulla radice causale dell'agevolazione concorsuale, ponga in evidenza, da un punto di vista teorico, un essenziale aspetto – di matrice epistemico-processuale – afferente alla necessità impiegare, nella verifica dell'apporto del concorrente nel reato, una prospettiva di valutazione *ex post*, non essendo bastevole che il contributo atipico, secondo una prognosi condotta *ex ante*, abbia manifestato una attitudine ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del reato, potendosi ben verificare che quel contributo si riveli, per l'appunto, ad un giudizio *ex post* basato sul concreto incedere storico, ininfluenza o addirittura controproducente. Ebbene siffatta affermazione, certamente condivisibile dal punto di vista epistemologico, accedeva alla valutazione dell'efficienza causale, non di un contributo materiale, bensì di un prospettato concorso morale. Simile osservazione si rinviene in S. CODA, A. PERINI, *Premessa*, cit., 725.

⁵⁸ Il modello di spiegazione causale nomologico-deduttivo, come noto, veniva autorevolmente proposto, nella dottrina italiana, mediante l'impiego del criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975. L'illustre e compianto studioso approfondì e sviluppò lo studio del tema causale nella vastissima produzione scientifica successiva di cui, senza pretesa di esaustività, si richiamano F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa; la condizione contingentemente necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1251 ss.; ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001; ID., *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 767 ss.

⁵⁹ R. CARNAP, *Philosophical foundations of physics: an introduction of the philosophy of science*, New York, 1966, tr. it. a cura di C. Mangione, E. Vinassa de Regny, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971.

⁶⁰ C.G. HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*, New York-London, 1965, tr. it. a cura di A. Gargani, *Aspetti della spiegazione scientifica*, Milano, 1986.

⁶¹ Fondamentale sul tema è K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, London, 1959, tr. it. a cura di M. Trinchero, *La logica delle scoperte scientifiche*, Torino, 1970. In ordine alle profonde influenze della crisi del concetto "classico-scientifico" di causalità conseguente alle acquisizioni di Heisenberg, Bohr ed Einstein si veda subito *infra*.

⁶² Interessantissimi, sul punto, gli studi monografici di G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, cit., *passim*, spec. 156 ss., e di G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale*, cit., *passim*, spec. 150 ss.

italiana con la celebre sentenza Franzese⁶³); (ii) l'impiego di tale modello non soltanto per fornire spiegazioni giuridicamente adeguate degli eventi di tipo naturalistico, bensì anche in funzione esplicativa delle c.d. interazioni psichiche⁶⁴, ossia in funzione dell'individuazione dell'efficacia condizionante dell'azione umana sulla psiche altrui (sia dal punto di vista intellettuale sia dal punto di vista volitivo).

E proprio su questo secondo aspetto – si è persuasi – si addensa il maggior carico problematico del tema che qui si intende trattare: la già articolata operazione di selezione, sul piano materiale, delle condotte che possono essere ritenute sufficienti a integrare i requisiti minimi di un concorso penalmente rilevante (selezione effettuata, come si è visto, alla stregua di un criterio comunque causale), come dovrà essere condotta in ordine a contributi di carattere esclusivamente morale? Se la giurisprudenza, come è stato autorevolmente notato, impiega sovente il cosiddetto “rafforzamento psichico” quale «strumento argomentativo prescelto [...] per risolvere, tramite la sussunzione della vicenda comunicativa di due persone sotto lo schema della ‘causalità psichica’ i problemi più acuti relativi alla ravvisabilità del concorso morale nell'illecito penale di colui che non abbia speso alcun contributo di carattere materiale»⁶⁵, quali saranno gli strumenti ermeneutici di cui potrà disporre l'interprete per tracciare quella “riga liminare” tra contegno lecito e illecito sul piano psichico-morale?

È del tutto evidente infatti che, laddove ci si interroghi sulla possibile configurabilità del concorso del professionista mediante “consiglio tecnico” in fatti illeciti del proprio assistito, ci si pone proprio su quell'incerto displuvio tra concorso materiale e morale che impone di domandarsi se i criteri causali⁶⁶ – che reggono l'accertamento del contributo materiale come connessione fra fatti naturalistici – possano essere utilmente e correttamente impiegati anche nella valutazione penalistica delle interazioni che legano (non due eventi fisici esteriori, bensì) le sfere psichiche dei soggetti coinvolti in una vicenda comunicativo-relazionale.

⁶³ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002 (dep. 11.09.2022), n. 30328, in *Cass. Pen.*, 2002, 3643. Nell'imponente numero di contributi apparsi sul tema, ci si limita in questa sede a richiamare, in ragione della stessa evocatività del titolo rispetto allo specifico profilo del tema qui indagato, R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1176.

⁶⁴ In ordine al problema del condizionamento psichico nel diritto penale, si veda A. USAI, *Profili penali dei condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei movimenti religiosi*, Milano, 1996.

⁶⁵ M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., 1081.

⁶⁶ Per una approfondita disamina del tema della c.d. “causalità psichica” si vedano L. CORNACCHIA, *Il problema della “causalità psichica” rispetto ai condizionamenti mentali*, in S. Canestrari, G. Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 187 ss.; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, *passim*; G. MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale. Percorsi giurisprudenziali e nuovi orizzonti di confronto fra scienza e diritto*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1118 ss.

Del resto, lo stesso Progetto Nordio⁶⁷ – ritenuto in dottrina iper-analitico⁶⁸ e caratterizzato, rispetto ai progetti delle Commissioni Pagliaro, Grosso e Pisapia, per la ricerca del massimo grado di tipizzazione del contributo punibile – pur essendo l’unico a prevedere in via espressa il fornire «indicazioni, informazioni, o consigli» quale forma di contributo penalmente rilevante, si limita ad includere tale condotta in quelle *agevolative*, senza tuttavia chiarire se essa vada inquadrata nell’ambito del concorso materiale o del concorso morale. La questione, come ben si coglie, non è puramente nominalistica, venendo in discussione i limiti di estensione dell’intervento penalistico e, nel contempo, gli strumenti euristici⁶⁹ con i quali indagare detti limiti nell’esperienza processuale.

Conviene, dunque, ora – onde evitare di attardarsi ad entrare *in medias res* rispetto all’oggetto specifico del presente studio – dirigere l’attenzione verso l’approccio giurisprudenziale in ordine al c.d. consiglio tecnico: avendo infatti posto le basi teoriche per poter sondare la rilevanza concorsuale del consiglio professionale nella sua problematicità, si ritiene di dover ora porre attenzione all’evoluzione della

⁶⁷ Il Progetto c.d. Nordio, elaborato dalla commissione ministeriale di riforma del codice penale nominata dal Ministro della Giustizia Claudio Castelli con D.M. 23 novembre 2001, pubblicato unitamente alla Relazione in *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 244 ss., quanto al reato plurisoggettivo eventuale, all’art. 43 prevede: «1) Concorrono nel reato coloro che contribuiscono alla sua realizzazione con atti di esecuzione o di partecipazione. Costituisce partecipazione la promozione, l’organizzazione, la direzione e l’agevolazione del reato. 2) Sono atti di promozione quelli che danno impulso all’ideazione od alla preparazione del reato. 3) Sono atti di organizzazione quelli di coordinamento nella preparazione del reato. 4) Sono atti di direzione quelli di sovrintendenza nella preparazione del reato. 5) Sono *atti di agevolazione* l’aiuto o l’assistenza che hanno reso l’ideazione, la preparazione o l’esecuzione del reato più pronte o più sicure e sono prestati *fornendo indicazioni, informazioni o consigli* diretti in modo obiettivamente univoco alla commissione del reato oppure fornendo mezzi o strumenti o eliminando impedimenti oppure promettendo in anticipo aiuto. 6) Sono esecutori coloro i quali commettono in tutto o in parte il fatto previsto come reato. Sono altresì considerati esecutori coloro i quali nel commettere il reato si giovano dell’errore o dell’incapacità altrui, anche se da essi non cagionati, ovvero coloro che con violenza o minaccia costringono altri a commettere il reato» (corsivi da noi aggiunti). Per una panoramica delle critiche mosse al Progetto Nordio, si veda G. GRASSO, *Pre-Art. 110*, in M. Romano, G. Grasso (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2012, spec. 144; si veda anche, in relazione all’interpretazione in termini puramente causali, dell’articolato, M. PELISSERO, *Il contributo concorsuale tra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, II, 2006, 1647; S. SEMINARA, *La disciplina*, cit., 296. Per una lettura che, invece, scorge spazi per una “convivenza” del criterio causale con quello prognostico, A. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 4.

⁶⁸ Cfr. E. BASILE, *Il Consiglio tecnico*, cit., 22, al quale si rinvia anche - e unitamente a M. HELEFER, *Il concorso*, cit., 232 ss. - per una ricca disamina dei progetti di riforma del Codice penale con specifico riferimento alla disciplina del concorso di persone nel reato.

⁶⁹ Come acutamente osservato da A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale e nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere di tipo mafioso*, Napoli, 2003, 270, «la mancata tipizzazione dei contributi concorsuali rischia di far sì che anche la mera adesione morale, purché esteriormente manifestata, o l’accordo non eseguito dal concorrente, possano ritenersi *punibili* in quanto si ipotizzi un loro *rilievo causale* sul piano del “rafforzamento del proposito criminoso”: e, data l’assoluta evanescenza, sotto il profilo del contenuto di impulso ad agire, di tali forme di concorso morale, la sostanziale *impraticabilità di una reale verifica della loro efficienza causale* finisce fatalmente per dar luogo ad inammissibili *presunzioni*, che violano il principio di personalità della responsabilità penale» (corsivi nostri).

giurisprudenza italiana sul tema, seguendone le linee di tendenza e ponendo in luce – lo si anticipa – una certa inclinazione (o “deformazione”) prasseologica consistente nel ritenere (apoditticamente⁷⁰) la compartecipazione psichica (del legale) un *minus* - logicamente implicato in ogni forma di concorso materiale⁷¹ - che, in quanto tale, residuerebbe in funzione di supplenza general-preventiva laddove difettesse l’estrinsecazione materiale di un contributo fenomenico.

La tematica poco sopra evocata (*id est*: l’individuazione dei criteri da impiegare nel concreto per accertare la sussistenza di un concorso morale) sarà invece ripresa nelle battute conclusive di questo scritto, quando si tenterà di approntare un “progetto programmatico” con il quale rivisitare il tema in profondità.

3. Il formante giurisprudenziale italiano.

Nonostante, come suggestivamente ricordato da Perini, sia dai tempi di Omero⁷² che il consiglio tecnico esplica un’efficacia del tutto peculiare, l’elaborazione giurisprudenziale italiana – ed invero anche la riflessione dottrinale, salvo taluni contributi specifici sull’argomento⁷³ – non esibisce una particolare attenzione verso il tema⁷⁴; eppure, negli ultimi anni, probabilmente in ragione di quella progressiva tendenza alla lettura della criminalità economica in forma “necessariamente plurisoggettiva” cui sopra si faceva cenno (a sua volta riflesso della strutturazione

⁷⁰ Si dice “apoditticamente” in quanto un siffatto incedere argomentativo viene inibito dall’ammissibilità del c.d. concorso unilaterale, nel quale è ben possibile che un soggetto, all’insaputa dell’altro, espliciti un contegno materiale causalmente rilevante nella realizzazione dell’illecito perpetrato da un altro soggetto che, tuttavia, non essendo al corrente di questo contributo, non subisce alcun influsso di carattere determinativo o rafforzativo sul proprio proposito. Cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 74, oggi anche in *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 534.

⁷¹ A titolo esemplificativo si veda Cass. Pen., Sez. I, 25.09.2008, n. 42993.

⁷² Cfr. A. PERINI, *Il consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell’estraneo nei reati propri*, cit., 724, il quale inquadra il tema del consiglio tecnico come un *tòpos* storico-letterario di cui risulta «(emblematica [...]) la vicenda che risolve la guerra di Troia, unanimemente attribuita al genio di Ulisse».

⁷³ Tra i più recenti, T. PADOVANI, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell’esercizio dell’impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 376; V. PANUCCIO, *Il concorso del professionista nel reato di bancarotta (con particolare riguardo al legale dell’imprenditore)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 210 ss.; M. BIANCHI, *La “complicità” mediante condotte “quotidiane”*, cit., *passim*; A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., *passim*; L. TROYER, *La responsabilità del professionista a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta: la Cassazione non scioglie i dubbi interpretativi*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 401 ss.; G. INSOLERA, *Altri reati contro l’amministrazione della giustizia*, in G. Insolera, L. Ziletti (a cura di), *Il rischio penale del difensore*, Milano, 2009, 273; G. COCCO, *Appunti sui reati comuni degli avvocati*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2206 ss.; V. MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, cit., 129 ss.; M. MASUCCI, *Sul “rischio penale” del professionista. Contributo alla teoria generale del concorso di persone*, Napoli, 2012; A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, 2017, 176; E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., *passim*.

⁷⁴ Come osserva F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, 508, infatti, l’«evidente delicatezza della relazione interpersonale tra professionista e cliente unitamente all’assenza di un aggancio normativo rendono particolarmente ardua una soddisfacente soluzione del problema, che ancora non sembra neppure avvantaggiarsi di un’elaborazione giurisprudenziale adeguata».

organizzativa e gestoria in forma altrettanto necessariamente plurisoggettiva degli operatori economici), è ben evidente la creazione e la riproposizione di un orientamento incline a ritenere penalmente rilevante, in forma concorsuale, la condotta di consulenza secondo criteri euristico-delimitativi nel concreto poco afferrabili.

Prendendo a paradigma le pronunce giurisprudenziali in materia di bancarotta – le quali hanno, in ordine al tema che ci occupa, «un ruolo di privilegiato banco di prova, a conferma della contiguità (verrebbe da dire “ontologica”) tra criminalità economia e tale forma di compartecipazione criminosa»⁷⁵ – l’orientamento dominante si raccoglie intorno al *Leitmotiv* ricorrente per cui: «i consulenti commercialisti o esercenti la professione legale concorrono nei fatti di bancarotta quando, essendo consapevoli dei propositi distrattivi dell’imprenditore e degli amministratori della società, forniscano consiglio o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assistano nella conclusione dei relativi negozi, ovvero svolgano attività dirette a garantire l’impunità o suscitino o rafforzino l’altrui proposito col proprio ausilio e con le preventive assicurazioni»⁷⁶. In modo pressoché identico si esprimono le pronunce di legittimità più recenti, le quale ripropongono a calco diretto l’insegnamento secondo cui «concorre in qualità di "extraneus" nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, il legale o il consulente contabile che, consapevole dei propositi distrattivi dell’imprenditore o dell’amministratore di una società in dissesto, fornisca a questi consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assista nella conclusione dei relativi negozi, ovvero svolga un’attività diretta a garantire l’impunità o a rafforzare, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l’altrui progetto delittuoso»⁷⁷.

Ad una prima, rapida, analisi, dunque, al fine di ritenere configurata una responsabilità a titolo concorsuale del professionista, sembrano essere enucleati due elementi necessari, dei quali il primo (rifluente nel segmento oggettivo del reato) declinato in forme alternative: (1a) fornire consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori ovvero (1b) prestare assistenza nella conclusione dei relativi negozi, ovvero (1c) svolgere un’attività diretta a garantire l’impunità o (1d) a rafforzare, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l’altrui progetto delittuoso. Inoltre (sotto il profilo soggettivo del reato), è necessario che sussista

⁷⁵ A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 726.

⁷⁶ Il principio di diritto riportato nel corpo di testo, si può leggere, *ex multis*, in Cass. Pen., Sez. V, 18.11.2003, n. 569, in *Dir. e prat. Soc.*, 2004, 5, 65; nello stesso senso, si veda Cass. Pen., Sez. V, 15.02.2008, n. 10742, in *Cass. Pen.*, 2008, 12, 4780; si vedano, inoltre, Cass. Pen., Sez. V, 18.11.2003, n. 569; conformi Cass. Pen., Sez. V, 27.6.2012, n. 39387; Cass. Pen., Sez. V, 9.10.2013, n. 49472; Cass. Pen., Sez. V, 6.11.2015, n. 8276, in *Cass. Pen.*, 2017, 1196 ss., con nota di F. SALVIANI, *Il concorso del legale e del consulente contabile nel reato di bancarotta fraudolenta*, *ivi*, 1202.

⁷⁷ Così Cass. Pen., Sez. V, 8.02.2021, n. 18677. Si trattava di una fattispecie nella quale la Suprema Corte aveva ritenuto esente da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità dell’imputato, quale consulente di una società, per essere stato l’ideatore di complesse operazioni di fusione per incorporazione finalizzate alla dismissione del patrimonio della fallita, predisponendo il contenuto degli atti negoziali e gestendo la definizione dei relativi rapporti economici.

(2) la consapevolezza dei propositi distrattivi dell'imprenditore o dell'amministratore di una società in dissesto.

3.1. L'elemento 'oggettivo' del contributo del professionista.

Con riferimento al primo dei requisiti suddetti, afferenti alla tipologia di contributo, ci sembra evidente una certa sovrapposizione concettuale: vengono infatti poste sul medesimo piano e, per certi versi, "fuse insieme", condotte di mero apporto cognitivo (indicata *sub 1a*), assistenza attiva nella materiale predisposizione degli atti e dei negozi necessari (indicati *sub 1b*), condotte di (troppo) generica attività (indicata *sub 1c*) volta a garantire l'impunità (peraltro nemmeno collocata temporalmente rispetto al fatto dell'*intraneus*, ponendo non pochi problemi di delimitazione rispetto alle ipotesi di favoreggiamento) e, infine, (indicate *sub 1d*) attività (altrettanto generiche) di rafforzamento con il proprio ausilio (quindi parrebbe con un contegno materiale) e (particella di congiunzione: intenzionalmente volta a ritenere i due aspetti cumulativi?) con le proprie assicurazioni (dunque sembrerebbe con un contegno di "vicinanza e irrobustimento morale").

In breve: le forme di compartecipazione materiale sembrano confuse e mescolate con quelle di compartecipazione morale⁷⁸, senza che sia data alcuna reale indicazione in ordine ai criteri di riconoscimento – oggetto dell'accertamento processuale – delle varie forme di compartecipazione.

È ben vero che sussistono talune pregevoli pronunce, le quali, in evidente funzione garantistica, richiedono un attento vaglio in ordine alla sussistenza di una connessione eziologica tra il contegno del legale e la condotta dell'assistito-*intraneus*⁷⁹, ma ciò presuppone che sia sciolto il vero problema che si agita alla base del tema: laddove si dibatta di concorso morale, è veramente ancora possibile parlare di accertamento causale tra una consulenza tecnica e una decisione di azione di altro soggetto che quella consulenza riceva?

Pur eludendo il problema, una risalente giurisprudenza sembrava inclinare per soluzioni che facevano perno sulla distinzione tra condotte di mera consulenza e attività

⁷⁸ Così confondendo ed equiparando il disvalore di azione del mero consiglio rispetto a quello di assistenza materiale nella conclusione di negozi giuridici illeciti, e disvelando un latente moralismo. Sul punto si rinvia alle considerazioni di G. COCCO, voce *Fallimento*, artt. da 216 a 222, in F. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1167. In ordine al disvalore di evento e di azione in termini più generali, cfr. N. MAZZACUVA, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 816.

⁷⁹ Cfr., ad esempio, Cass. Pen., Sez. V, 15.06.2022, n. 37101, così massimata: «In tema di concorso dell'"extraneus" nel delitto di bancarotta fraudolenta impropria per operazioni dolose, il parere reso dal legale della società in seguito fallita costituisce contributo causalmente rilevante rispetto alla condotta tipica di bancarotta solo nel caso in cui sia risultato *decisivo* per l'assunzione della condotta da parte dell'"intraneus". (Fattispecie in cui è stata esclusa la responsabilità del legale per avere lo stesso reso consigli di incerta *valenza causale* in merito ad un'operazione - di fatto aggravante il dissesto della società - di aumento fittizio del capitale sociale e di emissione di un prestito obbligazionario convertibile in azioni). (Rigetta, Corte Appello Milano, 21/12/2020)» (corsivi nostri).

di supporto esecutivo del progetto criminoso dell'assistito, affermando: «Il legale che indica al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori viola l'obbligo della correttezza professionale, non anche la norma penale che punisce i fatti di distrazione commessi dall'imprenditore commerciale. Concorre con quest'ultimo nel delitto di bancarotta fraudolenta se, oltre a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, lo assiste nella stipulazione dei relativi negozi simulati e si adopera per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale»⁸⁰.

Nella prima ipotesi – pur al cospetto della violazione dell'«obbligo della correttezza professionale» – si dovrebbe dunque escludere il concorso del «legale che indica al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori»; al contrario, il professionista esibirebbe un contegno penalmente rilevante laddove «oltre a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, lo assiste[sse] nella stipulazione dei relativi negozi simulati e si adopera[sse] per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale».

La soluzione proposta dalla richiamata giurisprudenza⁸¹ sembrava fondarsi sulla impossibilità di individuare una diretta connessione eziologica tra la condotta di mera consulenza (consistente nell'indicazione del mezzo) e l'evento⁸², così aprendo apparentemente la via ad una riflessione ermeneutica sul punto. Tale orientamento ricostruttivo, tuttavia, è rimasto pressoché isolato sul rilievo secondo cui anche la trasmissione di elementi conoscitivi (che siano poi stati impiegati nella realizzazione criminosa) rappresenta un apporto eziologicamente rilevante rispetto al fatto in concreto consumato⁸³. Del resto, come ben posto in evidenza da attenta dottrina «occorre diffidare dalla tentazione di interpretare codeste pronunce come se affermassero la sola possibilità per il consulente di divenire concorrente offrendo un contributo materiale alla

⁸⁰ Cass. Pen., Sez. V, 25.01.1979, n. 859, in *Cass. Pen.*, 1980, 919. E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 182, nota n. 32, pone in evidenza, nel richiamare la medesima sentenza, come nella nota redazionale che accompagnava la massima, si desse conto dell'insussistenza di precedenti conformi. Cass. Pen., Sez. V, 19.04.1988, Ferlicca, in *Cass. Pen.*, 1990, 1, 328; conformi anche Cass. Pen., Sez. V, 11.03.1988, Pennati, in *Cass. Pen.*, 1989, 680; Cass. Pen., Sez. V, 23.10.1978, Cei, in *Cass. Pen.*, 1980, 919.

⁸¹ In dottrina si vedano le chiare parole di G. COCCO, voce *Fallimento*, cit., 1167. Cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, II, in C.F. Grosso (a cura di), *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, 125 ss.

⁸² Cfr. sul punto V. PANUCCIO, *Il concorso del professionista nel reato di bancarotta (con particolare riguardo al legale dell'imprenditore)*, cit., 215, secondo il quale non sarebbe configurabile la responsabilità concorsuale del professionista che si sia limitato a indicare al cliente le modalità per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori poiché «mancherebbe in questo caso nella mera indicazione del mezzo il nesso fra azione ed evento». Analogamente, si veda anche C. SANTORIELLO, *Responsabilità del consulente consapevole della condotta illecita di falsa fatturazione*, nota a Cass. Pen., Sez. III, 11.02.2015, n. 19335, in *Fisco*, 2015, 24, 2373, secondo il quale «il concorso del professionista deve estrinsecarsi nell'adozione di condotte materiali – e non solo, ma anche – di particolare spessore» (corsivi nostri), con la conseguenza che non potrebbe considerarsi sufficiente il solo «consiglio tecnico».

⁸³ Si vedano, in particolare, A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 180, i quali, dopo aver «inserito» il consiglio tecnico nell'ambito del concorso morale, pongono in luce come la ritenuta rilevanza penalistica di questa tipologia di concorso, debba condurre a rifiutare «la possibilità di limitare la responsabilità del consulente alle sole ipotesi in cui questi si presti ad offrire un contributo materiale alla realizzazione dell'illecito».

realizzazione del fatto illecito, lasciando al di fuori della rilevanza penale qualsivoglia condotta che si limiti ad influire sul piano psichico sulla commissione del reato da parte del cliente (quale è, appunto, il mero consiglio tecnico)»⁸⁴: l’attenta lettura delle vicende processuali ivi indicate infatti porta a rilevare come la massima sopra richiamata sia stata impiegata (non per assolvere, bensì) per condannare o per rinviare al Giudice di merito la verifica in ordine all’incedere storico dei fatti e alla sussistenza del segmento soggettivo del reato in capo al consulente⁸⁵.

La rilevanza della consulenza professionale nella distinzione tra concorso morale e materiale, dunque, continuava a rimanere, nei fatti, ben poco sondata e, conseguentemente, anche l’effettiva applicabilità del ragionamento causale al condizionamento psichico rimaneva un dato acquisito per “stratificazione giurisprudenziale” ma privo di reali referenti scientifico-oggettivi sufficientemente solidi e indagati dal punto di vista teorico.

La prevalente impostazione giurisprudenziale, seguita peraltro dalla dottrina maggioritaria⁸⁶ inclinava, del resto, per la rilevanza penalistica anche del (solo) consulto tecnico-legale, dando a questo collocazione nell’ambito del concorso morale e ritenendo che *l’«estraneo può concorrere nei reati di bancarotta anche quando sia una persona che esercita la professione di avvocato, con la sola precisazione che, in questo caso, non deve essere confusa l’assistenza tecnica, che rimane sempre doverosa e garantita dall’ordinamento, col concorso nel reato – infatti, mentre è consentita e non è illecita l’opera di consulenza e di intervento svolta da un avvocato a favore di un imprenditore o di una società in dissesto, deve invece ritenersi illecito e penalmente rilevante il fatto del legale che, essendo consapevole dei loro propositi, dia ad altri consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assista nella conclusione dei relativi negozi ovvero svolga un’attività diretta a garantire l’impunità o che, comunque col proprio aiuto e con le proprie preventive assicurazioni, favorisca o rafforzi l’altrui progetto delittuoso»*⁸⁷.

La sentenza da ultimo richiamata, pur riconoscendo in linea di principio la (ovvia) distinzione tra un’area di attività di consulenza a favore di una società (*recte*: dei suoi dirigenti, amministratori o in senso lato gestori) in dissesto, da considerarsi sempre garantita e addirittura doverosa, e un’attività illecita in quanto asservita ai *desiderata* fraudolenti del cliente, non aiuta tuttavia in alcun modo a tracciare la criteriologia di *discrimen*, basando la stessa esclusivamente – almeno così a noi pare – sul piano dell’elemento rappresentativo del consulente e sovrapponendo, come sopra segnalato,

⁸⁴ Il riferimento si legge in A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 726.

⁸⁵ *Ibidem*, 9.

⁸⁶ Pur con inquadramenti dogmatici in parte differenti, ritengono penalmente rilevante il consiglio tecnico M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario al codice penale*, Milano, 1996, 159-160; R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, 97 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, P. Gen., cit., 527; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l’identificazione della condotta concorsuale*, cit., 1400-1401; L.D. CERQUA, *Concorso del professionista nei delitti tributari*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 1.

⁸⁷ Cass. Pen., Sez. V, 6.02.1987, n. 1341, in *Giust. pen.*, 1987, 2, 626; in senso conforme Cass. Pen., Sez. V, 19.12.1986, n. 6148, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1987, 949; Cass. Pen., Sez. VI, 7.04.1994, n. 4038, in *Riv. pen.*, 1995, 476.

contributi materiali e morali nei generosi e sbiaditi contorni del *rafforzamento* dell'altrui proposito.

3.1.1. L'origine della sovrapposizione tra concorso morale e materiale in giurisprudenza.

Una siffatta sovrapposizione concettuale tra concorso materiale e morale trova radici relativamente risalenti nella storia giudiziaria italiana, avendo tratto alimento dalle complesse, e invero delicate, inchieste che, dalla seconda metà degli anni '90, hanno scosso il nostro Paese.

Il riferimento è, in particolare, a quello "spartiacque" – così è stato suggestivamente definito in dottrina⁸⁸ – rappresentato dal noto caso "tangentopoli" (o "mani pulite")⁸⁹, in cui, nel processo⁹⁰ che ne ha rappresentato l'esito giudiziario, sono stati analizzati, e ritenuti penalmente rilevanti come forme concorsuali punibili, i contegni di consulenza finanziaria prestata a favore dei vertici di talune società, concentrandosi in particolare sul delitto di *successive* false comunicazioni sociali del gruppo imprenditoriale che aveva manifestato interesse alle creazione delle riserve "nere" funzionali (anche) alle attività di corruttela politica.

In primo luogo va posto in luce come in tal caso l'apporto del consulente venisse ricondotto all'area del concorso morale, sul rilievo per cui "l'autore principale" sarebbe riuscito nella creazione delle riserve occulte perché *rafforzato in tale proposito* proprio dal consulente, il quale lo avrebbe così addirittura indotto a delinquere. In secondo luogo – ed è qui che si notano ulteriori vistose frizioni con il rigore concettuale della disciplina concorsuale – la complessa e articolata strategia volta a creare e a gestire i fondi "neri" da impiegare nelle successive attività illecite avrebbe di per sé giustificato il concorso del consulente nel *successivo* – e logicamente distinto – delitto di false comunicazioni sociali sul presupposto che l'esperto, accettando l'incarico, avrebbe certamente potuto cogliere la ineludibile destinazione delle "acrobazie contabili", funzionali alla gestione di quella "provvista occulta", all'esposizione di poste false in bilancio⁹¹. Dunque, in una "fusione sincretistica" di oggettivo e soggettivo, i giudici milanesi, prima, e il Supremo Collegio, poi (confermando le conclusioni della Corte di Appello), ritenevano che il consulente, proprio in virtù delle sue profonde conoscenze della materia e del ruolo di riferimento nel *board* societario, avesse perpetrato una condotta passibile di rilievo penale in forma concorsuale consistente nell'aver preso parte alla creazione di riserva occulta alla quale necessariamente avrebbero dovuto fare seguito delle indicazioni contabili foriere di false

⁸⁸ Cfr. E. BASILE, *Consiglio tecnico*, 176.

⁸⁹ Si vedano, sotto il profilo giuridico-penalistico, T. PADOVANI, *Il problema "tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss.; C. LONGOBARDO, *I progetti per "uscire" da Tangentopoli*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 288 ss.; G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 584 ss.

⁹⁰ Cass. Pen., Sez. V, 21.01.1998, n. 1245, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 301 ss.: il caso di specie riguardava i c.d. fondi neri di Montedison S.p.A., le modalità di creazione degli stessi e il loro impiego a fini corruttivi.

⁹¹ Per una lettura critica di siffatte modalità di impiego della fattispecie concorsuale si veda A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, cit., 59.

comunicazioni sociali «contribuendo, così, alla formazione dei dati contabili simulati in base ai quali il falso in bilancio fu redatto»⁹².

Ciò che rileva in questa sede porre in risalto consiste nella continua opera di sovrapposizione tra concorso materiale e morale dinanzi a condotte estrinsecantesi in indicazioni di carattere tecnico: da un lato viene valorizzata la necessità, per la riuscita del progetto illecito, delle soluzioni tecniche suggerite, evocando una logica causale-controfattuale (in breve: senza quei consigli tecnici, non sarebbe stata realizzabile la riserva occulta); dall'altro, probabilmente avvertendosi la fragilità di tale incedere eziologico rispetto al reato contestato (le false comunicazioni sociali), si declina per un contributo che assume le vesti del *rafforzamento* dell'altrui proposito delittuoso, "indietreggiando", dunque, nelle "nebbie" del concorso morale.

Ancora, nell'ambito di una di poco successiva vicenda processuale molto nota⁹³ afferente ad una contestazione di false comunicazioni sociali in Fiat, la Suprema Corte si pronunciava in ordine alla responsabilità di un professionista che, tuttavia, stando a quanto emerso, non si era limitato all'attività di consulenza (peraltro dall'interno della società, come amministratore delegato⁹⁴), ma aveva anche materialmente redatto il bilancio poi ritenuto falso. I giudici di legittimità ritenevano, in tal caso, che «spesso la possibilità di realizzare complessi artifici contabili, idonei a un'efficace dissimulazione della realtà, è *condizione indispensabile* della successiva condotta di false comunicazioni sociali, perché tende a garantire che la menzogna non verrà smascherata»⁹⁵, con la precisazione – di tutto rilievo ai fini di quanto sin qui detto – che «non pare possa dubitarsi che chi contribuisca a tali artifici contabili, nella prospettiva della futura dissimulazione, [...], di riserve occulte, offra un *contributo causale* determinante alla condotta criminosa punita dall'art. 2621 c.c., soprattutto quando la sua posizione in seno alla società e le sue capacità tecniche professionali siano tali da *rassicurare* l'amministratore *sull'efficacia del risultato* dissimulatorio»⁹⁶.

In tale pronuncia dunque, ancora una volta, i profili di rilevanza causale, sotto il profilo materiale, della consulenza vengono intrecciati e sovrapposti ai profili di rafforzamento del proposito altrui nella perpetrazione dell'illecito, tutti interni alla sfera psichica.

Analogamente, per richiamare una sentenza, di poco successiva, estranea alla "moda"⁹⁷ delle false comunicazioni sociali e intervenuta in ambito fallimentare, appare

⁹² Cass. Pen., Sez. V, 21.01.1998, n. 1245, cit., 317, ove vengono rigettate le censure del ricorrente e condivise, per contro, le conclusioni della Corte di Appello.

⁹³ Si allude a Cass. Pen., Sez. V, 19.10.2000, n. 191, Mattioli, in *Giur. it.*, 2001, 517.

⁹⁴ Si veda, per tale annotazione, A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 728.

⁹⁵ Cass. Pen., Sez. V, 19.10.2000, n. 191 (corsivi nostri).

⁹⁶ *Ibidem* (pagina 66 della parte motiva della sentenza; corsivi nostri).

⁹⁷ Per un'analisi critica dell'impiego del delitto di cui all'art. 2161 c.c. come strumento investigativo si vedano G.E. COLOMBO, *La "moda" dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. soc.*, 1996, 2, 716; N. MAZZACUVA, *Lo straordinario "sviluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative (rassegna di giurisprudenza)*, in *Critica dir.*, 1995, 291; A. BONDI, *"Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole". Contributo allo studio delle false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1177; V. NAPOLEONI, *Gli orizzonti liquescenti delle false*

indubbiamente emblematica una delle pronunce intervenute sul caso Parmalat⁹⁸: ci si riferisce alla decisione della Suprema Corte con la quale si è ritenuta sussistente, a carico di un legale, (anche) un'ipotesi di concorso in fatti di bancarotta, avendo egli contribuito alla realizzazione del progetto criminoso degli autori principali (in particolare mettendo a disposizione la propria competenza tecnica e i propri studi professionali per la creazione delle società che avrebbero occultato il meccanismo di distrazione delle risorse e le modalità di apparente creazione della liquidità del gruppo). Secondo la Corte, infatti, il legale – che peraltro era considerato così inserito nel sodalizio criminale da figurare tra gli organizzatori dell'associazione di cui all'art. 416 c.p. contestata nell'ambito della nota vicenda –, in virtù della sua vicinanza ai vertici gestori e della sua capacità tecnica, sarebbe stato al corrente (*recte*: non avrebbe potuto non avvedersi) della finalità illecita alla quale sarebbe stata funzionalizzata la propria attività professionale, divenendo «strumento cieco di occhiuta rapina»⁹⁹.

Anche in tal caso, dunque, sebbene le peculiarità della vicenda non ne facesse il nodo nevralgico, la distinzione tra contributo di carattere materiale e morale rimaneva interamente sullo sfondo, senza poter beneficiare di particolari approfondimenti dogmatici in ordine ai requisiti minimi di punibilità del consiglio tecnico (al cospetto di una condotta, peraltro, che, per come contestata, tracimava il mero consulto legale e si sostanzialmente in condotte materiali di apprezzabile spessore).

Con ulteriori pronunce in materia fallimentare, la Suprema Corte cercava di fornire, almeno *prima facie*, talune coordinate per orientare l'interprete in ordine alla rilevanza penalistica, in chiave concorsuale, del consiglio tecnico, affermando: «il commercialista che, nel rendere una consulenza professionale, si spinga oltre l'ambito della sua prestazione e suggerisca al cliente un mezzo fraudolento finalizzato a celarne le reali condizioni economiche, indicando in concreto la via per adottare l'illecito espediente o, addirittura, adottandolo di persona, concorre nel reato di bancarotta fraudolenta consumato avvalendosi di detti suggerimenti»¹⁰⁰. Come emerge ad una lettura sostanziale

comunicazioni sociali: il delitto di cui all'art. 2621 n. 1 c.c. come reato di pura omissione, in Cass. pen., 1999, 295; E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 1. Ridimensiona il fenomeno delle contestazioni di false comunicazioni sociali, ponendo in luce come le statistiche milanesi non abbiano subito sensibili variazioni tra il "prima" e il "dopo" l'inchiesta "mani pulite", E. BASILE, *Soggetti attivi e concorso di persone nel reato*, in A. Alessandri (a cura di), *Un'indagine empirica presso il Tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, Milano, 2011, 91 ss.

⁹⁸ Ci si riferisce alla sentenza Cass. Pen., Sez. V, 7.06.2011, n. 37370, con la quale giungeva ad epilogo la posizione di quanti optarono per il rito abbreviato; per il filone principale si veda invece Cass. Pen., Sez. V, 07.03.2014, n. 32352. Quanto ai fatti di manipolazione di mercato, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 4.05.2011, n. 28932, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 9, 1096 ss., con nota di F. MUCCIARELLI, *Manipolazione informativa: la condotta pericolosa e il luogo di consumazione nella lucida lettura della Cassazione*, 1101 ss., e in Cass. pen., 2013, con nota di F.M. FRACHETTI, *ivi*, 4594 ss.

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. V, 7.06.2011, n. 37370, cit., 49 (corsivi originali), nel richiamare i versi di Giuseppe Giusti.

¹⁰⁰ Cass. Pen., Sez. V, 21.10.1998, n. 12752, in *Il fisco*, 1537, richiamata anche da A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 727, nota n. 34 (corsivi nostri), la cui massima recita così: «É lecito a un commercialista suggerire l'attribuzione di una partita ad una voce di bilancio piuttosto che ad un'altra, purché egli non faccia proprio un espediente illecito, indicando in concreto la via per adottarlo o addirittura adottandolo direttamente (nella specie: la voce "usato automobilistico" imputata a "crediti" anziché a quella "magazzino")».

della pronuncia, tuttavia, non vengono ostesi parametri realmente afferrabili con i quali individuare la linea di demarcazione tra lecita consulenza professionale e suo superamento, così come non appare per nulla nitida la relazione tra realizzazione del fatto e “contributo di consulenza”, giacché se da un lato il *dictum* della Corte parrebbe evocare un ragionamento causale – la realizzazione deve avvenire «avvalendosi di detti suggerimenti»¹⁰¹ –, dall’altro non è chiaro *come* l’agente materiale debba avvalersi delle predette indicazioni, essendo ben possibile “avvalersi” del contenuto conoscitivo di un parere tecnico anche in pieno contrasto con la valutazione di liceità o illiceità chiaramente manifestata dal professionista: *aliis verbis*, è ben possibile che un legale o un commercialista spieghi che una determinata modalità di recupero di denaro o una certa operazione sui cespiti attivi del patrimonio sociale, magari più rispondente ai desideri dell’assistito, sia illecita e comporti un determinato rischio di sanzione. Anche in tal caso, tuttavia, il cliente potrebbe impiegare il contenuto cognitivo della consulenza per soppesare *pro* e *contra* di una certa condotta, o per svolgere ulteriori valutazioni che, in un incedere rigidamente condizionalistico, troverebbero pur sempre un antecedente nella predetta consulenza.

La giurisprudenza qui richiamata, a ben vedere, non si pronuncia in ordine a siffatti nodi problematici; al contrario, impiegando le sopra riportate formule sincretistiche che assommano materiale e morale, essa sembra porsi al riparo dagli evidenti limiti dell’ipotesi concorsuale misurata interamente sull’insondabile piano psichico. D’altro canto va notato, unitamente ad attenta dottrina¹⁰², come in realtà siano ben poche le sentenze che si sono occupate realmente di un concorso definibile come esclusivamente morale, avendo le stesse preso abbrivio da ipotesi di condotte aventi un’evidente connotazione (anche) materiale, se non addirittura realizzate da un amministratore di fatto¹⁰³.

3.1.2. Quel che resta del contributo concorsuale.

Al lume del percorso giurisprudenziale sopra brevemente rievocato, rileggere il “rituale di condanna” con cui il più recente diritto vivente configura il concorso del professionista *extraneus* permette di formulare talune ulteriori (pur sempre embrionali) osservazioni.

In primo luogo, non sembra potersi escludere in radice – se non in modo apodittico – la consistenza materiale di un consulto tecnico, giacché, come sopra detto,

¹⁰¹ Benché non sia per nulla perspicuo il significato di una simile connessione causale: un soggetto ben potrebbe avvalersi di una consulenza legale escludendo di aderire alla linea indicata dal professionista e, nondimeno, avvalendosi di quel consulto legale, necessario nel ragionamento svolto per addivenire all’azione concreta.

¹⁰² Cfr. A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 728; si veda anche la disamina condotta da E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 175 ss.

¹⁰³ Per un interessante e denso contributo sul punto, cfr. F. MUCCIARELLI, *L’extraneus nei reati di bancarotta tra amministratore di fatto concorrente*, in *Sist. Pen.*, 26 aprile 2022, in commento a Cass. Pen., Sez. I., 12.10.2021, n. 1636.

il contributo conoscitivo della consulenza potrebbe avere una apprezzabile incidenza causale – dal punto di vista oggettivo – nel reale incedere dei fatti¹⁰⁴.

La tendenza giurisprudenziale ad inquadrare tale condotta nella cornice del concorso morale, dunque, pare il frutto di una mancata presa di posizione in ordine ai più risalenti orientamenti, acriticamente riproposti secondo l'equazione: "consulto tecnico = (almeno) concorso morale".

In tal modo viene posto in secondo piano il carattere "istruttivo" del consiglio e l'apporto del professionista viene ridotto a influsso sulla psiche dell'autore materiale¹⁰⁵.

Su tale inquadramento di fondo, va poi messo in luce un percorso giurisprudenziale teso a valorizzare, in chiave garantistica, l'accertamento di un nesso causale tra consulto professionale e scelta illecita, vale a dire la sussistenza di una prova rigorosa in ordine all'efficacia condizionante del consulto tecnico rispetto alla libera scelta altrui. Larga parte della dottrina, infatti, pur inquadrando il consiglio tecnico nell'ambito del concorso morale, tende a considerarlo come fenomeno distinto rispetto alla tradizionale istigazione giacché esso non dovrebbe essere letto nella sua efficacia persuasiva rispetto alla scelta dell'agente, ma nella sua capacità di "apporto istruttivo", determinante o agevolativo, rispetto alla realizzazione del fatto criminoso¹⁰⁶. E siffatta efficacia andrebbe verificata da una prospettiva *ex post*. In tal senso la giurisprudenza ha manifestato maggiore sensibilità e attenzione, almeno in linea di principio, all'accertamento circa la valenza eziologica del concorso morale rispetto alla realizzazione criminosa: emblematico l'orientamento di legittimità a mente del quale «la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova

¹⁰⁴ Si veda, per una approfondita ricostruzione, E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 183; cristalline sono, al riguardo, le parole di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, agg. P. Nuvolone, G.D. Pisapia (a cura di), Torino, 1961, 511 (corsivi originali), ove si afferma le «istruzioni, impartite per attuare un'impresa delittuosa, se talora possono servire altresì ad eccitare o a rafforzare la risoluzione di commettere il reato (compartecipazione psichica), costituiscono sempre elementi utili per l'esecuzione del reato (compartecipazione materiale), i quali non cessano di concretizzarsi in fatti materiali volontari solo perché consistono in parole, in iscritti o in altri simboli». Per un'impostazione tesa a valorizzare l'efficacia materiale del consiglio tecnico, si vedano inoltre P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, 255; G. COCCO, *Appunti sui reati comuni degli avvocati*, cit., 2206 ss.

¹⁰⁵ Cfr. L. VIOLANTE, voce *Istigazione*, cit., 990; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518; M. PELISSERO, *Concorso di persone*, in C.F. GROSSO, D. PETRINI, M. PELISSERO, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, P. Gen., Milano, 2013, 515 ss.

¹⁰⁶ A. SERENI, *Istigazione*, cit., 151 ss.; egualmente G. GRASSO, *Pre-Art. 110*, cit., 186; M. PAPA, *Il concorso di persone nel reato*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, P. Gen., II, *Il reato*, Milanofiori-Assago, 2013, 675; A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in F. Palazzo e C.E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, II, *Le forme di manifestazione del reato*, G.A. De Francesco (a cura di), Torino, 2011, 184 ss.; A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 181; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, P. Gen., Padova, 2012, 407.

dell'esistenza di una *reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato* e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, *in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti*, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà»¹⁰⁷.

Eppure, nonostante queste (in apparenza) rassicuranti petizioni di principio, una più cauta analisi dell'applicazione pratica permette di "mettere a fuoco" ben altri nodi problematici.

In primis, in ordine all'inquadramento del consulto-tecnico come forma di istigazione si pone il paradosso dell'*omnimodo facturus*: se (i) il consiglio tecnico viene fornito ad un cliente già compiutamente e saldamente determinato alla realizzazione dell'illecito e se (ii) tale consulto assume rilievo solo nella misura in cui sia determinante come istigazione (*i.e.* come induzione ad una deliberazione non ancora presa definitivamente), allora nessuna efficacia potrebbe rivestire la consulenza tecnica che illustri le modalità di perpetrazione di un illecito a un cliente già risoluto nel commetterlo. Tale soluzione tuttavia rischierebbe di lasciare sguarnito di tutela un importante segmento fenomenologico, ingenerando per di più un effetto paradossale: potrebbe cioè dirsi punibile, in quanto istigatore, un soggetto il cui contributo sia stato del tutto inutile (se non addirittura dannoso) mentre il consulto, pur dotato di efficacia istruttiva sulle modalità di condotta, proprio in quanto riferito ad un soggetto già risoluto nella propria deliberazione illecita, diverrebbe irrilevante in quanto incapace di esprimere efficacia causale rispetto alla scelta illecita del cliente¹⁰⁸.

Con riferimento all'impiego del modulo eziologico nel concorso morale, poi, vi sono due ulteriori snodi da affrontare.

Il primo concerne i "fattori" che vengono astretti dalla pretesa connessione causale: anche ammettendo, infatti, che possa parlarsi di apporto concorsuale solamente morale del consulto, a prescindere dalla sua valenza istigatoria (qualificandolo dunque

¹⁰⁷ Così, da ultimo, Cass. Pen., Sez. I, 28.11.2014, n. 7643 (corsivi aggiunti). L'orientamento in esame è stato in passato autorevolmente avallato dalle Sezioni Unite e ribadito in numerose decisioni degli anni successivi: cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 30.10.2003, n. 45276, in *Cass. Pen.*, 2004, 811 ss. la cui massima suona così: «In tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà»; ancora, Cass. Pen., Sez. I, 18.02.2009, n. 10730; Cass. Pen., Sez. VI, 5.07.2013, n. 39030.

¹⁰⁸ Si veda, per un'argomentazione attenta in ordine ai paradossi dell'*omnimodo facturus*, E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 77. Molto suggestivo l'esempio formulato (p. 80) traendo spunto dal capolavoro cinematografico di Mario Monticelli, *I soliti ignoti*, onde spiegare, con alcuni adattamenti, talune possibili conseguenze paradossali cui si perverrebbe laddove l'autore materiale sia già compiutamente deciso all'azione e non possa dunque essere istigato o ulteriormente rafforzato in un proposito già indissolubile.

come rafforzamento), non è per nulla chiaro per quale ragione l'efficacia eziologica delle istruzioni – che, trattandosi di concorso morale, dovrebbero agire sulla sfera psichica del cliente-autore materiale – debba andare misurata rispetto alle modalità di concreta realizzazione del fatto e non al condizionamento psicologico della risoluzione criminosa adottata dall'autore materiale. Seguendo infatti questa via si giungerebbe a ritenere che ogni consulto che abbia avuto valenza istruttiva per l'autore materiale ne abbia determinato (o rafforzato) la risoluzione criminosa con una evidente forma di scorciatoia probatoria. E, ancora una volta, si finirebbe per scontrarsi con il paradosso dell'*ominimodo facturus*, giacché non è logicamente possibile determinare un soggetto già deciso a realizzare l'illecito¹⁰⁹. Ove, per contro, si obliterasse il problema dell'inquadramento del consiglio tecnico nell'ambito del concorso morale o materiale e si optasse apertamente per una «prospettiva sincretica in virtù della quale individuare come requisito indefettibile ai fini del rimprovero del consulente la rilevanza eziologica delle “istruzioni” rispetto al fatto-reato *hic et nunc* verificatosi»¹¹⁰, si rischierebbe di perdere di vista il *proprium* del consulto tecnico: sebbene infatti tale impostazione sia animata da condivisibili intenti di contrasto rispetto alle semplificazioni probatorie che si registrano nella prassi (laddove la consulenza, nel venire collocata nel concorso morale, viene immancabilmente e automaticamente riconosciuta come rilevante forma di rafforzamento del proposito illecito), essa si espone al rischio di oscurare il gradiente soggettivo che muove il consulente e, con esso, di porre in secondo piano la rilevanza della relazione umana che astringe concorrente e autore materiale, in specie laddove l'apporto del primo si limiti ad avere influenze sul (solo) piano rappresentativo del secondo e, inoltre, non sia sorretto da alcuna condivisione volitiva degli intenti criminali.

In secondo luogo, anche laddove venga valorizzata in chiave causale la relazione psichica tra i protagonisti della responsabilità concorsuale, rimangono talune, importanti, insidie applicative. Residua infatti – pare a noi – il sospetto che dietro alla celebrazione di un attento accertamento causale in ordine alla “efficacia determinante” (e *a fortiori* il dubbio si palesa ove ci si confronti con il mero *rafforzamento dell'altrui deliberazione*) del parere tecnico sulla sfera volitiva altrui, si trovi solamente un (più o meno consapevole) espediente retorico volto a celare, in realtà, un vero e proprio intuizionismo, basato sulle proprie convinzioni ed esperienze personali in ordine alla possibile efficacia *condizionante* del consulto legale. Non ci sembra, infatti, che esistano – almeno ad oggi – delle leggi di copertura¹¹¹ in grado di guidare il ragionamento *contra factum*; men che meno secondo logiche di elevata probabilità sotto il profilo epistemologico-processuale. Anzi, proprio oggi che le neuroscienze stanno varcando soglie di conoscenza fino a pochi anni or sono impensabili, grazie all'avvento della

¹⁰⁹ Come precisato da P. COCO, *L'imputazione*, cit., 254, ove egli ricorda come non sia affatto detto che il consiglio tecnico rafforzi il proposito criminoso giacché «l'autore, già convinto ad agire, potrebbe semplicemente aver *comprato* una consulenza (una sorta di lezione di criminalità) allo stesso modo di una pistola o di un grimaldello».

¹¹⁰ E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 82.

¹¹¹ Cfr. H.L.A. HART, A.M. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, 1959, 49 e 50.

diagnostica per immagini¹¹², appare evidente che gli “impulsi coscienti” e le “spinte volitive” sono attivate da meccanismi molto lontani dalla consequenzialità causale lineare, correndo e articolandosi attraverso “galassie” di neuroni, circolarmente cooperanti nei siti di contatto sinaptici¹¹³.

Sembra dunque arduo sostenere che possa essere impiegato il garantismo della causalità¹¹⁴ in questo specifico segmento della responsabilità concorsuale¹¹⁵ che unisce (i) il confine tra contributo materiale e morale alla (ii) specifica conformazione strutturale della consulenza¹¹⁶ (come si vedrà *infra*, “geneticamente neutra”¹¹⁷, in quanto orientata a veicolare nozioni e non teleologicamente diretta alla commissione dell’illecito).

Se ben si riflette sull’esperienza pratica, del resto, è possibile scorgerne «quanto il paradigma causale, sotto specie del rafforzamento dell’intento criminoso dell’agente, costituisc[a] l’artificio verbalistico con cui la giurisprudenza dominante cerca di

¹¹² Solo per alcuni riferimenti recenti, si vedano L. SAMMICHELI, G. SARTORI, A. ZANGROSSI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in R. Borsari, L. Sammiceli, C. Sarra (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2016 (a tale volume, che raccoglie gli atti del convegno tenutosi a Padova il 28 novembre 2014, si rinvia anche con riferimento agli altri contributi per la ricchezza di spunti di riflessione dagli stessi suscitati); L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Esigenze forensi e metodi della neuropsicologia*, in U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica*, Napoli, 2010; A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012; M. RONCO, *Sulla “prova” neuroscientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, 870.

¹¹³ M. RONCO, *Voluntas ut ratio. Sullo statuto della libertà in diritto penale*, Torino, 2023, 135 ove – dopo aver richiamato al seguente passo di W.J. FREEMAN, *How Brains Make Up Their Minds*, London, 1999, tr. it. a cura di S. Frediani, *Come pensa il cervello?*, Torino, 2000, 161: «Ogni neurone agisce su una miriade di altri neuroni distanti non più di qualche collegamento sinaptico e già l’effetto di ritorno di questi neuroni ne modifica lo stato prima che possa inviare un altro impulso. L’interazione gerarchica non si può ridurre a una catena causale lineare» – si afferma che, sfuggendo dunque la neurodinamica alle ordinarie connessioni lineari di causa ed effetto, si dovrebbe forse «far riferimento a un concetto di causalità circolare, utile anche per comprendere le interazioni che si hanno tra i neuroni singoli e le popolazioni di neuroni, e quelle che caratterizzano il ciclo azione-percezione che contraddistingue le azioni volontarie».

¹¹⁴ Benché sotto altri profili e nel contesto dei reati colposi, si vedano le interessanti riflessioni di M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all’analisi dei rapporti fra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 ss.

¹¹⁵ Sul punto dovrebbero essere svolti ulteriori approfondimenti che in questa sede non possono essere condotti ma che ci si propone di sviluppare in futuro, concentrando in particolare sull’effettiva possibilità di impiegare utilmente, anche alla luce dei nuovi portati neuroscientifici, la categoria della causalità nella fattispecie plurisoggettiva eventuale declinata in forma di concorso morale.

¹¹⁶ Il consiglio tecnico, quando è tale, si presenta infatti come “neutro”: si tratta di un veicolo di informazioni, nozioni e dati funzionali a rispondere ai quesiti formulati. Non si tratta, in linea generale, di un atto teleologicamente orientato alla realizzazione di una qualche condotta o di un qualche fine perseguito dal professionista. Sul punto sono molto interessanti le considerazioni svolte da A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 734 ss., ove, nell’ambito di una comparazione tra consulto professionale e istigazione, si afferma (735): «il consiglio tecnico descrive uno strumento, spesso asettico; l’istigazione ha in sé i connotati della spinta morale finalizzata. Il consiglio è il mezzo, l’istigazione presuppone il fine: ancora più attenta, di conseguenza, ci pare debba essere l’indagine della concreta offensività della condotta del consulente presunto concorrente» (corsivi originali).

¹¹⁷ Va al proposito specificato, tuttavia, che, laddove sussista in capo al professionista concorrente un gradiente soggettivo sufficientemente intenso (e avente ad oggetto la realizzazione dell’illecito ad opera di altri), la condotta (sotto il profilo oggettivo) “neutrale” – e in quanto tale a-tipica – potrebbe nondimeno assumere connotazione illecita. Sul punto si veda *infra* §§ 3.2. e 4.

individuare un nesso quando sia assente un rapporto effettivamente significativo tra la condotta e l'evento criminoso realizzato da altri»¹¹⁸.

Ci si dovrebbe a questo punto domandare quali alternative si darebbero però all'interprete, se il modello della causalità psichica celasse i richiamati rischi.

Un importante spunto potrebbe rinvenirsi nella posizione di Mauro Ronco, il quale – a sua volta sviluppando la tesi di Antonio Pagliaro¹¹⁹ – valorizza, come criterio fondamentale cui riferirsi nelle ipotesi di compartecipazione, la “realizzazione del volere” e suggerisce di invertire il ragionamento causale: non si dovrebbe cioè partire dallo stato mentale dell'autore dell'azione tipica per verificare se, tra i moventi di tale sua azione, se ne possano rintracciare alcuni indotti dal contegno altrui (*i.e.* dal consulto legale, nell'ambito del problema qui indagato). Si dovrebbe, al contrario, prendere abbrivio dall'intenzione che ha mosso (nel nostro caso) il legale nel fornire il proprio consulto al fine di indagarne la connessione con il fatto realizzato dal cliente in una prospettiva (non *ex post*, come quella causale) bensì *ex ante*; prospettiva che dovrebbe essere governata dai parametri (i) della idoneità e (ii) della non equivocità rispetto all'offesa realizzata. Ritene infatti lo Studioso torinese, nell'ambito di una ricostruzione critica che prende le mosse dalla posizione di Karl Engisch¹²⁰, che «i requisiti previsti dalla fattispecie del tentativo ex art. 56 c.p., sul piano sia soggettivo sia oggettivo, valgono compiutamente a definire gli estremi perché la condotta dell'istigatore sia punibile per il reato realizzato»¹²¹ giacché, sul piano soggettivo «non è ragionevole si dia concorso morale se il soggetto non abbia speso la sua condotta rappresentandosela come strumentalmente rivolta a far sì che un altro soggetto realizzi l'offesa». Sotto il profilo oggettivo, invece, viene richiesta la coerenza o l'omogeneità degli atti del preteso concorrente con l'azione tipica, in modo che ne rappresentino parte integrante: si dovrebbe cioè verificare la *funzione* della condotta a-tipica rispetto a quella tipica.

Tale impostazione si fonda sulla constatazione per la quale la soglia del penalmente rilevante in ambito penalistico viene contrassegnata, ex artt. 56 e 115 c.p., dalla sussistenza di atti diretti in modo non equivoco alla realizzazione del fatto, sotto il profilo oggettivo, e dall'intenzionalità dell'offesa, sul piano soggettivo. Ciò implica dare primario rilievo al disvalore di condotta, focalizzando l'attenzione sul fatto che il coefficiente minimo di punibilità (dolosa), nell'ordinamento italiano, consiste nell'intenzione rivolta all'offesa, tradottasi, nella realtà, in atti idonei e diretti in modo non equivoco a quell'offesa. E questi connotati minimi di tipicità offensiva dovrebbero essere valutati prima – e non solo dopo – alla realizzazione del fatto nella cornice

¹¹⁸ M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., 1103.

¹¹⁹ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 560 ss.

¹²⁰ Si veda in particolare, K. ENGISCH, *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, 1963, 247 ss.

¹²¹ M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., 1104. Va posto in evidenza come lo Studioso ritenga poi necessario differenziare la risposta punitiva rispetto alle possibili sotto-articolazioni del concorso morale, sostenendo in particolare che il *consilium*, per divenire punibile, debba aver avuto un significato cruciale in ordine alla decisione di commettere il fatto, distinguendosi dalla mera *occasio* proprio per il suo manifestarsi quale “causa vera” dell'offesa. In definitiva l'Autore propone di sostituire all'impostazione di tipo causale un'impostazione di tipo funzionale.

unificante del concorso di persone, così da rivelare la '*causa finalis*' nell'intenzionalità soggettiva dell'evento e la '*causa sufficiens*' (cioè la decisività) nella direzione inequivoca degli atti del concorrente verso la realizzazione dell'offesa¹²².

Non è qui possibile sviluppare tutti gli spunti che la tesi ora sommariamente esposta sollecita (anche in chiave dialettica), ma ciò che in questa sede preme porre in risalto è un dato che essa permette di far emergere con chiarezza: l'essenzialità per l'integrazione della responsabilità concorsuale – negli stessi termini validi per la responsabilità in prospettiva monosoggettiva – del «momento dinamico dell'intenzionalità come disposizione del soggetto impegnatosi concretamente ed effettivamente per la realizzazione del fatto»¹²³.

Ove si convenga con siffatta necessità di rintracciare un'intenzione rivolta all'offesa in capo al compartecipe – in ossequio ad una forma di responsabilità penale che, anche in sede concorsuale, non può che essere autenticamente personale – si dovrebbe ben riflettere sulla conformazione strutturale del consulto professionale: come è stato posto in luce, infatti, esso appare «come "neutro" e concerne non tanto l'*opportunità* di compiere una certa azione ma piuttosto le *modalità* attraverso le quali compierla. Il fatto illecito non è il faro che illumina gli argomenti del consulente, e viene così a mancare l'intrinseca direzione della condotta alla perpetrazione di un illecito»¹²⁴. Il mero consiglio tecnico, dunque, ove non accompagnato e connotato da precise coordinate soggettive, rimane incapace di esprimere un disvalore, anche di sola condotta¹²⁵.

Anche a prescindere, quindi, dalle possibili critiche all'inquadramento del consiglio tecnico come forma di concorso esclusivamente morale, sembra che sia proprio la sua fisionomia di "asettico veicolo di conoscenza" ad abbisognare, per poter assurgere alla rilevanza penale, di essere connotato soggettivamente dalla volontà del professionista di convergere, con la propria condotta, verso la realizzazione dell'offesa¹²⁶.

Una siffatta esigenza, benché forse non autonomamente considerata a livello concettuale, sembra del resto emergere alla base degli stessi tentativi della giurisprudenza di enunciare i criteri di rilevanza del consiglio tecnico: leggendo le motivazioni per intero, non limitandosi al principio di diritto di consueto riportato nelle

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*, 1109.

¹²⁴ A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 735 (corsivi originali).

¹²⁵ Valorizza il disvalore di condotta nella decifrazione della carica offensiva del concorso del professionista M. HELFER, *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in M. Ronco, M. Helfer (a cura di), *I criteri d'imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, e, in precedenza, in *Ind. Pen.*, 2013, 1, 187 ss.

¹²⁶ Si rammenti il monito chiaramente espresso da G. LOSAPPIO, *La caccia*, cit., 18, secondo il quale il concorso di persone nel reato richiede la volontà, ma non si esaurisce in essa e tanto meno in una concezione "eticizzante" della stessa: «beninteso, non dev'essere mai soltanto volontà. Il silenzio o l'inerzia non sorretti da una posizione di garanzia, la mera presenza inutile anche solo in astratto, l'adesione morale, il consenso, non sono volontà comune, ma solo volontà (o altri stati soggettivi) personali che in quanto tali non integrano il tratto specifico della fattispecie plurisoggettiva concorsuale».

massime, si scorge infatti un suggerimento laddove si sostiene che «è configurabile il concorso nel reato di bancarotta fraudolenta da parte di persona estranea al fallimento qualora la condotta realizzata in concorso col fallito sia stata *efficiente* per la produzione dell'evento e il terzo concorrente abbia operato con la *consapevolezza* e la *volontà* di aiutare l'imprenditore in dissesto a frustrare gli adempimenti predisposti dalla legge a tutela dei creditori dell'impresa. Ciò in particolare valendo per il professionista [...]»¹²⁷.

Se da un lato, infatti, si continua a richiedere l'efficienza causale della condotta del consulente rispetto all'evento (anziché valutare il condizionamento psichico sull'*intraneus*) – pur continuando a qualificare tale contributo come un concorso morale –, dall'altro si chiede (anche) la verifica del dolo (consapevolezza e volontà) in capo al preteso concorrente rispetto alla medesima realizzazione criminosa.

Ove siffatta caratterizzazione soggettiva della consulenza fosse considerata seriamente, e non relegata a una formuletta reboante da riportare come esercizio retorico, emergerebbe infatti un primo possibile strumento¹²⁸ – coerente con i principi del diritto penale liberale e certamente collaudato nella dogmatica penale – di delimitazione della rilevanza del concorso del professionista mediante consiglio tecnico.

Conviene dunque ora prestare attenzione al profilo soggettivo che il diritto vivente ritiene necessario per integrare la fattispecie concorsuale *de qua*.

3.2. Il profilo soggettivo del contributo del professionista.

Come si è in precedenza posto in evidenza (§ 3), tutte le condotte enucleate dalla giurisprudenza come rilevanti in ordine al concorso del professionista *extraneus* si presentano caratterizzate da un elemento molto complesso da sondare: la consapevolezza, in capo al professionista, del proposito illecito altrui.

Tutte le condotte sopra isolate (e indicate con la dicitura *sub 1a-1d*), infatti, per come sono descritte, si caratterizzano per essere sensibilmente “curvate” dall'inclinazione soggettiva che le sorregge: in particolare le condotte sono tratteggiate – nella ormai consueta, benché ossimorica, “tipizzazione giurisprudenziale”¹²⁹ – come teleologicamente volte a coadiuvare l'assistito nell'attività di deliberata e scientemente perseguita operazione di distrazione e/o di depauperamento del patrimonio sociale.

Questa caratterizzazione in senso teleologico delle condotte “tipiche”, che *prima facie* avrebbe una condivisibile funzione di garanzia (volgendosi a selezionare solo quelle che si presentino indirizzate ad una simile finalità), dovrebbe, a rigore, trovare riscontro nell'oggetto del dolo richiesto in capo all'*extraneus*: se cioè la condotta deve essere “volta

¹²⁷ Cass. Pen., Sez. V, 10.12.2015, n. 8349, in *Guida Dir.*, 2016, 14, 80 (corsivi nostri).

¹²⁸ Una posizione tesa a valorizzare in senso qualitativo il gradiente soggettivo come elemento di delimitazione della consulenza tecnica penalmente rilevante è espressa da M. HELFER, *La complicità*, cit., 125 ss.

¹²⁹ G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, 539, nella parte finale del § 3 denominato «*Tipicità e concorso di persone nel reato*», parlava di «tipicità giurisprudenziale, dottrinale, giurisprudenziale e sociale».

a garantire l'impunità" o diretta a "sottrarre i beni ai creditori" o comunque connessa teleologicamente ad un "progetto criminoso", evidentemente l'accertamento del dolo in capo al professionista *extraneus* dovrebbe mirare ad appurare la sussistenza di una condivisione di intenti nella realizzazione criminosa e assumere una certa consistenza; consistenza confortata dall'*incipit* dei principi di diritto da cui si è preso abbrivio: «consapevole dei propositi distrattivi dell'imprenditore o dell'amministratore di una società in dissesto»¹³⁰.

Andando tuttavia oltre le proclamazioni astratte e confrontandosi con la giurisprudenza relativa alla natura, alla struttura e all'accertamento del dolo in capo al professionista, iniziano ad avvertirsi tutte le crepe di un'architettura che si fonda sulle paludose commistioni concettuali di oggettivo e soggettivo, da un lato, e di rappresentazione e volizione, dall'altro.

Si legge infatti, in giurisprudenza, che «in tema di concorso nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, il dolo del concorrente "extraneus" nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'"intraneus", con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società che può rilevare sul piano probatorio quale indice significativo della rappresentazione della pericolosità della condotta per gli interessi dei creditori»¹³¹.

Le osservazioni al riguardo potrebbero essere plurime, ma limitandosi in tal sede a enucleare solamente le principali, se ne potrebbero individuare di tre tipologie:

(i) linguistiche: la *volontarietà* di un'azione evoca il concetto di c.d. *suitas*, ovverosia di un'azione libera (*libertas a necessitate*)¹³², cioè del minimo sostrato cosciente che rende umana (nel senso di "riferibile all'uomo") l'azione e, in quanto tale, rilevante per il diritto penale. Probabilmente l'indicazione giurisprudenziale intende invece riferirsi al diverso (logicamente e dogmaticamente) concetto di *volontà* di cui all'art. 43 c.p. che definisce il delitto doloso o *secondo l'intenzione* (cioè secondo una spinta volitiva che presuppone un previo sostrato rappresentativo-intellettivo) in relazione ad una precisa deliberazione assunta sull'oggetto della rappresentazione (l'evento tipico, per essere ascrivibile a titolo di dolo, deve essere preveduto e voluto).

(ii) tecnico-dogmatiche: se l'oggetto dell'elemento soggettivo tipico della fattispecie monosoggettiva è rinvenuto dalla giurisprudenza¹³³ nel dolo generico (prendendo a riferimento le ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale), allora il compartecipe dovrebbe (a) *avere consapevolezza* circa il depauperamento patrimoniale a danno dei creditori che la condotta dell'*intraneus*, alla quale accede il proprio contributo, arrecherà ai creditori e (b) *volere*, nel senso sopra chiarito, fornire un ausilio, cioè fornire

¹³⁰ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 08.02.2021, n. 18677 sopra già citata.

¹³¹ Cass. Pen., Sez. V, 21.02.2023, n. 13002.

¹³² M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in ID. (diretto da), *Commentario sistematico al Codice Penale*, cit., 114 ss.

¹³³ Ferme restando le articolate diversità di vedute che si registrano in dottrina, in ordine alle quali si rinvia a E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'economia*, Bologna, 2022, 298 ss.

un contributo finalisticamente rivolto alla realizzazione dell'illecito da parte del proprio cliente. Viene però da chiedersi, realisticamente, come un dolo di questo tipo, in ordine al quale dovrebbe essere richiesto un attento e penetrante vaglio processuale (atteso che tale elemento orienta l'intera costruzione concorsuale), possa convivere con il sopra richiamato principio di diritto; quest'ultimo, infatti, enuncia come ben possibile l'assenza di consapevolezza, in capo al professionista, della situazione di dissesto aziendale. In altri termini, come potrebbe il professionista, all'oscuro della situazione di decozione dell'azienda che assiste (o, in ipotesi di bancarotta preferenziale, dell'azienda preferita rispetto a quella che poi verrà dichiarata fallita - *pardon*: in liquidazione giudiziale¹³⁴), avere la rappresentazione e la volizione in ordine al compimento di atti caratterizzati per espressa "tipizzazione giurisprudenziale"¹³⁵ dalla loro direzione finalistica verso il pregiudizio dei creditori? Si dovrebbe trattare di un pregiudizio meramente potenziale e futuro, dunque incerto nella rappresentazione del professionista, ove non compare – stando alla premessa – nemmeno la situazione di crisi¹³⁶. Salvo casi limite di attività *ab origine* illecite o del tutto fraudolente¹³⁷, quel pregiudizio arrecato ai creditori diverrebbe una mera proiezione virtuale, sempre predicabile negli scambi commerciali e in operazioni caratterizzate da un certo margine di rischio economico, dunque inidoneo, quale oggetto del dolo, a selezionare le condotte meritevoli di reazione penale. Lo stesso dolo dell'*intraneus*, del resto, si caratterizza per contenuti che appaiono oggi ben poco nitidi¹³⁸, giacché è a tutti noto come la

¹³⁴ S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice dimezzato: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1334, parla di "scomunica" della parola "fallimento".

¹³⁵ Cfr. G. VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., 537 «La dottrina del *Tatbestand* è nata con riferimento agli elementi oggettivi della fattispecie, o fattispecie legale oggettiva [...] Tuttavia può dirsi concezione oggi generalmente condivisa, in Germania come in Italia ed in altri Paesi, che la tipicità (e correlativamente la concreta corrispondenza al tipo) abbracci sia gli elementi oggettivi che quelli soggettivi della fattispecie», e, quanto al formante giurisprudenziale, 539 già sopra richiamata. G. LOSAPPIO, *La caccia*, cit., 24, parla di «catastrofe della selettività», nell'ambito della quale «assistiamo solo all'affermazione di una vera e propria fattispecie "a formazione giudiziaria", che contiene un'ampia e difficilmente riducibile delega all'organo giudicante in ordine all'individuazione dei confini della tipicità».

¹³⁶ Accedendo all'autorevole impostazione ricostruttiva di P. NUVOLONE, voce *Fallimento (reati in materie di)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 481, l'orientamento giurisprudenziale attuale parrebbe determinare addirittura una evidente discrasia: se, nella ricostruzione del Chiaro Autore, sarebbe lo stato di insolvenza a segnare la "zona di rischio penale" dei fatti di bancarotta, come si potrebbe sostenere la sussistenza di un autentico dolo in difetto di consapevolezza di aver agito all'interno di siffatta zona di rischio?

¹³⁷ In ordine ad attività che, a prescindere dalla situazione di decozione, si presentino tese a frustrare le ragioni creditorie e si manifestino del tutto estranee alle ragioni aziendali, si può convenire sulla possibilità di inferire l'elemento psicologico del professionista anche in difetto di una specifica conoscenza del dissesto, ma si tratta di ipotesi in cui il disegno truffaldino dovrebbe emergere con evidente chiarezza dall'impossibilità di spiegare altrimenti quel tipo di operazione. Ipotesi, dunque, che non rientrano nei casi di confine di cui ci stiamo occupando e che – ci sembra – presentano una minore frequenza di verifica.

¹³⁸ Emblematica in ordine al segmento soggettivo tipico del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale si presenta Cass. Civ., Sez. I, Ord., 23.09.2021, n. 31513, in *Dir. & Giust.*, 4.11.2021, secondo la quale: «l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte». In ordine all'irrelevanza della conoscenza dello

dichiarazione di liquidazione giudiziale (*i.e.* di fallimento), a prescindere dalla sua controversa qualificazione dogmatica¹³⁹, rappresenti sì il “trasformatore di tipicità” di condotte che, in difetto di un tale provvedimento, rimangono irrilevanti per la disciplina penalistica di cui all’art. 216 l. fall. (oggi 322 C.C.I.), ma non debba rientrare nel fuoco del dolo onde ritenerne integrata, anche sotto il profilo soggettivo, la tipicità. Ne risulta allora un elemento psicologico dell’*extraneus*, che in ipotesi di concorso morale dovrebbe far propria la spinta volitiva alla base dell’azione dell’*intraneus* (quantomeno convergendo verso la medesima realizzazione criminosa, ancorché il dolo di concorso non necessariamente debba ritenersi sovrapponibile in via integrale a quello della fattispecie monosoggettiva¹⁴⁰) doppiamente sfilacciato, in quanto fisiologicamente più incerto (nell’intensità e nell’effettiva capacità “condizionante” rispetto al risultato) di quello che già in capo all’intraneo si appalesa di sfuggente fisionomia.

(iii) dogmatico-funzionali: percorrendo sino in fondo la via indicata, si potrebbe finire per trasformare la compartecipazione del professionista in un concorso colposo in delitto doloso altrui, giacché ove anche si immaginasse una condotta (ad esempio) scientemente distrattiva perpetrata dall’imprenditore prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale, il professionista potrebbe aver suggerito dei negozi giuridici maggiormente agili o dominabili (ma perfettamente leciti) dall’imprenditore, senza aver ipotizzato, o colto, l’imminente decozione dell’azienda, basandosi sui dati lui forniti. Orbene, si potrebbe forse anche sostenere – entro certo limiti – che il professionista sia stato poco accurato nell’analisi degli elementi lui consegnati, o magari superficiale nell’analizzarli, e che su tale *erronea* base di valutazione abbia consigliato il proprio cliente (il quale solitamente non manifesta al legale le proprie mire illecite): ciò sarebbe sufficiente a predicare una sua responsabilità concorsuale? Leggendo ancora una volta lo stralcio giurisprudenziale da cui siamo partiti, parrebbe potersi correttamente concludere per una risposta negativa ma, al riscontro della realtà, il legale che abbia suggerito dei negozi (*ex post* definiti) sospetti, ai quali sia poi seguita (cronologicamente) la decozione, la dichiarazione di liquidazione giudiziale e la conseguente “riqualificazione” (quasi per “capillarità diacronica”) di quelle condotte negoziali come distrattive o dissipative, potrebbe veramente beneficiare di un selettivo filtro soggettivo, ove non sia nemmeno richiesto, dietro le petizioni astratte di principio, la conoscenza

stato di insolvenza in capo all’imprenditore al momento di perpetrazione della distrazione, si veda anche Cass. Pen., Sez. V, 26.09.2011, n. 44933, secondo la quale «Il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è reato di pericolo ed è pertanto irrilevante che al momento della consumazione l’agente non avesse consapevolezza dello stato d’insolvenza dell’impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato. (Rigetta, App. Cagliari, 15/12/2009)».

¹³⁹ Si veda, per una chiara ricostruzione della *querelle* in ordine alla natura dogmatica della dichiarazione di fallimento (oggi di liquidazione giudiziale), E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, cit., 275.

¹⁴⁰ Si pensi ad esempio alle ipotesi nelle quali la fattispecie monosoggettiva di base richiede la presenza di un dolo specifico: in tali casi, autorevole dottrina ritiene 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» (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 514).

della decozione aziendale? E ciò, partendo dal presupposto che, per dizione legislativa prima ancora che per qualificazione giurisprudenziale dell'elemento, sia proprio la situazione di decozione – e la conseguente dichiarazione giudiziale – a determinare i suddetti atti come sufficientemente offensivi da assurgere alla meritevolezza di pena¹⁴¹.

Se dunque la fattispecie monosoggettiva di base richiede che vi sia (a tutto concedere) almeno un dolo generico nella realizzazione tipica, allora una forma di concreta rappresentazione e volizione dovrebbe informare anche la condotta di compartecipazione, la quale, a propria volta (pur nella non necessaria sovrapposizione completa degli elementi soggettivi), dovrebbe caratterizzarsi per la condivisione (o quanto meno per la rappresentazione) di quel proposito e per la volontà di prestare un contributo ad una condotta così soggettivamente connotata.

Come si è sopra anticipato, tuttavia, il consiglio tecnico, di per sé considerato e non soggettivamente connotato, è, generalmente, neutro. Esso cioè si caratterizza – almeno laddove non vi sia alla base un sostrato soggettivo di agevolazione in grado di ricomporre la tipicità concorsuale¹⁴² – per una struttura non finalisticamente orientata verso una determinata azione, bensì per una fisionomia di mero “vettore cognitivo”. Esso cioè rappresenta un apporto che non influisce in modo diretto e univoco sulla volontà, ma si riferisce in via immediata al piano intellettuale-rappresentativo di chi riceve il consulto, fornendo in definitiva un panorama conoscitivo (al massimo) ulteriore. Aver appurato ciò, tuttavia, non significa ancora (a) né aver accertato in capo al professionista la volontà di fornire un apporto al cliente finalisticamente orientato alla realizzazione di un illecito, (b) né, ancor prima, aver dimostrato la idoneità di quella consulenza ad esprimere una efficacia condizionante (comunque la si voglia intendere) verso l'azione dell'autore materiale.

Sembra pertanto ineludibile, ove si intenda tener ben saldi i principi fondamentali di autorità personale e colpevolezza, richiedere una consistenza

¹⁴¹ Del resto, prendendo abbrivio da una ricostruzione autorevolmente sostenuta in dottrina (cfr. C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, P. Gen., 2000, 136), si dovrebbe così ragionare: se la bancarotta patrimoniale consiste in un reato di pericolo concreto e il bene giuridico si sostanzia nell'interesse del ceto creditorio a conservare la garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.), ciò significa che, sul piano materiale, i fatti di bancarotta assurgono alla rilevanza penale solo nel momento in cui intaccano effettivamente la garanzia patrimoniale posta dalla norma a tutela dei creditori. Specularmente, allora, sotto il profilo soggettivo, il dolo dell'imprenditore dovrebbe essere ricostruito come consapevolezza e volontà di agire ponendo in concreto pericolo quella garanzia: si tratterebbe tuttavia, secondo la richiamata opinione, non di un dolo eventuale (che farebbe rifluire le condotte nell'ambito dell'art. 217 l. fall.), bensì di un dolo quantomeno diretto. Siffatto, pertanto, dovrebbe comprendere la messa in pericolo della garanzia patrimoniale; e dovrebbe allora comprendere anche gli elementi di fatto dai quali sia ravvisabile quella messa in pericolo, tra i quali non potrebbe arbitrariamente escludersi la situazione di crisi, giacché è proprio essa che, nella normalità dei casi, innesca il pericolo per i creditori. Sull'importanza dell'insolvenza, indicata come requisito inespresso della fattispecie, da ritenersi rientrante nell'oggetto del dolo, si veda G. MINICUCCI, *Contributo allo studio del dolo di bancarotta patrimoniale*, in *Criminalia*, 2016, 488.

¹⁴² Va infatti sul punto rammentato – prendendo in prestito le parole di M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, 521 – che la «presenza del dolo di partecipazione permette alle norme sul concorso di svolgere la funzione di incriminazione in capo al concorrente che dà un contributo atipico alla commissione del reato».

dell'elemento soggettivo in capo al compartecipe (e, ancor prima, in capo all'*intraneus*) ben più ampia: se, come si è visto, è lo stesso formante giurisprudenziale a richiedere che la consulenza tecnica – fisiologicamente neutra – sia orientata a una finalità illecita onde assurgere alla rilevanza penale, non pare allora congruo accontentarsi poi, nel momento di accertamento processuale del segmento soggettivo della compartecipazione, di una mera e generica consapevolezza che non abbia ad oggetto i presupposti fattuali essenziali di riconoscibilità dell'intenzione illecita dell'assistito-*intraneus*. Ed inoltre, laddove anche una tale consapevolezza potesse balenare (quantomeno in forma di possibile alternativa oggetto di rappresentazione) in capo al professionista, ciò non sarebbe ancora sufficiente per ritenere integrato il momento volitivo (cioè l'adesione dell'*extraneus*) alla mira illecita del cliente, *a fortiori* dopo il convinto sostegno alla centralità della *volontà* nel dolo, derivante della sentenza emessa dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nel 2014, in relazione al noto caso Thyssenkrupp¹⁴³.

Nel panorama dottrinale tedesco, del resto, una interessante opzione ricostruttiva¹⁴⁴ – tesa a contrastare le opinioni dominanti¹⁴⁵ – ha posto in evidenza l'imprescindibile significato offensivo della *finalità* che muove il consulente, ponendo il problema della “comprensione delle azioni altrui” (*Fremdverstehen der Handlungen des Anderen*): nel distinguere tra un senso oggettivo – desunto dal significato che il comportamento assume secondo una valutazione dall'esterno, al lume delle regole della comune esperienza – e un senso soggettivo – consistente nella finalità che l'agente intende perseguire –, la teorica ritiene che, in casi di confine, sia solo il senso soggettivo a permettere di spiegare sul piano giuridico (cioè di consegnare il significato offensivo di) un certo comportamento. Ne conseguirebbe, in ordine al problema qui indagato, che laddove il contegno del professionista non potesse qualificarsi come illecito sotto il profilo del senso oggettivo – manifestandosi la consulenza prestata del tutto neutra – sarebbe solamente la penetrante analisi in ordine al senso soggettivo (cioè in ordine alla finalità della consulenza) a chiarire se il professionista avesse o meno mirato a concorrere nella realizzazione criminosa dell'agente. Senso soggettivo che, dunque, dovrebbe rappresentare il nodo cruciale dell'accertamento giudiziale.

Orbene, anche in Italia parrebbe possibile ipotizzare una soluzione non dissimile: se infatti la stessa giurisprudenza ha tratteggiato, in linea di principio, le condotte di consulenza penalmente rilevanti facendo continuo riferimento alla “consapevolezza dei propositi distrattivi dell'amministratore di diritto” e alla volontà di prestare aiuto all'amministratore in dissesto nel sottrarre la garanzia patrimoniale dei creditori, allora

¹⁴³ Tra i molti commenti apparsi alla ben nota sentenza (Cass. Pen., Sez. Un., 24.04.2014, n. 38343, si veda M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1953 ss., oggi in Scritti patavini, Torino, 2017, 2, 1337 ss.

¹⁴⁴ Cfr. H. SCHNEIDER, *Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron in Strafrecht? Zu den Grenzlinien der Beihilfe*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 312 ss., spec. 315 ss.

¹⁴⁵ In specie il confronto dialettico è con le autorevoli tesi di C. ROXIN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, in W. Küper, J. Welp (a cura di), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Berlino-New York, 1993, 378 ss.

appare evidente che un'indagine sulla intenzione del professionista diviene non solo possibile, ma addirittura doverosa.

Ove anche nell'ordinamento italiano si richiedesse una più decisa attenzione per l'*intenzione* (art. 43 c.p.) che sorregge l'azione del professionista, in definitiva, si ricondurrebbe a coerenza l'intero impianto punitivo in questo specifico settore sotto molteplici profili: (i) si riempirebbe di significato autentico quanto già sostenuto dalla giurisprudenza laddove viene richiesta la *consapevolezza* dei propositi distrattivi (dunque delle *intenzioni* illecite) del cliente e la *volontà* (dunque la scelta ponderata) di contribuire, mediante la propria consulenza tecnica, alla realizzazione dell'offesa; (ii) si confermerebbe il significato autenticamente offensivo della condotta di compartecipazione trovando una convergenza della intenzione e della direzione inequivoca, sul piano oggettivo, della consulenza, alla perpetrazione dell'offesa; (iii) risulterebbero rispettati i generali elementi strutturali del concorso, i quali richiedono (soprattutto in presenza di segmenti oggettivi "offensivamente incerti") una convergenza soggettiva dei partecipanti consistente non solo nella consapevolezza di "collaborare" con altrui, ma anche nella comune volontà – pur con i *caveat* sopra detti – di realizzare l'illecito; (iv) si ristabilirebbe l'armonia rispetto ai principi di responsabilità penale per fatto proprio e di colpevolezza.

Sembra dunque che sussistano buone ragioni per – quantomeno – interrogarsi seriamente su tale valorizzazione dell'elemento soggettivo nella fattispecie concorsuale.

4. Appunti per una *pars construens*: un'ipotesi programmatica di lavoro.

Nei paragrafi che precedono si è tentato, pur entro i contenuti limiti di un contributo non monografico, di presentare alcuni tra i principali problemi che l'interprete deve affrontare quando si interroghi sui limiti della responsabilità concorsuale del professionista *extraneus*. Nel passare in rassegna orientamenti giurisprudenziali e talune posizioni dottrinali si è pertanto tentato di enucleare il plesso di tematiche ancora aperte su tale figura di partecipazione concorsuale, concentrandosi principalmente sugli aspetti critici (o aporetici) degli attuali assetti ermeneutici, individuando fondamentalmente quattro paradigmi problematici, che potrebbero, in estrema sintesi, essere così riassunti:

- (i) inquadramento "automatico" del consiglio tecnico nel concorso (esclusivamente) morale;
- (ii) richiesta di un rigoroso accertamento circa l'efficacia *causale* del "contributo di consulenza";
- (iii) individuazione, pur nell'ambito del concorso morale, del referente di tale connessione causale, non con la deliberazione dell'autore principale, ma con le concrete modalità di realizzazione del fatto;
- (iv) limitazione dell'elemento soggettivo preteso in capo concorrente alla sola sfera rappresentativo-intellettuale del dolo e, anche in questa versione "amputata", esclusione, dall'oggetto della rappresentazione, della situazione

di crisi aziendale (al fine di ritenere configurato il dolo, cioè, non è ritenuto necessario che lo stato di decozione, da cui dipenderà poi, oggettivamente, la rilevanza penale della condotta dell'*intraneus*, sia nota al professionista; quest'ultimo, tuttavia, dovrebbe agire – stando alla giurisprudenza sopra vista – mosso dalla volontà di agevolare i propositi distrattivi del cliente).

Orbene, si è persuasi che, volendo abbozzare un'ipotesi programmatica di *pars construens* sia necessario prendere abbrivio proprio da questi quattro snodi interpretativi, valorizzando, in particolare, il ruolo tipizzante rivestito dall'ultimo di essi: il dolo.

Fermo restando, infatti, che sussistono plurime alternative dottrinali¹⁴⁶ volte a “disinnescare” la rilevanza penale del consiglio tecnico – vuoi sul piano normativo dell'antigiuridicità, come esercizio di un diritto o adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*, vuoi sul piano ermeneutico dell'autoresponsabilità, vuoi, ancora, sull'insussistenza di una consistenza eziologica apprezzabile in termini di *conditio sine qua non* – si è convinti che, proprio in virtù degli attuali orientamenti giurisprudenziali, sia forse maggiormente plausibile ipotizzare il conseguimento un primo risultato, in fase applicativa, valorizzando qualitativamente la componente soggettiva che già, sia pure in forma embrionale, compare nei principi di diritto ricorrenti in materia.

Volendo ricostruire, rapidamente e in via provvisoria, la filiera di accertamento, sarebbe del resto l'analisi sul gradiente soggettivo a determinare il *discrimen* tra contributi di consulenza punibili e non. In uno sforzo di sintesi, infatti, questa potrebbe essere infatti la scansione logica dell'accertamento giudiziale:

- (a) verifica circa l'apporto della consulenza nella vicenda reale: verifica cioè in ordine al fatto che il consulente abbia apportato un patrimonio conoscitivo in capo ad un cliente che prima ne era privo (segmento oggettivo di un concorso materiale, *sub specie* di agevolazione); ove invece, il cliente fosse già stato a conoscenza delle modalità di condotta indicate nel consulto, egli potrebbe solo aver ricevuto delle conferme (funzionali al massimo ad operare come rafforzamento psicologico nell'ambito del concorso morale; ciò sempre escludendo l'ipotesi dell'*omnimodo facturus* e prescindendo dal complesso problema del paradigma con il quale accertare siffatta forma di condizionamento);
- (b) a questo punto, ove si superasse questo primo elemento di accertamento, si dovrebbe passare all'analisi dell'elemento soggettivo, considerandolo però nella sua duplice dimensione (b1) intellettuale-rappresentativa e (b2) volitivo-intenzionale.

Sul primo piano (b1), il professionista potrebbe (α) cogliere l'intenzione fraudolenta del cliente ed esserne dunque consapevole oppure, all'opposto, (β) non percepire l'intenzione dell'assistito e, anche per errore o sbadataggine, non

¹⁴⁶ Alle quali non è qui possibile dedicare spazi di approfondimento adeguati, ma che ci si ripropone di indagare in un contesto di studio più ampio.

esserne pertanto consapevole oppure ancora, come più di frequente accade nella realtà, (Y) essere in uno stato di incertezza o di dubbio rispetto a tali intenzioni illecite dell'assistito.

Nel caso da ultimo delineato, interessanti si presentano le considerazioni svolte da autorevole dottrina¹⁴⁷ che, valorizzando la componente rappresentativo-volitiva del dolo, in casi di incertezza in capo al concorrente – dunque, ai nostri fini, al professionista – circa i possibili propositi illeciti del cliente, ha proposto di distinguere tra le ipotesi di dubbio in ordine ai presupposti della condotta e le ipotesi di dubbio in ordine al conseguente comportamento del cliente. Il primo scenario – di incertezza “conoscitiva” – andrebbe ricondotto ad ipotesi colpose; il secondo – di incertezza “predittiva” – diverrebbe invece terreno di elezione del dolo eventuale «perché qui, essendo l'incertezza non solo una condizione soggettiva ma anche un dato oggettivo, si riduce sensibilmente l'operatività del rimprovero colposo a carico dell'agente, limitandolo a quello più grave di aver agito “nonostante la previsione dell'evento”»¹⁴⁸. Conseguentemente si dovrebbe appurare, in questa ipotesi di rappresentazione effettiva dei presupposti della condotta (ma di incertezza “predittiva”), anche la, logicamente successiva, sussistenza del segmento volitivo, sia pur nella sua forma meno intensa (il dolo eventuale).

Nel caso (β) non si dovrebbe porre, a rigore, neppure il problema del momento volitivo, poiché non si può logicamente volere ciò che non ci si rappresenta, dunque, andrebbe esclusa la sussistenza del concorso per difetto (quantomeno) di elemento soggettivo doloso.

Su tale piano – che si avvicina molto a quello di incertezza “cognitiva” – dovrebbero poi essere ulteriormente approfondite le ragioni di un siffatto difetto di consapevolezza in capo al professionista, potendo essa derivare (i) da un difetto di conoscibilità/riconoscibilità delle *red flags* (il che escluderebbe ogni profilo di addebito, anche solo colposo, in capo al professionista) o (ii) da un difetto di diligenza o perizia (forse anche di prudenza) nell'esecuzione della prestazione tecnica.

Nel caso formulato *sub* α) saremmo invece dinanzi ad un'ipotesi di consapevolezza del proposito illecito dell'assistito (in termini di alta probabilità o al massimo nei termini sopra detti di incertezza “predittiva”).

Essenziale si rivelerebbe dunque, in tale ultimo plesso di ipotesi, condurre un'analisi penetrante che passi dal piano rappresentativo a quello volitivo (*sub* b2).

Il professionista, che (nell'ipotesi) avrebbe dunque colto il proposito illecito dell'assistito (con tutte le dette sfumature di intensità), potrebbe infatti *intendere*:

¹⁴⁷ Cfr. D. BRUNELLI, *Appunti sul dolo diseguale, tra “dubbio conoscitivo” e “dubbio predittivo”*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 207 ss.

¹⁴⁸ *Ibidem*, 220-221.

1. formulare il parere specificando, a fini dissuasivi, le condotte illecite da evitare; condotte che nondimeno, poi, il cliente terrà;
2. formulare il parere in maniera del tutto neutra, esplicitando condotte lecite e illecite e le differenze tra le une e le altre, esponendo i rischi derivanti dalle condotte illecite; il cliente sceglierà poi autonomamente le vie illecite;
3. formulare il parere decidendo deliberatamente di agevolare il proposito fraudolento del cliente mediante un'indicazione funzionale alla realizzazione di un costrutto rappresentatosi come illecito che il cliente poi attuerà;
4. formulare il parere ritenendo di aver suggerito al cliente delle alternative lecite, cadendo in errore su talune circostanze concrete o su talune valutazioni tecniche circa le proiezioni economiche delle operazioni consigliate, che il cliente poi realizzerà.

Orbene, quelle così enunciate sono solo alcune delle ipotesi formulabili, ma già così rapidamente stilate (senza ancora una razionalizzazione funzionale ad un inquadramento in una sistematica compiutamente delineata), permettono di accedere a ben diverse conclusioni: se il caso *sub* n. 3 rappresenta il paradigma di un concorso punibile, in quanto espressione di una *finalità* che connota il consulto in direzione finalisticamente e causalmente convergente verso la realizzazione dell'offesa tipica, l'ipotesi n. 1 è caratterizzata da una volontà che va in direzione opposta rispetto a quella di partecipazione e che si manifesta, dunque, incompatibile con il concorso doloso nel reato del cliente. L'ipotesi n. 2, d'altro canto, presenta delle peculiarità che andrebbero singolarmente indagate, sia sotto il profilo del dolo eventuale, sia sotto il profilo della rilevanza deontologica della propria condotta.

L'ipotesi n. 4 rappresenterebbe infine una fattispecie di matrice colposa, magari passibile di censura per errore professionale (potenzialmente dovuto, volendo impiegare moduli di imputazione soggettiva inediti in questo settore, a imperizia), ma non ancora un'ipotesi di deliberata compartecipazione criminosa.

Del resto, il consiglio legale – ove non soggettivamente caratterizzato e ove non prestato in violazione dei canoni deontologici¹⁴⁹ – nasce neutro e deve essere curvato finalisticamente per presentare una caratura valoriale capace di giustificare la meritevolezza di pena.

Certamente non sfuggono, alla ricostruzione qui riassunta, le problematiche di ordine probatorio, ma, come è stato ben posto in evidenza da un'opzione interpretativa con essa convergente, le «difficoltà probatorie non devono mai giustificare il ricorso a teorie meno garantiste, soltanto perché di più agevole applicazione. Piuttosto vale la pena rischiare l'assoluzione di un malvivente che la condanna di un innocente»¹⁵⁰.

¹⁴⁹ L'incidenza delle violazioni deontologiche sul carattere "neutrale" del consiglio tecnico e sulla conseguente configurazione della fattispecie concorsuale rappresenta, infatti, un'ulteriore linea di approfondimento tematico – che ci si propone di seguire in approfondimenti futuri – sulla quale si vedano le considerazioni di E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 164 ss.

¹⁵⁰ M. HELFER, *La complicità*, cit., 127.

6/2023

Non resta allora che porsi alla ricerca di ulteriori approdi, sviluppando le direttrici sopra proposte.

CRISI DI LIQUIDITÀ E INESIGIBILITÀ ALLA LUCE DI SEZ. U., N. 10381 DEL 26/11/2020 (FIALOVA), DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E DEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA DI RIFORMA DEL SISTEMA FISCALE

di Alberto Galanti

Il contribuente, dopo aver analizzato gli obblighi di versamento dell'imposta sul valore aggiunto e i rimedi approntati dall'ordinamento per far fronte alla crisi di impresa, si sofferma sulla rilevanza della "crisi di liquidità" come possibile causa di esclusione della punibilità o della colpevolezza alla luce della giurisprudenza della corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'articolo 10 *ter* del decreto legislativo n. 74/2000. – 3. La disciplina relativa al pagamento dell'IVA. – 4. L'insorgenza dell'obbligo di versamento dell'IVA. – 4.1. Segue: la nota di variazione. – 4.2. Segue: L'IVA per cassa. – 5. Crisi di impresa e crisi di liquidità. – 6. le procedure di risoluzione della crisi di liquidità. – 6.1. Segue: la legge fallimentare. – 6.2. Segue: il codice della crisi di impresa. – 7. La crisi di liquidità nella giurisprudenza della Cassazione penale. – 8. Crisi di liquidità ed elemento psicologico del reato. – 9. Crisi di liquidità e forza maggiore. – 10. Crisi di liquidità e inesigibilità: le Sezioni Unite «Fialova». – 11. La «forza maggiore comunitaria». – 12. Conclusioni: l'inesigibilità quale «species» della forza maggiore. – 13. Profili probatori.

1. Introduzione.

Le ricorrenti crisi economiche che hanno attraversato il Paese nel corso degli ultimi quindici anni hanno determinato ricorrenti fenomeni di contrazioni del mercato, accentuati negli ultimi tempi dall'emergenza pandemica.

Fenomeno ricorrente, in questi casi, da parte dei soggetti convitti è l'addurre la "crisi di liquidità" (o di impresa, termini utilizzati promiscuamente) quale causa dell'omesso versamento dell'imposta dovuta dall'imprenditore/contribuente.

Il problema, attualmente, si pone sempre con maggior frequenza con specifico riferimento ai reati di cui agli articoli 10 *bis* e 10 *ter* del d. lgs. n. 74/2000.

Come è stato osservato¹, questi due delitti non erano previsti nel testo originario

¹ G. L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente ed omesso versamento di ritenute certificate e di iva (artt. 10 bis e 10*

del decreto «in quanto con esso si era scelto, in modo prevalente, di sanzionare penalmente quelle condotte che portano ad un'evasione di imposta attraverso una violazione del dovere del contribuente di presentare una dichiarazione annuale ideologicamente veritiera con riferimento sia alla situazione reddituale che alle basi imponibili. Restavano, invece, fuori dall'area di rilevanza penale quei comportamenti di mero omesso versamento d'imposte correttamente dichiarate valutandosi come queste ultime condotte, non presentando elementi d'infedeltà e/o frodolenzia, non rendessero necessaria una sanzione penale essendo sufficienti le, già previste, sanzioni amministrative (per l'omesso od il ritardato versamento) e la possibilità di attivare la riscossione di un tributo già accertato».

I due reati, introdotti rispettivamente dall'art. 1, comma 414, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e dall'art. 35 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, in l. 4 agosto 2006 n. 248), condividono il bene giuridico protetto, costituito dall'interesse dell'erario alla tempestiva ed efficace riscossione di un tributo già accertato a seguito della corretta autodichiarazione del contribuente. Essi costituiscono la pietra angolare di quello che, con una efficace definizione, è stato chiamato il «diritto penale della riscossione²».

2. L'articolo 10 *ter* del decreto legislativo n. 74/2000.

L'art. 10 *ter* d.lgs. 74/2000 (omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto), in particolare, punisce chi non versa l'imposta sul valore aggiunto, dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo.

Esso è un reato unisussistente, di natura omissiva e istantanea³: si consuma nel momento in cui scade il termine previsto dalla legge per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo; ciò che rileva è, quindi, l'indicazione nella dichiarazione di un debito d'imposta e l'inadempimento alla conseguente e corrispondente obbligazione di pagamento.

Ne consegue che, «ai fini della sua perfezione, sono necessarie e sufficienti la coscienza e la volontà dell'azione che devono sussistere nel momento esatto in cui matura il tempo (lungo) dell'obbligazione tributaria, non un attimo prima, non un attimo dopo»⁴.

Ai fini della integrazione del reato, l'entità della somma da versare, costituente il debito IVA, è quella risultante dalla dichiarazione del contribuente e non quella effettiva,

ter d.lgs. n. 74/2000) - Nota a Tribunale di Roma, sent. 7 maggio 2013, Giud. Di Nicola, e a Tribunale di Roma, sent. 12 giugno 2013, Giud. Di Nicola, pubblicato on line sul sito Diritto Penale Contemporaneo, 7 ottobre 2013, pag. 2.

² A. LANZI- P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, 2014, pag. 324.

³³ Sez. 3, n. 37593 del 7/05/2021, Coveri.

⁴ Sez. 3, n. 8352 del 24/06/2014, Schirosi, Rv. 263126.

desumibile dalle annotazioni contabili⁵.

Come è stato evidenziato dalla giurisprudenza⁶, il legislatore più recente, conscio della generale crisi economica che da oltre un decennio attanaglia il Paese e dei suoi possibili riflessi sulle ragioni dell'omissione penalmente sanzionata, ha, da un lato, elevato a duecentocinquantamila euro per anno di imposta l'importo al di sotto del quale l'omesso versamento dell'IVA è penalmente irrilevante (art. 8, d.lgs. n. 158 del 2015); dall'altro, ai fini della non punibilità del reato, ha consentito il pagamento del debito (ancorché gravato da interessi e sanzioni) fino alla apertura del dibattimento, con possibilità di prorogare il termine di ulteriori sei mesi (art. 13, commi 1 e 3, d.lgs. n. 74 del 2000, come modificato dall'art. 11, d.lgs. n. 158 del 2015), di fatto dando maggior "respiro" ai contribuenti inadempienti ai sensi dell'art. 10-ter, d.lgs. n. 74 del 2000.

È di questi giorni, poi, la pubblicazione in G.U. del decreto legge n. 34 del 30 marzo 2023, il cui articolo 23 ha introdotto una «causa speciale di non punibilità dei reati tributari», a norma della quale «i reati di cui agli articoli 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*, comma 1, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, non sono punibili quando le relative violazioni sono correttamente definite e le somme dovute sono versate integralmente dal contribuente secondo le modalità e nei termini previsti dall'articolo 1, commi da 153 a 158 e da 166 a 252, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, purché le relative procedure siano definite prima della pronuncia della sentenza di appello».

Il testo della legge delega per la riforma del sistema fiscale, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 16 marzo 2023, infine, all'articolo 18 contiene poi un apposito principio di delega secondo cui, per le sanzioni penali, il legislatore delegato dovrà «attribuire specifico rilievo all'ipotesi di sopraggiunta impossibilità di far fronte al pagamento del tributo, non dipendente da fatti imputabili al soggetto stesso». Appare quindi evidente il rilievo centrale che, nella politica fiscale attuale, ha assunto il tema della «crisi di liquidità»

3. La disciplina relativa al pagamento dell'IVA.

Prima di procedere oltre occorre riassumere, rapidamente, la disciplina sostanziale alla base della norma penale.

Ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 4, d.P.R. n. 100 del 1998, l'IVA deve essere versata entro il giorno 16 del mese nella misura che risulta dovuta in base alla differenza tra l'ammontare complessivo dell'imposta sul valore aggiunto esigibile nel periodo precedente, risultante dalle annotazioni eseguite o da eseguire nei registri relativi alle fatture emesse o ai corrispettivi delle operazioni imponibili, e quello dell'imposta, risultante dalle annotazioni eseguite, nei registri relativi ai beni ed ai servizi acquistati sulla base dei documenti di acquisto di cui è in possesso e per i quali il diritto alla detrazione viene esercitato nello stesso mese⁷.

⁵ Sez. 3, n. 14595 del 17/11/2017, dep. 2018, Strada, Rv. 272552 – 01.

⁶ Sez. 3, n. 19630 del 08/02/2022, Marku.

⁷ Così, testualmente, Sez. 3, n. 37593 del 7/05/2021, Coveri.

Per alcune categorie di contribuenti, tuttavia, il versamento può essere effettuato su base trimestrale, entro il 16 del secondo mese successivo a ciascuno dei primi tre trimestri solari e, per il quarto trimestre, entro il 16 di marzo di ciascun anno⁸.

Il versamento viene effettuato tramite il modello F24 in via esclusivamente telematica.

In ogni caso, l'omesso versamento periodico (mensile o trimestrale) è sanzionato, in via amministrativa, dall'art. 13, d.lgs. n. 471 del 1997, con una sanzione pari al trenta per cento di ogni importo non versato.

Pertanto, e ciò tornerà utile in seguito, la condotta omissiva penalmente rilevante ha il suo antecedente nelle precedenti omissioni, costituenti a loro volta illecito amministrativo, in assenza delle quali il debito tributario non sarebbe residuo addirittura a distanza di più di un anno dall'ultima scadenza mensile⁹.

Tale considerazione sembra poter superare la costante obiezione sollevata in dottrina da chi ritiene che «il costante riferimento della giurisprudenza di legittimità ad un asserito obbligo di accantonamento delle somme destinate all'adempimento del debito erariale non trova alcun riscontro normativo¹⁰».

D'altro canto, non può che convenirsi con chi sostiene che «il disvalore del delitto tributario si focalizza invero a valle di tale condotta, ossia, nell'omesso versamento dell'imposta entro il c.d. "termine lungo", come d'altronde ben evidenziato dal tenore letterale della norma incriminatrice. Se così non fosse, dopotutto, verrebbe meno la cifra distintiva del delitto rispetto al corrispettivo illecito tributario, con conseguente caducazione del rapporto di progressione criminosa sussistente tra i medesimi»¹¹.

⁸ La c.d. "IVA trimestrale" è consentita, senza l'applicazione degli interessi dell'1%, per le seguenti categorie di contribuenti:

- a) contribuenti trimestrali "ordinari" (art. 7, d.P.R. n. 542 del 1999): soggetti che scelgono di calcolare l'imposta trimestralmente, a condizione che nell'anno precedente abbiano realizzato un volume d'affari non superiore a:
 - 400.000€ per i lavoratori autonomi e per le imprese che hanno come oggetto della propria attività la prestazione di servizi;
 - 700.000€ per le imprese che esercitano altre attività;
- b) contribuenti trimestrali "speciali": soggetti che indipendentemente dal volume di affari esplicano le seguenti attività (articolo 74, comma 4 del D.P.R. 633/72):
 - distributori di carburanti;
 - autotrasportatori di merci conto terzi;
 - esercenti attività di servizi al pubblico;
 - esercenti arti e professioni sanitarie.

Nel caso in cui il contribuente "ordinario" opti per la liquidazione trimestrale, dovrà versare l'imposta con una maggiorazione dell'1%, a titolo di interessi; tale maggiorazione non si applica ai contribuenti "speciali".

⁹ Sez. 3, n. 38177 del 7/09/2021, Fantasia.

¹⁰ Così D. COLOMBO, *La crisi di liquidità nei reati di omesso versamento di imposte: due recenti pronunce sulla valenza esimente*, pubblicato on line sul sito www.discrimen.it, 11 novembre 2021, pag. 4.

¹¹ N. BILIGOTTI, *Crisi di liquidità e omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto ex art. 10 ter D. Lgs. 74/2000: le molteplici declinazioni di un'esimente*, pubblicato on line sul sito Giurisprudenza Penale Web, 2018, pag. 10.

4. L'insorgenza dell'obbligo di versamento dell'IVA.

Il d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, prevede degli specifici obblighi per il contribuente (art. 21 e ss.) dai quali emerge, sia con riferimento all'emissione della fattura che agli obblighi di registrazione, che il soggetto obbligato, già all'atto del compimento dell'operazione economica, conosce quanto è poi dovuto a titolo di Iva, dovendo essere indicata l'aliquota, e l'ammontare dell'imposta e dell'imponibile.

Secondo una rigorosa giurisprudenza sono poi irrilevanti, ai fini della configurabilità del reato, sia l'effettiva riscossione delle somme-corrispettivo relative alle prestazioni effettuate (tranne i casi di applicabilità del regime di «Iva per cassa»¹²), sia le condotte successive dell'obbligato, stante la natura del reato, che è omissivo proprio a consumazione istantanea¹³.

L'omesso versamento dell'IVA dipeso dal mancato incasso per inadempimento contrattuale dei propri clienti, secondo la prevalente giurisprudenza, non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, atteso che l'obbligo del predetto versamento prescinde dall'effettiva riscossione delle relative somme e che il mancato adempimento del debitore è riconducibile all'ordinario rischio di impresa, evitabile anche con il ricorso alle procedure di storno dai ricavi dei corrispettivi non riscossi¹⁴.

4.1. Segue: la nota di variazione.

L'ultima pronuncia citata, di fatto rinvia al disposto dell'articolo 26, commi 2 e 3 bis, del d.P.R. n. 633/72, il quale consente, in presenza di particolari presupposti, l'emissione di "nota di variazione" (in gergo detta anche "nota di credito" o "storno"), per il caso in cui un'operazione per la quale sia stata emessa fattura, successivamente alla registrazione, viene meno in tutto o in parte, o se ne riduce l'ammontare imponibile, per mancato pagamento totale o parziale.

Affinché ciò sia possibile, tuttavia, occorre:

1. che l'operazione sia correttamente fatturata e registrata;
2. che il mancato pagamento (in tutto o in parte) della fattura sia causato da procedure concorsuali (o da un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 bis del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, o di un piano attestato ai sensi

¹² cfr. Sez. 3, n. 6220 del 23/01/2018, *Ventura*, Rv. 272069

¹³ Sez. 3, n. 2613 del 02/12/2022, dep. 2023, *Consoli*.

¹⁴ Sez. 3, n. 6506 del 24/09/2019, dep. 2020, *Mattiazio*, Rv. 278909; Sez. 3, n. 6220 del 23/01/2018, *Ventura*, Rv. 272069, ove si osserva che, «tranne i casi di applicabilità del regime di "Iva per cassa", l'obbligo penalmente sanzionato è ordinariamente svincolato dalla effettiva riscossione delle somme-corrispettivo relative alle prestazioni effettuate». Sez. 3, n. 38594 del 23/01/2018, Rv. 273958 – 01, ha poi affermato che «l'emissione della fattura, se antecedente al pagamento del corrispettivo, espone il contribuente, per sua scelta, all'obbligo di versare comunque la relativa imposta sicché egli non può dedurre il mancato pagamento della fattura né lo sconto bancario della fattura quale causa di forza maggiore o di mancanza dell'elemento soggettivo».

dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267) o esecutive rimaste infruttuose.

Quanto al secondo profilo, la disciplina delle variazioni in diminuzione connesse al mancato pagamento della fattura dovuto all'assoggettamento dell'acquirente (o committente) ad una procedura concorsuale è stata oggetto di modifica ad opera dell'art. 18, DL n. 73/2021 (c.d. "Decreto Sostegni-bis"), prevedendo la possibilità per il cedente (o prestatore) di emettere la nota di variazione a partire dalla data di assoggettamento del debitore alla procedura concorsuale.

Tale novità, applicabile per le procedure concorsuali aperte dal 26.5.2021, consente un più rapido storno degli importi dovuti a titolo di IVA, abbattendo così l'importo dovuto dal contribuente.

Relativamente alle procedure aperte fino al 25.5.2021, l'Agenzia delle entrate ha chiarito¹⁵ che al fine di poter emettere la nota di variazione, è necessario che la procedura risulti infruttuosa, con conseguente giuridica certezza da parte del cedente/prestatore della irrecuperabilità del credito, ovvero che il creditore abbia partecipato alla procedura.

In particolare, in caso di fallimento, è richiesta l'avvenuta insinuazione nel passivo fallimentare, come chiarito dal Ministero delle Finanze¹⁶ e ribadito dall'Agenzia delle Entrate¹⁷.

Tuttavia, va evidenziato come la Corte di Giustizia UE (sentenza 11.6.2020, causa C-146/19), abbia sancito il diritto del creditore alla "riduzione" dell'IVA assolta relativa ad un credito non recuperabile anche qualora lo stesso non si sia insinuato nel fallimento del debitore ove dimostri che «se avesse insinuato il credito ... questo non sarebbe stato riscosso».

Alla luce di tale orientamento dei Giudici comunitari, l'Agenzia delle entrate, ha concluso nel senso che «per le procedure concorsuali aperte in data antecedente il 26 maggio 2021, il diritto alla variazione in diminuzione sorge anche nell'ipotesi di omessa insinuazione al passivo della pretesa creditoria, solo laddove il contribuente possa dimostrare l'infruttuosità della procedura fallimentare per mancanza di attivo da liquidare¹⁸».

In assenza di insinuazione al passivo, tuttavia, la nota di variazione può essere emessa soltanto alla chiusura della procedura, ancorché nelle more sia intervenuta la prescrizione del credito.

4.2. *Segue: l'IVA per cassa.*

Nel corso degli anni, in relazione alla natura giuridica di alcune prestazioni, la regola della "IVA per competenza" è stata via via sostituita da quella della c.d. "IVA per

¹⁵ Risposte interpello Agenzia Entrate 6.4.2022, n. 175 e 7.4.2022, n. 181.

¹⁶ Circolare 17.4.2000, n. 77/E.

¹⁷ Risoluzione 16.5.2008, n. 195/E e Risposte 3.6.2019, n. 178 e 7.2.2020, n. 33.

¹⁸ Risposta n. 181/2022, citata.

cassa”.

L’articolo 6 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, al comma 2, lettera a), già indicava una importante deroga al principio della “competenza”, stabilendo che per le cessioni di beni per atto della pubblica autorità e per le cessioni periodiche o continuative di beni in esecuzione di contratti di somministrazione, l’operazione si considera effettuata all’atto del pagamento del corrispettivo.

Inoltre, ai sensi del terzo comma, le prestazioni di servizi si considerano effettuate all’atto del pagamento del corrispettivo.

Il regime “Iva per cassa” (c.d. “*cash accounting*”) è stato poi generalizzato dall’articolo 32 *bis* del d.l. n. 83/2012, che consente all’imprenditore o al lavoratore autonomo di posticipare il versamento dell’imposta sulle cessioni di beni e le prestazioni di servizi, dal momento di effettuazione dell’operazione a quello dell’incasso.

Allo stesso modo, il diritto a detrarre l’Iva sui beni e sui servizi acquistati nasce al momento del pagamento dei corrispettivi ai fornitori.

L’imposta diventa comunque esigibile dopo un anno dall’effettuazione dell’operazione, a meno che, prima del decorso di questo termine, il cessionario o committente sia stato assoggettato a procedure concorsuali. Ugualmente, l’Iva sugli acquisti può essere detratta, trascorso un anno dal momento in cui l’operazione si considera effettuata.

Il regime dell’Iva per cassa si può applicare alle operazioni effettuate a partire dal 1° dicembre 2012 e possono aderirvi i contribuenti che:

- operano nell’esercizio di impresa, arti o professioni;
- hanno realizzato nell’anno precedente (o, nel caso di avvio dell’attività, prevedono di realizzare) un volume d’affari non superiore a due milioni di euro;
- effettuano cessioni di beni o prestazioni di servizi imponibili nel territorio dello Stato nei confronti di cessionari o committenti che, a loro volta, agiscono nell’esercizio di impresa, arti o professioni¹⁹.

Il regime “IVA per cassa” non si applica alle operazioni:

- poste in essere nei confronti di cessionari o di committenti che assolvono l’imposta mediante l’applicazione dell’inversione contabile;
- effettuate nell’ambito di regimi speciali di determinazione dell’imposta;
- effettuate nei confronti di soggetti che non agiscono nell’esercizio di imprese, arti o professioni, anche se residenti all’estero;
- effettuate nei confronti dei soggetti che assolvono l’IVA mediante il meccanismo del *reverse charge*;
- soggette a *split payment*;
- ad esigibilità differita “per natura”;
- con l’estero non soggette a IVA in Italia.

Come appare evidente, nel caso in cui il contribuente abbia ricevuto l’importo corrispondente all’IVA, egli agisce come un mero sostituto di imposta, ricevendo da terzi

¹⁹ Informazioni possono essere ritratte sul portale dell’Agenzia delle entrate.

somme che deve poi versare all’Erario.

Non a caso la giurisprudenza ha affermato che «non è possibile consentire che l’autore del reato possa autofinanziarsi con risorse non proprie, non versando le somme – né nel termine breve previsto dalle norme tributarie né nel termine lungo previsto dalla norma penale – con quelle destinate alla collettività, percependo così il profitto illecito del reato e reimpiegandolo, sottraendolo in tal modo anche alla confisca obbligatoria²⁰».

5. Crisi di impresa e crisi di liquidità.

La prassi giudiziaria insegna come sempre più frequentemente gli imputati di reati di omesso versamento di imposte adducano quale causa scusante, o altrimenti esimente, ovvero ancora quale causa di esclusione dell’elemento psicologico del reato, le difficoltà sopraggiunte a causa di imprevista crisi di liquidità o di impresa, allegazione questa destinata ad aumentare quando sull’economia reale inizieranno a proiettarsi gli effetti della crisi pandemica.

Tecnicamente, i termini «crisi di impresa» e «crisi di liquidità» descrivono due fenomeni non perfettamente sovrapponibili.

La prima può essere originata da numerosi fattori²¹, quali ad esempio inefficienza, sovracapacità/rigidità, decadimento dei prodotti e carenze ed errori di *marketing*; incapacità a programmare, errori di strategia e carenza di innovazione, squilibrio finanziario.

La crisi può essere determinata sia da eventi interni, quali una diminuzione dei flussi, che da eventi esterni, quali il mutare delle condizioni di rischio; condizioni, queste, meno prevedibili e quindi più pericolose²².

Solo l’ultimo dei possibili fattori di crisi dianzi menzionati, tuttavia, descrive la crisi liquidità.

Essa, come è stato rilevato²³, «consiste nell’incapacità di un’azienda di far fronte con il proprio flusso di cassa alle obbligazioni e alle spese (dal pagamento dei fornitori, al versamento delle imposte, dal saldo dei debiti con le banche fino all’acquisto di merci e materiali). Tale fenomeno riguarda soprattutto le piccole e medie imprese e si verifica quando la società ha consumato gran parte delle risorse con cui sostiene la sua attività. In altri termini, la crisi sopraggiunge quando la liquidità aziendale non risulta sufficiente a coprire tutti i costi e a garantire il corretto funzionamento del *business*: una situazione che, se non correttamente gestita, può condurre anche al fallimento».

²⁰ Sez. 3, n. 50007 del 04/10/2019, *Baracchi*; Sez. 3, n. 2613 del 2/12/2022 (dep. 2023), *Consoli*.

²¹ L. FACCINCANI, *Le crisi d’impresa: cause e processi di risanamento aziendale*,

²² S. PACCHI, *Crisi di impresa e procedure concorsuali alternative*, in *Riv. dir. fallim.*, 1998, 996 e ss., descrive la crisi di impresa «una perturbazione o improvvisa modificazione di un’attività economica organizzata, prodotta da molteplici cause ora interne al singolo organismo, ora esterne, ma comunque capaci di minarne l’esistenza o la continuità».

²³ A. DI MAURO, *Crisi di liquidità: cos’è e come risolverla*, pubblicato online sul sito www.agicap.com, 30 giugno 2022.

Il tema della crisi di liquidità è quindi strettamente correlato al concetto di *cash flow* o flusso di cassa, tanto che, come si vedrà, lo stesso concetto è stato utilizzato dal legislatore del 2019 per definire la nozione stessa di «crisi».

Al fine di comprendere se il proprio flusso di cassa consenta di coprire i debiti a breve termine viene spesso utilizzato lo strumento dell'Annual Debt Service Cover Ratio (o DSCR), che misura la capacità di un'azienda di utilizzare il proprio reddito operativo per ripagare il suo debito nei successivi sei mesi (c.d. "indice di bancabilità"), ed è costituito dal rapporto tra il "*cash flow*" prodotto dalla gestione operativa (numeratore) e gli impegni finanziari assunti in termini di quota capitale ed interesse oggetto di rimborso nell'orizzonte temporale considerato (denominatore). Lo strumento consente di valutare la sostenibilità dell'indebitamento in ottica prospettica.

Altro istituto che può essere di grande utilità pratica per l'impresa, ma anche criterio di valutazione del livello di diligenza di chi per essa opera, è il *business plan* della crisi d'impresa. Esso «rappresenta un documento di sintesi nel quale vengono individuate e formalizzate le modalità sulla base delle quali l'impresa in crisi intende ripristinare gli equilibri economico e finanziario, garantendosi i presupposti per la continuità. In esso devono essere approfondite le cause della crisi d'impresa nonché le modalità di soluzione della stessa²⁴».

Del resto, il legislatore del d. lgs. 14/2019, nel riscrivere il secondo comma dell'articolo 2086 cod. civ., ha espressamente previsto in capo all'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva precisi obblighi di diligenza: egli ha infatti «il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa», e ciò non solo durante la vita fisiologica dell'impresa, ma «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale», rilevata la quale scatta l'obbligo «di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» (v. par. che segue).

6. Le procedure di risoluzione della crisi di liquidità.

Nel paragrafo che precede si sono analizzati alcuni strumenti che dovrebbero consentire di prevenire la crisi di liquidità. Ma una volta che la stessa si è manifestata, occorre verificare quali siano gli istituti giuridici ai quali è possibile ricorrere per superarla.

6.1. Segue: la legge fallimentare.

²⁴ AA.VV., *Il controllo della liquidità nelle strategie aziendali e nelle situazioni di crisi. Il contributo del business plan*, edito ne "I quaderni SAF - Scuola di alta formazione Luigi Martino, n. 59", 2015, pag. 40.

In proposito occorre fare una netta distinzione tra le procedure instaurate prima del 15 luglio 2022 e quelle successive a tale data.

Fino ad allora, l'unica normativa che contenesse strumenti di risoluzione della crisi di impresa era costituita dalla legge fallimentare (r.d. n. 267/1942), la quale consentiva di raggruppare gli strumenti in due macroaree.

La prima concerneva situazioni di "insolvenza reversibile"²⁵, ossia di temporanea impossibilità di far fronte alle proprie obbligazioni. Essa era fronteggiabile da un lato tramite procedure "concorsuali" quali:

- i "piani attestati di risanamento" previsti dall'art. 67, terzo comma, lettera d) della l.f.;
- l'"accordo di ristrutturazione dei debiti", previsto dall'art.182 *bis*;
- la «transazione fiscale», regolata dall'art. 182-*ter* l.f., che rappresenta una particolare procedura "transattiva" tra Fisco e contribuente²⁶.
- il "concordato preventivo in ipotesi di continuità" previsto dall'art. 160 ss.;

Dall'altro, tramite il ricorso ad accordi stragiudiziali di salvataggio²⁷ (c.d. "*corporate workouts*"), i quali hanno il duplice vantaggio dell'assenza di specifiche previsioni legislative che ne limitino utilizzo e contenuti (con la conseguente possibilità di adattare ciascun progetto di risanamento alle caratteristiche e alle possibilità dei partecipanti e alle condizioni del mercato sul quale operava l'impresa in crisi, in completa assenza di contenuti predeterminati ed immutabili) e della possibilità di evitare i costi delle procedure d'insolvenza²⁸.

Nel caso invece di «insolvenza irreversibile», si poteva ricorrere al concordato preventivo di tipo liquidatorio e al fallimento.

6.2. Segue: il codice della crisi di impresa.

Il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, in vigore dal 15 luglio 2022, ha radicalmente mutato la prospettiva della gestione della crisi di impresa, passando da un modello basato sull'accertamento dello stato di insolvenza come

²⁵ In dottrina (AA.VV., *Informativa e valutazione nella crisi d'impresa*, Roma, 30 ottobre 2015, pag. 10) è stato sottolineato come, già prima dell'entrata in vigore del CCII, «la temporanea illiquidità, presupponendo la capacità dell'imprenditore commerciale di acquisire, in un ragionevole lasso di tempo, quei mezzi normali di pagamento, idonei ad estinguere le passività non più dilazionabili, consiste, al contrario dell'insolvenza, in una crisi economica momentanea e reversibile. Da quanto precede consegue che l'insolvenza, quale stato di illiquidità assoluto e definitivo, costituisce di fatto l'aggravamento irreversibile della temporanea illiquidità (e dunque, attualizzando, dello stato di crisi)».

²⁶ Per un approfondimento v. L. Serra, *Transazione fiscale: le istruzioni dell'Agenzia delle Entrate*, pubblicato on line sul sito www.altalex.it, 12 gennaio 2021.

²⁷ Sul punto v. S. BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione della crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare. Profili civilistici*, ne: *Le procedure concorsuali tra nuove frontiere e prospettive di riforma*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2002, 113 ss.

²⁸ Così A. PEREZ, *Dagli accordi stragiudiziali agli accordi giudiziali con i creditori*, ODCEC Roma, 16 maggio 2023.

certificazione della fine dell'imprenditore (che diventa "fallito"), ad un sistema tendenzialmente incentrato sull'evitare lo stato di insolvenza (c.d. «*rescue culture*») e la conseguente liquidazione giudiziale (che ha preso il posto del fallimento) dell'impresa.

È stato in proposito osservato che «la centralità nella nuova normativa non spetterà più all'imprenditore coinvolto nella crisi, bensì all'azienda, quale struttura in cui si oggettiva l'attività dell'impresa e il cui tentativo di conservazione costituisce l'oggetto principale dell'attenzione della nuova legge²⁹».

In tale ottica, una parte centrale del testo è incentrata sulla nozione di «crisi» e sui rimedi per non renderla definitiva con il passaggio all'insolvenza.

L'articolo 2, comma 1, lettera a) del decreto definisce la «crisi» come «lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi», mentre la successiva lettera b) definisce come insolvenza «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

Oltre alla crisi e all'insolvenza, il Codice prevede anche una sorta di «pre-crisi»³⁰ dell'impresa (art. 12), consistente in «condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza», in cui «risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa», situazione in cui è consentita l'attivazione dei meccanismi di composizione negoziata (v. *infra*).

Di fondamentale importanza, ai presenti fini, è l'articolo 3, a mente del quale l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte, mentre l'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, il comma 3 stabilisce che le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di:

- a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;
- c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.

Il comma 4 identifica una serie di «segnali» per la previsione di cui al comma 3:

²⁹ M. CELLETTI, *Stato di crisi, stato di insolvenza e rescue culture nel Codice della crisi d'impresa - La genesi delle nuove definizioni del CCII nel quadro delle misure di salvataggio dell'impresa previste dalla Direttiva 2019/1023/UE*, pubblicato on line sul sito www.altalex.com il 6 marzo 2021.

³⁰ Sul punto si veda A. PETTERUTI, *Pre-crisi, crisi ed insolvenza: dubbi sull'accesso alla composizione negoziata*, pubblicato on line sul sito www.quotidianopiu.it, 27/08/2022, non impaginata.

- a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;
- d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1.

Il codice prevede la possibilità per l'imprenditore di attivare una serie di istituti volti al superamento della crisi (o della pre-crisi):

- la Composizione negoziata della crisi (articolo 17);
- il Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (art. 25-sexies);
- gli Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento (art. 56);
- gli Accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57);
- il Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (art. 64 *bis*).

Il codice della crisi di impresa disciplina, inoltre, le comunicazioni all'impresa da parte dei «creditori pubblici qualificati» (art. 25 *novies*), fra cui l'Agenzia delle entrate, che comunica immediatamente a mezzo PEC all'imprenditore l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'articolo 21 *bis* del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 (se di importo superiore a euro 5.000 e, comunque, non inferiore al 10 per cento dell'ammontare del volume d'affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno d'imposta precedente; la segnalazione è in ogni caso inviata se il debito è superiore all'importo di euro 20.000).

Le segnalazioni contengono l'esplicito invito alla presentazione dell'istanza di «composizione negoziata» della crisi di cui all'articolo 17, comma 1, se ne ricorrono i presupposti.

In caso di accesso alla «composizione negoziata» della crisi, l'articolo 14 prevede che tra i documenti da inserire vi sia anche (lettera f) «la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate-Riscossione».

Ai sensi del successivo articolo 23, le parti possono, alternativamente:

- a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce i effetti di cui all'articolo 25 *bis*, comma 1, se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 17, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;
- b) concludere la convenzione di moratoria di cui all'articolo 62;
- c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli articoli 166, comma 3, lettera d), e 324. Con la

sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Ai sensi del successivo articolo 25 *bis* ("misure premiali"), le sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga, sono ridotte alla misura minima se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione della istanza di nomina dell'esperto indipendente di cui all'articolo 17, per l'accesso alla composizione negoziata.

In questo caso, le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di cui all'articolo 17 e oggetto della composizione negoziata sono ridotti della metà nelle ipotesi previste dall'articolo 23, comma 2.

Ai sensi del comma 4, in caso di pubblicazione nel registro delle imprese del contratto di cui all'articolo 23, comma 1, lettera a), e dell'accordo di cui all'articolo 23, comma 1, lettera c), l'Agenzia delle entrate concede all'imprenditore che lo richiede, con istanza sottoscritta anche dall'esperto, un piano di rateazione fino ad un massimo di settantadue rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta, imposta sul valore aggiunto e imposta regionale sulle attività produttive non ancora iscritte a ruolo, e relativi accessori.

Il d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 ha disposto (con l'art. 38, comma 1) che nell'ipotesi anzidetta (articolo 25 *bis*, comma 4) l'Agenzia delle entrate può concedere un piano di rateazione fino a centoventi rate in caso di comprovata e grave situazione di difficoltà dell'impresa rappresentata nell'istanza depositata ai sensi del medesimo articolo 25 *bis*, comma 4, e sottoscritta dall'esperto.

Come appare evidente, il CCII si articola attraverso due *file rouge*: da un lato, prevedendo a carico dell'imprenditore, soprattutto in forma collettiva, una serie di obblighi e adempimenti tali da consentire sia una corretta pianificazione dell'attività di impresa, che una "diagnosi precoce" della crisi; dall'altro, mettendo a disposizione dello stesso un variegato strumentario, che gli consenta di affrontare e risolvere la crisi prima che essa sfoci nell'insolvenza.

Tali elementi si riveleranno di particolare utilità nella seconda parte del presente contributo.

7. La crisi di liquidità nella giurisprudenza della Cassazione penale.

Spostando ora il fuoco dell'attenzione sul tema centrale della presente disamina, va osservato come la giurisprudenza di legittimità (meno quella di merito) sia tendenzialmente sedimentata in ordine alla tendenziale irrilevanza della «crisi di liquidità» ai fini dell'accertamento di responsabilità per il delitto di cui all'articolo 10 *ter* (e 10 *bis*) del d.lgs. 74/2000.

Già le Sezioni Unite³¹, nel 2013, hanno affermato che il reato, a dolo generico, è integrato dalla consapevole scelta di omettere i versamenti dovuti, «non rilevando la circostanza che il datore di lavoro attraversi una fase di criticità e destini risorse finanziarie per far fronte a debiti ritenuti più urgenti (Sez. 3, n. 13100 del 19.1.2011, Biglia, Rv. 249917; conf. Sez. 3, n. 29616 del 14.6.2011, Vescovi, rv. 250529)».

Successivamente, è stato sottolineato³² come fosse già allora ricorrente la casistica dei motivi dell'illiquidità che si assume essere incolpevole e tale da scriminare (asseritamente) il mancato pagamento di tributi all'Erario:

- a) l'aver ritenuto di privilegiare il pagamento delle retribuzioni ai dipendenti, onde evitare dei licenziamenti;
- b) l'aver dovuto pagare i debiti ai fornitori, pena il fallimento della società;
- c) la mancata riscossione di crediti vantati e documentati, verso la clientela e spesso nei confronti dello Stato.

Sottolineava già in quella circostanza la Corte che nessuna di queste situazioni, seppure provata, può integrare *ex se* l'invocata forza maggiore ex art. 45 c.p., o lo stato di necessità ex art. 54 c.p. né, quindi, può assumere valenza scusante.

Recentemente, la Corte ha ribadito³³ l'irrelevanza del fatto che la società attraversi una fase di criticità e destini risorse finanziarie per far fronte al pagamento di debiti ritenuti più urgenti, posto che la crisi di liquidità costituisce elemento che «rientra nell'ordinario rischio di impresa e che non può certamente comportare l'inadempimento dell'obbligazione fiscale contratta con l'erario»³⁴.

Tuttavia, le numerose pronunce che hanno affrontato il tema hanno preso in considerazione diversi profili, riconducendo la crisi di impresa (o di liquidità) ora ad una «scusante» codificata, ora ad una scusante non codificata, ora ancora all'elemento psicologico del reato.

La questione non è meramente teorica, potendo l'adesione all'una ovvero all'altra teoria produrre, nel caso concreto, esiti divergenti, soprattutto sotto il profilo della valutazione delle condotte attive eventualmente poste in essere dall'agente per fronteggiare la crisi.

8. Crisi di liquidità ed elemento psicologico del reato.

In alcuni casi la giurisprudenza ha ricondotto la crisi di liquidità alla generale tematica dell'elemento soggettivo del reato, considerando la stessa quale (possibile)

³¹ Sez. U., n. 37424 del 28/03/2013, *Romano*, Rv. 255758 – 01.

³² Sez. 3, n. 1725 dell'11/11/2014, *Togni*.

³³ V., *ex multis*, Sez. 3, n. 2613 del 2/12/2022 (dep. 2023), *Consoli*; conf. Sez. 3, n.12906 del 13/11/2018, *Canella*, Rv. 276546, non massimata sul punto.

³⁴ In senso parzialmente difforme Sez. 3, n. 31352 del 05/05/2021, *Baracchino*, Rv. 282237 – 01, reputa che il normale rischio d'impresa in relazione agli insoluti possa affermarsi laddove gli stessi siano contenuti in una percentuale fisiologica, mentre qualora tale percentuale superi una soglia tale da definirsi patologica (nel caso di specie, il 40%), tali insoluti debbono costituire oggetto di valutazione da parte dei giudici del merito.

causa di esclusione del dolo.

L'ipotesi, ad esempio, è stata ritenuta in riferimento al caso in cui il mancato versamento sia dipeso dal mancato incasso di fatture emesse "per competenza" e quindi non in applicazione della c.d. "IVA per cassa"³⁵.

Altra ipotesi potrebbe essere quella di un amministratore, subentrato dopo l'incasso delle fatture e prima della dichiarazione annuale, che non rinvenga liquidità in cassa³⁶.

Ancora, si è ritenuto³⁷ che è prospettabile «l'eventualità, rilevante ai fini di escludere la colpevolezza, che sia intervenuta una crisi di liquidità al momento della scadenza del termine lungo, crisi non derivante dalla scelta del datore di lavoro-sostituto d'imposta "di non far debitamente fronte" al suo obbligo organizzativo. È in tale ipotesi, allora, che difetta il dolo, e ciò deve essere oggetto di puntuale dimostrazione».

Altro caso analizzato in giurisprudenza è quello dell'ammissione al concordato preventivo in epoca compresa tra il momento della percezione delle somme e la scadenza del termine lungo³⁸.

Il tema è stato affrontato in alcune pronunce della Cassazione penale³⁹, la quale ha sostenuto che affinché sia escluso il coefficiente psicologico del reato è necessario che siano assolti precisi «oneri di allegazione» da parte dell'imputato, «che devono investire non solo l'aspetto della non imputabilità al contribuente della crisi economica che improvvisamente avrebbe investito l'azienda, ma anche la circostanza che detta crisi non potesse essere adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso ad idonee misure da valutarsi in concreto».

Occorre, in altre parole, la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse economiche e finanziarie necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, «pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di un'improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabili⁴⁰».

In dottrina, d'altro canto, non manca chi riconduce l'argomento alla mancata prova dell'esistenza del «dolo eventuale», in applicazione della c.d. «formula di Franck». Si sostiene, in altre parole, che «l'imprenditore che non ha accantonato le somme da versare successivamente, ha sì agito accettando il rischio di non potere successivamente provvedere, ma confidando nella propria capacità di generare profitto⁴¹».

³⁵ Così GUP Tribunale di Bologna, sentenza 13/6/2013, inedita, citata anche da Soana, cit., 12.

³⁶ Così S. FINOCCHIARO, [Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e "soggettiva inesigibilità"](#), in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016, par. 4, non impaginato.

³⁷ Sez. 3, n. 5905 del 9/10/2013, *Maffei*, cit.

³⁸ Sez. 3, n. 13628 del 20/02/2020; Sez. 3, n. 36320 del 2/04/2019; Sez. 3, n. 2860 del 30/10/2018.

³⁹ Sez. 3, n. 46237 del 18/10/2022, *Campana*, che ribadisce i principi già espressi dalla stessa Sezione con sentenza n. 11035 del 9/11/2017, dep. 2018, *Magon*.

⁴⁰ Sez. 3, 9 ottobre 2013, n. 5905/2014.

⁴¹ L. RUSSO, *Crisi d'impresa ed omesso versamento IVA alla luce delle neuroscienze*, in *Archivio Penale*, 2018, 2, pag. 6.

La soluzione ermeneutica appare, in concreto, non dissimile rispetto a quella che si esaminerà al paragrafo successivo, discostandosene tuttavia in quanto riconduce al coefficiente psicologico del reato, e non anche alla «coscienza e volontà» (c.d. “*suitas*”) della condotta, la causa scriminante.

9. Crisi di liquidità e forza maggiore.

La crisi di liquidità quale causa di esclusione della colpevolezza viene ricondotta da parte della dottrina⁴² e dalla quasi unanime giurisprudenza all’istituto della causa di forza maggiore, della cui natura si discute in dottrina, essendo da taluni ricondotta alle cause di esclusione della colpevolezza⁴³, da altri alle circostanze in grado di interrompere il nesso di causalità⁴⁴.

In ogni caso, senza entrare in complesse *querelle* di teoria generale del reato, agendo nell’ambito degli elementi di cui esso necessariamente si compone (fatto tipico, colpevolezza e antigiuridicità, secondo la c.d. «teoria tripartita»; fatto tipico e colpevolezza, secondo la «teoria bipartita»), essa interviene elidendo la stessa «tipicità» del fatto.

La causa di forza maggiore viene generalmente considerata una «scusante» soggettiva, categoria in cui vengono ricomprese «le ipotesi in cui l’agente pone in essere un fatto antigiuridico, agendo anche con dolo, nella consapevolezza di violare la legge, e in cui l’ordinamento si astiene dal muovergli un rimprovero, prendendo atto che la sua condotta è stata determinata dalla presenza di circostanze peculiari, che hanno influito sulla sua volontà, sicché non si può esigere un comportamento alternativo»⁴⁵.

Essa si discosta dall’altra scusante soggettiva (il caso fortuito) per la «irresistibilità» della forza esterna, ciò che preclude, a monte, l’accertamento dell’elemento soggettivo del reato: tale ipotesi non ricorre, infatti, se non in presenza di un «fatto imponderabile, imprevisto ed imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell’agente, sì da rendere ineluttabile il verificarsi dell’evento, non potendo ricollegarsi in alcun modo ad un’azione od omissione cosciente e volontaria dell’agente»⁴⁶ (quale, tipicamente il c.d. «*factum principis*»⁴⁷), e non, quindi, in presenza di un accadimento

⁴² F. LOMBARDI, *Omesso versamento di ritenute dichiarate o certificate: sulla rilevanza della crisi di liquidità come “forza maggiore”*, pubblicato on line sul sito www.giurisprudenzapenale.com, n. 4/2018.

⁴³ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 1994, 168; F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Milano, 1987, p. 347.

⁴⁴ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 1988, pag. 184.

⁴⁵ Sez. U., n. 10381 del 26/11/2020, dep. 2021, *Fialova*, Rv. 280574 – 01.

⁴⁶ Sez. 3, n. 4529 del 04/12/2007, *Cairone*, Rv. 238986.

⁴⁷ F. ROMOLI, *Omesso versamento di I.V.A. e crisi di liquidità*, pubblicato on line sul sito www.archiviopenale.it, 2012, elenca, a titolo esemplificativo, i casi «dell’imprenditore colpito da calamità naturali, di furti o rapine ai danni dell’azienda, oppure dell’inaspettato fallimento di un grosso committente, come pure del blocco di finanziamenti pubblici già attesi; vi rientrerebbe anche il caso della successione gestoria, ove un nuovo amministratore subentra in epoca successiva alla dichiarazione annuale I.V.A. e trovi l’impresa in uno stato di crisi di liquidità causata dalla precedente gestione e non risolvibile in termini per il versamento indicato all’art. 10ter d.lgs. n. 74 del 2000».

prevedibile in quanto frutto, ad esempio, della progressiva contrazione del mercato di riferimento⁴⁸.

Inoltre, la scusante in parola «sussiste solo e in tutti quei casi in cui la realizzazione dell'evento stesso o la consumazione della condotta antigiuridica è dovuta all'assoluta ed incolpevole impossibilità dell'agente di uniformarsi al comando, mai quando egli si trovi già in condizioni di illegittimità⁴⁹».

La forza maggiore, come scusante soggettiva, proietta i suoi effetti sull'elemento soggettivo del reato, anche se in un momento precedente a quello del coefficiente volontaristico; non a caso, alcune sentenze⁵⁰ definiscono la forza maggiore un evento «tale da rescindere il legame psicologico tra azione ed evento quale causa di esclusione del dolo o della colpa».

La stessa sentenza n. 46237/2022, citata al paragrafo che precede, ha chiarito che ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 10-ter d.lgs 74/200, è sufficiente, quanto all'elemento soggettivo, il dolo generico⁵¹, configurabile anche nella forma del dolo eventuale⁵², integrato dalla condotta omissiva posta in essere nella consapevolezza della sua illiceità, a nulla rilevando i motivi della scelta dell'agente di non versare il tributo⁵³, mentre l'inadempimento della obbligazione tributaria può essere attribuito a forza maggiore solo quando derivi da fatti non imputabili all'imprenditore che non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico⁵⁴.

La tematica, quindi, non impinge direttamente sul coefficiente psicologico del reato, essendo i «motivi» (nella cui sfera va ricondotto lo scopo di salvare l'impresa o salvaguardare il livello occupazionale) irrilevanti rispetto alla struttura della fattispecie salvo che essi siano espressamente menzionati nella norma incriminatrice, quanto, piuttosto, sul generale requisito della coscienza e volontà della condotta (c.d. «*suitas*») previsto dal primo comma dell'art. 42 cod. pen., che consente di riferire il reato alla sfera di volontà del soggetto agente: in presenza di una causa di forza maggiore il soggetto «*non agit, sed agitur*», venendo così meno la stessa tipicità del fatto⁵⁵.

⁴⁸ Per Sez. 3, n. 5905 del 9/10/2013, *Maffei*, «la *vis maior* è dunque la causa esterna all'agente che sostituisce la serie causale a lui ascrivibile, innescandone una diversa e completamente autonoma, la quale non si contamina in alcun modo con quella sortita dalla condotta dell'agente stesso».

⁴⁹ Sez. 3, n. 37593 del 7/05/2021, *Coveri*, n.m.; Sez. 4, n. 8089 del 13/05/1982, *Galasso*, Rv. 155131; Sez. 5, n. 5313 del 26/03/1979, *Geiser*, Rv. 142213; Sez. 4, n. 1621 del 19/01/1981, *Sodano*, Rv. 147858; Sez. 4 n. 284 del 18/02/1964, *Acchiardi*, Rv. 099191.

⁵⁰ Sez. 1, n. 18402 del 05/04/2013.

⁵¹ Sez. 3, n. 3098 del 05/11/2015, dep. 2016, *Vanni*, Rv. 265939.

⁵² Sez. 3, n. 34927 del 24/06/2015, *Alfieri*, Rv. 264882.

⁵³ Sez. 3, n. 8352 del 24/06/2014, dep. 2015, *Schiroli*, Rv. 263127.

⁵⁴ Sez. 3, n. 8352/2015 del 24/06/2014, *Schiroli*, Rv. 263:1.28.

⁵⁵ V. anche Sez. 3, n. 46684 del 28/03/2018, *Pagani*, secondo cui «il margine di scelta esclude sempre la forza maggiore perché non esclude la *suitas* della condotta». In dottrina, alle medesime conclusioni giungono C. LOMBARDOZZI – R. LUCEV, *La pandemia come causa di forza maggiore nei reati di omesso versamento*, in Responsabilità d'impresa e antiriciclaggio, n. 1, 2021, pag. 9, secondo cui «appare preferibile qualificare l'esimente come una causa di esclusione del fatto tipico: manca, se non dal punto di vista meramente naturalistico, un contegno umano, attivo od omissivo che sia, che possa qualificarsi come condotta

In casi siffatti, venendo meno la stessa possibilità per l'agente di reato di determinarsi, in dottrina si parla, a sottolineare l'assenza di una corretta formazione dell'elemento soggettivo del reato, di «pseudo-dolo»⁵⁶.

Non a caso, la citata sentenza n. 37593/2021, dopo avere sottolineato che per la sussistenza del reato in questione «non è richiesto il fine di evasione (come già affermato da Sez. U, Romano, cit.), tantomeno l'intima adesione del soggetto alla volontà di violare il precetto», evidenzia che impernare il fulcro della questione sul coefficiente psicologico del reato tende «ad attrarre nell'orbita del dolo generico requisiti che, per definizione, non gli appartengono e che si collocano piuttosto nell'ambito dei motivi a delinquere o che ne misurano l'intensità (art. 133 cod. pen.)».

Scendendo in concreto, secondo la prevalente giurisprudenza, ove l'impresa abbia optato per il regime "IVA per cassa", e quindi «risulti che l'Iva sia stata effettivamente incassata, le relative somme non siano state accantonate ma impiegate per autofinanziamento, per altri scopi imprenditoriali, oltre ad essere provato il dolo, l'autore dell'omesso versamento si pone volontariamente nelle condizioni di non uniformarsi alla legge, con la conseguenza che non è invocabile la forza maggiore»⁵⁷.

In tal senso si è anche affermato⁵⁸ che «ogni qualvolta il soggetto d'imposta effettua tali operazioni riscuote già (dall'acquirente del bene o del servizio) l'IVA dovuta e deve, quindi, tenerla accantonata per l'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all'obbligazione tributaria. L'introduzione della norma penale, stabilendo nuove condizioni e un nuovo termine per la propria applicazione, estende evidentemente la detta esigenza di organizzazione su scala annuale. Non può, quindi, essere invocata, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine lungo, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta di non far debitamente fronte alla esigenza predetta».

Corollario di tale impostazione è che solo in presenza di circostanze eccezionali, da verificarsi caso per caso ed oggetto di scrutinio di merito, che non lascino margine di scelta al contribuente e a cui lo stesso non abbia in alcun modo dato causa, potrà ritenersi sussistenza la scusante invocata.

Nella valutazione della «eccezionalità» della situazione, la citata sentenza 1725/2014 ha puntualizzato che «non è escluso che, in astratto, siano possibili casi - il cui apprezzamento è devoluto al giudice del merito e come tale è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato - nei quali possa invocarsi l'assenza del dolo o l'assoluta impossibilità di adempiere l'obbligazione tributaria»⁵⁹. È tuttavia necessario, perché in concreto ciò si verifichi, che siano assolti gli oneri di allegazione che, per quanto attiene alla lamentata crisi di liquidità, dovranno investire non solo l'aspetto

penalmente tipica».

⁵⁶ Così S. M. SCORCIA, *La natura eccezionale delle scusanti: riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza*, pubblicato on line sul sito www.laegislazionepenale.eu, 07/09/2022, p. 7.

⁵⁷ Sez. 3, n. 30677 del 24/06/2021, *Maino*.

⁵⁸ Sez. 3, n. 38177 del 7/09/2021, *Fantasia*.

⁵⁹ La sentenza cita i precedenti costituiti da così Sez. 3 n. 10813 del 6/02/2014, *Servida*; Sez. 3, n. 5467 del 5/12/2013, dep. 2014, *Mercutello*, Rv. 258055.

della non imputabilità a chi abbia omesso il versamento della crisi economica che ha investito l'azienda o la sua persona, ma anche la prova che tale crisi non sarebbe stata altrimenti fronteggiabile tramite il ricorso, da parte dell'imprenditore, ad idonee misure da valutarsi in concreto (non ultimo, il ricorso al credito bancario). In altri termini, il ricorrente che voglia giovare in concreto di tale esimente, evidentemente riconducibile alla forza maggiore, nei termini di cui si è detto, dovrà dare prova che non gli sia stato altrimenti possibile reperire le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, atte a consentirgli di recuperare la necessaria liquidità, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e a lui non imputabili».

In termini sostanzialmente analoghi altra pronuncia⁶⁰ ha ribadito che «al fine della dimostrazione della assoluta impossibilità di provvedere ai pagamenti omessi, occorre l'allegazione e la prova della non addebitabilità all'imputato della crisi economica che ha investito l'impresa e della impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità che ne sia conseguita tramite il ricorso a misure idonee da valutarsi in concreto⁶¹ ...per escludere la volontarietà della condotta è, dunque, necessaria la dimostrazione della riconducibilità dell'inadempimento alla obbligazione verso l'Erario a fatti non imputabili all'imprenditore, che non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico⁶²».

Come appare evidente, pur partendo da posizioni diverse, i due indirizzi ermeneutici pervengono a soluzioni sostanzialmente simili.

10. Crisi di liquidità e inesigibilità: le Sezioni Unite «Fialova».

Parte della dottrina riconduce invece la «crisi di liquidità» all'istituto della «inesigibilità»⁶³, ritenendo che tutto il sistema delle «scusanti» (cui vanno ricondotti gli istituti dell'errore ex art. 47 cod. pen., del caso fortuito e della forza maggiore ex art. 45 cod. pen. e del costringimento fisico ex art. 46 cod. pen.) sarebbe espressione del principio di «personalità» della responsabilità penale ricavabile dall'art. 27 Cost., ciò che consentirebbe di applicare, analogicamente e *in bonam partem*, il principio della scusante anche al di fuori delle ipotesi codificate.

In tale prospettiva il reato, strutturato come delitto a dolo generico (che può quindi presentarsi anche sotto forma di dolo eventuale) sarebbe sussistente nei suoi elementi costitutivi, a prescindere da quello che era il fine, magari anche meritevole,

⁶⁰.

⁶¹ Cfr. Sez. 3, n. 20266 del 08/04/2014, *Zanchi*, Rv. 259190; Sez. 3, n. 8352 del 24/06/2014, *Schiroli*, Rv. 263128; Sez. 3, n. 43599 del 09/09/2015, *Mondini*, Rv. 265262.

⁶² Sez. 3, n. 8352 del 24/06/2014, *Schiroli*, Rv. 263128; conf. Sez. 3, n. 15416 del 08/01/2014, *Tonti Sauro*; Sez. 3, n. 5467 del 05/12/2013, *Mercutello*, citata; Sez. 3, n. 5905 del 9/10/2013, dep. 2014.

⁶³ In dottrina, per un contributo di sistema sull'istituto, v. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

perseguito dall'agente⁶⁴.

Ciò che in alcuni casi difetterebbe, al contrario, è l'«esigibilità soggettiva» della condotta corretta.

Tale indirizzo, sposato da alcune pronunce di merito⁶⁵, sostiene che l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato non può limitarsi ad un riscontro decontestualizzato della volontarietà dell'azione o dell'omissione posta in essere, ma deve invece comprendere una generale valutazione di esigibilità soggettiva del comportamento doveroso, sulla scorta dell'incontestabile insegnamento secondo cui la «colpevolezza», quale elemento indefettibile del reato, non è altro che l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso un fatto anti-giuridico.

È stato affermato in dottrina, a margine di una decisione assolutoria di merito⁶⁶, come tale arresto sia stato percepito dall'opinione pubblica «alla stregua di esperienza nostrana di *equity*, ovverosia un tranquillizzante esempio di “giustizia riequilibratrice” rispetto ad una legislazione fiscale generalmente avvertita – *a fortiori* nel difficile quadro economico-finanziario anzidetto – come iniqua⁶⁷».

Il tema merita un approfondimento in quanto impinge sui rapporti tra inesigibilità «per analogia» e inesigibilità «extralegale». Ma procediamo con ordine.

Il tema della applicabilità dell'analogia nel sistema penale con specifico riferimento alla categoria dogmatica della «inesigibilità», astrattamente applicabile al caso in esame, è tornato di recente attualità in quanto oggetto di scrutinio ad opera della citata sentenza delle Sezioni Unite Fialova.

Nella circostanza il Supremo Consesso ha affermato che «il divieto di analogia in materia penale, ricondotto all'art. 25 Cost., del quale si sottolinea, appunto, la dimensione garantistica, non si riferisce all'intera materia penale, ma si rivolge alle sole disposizioni punitive: in sostanza, si esclude che vi siano impedimenti di carattere costituzionale che consentano operazioni di interpretazione analogica che operino nel senso di un restringimento dei confini di ciò che è penalmente rilevante, ammettendo l'esperibilità di un intervento analogico *in bonam partem*. In sostanza, l'art. 25, comma 2, Cost. proibisce solo l'analogia *in malam partem*».

Riconosciuto il carattere «relativo» del divieto di analogia, riferito alla sola interpretazione delle norme penali sfavorevoli, la Corte ha verificato i limiti di un'interpretazione analogica *in bonam partem*, in presenza di una disposizione generale, come l'art. 14 preleggi, che esclude comunque l'applicazione analogica delle leggi

⁶⁴ In tal senso Lombardi, , *Omesso versamento di ritenute dichiarate o certificate: sulla rilevanza della crisi di liquidità come “forza maggiore”*, cit., sostiene che «é limpidamente evincibile infatti che, nel momento in cui l'agente devia le risorse, precedentemente ottenute tramite ritenuta alla fonte, verso altri scopi, ben si rappresenta di potersi ritrovare, alla scadenza del termine temporale penalmente rilevante, in una situazione di insolvenza, e a tale consapevolezza si coniuga un profilo volitivo quantomeno nella forma del dolo eventuale».

⁶⁵ Trib. Milano, sez. 3, sent. 15/12/2015 (dep. 18 febbraio 2016), n. 13701.

⁶⁶ Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Firenze, sent. 1141/2012 del 27 luglio 2012, che peraltro riconduce la sentenza di non luogo a procedere all'assenza del dolo, non all'inesigibilità.

⁶⁷ F. ROMOLI, *Omesso versamento di I.V.A. e crisi di liquidità*, pubblicato on line sul sito www.archiviopenale.it, cit.

eccezionali. In altri termini, si tratta di verificare se anche l'interpretazione analogica *in bonam partem* sia ostacolata in presenza di leggi eccezionali. Dall'eccezionalità della norma deriverebbe infatti l'impossibilità di attivare il procedimento di interpretazione analogica.

Le cause di non punibilità in senso stretto, in quanto norme eccezionali (poiché riconducibili a valutazioni di opportunità estrinseche rispetto al fatto di reato), sono considerate escluse dall'applicazione analogica. Al contrario, non hanno carattere eccezionale le cause di giustificazione e quelle di esclusione della colpevolezza (o scusanti), per le quali può riconoscersi uno spazio per l'applicazione analogica.

In particolare, per le «scusanti» si ritiene che possa negarsi la natura di norme eccezionali ogni qualvolta siano espressione di un principio generale dell'ordinamento. L'«inesigibilità» di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione sarebbe infatti, secondo le Sezioni Unite, la manifestazione di un principio immanente al sistema penale, espressione del principio generale contenuto nell'art. 27 Cost. (Corte cost. n. 364 del 1988), tale da giustificare un'applicazione analogica nei «casi simili».

Come evidenziato in dottrina⁶⁸, secondo la Corte «la non punibilità troverebbe la sua *ratio essendi* nella assenza di colpevolezza in capo a chi, condizionato dal pericolo, è privo di alternative che si possano “umanamente” pretendere. È l'incoercibile istinto di conservazione, che sin dai primordi dell'istituto, porterebbe ad escludere la colpevolezza di chi se ne avvale», rientrando a pieno titolo nell'ambito delle «scusanti».

La pronuncia, evidentemente influenzata dalla dottrina che ritiene l'inesigibilità un principio immanente all'ordinamento⁶⁹, è stata oggetto di forti critiche in dottrina. Si è ad esempio affermato che utilizzare formule quale quella proposta dallo Scarano «equivale ad introdurre un criterio talmente vago da rendere concettualmente impraticabile una applicazione analogica. Diversamente ragionando, la misura dell'esigibile non sarebbe offerta da un principio, ma dallo stesso giudice, che si vedrebbe facoltizzato non a rinvenire una *regula iuris* per il caso analogo, ma a creare esso stesso il limite del principio attraverso i “casi” applicati»⁷⁰.

Ancora, si è detto che «al di sotto della “giustizia sostanziale” che si avverte negli esiti della decisione e nonostante la rassicurazione derivante da una decisione in *favor*, rimangono sostanzialmente intatte le non lievi perplessità che accompagnano un metodo che asseconda la pulsione para-legislativa che il supremo organo della nomofilachia manifesta in questa sentenza»⁷¹, pur sottolineandosi che «nella sentenza

⁶⁸ A. MACCHIA, *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen.*, pubblicato on line sul sito Sistema Penale, 22 giugno 2022, p. 15.

⁶⁹ Il riferimento è prevalentemente a G. BETTIOL (*Diritto penale*, Padova, 1978, p. 475 ss), ma soprattutto a L. SCARANO (*La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948), cui si deve la efficace formula secondo cui in determinate situazioni non sarebbe consentito «umanamente esigere una condotta diversa» da parte dell'agente di reato. Sul tema v. anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

⁷⁰ Macchia, cit., 19.

⁷¹ S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il prolema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, pubblicato su Archivio Penale, Fascicolo n. 2 – Maggio-Agosto 2021, p. 13.

non si sostiene certo e anzi si respinge un uso diretto della inesigibilità come categoria generale in grado di imporre al giudice una verifica caso per caso della possibilità per il soggetto di agire diversamente; prospettiva, quest'ultima, che aprirebbe spazi discrezionali certamente non praticabili e tanto meno auspicabili. Il meccanismo analogico viene cioè presentato non certo come una *analogia juris*, ma come una *analogia legis*, tra l'altro molto stringente»⁷².

In ogni caso, a fronte di una pronuncia promanante dalla massima composizione della Corte nomofilattica, l'esegeta non può che procedere ad una valutazione relativa alle sue ricadute pratiche.

Occorre, in altre parole, verificare se la piena cittadinanza, riconosciuta dalle Sezioni Unite, alla categoria dogmatica dell'inesigibilità quale espressione del principio di personalità della pena, possa trovare applicazione al tema che qui occupa.

Sul punto, chi scrive ritiene che le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite Fialova con riferimento all'articolo 384 cod. pen. non possano trovare applicazione al caso della «crisi di liquidità», nei termini di seguito indicati.

Ed infatti, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte nella sua massima composizione, la legittimazione dell'estensione analogica ai «conviventi» della scusante di cui all'articolo 384 cod. pen. trova forza «non solo nel complessivo quadro normativo e giurisprudenziale cui si è fatto riferimento» (il riferimento è agli articoli 2 e 8 della Convenzione EDU e alla giurisprudenza convenzionale, nonché all'art. 9 della Carta di Nizza), quanto, soprattutto, «nella stessa struttura, funzione e natura della disposizione in esame», per cui è possibile «operare una interpretazione di una norma di favore concernente la colpevolezza in piena conformità alla *ratio* della scusante stessa, che determina una lettura "analogica" della norma che le consente di esplicitare tutta la sua portata con coerenza e razionalità».

Nel caso di specie, al contrario, si tratterebbe di rinvenire da un precetto immanente all'ordinamento (e radicato al dettato dell'articolo 27 Cost.) una scriminante «nuova», totalmente non codificata, operazione in cui non sarebbe possibile tentare una «estensione» di una disposizione già esistente (c.d. «inesigibilità extralegale», ancorata alla c.d. «concezione normativa» della colpevolezza⁷³).

⁷² In tal senso anche F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, pubblicato on line su Sistema Penale, 22/03/2021, in quale sottolinea che «la norma è senza dubbio espressione del principio di colpevolezza sub specie della inesigibilità; la portata assiologica, regolativa di questo principio non trova, nella fattispecie, nessun limite in principi od esigenze contrapposte poiché esso non mette minimamente in crisi la tutela privilegiata della famiglia matrimoniale; l'elemento d'identità tra l'ipotesi prevista e quella non prevista, cioè l'*affectio* che lega coniugi e conviventi more uxorio, è apprezzato come tale dall'ordinamento in tutte le norme sparse che riconoscono rilevanza giuridica alla famiglia di fatto proprio in ragione del valore personalistico di quell'*affectio*. In qualche modo si potrebbe dire che il ragionamento analogico, in questa situazione, lungi dall'essere connotato da incertezza, si svolge piuttosto lungo "rime obbligate" o binari tracciati inequivocabilmente dall'ordinamento giuridico».

⁷³ S. M. SCORCIA, cit., p. 8, in proposito evidenzia come «il concetto di inesigibilità origina nella dottrina tedesca in concomitanza con l'affermarsi della concezione normativa di colpevolezza. Non è un caso che Frank, padre della teoria normativa, che è teoria del rimprovero, pur non addivenendo alla precipua formulazione in termini di inesigibilità, arrivi ad escludere la possibilità di pronunciare un giudizio di colpevolezza nei confronti di chi abbia agito in costanza di circostanze anomale in grado di condizionare il

Come rilevato in dottrina, per colmare le lacune nell'ordinamento dovute al progressivo divenire della realtà sociale ed economica, due sono le strade possibili: creare nuove ipotesi normative o apportare correttivi alle fattispecie preesistenti, da integrare attraverso il procedimento interpretativo⁷⁴.

A questa seconda strada appartiene l'analogia, procedimento logico mediante il quale «chi interpreta ed applica il diritto può sopperire alle eventuali insufficienze o deficienze della previsione legislativa, facendo ricorso alla disciplina giuridica di un caso simile»⁷⁵, operazione ermeneutica in grado di conferire al sistema coerenza ed unitarietà (ed è il procedimento seguito dalle Sezioni Unite Fialova).

La creazione di nuove fattispecie (scusanti, nel caso di specie), al contrario, è al di fuori del perimetro dell'interpretazione ed appartiene a quello della normazione: solo la norma infatti è in grado di stabilire, con riferimento ad una causa di esclusione della colpevolezza, quali siano i presupposti per la sua applicazione, i limiti oggettivi, la platea dei soggetti destinatari del precetto⁷⁶.

Nonostante il contrario avviso di parte della dottrina⁷⁷, chi scrive ritiene che l'unica strada possibile per l'interprete, in assenza di una scusante codificata *ad hoc*, è quella di estendere analogicamente la portata di scusanti già codificate fino a ricomprendervi anche la crisi di liquidità, strada che appare percorribile esclusivamente con riferimento alla «forza maggiore».

Del resto, le Sezioni semplici della Cassazione battono lo stesso sentiero, come meglio si vedrà al par. 12.

processo motivazionale che l'ordinamento, per il tramite della norma incriminatrice, usualmente si attende ed anzi pretende in assenza di situazioni atipiche».

⁷⁴ M. F. MAGNELLI, *Cenni in tema di interpretazione analogica. Questioni attuali*, pubblicato on line sul sito www.ratioiuris.it, 4 febbraio 2023, par. 3, non impaginato.

⁷⁵ L. CIANI, *Analogia, b) teoria generale*, in Enc. dir., II, Milano, 1958, p. 349.

⁷⁶ A. FRANCHINO, *Riflessioni sul principio di inesigibilità nel diritto penale*, pubblicato on line sul sito www.rivista.camminodiritto.it, 11/01/2020, sottolinea in proposito «il rischio di un eccessivo proliferare di ipotesi non previste, di ondivaga interpretazione, nonché un possibile sconfinamento nell'arbitrio da parte del sindacato giudiziale». In tal senso anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2003 p. 433 ss. In tal senso anche S. M. SCORCIA, cit. p. 13, secondo cui «non vi è dubbio, infatti, che il criterio della inesigibilità, nella misura in cui si radica sul presupposto della esistenza di condizioni anomale concomitanti all'inverarsi del fatto tipico, conserva in sé margini amplissimi di incertezza, per colmare i quali si rivela imprescindibile l'intervento del legislatore, esclusivo titolare di poteri di bilanciamento tra interessi in conflitto. La valutazione degli influssi psichici rilevanti al punto da escludere (e non soltanto mitigare) la responsabilità penale è attività cui non pare possa essere preposto nessun altro organo costituzionale».

⁷⁷ L. RUSSO, *Crisi d'impresa ed omesso versamento IVA alla luce delle neuroscienze*, cit., pag. 10, secondo cui «limitare le ipotesi di inesigibilità ai casi espressamente previsti dalla legge (artt. 54 c.p., 384 c.p.) significherebbe rispettare il principio di legalità, ma sminuire proprio quello di colpevolezza. Ciò, però, non vuol nemmeno significare estendere a dismisura la categoria dell'inesigibilità extralegale, che andrebbe confinata nelle sole ipotesi di conflitti tra doveri nomativi (pagamento IVA vs pagamento stipendi), oppure, nelle ipotesi in cui difettino le esigenze general e special preventive che dovrebbero legittimare l'inflazione della sanzione penale».

11. La «forza maggiore comunitaria».

Un contributo utile al fine di “costruire” una nozione normativa della forza maggiore tale da consentire un – sia pur limitato – accesso della «crisi di liquidità» nel sistema penal-tributario può essere costituito dalla nozione «eurounitaria» della scriminante in parola.

La Corte di giustizia dell’Unione europea ha affrontato il tema della forza maggiore in ambito fiscale nella sentenza 18 dicembre 2007 resa nella causa C-314/06, *Société Pipeline Méditerranée et Rhône (SPMR) c. Amministrazione delle dogane* (punti 22-26).

In quella circostanza, nel premettere che la nozione di forza maggiore non ha il medesimo contenuto nei diversi settori d’applicazione del diritto eurounitario (richiamando i precedenti secondo cui il suo significato deve essere determinato in funzione del contesto giuridico nel quale è destinata a produrre i suoi effetti⁷⁸), ha tuttavia fornito alcune importanti precisazioni di carattere generale.

In primo luogo, i giudici di Lussemburgo definiscono la forza maggiore, sotto il profilo naturalistico, come «una causa esterna che obbliga la persona a comportarsi in modo difforme da quanto voluto, di talché essa va configurata, relativamente alla sua natura giuridica, come una esimente poiché il soggetto passivo è costretto a commettere la violazione a causa di un evento impreveduto, imprevedibile ed irresistibile, non imputabile ad esso contribuente, nonostante tutte le cautele adottate».

Hanno, quindi, stabilito che «la nozione di forza maggiore non si limita all’impossibilità assoluta, ma deve essere intesa nel senso di circostanze anormali e imprevedibili, indipendenti dall’operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l’adozione di tutte le precauzioni del caso⁷⁹».

Quanto ai requisiti strutturali, hanno precisato che «la nozione di forza maggiore comporta un elemento oggettivo, relativo alle circostanze anormali ed estranee all’operatore, e un elemento soggettivo, costituito dall’obbligo dell’interessato di premunirsi contro le conseguenze dell’evento anormale, adottando misure appropriate senza incorrere in sacrifici eccessivi⁸⁰».

Analogamente, in materia doganale, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che la forza maggiore è caratterizzata sia da un elemento «oggettivo», relativo all’esistenza di circostanze anormale ed estranee all’operatore, sia da un elemento «soggettivo», costituito dall’obbligo dell’interessato di premunirsi contro le conseguenze dell’evento anormale, adottando misure appropriate senza incorrere in «sacrifici eccessivi»⁸¹.

⁷⁸ V. sentenze 13 ottobre 1993, causa C-124/92, *An Bord Bainne Co-operative e Compagnie Inter-Agra*, Racc. pag. I-5061, punto 10, nonché 29 settembre 1998, causa C-263/97, *First City Trading e a.*, Racc. pag. I-5537, punto 41.

⁷⁹ V. sentenze 15 dicembre 1994, causa C-195/91 P, *Bayer/Commissione*, Racc. pag. I-5619, punto 31, nonché 17 ottobre 2002, causa 0208/01, *Parras Medina*, Racc. pag. I-8955, punto 19 e giurisprudenza ivi citata.

⁸⁰ V. sentenza *Bayer/Commissione*, cit., punto 32, e ordinanza 18 gennaio 2005, causa C-325/03 P, *Zuazaga Meabe/UAMI*, Racc. pag. I-403, punto 25.

⁸¹ Corte di Giustizia UE, 18 maggio 2017, *Latvijas Dzēlceli*, C-154/16, punto 61; Corte di Giustizia 4 febbraio

La nozione di «sacrifici eccessivi» sembrerebbe *prima facie* rimandare al concetto di «proporzionalità» di cui all'articolo 5, paragrafo 4, del trattato sull'Unione europea, da sempre al centro delle pronunce della Corte di giustizia UE (principi di sussidiarietà e proporzionalità), che mira a verificare se le azioni delle istituzioni dell'Unione europea siano idonee e necessarie a conseguire il fine desiderato e «non impongano alle persone un onere eccessivo rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere⁸²» (proporzionalità in senso stretto), nonché, soprattutto, all'articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»⁸³.

In dottrina, è stato osservato⁸⁴ come la Corte di giustizia dell'Unione europea, pur in assenza di fonti di rango primario che definiscono l'esimente della causa di forza maggiore, ha svolto un'opera di «armonizzazione penale in negativo», intesa come attitudine del diritto dell'Unione ad armonizzare la disciplina punitiva nazionale di determinati settori, «rendendo uniformemente lecito quanto in precedenza era oggetto, nei singoli Stati, di una variegata, poliforme e talora contraddittoria precettistica penale».

L'orizzonte a cui tale armonizzazione eurounionale tende «è quello del c.d. *maximum standard*, che consiste nel riconoscere il massimo grado di tutela ai diritti fondamentali anche nella complessa ed articolata regolamentazione eurounitaria delle attività economiche – come ad esempio quella sull'IVA – che incide necessariamente sui sistemi penali interni anche quando gli Stati membri sono lasciati liberi di determinare un autonomo sistema punitivo», per concludere che, nel settore penale, il principio di proporzionalità condurre a ritenere eccessiva la pretesa di rispetto del precetto dell'obbligazione fiscale «anche quando questo sia eccessivamente oneroso, ad esempio con la compromissione della continuità aziendale o con la compressione del diritto dei lavoratori a percepire lo stipendio».

E, tuttavia, non può non evidenziarsi come il principio di proporzionalità di cui all'articolo 49 non sembra poter essere nel caso che qui occupa invocato, in quanto esso concerne la proporzionalità «in astratto» della sanzione rispetto agli obiettivi dell'Unione europea, non essendo invece in discussione, nel caso in esame, la

2016, *Clark International*, C-659/13 e C-34/14, punto 192; Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2007, *Pipeline*, C-314/06, punto 24.

⁸² Così, testualmente, il sito *eur-lex.europa.eu*.

⁸³ Sullo specifico argomento della proporzionalità, v. F. VIGANÒ, [La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia - Nota a Corte di giustizia UE, Gr](#), in *questa Rivista*, 26 aprile 2022, il quale evidenzia come «la Corte osserva che una tale disposizione conferisce un ampio potere discrezionale agli Stati quanto alla configurazione di tali sanzioni, e non stabilisce alcun criterio per valutare la loro proporzionalità. Conseguentemente essa non può essere considerata incondizionata e sufficientemente precisa: il che esclude una sua efficacia diretta. Anche perché la contraria interpretazione “condurrebbe, in pratica, all'eliminazione del potere discrezionale conferito ai soli legislatori nazionali, ai quali spetta predisporre un adeguato regime sanzionatorio”».

⁸⁴ S. BOLIS, [Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore “vincibile” di derivazione europea](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2021, p. 44, che a sua volta cita A. BERNARDI, “Principi di diritto” e diritto penale europeo”, 1988, *Annali Università di Ferrara*, II, p. 158.

«eccessività» della cornice edittale dei reati rispetto al disvalore della condotta, ma, semmai, la irrogazione «in concreto» di una pena, in presenza di particolari circostanze oggettive e soggettive.

Ad ogni buon conto, dall'analisi della giurisprudenza comunitaria emerge che:

- 1) la forza maggiore deve essere una forza esterna, impreveduta e imprevedibile;
- 2) essa non deve essere riconducibile a fatto (doloso o colposo) dell'agente;
- 3) non necessariamente deve essere necessariamente "assoluta";
- 4) a fronte di una causa di forza maggiore, l'interessato deve attivare tutte le misure necessarie;
- 5) tale sforzo proattivo non può comunque determinare sacrifici eccessivi.

Le Sezioni civili della Cassazione hanno seguito la strada aperta della giurisprudenza unionale.

È stato ha di recente affermato⁸⁵ che «ricorre l'ipotesi della forza maggiore ove la causa esterna invocata abbia conseguenze ineluttabili e inevitabili al punto da rendere obiettivamente impossibile l'osservanza delle obbligazioni (Corte di Giustizia UE, 17 ottobre 2013, Billerud, C203/1, punto 31), spettando al giudice valutare se l'obbligato, malgrado tutta la diligenza impiegata per rispettare i termini prescritti, si sia confrontato con circostanze ad esso estranee, anomale e imprevedibili (Corte di Giustizia UE, 18 luglio 2013, Eurofit, C-99/12, punto 31)», precisando quindi che «la forza maggiore postula la sussistenza di un'obbligazione riferita, direttamente o indirettamente, a una imposta rimasta inadempita per la presenza di circostanze anomali e imprevedibili, non imputabili all'operatore (Cass., Sez. V, 23 febbraio 2021, n. 4757), ascrivibili a una causa esterna, sopravvenuta, imprevedibile ed inevitabile (Cass., Sez. U., 23 aprile 2020, n. 8094). In particolare, si è ritenuto, in materia di accise, che la sussistenza di una situazione di illiquidità o di crisi aziendale non costituisca, di per sé, forza maggiore, ai fini dell'operatività della causa di non punibilità di cui all'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 472/1997, essendo invece necessaria la sussistenza di un elemento oggettivo, costituito da circostanze anormali ed estranee all'operatore, e di un elemento soggettivo, correlato al dovere del contribuente di premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale, mediante l'adozione di misure appropriate, pur senza incorrere in sacrifici eccessivi (Cass., Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 20389; Cass., Sez. V, 22 marzo 2019, n. 8175; Cass., Sez. VI, 29 marzo 2018, n. 7850)».

La nozione eurounitaria di forza maggiore sembra quindi consentire un margine, sia pur esiguo, di manovra anche nel settore penale, nei termini che si analizzeranno nel paragrafo che segue.

Tuttavia, la stessa sentenza ultima citata avvisa che la strada è molto stretta: «la forza maggiore postula la sussistenza di un'obbligazione riferita, direttamente o indirettamente, a una imposta rimasta inadempita per la presenza di circostanze anomali e imprevedibili, non imputabili all'operatore (Cass., Sez. V, 23 febbraio 2021, n. 4757), ascrivibili a una causa esterna, sopravvenuta, imprevedibile ed inevitabile (Cass.,

⁸⁵ Sez. 5 Civ., ord. n. 17027 del 13/04/2021.

Sez. U., 23 aprile 2020, n. 8094). In particolare, si è ritenuto, in materia di accise, che la sussistenza di una situazione di illiquidità o di crisi aziendale non costituisca, di per sé, forza maggiore, ai fini dell'operatività della causa di non punibilità di cui all'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 472/1997, essendo invece necessaria la sussistenza di un elemento oggettivo, costituito da circostanze anormali ed estranee all'operatore, e di un elemento soggettivo, correlato al dovere del contribuente di premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale, mediante l'adozione di misure appropriate, pur senza incorrere in sacrifici eccessivi (Cass., Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 20389; Cass., Sez. V, 22 marzo 2019, n. 8175; Cass., Sez. VI, 29 marzo 2018, n. 7850)».

12. Conclusioni: l'inesigibilità quale «species» della forza maggiore.

Sembra in conclusione di potere, in primo luogo, confermare il principio sancito dalla giurisprudenza secondo cui la regola della “non esigibilità di una condotta diversa” - sia che la si voglia ricollegare alla *ratio* della colpevolezza, riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi da lui «umanamente» pretendere un comportamento diverso, sia che la si voglia ricollegare alla *ratio* dell'antigiuridicità, riferendolo a situazioni in cui non sembri coerente ravvisare un dovere giuridico dell'agente di uniformare la condotta al precetto penale - «non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia *juris*»⁸⁶.

La crisi di liquidità non può pertanto essere ricondotta alla scusante non codificata dell'inesigibilità, ostando l'assenza di espressa previsione normativa alla interpretazione analogica «*in bonam partem*»; né all'elemento psicologico del reato, operando la stessa sul requisito della *suitas*, la cui assenza elide la tipicità stessa del fatto (che non è riconducibile all'agente ma ad una forza estranea ad esso).

Una volta operata tale *actio finium regundorum*, può invece astrattamente ipotizzarsi la ricorrenza della scusante codificata della causa di forza maggiore ricomprendendovi anche ipotesi di sostanziale «inesigibilità soggettiva» della condotta corretta, apportando un correttivo ermeneutico alla rigida applicazione della tradizionale scusante.

Tale scusante, tuttavia, potrà dirsi realizzata in presenza di una serie di elementi.

Il primo, di carattere «oggettivo», costituito dalla presenza di un fatto imponderabile, imprevisto ed imprevedibile⁸⁷ secondo la diligenza dell'«agente

⁸⁶ Sez. 3, n. 38593 del 23/01/2018, *Del Stabile*, Rv. 273833 – 01.

⁸⁷ Ritengono invece che connotato distintivo della forza maggiore sia la sola inevitabilità C. LOMBARDOZZI – R. LUCEV, *La pandemia come causa di forza maggiore nei reati di omesso versamento*, cit., pag. 109: «non pare invece potersi inquadrare tra i presupposti operativi dell'esimente di forza maggiore (a differenza di quella di caso fortuito) l'imprevedibilità del fattore: difatti, strutturare in questo modo l'operatività dell'istituto

modello» di settore, che esula dal dominio finalistico dell'agente e presuppone che egli non vi abbia in alcun modo dato causa (o concausa), sì da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento.

Il secondo, di carattere «soggettivo», costituito dall'assenza di una condotta rimproverabile dell'imprenditore nel (non) premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale, mediante l'adozione di misure appropriate.

In tale ottica, nel giudizio di «prognosi *ex ante*» in ordine alla prevedibilità e prevenibilità della crisi, dovranno essere prese in considerazione, soprattutto per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa, le condotte poste in essere dall'imprenditore in ottemperanza all'articolo 2086 cod. civ., ossia tutte quelle azioni volte a prevenire, tramite un idoneo assetto amministrativo e contabile, la crisi, nonché le condotte poste in essere dopo l'emersione della crisi, in ottemperanza a quanto previsto dal Codice.

Analogamente, non potrà assolvere funzione scusante la presenza di una semplice «pre-crisi» ai sensi dell'articolo 12 CCIL, la quale, come correttamente osservato⁸⁸, va «a collocarsi all'inizio della *twilight zone*, ossia nel lasso temporale in cui l'imprenditore si rende conto del fatto che, pure in assenza di inadempimenti o di squilibri, occorre immediatamente riprogrammare l'attività di impresa in chiave di discontinuità rispetto al passato. È, allora, una crisi "interna" all'impresa, ossia percepibile solo dall'imprenditore e da lui solo esternabile, che, se fino ad oggi era tendenzialmente rilevante solo *ad excludendum* (la sussistenza della crisi), diviene ora anche uno dei presupposti affinché si possa procedere con l'istanza di nomina dell'esperto»; tuttavia, il modo in cui l'imprenditore l'ha fronteggiata (con tempestività e determinazione o meno) dovrà costituire oggetto di valutazione.

Oggetto di valutazione potranno anche essere le modalità con cui l'organo amministrativo ha redatto il bilancio, soprattutto in riferimento alla prospettiva di «continuità aziendale⁸⁹», dovendosi far riferimento ad esempio al principio contabile IAS⁹⁰ n. 1, secondo cui «nel determinare se il presupposto della prospettiva della continuità dell'attività è applicabile, la direzione aziendale tiene conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo almeno a 12 mesi dopo la data di

implicherebbe l'appuntarsi del rimprovero penale non sull'effettivo disvalore della fattispecie (eterodeterminata dal fattore esterno), ma su una negligenza nel non avere previsto quel fattore, il che non pare conforme al principio di tipicità e tassatività della norma penale. Oltretutto, tra imprevedibilità ed inevitabilità non c'è corrispondenza biunivoca: se è vero che un evento imprevedibile è tendenzialmente inevitabile, non necessariamente vale il contrario, dal momento che ben può ipotizzarsi un evento che, pur potendo essere previsto con un certo margine di anticipo, non possa in alcun modo essere evitato dall'individuo». Chi scrive ritiene invece che, nella valutazione della "inesigibilità soggettiva" della condotta dell'agente, riferita alla scusante in parola, non possa prescindere dall'elemento in questione.

⁸⁸ A. PETTERUTI, *Pre-crisi, crisi ed insolvenza: dubbi sull'accesso alla composizione negoziata*, cit.

⁸⁹ La continuità aziendale è il presupposto in base al quale, nella redazione del bilancio, l'impresa viene normalmente considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro (così la voce "Bankipedia").

⁹⁰ Gli IAS (International Accounting Standards) sono i principi contabili internazionali emanati dall'International Accounting Standards Committee (IASC), poi denominato International Accounting Standards Board (IASB).

riferimento del bilancio».

Non potrà, al contrario, tendenzialmente attribuirsi il carattere della «imprevedibilità ed ineluttabilità» a fenomeni quali il progressivo fallimento di clienti storici verificatosi in un arco di tempo sufficientemente ampio da consentire scelte di diversificazione del mercato o strategie imprenditoriali nuove, rientrando l'inadempimento delle obbligazioni assunte da parte dei clienti nel tipico «rischio d'impresa» cui sono, loro malgrado, soggette tutte le aziende⁹¹.

Analogamente, sotto il profilo squisitamente tributario, non vi è dubbio che più ampio margine di applicazione per la scusante si potrà rinvenire per il caso in cui l'omesso versamento dell'imposta derivi dal mancato pagamento da parte dei clienti delle fatture emesse «per competenza» e non oggetto di storno.

Come è stato infatti rilevato, il disvalore delle condotte punite dai delitti di cui agli articoli 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 74/2000 è radicato prevalentemente nella «natura appropriativa» dei medesimi, rispetto ad altre ipotesi di sottrazione dell'imposta all'Erario⁹².

Nel caso di IVA ricevuta «per cassa», quindi, particolare attenzione dovrà essere dispensata alla condotta dell'agente tra il momento della riscossione e la scadenza del termine «lungo» annuale.

Non si tratta, si badi, di una «inclinazione a sanzionare a titolo di dolo una condotta di *mala gestio* ai limiti della colpa⁹³», ma semplicemente di effettuare una valutazione che consenta di escludere che l'imprenditore, con la sua condotta, abbia «dato causa» a quella crisi che pretende essere scusante per il delitto.

Sotto il profilo, invece, dell'analisi del «come» l'impresa ha fatto fronte alla crisi, e quindi della sostanziale «non rimproverabilità» dell'omesso versamento e della «non eccessività» del sacrificio, non potranno che venire in considerazione le modalità con cui l'imprenditore ha tentato di fare fronte alla crisi, e quindi potranno costituire oggetto di analisi il ricorso al patrimonio personale (sotto forma, ad esempio di finanziamento dei soci, che ai sensi dell'art. 2467 cod. civ. è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, o di rinuncia a compensi), la salvaguardia del livello occupazionale, l'adizione degli strumenti di composizione della crisi previsti dalla legge fallimentare e dal CCIL, l'attivazione di procedure conciliative con il fisco, e così via.

La valutazione dell'intero compendio sarà, ovviamente, oggetto di valutazione di fatto da parte dei giudici del merito.

⁹¹ Sul punto, v. Sez. 3, n. 20266 del 08/04/2014, *Zanchi* RV. 259190.

⁹² Così Tribunale di Bergamo, sent. 17/07/2017 (dep. 2/10/2017), n. 1907.

⁹³ F. LOMBARDI, *Omesso versamento di ritenute dichiarate o certificate: sulla rilevanza della crisi di liquidità come "forza maggiore"*, cit., pag. 4. In senso analogo, A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, Giuffrè, 2010, pag. 620, secondo cui la *mala gestio* «parrebbe senz'altro sufficiente a fondare un rimprovero per colpa, ma comunque non tale da dimostrare l'esistenza del dolo di non adempiere in chi è costretto a tale soluzione dalla mancanza di mezzi».

13. Profili probatori.

Va da sé che, a fronte della piena sussistenza degli elementi oggettivo e soggettivo del reato, la dimostrazione della sussistenza della causa di forza maggiore è soggetta ad uno specifico onere di allegazione di elementi che certifichino, sul piano oggettivo, la non addebitabilità all'imputato della crisi economica che ha investito l'impresa e, sul piano soggettivo, l'impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità tramite il ricorso a misure idonee, restando altrimenti indifferente la presenza di «motivi», ancorché nobili, estranei al perimetro del fatto tipico; la valutazione di tali elementi sarà ovviamente devoluta al giudice del merito e, come tale, insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivata.

In tal senso, la Cassazione ha, anche di recente (Sez. 3, n. 27690 del 31/05/2022, Ferrara, n.m.), che «è necessario che siano assolti precisi oneri di allegazione che, per quanto attiene alla crisi di liquidità, devono investire non solo l'aspetto circa la non imputabilità al sostituto d'imposta della crisi economica, che improvvisamente avrebbe interessato l'impresa, ma anche che detta crisi non possa essere stata adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso, da parte dell'imprenditore, ad idonee misure da valutarsi in concreto, (Sez. 3, n. 20266 del 08/04/2014 - dep. 15/05/2014, Zanchi, Rv. 259190; Sez. 3, n. 5467 del 05/12/2013 - dep. 04/02/2014, Mercutello, Rv. 258055)».

Occorre, cioè, «la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabili (Sez. 3, 9 ottobre 2013, n. 5905/2014; Sez. 3, n. 15416 del 08/01/2014, Tonti Sauro; Sez. 3, n. 5467 del 05/12/2013, Mercutello, Rv. 258055; Sez.3, n. 43599 del 09/09/2015, dep.29/10/2015, Rv. 265262)».

Tale onere di allegazione non consiste in una inversione dell'onere della prova, ma nella indicazione delle circostanze di fatto che consentono di invocare la scusante invocata⁹⁴.

Si tratta, né più né meno, della concreta applicazione del principio, elaborato sulla scorta della giurisprudenza civile, della «vicinanza della prova», in ossequio al

⁹⁴ Per Sez. 3, n. 5905 del 9/10/2013, Maffei, citata, «pur non avendo l'imputato onere probatorio, si esige il suo adempimento di uno specifico onere allegatorio qualora eserciti il suo diritto di difesa adducendo la carenza dell'elemento soggettivo. Invero, non essendo possibile dimostrare un elemento negativo se non è convertibile in specifici elementi positivi da cui desumerlo (e quindi la dimostrazione dell'assenza del dolo direttamente quale prova negativa sarebbe probatio diabolica) in un caso del genere l'imputato ha onere di allegare indicando all'ufficio gli elementi necessari all'accertamento di fatti ignoti che siano idonei, ove riscontrati, a volgere il giudizio in suo favore (così da ultimo Cass. sez. 2^a, 7 febbraio 2013 n. 20171; conformi Cass. sez. 1^a, 11 novembre 1988-11 novembre 1989 n. 15493 e Cass. Sez. 4^a, 2 ottobre 1987 n. 11810; sull'onere di allegazione dell'imputato cfr. pure Cass. sez. 6^a, 21 marzo 2012 n. 18711 e Cass. sez. 4^a, 16 dicembre 2011 - 21 febbraio 2012 n. 6854; sul suo esonero dall'onere probatorio v. altresì Cass. sez. 3^a, 11 gennaio 2008 n. 8372).

quale «ove l'imputato deduca eccezioni o argomenti difensivi, spetta a lui provare o allegare, sulla base di concreti ed oggettivi elementi fattuali, le suddette eccezioni perché è l'imputato che, in considerazione del principio in parola, può acquisire o quantomeno fornire, tramite l'allegazione, tutti gli elementi per provare il fondamento della tesi difensiva»⁹⁵.

⁹⁵ Sez. 2, n. 7484 del 21/01/2014, *Borroni*, Rv. 259245 – 01; Sez. 2, n. 6734 del 30/01/2020, *Bruzzese*, Rv. 278373 – 01.

ANCORA SULL'AGGRAVANTE DELLA TRANSNAZIONALITÀ: TRA PERDURANTI AMBIGUITÀ INTERPRETATIVE ED ESIGENZE DI RIFORMA

Cass. Sez. IV, dep. 14/06/2022, (ud. 25/05/2022), n. 23132 – Pres. Piccialli – Rel.
Serrao

Francesco d'Errico

Preso atto dell'infelice formulazione letterale che caratterizza l'impianto della legge 146/2006 nel suo complesso, ed in via particolare l'art. 4 della medesima, come prodotto di derivazione, nelle sue vesti di legge di conversione, della già non esente da criticità Convenzione di Palermo, oggi confluito nell'art. 61-bis c.p. (a seguito della riforma della cd. riforma di codice) non può stupire il contrasto giurisprudenziale in materia di reato transnazionale e di aggravante della transnazionalità che ne è scaturito. L'intervento stabilizzatore delle cd. Sezioni Unite Adami, in tal senso, ha certamente svolto un ruolo rilevante, delimitando, non senza difficoltà e vistose criticità, in modo più chiaro e preciso, il perimetro di applicabilità dell'aggravante, aderendo il più possibile al tenore letterale della norma. A tale approdo interpretativo, che tuttora rappresenta l'orientamento maggioritario in materia, ha pienamente aderito anche la sentenza qui in analisi, riproducendone, inevitabilmente, i medesimi vizi. Ecco che appare non rinviabile e più che mai necessario un intervento del legislatore, volto a superare l'attuale impasse che ancora rappresenta l'indirizzo maggioritario, per più ragioni non soddisfacente. Con questo spirito, dopo un'analisi delle criticità della legge e della giurisprudenza del Giudice di legittimità, la nota si conclude con una sintesi e un commento delle principali proposte emerse de iure condendo, precedute da una riflessione de iure condito, con l'obiettivo di proporre la migliore interpretazione nel solco di una maggiore razionalizzazione e tipizzazione della disciplina.

SOMMARIO: 1. Premessa. La Convenzione di Palermo e la nozione di reato transnazionale e di aggravante della transnazionalità nel nostro ordinamento - 2. L'infelice formulazione letterale dell'aggravante della transnazionalità e i primi conflitti interpretativi nella giurisprudenza della Suprema Corte - 3. Un tentativo di arresto per superare le oscillazioni giurisprudenziali: la terza via delle cd. "Sezioni Unite Adami" tra tenore letterale della legge, criticità e questioni irrisolte - 4. Recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità: una decisione nel solco delle Sezioni Unite Adami. - 5. Interpretazioni possibili *de lege lata*: quale l'opzione ermeneutica preferibile? - 6. Superare l'impasse: la necessità di un intervento del legislatore. Riflessioni a margine dell'attuale scenario giurisprudenziale e brevi appunti *de iure condendo*.

1. Premessa. La Convenzione di Palermo e la nozione di reato transnazionale e di aggravante della transnazionalità nel nostro ordinamento.

In un mondo interconnesso, nel quale le barriere geografiche appaiono sempre più labili e la circolazione delle persone e delle merci più agile e veloce, grazie all'internazionalizzazione del commercio e dell'economia, la criminalità, in particolare quella organizzata, si è adeguata ai tempi e ai modi della globalizzazione, creando meccanismi di cooperazione tra organizzazioni di diversi paesi o, quando in grado, estendendo la propria area di intervento oltre i confini nazionali. In tal senso, fin dagli anni Novanta¹, l'ONU si è interessata in modo specifico alla questione della criminalità organizzata transnazionale, cogliendo l'importanza di promuovere un'azione congiunta a livello internazionale per il contrasto al fenomeno. Sintomo di questa attenzione e di questa tendenza politica delle Nazioni Unite sono state, in particolare, due tappe rilevanti: la Commissione per la prevenzione della criminalità e la giustizia penale del 1991 e la Conferenza ministeriale mondiale sul crimine transnazionale organizzato di Napoli del 1994, che portò all'adozione della Dichiarazione Politica di Napoli e al Piano d'azione globale contro il crimine organizzato transnazionale. Proprio in questa sede vide la luce il primo Piano di Azione in cui la Conferenza dei ministri ha chiesto alla Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia penale, di dare avvio al processo di esame delle opinioni degli esecutivi nazionali sul possibile effetto di una o più Convenzioni generali contro il crimine organizzato transnazionale e sui temi su cui intervenire con un tale strumento.

Queste prime tappe hanno costituito la premessa necessaria all'avvio di un percorso che ha condotto alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, meglio conosciuta come Convenzione di Palermo². Nata con il dichiarato obiettivo di produrre una disciplina il più possibile omogenea a livello transnazionale in tema di criminalità organizzata, in grado di fornire solide basi comuni alla comune strategia di contrasto, facilitando la cooperazione giudiziaria tra gli Stati³, la UNTOC⁴, ha previsto, più in particolare, sia specifici obblighi di incriminazione che la creazione di meccanismi di cooperazione internazionale tra i diversi Paesi aderenti.

Successivamente ratificata da oltre centosettanta Stati, indica, fin dal suo primo articolo, il proprio scopo: «promuovere la cooperazione per prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace».

Tale Convenzione, dopo un lungo iter parlamentare, è stata recepita nel nostro ordinamento con la legge 146/2006, la quale ha introdotto, per quel che rileva ai fini della

¹ A. NUNZI, *La Convenzione di Palermo/1. Il percorso. La cooperazione intergovernativa degli anni '90*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, V. 5 n.2, 8, 2019.

² Con essa sono stati approvati anche tre protocolli allegati, riguardanti la prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, il traffico di migranti via terra, mare e aria e la fabbricazione ed il traffico illecito di armi da fuoco.

³ E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, 21 ss.

⁴ La formula in lingua inglese della Convenzione, *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*.

presente analisi, la fattispecie di reato transnazionale e la circostanza aggravante di transnazionalità, rispettivamente previsti dagli articoli 3 e 4.

È fondamentale sottolineare, innanzitutto, che il reato transnazionale non rappresenta una autonoma ipotesi di reato, bensì una qualifica applicabile a qualunque fattispecie presenti contemporaneamente le tre caratteristiche enucleate dall'art. 3: a) è necessario che si tratti di un delitto punito con una pena non inferiore nel massimo a quattro anni di reclusione; b) è imprescindibile il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato (sui termini "coinvolgimento" e "gruppo criminale organizzato" e sulle non indifferenti problematiche ermeneutiche ad essi riferibili sarà utile soffermarsi in seguito); c) alternativamente: 1) deve essersi prodotta la commissione del reato in più di uno Stato; 2) oppure la commissione del reato in uno Stato, ma con parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo in un altro Stato; 3) ancora, la commissione del reato in uno Stato, ma con l'implicazione in esso di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; 4) ovvero, infine, la commissione del reato in uno Stato, con produzione di effetti sostanziali in un altro Stato.

La fattispecie aggravante, invece, così come disposto dall'art. 4, si applica esclusivamente ai «reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato» e, a differenza dell'articolo che lo precede, prevede un notevole aumento sanzionatorio: da un terzo alla metà della pena.

Tale aggravante, dunque, a ben vedere, è un sottoinsieme compreso nel macroinsieme della transnazionalità⁵. Questo nella misura in cui la sua applicabilità è condizionata dal carattere del reato a cui si riferisce: se non è vero che ogni forma reato transnazionale rientra nel suo ambito applicativo⁶, è invece indiscutibile che essa sia configurabile solo nei confronti di un reato di natura transnazionale.

2. L'infelice formulazione letterale dell'aggravante della transnazionalità e i primi conflitti interpretativi nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Nella pronuncia annotata la Suprema Corte è tornata proprio sulla annosa questione della compatibilità dell'aggravante di transnazionalità con i reati associativi⁷.

⁵ Come sottolineato da A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati fine dell'associazione per delinquere: poche certezze e molte contraddizioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2018, 7: «la previsione dell'aggravante resta naturalmente inglobata nella più ampia nozione di transnazionalità, in termini plasticamente rappresentabili con la configurazione geometrica dei cerchi concentrici».

⁶ Ne rimangono esclusi, come evidente dalla lettura della disciplina, i reati transnazionali di cui alle lettere a, b e d dell'art. 3.

⁷ In questi termini G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3, 2019, 1246: «sul versante pratico-applicativo la questione sorge prevalentemente rispetto ai reati associativi, piuttosto che ai reati scopo. Fin dalla sua entrata in vigore, infatti, l'aggravante della transnazionalità nella prassi giudiziaria è stata

Come si dirà a breve, «l'oscura formulazione letterale dell'art. 4 della l.146/2006»⁸ costituisce la principale ragione degli «oscillanti orientamenti giurisprudenziali»⁹, cui le Sezioni Unite Adami¹⁰, pur offrendo un'interpretazione da più parti criticata in dottrina, ha comunque posto un freno. Infatti, fin da una prima lettura l'art. 4 della legge 146/2006¹¹, oggi contenuto, dopo uno dei rari interventi di riserva di codice, nell'art. 61-bis c.p., presenta evidenti problematicità. L'articolo in questione, come anticipato, stabilisce che per i «reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà»¹². Un legislatore avveduto, in effetti, avrebbe potuto

ravvisata soprattutto in relazione ad una delle figure associative di cui agli artt. 416 e 416 bis c.p., oppure ad una delle altre ipotesi associative qualificate disseminate nel codice e nella legge complementare, in primis all'art. 74 DPR n. 309/1990». *Ex multis*, si veda anche G. CAPPELLO, *L'aggravante di cui all'art. 4 della legge n. 146 del 2006 (di ratifica della convenzione delle nazioni unite contro il crimine organizzato transnazionale) – sulla compatibilità con i delitti associativi*, in *Cass. pen.*, 2014, 125.

⁸ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 20.

⁹ Così G. INSOLERA- T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2022, 42.

¹⁰ Cass. Pen. Sez. Un. 23 aprile 2013, n. 18374.

¹¹ È doveroso ricordare che all'art. 3 della l. 146/2006 di cui qui propone la ricostruzione offerta da A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 6. «Il legislatore ancora la qualificazione del reato transnazionale al concorso di tre distinti parametri: il primo parametro è connesso alla gravità del reato: deve trattarsi di un delitto punito con una pena non inferiore nel massimo a quattro anni di reclusione. Il secondo parametro prevede il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato (il termine 'coinvolgimento', certamente atecnico e lontano dal lessico penalistico, deve la sua origine alla trasposizione letterale del termine inglese 'involving' utilizzato nella Convenzione di Palermo). Il terzo parametro concerne, alternativamente: a) la commissione del reato in più di uno Stato; b) la commissione del reato in uno Stato, ma con parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo in un altro Stato; c) la commissione del reato in uno Stato, ma l'implicazione in esso di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, ovvero d) la commissione del reato in uno Stato, con produzione di effetti sostanziali in un altro Stato. Trattasi, pertanto, non già di un'autonoma ipotesi di reato, ma di una qualifica trasversale applicabile a qualsivoglia fattispecie criminosa rispondente alle caratteristiche dettate dall'art. 3. Pur foriera di rilevanti effetti sul piano della disciplina sostanziale e processuale – quali, a mero titolo esemplificativo, l'applicabilità di particolari sanzioni amministrative in misura determinata, la confisca obbligatoria anche per equivalente ai sensi dell'art. 11 della stessa normativa, l'estensione dei poteri di indagine del Pubblico Ministero nel termine e ai fini di cui all'art. 430 del codice di rito – la definizione di 'reato transnazionale' dettata dall'articolo 3 della legge 146/2006 non prevede, tuttavia, alcuna sanzione in termini di aggravamento della pena».

¹² Con questa disposizione dunque, come evidenziato da A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 7: si «introduce una circostanza aggravante ad effetto speciale che prevede un importante aumento di pena (da un terzo alla metà), non soggetto al giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale. Meritevole di un aggravamento della pena, quindi, è stato ritenuto non già il reato transnazionale in sé, bensì un'unica ipotesi di reato transnazionale, quella dettata dalla lettera c) del precedente articolo 3. È stato, sul punto, correttamente evidenziato in giurisprudenza come «la previsione dell'aggravante in oggetto resta naturalmente inglobata nella più ampia nozione di transnazionalità, in termini plasticamente rappresentabili con la configurazione geometrica dei cerchi concentrici: l'aggravante potrà essere applicata, in tal senso, se e solo se, il reato alla quale è riferita abbia il carattere della transnazionalità, sebbene, al contrario, non ogni reato transnazionale potrà rientrare nell'ambito di applicazione della suddetta aggravante (restandone esclusi, infatti, i reati transnazionali di cui alle lettere a,b e d dell'art. 3)».

sin da subito facilmente prevedere l'insorgere del contrasto ermeneutico cui si è assistito quando ha optato per una formulazione vaga e non meglio specificata come "abbia dato il suo contributo". Allo stesso modo, avrebbe potuto immaginare l'incertezza generabile da una categoria come quella del "gruppo criminale organizzato", peraltro non automaticamente sovrapponibile a quella (già consolidata nel nostro quadro legislativo e già innervata nel tessuto del nostro diritto vivente ancorché soggetta a sempre maggiori spinte espansionistiche da parte dell'interprete¹³) dell'associazione a delinquere.

Non è un caso, in tal senso, che la disputa giurisprudenziale provocata in materia dall'introduzione di questa circostanza aggravante ad effetto speciale, applicabile esclusivamente al tipo di reato transazionale previsto dalla lettera c) dell'art. 3 della l. 146/2006 (che prevede la commissione del reato in uno Stato, ma l'implicazione in esso di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato), abbia ruotato attorno a questi due elementi (cosa si debba intendere per "dare un contributo" e "gruppo criminale organizzato").

Non potendo qui riassumere passo per passo il percorso che ha portato alla stabilizzazione realizzata dalla già citate Sezioni Unite Adami¹⁴, basti sapere che, prima dell'intervento controcorrente della sentenza Dalti¹⁵, di cui si dirà a breve, un primo diffuso orientamento¹⁶ aveva ritenuto sufficiente per l'applicabilità dell'aggravante all'art. 416 c.p. (seppur con differenti declinazioni) la sola operatività dei componenti dell'organizzazione criminosa in più di uno Stato¹⁷, ancorando questa soluzione interpretativa a due aspetti¹⁸: 1) il limite edittale di pena previsto per l'applicabilità dell'aggravante (limite di almeno quattro anni di pena privativa della libertà personale nel massimo edittale soddisfatto dall'art. 416 c.p.); 2) la commissione di un reato di associazione per delinquere ove realizzata sul territorio di più di uno Stato doveva necessariamente prevedere il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, aspetto ritenuto di per sé sufficiente per azionare l'aggravante¹⁹. Seguendo questa linea,

¹³ In argomento cfr., ex multis P. POMANTI, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.*, in *Archivio Penale* 2017, n.1.

¹⁴ Per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza di legittimità relativa all'aggravante di transnazionalità si veda F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, *Diritto penale e processo*, 7/2013, 799 ss.

¹⁵ Cass. Pen. Sez. sez. V, 6 dicembre 2019, n.1937.

¹⁶ Si segnalano, in tal senso, Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2010, n. 10976; Cass. pen., Sez. III, 14 luglio 2010, n. 35465; Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 27413.

¹⁷ Così Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2010, n. 10976: «La circostanza aggravante ad effetto speciale prevista dall'art. 4 della L. 16 marzo 2006, l. 146 per i reati transnazionali è configurabile anche nel delitto di associazione per delinquere allorché del sodalizio criminoso facciano parte soggetti che operano in Paesi diversi».

¹⁸ Questa la sintesi proposta da G. INSOLERA- T. GUERINI, *Diritto penale*, cit., 39.

¹⁹ In argomento cfr. F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 799 «questa impostazione ha portato la Suprema Corte a conclusioni coerenti. In alcuni casi, in maniera più rispettosa del dettato normativo, la Cassazione ha riconosciuto l'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità al reato associativo tutte le volte in cui l'associazione "è impegnata in attività illecita realizzata in più di uno Stato". In altri, invece, i giudici di legittimità hanno mantenuto un'impostazione più ambigua, giungendo a riconoscere la configurabilità dell'aggravante in parola "anche nel delitto di associazione per delinquere

dunque, la mera operatività in più di uno Stato di un gruppo criminale organizzato avrebbe potuto determinare l'applicabilità della suddetta aggravante di transnazionalità al reato associativo (un'impostazione sicuramente suggestiva, ma comunque distante dal pur infelice dato letterale).

Diverso, anzi opposto, il punto d'arrivo della già citata sentenza Dalti: in controtendenza rispetto agli orientamenti precedenti, con questa pronuncia la Suprema Corte si è espressa nel senso di marcare una «ontologica incompatibilità tra reato associativo e aggravante della transnazionalità»²⁰.

L'aggravante di transnazionalità, aderendo a tale orientamento, sarebbe sì compatibile con i reati-fine dell'associazione ma non con il reato associativo in quanto tale²¹. La costruzione di tale architettura interpretativa getta le sue fondamenta a partire dal principio secondo cui le circostanze attenuanti o aggravanti non possono rappresentare elementi costitutivi dello stesso reato²²: nel solco tracciato in quest'unica sentenza di segno contrario rispetto all'indirizzo consolidato, la pronuncia giunge alla conclusione che "l'associazione criminosa è la qualificazione giuridica del gruppo criminale organizzato, speculare allo stesso, e non una proiezione esterna, un *quid pluris*, cui il gruppo abbia dato il suo contributo"²³. Pertanto, «partendo dalla considerazione preliminare che non può proprio ipotizzarsi l'esistenza di un gruppo criminale che contribuisca all'esistenza di sé stesso [...] lo spettro di azione della circostanza in parola sarebbe quindi individuato, *ex adverso* nei soli reati-fine del sodalizio rispetto ai quali può, invece, agevolmente immaginarsi l'interazione di una consorteria criminale»²⁴.

allorché del sodalizio fanno parte soggetti che operano in Paesi diversi". In definitiva, secondo il tradizionale insegnamento delle sezioni semplici, l'operatività (variamente declinata) della compagine associativa in più di uno Stato determinerebbe tout court la possibilità di contestare l'aggravante della transnazionalità al reato associativo». Ciò segnalato, permangono le criticità sopra illustrate, soprattutto con riferimento alla questione, non irrilevante, della nozione di "gruppo" rispetto al dato letterale della disciplina.

²⁰ Così F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 800.

²¹ Cass. pen. Sez. V, 15 dicembre 2010, n. 1937: «La circostanza aggravante prevista, per il reato transnazionale, dall'art. 4 della L. 16 marzo 2006, n. 146, non è compatibile con il reato associativo [...] ma può accedere ai reati costituenti la diretta manifestazione dell'attività del gruppo criminale organizzato, ossia ai cosiddetti reati-fine dell'associazione ovvero ai reati alla cui realizzazione il gruppo abbia fornito un contributo causale».

²² Sul tema si veda sempre F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 800, che rileva come «tale suggestivo ragionamento [...] non coglie nel segno nel caso di specie. Risulterà infatti chiaro che l'incompatibilità fra reato associativo e aggravante della transnazionalità può forse essere ricercata *de lege lata* nelle tensioni dogmatiche di cui è foriera la pessima tecnica legislativa della l. n. 146/2006, ma non può trovare alcun riscontro "a monte" in ragioni strutturali o politico-criminali».

²³ Cass. pen. Sez. V, 15 dicembre 2010, n. 1937.

²⁴ Così G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero*, cit., 1247.

3. Un tentativo di arresto per superare le oscillazioni giurisprudenziali: la terza via delle cd. "Sezioni Unite Adami" tra tenore letterale della legge, criticità e questioni irrisolte.

La divergenza tra i diversi orientamenti rintracciabili nelle pronunce della Suprema Corte è stata superata dall'intervento delle Sezioni Unite con la nota e già citata sentenza Adami. A partire dal dato letterale dell'art. 4, che si riferisce, ai fini dell'applicabilità dell'aggravante, a un contributo prestato da un "gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato", da intendersi quale apporto determinante nella realizzazione di qualunque delitto che rientri nelle soglie normativamente previste, e dunque anche dell'associazione per delinquere, la Adami si è lasciata alle spalle entrambi gli orientamenti precedenti, coniando quella che è stata definita "teoria polistrutturale"²⁵. In questa sede il giudice di legittimità nella sua più autorevole composizione ha, così, sposato un'opzione ermeneutica "sincretista"²⁶ o di "terza via". Da un lato, infatti, le S.U. pur condividendo un aspetto di non poco profilo con la pronuncia Dalti, cioè la declinazione eziologica della formula "dare un contributo", contenuta nell'aggravante ex art. 4, che comporterebbe inevitabilmente «la mancanza di immedesimazione, richiedendo - piuttosto - che associazione per delinquere e gruppo criminale organizzato si pongano come entità o realtà organizzative affatto differenti»²⁷, dall'altro, ha contestato alla medesima di essere incappata in un grave equivoco nella sua premessa, laddove ha ritenuto che l'associazione per delinquere sia concettualmente sovrapponibile al gruppo criminale organizzato, non esprimendo invece secondo le Sezioni Unite «in chiave giuridica, entità omogenee o sovrapponibili»²⁸. Per questo, la Adami, pur giungendo a ritenere scorretta la mera operatività in più Stati della consorteria criminale come criterio sufficiente per integrare l'aggravante, si distingue dalla sentenza Dalti «sul presupposto che il gruppo organizzato sia, in verità, altro rispetto all'associazione»²⁹.

Ecco che proprio questa alterità evita «l'insorgere del cortocircuito logico evidenziato dalla sentenza Dalti»³⁰, quello per cui non sarebbe ovviamente ipotizzabile l'esistenza di un gruppo criminale che contribuisca all'esistenza di se stesso, «aprendo le porte alla possibilità che un gruppo organizzato dia un contributo causale all'esistenza di un'associazione per delinquere»³¹.

In tal modo, l'alterità tra gruppo e associazione rende applicabile l'aggravante ex art. 4 anche rispetto al reato associativo³².

²⁵ Si veda F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 800.

²⁶ La definizione è di G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero*, cit., 1247.

²⁷ Cfr. Cass., pen. Sez. V, 15 dicembre 2010, n. 1937.

²⁸ Cfr. Cass., pen. Sez. V, 15 dicembre 2010, n. 1937.

²⁹ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 801.

³⁰ Sul punto cfr. F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 801.

³¹ Sempre F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit. ibidem.

³² Ancora F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 801, «tutte le volte in cui esistano due diverse strutture, un gruppo criminale organizzato transnazionale e un'associazione, e il primo fornisca un contributo all'esistenza e operatività della seconda, il reato associativo potrà ritenersi

Con la pronuncia Adami, dunque, la Corte di Cassazione è approdata alla conclusione che «la formulazione normativa dell'aggravante, nella parte in cui evoca il contributo causale, lascia chiaramente intendere che presupposto indefettibile della sua applicazione è la mancanza di immedesimazione tra le due realtà associative, richiedendo, difatti, che associazione per delinquere e gruppo criminale organizzato si pongano come entità o realtà organizzative diverse. La locuzione 'dare contributo' postula, infatti, 'alterità' o 'diversità' tra i soggetti interessati, ossia tra soggetto agente (il gruppo organizzato) e realtà plurisoggettiva beneficiaria dell'apporto causale». In definitiva, per le Sezioni Unite, ai fini dell'applicabilità dell'aggravante in discorso è la non coincidenza tra le due entità, il gruppo criminale organizzato e l'associazione, non rilevando il fatto che il reato sia stato commesso entro i confini nazionali³³: «ai fini dell'applicabilità della circostanza aggravante deve essere stato commesso con il contributo causale di un gruppo criminale organizzato che deve essere caratterizzato da alterità soggettiva dall'ente associativo»³⁴.

In conclusione, ritengono le Sezioni Unite che il "gruppo criminale organizzato" e l'associazione per delinquere siano due entità distinte e che, per tale ragione, l'aggravante della transnazionalità sia applicabile alle fattispecie associative solo ove il contributo richiesto dalla fattispecie sia apportato da parte di un gruppo criminale altro, organizzato ed operante in più di uno Stato³⁵. Il contrasto interpretativo, dunque, veniva superato giungendo alla seguente conclusione: «la speciale aggravante dell'art. 4 l. 146/2006 è applicabile al reato associativo, sempreché il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa»³⁶.

La nozione di gruppo criminale organizzato, ancora al centro del vaglio della Cassazione, viene ricondotta dalle Sezioni Unite Adami alla definizione fornita dall'art.

aggravato ex art. 4 l. n. 146/2006. Non altrettanto accadrà quando la struttura sia un gruppo transnazionale organizzato, che occasionalmente possegga anche i requisiti dell'associazione; in questo caso infatti il gruppo diventerà esso stesso associazione [...] e [...] vi sarà sicura sovrapposizione od immedesimazione delle due entità, con conseguente impossibilità di concepire l'autonoma sussistenza della circostanza della transnazionalità.

³³ In argomento si veda cfr. G. INSOLERA- T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. 42, «Ai fini dell'applicabilità della circostanza, non è necessario che il delitto base venga commesso all'estero, o in diversi Stati, o che del sodalizio facciano parte soggetti operanti in Paesi diversi, ben potendo essere l'illecito limitato entro i confini nazionali e rilevando unicamente il contributo causale del gruppo criminale organizzato che agisce a livello internazionale, nozione ricavata dalle disposizioni convenzionali di cui all'art. 2, lett. a) e c); dagli artt. 3 e 4, legge n. 146/2006, così come interpretate nella copiosa elaborazione della giurisprudenza di legittimità. Tale apporto giustifica l'aumento di pena, stante la maggiore riprovevolezza e disvalore del disvalore della condotta».

³⁴ Così G. INSOLERA- T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., 41.

³⁵ Per alcuni tale interpretazione porterebbe ad effetti "paradossali". Sul punto si segnala, in particolare, A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 13, «la diretta conseguenza del principio di alterità tra le strutture comporta, infatti, la possibilità di applicare una pena più severa ad una associazione per delinquere italiana adiuvata da un gruppo transnazionale, rispetto a quella che potrebbe riconoscersi ad un'unica associazione italiana operante oltre i confini nazionali, magari dotata di una struttura ampia e complessa e con basi operative in vari Stati esteri, nonostante in questo ultimo caso – è stato notato¹⁸ – il disvalore penalistico risulti di gran lunga superiore».

³⁶ Cass. Pen. Sez. Un. 23 aprile 2013, n. 18374.

2, lett. a) e c) della Convenzione di Palermo: «il gruppo criminale organizzato, cui fanno riferimento gli artt. 3 e 4 della I. n. 146 del 2006, è configurabile, secondo le indicazioni contenute nell'art. 2, punti a) e c) della Convenzione delle Nazioni unite contro il crimine organizzato del 15 novembre 2000 (cosiddetta convenzione di Palermo), in presenza dei seguenti elementi: a) stabilità di rapporti fra gli adepti; b) minimo di organizzazione senza formale definizione di ruoli; c) non occasionalità o estemporaneità della stessa; d) costituzione in vista anche di un solo reato e per il conseguimento di un vantaggio finanziario o di altro vantaggio materiale».

In questo modo, la Suprema Corte conia una figura intermedia, compresa tra il concorso di persone e le fattispecie associative, considerando il gruppo criminale organizzato come un *minus* rispetto all'associazione. Questo perché il gruppo richiederebbe soltanto «una certa stabilità dei rapporti»³⁷, mentre l'associazione dovrebbe essere «tendenzialmente stabile e permanente»³⁸. E ancora il gruppo si accontenterebbe di «un minimo di organizzazione»³⁹, mentre per l'associazione sarebbe necessaria un'articolata organizzazione strutturale. Di nuovo, il gruppo, sussisterebbe anche senza formale definizione dei ruoli e invece l'associazione presupporrebbe una precisa ripartizione dei ruoli. Il gruppo, poi, potrebbe essere costituito in vista anche di un solo reato, mentre per l'associazione sarebbe necessaria «la pianificazione di una serie indeterminata di reati»⁴⁰.

Per quel che rileva ai fini della presente trattazione, si deve evidenziare che la Adami ha avuto due meriti: quello di offrire una interpretazione il più possibile rispettosa del tenore letterale della norma e quello, invero assai significativo, di aver evitato il proseguire di ulteriori oscillazioni giurisprudenziali. Nonostante ciò, è stata comunque foriera di non indifferenti criticità e questioni tutt'oggi irrisolte, che non possono essere tralasciate. In primo luogo, proprio quello relativo alla concezione del “gruppo criminale organizzato” come figura intermedia, posta in una via di mezzo tra il concorso e l'associazione.

Innanzitutto, come diffusamente sostenuto dalla letteratura, la vera *ratio* sottesa alla Convenzione ONU di Palermo non era tanto quella di introdurre un nuovo modello d'incriminazione da situare a metà strada tra il concorso di persone e le fattispecie associative, ma quella di offrire nella materia del crimine organizzato un quadro di razionalizzazione, per affrontare in maniera più efficace e coordinata a standard

³⁷ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 801.

³⁸ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., ibidem.

³⁹ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., ibidem.

⁴⁰ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., ibidem.

omogenei⁴¹ pericolose forme di criminalità sovranazionale⁴². È ragionevole sostenere a fronte di questi presupposti, che la Convenzione «intende[sse] semplicemente rimarcare la maggiore pericolosità insita nella realizzazione di un reato attraverso il ‘coinvolgimento’ di una struttura organizzata transnazionale, imponendo obblighi di incriminazione, aggravii di pena e altre sfavorevoli conseguenze sostanziali e procedurali⁴³».

Ciò detto, se è vero che la *ratio* della Convenzione era quella appena presentata, la sovrapposibilità tra associazione e gruppo criminale non è riscontrabile nel testo di legge. Posta l’evidente ambiguità della *littera legis*, e anche volendo rintracciare una possibile «scarsa accortezza attuativa del legislatore»⁴⁴, colpevole secondo alcuni di un vera e proprio errore di traduzione che avrebbe portato a tradurre «in maniera acritica le parole della fonte sopranazionale»⁴⁵, ignorando esigenze di coordinamento e raccordo sistematico, non si può prescindere da un dato: nessuna di queste valutazioni o interpretazioni in chiave teleologica può giustificare, in materia penale, un’interpretazione che scavalchi, sovrainterpretandolo, il tenore letterale⁴⁶ della norma. Sono tutte riflessioni, dunque, di sicura consistenza, ma da riportare più che alla critica

⁴¹ Si veda A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 17, in questo senso «la Convenzione di Palermo, lungi dal voler introdurre – come pur sostenuto dalle Sezioni Unite Adami – l’ennesimo modello associativo, avrebbe inteso semplicemente fornire nella materia della criminalità organizzata quel ‘quadro di riferimento omogeneo’, quel ‘fattore di razionalizzazione’ che la dottrina da sempre richiede alle fonti sopranazionali, lasciando difatti ‘gli Stati liberi di adottare o la nozione di associazione per delinquere o quella di conspiracy’ nel rispetto delle rispettive tradizioni giuridiche. In base a questi presupposti, la Convenzione intenderebbe semplicemente rimarcare la maggiore pericolosità insita nella realizzazione di un reato attraverso il ‘coinvolgimento’ di una struttura organizzata transnazionale, imponendo obblighi di incriminazione, aggravii di pena e altre sfavorevoli conseguenze sostanziali e procedurali: si è così sostenuto che il ‘gruppo’ della Convenzione di Palermo non sarebbe, dunque, una nuova forma di organizzazione, quanto ‘semplicemente il ‘minimo comune denominatore’ delle fattispecie associative tipiche dei Paesi di Civil Law». Sempre sullo stesso tema F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 806: «a noi pare che, per comprendere la reale portata delle citate definizioni e segnatamente la coincidenza o meno di esse con l’associazione italiana, ci si debba collocare a monte rispetto all’ambiguo dato normativo, scrutando la *ratio* della Convenzione di Palermo, comune peraltro a tutte le fonti sopranazionali sue precorritrici. Questo approccio – affrontato da copiosa letteratura – conduce a talune condivisibili conclusioni [...] La Convenzione di Palermo deve essere considerata una soluzione di compromesso, tesa a mediare fra le tradizioni giuridiche dei Paesi continentali e quelle dei sistemi di common law. La fonte pattizia contiene dunque tutte le diverse concezioni associative, che – nei differenti ordinamenti – si richiamano alternativamente a due modelli fondamentali: quello organizzatorio della *association de malfaiteurs* francese (cui anche la nostra associazione può essere ricondotta) e quello della ben più fluida *conspiracy* anglosassone».

⁴² Si veda sui diversi modelli di associazione e gruppo criminale presenti nei diversi ordinamenti europei, *ex multis*, V. MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all’interno dell’Unione Europea*; A. BARGI, (a cura di), *Il doppio binario nell’accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.

⁴³ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 807.

⁴⁴ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., *ibidem*.

⁴⁵ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., *ibidem*.

⁴⁶ Sull’irrinunciabilità dei principi di legalità e di riserva di legge per un diritto penale realmente liberale si vedano *ex multis*, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019; G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, 117 ss.

attuativa in quanto tale, alle proposte *de iure condendo*⁴⁷.

Tale modello fondato sulla tripartizione, comunque, al netto di una riflessione in senso teleologico, non convincerebbe neppure da un punto di vista dogmatico. La stabilità e permanenza della struttura, l'esistenza di un'articolata organizzazione e la precisa ripartizione dei ruoli che, come ricordato prima, le Sezioni Unite ricollegano alla nozione di associazione per risalire al modello di gruppo, anche come indicato dalla Convenzione di Palermo, appaiono infatti ben lontane da quel grado di certezza interpretativa che i giudici sostengono di aver individuato.

Pur non addentrandosi in un'analisi dettagliata delle innumerevoli problematicità in tema di tassatività e determinatezza⁴⁸ sollevabili in relazione ai reati associativi in quanto tali, tanto da un punto di vista della compatibilità costituzionale⁴⁹ quanto da un punto di vista dell'opportunità delle opzioni politico-criminali⁵⁰, è importante tenerne conto per poter avere cognizione di quanto sia già di per sé stesso frastagliato e incerto il campo sul quale le Sezioni Unite hanno inteso gettare le fondamenta della loro interpretazione.

Il problema, comunque, emerge soprattutto in relazione a due aspetti: le Sezioni Unite Adami, da un lato, hanno sottostimato gli elementi strutturali che la Convenzione di Palermo attribuisce al gruppo, e, dall'altro, soprattutto, hanno sopravvalutato l'interpretazione giurisprudenziale, che richiede requisiti molto labili nella valutazione dell'aspetto organizzatorio nei reati associativi⁵¹.

D'altronde, «è proprio la ricorrente lettura dei giudici di legittimità invero ad avere escluso che sia necessario che il vincolo associativo assuma carattere di stabilità, in quanto è sufficiente che esso non sia a priori circoscritto alla consumazione di uno o più reati predeterminati, con la conseguenza che non si richiede un notevole protrarsi del rapporto nel tempo, bastando anche un'attività associativa che si svolga per un breve

⁴⁷ Si veda F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 808. L'autore pur sottolineando queste criticità, infatti, parla di una «corretta attuazione della Convenzione di Palermo» da ottenersi con l'inclusione di alcune importanti modifiche *de lege ferenda*.

⁴⁸ Così S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, cit., 39: «Una visione abbinata di prospettive di garanzia e di effettività spinge anche ad una revisione critica della fattispecie contenuta nell'art. 416 bis c.p. [...] Il discorso per la verità non è limitato a questa fattispecie, ma riguarda l'intera categoria dei fatti associativi. In realtà, esse si presentano problematiche soprattutto rispetto ai principi di necessaria offensività e di materialità, ma, sovente, anche di determinatezza».

⁴⁹ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 1990, cit., 859, «il fatto, in queste figure normative, sfuma nel percorso di vita o nella collocazione politica o ambientale dell'imputato, ed è come tale tanto poco verificabile dall'accusa quanto poco confutabile dalla difesa. E si configura tendenzialmente come un reato di status, più che come un reato di azione e di evento, identificabile, anziché con prove, con valutazioni riferite alla soggettività eversiva o sostanzialmente antiggiuridica del suo autore. Ne è risultato un modello di antiggiuridicità sostanziale anziché formale o convenzionale, che sollecita indagini sui rei anziché sui reati, e che corrisponde a una vecchia e mai spenta tentazione totalitaria».

⁵⁰ Così G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, cit., 48 sull'art. 416-bis come «coperta da stendere su ogni fenomeno criminale che desti allarme sociale» e sul rischio conseguente della flessibilità del 416-bis che rischia di condurci alla perdita di qualsiasi capacità connotativa del concetto di mafia.

⁵¹ Ricostruzione così offerta in F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 804.

periodo»⁵². Anche per quello che riguarda la «struttura, poi, non appare vero che il gruppo della Convenzione di Palermo si accontenti di ‘un minimo di organizzazione’ richiedendo la Convenzione un gruppo strutturato ed escludendo solo che tale struttura debba essere necessariamente articolata. È piuttosto vero il contrario, ossia che la giurisprudenza italiana – come in parte già visto – si è costantemente accontentata di un’organizzazione minima o ‘rudimentale»⁵³.

Considerato che nella giurisprudenza di legittimità maggiormente consolidata «i requisiti della stabilità e della permanenza sono ricostruiti in termini tutt’altro che rigidi [...]» ciò rende, in definitiva, «fluidi e inafferrabili i criteri discretivi corroborati dalla Sentenza Adami, in base ai quali il gruppo organizzato costituirebbe un *quid minus* rispetto all’associazione»⁵⁴.

Di non poco momento, inoltre, un ulteriore interrogativo che scaturisce dalla lettura delle Sezioni Unite Adami: qual è il preciso significato da attribuire al “contributo” che la disciplina richiede per l’integrazione dell’aggravante di transnazionalità⁵⁵? L’infelice formulazione letterale⁵⁶, benché la «rilevanza causale costituisc[a] un criterio tutto sommato rassicurante»⁵⁷, non impedisce l’emersione di una serie di questioni, a partire da quella poc’anzi citata sul preciso significato del concetto di “contributo”. «È necessario che il contributo venga prestato anche solo da un singolo componente del gruppo ovvero è richiesto il coinvolgimento di più di un soggetto ovvero dell’intero gruppo? Rileva che tale contributo debba riguardare l’ordinaria attività criminosa del gruppo o può essere anche di diversa natura?»⁵⁸.

Trattandosi di relevantissimi quesiti ancora oggi disattesi, stante il consolidamento, mai messo in discussione, delle Sezioni Unite Adami, appare evidente il rischio, di non poco profilo, che tale impostazione del legislatore «rischi di far ‘girare a vuoto’ gli ordinari meccanismi causali, aprendo le porte ad interpretazioni poco rigorose nei presupposti»⁵⁹, svuotando di fatto il chiaro significato della disciplina.

⁵² F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit, ibidem.

⁵³ Così sempre F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., ibidem.

⁵⁴ G. INSOLERA – T. GUERINI, *Diritto penale*, cit., 43.

⁵⁵ G. INSOLERA – T. GUERINI, *Diritto penale*, cit., ibidem.

⁵⁶ Si riporta, per chiarezza, di nuovo l’art. 4 l.146/2006, oggi nel nostro art. 61 bis c.p.: «Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà».

⁵⁷ Così G. INSOLERA – T. GUERINI, *Diritto penale*, cit., 43. Della stessa opinione anche F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 806: «l’accezione causale del lemma ‘contributo’ colloca l’interprete su di un terreno dogmatico rassicurante, allontanandolo dall’ambiguità del concetto di ‘coinvolgimento’, che il legislatore con una acritica traduzione dell’inglese ‘involving’, colloca, [invece], nell’art. 3».

⁵⁸ Se lo chiede giustamente A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 17.

⁵⁹ Così F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 806.

4. Recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità: una decisione nel solco delle Sezioni Unite Adami.

Con la sentenza annotata⁶⁰ il giudice di legittimità ha ribadito con forza l'assoluta centralità dell'interpretazione offerta dalla Sentenza Adami, non solo non discostandosi minimamente da essa ma anzi riportandone in più argomentazioni i passaggi centrali della stessa, aderendo quasi pedissequamente ai dettami delle Sezioni Unite. Investita da un ricorso avverso la decisione della Corte d'Appello di Reggio Calabria, che aveva deciso a seguito di un rinvio della Terza Sezione Penale della Suprema Corte, la Quarta Sezione della Cassazione si è dovuta confrontare nuovamente con due degli aspetti che fin dal primo momento sono stati discussi a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione di Palermo. Il primo consiste nella qualifica del gruppo organizzato come "altro" dall'associazione, come entità autonoma e connotata da alterità rispetto alla stessa, quale requisito necessario per l'integrazione dell'aggravante di transnazionalità ai reati associativi. Il secondo aspetto, invece, riguarda la distinzione tra gli elementi strutturali del reato transnazionale e dell'aggravante di transnazionalità.

Per affrontare tale questione, il giudice di legittimità, nella sentenza annotata, ha preso le mosse dall'art. 2 della Convenzione di Palermo, nel quale si definisce la natura del gruppo e la sua connotazione strutturale. Facendo leva, in particolare, sull'arresto delle Sezioni Unite Adami secondo il quale, definito il gruppo organizzato in positivo dalla norma sopracitata, la sua declinazione in negativo ha portato il giudice di legittimità necessariamente a ritenere, ai fini della configurazione dell'aggravante, che «non si deve trattare di un gruppo intraneo all'associazione per delinquere, non deve relazionarsi ad associazioni che abbiano articolazioni periferiche in altri Stati nè deve essere correlato ad associazioni i cui sodali, in tutto o in parte, operino all'estero o le cui attività siano tali da produrre effetti oltre confine»⁶¹. Questo perché, in effetti, osservando rigorosamente il testo della legge, «la sussistenza di tali elementi qualifica di per sé il reato associativo come reato transnazionale ai sensi dell'art.3 legge n.146/2006, quale la circostanza aggravante non può applicarsi»⁶².

Proprio per questo, censurando il giudice del rinvio – pur riconoscendo che quest'ultimo aveva giustamente individuato la presenza di un gruppo estraneo, «dotato di carattere di alterità»⁶³ rispetto ai reati associativi contestati ai ricorrenti –, in questa pronuncia la Suprema Corte ha attribuito ad esso una riflessione erronea in punto di diritto che, a detta della pronuncia annotata, rivelerebbe la confusione tra due elementi strutturali della circostanza aggravante che vanno invece tenuti distinti.

La Corte territoriale, infatti, aveva affermato che la coincidenza soggettiva tra alcuni componenti delle associazioni e del gruppo estero non ostava al riconoscimento dell'esistenza di gruppi diversi, funzionale a configurare quell'alterità, tra gruppo e associazione, necessaria per integrare la fattispecie aggravante. Effettivamente, a ben

⁶⁰ Si veda Cass., sez. IV, 25 maggio 2022, n. 23132.

⁶¹ Si veda Cass., sez. IV, 25 maggio 2022, n. 23132, 35.

⁶² Così Cass., sez. IV, 25 maggio 2022, n. 23132, 35.

⁶³ Si veda Cass., sez. IV, 25 maggio 2022, n. 23132, 34.

vedere, così come la sentenza annotata ha stabilito, si tratta di un'argomentazione fallace, in quanto ritiene irrilevante, ai fini dell'immedesimazione tra associazione e gruppo organizzato, il distinto profilo strutturale della presenza nelle associazioni contestate di sodali operanti all'estero. Tale profilo, invece, riguarda il diverso elemento costitutivo del reato transnazionale, la cui sussistenza osta al requisito integrativo dell'aggravante della transnazionalità.

Questo perché esso è di per sé indice di un'autonoma forza espansiva oltre confine, sufficiente a conferire da sola ed in quanto tale natura transnazionale, al netto dell'apporto di gruppi esterni. Riaffermando tale principio consacrato nelle Sezioni Unite Adami e censurando il giudice del rinvio per non avere considerato come elemento ostativo all'applicazione dell'art. 61-bis c.p. proprio l'acclarata appartenenza ai sodali di soggetti pacificamente operanti all'estero, in tale occasione la Suprema Corte ha ribadito la necessità della «mancanza di immedesimazione [tra gruppo e associazione] richiedendo - piuttosto - che associazione per delinquere e gruppo criminale organizzato si pongano come entità o realtà organizzative differenti»⁶⁴.

La sentenza annotata, in definitiva, ricalcando l'*iter* argomentativo offerto dalle Sezioni Unite, ha avuto il pregio di aver rispettato con rigore il dato letterale della disciplina, con riferimento, tra gli altri, alla non sovrapponibilità del gruppo con le associazioni, secondo l'interpretazione, più volte segnalata, per la quale il requisito dell'offerta del contributo dello stesso alle associazioni ne implichi necessariamente l'alterità.

E così, allo stesso modo, è tornata, correttamente, sulla distinzione tra reato e aggravante transnazionale, segnandone il confine in maniera chiara e condivisibile, almeno secondo un approccio ermeneutico ossequioso della *littera legis*. Tuttavia, nonostante i pregi sin qui evidenziati, anche in questo caso il Giudice di legittimità, aderendo alle soluzioni offerte dal massimo consesso del massimo consesso, non è riuscito a superare le criticità della stessa, limitandosi a riaffermare quanto già deciso in precedenza.

5. Interpretazioni possibili de lege lata: quale l'opzione ermeneutica preferibile?

È innegabile che la formulazione letterale degli artt. 3 e 4 della l. 146/2006 sia opaca e che, come più volte ripetuto, non offra all'interprete una disposizione adeguata al livello di determinatezza che ogni legge penale richiederebbe. Proprio questo dato di incertezza, che produce una "zona grigia" in cui in astratto si nascondono diverse insidie ermeneutiche, dovrebbe spingere (ancor più di quanto non debba sempre fare) l'interprete ad un atteggiamento di massima cautela, portandolo un'interpretazione stretta della legge, privilegiando il più possibile il significato letterale della stessa e valorizzando una perimetrazione stringente della fattispecie in ottica tassativizzante.

D'altronde, «il testo non può essere liquefatto nel contesto, o aggirato attraverso

⁶⁴ Cfr. Cass., pen. Sez. V, 15 dicembre 2010, n. 1937.

una ottimizzazione della *ratio legis*, ed ogni esperimento ermeneutico deve arrestarsi – per riprendere una felice metafora di Natalino Irti - ai ‘cancelli delle parole’, giacché in ciascuna fattispecie è possibile e doveroso rintracciare un ‘carapace semantico’ che nessuna interpretazione può perforare, se non al prezzo di trasformarsi in normazione alternativa o creazionismo giuridico»⁶⁵.

Si tratta di un aspetto cruciale, non solo per la questione in oggetto, ma in generale per riportare in equilibrio i «rapporti tra la matrice democratico-parlamentare del testo e la dimensione epistemica e pluralistico-ermeneutica del sistema penale in azione»⁶⁶, immersi come siamo in un contesto nel quale vige, di fatto, il «primato della giurisdizione»⁶⁷. Solo così, infatti, è possibile limitare il rischio di trasferire «il potere di effettuare le scelte politico-criminali nelle mani di [...] una oligarchia priva di legittimazione democratica»⁶⁸, quale è quella dei giudicanti.

Ciò doverosamente premesso, per avvicinarsi alla questione che qui ci occupa direttamente, l’applicabilità o meno dell’aggravante di transnazionalità alla fattispecie associative, e tenendo come riferimento esegetico principale quello dell’interpretazione letterale, non si può che partire da una considerazione preliminare: «una delle maggiori problematiche che i compilatori si sono trovati ad affrontare è stata [proprio] quella della terminologia da utilizzare. Questione non nuova con specifico riferimento alla materia penale nel caso di convenzioni internazionali (si pensi alla esperienza dello statuto della Corte penale internazionale) e al rilievo che in essa assume il principio di stretta interpretazione, vincolato anzitutto al testo della legge»⁶⁹. Come già emerso in relazione alla nozione di “gruppo criminale organizzato”⁷⁰, dunque, è necessario, innanzitutto, soffermarsi sulle scelte lessicali, mai casuali, del legislatore. Il legislatore italiano, infatti, ha sostituito il termine “coinvolto”, (“involving”, in inglese, nella versione originale della Convenzione) di cui alla lettera c) dell’art. 3, con il termine “contributo” citato nell’art. 4, optando per un termine più incline a rappresentare mancanza di immedesimazione, scelta che pare confermare l’intenzione originaria di diversificare i soggetti che compongono il gruppo criminale con i soggetti che godono del contributo dello stesso⁷¹.

Nello stesso solco, poi, pare inserirsi il Documento di sintesi della discussione svolta sul disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale accolto dalla Commissione parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della criminalità mafiosa, nel quale si «stabilisce che il concetto di transnazionalità, da distinguere dalla mera internazionalità è ricondotto, dalla Commissione parlamentare d’inchiesta sul fenomeno

⁶⁵Così V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente: appunti di deontologia ermeneutica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 gennaio 2018, 7.

⁶⁶V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, cit., 138.

⁶⁷Così C. PIERGALLINI, *Il “penale” senza “Diritto”?*, in *questa Rivista*, 4 maggio 2023, 14.

⁶⁸Così C. PIERGALLINI, *Il “penale”*, cit., ibidem.

⁶⁹G. INSOLERA- T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., 32.

⁷⁰V. *supra*, paragrafo 3.

⁷¹Come ricordato da A. MINGIONE, in *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 15.

della criminalità organizzata mafiosa o simile»⁷², proprio alla «cooperazione sinergica che gruppi criminali di diverse nazionalità instaurano per ottimizzare lo sfruttamento di determinate opportunità di mercato illecito»⁷³.

Appare chiaro, in tali termini, che l'approdo delle Sezioni Unite Adami risulta essere, seppur non privo di criticità, il più rispettoso del dato letterale⁷⁴: «pur determinando considerevoli difficoltà, specialmente a livello investigativo, l'unica posizione interpretativa conforme al principio di diritto espresso dal massimo consesso e rispettosa, al tempo stesso, del dato letterale [...] della norma sembra essere quella volta a configurare l'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità ai reati fine dell'associazione per delinquere solo allorché il gruppo criminale organizzato che presti il contributo alla commissione del reato non coincida (per nulla) con l'associazione per delinquere stessa, ovvero, comunque con i concorrenti nel reato»⁷⁵.

Il principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite, peraltro, ha ristretto fortemente l'ambito di applicazione dell'aggravante di transnazionalità rispetto alle fattispecie associative. Appare, infatti, come una soluzione interpretativa "stretta"⁷⁶, da intendersi positivamente, al netto di ogni altra possibile considerazione di opportunità, come una scelta in grado di prevenire «aberrazioni creative rafforzando il piano delle garanzie individuali, il rispetto della separazione tra poteri [preservando il] nucleo semantico essenziale della disposizione»⁷⁷.

In ogni caso, in linea con tale approdo appare anche la *ratio legis* della legge 146/2006, con la quale il legislatore italiano ha chiaramente ritenuto degne di maggior gravità le fattispecie di reato commesse in Italia (almeno in parte) per mezzo della collaborazione di un gruppo criminale "estero". Proprio per questo, aderendo al testo, il giudice di legittimità nella sua più autorevole composizione ha sposato tale indirizzo. E ciò emerge in modo evidente nella sentenza⁷⁸, laddove le Sezioni Unite hanno sottolineato che «per offrire contezza al maggior tasso di disvalore insito nell'aggravante derivante dall'essersi avvalsi, per la commissione di un reato, dal contributo offerto da un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, occorre postulare una necessaria autonomia tra la condotta che integra il reato 'comune'

⁷² Sempre come indicato nella ricostruzione di A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 5: «si veda Documento di sintesi della discussione svolta sul disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (A.S. 2351) accolto dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità mafiosa o simile nella seduta del 23.3.2004».

⁷³ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati fine dell'associazione per delinquere*, cit., 5.

⁷⁴ Di opposta opinione, *ex multis*, F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 802.

⁷⁵ A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati fine dell'associazione per delinquere*, cit., 16.

⁷⁶ Sul concetto di "interpretazione stretta" si veda A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 296.

⁷⁷ Cfr., sul punto, A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità*, cit., *ibidem*.

⁷⁸ Così come precisamente ricostruito da A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 18.

e quella che vale a realizzare il contributo prestato dal gruppo transnazionale, giacché, ove i due fatti si realizzassero reciprocamente all'interno di una sola condotta, mancherebbe la ragione d'essere per ipotizzare la diversa – e più grave – lesione del bene protetto»⁷⁹.

Ecco perché «è proprio il contributo offerto da un gruppo criminale organizzato, impegnato in attività criminali in più di uno Stato, all'associazione per delinquere realizzata (almeno in parte) nel territorio italiano, a rendere quest'ultima fattispecie di reato più grave».

Diverso il discorso se, a partire dagli obiettivi della Convenzione, tanto quelli dichiarati quanto quelli emergenti da una lettura sistematica, il punto d'osservazione diviene la prospettiva teleologica. «Scopo della Convenzione di Palermo, scolpito chiaramente dall'art. 1, è quello di promuovere la cooperazione degli Stati – parte per prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace⁸⁰»: la logica pattizia, in tal senso, parrebbe consistere nella scelta di politica criminale di repressione dei fenomeni mafiosi in forma associativa proiettati al di fuori degli Stati nazionali in generale⁸¹ e non solo nel caso specifico indicato dall'art. 4 della l.146/2006. Questo dato granitico, tuttavia, non giustificerebbe comunque in alcun modo l'esondazione dell'interprete dagli argini imposti dalla disciplina italiana, considerato che gli obiettivi pattizi devono essere perseguiti in un'ottica di massimo rispetto per la sovranità degli Stati in materia penale e ritenuto che ai singoli Paesi spetta un ampio margine discrezionale di apprezzamento per l'attuazione delle disposizioni in tema di obblighi di incriminazione⁸².

Proprio «la Convenzione di Palermo, del resto, lascia ampi margini d'azione agli Stati Parte in merito alle modalità esecutive con cui neutralizzare il fenomeno della criminalità organizzata transnazionale, limitando il proprio vincolo nell'obbligo di penalizzazione di determinate condotte caratterizzate dal fatto di avere carattere transnazionale e di vedere coinvolto un gruppo criminale organizzato»⁸³.

In tal senso, poi, è opportuno sottolineare che in materia penale, l'interpretazione conforme della disciplina nazionale alle fonti sovranazionali non può e non deve mai condurre ad approdi ermeneutici “creativi”, di “normazione mascherata”⁸⁴. Due criteri valutativi utili per poter scongiurare questo scenario sono sicuramente quello “logico” e quello “assiologico”: entrambi fungono da limiti che «costringono i percorsi dell'interpretazione conforme in materia penale»⁸⁵.

Nel caso in oggetto, partendo dal primo limite, quello logico, esso impone il rispetto dell'univoco tenore letterale o lessicale della disposizione. In tal senso, la

⁷⁹ Cass. Pen. Sez. Un., 23 aprile 2013, n. 18374.

⁸⁰ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 20.

⁸¹ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., ibidem.

⁸² A ben vedere, in effetti, come sottolinea V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 58, l'attività interpretativa non può certo «ridursi al semplice perseguimento di uno scopo o di un risultato, e, per questa via, a mero surrogato della politica – criminale».

⁸³ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 14.

⁸⁴ Espressione utilizzata da V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 56.

⁸⁵ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 56.

sentenza annotata, è rispettosa di questo principio, non avendo valicato l'argine letterale della disciplina⁸⁶ e non potendosi certo sostenere, per le relazioni sopraindicate rispetto al rispetto della *littera legis* da parte della sentenza annotata, che essa abbia prodotto «esiti ermeneutici *contra legem* (ossia tali da stravolgere il dettato normativo)». Anche per quanto riguarda il secondo criterio, quello assiologico, la sentenza annotata è apprezzabile perché non fa derivare dalla Convenzione per via interpretativa effetti sfavorevoli. Neppure per il tramite di una interpretazione conforme sarebbe accettabile, in tal senso, produrre tale risultato: «questo equivarrebbe a far ricadere sui singoli le conseguenze peggiorative dell'inadempimento statale nell'attuazione (o nella corretta trasposizione)»⁸⁷ degli obblighi pattizi. Se da un lato, dunque, «è evidente peraltro come la mancata previsione della menzionata aggravante, specificamente modellata sui reati associativi, generi al momento un'incoerente flessione di tutela, che privilegia (*in bonam partem*, ma in maniera del tutto irragionevole) i partecipi di associazioni transnazionali rispetto agli autori di reati semplici, alla cui realizzazione contribuiscano strutture transnazionali»⁸⁸, dall'altro è chiaro che questa irragionevolezza va misurata sul campo della modifica e della nuova proposta legislativa, ma non può, nello svolgimento dell'operazione ermeneutica, valicare il dato letterale. In definitiva, pur considerando quella delle Sezioni Unite Adami la migliore interpretazione possibile *rebus sic stantibus* per le ragioni sopracitate, e nonostante le vistose criticità in essa contenute⁸⁹ (dal punto di vista dell'*intentio legis*, così come in un'ottica di proporzionalità «sarebbe più logico – e più coerente, da un punto di vista sistematico, con l'impianto del trattato – e più coerente con gli scopi e con la *ratio* della Convenzione di Palermo, che l'aggravante della transnazionalità fosse astrattamente configurabile unicamente nelle fattispecie associative»⁹⁰). Per giungere a tale approdo, tuttavia, la riflessione si deve spostare necessariamente dal campo dell'analisi esegetica a quello *de lege ferenda*, essendo necessario in tal senso un intervento modificativo del legislatore, non essendo raggiungibile tale approdo se non attraverso distorsioni di tipo estensivo o analogico, inaccettabili in un ordinamento ancora informato, al netto dell'evidente erosione in corso⁹¹, dal principio di legalità e dai suoi corollari.

⁸⁶ Si tenga comunque conto che, come ritenuto da V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 56 nei casi di «resistenza ermeneutica» del testo (o del diritto vivente) la diastasi tra fonte interna e fonte sovranazionale – al di là delle ipotesi in cui si possa procedere alla disapplicazione diretta – potrà/dovrà essere ridotta solo, semmai, con un intervento “chirurgico” della Corte costituzionale, non diversamente da quanto accade – o dovrebbe accadere – di fronte a norme “interne” la cui interpretazione costituzionalmente orientata stravolgerebbe il dettato normativo: viceversa, si finirebbe col trasformare l'interpretazione adeguatrice in “normazione mascherata” (o in vera e propria “*Alternativ-Normierung*”) da parte del giudice ordinario.

⁸⁷ Sempre V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 64. L'autore nel caso di specie si riferisce agli obblighi comunitari, ma la riflessione soprariportata è pertinente anche rispetto agli obblighi sovranazionali in senso lato, proprio come la Convenzione di Palermo.

⁸⁸ F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo*, cit., 808.

⁸⁹ V. *supra* par. 3 e 4.

⁹⁰ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 14.

⁹¹ Sull'erosione del principio di legalità si vedano *ex multis* F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019; G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014.

6. Superare l'impasse: la necessità di un intervento del legislatore. Riflessioni a margine dell'attuale scenario giurisprudenziale e brevi appunti *de iure condendo*.

Allo stato attuale, le uniche due interpretazioni da un lato conformi all'infelice dato letterale della norma e al tempo stesso allineate all'orientamento delle Sezioni Unite consistono, da un lato, nell'applicabilità dell'aggravante ex art. 4 alle fattispecie associative solo qualora il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa, e, dall'altro nella configurabilità dell'aggravante anche ai reati fine dell'associazione solo qualora il gruppo criminale organizzato che presti il contributo alla commissione del reato non coincida per nulla con l'associazione a delinquere stessa⁹². Posto questo approdo, in base al quale il legislatore italiano sembra aver ritenuto degni di maggior gravità, non già i reati commessi in forma associativa in parte in Italia e in parte all'estero (per i quali sono state comunque riservate le sanzioni previste dall'art. 3), bensì unicamente le fattispecie di reato commesse in Italia (almeno in parte) per mezzo della cooperazione di un gruppo criminale estero, che comunque parte della dottrina contesta ipotizzando l'applicabilità dell'aggravante, allo stato attuale, ai soli reati fine delle associazioni operanti a livello transnazionale⁹³, è utile riflettere su alcune ipotesi *de iure condendo* per superare le criticità già soprariportate e definire, in modo chiaro, l'area d'intervento dell'aggravante in questione.

Come sottolineato da attenta dottrina, il risultato prodotto dall'attuale assetto normativo ed ermeneutico produce un paradosso: vengono sanzionati in maniera più aspra i reati fine commessi dai membri di un'associazione per delinquere che la stessa associazione sovranazionale⁹⁴. Vanno incontro, di fatto, irragionevolmente, a un trattamento meno severo i partecipi di associazioni transnazionali rispetto agli autori di reati semplici alla cui realizzazione contribuiscono strutture transnazionali⁹⁵.

Questo, oltre a produrre conseguenze non condivisibili dal punto di vista della proporzionalità e della dosimetria sanzionatoria, appare fortemente in contrasto con gli obiettivi posti dalla Convenzione di Palermo. Se l'obiettivo della Convenzione, infatti, era quello di fornire nella materia del crimine organizzato un quadro di riferimento omogeneo per poter agevolare la repressione di pericolose forme di criminalità

⁹² Come sottolineato da A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 18: «La chiara presa di posizione del massimo consesso, in questo senso, non pare lasciare spazio a interpretazioni differenti da quella sviluppata nel paragrafo che precede: se le Sezioni Unite Adami interpretano letteralmente la locuzione "dare il proprio contributo" come postulato di alterità tra i soggetti costituenti il gruppo criminale organizzato e i soggetti che beneficiano dell'apporto da parte del medesimo, non pare poter avere diritto di cittadinanza una diversa interpretazione giurisprudenziale che, al contrario, riconosca la configurabilità dell'aggravante rispetto ai reati fine dell'associazione in presenza di coincidenza tra il gruppo che presta il contributo (ossia l'associazione per delinquere e il soggetto che commette materialmente il reato (ossia i partecipi dell'associazione stessa))».

⁹³ Si veda A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, 2015, 163.

⁹⁴ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati*, cit., 20.

⁹⁵ Così F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 808.

organizzata transnazionale, appare logico, rispetto alla *ratio* ora descritta, che l'obiettivo sia quello di contrastare i fenomeni associativi proiettati al di fuori dei confini nazionali in generale più che contrastare unicamente la collaborazione tra gruppi operanti principalmente nei propri Stati (con l'intento di neutralizzare l'apporto che un gruppo criminale estero possa fornire rispetto alla commissione di gravi reati in Italia)⁹⁶. Di fatto, la scelta del legislatore italiano è stata quella di punire con maggiore severità le fattispecie di reato integrate in Italia, almeno in parte, con la collaborazione di un gruppo estero, rispetto ai reati in forma associativa commessi in parte in Italia e in parte all'estero⁹⁷. Alla luce di ciò, appare non rinviabile un intervento del legislatore volto a meglio circoscrivere l'area d'intervento dell'aggravante della transnazionalità, possibilmente ad un nucleo di ipotesi chiaramente individuabili nel solco del «tipo legale tassativo»⁹⁸.

Giunti alla conclusione, nella piena consapevolezza del delicato equilibrio sul quale si muove la riflessione *de lege ferenda* in materia di aggravante di transnazionalità, pare opportuno proporre alcune brevi e non esaustive considerazioni in merito a possibili interventi per superare l'attuale contesto, costretto, dall'invalidabile interpretazione letterale della disciplina, tra l'*impasse* interpretativa e i paradossi rappresentati.

Innanzitutto, sfruttando l'ampio margine d'azione concesso dalla Convenzione di Palermo agli Stati, sarebbe opportuno utilizzare «a livello nazionale»⁹⁹ il concetto di associazione in tutti i casi di rilievo del concetto di gruppo strutturato a livello pattizio, superando le criticità precedentemente illustrate¹⁰⁰ grazie alla scelta di una nozione già

⁹⁶ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati*, cit., 14.

⁹⁷ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati*, cit., 15.

⁹⁸ V. MAIELLO, [La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi](#), in questa Rivista, 3/2020, 138.

⁹⁹ Proposta di F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 808.

¹⁰⁰ Il concetto di "gruppo criminale organizzato" è stato fin dalle prime sentenze in materia oggetto di dispute e di differenti interpretazioni. Considerato questo, e tenendo presente che, secondo la maggioranza della letteratura, la vera *ratio* sottesa alla Convenzione ONU di Palermo non era tanto quella di introdurre un nuovo modello d'incriminazione da situare a metà strada tra il concorso di persone e le fattispecie associative, ma quella di offrire nella materia del crimine organizzato un quadro di razionalizzazione, per affrontare in maniera più efficace e coordinata a standard omogenei pericolose forme di criminalità sovranazionale. È ragionevole sostenere, allora, a fronte di questi presupposti, che la Convenzione, e così la legge di ratifica, intendesse semplicemente rimarcare la maggiore pericolosità insita nella realizzazione di un reato attraverso il 'coinvolgimento' di una struttura organizzata transnazionale, imponendo obblighi di incriminazione, aggravati di pena e altre sfavorevoli conseguenze sostanziali e procedurali". Ciò detto, se è probabilmente vero che la *ratio* della Convenzione era quella appena presentata, la sovrapposibilità tra associazione e gruppo criminale non è riscontrabile, oggi, nel testo di legge. Posta l'evidente infelicità della *littera legis*, e anche volendo rintracciare una possibile scarsa accortezza attuativa del legislatore, colpevole secondo alcuni, di una vera e proprio errore che avrebbe portato a tradurre in maniera acritica le parole della fonte sopranazionale, ignorando esigenze di coordinamento e raccordo sistematico, non si può prescindere da un dato: nessuna di queste valutazioni o interpretazioni in chiave teleologica può giustificare, oggi, in materia penale, un'interpretazione che scavalchi, sovrainterpretandolo, il tenore letterale della norma. Ecco perché per superare l'*impasse* è necessario intervenire, *de lege ferenda*, come qui proposto, modificando la disciplina.

esistente nel nostro ordinamento e già nota agli interpreti¹⁰¹. Conseguenza naturale di questo passaggio, poi, sarebbe la scelta di utilizzare anche nell'art. 61 bis c.p., e dunque nell'aggravante di transnazionalità, la nozione di associazione al posto di quella di gruppo¹⁰². Proseguendo su questa linea, si potrebbe ipotizzare la creazione di una nuova aggravante speciale, "riferita esclusivamente ai reati associativi, la quale, privata dell'inconferente riferimento causale al 'contributo', si limiti a punire la dimensione transnazionale della struttura organizzativa, in quanto foriera di un quid pluris di pericolosità e dunque di un maggiore disvalore penalistico"¹⁰³. In tal modo, si otterrebbe tale risultato: l'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità non soltanto nei confronti dei partecipi di associazioni che cooperano con autonomi gruppi transnazionali ma anche nei confronti dei partecipi di associazioni transnazionali.

Una più attenta valorizzazione della *ratio* della Convenzione – che si può individuare nella «scelta criminale di repressione dei fenomeni mafiosi in forma associativa proiettati al di fuori degli Stati nazionali»¹⁰⁴, e non tanto al contrasto dei reati-fine in sé –, tuttavia, «potrebbe condurre all'applicabilità dell'aggravante di transnazionalità esclusivamente alle fattispecie associative»¹⁰⁵.

Peraltro, oltre alla valutazione in ordine agli scopi della Convenzione, è importante sottolineare che quello delle associazioni transnazionali è certamente «il caso

¹⁰¹ Non si ignorano le plurime criticità che accompagnano gli artt. 416 e ss. del c.p. e, in generale, le problematicità, anche a livello dogmatico, che da sempre caratterizzano la nozione di associazione. Se n'è dato cenno in apertura, indicando, seppur sommariamente, le principali questioni che animano il dibattito in letteratura. È noto il fenomeno, ormai sempre più diffuso, di spinta espansionistica da parte dell'interprete in tal senso. Tuttavia, dato il consolidamento nel nostro quadro legislativo e la presenza stabile nel tessuto del nostro diritto vivente, nonostante questi aspetti, che meriterebbero certamente profondi interventi di riforma in chiave tipizzante, si ritiene un'opzione più ragionevole, in ordine ai principi di legalità e di prevedibilità, la sostituzione dell'associazione con il gruppo criminale organizzato, ai fini di evitare ulteriori interpretazioni creative o estensive.

¹⁰² Cfr. F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, dove l'autore elabora la proposta a partire da un dato: ad oggi, come indicato dalla Sentenza Dalti, l'aggravante non sarebbe applicabile alle fattispecie associative *tout court*. Qui, invece, come già detto prima, si ritiene che l'interpretazione più vicina alla *littera legis*, nonostante tutte le criticità che porta con sé, e di cui si è lungamente parlato, sia comunque quella offerta dalla Sentenza Adami, per la quale l'aggravante si può configurare nei confronti delle fattispecie associative solo qualora il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa. Si giunge, dunque, alla medesima soluzione offerta dall'autore per un motivo diverso. Si ritiene, infatti, necessaria la modifica e la sostituzione non tanto per superare l'ontologica incompatibilità della stessa con le fattispecie associative, come lamentata dalla Sentenza Dalti, ma semmai per esigenze di tipizzazione, nell'ottica, sopra enunciata, di fornire all'interprete una nozione più chiara e consona alla nostra tradizione.

¹⁰³ Così F. FASANI, in *Rapporti fra reato associativo e aggravante della transnazionalità*, cit., 808.

¹⁰⁴ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati*, cit., 5.

¹⁰⁵ Così A. MINGIONE, *La configurazione della circostanza aggravante della transnazionalità*, cit., 20: «paradossalmente, sarebbe più logico, e più coerente con gli scopi e con la ratio della Convenzione di Palermo, che l'aggravante della transnazionalità fosse astrattamente configurabile unicamente nelle fattispecie associative: proprio il contrario di quanto oggi, a prescindere dalla soluzione interpretativa che si riterrà opportuno adottare, accade».

più comune e criminologicamente tipico nell'ambito della criminalità organizzata sopranazionale»¹⁰⁶.

A conferma di ciò il fatto che «fin dalla sua entrata in vigore, infatti, l'aggravante della transnazionalità nella prassi giudiziaria è stata ravvisata soprattutto in relazione ad una delle figure associative di cui agli artt. 416 e 416 bis c.p., oppure ad una delle altre ipotesi associative qualificate disseminate nel codice e nella legge complementare, in primis all'art. 74 DPR n. 309/1990»¹⁰⁷. Al netto, poi, di queste valutazioni in chiave teleologica, emerge a supporto di tale ipotesi un'attenta valutazione del principio di offensività. Ed in effetti, è sola fattispecie associativa transazionale a caratterizzarsi per un maggiore disvalore che rappresenterebbe un maggiore disvalore penalistico rispetto ai singoli delitti fine, che rappresenterebbe un *quid pluris* passibile dell'aggravamento in oggetto.

Delineato questo quadro, tanto complesso e problematico, e suggerite quelle che potrebbero risultare a nostro avviso alcune possibili opzioni chiarificatrici, appare non più rinviabile l'intervento del legislatore che in questa, così come in molte altre occasioni, dovrebbe osservare nella loro massima estensione i principi di tassatività e determinatezza, onde evitare di creare le basi per contrasti tanto vistosi quanto quelli sin qui evidenziati.

¹⁰⁶ G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, cit. 1246.

¹⁰⁷ G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, cit. ibidem.

PERSONALITÀ DEL RIMPROVERO E RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE NON OPERATIVO PER OMESSO IMPEDIMENTO DELL'ALTRUI REATO

*Cass., Sez. V, 13 giugno (13 settembre) 2022, n. 33582, Pres. De Gregorio, Rel.
Scordamaglia*

di Adil Chniter

In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, il concorso per omesso impedimento dell'evento dell'amministratore privo di delega è configurabile quando, nel quadro di una specifica contestualizzazione delle condotte illecite tenute dai consiglieri operativi in rapporto alle concrete modalità di funzionamento del consiglio di amministrazione, emerga la prova, da un lato, dell'effettiva conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di "segnali di allarme" inequivocabili dai quali desumere, secondo i criteri propri del dolo eventuale, l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altro, della volontà, nella forma del dolo indiretto, di non attivarsi per scongiurare detto evento, dovendosi infine accertare, sulla base di un giudizio prognostico controfattuale, la sussistenza del nesso causale tra le contestate omissioni e le condotte delittuose ascritte agli amministratori con delega. (massima ufficiale – Rv. 284175)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pronuncia della Corte di cassazione. – 3. Il potere impeditivo quale elemento caratterizzante la tipicità della condotta omissiva e l'irrinunciabilità dell'accertamento del nesso causale. – 4. La prova del dolo e la semantica dei segnali d'allarme. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La decisione in commento si segnala per aver affermato la necessità che l'applicazione dei criteri di allocazione della responsabilità penale nell'ambito delle organizzazioni complesse sia governata dai principi di garanzia che compongono il "volto costituzionale" del sistema penale. Uno dei *tòpoi* nel settore della criminalità economica, infatti, è costituito dal problema dell'imputazione¹, rispetto al quale si è

¹ In questi termini, cfr. C. PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 1998, Bologna, 127 s. Intendendosi qui, con il termine "imputazione", un giudizio di valutazione della responsabilità sulla base di principi e norme che devono essere ricavati dall'intero sistema penale, in applicazione del principio di personalità

manifestata una funzionalizzazione in chiave politico-criminale delle categorie penalistiche². Le modalità di accertamento della responsabilità che ne derivano – prendendo in prestito le parole di Victor Hugo – presentano «tanti vizi quanti sono i buchi nel mantello di Diogene»³, generando notevoli frizioni con i principi di legalità e personalità della responsabilità penale.

Le torsioni principali hanno ad oggetto, anzitutto, i temi dell'accertamento causale, sovente oggetto di semplificazioni processuali e di fallacie argomentative⁴, e già della ricostruzione delle posizioni di garanzia⁵, la cui esistenza viene riscontrata a prescindere dalla presenza di effettivi poteri impeditivi, ovvero tramite l'individuazione di nuovi obblighi di garanzia di matrice giurisprudenziale. Sul versante della colpevolezza, poi, si assiste ad un processo di normativizzazione del dolo che determina un depauperamento della componente volitiva⁶. Mostrando un'apprezzabile sensibilità rispetto a tali problematiche e ai rischi di responsabilità da posizione che si annidano dietro il complesso di tali fattori, la Corte di cassazione ha affermato la centralità di un rigoroso accertamento della sussistenza del rapporto di causalità tra condotta omissiva e verifica dell'evento pregiudizievole, nonché della tipicità soggettiva, al fine di evitare insanabili contrasti con il principio di personalità della responsabilità penale⁷.

della responsabilità penale (ex art. 27 Cost.). Si v. anche il riferimento, nei medesimi termini, alla «*imputatio*» effettuato da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 344 ss.

² Sul tema, cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004, *passim*, in ptc. 379 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2017, 508 ss.

³ V. HUGO, *I miserabili*, ed. Einaudi, Torino, 2014, 623.

⁴ Cfr. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Padova, 2022, 52 ss. Sul ricorso ad espedienti e scorciatoie euristiche, ed in particolare sul tema dei bias cognitivi, si v. S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 583 ss.; cfr. anche, R. RUMIATI, *Pagare o evadere le tasse: processi razionali e biases decisionali*, in R. BORSARI-L. SAMMICHELI-C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus: neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2016, 34 ss.

⁵ Sulla vocazione estensiva della posizione di garanzia ed i riflessi sul principio di personalità della responsabilità penale, si v. V. MANES-F. MAZZACUVA, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, in L. BALESTRA-M. MARTINO (a cura di), *Crisi di impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società di capitali*, Milano, 2022, 399 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 508 ss.; cfr. anche, A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1992, 193 ss.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1988, 130 ss.

⁶ Fino a giungere ad un appiattimento del dolo sul piano della colpa. Cfr. C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2000, 466 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, cit., 379 ss.; C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2000, 1265 ss. Specialmente al cospetto del dolo eventuale, il cui accertamento presta facilmente il fianco a degenerazioni retoriche tramite il ricorso ai c.d. segnali d'allarme ed alla distorsione della loro semantica.

⁷ Frizioni che risultano inoltre acute dal ricorso allo schema d'imputazione dell'art. 40 cpv. c.p., la cui carenza di determinatezza è stata evidenziata a più riprese dalla dottrina. Cfr., sul tema, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 375 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti in onore di F. Stella*, Milano, 2007, 981 ss. Per una ricognizione delle problematiche e delle teorie che suggeriscono un'applicazione residuale di tale "grimaldello" giuridico capace di forzare le

2. La pronuncia della Corte di cassazione.

La sentenza in commento trae origine da un più ampio procedimento, relativo a diverse fattispecie tributarie e fallimentari, che ha coinvolto varie società cooperative facenti capo ad un consorzio. Al ricorrente è stato contestato di aver concorso nei delitti di bancarotta patrimoniale, di bancarotta da falso in bilancio e di bancarotta semplice, commessi dagli amministratori operativi del consorzio in cui egli ricopriva la posizione di amministratore privo di deleghe, omettendo di adempiere, in presenza di gravi segnali di pericolo, alla funzione di controllo assegnatagli. Ad avviso dei giudici di merito, l'amministratore, non solo non avrebbe impedito l'evento pregiudizievole ma, restando inerte, lo avrebbe avallato in termini di dolo eventuale.

Difatti, la sussistenza dell'elemento soggettivo è stata ritenuta provata sulla base della «volontaria assoluta inerzia *in vigilando*» serbata dall'amministratore, affiancata dalla «consapevole assunzione del rischio di illeciti gestionali ad opera dei delegati»⁸. Secondo la Corte d'Appello di Bologna se l'amministratore avesse usato la diligenza richiesta dalla natura del suo incarico, «*non avrebbe potuto non interrogarsi*»⁹ sulle incongruenze derivanti dalle reiterate falsità in bilancio, aventi ad oggetto rapporti negoziali finalizzati al mantenimento del regime di fiscalità agevolata, e la sopravvalutazione delle poste attive al fine di dissimulare le perdite d'esercizio. Tale «cosmesi contabile», a parere dei giudicanti di merito, non sarebbe stata sufficiente ad impedire al consigliere non operativo di effettuare i controlli sull'andamento della gestione dell'intero consorzio, adempiendo così ai propri doveri.

La Corte regolatrice ha rilevato nella pronuncia di merito errori in diritto ed omissioni argomentative che hanno determinato l'annullamento con rinvio. Innanzitutto, è stato evidenziato come con la riforma della disciplina societaria (avvenuta con il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6) la responsabilità dell'amministratore privo di deleghe per omesso impedimento abbia subito una contrazione a seguito della sostituzione del generale obbligo di vigilanza con quello di agire informato (*ex art. 2381 co. 6 c.c.*). Di talché, la sentenza di merito risulta viziata in quanto ricostruisce erroneamente l'obbligo giuridico che fonda la posizione di garanzia. Inoltre, la Corte ha rilevato nella sentenza di merito una totale carenza motivazionale in punto di accertamento dell'effettiva incidenza causale – da eseguirsi tramite un giudizio controfattuale – che l'omissione da parte del ricorrente avrebbe avuto sulla realizzazione delle operazioni di diminuzione del patrimonio del consorzio e sull'aggravamento del dissesto, a seguito delle condotte degli operativi.

rigide maglie della tipicità penale si v. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 189 ss. In particolare, sui problemi di determinatezza dovute alla c.d. criminalizzazione secondaria si v. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 13 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

⁸ Cass. pen., sez. V, 13 giugno 2022, n. 33582, par. 3 del considerato in diritto.

⁹ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

Con riguardo all'elemento soggettivo i giudicanti di merito non si sarebbero attenuti al principio, ormai consolidato da diverse pronunce della Corte di cassazione¹⁰, che richiede la prova dell'effettiva conoscenza, da parte dell'amministratore non delegato, di fatti pregiudizievoli per la società – avendo riguardo al concreto funzionamento della stessa –, o, quantomeno, di segnali d'allarme inequivocabili e correttamente percepiti dal soggetto. Da una valutazione di tali "indici rivelatori", correttamente contestualizzati, si deve dimostrare che il soggetto si era rappresentato la probabilità della verifica dell'evento pregiudizievole – confrontandosi con la specifica categoria d'evento – e che tramite la sua omissione, «dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare», abbia voluto agire anche a costo che tale evento si verificasse¹¹.

Affinché si possa giungere ad un giudizio di responsabilità penale per fatto proprio e colpevole, conclude la Corte di cassazione, non può ritenersi sufficiente il mero riscontro del mancato esercizio dei doveri di intervento in presenza di sintomi di criticità nell'informazione societaria, solo oggettivamente considerati, in quanto un simile percorso decisionale si risolverebbe in una condanna basata sul paradigma della responsabilità da posizione. Per poter affermare la volontaria partecipazione dell'amministratore privo di deleghe alle condotte illecite degli operativi deve essere provato, oltre ogni ragionevole dubbio, l'atteggiamento psicologico che ha animato la condotta omissiva, dovendo tenere ben distinti il piano doloso da quello colposo.

3. Il potere impeditivo quale elemento caratterizzante la tipicità della condotta omissiva e l'irrinunciabilità dell'accertamento del nesso causale.

La decisione della Corte di cassazione si lascia particolarmente apprezzare per quanto espresso in tema di causalità. Frequentemente si riscontra nella giurisprudenza – come si dirà oltre, anche per via della mancata individuazione dei precisi poteri che il garante avrebbe dovuto attivare – l'inclinazione ad eludere la prova del nesso eziologico tra l'azione omessa e l'evento pregiudizievole che si è verificato¹². I giudici di legittimità evidenziano, invece, l'assenza di motivazione sul punto da parte della Corte territoriale, la quale avrebbe dovuto provare, tramite un giudizio controfattuale, che qualora fossero state realizzate le doverose attività di intervento le condotte illecite dei delegati non si sarebbero verificate¹³.

¹⁰ *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2018, n. 42568; Cass. pen., sez. I, 09 marzo 2018, n. 14783.

¹¹ Aderendo così all'orientamento della Corte di legittimità, Cass. pen., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343; riprendendo il passaggio del par. 50 del considerato in diritto ed in particolare p. 173. Richiamando, inoltre, le c.d. formule di Frank; sul tema, cfr. L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale*, in Cass., S.U., 24 aprile 2014, (*Thyssenkrupp*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 623 ss.

¹² Non sono però mancate pronunce in cui la Corte di legittimità ha ritenuto viziata la sentenza di merito per la mancata individuazione della condotta che in concreto il garante avrebbe dovuto adottare per impedire la realizzazione dell'altrui reato. In questi termini, in tema di responsabilità omissiva impropria dei sindaci, si v. Cass. pen., sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595.

¹³ Alla stregua della teoria della *condicio sine qua non*, con i correttivi della causalità umana, della sussunzione

La carenza motivazionale è spesso sintomo di ragionamenti fallaci che, muovendo da *bias* cognitivi – come la logica del *post hoc, ergo propter hoc*¹⁴ –, fanno ritenere che sia sufficiente la verifica dell'evento-reato che il garante aveva l'obbligo di impedire, e l'individuazione di una mancanza di diligenza da parte di quest'ultimo, per poter affermare la sussistenza di un rapporto di causalità tra l'omissione ed il fatto pregiudizievole. Nonostante la tendenza di buona parte della giurisprudenza a "sfibrare", se non addirittura eludere, l'accertamento causale nei reati omissivi impropri, è necessario – come è ovvio – che sia provata, secondo il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹⁵, la sussistenza di tutti gli elementi del reato¹⁶, risultando tipica (*ex art. 40 cpv. c.p.*) la condotta omissiva caratterizzata da idoneità causale¹⁷. Alla luce dei poteri riconosciuti in capo all'amministratore privo di delega, perlopiù di tipo mediato, è necessario verificare se il loro esercizio, ad esempio richiedendo che venissero fornite maggiori informazioni al consiglio di amministrazione o agli organi deputati al controllo societario, avrebbe certamente impedito il reato commesso dagli operativi, poiché «l'omissione di iniziative di esito incerto non basta a

sotto leggi specifiche e dell'elevata probabilità logica prossima alla certezza. In argomento, cfr. F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2004, 984 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 375 ss.; F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali l'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 9/2004, 1062 ss.

¹⁴ Sui *bias* cognitivi, si v. S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, cit., 583 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, IV, Milano, 2010, 35 ss.; R. RUMIATI, *Pagare o evadere le tasse: processi razionali e biases decisionali*, in R. BORSARI-L. SAMMICHELI-C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus: neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, cit., 34 ss.; cfr. anche V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 4/2021, 633 ss.

¹⁵ In attuazione della presunzione di innocenza e della garanzia del *in dubio pro reo*, per la cui centralità è sufficiente il richiamo alla celebre massima di Carrara: «vi sono di quelle verità che potrebbero dirsi piuttosto scolpite nel cuore dell'uomo dal dito di Dio, anziché derivare da umane convenienze o da logiche deduzioni. Una di queste verità eterne è quella che tutti i filosofi ripeterono, tutti i codici rispettarono, tutte le genti venerarono nell'aurea massima *in dubio pro reo*». F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, ed. 1898, 51 ss. Proprio in relazione alla prova del nesso causale può essere opportuno rievocare un passo dell'illustre Autore, citato da D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull'"oltre il ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2002, 743 s. Scriveva Carrara, in merito ad una sentenza di condanna basata sulla probabilità che un'omissione fosse la causa di una morte, che così facendo il giudice «ritiene come probabile che il delitto fosse commesso. [...] Sente ognuno che la probabilità non è certezza; che la probabilità ammette il possibile in contrario, e che perciò il giudice che dichiara probabile il delitto nel suo materiale, ammette che possa ancora non esservi stato delitto nessuno. E se intanto condanna, ci condanna quantunque *non liquido constant* del corpo del delitto; [...] e conculca così la regola più sicura del diritto penale». In definitiva, «nessuno può essere punito per un evento del quale non sia stato cagione. [...] La essenza del delitto sta nella causa della morte, non nella morte, né nella colpa». F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, ed. 1898, 57 ss.

¹⁶ Sull'argomento si v., F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 984 ss.; C.F. GROSSO, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, in *Scritti per Federico Stella*, cit., 729 ss. Cfr., anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 375 ss.; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.

¹⁷ Si v. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641 ss. Dove l'A. evidenzia tra l'altro come «l'inclusione dell'efficacia impeditiva tra i requisiti di tipicità dei reati omissivi impropri incide, inevitabilmente, sulla selezione dei poteri di intervento attivabili dal garante».

fondare un addebito di concorso»¹⁸. In definitiva, l'accertamento causale risulterà nella prassi difficile¹⁹, in quanto il giudice è tenuto a vagliare tutte le circostanze del caso concreto per verificare se l'esercizio di quel potere *ex ante* potenzialmente idoneo ad evitare l'evento, avrebbe, *ex post*, realmente impedito – oltre ogni ragionevole dubbio – la verifica dell'illecito. Nonostante le possibili difficoltà di tale accertamento, come correttamente ribadito dalla sentenza in oggetto, la prova del nesso causale non può essere elusa²⁰, in quanto verrebbero violati i principi di legalità e di colpevolezza.

Con riferimento ai requisiti da considerare ai fini della ricostruzione della posizione di garanzia dell'amministratore privo di deleghe, la Corte procede all'individuazione dell'obbligo giuridico su cui si fonda la *Garantenstellung*. Nonostante l'eliminazione dell'obbligo di vigilanza per gli amministratori non operativi – che nella prassi risultava inesigibile²¹ – non è comunque venuto meno il riferimento, contenuto nell'art. 2392 c.c., al loro dovere di impedire l'evento pregiudizievole, qualora ne fossero

¹⁸ Si esprime in questi termini C. PEDRAZZI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*. Artt. 216-227, Bologna, 1995, 283. Sulla stessa linea si pone anche Crespi, che fa riferimento alla necessità che l'azione crei «un sicuro ostacolo» alla realizzazione dell'evento pregiudizievole, A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale delle società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 541.

¹⁹ Si v. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1037 ss. In aggiunta alle difficoltà derivanti dall'assenza di una «fisicità dell'apporto umano alla serie causale» e, dunque, alla necessità di ricorrere ad un giudizio ipotetico-normativo. G. FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, 1988, 127 ss.; cfr. anche C.F. GROSSO, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, cit., 729 ss.

²⁰ Ad esempio, ritenendo sufficiente la mera constatazione di un mancato adempimento dell'obbligo di controllo, argomentando che ciò può aver comportato un aumento del rischio, ovvero, sulla scorta di schemi di matrice civilistica, ricorrendo a presunzioni e prescindendo, dunque, dall'accertamento di un vero rapporto causa-effetto. Simili orientamenti non possono essere condivisi in quanto determinano un'insostenibile espansione della responsabilità per omesso impedimento. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1043 ss. In giurisprudenza, sull'importanza dell'accertamento del nesso di causalità, si v. anche Cass. pen., SS.UU., 10 luglio 2002, n. 30328.

²¹ Un simile obbligo finiva per concretizzarsi in una responsabilità oggettiva, da posizione. È stato evidenziato in dottrina come nel reale funzionamento della società sia l'amministratore operativo, dotato di poteri gestori, a prendere le decisioni necessarie al funzionamento dell'attività d'impresa. I c.d. *outside directors*, molto spesso, hanno poca contezza della reale gestione societaria, venendo paragonati a dei meri *rubber stampers*, ossia soggetti che non esercitano un effettivo controllo ma svolgono solo una funzione di approvazione dell'operato del *management*. Ciò ha delle evidenti ricadute sia sul piano soggettivo della colpevolezza, potendo i controllori essere persino inconsapevoli delle effettive dinamiche relative alla gestione sociale, sia sul piano oggettivo in relazione alla possibilità di esercitare poteri realmente impeditivi. Sul tema appaiono eloquenti le parole di Antolisei, secondo cui solo gli amministratori delegati fanno «quello che bolle in pentola e in definitiva fanno quello che vogliono: il bello e il cattivo tempo. Gli altri consiglieri non sono molto di più che comparse, [...] sanno ben poco della situazione e degli affari della società, specialmente quando si tratta di grandi e complessi organismi, e non esercitano alcuna influenza sulla gestione sociale». F. ANTOLISEI, (a cura di L. CONTI), *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, Milano, 1999, 85. Ripreso da F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 988 ss. In relazione alla locuzione di «*rubber stampers*» si v. J. TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton, 2005, 29.

venuti a conoscenza ed avessero avuto la possibilità di evitarne la realizzazione²². A fronte di un obbligo giuridico caratterizzato da una simile vaghezza²³, esigenze di legalità impongono di individuare con precisione i poteri di cui dispone il garante, al fine di rendere maggiormente tassativa la disciplina, selezionando le modalità tipiche della condotta. A tale proposito, la Corte di legittimità afferma che «gli amministratori sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni loro proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa»²⁴. Tale statuizione, letta alla luce del principio di correlazione tra doveri imposti al garante e i poteri di cui dispone²⁵, può portare a ritenere che a rilevare siano solo i poteri “tipici”, normativamente previsti²⁶. Ai fini dell’individuazione dei poteri realmente impeditivi risulta fondamentale, inoltre, la capacità di incidere sulla verifica dell’evento, inteso come fatto concreto, verificatosi *hic et nunc*, con tutte le sue caratteristiche essenziali²⁷. Inoltre, affinché i

²² Confermando, dunque, quanto affermato nella celebre decisione sul caso Bipop-carire, in cui la Corte di cassazione aveva riconosciuto una posizione di garanzia dei non operativi maggiormente definita e limitata a seguito della riforma ad opera del d. lgs. n. 6 del 2003. Cass. pen., sez. V, 04 maggio 2007, n. 23838 con note di D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 899 ss. e F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 1/2008, 109 ss. Sul tema, più di recente, si v. anche G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1/2019, 126 ss.

²³ Così, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 663 ss. Cfr. anche F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 317 ss.

²⁴ Cass. pen., sez. V, 13 giugno 2022, n. 33582, par. 4.1 del considerato in diritto. Ai fini dell’individuazione delle attribuzioni degli amministratori non operativi, assume rilievo anche il rinvio al comma 3 dell’art. 2381 c.c. e, più in generale, l’istituto della delega di funzioni.

²⁵ L’individuazione di un effettivo potere impeditivo, che definisce il contenuto dell’obbligo di impedire l’evento, risulta essenziale, anche in base al principio di correlazione tra dovere e potere, per giungere ad una valutazione sulla responsabilità del garante, per non aver impedito il fatto illecito altrui, rispettosa dei principi di legalità e colpevolezza. F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla base dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, 337 ss. Dove l’A. evidenzia come, nel rispetto del principio di legalità, l’obbligo di garanzia debba soddisfare determinati requisiti, tra cui la specificità del potere impeditivo in quanto è «l’azione doverosa che tipizza il reato di non impedimento». Inoltre, ai fini del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, al dovere di impedimento deve corrispondere un potere che sia impeditivo, preesistente ed azionabile in concreto; diversamente, un suo intervento sarebbe inesigibile e *ad impossibilia nemo tenetur*. Sul principio di correlazione si v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 383 ss.; F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 4/2007, 752 ss.; A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, cit., 215 ss.; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 597 ss.

²⁶ Sebbene sia riconosciuto da parte della dottrina come possano considerarsi impeditivi anche poteri di fatto, tale affermazione dovrebbe limitarsi ai casi in cui siano in gioco beni giuridici fondamentali, come la vita o l’incolumità fisica. Diversamente, qualora si faccia ricorso alla clausola di equivalenza dell’art. 40 cpv. c.p. in settori dell’ordinamento (come quello della criminalità d’impresa) in cui il bene giuridico tutelato sia solo strumentale, o artificiale, ovvero l’evento da impedire abbia carattere normativo, sarà necessario che il potere impeditivo del garante sia tipizzato; potendo esigere dal soggetto solo comportamenti normativamente previsti, anche ai fini del rispetto del principio di frammentarietà. In questo senso, cfr. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 645 e 656 ss.

²⁷ È necessario, inoltre, che il garante sia in grado di esercitare un potere di signoria sul decorso causale,

poteri riconosciuti ad un soggetto possano rilevare in relazione all'obbligo di impedimento dell'altrui reato, è necessario che ad essi corrispondano altrettanti doveri di conformazione, per cui il loro esercizio dovrà produrre effetti giuridici vincolanti sull'attività del soggetto controllato; restando così esclusi quelli in grado di esercitare solo una mera influenza sulle decisioni altrui²⁸.

Tra le modifiche più rilevanti apportate dalla già citata riforma del diritto societario vi è l'introduzione di un obbligo di valutazione da parte del consiglio di amministrazione, con la previsione di un sistema procedimentalizzato di flussi informativi procedenti dagli organi delegati verso i deleganti²⁹. In capo al consiglio di amministrazione è infatti previsto un dovere di valutazione sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, nonché del generale andamento della gestione, sulla base delle informazioni e delle relazioni ricevute dagli organi delegati. Affinché tale sistema risulti efficace, questi ultimi sono obbligati, a norma dell'art. 2381 co. 5 c.c., a fornire, al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale, con prestabilita periodicità, adeguate informazioni sul generale andamento della gestione e sulle operazioni di maggior rilievo. Orbene, se da un lato è indubbia la centralità che il flusso di informazioni riveste nella riformata disciplina³⁰, dall'altro non appare semplice determinare quale sia il livello di comunicazioni sufficiente a permettere al consiglio di amministrazione di effettuare le valutazioni richieste, e, di conseguenza, quando sorga l'obbligo di attivazione in capo ai consiglieri non operativi³¹.

Proprio alla luce del funzionamento dei flussi informativi, l'obbligo di agire informato imposto dal comma 6 dell'art. 2381 c.c. non può essere esteso a tal punto da assimilarlo ad un obbligo di vigilanza attiva³², in quanto l'amministratore privo di

altrimenti ci si espone al rischio di agevolare possibili degradazioni dell'accertamento del nesso causale. Cfr. M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, 2005, 166; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 290 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1041 ss.

²⁸ In questo senso, A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 52 ss.

²⁹ Cfr. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 326 ss.; G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 117 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 62 ss.

³⁰ La vigente normativa, prevedendo precipui obblighi in capo agli organi operativi, dovrebbe contribuire a rendere più frequente l'emersione nella sfera conoscitiva dell'amministratore privo di deleghe l'esistenza di fatti pregiudizievoli. Si v. G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 135 ss.

³¹ Cfr. in proposito le riflessioni di A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 323 ss.

³² Si v. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 665 ss. Tale orientamento non pare condivisibile per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, una simile lettura si scontra con il mancato riconoscimento in capo all'amministratore *uti singulus* di poteri di indagini o ispezioni nei confronti degli organi operativi, il quale potrà solo richiedere che vengano fornite informazioni al consiglio di amministrazione (contrasterebbe, poi, con il requisito della non ingerenza richiesto ai fini della validità della delega di funzioni). Inoltre, un simile obbligo non sarebbe in concreto dissimile

deleghe viene principalmente a conoscenza delle operazioni e della generale situazione societaria tramite le informazioni e le relazioni ricevute dai delegati. Deve ritenersi fisiologico, stante anche la divisione dei compiti all'interno delle organizzazioni complesse, il legittimo affidamento sull'operato altrui, potendosi esigere un suo intervento solamente qualora particolari circostanze facciano sorgere ragionevoli dubbi in merito alla permanenza di tale affidabilità³³. Orbene, a fronte dell'inesigibilità di un obbligo di vigilanza attiva, gli amministratori saranno in grado di operare una valutazione in ordine alla necessità di attivare il loro potere/dovere di agire informati, solo qualora siano raggiunti da comunicazioni che permettano loro di comprendere la reale situazione della società. L'obbligo di agire informato deve ritenersi un obbligo strumentale³⁴, necessario affinché il consiglio di amministrazione – vero destinatario dell'obbligo di valutazione – possa operare correttamente e, nel caso, assumere iniziative esercitando i propri poteri, quali la revoca o l'avocazione degli incarichi delegati agli organi operativi; poteri, questi, in grado di frapporre un ostacolo alla verifica di eventi pregiudizievoli per la società. In definitiva, dunque, le comunicazioni assumono un ruolo essenziale rispetto all'attivazione dei poteri impeditivi³⁵.

La ricostruzione della posizione di garanzia effettuata dalla Corte, in relazione agli elementi fin qui analizzati, risulta espressione di un condivisibile orientamento particolarmente attento al rispetto dei principi costituzionali in materia penale, ma *in cauda venenum*. La decisione appare criticabile nella parte in cui non individua in concreto i precisi poteri cui possono fare ricorso gli amministratori, soffermandosi unicamente sugli obblighi giuridici che fondano la loro posizione di garanzia³⁶. A fronte della carenza di determinatezza derivante dal ricorso allo schema di imputazione del reato omissivo improprio, esigenze di legalità – specie nel settore del diritto penale fallimentare³⁷ – impongono la precisa individuazione dei poteri impeditivi in grado di

dall'obbligo di vigilanza eliminato dal legislatore in sede di riforma della disciplina societaria.

³³ Cfr., M. DE POLI, *Amministratori non esecutivi di banca e violazione del dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 3/2022, 459 ss.; G.D. MOSCO-S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, cit., 140 ss. In questo senso, in giurisprudenza si v. Cass. civ., sez. I, 29 dicembre 2017, n. 31204; Cass. civ., sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441, con nota di S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, in *Le Società*, 2/2017, 218 ss.

³⁴ In questi termini, A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 316 ss.

³⁵ Cfr. in proposito, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 672 ss.

³⁶ Difficilmente la giurisprudenza individua i poteri che l'amministratore avrebbe dovuto esercitare, ricorrendo a clausole generali, ovvero elencando atti solo astrattamente idonei ad impedire l'evento, trascurando così il principio di corrispondenza tra poteri e doveri. Appare, invece, necessario individuare un potere in grado di incidere sugli accadimenti, anche al fine di evitare che venga elusa la verifica del nesso causale. Sul punto, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, cit., 333 ss.

³⁷ Cfr. V. MANES-F. MAZZACUVA, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, in L. BALESTRA-M. MARTINO (a cura di), *Crisi di impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società di capitali*, cit., 399 ss. Dove viene evidenziato come la fisiologica possibilità di stati di crisi e la presenza di un contesto organizzato, che non sempre consente una chiara rappresentazione degli avvenimenti, rendono difficoltoso distinguere le condotte penalmente rilevanti. Oltre all'*an* di un suo intervento, anche l'individuazione del *quomodo* risulta

riempire il contenuto dell'obbligo di garanzia, che svolgerebbero così una funzione tassativizzante³⁸. Difatti, proprio al fine di non vanificare la funzione della posizione di garanzia quale limite operativo dell'art. 40 cpv. c.p., il contenuto dell'obbligo giuridico deve essere individuato in un potere che, se attivato, impedirebbe la realizzazione dell'evento, salvaguardando il bene giuridico³⁹. La necessità che i poteri che il soggetto è tenuto ad attivare siano realmente impeditivi è, inoltre, una diretta conseguenza della distinzione tra obblighi di garanzia e meri obblighi di sorveglianza⁴⁰.

La disciplina societaria, alla quale si ricorre per individuare prima l'obbligo giuridico e successivamente i poteri dei garanti, è caratterizzata dall'assenza di norme disciplinanti poteri direttamente impeditivi in capo ai singoli amministratori privi di delega. Invero, la circostanza che il garante per poter adempiere all'obbligo giuridico di

complessa, a fronte del *deficit* di determinatezza dovuto al rinvio dell'art. 40 cpv. c.p. alla disciplina civilistica. Tali difficoltà risultano, inoltre, acuite dalle caratteristiche del sistema penale dell'insolvenza contrassegnato dalla previsione di numerose ipotesi di bancarotta (che ne rappresentano l'architrave), caratterizzate da un'opacità dei testi delle fattispecie, o addirittura da indeterminatezza, dal ricorso alla tecnica di tipo casistico e all'uso di elementi normativi che creano problemi di intellegibilità della norma. Tali caratteristiche, unitamente ad un bene giuridico non "afferrabile", comportano una diminuzione della "funzione di richiamo" della fattispecie nei confronti dei consociati, non essendone immediatamente percepibile il disvalore. Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 19 ss. Si v. anche E. AMATI-N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, 191 ss.; N. MAZZACUVA, *Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario*, in *Pol. dir.*, 1984, 111 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, (diretto da), *Trattato diritto penale*, Milano, 2012, *passim*.

³⁸ Cfr. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 275 ss. e 290 ss. Il potere impeditivo assume un ruolo centrale nel campo della tipicità del reato omissivo improprio, apportando concretezza alle modalità di intervento orientate ad impedire l'evento ed individuando il limite di esigibilità dell'obbligo giuridico posto in capo al garante, che deve necessariamente corrispondere alla disponibilità di mezzi in grado intervenire sul decorso causale. In questo senso, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 383 s.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 641 ss.; *Relazione Progetto Grosso, Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" - Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 591 ss. Sul tema, più di recente si v. D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, *passim*, e in ptc. 128 ss. Sull'esigenza che i poteri siano sufficientemente determinati ed il loro esercizio normativamente disciplinato si era già espressa la Corte di cassazione in tema di bancarotta fraudolenta, evidenziando come ciò sia necessario al fine di poter accertare che, se attivati, avrebbero scongiurato l'evento. Proprio a fronte di obblighi giuridici strutturati in termini molto generici, occorre che i corrispondenti poteri impeditivi siano compiutamente definiti sul piano della tipicità. Si v. Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519; e Cass. pen., sez. V, 28 maggio 2013, n. 23000: «Se sono da intendere solidalmente responsabili, al pari di chi abbia cagionato un evento, coloro che "non hanno fatto quanto potevano" per impedirlo, occorre che quei poteri siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente».

³⁹ Cfr. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1028 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 78 ss.

⁴⁰ La prima presupporrebbe l'affidamento del bene giuridico al soggetto, mentre la seconda consisterebbe nel sorvegliare ed informare il garante o il titolare del bene, e rilevarebbe solamente in caso di autonoma tipizzazione da parte del legislatore. In argomento, cfr. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 192 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 33 ss.

impedire un evento debba attivare un potere intermedio, ossia che avrà la capacità di contrastare la verifica dell'evento illecito solo grazie all'intervento di un altro soggetto o di un organo, mal si concilia con la previsione di una posizione di garanzia⁴¹. Tra i diversi orientamenti in dottrina, vi è chi ritiene che anche i poteri mediati possano fondare l'esistenza di una posizione di garanzia, a patto che l'intervento altrui possa effettivamente impedire la commissione del reato⁴². L'organo chiamato ad intervenire dovrà essere dotato di poteri di blocco, ragionevolmente in grado di ostacolare la verifica dell'evento pregiudizievole. I limiti derivanti dal riconoscimento della rilevanza anche di tali poteri emergono – come già evidenziato – al momento dell'accertamento sull'effettiva incidenza che l'azione omessa avrebbe avuto sul decorso causale, dovendo essere provato, oltre ogni ragionevole dubbio, il nesso di causalità tra l'omissione e l'evento illecito⁴³. In definitiva, affinché vengano rispettati i principi di legalità e colpevolezza anche nel settore della criminalità economica, emerge la necessità di individuare i precisi requisiti dei poteri impeditivi che determinano la sfera di tipicità del reato commissivo mediante omissione⁴⁴.

⁴¹ D'altro canto, è stato evidenziato come la negazione di una posizione di garanzia in capo agli amministratori privi di delega lederebbe fortemente l'esigenza di tutela degli interessi protetti. Si v. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., 93 s.

⁴² A questo proposito, cfr. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 663 ss. Escludendo così dal novero dei poteri impeditivi strumenti tradizionalmente considerati tali, come il potere di impugnativa o di denuncia, e ricomprendendo invece l'attivazione di un organo competente. La disciplina societaria prevede sostanzialmente due azioni che possono essere eseguite autonomamente dal soggetto, l'impugnativa della delibera e la segnalazione all'autorità (previsti, rispettivamente, dagli artt. 2388 e 2409 c.c.), che non sembrano, però, avere valenza impeditiva, non solo in quanto richiedono l'intervento di ulteriori organi ma poiché nemmeno il coinvolgimento dei terzi consente l'esercizio di poteri direttamente impeditivi dell'evento criminoso *in fieri*. Ad esempio, a seguito della segnalazione al pubblico ministero (il quale, però, dopo la riforma, è legittimato esclusivamente per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e solamente qualora vi sia il rischio di gravi danni per la società) lo sviluppo dell'iter procedurale solo in taluni casi potrà portare alla revoca degli amministratori ed alla nomina di uno giudiziario (ex art. 2408 co. 2 c.c.). A tacere del fatto che di regola la denuncia ha ad oggetto fatti già accaduti e mal si concilia con lo schema preventivo dell'art. 40 co. 2 c.p. In relazione all'impugnazione delle delibere una parte della dottrina ha rilevato come sia efficace esclusivamente qualora la delibera non sia *self-executing* o quando il reato non si sia già perfezionato. In proposito si v. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1028 ss.

⁴³ In questo senso si esprimeva già la sent. Franzese, Cass. pen., SS.UU., 11 settembre 2002, n. 30328. Tale standard probatorio è ora anche codificato dall'art. 533 c.p.p., contribuendo così a garantire il rispetto del canone del *in dubio pro reo*. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1079 ss. Sul tema, cfr. anche A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 294 ss.

⁴⁴ In argomento, si v. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., 660 ss.

4. La prova del dolo e la semantica dei segnali d'allarme.

Il settore del diritto penale dell'impresa, oltre alle peculiari caratteristiche cui già si è accennato – dalla presenza di reati a soggettività ristretta ai problemi di determinatezza derivanti dalla scelta della tecnica legislativa nella descrizione della fattispecie – prevede, per lo più, fattispecie punibili unicamente a titolo doloso. Dunque, anche qualora dall'accertamento sul piano oggettivo emergesse la prova che un soggetto, gravato da una posizione di garanzia in forza di un obbligo giuridico, non aveva attivato i poteri di cui disponeva che avrebbero, invece, evitato la realizzazione dell'evento pregiudizievole, ciò non risulterebbe ancora sufficiente per giungere all'affermazione di una responsabilità penale. Difatti, deve prima essere correttamente vagliato il piano soggettivo per evitare che vengano punite a titolo doloso condotte che recano le stigmate della responsabilità colposa, basando il giudizio di colpevolezza sulla mera circostanza che il soggetto non si sia attivato secondo la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

Affinché vengano accantonate le scorie di un'ascrizione soggettiva della responsabilità contaminata da uno scivolamento del dolo sul piano della colpa, è necessario che venga provato che il garante si fosse rappresentato l'evento da impedire e volesse aderire alla sua causazione⁴⁵. Una simile necessità, costituzionalmente imposta⁴⁶, è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità fin dalla pronuncia della Cass. pen., sez. V, 04 maggio 2007, n. 23838 (c.d. sent. Bipop-Carire)⁴⁷, che con un *revirement*, ha sconfessato i propri precedenti che avevano dato vita, tramite il ricorso a presunzioni e semplificazioni dogmatiche, ad un vero e proprio processo di erosione dell'accertamento del dolo⁴⁸. Un tale stravolgimento della prova dell'elemento psicologico incontra un terreno fecondo nell'istituto del dolo eventuale e nel ricorso ai c.d. segnali d'allarme⁴⁹. Tramite il ricorso a tale figura vi è il rischio di indebolire già la

⁴⁵ Cfr., in proposito, M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 5/2015, 905 ss.

⁴⁶ In forza dell'art. 27 Cost., cfr. *ex multis* Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085.

⁴⁷ Cfr. D. PULITANO, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, cit., 899 ss.; F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 109 ss.

⁴⁸ Emblematiche al riguardo le sentenze emesse nell'ambito della vicenda del Banco ambrosiano – con l'impiego di formule del calibro del "non poteva non sapere" –, conclusasi con Cass. pen., 22 aprile 1998, con nota di C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, cit., 1265 ss.; cfr. A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1149 ss.

⁴⁹ Sul tema, cfr. G. DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 5/2012, 1974 ss.; C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, cit., 1266 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1048 ss. Ai fini dell'accertamento del dolo, i segnali d'allarme devono, necessariamente, essere stati effettivamente percepiti dal soggetto, avendo riguardo alla concreta situazione del singolo individuo. I c.d. "campanelli d'allarme" per poter fondare una responsabilità dolosa devono essere caratterizzati da univocità, e consentire di intravedere il retrostante evento illecito senza la necessità di ulteriori "indagini"; in caso contrario, l'inosservanza di un approfondimento finalizzato a sciogliere il dubbio in capo all'agente potrà al massimo integrare gli estremi della negligenza e, dunque, fondare un addebito per colpa. Infine, anche a voler tacere delle perplessità che sono state sollevate in relazione alla compatibilità del dolo eventuale con i reati omissivi

prova del momento rappresentativo, invece che richiederne una presenza più marcata in capo al soggetto, a fronte della peculiare forma che assume il requisito della volontà.

La Corte di cassazione, con la pronuncia in oggetto, ha ribadito l'importanza dell'accertamento in relazione alla volontà della verifica dell'evento. In particolare, proprio la corretta valutazione del momento volitivo si dimostra essenziale ai fini della differenziazione tra dolo eventuale e colpa con previsione⁵⁰. La mera inerzia, intesa quale mancato esercizio dei doveri di intervento, anche a fronte della presenza di segnali d'allarme, non è di per sé espressiva della volontaria adesione all'altrui condotta illecita⁵¹.

La mancata attivazione dei poteri⁵², in assenza della prova dell'effettiva conoscenza e corretta valutazione dei segnali in grado di rappresentare al garante il retrostante evento illecito, nonché della volontaria accettazione della concreta possibilità di verifica di quest'ultimo⁵³, potrà al massimo fondare un addebito per colpa. Con riferimento alla rappresentazione, questa deve avere ad oggetto la precisa categoria di evento – definito quanto meno nei suoi tratti essenziali – che si è poi in concreto verificato, non potendosi ritenere soddisfacente ai fini di un addebito doloso la sola circostanza che il soggetto abbia avuto la rappresentazione di una generale e non ben definita attività illecita⁵⁴.

impropri, deve essere evidenziato come in questo caso verrebbe applicato anche in relazione ad un altro ambito, quello dei reati societari e fallimentari, dove a fronte di fattispecie caratterizzate da modalità pregnanti sul piano della condotta dovrebbe richiedersi un dolo più intenso. Cfr. E. AMATI-N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, *passim*.

⁵⁰ In dottrina, tra i tanti, cfr. G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 12/2015, 4624 ss.

⁵¹ La Corte ribadisce la necessità di evitare che vengano punite a titolo doloso condotte – come l'inerzia, il disinteresse o l'assenteismo – riconducibili ad una responsabilità colposa, ponendosi così nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla sent. Bipop-Carire ed esprimendosi in senso diametralmente opposto a quanto affermato nella decisione della Cass. pen., 22 aprile 1998, dove secondo la Corte la «sistematica inerzia» in presenza di segnali d'allarme «esprimeva una consapevole rinuncia all'esercizio dei propri doveri d'ufficio», con conseguente responsabilità del sindaco per concorso omissivo nei reati di false comunicazioni sociali, bancarotta fraudolenta documentale e patrimoniale. Sul tema, cfr. C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, *cit.*, 1265 ss.; A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, *cit.*, 1149 ss.

⁵² Tali poteri si basano prevalentemente sui flussi informativi e, dunque, sulla ricezione di comunicazioni anche da parte dei soggetti che materialmente possono star compiendo l'attività illecita, risultando in concreto particolarmente difficile che emerga la corretta rappresentazione del reato *in fieri*. Ciò in quanto è proprio l'attivazione del potere di richiedere informazioni che avrebbe potuto condurre alla conoscenza della reale situazione societaria. Si v. S. CANESTRARI, *Rischio d'impresa e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2003, 545 ss.; cfr. anche V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, *cit.*, 633 ss.

⁵³ Alla stregua dei criteri enunciati nella sent. Cass. pen., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343.

⁵⁴ Anche con riferimento alla categoria del dolo eventuale la rappresentazione deve avere ad oggetto un evento preciso, delineato nei suoi aspetti essenziali, e non «una mera *silhouette* incolore», oltre che investire tutti gli elementi della fattispecie. C. PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo?*, *cit.*, 1269; In giurisprudenza si v. Cass. pen., IV sez., 5 settembre 2013, n. 36399, che richiama in tema di bancarotta fraudolenta la sent. Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2008, n. 38712.

Con riguardo ai c.d. segnali d'allarme, affinché si possa ricorrere a tali indici al fine di dimostrare la conoscenza di un evento è necessario, anzitutto, che questi siano perspicui, peculiari ed espressivi di anormalità⁵⁵. Per poter ritenere provato che il soggetto si fosse rappresentato la significativa possibilità di verifica dell'evento è necessario che i c.d. "*warning signs*" vengano valutati alla luce delle circostanze del caso concreto, procedendo ad una loro considerazione contestualizzata, accertando che siano stati adeguatamente percepiti e valutati dal soggetto, tenendo conto delle sue conoscenze⁵⁶. Difatti, «il cosiddetto "segnale d'allarme" altro non è che l'indicazione di un pericolo, che, se recepito, altro non può significare se non un sospetto che vi sia qualcosa da conoscere»⁵⁷, non già che vi sia la concreta conoscenza di una retrostante situazione illecita; ben potendosi immaginare un errore nella valutazione di tali segnali da parte del garante. Ovvero che essi siano controbilanciati da «segnali disconfermativi»⁵⁸; o ancora, che l'agente verta in uno stato di dubbio sull'esatta rappresentazione, ed in assenza di una successiva attività di verifica che gli consenta di superarlo, perdurerà in una condizione di incertezza che in quanto tale risulta inidonea a fondare un addebito doloso⁵⁹.

Nel diritto penale economico l'ampio ricorso alla categoria del dolo eventuale, con le note difficoltà in termini di prova del moto interiore del soggetto, ha portato ad un processo di progressiva oggettivizzazione del dolo, spostando il *focus* dell'indagine dal dato psichico alla categoria del "rischio"⁶⁰. Tramite tale concezione tipologica, la tipicità

⁵⁵ In argomento, si v. M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 559 ss. Sulla percezione oggettiva e soggettiva dei segnali d'allarme come «perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito», si v. sempre Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838 con nota di F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 120 ss. Cfr. F. PICCIONE, *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati d'impresa*, in Cass. pen., 4/2016, 1785 ss.; G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, cit., 4624 ss.

⁵⁶ Allineandosi così a quanto stabilito dalle Sez. Un. nella sent. Espenhahn, n. 38343/2014. Cfr. M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, cit., 559 ss.; L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale*, in Cass., S.U., 24 aprile 2014, (Thyssenkrupp), cit., 623 ss. Sull'argomento, si v. anche M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 920 ss., dove l'A. afferma che deve essere provata la corretta elaborazione da parte del soggetto dei segnali d'allarme, in quanto qualora venissero sottovalutati o mal interpretati integrerebbero gli estremi di una responsabilità colposa, non dolosa.

⁵⁷ Così, A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1155.

⁵⁸ In questi termini, cfr. V. MANES-F. MAZZACUVA, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, cit., 427 s.

⁵⁹ È risultata spesso problematica l'ipotesi delle c.d. cecità volontarie (*willful blindness*), ossia dei casi in cui il soggetto volontariamente decida di "non voler sapere", ponendosi nella condizione di "non poter sapere". L'interrogativo cui rispondere riguarda la tipologia di elemento psicologico che in questo particolare caso sorregge la condotta dell'agente. La soluzione maggiormente conforme al dettato costituzionale pare essere quella per cui non potrà comunque esserci un addebito per dolo, in quanto, per definizione, in simili ipotesi il soggetto non potrà essersi rappresentato l'evento. Cfr. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 1048 ss.; M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 920 ss.

⁶⁰ Sul punto, cfr. C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 501 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e*

della colpevolezza viene determinata dal tipo di rischio – anziché dal concreto contenuto psicologico dell'agente – che venendo formalizzato conduce ad un'imputazione normativa della responsabilità, con la conseguenza non solo di una possibile commistione tra il piano del dolo e quello della colpa, ma addirittura evocando lo spettro di un'imputazione per posizione⁶¹. La pronuncia in oggetto ribadisce con forza la necessità di evitare simili travisamenti dell'elemento psicologico, tenendo ben distinta l'effettiva conoscenza dalla mera conoscibilità⁶². Il dolo è espressione della volontà di aderire alla verifica dell'evento illecito, per cui è necessario che non sussistano dubbi in relazione alla decisione di agire contro il bene giuridico⁶³. Merita di essere ribadita la distinzione tra i due elementi soggettivi, il dolo che è organizzazione dirigitica degli accadimenti e la colpa, che è la negazione del primo, in quanto consiste nella perdita di controllo sugli eventi e sul nesso causale. Anche su quest'ultimo elemento insistono i giudici di legittimità, sottolineando l'importanza dell'accertamento causale ai fini del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale. Emerge così l'importanza che assume, ancora una volta, la motivazione della sentenza in ordine a tutti gli elementi del reato, al fine di evitare che la decisione venga presa dal giudice all'interno di una *black box*, giungendo ad una sentenza di condanna senza che sia possibile conoscere il ragionamento che è stato seguito e non potendo così esercitare alcun controllo sui criteri adottati⁶⁴.

responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali, cit., 373 ss. Notoriamente nelle attività complesse è riscontrabile un insieme di fattori in grado di aumentare le probabilità della commissione di reati. Anche per via di tale caratteristica il contesto organizzato è presidiato da plurime posizioni di garanzia, gravanti su specifici soggetti, i quali, sulla base di una determinata divisione di compiti (sia verticale che orizzontale), si trovano in un rapporto peculiare con il bene giuridico, e perciò viene imposto loro un dovere di impedire precisi eventi pregiudizievoli. Cfr. A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 509 ss.; A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, cit., 193 ss.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, cit., 130 ss.

⁶¹ In questi termini, cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/1995, 1220 ss.

⁶² Sull'argomento, tra i tanti, si v. A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2005, 563 ss.

⁶³ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 5018, dove l'A. afferma che il soggetto deve «attivare un processo causale in direzione dell'offesa», è tale decisione che «consente di affermare che il fatto nel suo insieme è stato pur sempre voluto dall'autore della condotta». Inoltre, per sostenere l'esistenza del dolo eventuale occorrerà prima provare che il dubbio sull'esistenza di un fatto illecito è stato superato, essendoci stata una corretta rappresentazione, e che il soggetto, decidendo di agire ugualmente, ha accettato la verifica dell'evento. In tema di compatibilità tra dolo eventuale ed il reato di ricettazione, si v. *Cass. pen.*, SS. UU., 26 novembre 2009, n. 12433, con nota di G.P. DEMURO, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2011, 308 ss. Sulla prima formula di Frank, richiamata anche nella sentenza oggetto del presente commento, si v. L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale*, in *Cass.*, S.U., 24 aprile 2014, (*Thyssenkrupp*), cit., 630 ss. Difatti, in caso di mancato accertamento, oltre ogni dubbio ragionevole, della sussistenza del dolo – anche nella sua forma "eventuale" –, in base al principio di favore per l'imputato, potrà tuttalpiù trovare applicazione la forma meno grave di imputazione, qualora il reato sia punibile anche a titolo di colpa. Si v. *Cass. pen.*, sez. V, 13 giugno 2022, n. 33582, par. 4.2 del considerato in diritto, dove riprende testualmente parte della motivazione della sentenza *Espenhahn*, n. 38343/2014, p. 188.

⁶⁴ In argomento, cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei*

5. Considerazioni conclusive.

Nelle attività complesse il processo di formazione della volontà del singolo risulta fortemente influenzato dalla frammentazione dei centri decisionali, assumendo in tal modo rilievo, ai fini dell'accertamento della responsabilità penale, la struttura dell'organizzazione di cui fa parte⁶⁵. Orbene, se l'autore del reato economico è tendenzialmente considerato come un soggetto che agisce in maniera razionale e che, perseguendo il *telos* della massimizzazione del profitto, basa le proprie valutazioni su una ponderazione costi-benefici, è stato osservato come anche l'*homo oeconomicus*, calato nella realtà dei contesti organizzati, subisca i condizionamenti derivanti dalla struttura dell'attività di riferimento⁶⁶. Proprio il coinvolgimento funzionale di più soggetti nella commissione del reato comporta una «penetrante "spersonalizzazione" dell'illecito»⁶⁷, con il rischio di giungere a condanne fondate sul paradigma della responsabilità da posizione. La pronuncia in commento, collocandosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza maggiormente garantista, sottolinea l'importanza del ricorso a criteri di allocazione della responsabilità rispettosi del principio di colpevolezza; nondimeno, non riesce a superare alcune tensioni con il principio di legalità e personalità della responsabilità penale. In particolare, la mancata individuazione dei precipui poteri che il garante avrebbe l'obbligo di attivare conferma e non permette di superare la carenza di tipizzazione che affligge la posizione di garanzia⁶⁸.

codici?, cit., 1220 ss.

⁶⁵ Dovendo anch'essa essere oggetto dell'indagine penalistica. In questi termini, si v. A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 508 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, cit., 95 ss. e 301 ss.

⁶⁶ Sul punto, si v. C. E. PALIERO, *Principio di colpevolezza e reati economici*, in R. BORSARI-L. SAMMICHELI-C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus: neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, cit., 15 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, cit., 328 ss. Dove viene evidenziato come assumano un ruolo centrale in relazione all'influsso sull'agire del singolo soggetto anche i flussi comunicativi e le interrelazioni tra i diversi apparati dell'organizzazione.

⁶⁷ In questi termini, cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, cit., 305 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 508 ss.; C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 499 ss.

⁶⁸ Cfr. sul tema, A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 533 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, cit., 981 ss. Un intervento in punto di determinatezza della fattispecie sarebbe positivo non solo quale ausilio dei giudici al momento della decisione circa la sussistenza di una responsabilità penale, bensì, prima ancora, nei confronti dello stesso garante, affinché possa meglio indirizzare la propria condotta; nonché per i pubblici ministeri, per far sì che possano esercitare correttamente l'azione penale, evitando di sottoporre ad una *capitis deminutio* – conseguente all'instaurazione di un procedimento – soggetti che risultano già evidentemente esenti da responsabilità penale alla luce di un'interpretazione della disciplina del reato omissivo improprio e di quella penale societaria e fallimentare rispettosa del tessuto costituzionale. Cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, *passim*.

A fronte dell'anonimia del danno – *Leitmotiv* del diritto penale dell'impresa – si assiste ad una proliferazione delle posizioni di garanzia, prescindendo spesso dall'individuazione di effettivi poteri impeditivi. La valorizzazione di tale requisito sul piano della *Garantenstellung* risulta, invece, particolarmente pregnante a fronte delle novità introdotte dal Codice delle crisi d'impresa⁶⁹. Con l'introduzione di ulteriori obblighi giuridici deve essere adeguatamente valorizzata l'individuazione di una correlazione tra i nuovi doveri di diligenza ed i poteri impeditivi di cui dispongono i garanti⁷⁰, affinché si possa giungere ad una ricostruzione delle “nuove” posizioni di garanzia rispettosa dei principi di personalità e colpevolezza.

⁶⁹ D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Sul tema, cfr. F. BELLAGAMBA, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Legisl. pen.*, 2020, 1 ss.

⁷⁰ *Ibidem*; cfr. anche V. MANES-F. MAZZACUVA, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, in L. BALESTRA-M. MARTINO (a cura di), *Crisi di impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società di capitali*, cit., 425 ss. Tale elemento, considerato tradizionalmente coessenziale all'esistenza di una posizione di garanzia, oggi risulta centrale, ai fini della ricostruzione della posizione del garante, in seguito alle novità introdotte dal CCI. Non solo per la previsione di nuovi obblighi giuridici in capo a figure già gravate dalla posizione di garanzia, come nel caso dell'individuazione di nuovi doveri comportamentali per gli amministratori; bensì anche in relazione ad altre figure, con l'introduzione di obblighi di verifica e segnalazione in capo al revisore contabile ed alle società di revisione.

L'OMICIDIO DEL CONIUGE MALTRATTANTE: TRA LEGITTIMA DIFESA (PUTATIVA) E PROPORZIONALITÀ DELLA PENA IN ASTRATTO

di Riccardo Battistoni

Una recente sentenza di Corte d'Assise ha statuito sulla responsabilità penale di una donna da tempo vittima di maltrattamenti che, al termine di un'ultima condotta vessatoria, decise di cagionare la morte del marito approfittando del sonno dello stesso. La donna è stata condannata a quattro anni e dieci mesi di reclusione, ma ciò che interessa è, in particolare, la qualificazione giuridica del fatto: omicidio colposo. Una condanna per omicidio doloso aggravato dalla relazione del coniuge ex art. 577, c.p., infatti, avrebbe comportato una pena minima computata in 21 anni di reclusione. Ritenuta sproporzionata una simile risposta sanzionatoria, ed esclusa l'applicabilità dell'art. 52, c.p., in materia di legittima difesa, la Corte ha ritenuto che la condizione psicologica della donna, frutto dei maltrattamenti subiti negli anni, l'abbia fatta cadere nell'errata convinzione di versare in un pericolo attuale respingibile solo attraverso una condotta omicidiaria. Così evocata la disciplina della scriminante putativa, ex art. 59, co. 4, c.p., il collegio ha ritenuto detto errore colpevole, qualificando dunque il fatto dell'imputata come omicidio colposo. La compatibilità della disciplina sulla legittima difesa (putativa) con l'ipotesi della donna maltrattata, che cagioni la morte del marito approfittando di un momento di vulnerabilità, nonché la proporzionalità in astratto della pena prevista per l'omicidio doloso del coniuge sono, in questa sede, le principali questioni approfondite.

SOMMARIO: 1. Il fatto, la decisione del collegio e i problemi giuridici sottesi – 2. La sentenza della Corte d'Assise – 3. I problemi giuridici: la legittima difesa (putativa) della donna maltrattata e la proporzionalità della pena in astratto per omicidio doloso – 4. L'attualità del pericolo in senso tradizionale – 5. L'attualità del pericolo nel reato permanente e nel reato abituale – 6. Un'interpretazione più ampia del concetto di attualità del pericolo – 7. La necessità della difesa e la praticabilità della fuga – 8. La possibilità di rivolgersi alle autorità – 9. Cenni sulla *Battered Woman Syndrome* – 10. La legittima difesa putativa nel contesto dei maltrattamenti in famiglia – 11. Il problema sullo sfondo, ma raramente affrontato, della proporzionalità della pena per l'omicidio del coniuge – 12. Il sindacato costituzionale sulla proporzionalità della pena – 13. Conclusioni.

1. Il fatto, la decisione del collegio e i problemi giuridici sottesi.

La sentenza di Corte d'Assise in commento si è pronunciata sulla responsabilità di una donna, da tempo vittima di maltrattamenti, che dopo aver subito un'ultima

vessazione da parte del marito decise di addormentarlo con una massiccia dose di tranquillanti, per poi cagionarne la morte tramite soffocamento.

L'uomo aveva provocato una lite con il figlio della coppia, degenerata poi in una colluttazione, in cui era rimasto lievemente ferito. In seguito ad un intervento delle forze dell'ordine, il marito si recò in ospedale ove ricevette cure mediche per delle lesioni con prognosi di tre giorni. Quando, nel giro di poche ore, tornò a casa, l'imputata si ritrovò da sola con il coniuge.

Ella raccontò che, in un primo momento, il marito sembrava essersi calmato. Se non che, dopo poco tempo, egli le mostrò un messaggio inviato al figlio, con cui lo invitava a lasciare l'abitazione una volta per tutte. In risposta agli interrogativi della moglie, che chiedeva spiegazioni su una simile posizione, la persona offesa ribadì come quella non potesse più considerarsi casa del ragazzo, strattonando e cagionando un livido alla consorte. L'uomo aggiunse che in seguito avrebbe "sistemato" anche il figlio e la suocera. L'imputata ritenne allora che l'unica soluzione per scongiurare ogni rischio fosse quella di porre fine alla vita del marito. Dopo aver preparato delle bibite per entrambi, versò in quella di lui una massiccia dose di tranquillanti, determinandone l'assopimento. A quel punto, lo soffocò con un laccio da scarpe.

Consapevole della gravità del gesto compiuto, la donna non esitò ad autodenunciarsi così avviando il procedimento penale a suo carico, nella cui istruttoria dibattimentale è stato possibile ricostruire il quadro familiare in cui si inseriscono le ultime vicende riportate. In particolare, appare pacifico che l'uomo, ormai da tempo, avesse realizzato molteplici e reiterate condotte vessatorie, nei confronti dei famigliari e in particolare verso l'imputata. Il provvedimento evidenzia come egli avesse da anni assunto un atteggiamento violento e prevaricatore, nonché come nell'ultimo periodo fosse divenuto ancor più aggressivo, non solo verso i componenti della famiglia, ma anche all'esterno della stessa. L'imputata, insomma, negli anni era stata vittima di molteplici episodi di violenza, che nei mesi precedenti la morte del marito si erano ulteriormente acuiti.

Il processo, in ogni caso, si concluse con una sentenza di condanna pronunciata dalla Corte d'Assise competente. Ciò che interessa in questa sede, tuttavia, è porre l'attenzione sulla qualificazione giuridica del fatto per il quale l'imputata è stata chiamata a rispondere: omicidio colposo, con pena computata in quattro anni e dieci mesi di reclusione. Trattasi di una conclusione cui la Corte è pervenuta muovendo da una considerazione fondamentale: la qualificazione del fatto come omicidio doloso aggravato dalla relazione del coniugio, *ex art. 577, c.p.*, non poteva che portare ad una pena minima di 21 anni di reclusione, per le ragioni che verranno esposte. Poiché questa risposta sanzionatoria è apparsa sproporzionata rispetto al disvalore del fatto commesso, è emersa la necessità di analizzare la vicenda dapprima sotto il profilo della legittima difesa *ex art. 52, c.p.*, per poi applicare l'istituto della scriminante putativa colposa *ex art. 59, co. 4, c.p.*: di qui la condanna per omicidio colposo.

Tanto premesso, il provvedimento in esame pone in luce due problemi giuridici fondamentali, che verranno affrontati nella presente trattazione. Il primo attiene all'applicabilità dell'istituto della legittima difesa (oggettiva e putativa) nelle c.d. relazioni asimmetriche, con un riferimento particolare a quella intercorrente tra il marito

maltrattatore e la moglie che approfitti di un suo momento di vulnerabilità per cagionarne la morte. Il secondo, al primo collegato ma non necessariamente dipendente, riguarda invece la dosimetria della sanzione astrattamente prevista dal legislatore per il reato di omicidio, che potrebbe non attagliarsi in modo adeguato alla situazione specifica in analisi e che anzi parrebbe porre problemi in relazione al principio di proporzionalità.

2. La sentenza della Corte d'Assise.

Come anticipato, la sentenza della Corte d'Assise ha analizzato il caso concreto sotto molteplici punti di vista. Quanto ai profili di tipicità del fatto, il collegio ritiene pacifico che l'imputata abbia cagionato la morte del marito. A questa conclusione si addiviene non solo in base alle dichiarazioni della donna, ma anche tenuto conto delle indagini operate dalla polizia giudiziaria.

La Corte sposta allora l'attenzione sul piano dell'antigiuridicità, sviluppando una riflessione sull'applicabilità della scriminante della legittima difesa al caso in analisi. Dopo aver richiamato gli elementi essenziali dell'istituto, il provvedimento si focalizza sul requisito dell'attualità del pericolo. Elemento che nel caso concreto, tuttavia, difetterebbe proprio in ragione del fatto che la persona offesa, prima di venir privata della vita, era stata addormentata.

Esclusa l'attualità oggettiva del pericolo, ogni ulteriore ragionamento sulla legittima difesa sarebbe stato superfluo, di talché il giudicante si concentra sulla configurabilità della scriminante putativa. Emerge allora l'interrogativo se la donna potesse essere caduta nell'erronea convinzione di vertere in un pericolo attuale per la vita, respingibile solo attraverso una condotta omicidiaria. Il collegio, in effetti, dopo aver richiamato gli elementi essenziali caratterizzanti la legittima difesa putativa, conclude proprio in questo senso, ritenendo dunque sussumibile il fatto nell'art. 59, co. 4, c.p.

A questo fine, si pongono in rilievo una serie di elementi. In primo luogo, il collegio sottolinea che nel caso concreto non potesse ritenersi che la rappresentazione del pericolo, dal punto di vista dell'imputata, fosse meramente congetturale, supposta o astratta. Il giorno stesso della morte della persona offesa, d'altronde, si erano verificati i fatti riportati nel precedente paragrafo. Questi, insieme al timore che il marito potesse mantenere la promessa di "sistemare" non solo la donna, ma anche gli altri membri della famiglia, hanno condotto l'imputata in errore. Anche la condizione psicologica maturata dalla donna a seguito delle numerose vessazioni viene valorizzata ai fini della scriminante putativa, non invece come condizione per escludere l'imputabilità, come era stato prospettato dalla difesa.

Delineate le cause dell'errore sulla scriminante, tuttavia, il collegio ha ritenuto che questo fosse determinato da colpa. L'imputata, una volta sedato il marito, sarebbe stata troppo precipitosa nel valutare come agire e nel determinarsi nel senso di cagionare la morte dell'uomo. Per questi motivi, in applicazione dell'art. 59, co. 4, c.p., la Corte ha ritenuto che il fatto potesse essere punito come omicidio colposo, applicando la pena della reclusione di quattro anni e dieci mesi.

3. I problemi giuridici: la legittima difesa (putativa) della donna maltrattata e la proporzionalità della pena in astratto per omicidio doloso.

Il provvedimento in analisi stimola la riflessione del penalista lungo due direttrici fondamentali: quella della legittima difesa (putativa) operata dalla donna vittima di maltrattamenti, che approfitti di un momento di vulnerabilità del marito per cagionarne la morte; nonché quella della proporzionalità della pena in astratto prevista per l'omicidio doloso. La prima questione, in particolare, solleva problemi interpretativi non trascurabili, soprattutto dal punto di vista dell'attualità del pericolo e della necessità della difesa, elementi imprescindibili ai fini della scriminante di cui all'art. 52, c.p. Una simile complessità si ravvisa, d'altra parte, anche ove si ragioni sugli elementi dell'errore e della colpa in materia di scriminanti putative ex art. 59, co. 4, c.p.

Il secondo tema, in materia di proporzionalità della pena per il reato di omicidio doloso, verrà invece affrontato tenendo conto dell'ipotesi di omicidio del coniuge da parte della donna vittima di maltrattamenti. Questo fatto è sussumibile, oggi, nell'art. 577, co. 1, n. 1, c.p. come fattispecie circostanziata punita con l'ergastolo. Il trattamento sanzionatorio risulta ancor più gravoso dal momento che l'aggravante in questione vincola parzialmente il bilanciamento delle circostanze, impedendo alla maggior parte delle attenuanti di operare in prevalenza. Ne deriva che in molti casi, come in quello in analisi, la pena minima sia quella di 21 anni di reclusione.

Ebbene, alla luce di ciò, tra le righe del provvedimento in commento sembra scorgersi il motivo che ha mosso la penna del giudicante: infliggere una pena simile per una donna vittima di maltrattamenti è apparso sproporzionato. Al contempo, garantire l'impunità tramite l'applicazione della legittima difesa non avrebbe permesso di tenere in considerazione la gravità e il disvalore del fatto commesso: la donna ha dapprima sedato e poi cagionato la morte del marito.

La proporzionalità della pena in astratto per i reati di omicidio doloso rileva dunque sotto due profili: da una parte mantiene un valore autonomo, utile per riflettere sulla ragionevolezza della risposta sanzionatoria prevista del legislatore per i casi di omicidio del coniuge in argomento; dall'altra rappresenta il motivo che ha spinto il giudice del caso concreto in analisi ad intraprendere i percorsi argomentativi in materia di scriminanti. La trattazione prenderà allora le mosse proprio dei problemi che emergono ove si ragioni sulla legittima difesa (putativa) applicata al caso della donna maltrattata che cagioni la morte del marito momentaneamente vulnerabile.

4. L'attualità del pericolo in senso tradizionale.

La legittima difesa è disciplinata dall'art. 52, c.p. e, com'è noto, la norma ha subito, nel 2006 e nel 2019¹, delle modifiche significative al punto da indurre gli interpreti a parlare di "legittime difese"². Si distinguono, pertanto, la legittima difesa tradizionale, cioè compiuta fuori dal domicilio (art. 52, co. 1, c.p.), la legittima difesa domestica (combinato disposto tra gli artt. 52, co. 2 e 3, c.p. e 614, co. 1 e 2, c.p.) e infine legittima difesa domestica "rafforzata" (combinato disposto tra gli artt. 52, co. 4, c.p., e 55, co. 2, c.p.). Sebbene di estremo interesse, in questa sede non ci si occuperà dei problemi interpretativi e costituzionali che le due forme di legittima difesa domestica domiciliare comportano, ma si analizzeranno gli elementi essenziali della scriminante in parola nel contesto del reato abituale dei maltrattamenti, ex art. 572, c.p.

Giova ricordare che l'art. 52 c.p. richiede alcuni requisiti imprescindibili perché si possa scriminare il fatto tipico: l'offesa ingiusta a un diritto proprio o altrui, la necessità della reazione difensiva, l'attualità del pericolo e la proporzione tra beni giuridici.

L'offesa è ingiusta quando viene realizzata una condotta *contra jus*³ avverso un diritto proprio o altrui di qualsivoglia natura (personale ovvero patrimoniale⁴), così distinguendosi la legittima difesa dallo stato di necessità (operante solo ove ricorra il pericolo attuale di un grave danno alla persona⁵). Per l'indagine che ci si propone sul rapporto tra la scriminante e i maltrattamenti, quest'ultimo elemento non pone particolari difficoltà interpretative. Si può concludere nello stesso senso ove si ragioni sulla proporzionalità della difesa: il predetto requisito deve essere accertato, da parte del giudice, attraverso un bilanciamento tra il diritto offeso e il diritto difeso⁶. Appare pacifico, dunque, che, ove la moglie maltrattata cagioni la morte del marito temendo per la propria o per l'altrui vita, il bene posto a bilanciamento sia in entrambi casi la vita stessa. Ciò è vero sia che si ragioni sulla legittima difesa, sia che ci si riferisca alla legittima difesa putativa.

I maggiori problemi emergono, tuttavia, qualora ci si soffermi sui requisiti dell'attualità del pericolo e della necessità. Per quanto concerne l'attualità, è noto come,

¹ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, pp. 338-341; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022, pp. 349-358; cfr. F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, pp. 1-25.

² Sugli scenari della legittima difesa triplicata cfr. M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il Codice Rocco*, in *Oss. cost.* 2019, 5, pp. 128-131.

³ G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, p. 512; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2021, p. 375; F. VIGANÒ, *sub art. 52 C.p.*, in G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2021, p. 893.

⁴ F. VIGANÒ, *ivi*, pp. 896-899; C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 335-336; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 346.

⁵ F. VIGANÒ, *sub art. 54 C.p.*, in G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2021, p. 1017; C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *ivi*, p. 342; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *ivi*, pp. 366-367.

⁶ F. VIGANÒ, *sub art. 52 C.p.*, cit., p. 910; C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *ivi*, p. 337; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *ivi*, pp. 348-349.

tradizionalmente, si sia soliti parlare di un pericolo “presente” e cioè né passato, né futuro⁷. La dottrina prevalente ritiene che, al riguardo, il giudice debba operare una valutazione *ex post*⁸ o comunque *ex ante*, ma su base totale, tenendo cioè conto non solo delle circostanze conosciute o conoscibili al momento del fatto, ma anche di quelle apprese successivamente⁹. È stato evidenziato, d'altronde, come il giudizio a base parziale renderebbe impossibile distinguere la legittima difesa reale da quella putativa¹⁰: si immagini che taluno, per gioco, finga di aprire l'automobile altrui utilizzando una chiave difettosa e che il proprietario commetta il delitto di percosse per allontanare il simulato malintenzionato dal veicolo. La valutazione a base parziale non permetterebbe al giudice di tenere in considerazione la successiva conoscenza della natura difettosa della chiave. Sulla base degli elementi conoscibili al momento del fatto, dunque, la condotta del proprietario dell'automobile dovrebbe andare esente da pena in applicazione della legittima difesa e non della disciplina della scriminante putativa: ne deriverebbe una sostanziale disapplicazione dell'art. 59, co. 4, c.p.

In ogni caso, una nozione tradizionale di attualità nel senso di “presenza” del pericolo fa sì che mai sarà invocabile la scriminante qualora taluno risponda all'offesa subita in passato (si parlerebbe in questo caso di vendetta); così come nemmeno potrà evitare la punibilità chi leda il diritto altrui in via preventiva. La rigida nozione di “pericolo presente” ha, tuttavia, conosciuto significativi temperamenti. Vi è pericolo attuale, per esempio, anche qualora ricorra il carattere dell'imminenza. La dottrina¹¹ menziona il caso di chi si difenda quando l'aggressore non abbia già sparato, ma si sia limitato a portare la mano nella tasca ove si trova l'arma.

Si ritiene, inoltre, compatibile col dettato dell'art. 52 c.p. il pericolo perdurante: è la condizione di chi si ritrovi vittima di un reato permanente quale il sequestro di persona¹². A ciò si deve aggiungere che è proprio nel contesto di questo delitto che autorevole dottrina ammette la legittima difesa anche nelle situazioni “prima dell'imminenza”¹³. Si sottolinea, a tal fine, come l'art. 52, c.p., non indichi in modo esplicito il rapporto intercorrente tra pericolo dell'offesa e difesa. In particolare, la disposizione non prescrive espressamente una prossimità cronologica tra detti due elementi; dunque, anche i casi c.d. “ora o mai più”, individuati tuttavia esclusivamente nel contesto dei reati permanenti, potrebbero essere ricondotti nell'alveo della legittima

⁷ F. VIGANÒ, *ivi*, p. 885; C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *ivi*, p. 335; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *ivi*, p. 345; G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 512; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 372.

⁸ Parla di giudizio effettuato non solo tenendo conto delle circostanze note *ex ante*, ma anche di quelle conosciute *ex post* T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, pp. 206-207; F. VIGANÒ, *ivi*, pp. 884-885.

⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2020, p. 274.

¹⁰ F. VIGANÒ, *sub art. 52 C.p.*, cit., p. 885

¹¹ *IVI*, p. 886; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 373; cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 345.

¹² F. VIGANÒ, *ivi*, p. 887; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *ivi*; parla di “pericolo perdurante” F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 274.

¹³ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 373-374.

difesa¹⁴. È la condizione di Odisseo, che si ritrovò coi compagni rinchiuso nella grotta di Polifemo. Per garantirsi la fuga, l'eroe offrì al ciclope un vino dolce e assai forte, così da addormentarlo. Polifemo ricambiò il dono con una promessa: al suo risveglio avrebbe divorato Odisseo per ultimo. Eppure, questa minaccia non venne mai attuata, in quanto l'eroe, approfittando del sonno del ciclope, accecò il suo nemico. È di tutta evidenza, infatti, che affrontare Polifemo a viso aperto avrebbe comportato, per Odisseo, morte certa.

In questa sede, ci si chiederà se anche nei casi di difesa operata nel contesto del reato abituale dei maltrattamenti in famiglia¹⁵, ove la moglie cagioni la morte del marito approfittando di un momento di vulnerabilità, sia possibile ravvisare l'attualità del pericolo.

5. L'attualità del pericolo nel reato permanente e nel reato abituale.

Il principale motivo che porta a differenziare la valutazione dell'attualità del pericolo a seconda che ci si riferisca ad un reato permanente ovvero ad un reato abituale, quali i maltrattamenti, risiede nel diverso modo di atteggiarsi dell'offesa rispetto al bene giuridico. Offesa che (si pensi al sequestro di persona nell'ambito dei reati permanenti), terminerà solo con la liberazione, la fuga ovvero con la morte del soggetto passivo: tali momenti indicano la consumazione dell'illecito penale¹⁶. Nei reati abituali, invece, si assiste a più condotte reiterate (che possono o meno integrare di per sé sole reato) in un contesto temporale apprezzabile¹⁷. Il delitto di maltrattamenti, insomma, non si consumerà fintanto che si continueranno a protrarre le condotte maltrattanti, anche se tra l'una e l'altra si siano susseguiti dei momenti di quiete per la vittima: l'offesa al bene giuridico, dunque, non è incessante come nel caso dei reati permanenti. Da ciò deriva che una moglie vittima di maltrattamenti verserà in pericolo solo al verificarsi delle singole condotte vessatorie, siano esse di per sé sole penalmente rilevanti o meno. Il pericolo, invece, cesserà durante i momenti di pace concessi dal maltrattatore ovvero con l'ultima condotta realizzata in assoluto¹⁸.

La giurisprudenza richiamata dalla sentenza in commento appare sposare questa impostazione. La Cassazione, infatti, aveva confermato la condanna di una donna

¹⁴ Ivi, p. 374.

¹⁵ Sul punto i contributi della dottrina statunitense sono assai numerosi. Per una panoramica sulle principali posizioni cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, p. 235, nota 53.

¹⁶ Sui reati permanenti cfr. C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 223-224; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 305.

¹⁷ Sui reati abituali cfr. C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *ivi*, pp. 224-225; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *ivi*, p. 306.

¹⁸ Assai critica verso questa impostazione C. PECORELLA, *Conoscere il passato per poter giudicare il presente. Quando la violenza reiterata è all'origine dell'uccisione del partner*, in C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, Milano-Udine, 2022, p. 248.

vittima di maltrattamenti che, approfittando del sonno del marito, ne aveva cagionato la morte attraverso diverse coltellate, nel timore di subire ulteriori vessazioni al risveglio della vittima: «L'attualità del pericolo richiesta per la configurabilità della scriminante della legittima difesa implica un effettivo, preciso contegno del soggetto antagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetti come concreta e imminente, così da rendere necessaria l'immediata reazione difensiva, sicché resta estranea all'area di applicazione della scriminante ogni ipotesi di difesa preventiva o anticipata»¹⁹. In effetti, anche la sentenza in commento pare non riconoscere l'attualità del pericolo, in senso stretto, nei casi in cui la donna cagioni la morte del marito maltrattatore addormentato e a tali conclusioni, invero, addivene anche autorevole dottrina²⁰.

6. Un'interpretazione più ampia del concetto di attualità del pericolo.

La riflessione sull'attualità del pericolo nel contesto dei maltrattamenti porta a chiedersi se, contrariamente alla dottrina e alla giurisprudenza prevalenti, sia possibile immaginare una nozione più elastica del requisito in questione.

Interrogarsi sull'opportunità di quest'ultima impostazione appare utile se si tiene conto di alcuni dati. A tre anni dall'approvazione del c.d. Codice Rosso (l. 19 luglio 2019 n. 69) i numeri relativi agli omicidi delle donne rimangono sconcertanti: «Le vittime uccise in una relazione di coppia o in famiglia sono 139 (45,9% del totale²¹), 39 uomini e 100 donne. Il 58,8% delle donne è vittima di un partner o ex partner (57,8% nel 2020 e 61,3% nel 2019)»²². Si tratta evidentemente di dati che vanno sempre letti alla luce di una considerazione generale: l'Italia rimane uno dei Paesi col più basso tasso di omicidi in Europa, con un totale di 303 casi nel 2021²³. D'altra parte, questa consapevolezza non esime dall'interrogarsi sul fenomeno delle morti nei contesti domestici e le riflessioni non possono che concentrarsi sul dato di fatto riportato: la maggior parte degli omicidi del 2021 è avvenuta in contesti famigliari e, in quella sede, le vittime sono state prevalentemente donne. Giova ancora ricordare che, invece, tra il 2018 e il 2019 le condannate per omicidio rappresentano il 3,4% del totale. La statistica scende all'1,7% qualora il delitto sia stato commesso da donne nel contesto relazionale²⁴. Quest'ultima rilevazione va infine coniugata con una considerazione della dottrina²⁵, che evidenzia

¹⁹ Cass. pen., Sez. I, n. 48291/2018; questa impostazione, orientata a negare la legittima difesa qualora la donna vittima di maltrattamenti cagioni la morte del marito mentre egli dorme, viene ricordata, in senso critico, anche da C. PECORELLA, *Violenza domestica e legittima difesa: un interessante provvedimento del Tribunale di Tivoli*, in questa Rivista, 21 settembre 2020.

²⁰ F. VIGANÒ, *sub art. 52 C.p., cit.*, p. 891.

²¹ degli omicidi (N.D.R.)

²² Istat, Report vittime di omicidio 2021, p. 1: https://www.istat.it/it/files//2022/11/REPORT-VITTIME-DI-OMICIDIO_2021.pdf

²³ Ivi.

²⁴ <https://www.istat.it/it/archivio/253279>

²⁵ M. DOVA, *Giustizia umana e giustizia nei codici. Giudicare l'omicidio del tiranno domestico*, in C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, Milano-Udine, 2022, pp. 201-202.

come spesso la morte per mano di una donna avvenga nell'ambito della famiglia, come esito, tuttavia, di un considerevole periodo di maltrattamenti subiti.

I dati riportati potrebbero affiancarsi ad una riflessione sul pensiero che ha mosso il legislatore quando ha previsto la norma sulla legittima difesa. Un orientamento²⁶ ritiene che, tradizionalmente, le norme sulla scriminante siano pensate da un punto di vista maschile. L'istituto, insomma, sarebbe nato seguendo il modello, tutto patriarcale, del "guerriero". Tanto premesso, il legislatore del 1930 avrebbe permesso ai consociati anche di togliere la vita ad un aggressore, a patto che ricorra la condizione di un leale duello tra uomini. Una simile impostazione, tuttavia, non terrebbe in considerazione che taluni, se posti nella condizione di un leale duello, sarebbero sempre destinati a soccombere. Ebbene, ciò assume maggior rilievo ove si rifletta, in particolare, proprio sul requisito dell'attualità del pericolo: la difesa contro un pericolo attuale (nelle accezioni tradizionali) non lascerebbe scampo ai consociati più vulnerabili. Il provvedimento in commento pare proporre un caso analizzabile (anche) sotto questo punto di vista: la condotta omicidiaria della donna, che approfitti del sonno del marito, sarebbe espressiva proprio della disparità delle armi delle parti del duello.

Giova allora prendere le mosse da un'autorevole dottrina, indirettamente menzionata anche dalla Corte d'Assise, secondo la quale l'attualità ricorrerebbe non solo in caso di pericolo "presente", perdurante o imminente, ma anche quando siano realizzate le condizioni che solitamente determinano la reiterazione delle condotte maltrattanti: «[...]l'energumeno che rientrando la sera ubriaco maltratta i familiari realizza il pericolo attuale di un'offesa ingiusta per il sol fatto di varcare l'uscio di casa in pieno stato di ebbrezza»²⁷. Questa posizione è il fondamento su cui si sono sviluppate le riflessioni per una diversa nozione di attualità del pericolo²⁸.

Tale impostazione, in ogni caso, è stata oggetto di critica: una concezione elastica di attualità determinerebbe una forma di applicazione analogica della scriminante della legittima difesa²⁹. Al riguardo occorre, tuttavia, evidenziare come, se anche così fosse, si tratterebbe di una analogia in *bonam partem* e che, in ogni caso, è altresì sostenibile che si tratti più che altro di un'interpretazione estensiva del concetto di attualità³⁰. Sembra condivisibile concludere in quest'ultimo senso. D'altronde, è pur vero che la nozione di pericolo "attuale" sia sostanzialmente vuota, priva di un significato valido una volta per tutte. Prova ne è, in prima approssimazione, proprio il fatto che in talune situazioni, o per particolari tipi di reato, sia stato necessario specificare che "attuale" può significare "presente", ma anche "imminente" e "perdurante".

Concludendo sulla "attualità del pericolo" sembra che il principale argomento nel senso di riconoscerne un'interpretazione più elastica si fondi sulla natura sostanzialmente indeterminata del concetto stesso. Sul punto, la dottrina ha avanzato

²⁶ P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *La legittima difesa delle donne nell'omicidio conseguente a reati di violenza di genere*, in C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, Milano-Udine, 2022, p. 152.

²⁷ T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, Vol III, Torino, 1989, p. 502.

²⁸ Da ultimo, si rimanda integralmente a C. PECORELLA (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, cit.

²⁹ F. VIGANÒ, *sub art. 52 C.p.*, cit., p. 889.

³⁰ IVI; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 345-346.

alcune soluzioni, con riferimento alla legittima difesa nel contesto dei maltrattamenti: sarebbe utile tenere conto delle risultanze degli studi autorevolmente condotti in materia di violenza domestica³¹. Questi hanno evidenziato come esista un preciso ciclo della violenza, composto da quattro fasi: l'ostilità dell'uomo verso la donna, l'esplosione della violenza fisica, il pentimento del maltrattante, la luna di miele. Il termine di questa fase è *"preludio di una successiva violenza crescente, più grave e pericolosa della precedente"*³². Si proporrebbe, dunque, di valutare l'attualità alla luce di queste considerazioni, evidenziando come a ben vedere il pericolo sia sempre attuale, in quanto le fasi del ciclo sono causalmente connesse l'una con l'altra senza soluzione di continuità³³.

7. La necessità della difesa e la praticabilità della fuga.

Nel provvedimento in esame, gli argomenti spesi dalla Corte d'Assise in merito all'attualità del pericolo risultano numerosi, mentre minor rilievo è riservato a quelli relativi alla necessità della difesa. Ciò è comprensibile: come si è anticipato, il collegio ha sostanzialmente escluso che l'imputata versasse in una condizione di legittima difesa alla luce della carenza di attualità oggettiva del pericolo. In mancanza di questo elemento, ogni riflessione sulla necessità sarebbe, in effetti, superflua. Tuttavia, dal momento che la vicenda si inserisce in un dibattito attuale - cioè quello di una diversa configurabilità della scriminante nel caso della donna maltrattata che cagioni la morte del marito addormentato- appare utile sviluppare qualche riflessione anche sulla necessità.

L'analisi che ci si propone di sviluppare comporta problemi ancor più complessi di quelli posti dall'attualità del pericolo: riconoscere la sussistenza della necessità della difesa, nel caso del provvedimento in commento, significa ritenere che l'uccisione nel sonno del marito fosse l'unico modo, per la donna maltrattata del caso concreto, di salvarsi la vita; è agevole, dunque, ritenere carente l'elemento della necessità. In particolare, la natura abituale del delitto di maltrattamenti porta a concludere che, approfittando dei momenti di "quiete", per la moglie sarebbe sempre possibile fuggire piuttosto che cagionare la morte del coniuge.

Al riguardo, i sostenitori della scriminante applicata alle donne vittime di maltrattamenti muovono, tuttavia, dal presupposto che, come tradizionalmente si insegna³⁴, la necessità della difesa debba essere valutata in senso relativo e non assoluto³⁵. Non è richiesto, insomma, che la condotta omicidiaria fosse l'unica

³¹ V. già L. E. WALKER, *The battered woman*, Harper & Row, New York, 1979.

³² P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *La legittima difesa delle donne nell'omicidio conseguente a reati di violenza di genere*, op. cit., p. 165.

³³ Cfr. Ivi, pp. 162-165.

³⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., pp. 278-279; G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 514 che richiama il minor rigore riservato all'accertamento della necessità nella legittima difesa, rispetto al caso dello stato di necessità; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 209.

³⁵ C. PECORELLA, *Conoscere il passato per poter giudicare il presente. Quando la violenza reiterata è all'origine dell'uccisione del partner*, cit., p. 248. Secondo l'Autrice, invece, troppo spesso i giudici non terrebbero in

universalmente applicabile (parametro imprescindibile, invece, nei casi di stato di necessità), ma che si trattasse dell'unica soluzione praticabile per l'aggredita del caso concreto.

È inoltre opinione pacifica che il principale mezzo difensivo, sempre preferibile rispetto all'offesa di un diritto dell'aggressore, sia la fuga³⁶. Questa rappresenta la soluzione migliore per evitare un danno a sé stessi, senza compromettere gli interessi altrui. È pur vero, tuttavia, che la fuga rappresenti una soluzione obbligata solo ove non comporti un rischio per l'aggredita³⁷. Sul punto, infatti, è da sottolineare come la massima di comune esperienza in materia di maltrattamenti insegnerebbe che scappare crei nel marito la paura di essere denunciato, paura che a sua volta alimenta l'intenzione di percuotere, ledere, maltrattare se non addirittura di uccidere. Fuggire, secondo *l'id quod plerumque accidit*, comporterebbe insomma una permanenza del rischio per la moglie vittima di maltrattamenti³⁸.

8. La possibilità di rivolgersi alle autorità.

L'altro argomento che viene spesso utilizzato per escludere il requisito della necessità è la possibilità, per la donna, di rivolgersi alle autorità nei momenti di "quiete" tra le condotte maltrattanti. La dottrina evidenzia che: *"Il ricorso allo Stato non costituisce oggi una soluzione alla violenza domestica, come fanno bene le vittime, tanto da arrivare a sviluppare la BWS³⁹. Per denunciare il partner violento senza correre ulteriori e maggiori rischi, la donna dovrebbe essere certa che l'uomo verrà arrestato e messo in condizione di non nuocerle fino a quando lei non si sarà ricreata un'altra vita, nella quale sentirsi al sicuro, fisicamente ed economicamente [...]"*⁴⁰. Alla luce di questa considerazione, pare utile verificare se l'ordinamento disponga di strumenti giuridici adatti al contrasto della violenza in contesto familiare.

Sembrerebbe, in primo luogo, che la magistratura italiana non sia insensibile alla problematica. I dati evidenziano, infatti, una certa attenzione verso il fenomeno dei

considerazione *"la realtà delle donne maltrattate"*.

³⁶ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 336-337; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 347; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2021, p. 226, che sul tema della fuga evidenzia, tuttavia, come cedere il campo non rappresenti tanto un problema di lesione all'onore, quanto piuttosto una compromissione del proprio diritto di autodeterminazione e di movimento. *Mutatis mutandis*, questa riflessione, forse, è applicabile anche al caso della donna maltrattata. Fuggire dalla propria casa, e ledere il proprio diritto di abitazione (nonché quello di vivere serenamente) per tutelare la vita del marito violento, è condivisibile?

³⁷ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *ivi*.

³⁸ C. PECORELLA, *Conoscere il passato per poter giudicare il presente. Quando la violenza reiterata è all'origine dell'uccisione del partner*, cit., pp. 248-249. La riflessione è sviluppata con riferimento ai casi di aggressione in atto, ma è estendibile anche a quelli in cui il marito maltrattatore risulti temporaneamente inoffensivo. Anche in quest'ultima situazione, comunque, l'Autrice dubita che la fuga possa costituire un'opzione valida.

³⁹ Trattasi della c.d. *Battered Woman Syndrome*, sulla quale si tornerà nel paragrafo successivo.

⁴⁰ C. PECORELLA, *Conoscere il passato per poter giudicare il presente. Quando la violenza reiterata è all'origine dell'uccisione del partner*, cit., pp. 249-250.

maltrattamenti, da parte dei giudici: “Nel 2018 le sentenze di condanna per cui il reato più grave è stato maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli sono state 3.462, in aumento rispetto alle 2.696 del 2017. L’intervallo medio di tempo tra la data del commesso reato e la sentenza è di 31 mesi nel primo grado e di 58 in appello”⁴¹.

Più in generale, non si può nascondere che l’ordinamento italiano abbia predisposto, recentemente, un *corpus* di norme davvero notevole, nell’ottica di combattere i reati legati alla violenza domestica e di genere. La l. 19 luglio 2019 n. 69, c.d. Codice Rosso, è intervenuta in molteplici ambiti per favorire la battaglia non solo contro i maltrattamenti, ma anche verso molte altre condotte realizzate a danno di donne e minori. La legge, con specifico riferimento al delitto di maltrattamenti, ha previsto: un aumento di pena, da 3 a 7 anni di reclusione; la semi blindatura della circostanza aggravante dell’omicidio del coniuge; la modifica dell’art. 282 *ter*, c.p.p. sulla misura cautelare del divieto di avvicinamento dei luoghi frequentati dalla persona offesa (permettendo al giudice di adottare forme di controllo con l’uso di mezzi elettronici o altri strumenti *ex art.* 275 bis, c.p.p. nei confronti del maltrattatore); l’introduzione del reato di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa *ex art.* 387 bis, c.p.; la subordinazione della sospensione condizionale della pena alla partecipazione a percorsi di recupero; la previsione di percorsi di risocializzazione per i condannati e, infine, misure di formazione specifica per gli addetti ai lavori nella lotta contro la violenza di domestica e di genere. L’ordinamento pare poi prestare attenzione alla necessità di adottare nel più breve tempo possibile provvedimenti di protezione e di non avvicinamento, in caso di maltrattamenti. Si pensi all’inserimento dell’art. 572, c.p. tra i reati cui possono essere disposte misure di prevenzione⁴², nonché al potere del giudice civile di disporre ordini di protezione contro gli abusi familiari.

Bisogna interrogarsi, tuttavia, sulla divaricazione tra quanto previsto dalle norme e la realtà fattuale. Solo ove le disposizioni previste risultino effettive ed efficaci, infatti, si potrebbe concludere nel senso che la possibilità di rivolgersi alle autorità rappresenti un’opzione percorribile. Senza la pretesa di sviluppare una simile indagine in questa sede, giova una considerazione di carattere generale: non può ignorarsi come forme di controllo, quali il c.d. braccialetto elettronico, finalizzate al rispetto del divieto di avvicinamento dei luoghi frequentati dalla persona offesa, risultino – ove disponibili – talora inadeguate. Si pensi ai casi di omicidio-suicidio (prevalentemente dell’uomo nei confronti della donna⁴³), ove la misura in esame non risulta di efficacia alcuna, posto che al termine della condotta omicidiaria il soggetto attivo si toglie la vita.

⁴¹ <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-percorso-giudiziario/condanne#:~:text=Nel%202018%20le%20sentenze%20di,e%20di%2058%20in%20appello>. Si noti che il dato fa riferimento a un periodo antecedente l’entrata in vigore del Codice Rosso.

⁴² Per un commento su un caso recente cfr. C. PECORELLA, *L’intervento preventivo a tutela di donne e minori: una corsa ad ostacoli che talvolta ha un lieto fine*, in questa Rivista 14 gennaio 2022.

⁴³ Il fenomeno sembra trovare la sua massima diffusione nel contesto familiare. Anche in questo caso i soggetti attivi sarebbero prevalentemente uomini. Per un’indagine risalente cfr. P. ROMA, F. PAZZELLI, S. FERRACUTI, *Epidemiologia dell’omicidio-suicidio passionale in Italia*, in *Rass. it. crimin.*, 2011, 4, 9 e ss.; dati più recenti, ma limitati al Friuli-Venezia Giulia, si rinviengono in F. SIMONIT, O. SCARAPPA, L. DESINAN, *Omicidi-*

La riflessione relativa al ruolo delle istituzioni impone, inoltre, un'ultima considerazione: la dottrina⁴⁴ evidenzia che scriminare la condotta della donna che cagioni la morte del marito addormentato determinerebbe una sostanziale delegittimazione dello Stato. Comporterebbe, infatti, l'ampliamento della potestà punitiva del privato alla luce dell'incapacità dell'ordinamento di tutelarne i diritti fondamentali.

Sotto il profilo della funzione generale preventiva, inoltre, la legittima difesa ha l'importante ruolo di avvisare i consociati che, anche laddove lo Stato non riesca a garantire la tutela di un diritto, è riconosciuta ai singoli una limitata possibilità di proteggersi, anche a costo della vita dell'aggressore⁴⁵. Ciò rappresenta già di per sé un *quid pluris* rispetto al potere dell'ordinamento, che alla luce della Costituzione della Repubblica non può comminare come pena la morte. Il timore principale, che accompagna queste argomentazioni, parrebbe dunque essere quello di una deriva verso una condizione di sostanziale anarchia⁴⁶.

A questa considerazione è stata contrapposta, invero, un'ulteriore argomentazione: *“D'altra parte, del tutto inverosimile appare il pericolo della diffusione del gesto omicida tra le donne maltrattate: se da un lato esso non trova alcun riscontro nella drammaticità con la quale le donne – poche rispetto al numero stimato di vittime di violenza domestica – ricorrono a quel gesto, impulsivo e disperato, e ne vivono poi le conseguenze, per lo più inattese, dall'altro lato riecheggiano le preoccupazioni sollevate in passato per contrastare l'introduzione di una legge sull'interruzione di gravidanza, dalla quale – si diceva – sarebbe derivato il ricorso indiscriminato all'aborto da parte di donne e ragazze”*⁴⁷. La prospettiva di una deriva verso una sorta di “Stato Far-West” sarebbe, inoltre, infondata, anche alla luce dei dati sopra richiamati: la maggior parte degli omicidi avviene per mano di uomini verso le donne nel contesto familiare (e non viceversa), così come il numero di condannate per questi delitti risulta estremamente basso.

Come si vede, in ogni caso, riconoscere nell'omicidio una scelta costretta e necessaria, in senso oggettivo, appare estremamente complesso. Al contempo, nel caso

suicidi in Friuli: studio retrospettivo (1993-2018), in *Riv. it med leg e dir. camp. san.*, 2020, 1, 572-573.

⁴⁴ F. VIGANÒ, *sub art. 52 C.p.*, cit., p. 890.

⁴⁵ Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, op. cit., p. 512. Dopo aver individuato, quali elementi fondamentali di uno statuto di garanzia delle scriminanti, la riserva di fonte, la ragionevolezza e la determinatezza, con riferimento a quest'ultima l'Autore precisa che: *“La determinatezza della giustificazione rende più certo e razionalmente prevedibile il meccanismo di combinazione tra l'incriminazione e la giustificazione, consentendo ex ante di comprendere quale sia, tra le due, la norma prevalente”*.

⁴⁶ IVI.

⁴⁷ C. PECORELLA, *Conoscere il passato per poter giudicare il presente. Quando la violenza reiterata è all'origine dell'uccisione del partner*, cit., pp. 244-245; si segnala, inoltre, che i dati evidenziano che le interruzioni volontarie della gravidanza, all'indomani dell'introduzione della l. 22.5.1978 n. 194 sono diminuite di anno in anno e sono in continua diminuzione. Cfr. la Relazione annuale del Ministro della Salute sull'attuazione della legge n. 194/1978, con riferimento ai dati del 2020: https://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=3236

concreto ben potrebbero verificarsi tutti gli elementi per ravvisare la necessità della difesa nonostante la molteplicità di misure predisposte dal legislatore⁴⁸.

9. Cenni sulla *Battered Woman Syndrome*.

Come già ricordato, la Corte d'Assise, consapevole dei problemi interpretativi sopra esposti per quanto concerne l'applicabilità della legittima difesa nel caso di specie, esclude la possibilità di configurare la scriminante. Nella sentenza in commento, appare, tuttavia, di grande interesse il ruolo assunto dalla condizione psicologica della donna. Negli Stati Uniti, al riguardo, si parla di "*Battered Woman Syndrome*" (BWS)⁴⁹ per indicare una sindrome oggetto di approfondimento anche da parte della dottrina italiana⁵⁰. L'applicazione in sede giudiziale della BWS, inoltre, ha avuto il grande pregio di portare i giudici stranieri a tenere in considerazione il contesto vessatorio in cui versava l'imputata al momento dell'omicidio del marito.

Invero, nel provvedimento non si menziona espressamente la BWS: la difesa, infatti, nel tentativo di escludere l'imputabilità, ha piuttosto sostenuto che, al momento del fatto, la donna avesse agito in preda ad un'altra patologia. Il perito, cui il giudicante ha dato credito, ha tuttavia ritenuto che: *"i fatti di causa non scaturiscono da uno scompenso psicotico acuto con disgregazione delle funzioni psichiche, ma sembrano configurarsi come agito di una donna che, in un contesto di maltrattamenti in famiglia protratti, disperata e terrorizzata da un pericolo reale, sentendosi senza vie di fuga, vede nell'omicidio l'unica soluzione per proteggere l'incolumità propria e dei propri famigliari"*.

A prescindere dalla qualificazione del disturbo, tuttavia, interessa evidenziare come non sia insolito che le difese di donne maltrattate, che abbiano cagionato la morte del marito, tentino di far valere la condizione psicologica delle stesse al fine di escluderne la capacità di intendere e di volere al momento del fatto⁵¹. Questa

⁴⁸ Giova richiamare un passaggio della sentenza della Corte d'Assise che, lo si ricorda, ha escluso la legittima difesa: *"All'intervento delle Forze dell'Ordine e dell'ambulanza, che conduceva il [omissis] al Pronto soccorso, seguiva la prima vera e propria richiesta di aiuto della [omissis] che, rimasta sola con i familiari e i militari, raccontava dei soprusi, dei maltrattamenti e delle violenze subite nell'ultimo periodo, senza, tuttavia, ottenere alcun aiuto concreto. Le Forze dell'Ordine la invitavano a recarsi nei giorni seguenti in caserma; i paramedici la informavano che nessun TSO sarebbe stato possibile in quell'occasione; il figlio le comunicava che avrebbe preferito passare la notte fuori casa, onde evitare ulteriori scontri con il genitore; la vicina di casa, alla richiesta di prestarle soccorso ove ve ne fosse stato bisogno, si limitava ad augurarsi di sentire le grida d'aiuto nel trambusto generale. Anche il cognato [...] le diceva di non potersi fermare per farle compagnia: aveva degli impegni e, più tardi, avrebbe voluto vedere la finale degli europei di calcio."*. Viene insomma da chiedersi se nel caso concreto non fosse ravvisabile la necessità relativa.

⁴⁹ L. E. WALKER, *The battered women*, Harper & Row, 1979, New York.

⁵⁰ M. DOVA, *Giustizia umana e giustizia nei codici. Giudicare l'omicidio del tiranno domestico*, op. cit.; C. PECORELLA, *Conoscere il passato per poter giudicare il presente. Quando la violenza reiterata è all'origine dell'uccisione del partner*, cit.; con riferimento ai rapporti tra *battered woman defense* e *cultural defense* cfr. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente orientati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, pp. 109-112.

⁵¹ L. GOISIS, *La legittima difesa delle donne negli Stati Uniti d'America. Una questione di "genere"*, in C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, Milano-Udine, 2022, p. 87, con riferimento alla giurisprudenza americana.

impostazione, inoltre, riecheggia in una delle possibili applicazioni della BWS (il c.d. *Medical Model*) nel contesto processuale sebbene si tratti indubbiamente di quella meno condivisa⁵². Ciò che non convince, infatti, è proprio l'idea che il soggetto attivo abbia agito affetto da una patologia psichica. Dal momento che il modello descriverebbe la donna come "*irrazionale o mentalmente instabile*"⁵³, sarebbero dunque da preferire forme di applicazione processuale della BWS che portino ad escludere la punibilità mantenendo ferma la capacità di intendere e di volere dell'imputata.

Al contempo, inoltre, la dottrina evidenzia come la BWS abbia conosciuto una forte risonanza all'estero⁵⁴, ma anche come, talora, non venga invocata tanto per escludere la pena, quanto piuttosto per determinarne una mitigazione, magari attraverso una riqualificazione giuridica del fatto da doloso a colposo⁵⁵. Quest'ultima considerazione giova ai fini dell'analisi del provvedimento, in quanto la Corte d'Assise ha in effetti tenuto in forte considerazione la condizione psicologica della donna vittima di maltrattamenti, non al fine di escluderne l'imputabilità, bensì per attenuare la risposta sanzionatoria attraverso il disposto dell'art. 59, co. 4, c.p., in materia di scriminante putativa.

10. La legittima difesa putativa nel contesto dei maltrattamenti in famiglia.

Com'è noto, l'istituto della scriminante putativa trova fondamento nell'art. 59, co. 4, c.p.⁵⁶. Il primo elemento necessario per una corretta applicazione della disposizione in esame è che non ricorra alcuna causa di giustificazione: si fa l'esempio di chi, di notte, spari e uccida un aggressore armato di una pistola giocattolo, privata dei segni necessari per riconoscerla come tale⁵⁷, situazione in cui la legittima difesa risulta, in effetti, carente. Ai fini dell'applicazione della scriminante putativa occorre, tuttavia, che l'agredito abbia ritenuto, erroneamente, che una causa di giustificazione sussistesse, ma qualora si tratti di errore dovuto a colpa, l'agente risponderà se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo. Riprendendo lo stesso esempio di prima, si immagini che l'aggressore sia armato di una pistola giocattolo con ancora i contrassegni di riconoscimento. L'agredito potrebbe, in effetti, aver erroneamente creduto di essere in pericolo, ma il bollino rosso del tutto visibile sull'arma rende rimproverabile l'omicidio.

⁵² L. RAVAGNANI, *Non è una legge per donne*, in C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, Milano-Udine, 2022, p. 136.

⁵³ Ivi.

⁵⁴ C. PECORELLA, *Conoscere il passato per poter giudicare il presente. Quando la violenza reiterata è all'origine dell'uccisione del partner*, cit., p. 240.

⁵⁵ Ivi, pp. 242-243.

⁵⁶ Per una riflessione sull'istituto della scriminante putativa, seguendo tuttavia un'impostazione contraria alla teoria tripartita del reato, si rimanda integralmente a C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961.

⁵⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 320-321; si veda inoltre M. MOSSA VERRE, *L'errore sulla legittima difesa e l'eccesso colposo: osservazioni a margine di un "caso da manuale"*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 4, pp. 208-223.

La differenza tra la valutazione sull'effettiva sussistenza di un errore e quella sulla natura colposa (o meno) dello stesso assume una cruciale importanza nella disamina della sentenza della Corte d'Assise in commento. Il Collegio, infatti, opera una puntuale ricostruzione dei maltrattamenti commessi, dall'uomo, nei confronti della moglie. Questi fatti, appurati nell'istruttoria dibattimentale, sono stati ritenuti assolutamente pacifici dal giudice di merito, che si è inoltre affidato alla ricostruzione operata dal perito e dal consulente di parte sulla condizione psicologica dell'imputata al momento del reato. Ella, già nel corso dei tre mesi precedenti il fatto, viveva in una condizione di paura, ansia, tensione e sofferenza psicologica continua. Ciò al punto da arrivare a credere di non aver alcuna via di uscita dalla sua penosa condizione.

La conclusione cui addiviene il Collegio sembrerebbe sottolineare, dunque, il nesso intercorrente tra i maltrattamenti subiti, la conseguente condizione psicologica della donna e l'errore sulla situazione scriminante in cui essa è caduta. Viene ritenuto credibile che, dopo un lungo periodo di vessazioni, l'imputata abbia maturato l'erroneo convincimento di versare in una situazione di pericolo attuale, respingibile necessariamente solo attraverso una condotta omicidiaria.

Cionondimeno, dopo aver concluso in questo senso sull'errore, la Corte d'Assise ha portato a compimento il ragionamento giuridico, così argomentando con riferimento alla colpa: *"Sussiste, quindi, nel caso di specie, una situazione di legittima difesa putativa colposa, prevista dall'art 59 comma terzo cod pen, in quanto l'erroneità del convincimento dell'imputata, senza essere giustificata né del tutto ingiustificata obiettivamente, è alla stessa addebitabile a titolo di colpa, consistita nell'affrettata ed eccessiva valutazione da parte della stessa delle circostanze relative alla situazione di pericolo e all'inesistenza di una via di fuga. Ella infatti, con precipitazione, consistita nel decidere che quella sera avrebbe dovuto risolvere l'intera situazione di pericolo, e imprudenza, nel calcolare l'entità del pericolo stesso e gli alternativi mezzi di salvezza, ha errato colposamente nella valutazione della sussistenza dei requisiti della scriminante in parola"*.

Riprendendo quanto esposto in tema di BWS, dunque, il caso in analisi potrebbe rientrare tra quelli che tengono in considerazione la sindrome in questione al fine di mutare il titolo di imputazione soggettiva del fatto da doloso a colposo. La condizione psicologica della donna maltrattata, insomma, sarebbe stata valorizzata dai giudici al fine di agevolare l'argomentazione circa la sussistenza dell'errore sulla scriminante, ritenendo tuttavia ricorrente l'elemento soggettivo della colpa.

Giova sottolineare, da ultimo, come recente dottrina abbia argomentato, sempre nell'ambito della scriminante putativa, nel senso di superare il modello della BWS con un duplice fine: evitare di ricondurre la non punibilità della donna alla carenza di capacità di intendere e di volere nel momento della commissione del fatto, da una parte, ed escludere la responsabilità penale *tout court*⁵⁸ dall'altra. In particolare, dal momento che è stato riformato l'eccesso colposo di legittima difesa, con il riferimento al grave turbamento⁵⁹, potrebbe valorizzarsi una soluzione analoga anche per la legittima difesa

⁵⁸ M. DOVA, *Giustizia umana e giustizia nei codici. Giudicare l'omicidio del tiranno domestico*, op. cit., p. 203, ove l'Autore riflette sull'applicabilità della legittima difesa nei casi di violenza domestica.

⁵⁹ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 339-340.

putativa, quantomeno per i c.d. “casi difficili”⁶⁰ come quello in analisi. Tale proposta sembrerebbe portare a configurare una causa di non punibilità di tipo scusante⁶¹: l’errore in cui cade la donna maltratta sarebbe dunque incolpevole.

L’applicazione analogica dell’istituto in esame si giustificerebbe anzitutto in quanto operata in *bonam partem*. È tuttavia necessario interrogarsi sulla presenza o meno di una lacuna nell’ordinamento. Sul punto potrebbero rilevare alcune considerazioni. In primo luogo, i dati riportati in materia di omicidi e maltrattamenti sembrerebbero indicare che spesso le morti causate dalle donne si verificano in ambiti relazionali violenti (ove gli autori delle violenze sono prevalentemente uomini). L’omicidio del marito maltrattatore assopito difficilmente, tuttavia, pare riconducibile al canone della legittima difesa e pertanto non potrà nemmeno accedere alla disciplina dell’eccesso colposo, nonché a quella della scusante *ex art. 55, co. 2, c.p.* Eppure, la donna maltrattata, spesso, agirebbe in una condizione assimilabile a quella del grave turbamento, se sol si tiene conto degli studi operati in materia di *Battered Woman Syndrome*.

Tutto ciò considerato, se la scusabilità del fatto, ai sensi dell’art. 55, co. 2, c.p., dipende da uno stato emotivo, sarebbe ragionevole che questo rilevasse tanto nell’eccesso colposo di legittima difesa, quanto in caso di scriminante putativa colposa. Il rilievo che il legislatore attribuisce ad uno stato emotivo, quale è il grave turbamento, potrebbe insomma prescindere dalla presenza di una situazione di legittima difesa oggettiva. Diversamente, si potrebbe configurare una disparità di trattamento difficilmente giustificabile, dovuta al fatto che, nella legittima difesa putativa, l’errore in cui cade l’agente, seppur colpevole, rende in ogni caso autentica la convinzione di vertere in una situazione di pericolo attuale respingibile solo attraverso una condotta costituente reato. Tale genuinità della convinzione giustificerebbe un’equiparazione normativa tra i sistemi delle scriminanti oggettive e putative, che al momento non sussiste più⁶².

Questa impostazione, in ogni caso, dovrebbe tenere in forte considerazione quanto argomentato, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sia sulle scriminanti putative⁶³ che sull’eccesso colposo di legittima difesa caratterizzato da grave turbamento⁶⁴: la necessità di fondarne il rilievo su elementi di fatto obiettivi e concreti. Ciò appare fondamentale, al fine di evitare le difficoltà di accertamento che si configurerebbero ove gli istituti venissero letti in chiave puramente psicologica. È dunque da evidenziarsi come un’attenta analisi nel caso concreto del c.d. “ciclo della violenza”, sopra richiamato, potrebbe giovare anche a questo fine.

⁶⁰ M. DOVA, *Giustizia umana e giustizia nei codici. Giudicare l’omicidio del tiranno domestico*, op. cit., p. 208.

⁶¹ Cfr. F. VIGANÒ, *sub art. 55 C.p.*, in G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2021, p. 1046.

⁶² Equiparazione che sussisteva fino alla riforma del 2019. Prima di questa, infatti, il sistema della legittima difesa oggettiva prevedeva l’ipotesi non punibile (art. 52, c.p.) e quella punibile (art. 55, c.p.). Questa impostazione trovava un parallelismo con le norme sulla legittima difesa putativa, che prevedevano l’ipotesi non sanzionabile (al ricorrere di un errore incolpevole) e quella sanzionabile (errore colpevole).

⁶³ La sentenza in commento, *ex multis*, richiama Cass. pen., Sez. VI, n. 18711/2012.

⁶⁴ D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020, p. 304.

11. Il problema sullo sfondo, ma raramente affrontato, della proporzionalità della pena per l'omicidio del coniuge.

Come si vede, nei casi di omicidio del coniuge addormentato commesso dalla donna maltratta, ogni strada che si intenda intraprendere per scriminare o comunque non punire incontra difficoltà non indifferenti dal punto di vista dell'argomentazione in diritto. È, invero, apprezzabile lo sforzo dei giudici della sentenza in commento, che hanno cercato di fornire una solida base giuridica ad una soluzione che non penalizzi eccessivamente l'imputata, al fine di scongiurare una conclusione ben diversa: la condanna per omicidio doloso, con pena minima computata in 21 anni di reclusione. L'ultima riflessione deve proprio riguardare questo problema: la sostanziale convergenza di tutti i fatti di omicidio doloso nell'art. 575, c.p. e ss., indipendentemente dal maggiore o minore disvalore espresso dal fatto del caso concreto.

Giova comprendere per quali motivi la pena minima irrogabile per il fatto in analisi, qualora qualificato come omicidio doloso, non potesse che conteggiarsi in 21 anni di reclusione. Com'è noto, infatti, questa è la pena minima individuata dall'art. 575, c.p., mentre fin dal 1930 l'omicidio del coniuge costituisce non una fattispecie base, bensì un delitto circostanziato. Infatti, l'art. 577, co. 2, c.p. prima formulazione (rubricato "altre circostanze aggravanti. Ergastolo") comminava per il fatto in questione una pena compresa tra i 24 e i 30 anni di reclusione. Si trattava, dunque, di una circostanza aggravante a effetto speciale, di tipo indipendente (in quanto prevedeva una cornice edittale diversa da quella stabilita per il reato base). Questa impostazione cambiò per la prima volta con l'intervento della l. 11 gennaio 2018 n. 4. Da quel momento, l'omicidio del coniuge venne individuato nell'art. 577, co. 1, n. 1, c.p. con due importanti novità: la pena prevista per il delitto divenne l'ergastolo (trasformando la circostanza da indipendente ad autonoma) e detto trattamento sanzionatorio venne previsto anche nel caso di coniuge legalmente separato, di parte di un'unione civile ovvero di persona legata al colpevole da relazione affettiva e⁶⁵ con esso stabilmente convivente. La cornice edittale indipendente da 24 a 30 anni venne invece mantenuta nel caso di omicidio del coniuge divorziato ovvero di unione civile cessata.

L'ultimo intervento sul delitto in esame si è avuto con la citata l. n. 69/2019, c.d. Codice Rosso, che ha aggiunto i casi di omicidio caratterizzati da cessata stabile convivenza ovvero cessata relazione affettiva tra quelli puniti dai 24 ai 30 anni di reclusione. La vera innovazione del Codice Rosso, per quanto qui di interesse, ha riguardato tuttavia l'ultimo comma dell'art. 577, c.p. La norma in esame, infatti, trasforma l'omicidio del coniuge in una circostanza aggravante non solo autonoma e punita con l'ergastolo, ma anche dalla natura semi blindata⁶⁶. Fuori dai casi degli artt. 62, n. 1, 89, 98 e 114 c.p., infatti, mai le attenuanti potranno prevalere sull'aggravante dell'omicidio del coniuge: al più potranno considerarsi equivalenti.

⁶⁵ La riforma del 2019 ha poi sostituito la parola "e" con la congiunzione con valore disgiuntivo "o".

⁶⁶ Per una trattazione organica sulle circostanze blindate e semi blindate si rimanda a A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.

Ora, la *ratio* ispiratrice di questo severo aggravamento del trattamento sanzionatorio risiede nella stessa ragione che ha portato alla stesura del Codice Rosso. I dati sopra richiamati evidenziano inequivocabilmente come la maggior parte degli omicidi avvenga tra le mura domestiche. È comprensibile, dunque, che, sulla base di un'indagine di incidenza dei reati, il legislatore abbia ritenuto di potenziare la funzione generale preventiva della pena dell'omicidio del coniuge, specie nell'ottica di debellare la piaga del femminicidio⁶⁷. Il problema risiede nel fatto che la norma, per come formulata, non risponde pienamente alla *ratio* in esame. Ciò in quanto, evidentemente, potrebbe applicarsi anche qualora a commettere il reato sia la moglie: non si fa solo riferimento ai casi di uccisione del marito con dolo e senza ragioni specifiche, ma appunto anche a quelli finora esaminati, che riguardano situazioni in cui la donna maltrattata non veda altra strada, per uscire dalla propria condizione, che quella di uccidere.

A ben vedere, questa uniformità di trattamento è tipica del sistema penale italiano. La scelta originaria del codice del 1930, infatti, è stata quella di prevedere una fattispecie "generale", per così dire, di omicidio doloso (art. 575, c.p.). Questa regola è completata dal sistema delle aggravanti disegnato dagli artt. 576 e 577, c.p., nonché dagli unici casi di omicidio doloso con trattamento sanzionatorio più mite: l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (art. 578, c.p.) e l'omicidio del consenziente (art. 579, c.p.).

È già stato autorevolmente spiegato come l'impostazione italiana potrebbe essere rivisitata⁶⁸ seguendo il modello di altri ordinamenti giuridici. La Germania, per esempio, nello StGB prevede due diversi istituti di omicidio volontario⁶⁹. In particolare, viene evidenziato come la forma meno grave del reato, secondo il § 212 StGB⁷⁰, preveda una pena detentiva non inferiore a cinque anni, ove invece il § 76 del codice austriaco stabilisce la detenzione da cinque a dieci anni⁷¹. È di tutta evidenza, in ogni caso, come queste soluzioni siano percorribili solo *de iure condendo*. Dunque, stante il minor

⁶⁷ Cfr. il Focus dell'Ufficio Valutazione Impatto sul femminicidio del Senato della Repubblica: https://senato.it/application/xmanager/projects/leg18/Focus_femminicidio_1.pdf

⁶⁸ E. M. AMBROSETTI, *La riforma dei delitti di omicidio doloso (artt. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni*, consultabile sul sito dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale: <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/Documenti-per-il-VII-Congresso-La-riforma-dei-reati-contro-la-persona/2-gruppo-Reati-dolosi-contro-la-vita-e-l-integrit-fisica/>

⁶⁹ IVI.

⁷⁰ Il codice tedesco distingue tra *Mord* (§ 211 StGB) e *Totschlag* (§ 212 StGB). Rientrano tra i casi di *Mord*, e sono puniti con l'ergastolo, gli assassini cagionati per desiderio di uccidere, per appagare un istinto sessuale, per avidità ovvero per bassi motivi, con perfidia o crudeltà o con mezzi di pericolo comune, ovvero per permettere o occultare un altro reato. Fuori dai casi richiamati, il fatto può essere qualificato come *Totschlag*, fattispecie, come si è visto, punita meno severamente. Infine, il § 213 StGB prevede i casi di minor gravità di *Totschlag*: trattasi dell'evenienza in cui l'agente abbia cagionato la morte in uno stato d'ira, senza colpa, provocato dall'ucciso, per un maltrattamento o per un'offesa grave subita o rivolta a un congiunto, e per via di ciò sia stato immediatamente trascinato alla realizzazione del fatto, ovvero ricorra un altro caso di minor gravità.

⁷¹ E. M. AMBROSETTI, *La riforma dei delitti di omicidio doloso (artt. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni*, op. cit.

disvalore di un omicidio commesso in risposta ai maltrattamenti subiti, pare utile sondare soluzioni interpretative alternative tenendo presenti le norme vigenti.

12. Il sindacato costituzionale sulla proporzionalità della pena.

Una condanna alla reclusione con pena edittale minima fissata in 21 anni, per l'omicidio del marito violento da parte della moglie maltrattata, appare in primo luogo sproporzionata. Dal momento che, tuttavia, il giudice non ha mezzi per individuare una sanzione inferiore a quella prevista *ex art. 575, c.p.*, ogni ragionamento sulla proporzionalità deve essere inteso in astratto e riferito alla cornice edittale della disposizione in esame.

Ora, negli ultimi anni, l'ordinamento ha conosciuto un preciso anticorpo laddove la legge abbia previsto risposte sanzionatorie eccessivamente severe per il disvalore del fatto incriminato: il sindacato costituzionale di proporzionalità delle pene. Con particolare riferimento alle circostanze aggravanti semi blindate, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha interessato il combinato disposto tra fattispecie attenuate (si prenda l'esempio del fatto di lieve entità *ex art. 73, co. 5, DPR 309/1990*)⁷², l'*art. 99, co. 4, c.p.* (aggravante della recidiva reiterata) e l'*art. 69, co. 4, c.p.*. L'ultima norma prevede, infatti, che ove vengano poste a bilanciamento circostanze attenuanti con la recidiva reiterata, queste mai potranno prevalere sull'aggravante in esame. Qualora il giudice avesse deciso di applicare la recidiva reiterata, alla luce della relativa natura facoltativa⁷³, al fatto di lieve entità - ritenendo equivalente il giudizio di bilanciamento tra le circostanze - l'imputato poteva essere punito non con la pena attenuata prevista dall'*art. 73, co. 5*, bensì con quella ben più grave dall'*art. 73, co. 1*. In questo caso, il giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale l'*art. 69, co. 4* nella parte in cui impedisce la prevalenza dell'attenuante di cui all'*art. 73, co. 5 DPR 309/1990* sulla recidiva reiterata *ex art. 99, co. 4, c.p.*⁷⁴.

Non è tuttavia facile applicare il medesimo ragionamento al caso dell'omicidio del coniuge. È da evidenziare, infatti, che, ove applicato dal giudice delle leggi, il sindacato sull'aggravante semi blindata è risultato agevole anche sulla base di un presupposto: l'ordinamento prevedeva una fattispecie attenuata cui fare riferimento. Nei ricordati casi, dunque, l'incostituzionalità è stata pronunciata in quanto l'aggravante semi blindata poteva impedire ad un fatto espressivo di un disvalore contenuto di essere sussunto in una fattispecie attenuata esistente nell'ordinamento. Nel caso dell'omicidio del coniuge, invece, il sistema penale prevede la fattispecie base (*art. 575, c.p.*),

⁷² Ma anche la ricettazione di particolare tenuità, nonché la violenza sessuale di minore gravità, cfr. G. L. GATTA, C. PAGELLA, *sub art. 69 C.p.*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2021, p. 1436.

⁷³ Sulla natura facoltativa della recidiva reiterata, in relazione all'*art. 69, co. 4, c.p.*, si veda A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, op. cit., 68-76.

⁷⁴ G. L. GATTA, C. PAGELLA, *sub art. 69 C.p.*, op. cit., p. 1436; Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251 punto 5.

l'aggravante (art. 577, c.p.), ma non la fattispecie attenuata in cui sussumere il fatto (non esiste l'omicidio del coniuge punito con una pena minima inferiore agli anni 21). Il quesito diviene allora se sia possibile individuare una sanzione più lieve, rispetto a quella stabilita *ex art.* 575, c.p., per i casi in esame.

Alla luce di un sistema sanzionatorio che, attualmente, individua quale pena minima dell'omicidio del coniuge, anche se operato dalla donna maltrattata, quella di 21 anni di reclusione, potrebbe essere utile una riflessione su un ipotetico sindacato costituzionale di una simile sanzione. È noto come l'intervento della Corte costituzionale sul tema abbia conosciuto un importante percorso evolutivo. Per molto tempo, il giudice delle leggi si è avvalso della teoria del *tertium comparationis* e delle rime obbligate⁷⁵, sostanzialmente per scongiurare pronunce di incostituzionalità legate alle pene astratte. Lo scrupolo, infatti, era quello di evitare che la Corte contestasse la discrezionalità del legislatore, che trova una delle sue massime espressioni proprio nella definizione del *quantum* delle pene. In un primo momento, ai fini del sindacato, il giudice delle leggi richiedeva un termine di paragone: per pronunciarsi sull'incostituzionalità di una sanzione prevista per una fattispecie, era necessario evidenziare l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio paragonandolo a quello previsto per una fattispecie analoga. Il sindacato, insomma, doveva evidenziare una disparità di trattamento manifestamente incongrua.

In ogni caso, pur in presenza di un termine di paragone utile, la Corte ha spesso evitato di dichiarare l'incostituzionalità, in ossequio alla teoria delle rime obbligate: si riteneva possibile censurare la pena solo ove il giudice delle leggi, nell'individuare la sanzione sostitutiva, fosse vincolato a seguire un'unica strada interpretativa, non residuando margine di discrezionalità in capo al legislatore. Ebbene, questa impostazione, estremamente rispettosa del potere legislativo del Parlamento, ha avuto diverse conseguenze sul piano della mancata tutela di diritti fondamentali⁷⁶. Proprio in ragione di questa considerazione, la Corte ha ritenuto necessario superare sia la teoria del *tertium comparationis*⁷⁷, che quella delle rime obbligate⁷⁸. La giurisprudenza costituzionale più recente, infatti, appare oramai decisamente orientata a ritenere di potere sindacare la proporzionalità di una pena in relazione al disvalore intrinseco di una fattispecie, non essendo necessario né un termine di paragone, né che residui una sola strada interpretativa per sostituire la pena censurata. L'unico limite che la Corte riconosce è la necessità di individuare una pena sostitutiva seguendo le coordinate ermeneutiche fornite dal legislatore. È capitato, con riferimento agli illeciti amministrativi, che in mancanza di agganci interpretativi il giudice delle leggi abbia

⁷⁵ Si rimanda a F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021; D. TEGA, [La traiettoria delle rime obbligate](#), in *questa Rivista* 2021, 2, pp. 5-31.

⁷⁶ C. eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani e alt. c. Italia; Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279.

⁷⁷ Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236; cfr. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.* 2017, 2, pp. 61-66.

⁷⁸ Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 222; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., pp. 286-290; A. GALLUCCIO, *La pronuncia della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018.

semplicemente dichiarato l'incostituzionalità della sanzione, lasciando il precetto privo della stessa⁷⁹. Un simile intervento, ha sottolineato la Corte, è tuttavia ammissibile solo ove non si incorra in un inaccettabile *deficit* di tutela⁸⁰.

A ben vedere, tuttavia, nemmeno il sindacato sulla proporzionalità in astratto delle pene pare essere una strada percorribile. Ciò per due ragioni fondamentali. In primo luogo, bisogna evidenziare come la Corte si sia sempre espressa su fattispecie esistenti, previste espressamente dal legislatore, ma caratterizzate da una pena sproporzionata rispetto al disvalore intrinseco del fatto. Un sindacato di questo tipo sarebbe dunque possibile solo ove l'omicidio del coniuge da parte della donna maltrattata fosse previsto come reato autonomo, punito anch'esso con la sanzione minima di 21 anni di reclusione (o comunque con altra pena sproporzionata). Una simile fattispecie, tuttavia, non esiste. Ne deriverebbe che, per sindacare la dosimetria della pena in astratto, il giudice delle leggi dovrebbe spingersi fino a descrivere il fatto specifico di omicidio per cui è prevista la sanzione sproporzionata. Non si può nascondere come un esisto di questo tipo parrebbe tradursi in una vera e propria attività legislativa.

In secondo luogo, in ogni caso, il sindacato sulla pena porrebbe comunque il problema della sostituzione della stessa: come ricercare le coordinate interpretative utili ai fini di una pena sostitutiva più mite di quella individuata *ex art.* 575, c.p.? Si potrebbe, in primo luogo, verificare il trattamento sanzionatorio previsto per i due delitti di omicidio minore menzionati. L'infanticidio è punito con la reclusione da 4 a 12 anni, mentre l'omicidio del consenziente da 6 a 15 anni. Com'è stato evidenziato⁸¹, tuttavia, questi due casi rappresentano degli esempi estremamente specifici e diversi tra loro e pertanto poco pertinenti ai fini di un'indagine sulla pena 'sostitutiva' per i casi di omicidio del coniuge operati dalla moglie maltrattata.

La soluzione più praticabile sembrerebbe quella che si limiti a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 577, co. 3, c.p. nella parte in cui impedisce la prevalenza di altre circostanze attenuanti, diverse da quelle già *ivi* indicate. Ciò appare in linea con la recente tendenza della Corte costituzionale, volta a dichiarare l'incostituzionalità di meccanismi che portano ad applicare pene irragionevolmente sproporzionate⁸². Si tratterebbe, al contempo, di un procedimento leggermente diverso da quello operato negli altri casi di sindacato sulle aggravanti semi blindate: se negli esempi sopra

⁷⁹ Corte cost., sent. 23 settembre 2021, n. 185; L. TOMASI, [Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio](#), in questa Rivista, 4 ottobre 2021.

⁸⁰ Cfr. Corte cost., sent. 23 settembre 2021, n. 185, punto 3: «Il deficit di tutela conseguente all'ablazione della norma denunciata non attinge, dunque, a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca – e l'indicazione, da parte del giudice rimettente (sentenze n. 115 del 2019 e n. 233 del 2018) – di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate, suscettibili di essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella sospettata di illegittimità costituzionale, in attesa di un intervento legislativo».

⁸¹ E. M. AMBROSETTI, *La riforma dei delitti di omicidio doloso (artt. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni*, op. cit.

⁸² Corte cost., sent. 13 aprile 2021, n. 63; Corte cost., sent. 26 novembre 2020, n. 252; Corte cost., sent. 27 ottobre 2020, n. 224; Corte cost., sent. 8 marzo 2019, n. 40; Corte cost., sent. 17 dicembre 2018, n. 233; Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 222.

menzionati era possibile individuare la fattispecie attenuata da applicare, con l'omicidio del coniuge non si può concludere nello stesso senso.

Disinnescare il rigido meccanismo dell'aggravante semi blindata *ex art. 577, co. 3, c.p.* permetterebbe l'operatività di una moltitudine di circostanze attenuanti. In particolare, il giudice potrebbe computare la pena base in anni 21 *ex art. 575, c.p.*, valutare le attenuanti prevalenti sull'aggravante dell'omicidio del coniuge e applicarle nel massimo per ridurre la pena il più possibile.

La sanzione finale, in ogni caso, secondo una prima lettura, non potrebbe essere inferiore a 10 anni di reclusione: ciò in quanto l'art. 67, c.p., stabilisce che, per i delitti puniti con l'ergastolo, la pena per quanto diminuita non potrà essere inferiore a quest'ultimo ammontare. Ci si chiede, invero, se anche l'art. 67, c.p., tutto sommato, non ponga lo stesso interrogativo di partenza: è proporzionata una pena che individui, come migliore delle prospettive, la reclusione di dieci anni per i casi di omicidio in analisi? Il quesito è stimolato da quella dottrina già richiamata⁸³ che, menzionando il codice tedesco e quello austriaco, ha evidenziato come, nel secondo caso, 10 anni fosse il limite massimo della pena per le forme meno gravi di omicidio volontario.

Vi è tuttavia da evidenziare un ultimo orientamento che sembra preferibile anche per via dell'interpretazione dell'art. 67 che offre: sarebbe possibile computare una pena inferiore ai 10 anni di reclusione, una volta dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 577, co. 3, c.p. e applicate le circostanze attenuanti, attraverso una diversa lettura dell'art. 67, c.p. Parte della dottrina⁸⁴, infatti, ritiene che la norma in esame, laddove impedisce alle circostanze attenuanti di ridurre la pena al di sotto dei 10 anni, si riferisca non già ai reati circostanziati puniti con l'ergastolo, bensì solo a quelli che lo prevedono come sanzione originaria. Questa impostazione è condivisa anche dalla giurisprudenza⁸⁵ e permetterebbe di addivenire a una risposta sanzionatoria più ragionevole nei casi di omicidio del coniuge in analisi, sebbene sempre attraverso il riconoscimento delle circostanze attenuanti. In particolare, dovrebbe applicarsi l'ultimo comma dell'art. 67 che stabilisce che in sede di diminuzione della sanzione - quando non ricorrano le circostanze *ex art. 63, c.p.* secondo capoverso - la pena non può essere applicata in misura inferiore a un quarto. Riprendendo il conteggio prima richiamato, dunque, una volta ritenute le attenuanti prevalenti sull'aggravante dell'omicidio del coniuge, il giudice potrebbe individuare la pena base in anni 21 *ex art. 575, c.p.* e applicare le diminuzioni fino a 5 anni e 3 mesi di reclusione: un quarto di 21. Preme sottolineare come un simile esito porterebbe ad una pena di poco superiore a quella massima prevista per l'omicidio colposo *ex art. 589, c.p.*

Peraltro, occorre domandarsi se possa realisticamente ricorrere un numero di attenuanti tale da addivenire ad una simile computazione.

⁸³ E. M. AMBROSETTI, *La riforma dei delitti di omicidio doloso (artt. 575, 576, 577 e 578 c.p.)*. Brevi considerazioni, op. cit.

⁸⁴ L. S. ROSSI, *sub art. 67 C.p.*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2021, p. 1417.

⁸⁵ Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 1980 in *Cass. pen. mass. ann.*, XXI, 1980, I, p. 349.

13. Conclusioni.

I dati sui casi di maltrattamenti verso i familiari e in materia di violenza di genere evidenziano quanto il fenomeno sia ancora diffuso in Italia. Non solo, ma lasciano emergere come si tratti di reati in cui, nella maggior parte delle volte, il soggetto attivo risulti essere un uomo. Se, come non poche volte accade, le vessazioni epilogano con la morte di una donna (spesso della consorte) non mancano tuttavia situazioni in cui a perdere la vita risulti il marito autore dei maltrattamenti. Sul punto, il provvedimento in esame permettere di riflettere su un caso limite (quello della donna che uccida il coniuge momentaneamente vulnerabile) e stimola una riflessione sulla ragionevolezza della risposta sanzionatoria prevista in astratto dall'ordinamento, nonché sull'applicabilità della legittima difesa, anche putativa.

In caso di omicidio del coniuge, ove non ricorrano le attenuanti di cui all'art. 577, co. 3, c.p., la pena minima è quella della reclusione a 21 anni. Questo dato di partenza è ciò che ha portato i giudici ad interrogarsi sulla possibilità di sussumere la condotta della donna in un'ipotesi di legittima difesa. Il primo problema che pone una simile impostazione riguarda, tuttavia, l'attualità del pericolo. Le normali accezioni di "attualità", ove ricondotte alla nozione di presenza, imminenza o permanenza del pericolo, indubbiamente impediscono di scriminare la condotta del soggetto attivo. A questo esito si potrebbe addivenire, invece, laddove si condividano le proposte dottrinali richiamate⁸⁶ che suggeriscono di valutare l'attualità del pericolo tenendo conto del c.d. "ciclo della violenza", delineando dunque quella che potrebbe definirsi un'attualità abituale.

Non poche perplessità sorgono, tuttavia, ove ci si interroghi sulla necessità della reazione difensiva. Come ritenere necessaria una condotta omicidiaria, qualora si approfitti del torpore del marito per cagionarne la morte? Perché non preferire la fuga ovvero rivolgersi alle autorità? Trattasi, forse, del principale ostacolo alla sussunzione dei casi in esame nell'art. 52, c.p. La dottrina, come si è visto, fa leva sulla natura relativa della necessità della difesa, sottolineando come la fuga sia preferibile solo laddove non pericolosa. Sarebbe dunque la massima di comune esperienza, secondo cui il maltrattatore, scoperta la fuga, tenda a cercare senza sosta la propria vittima, che giustificerebbe la condotta omicidiaria. Quanto alla possibilità di rivolgersi alle forze dell'ordine, questa rappresenterebbe un'alternativa solo ove concretamente efficace a eliminare il pericolo per la donna.

Le evidenti difficoltà che nascono nel riconoscere la legittima difesa in termini oggettivi portano dunque ad interrogarsi sull'ipotesi della scriminante putativa. Quanto al requisito dell'errore sull'attualità e sulla necessità, rilevano le considerazioni e gli studi condotti con riferimento alla *Battered Woman Syndrome*: la condizione psicologica della donna maltrattata e l'accertamento del ciclo della violenza potrebbero portare a ritenere configurabile un errore sulla situazione scriminante che, se immune da colpa,

⁸⁶ Si vedano le note 31, 32 e 33.

determinerebbe la non punibilità. Sull'ipotesi della scriminante putativa colposa, sarebbe possibile dare rilievo alle considerazioni della dottrina menzionata, che ipotizza un'applicazione analogica del "grave turbamento" dell'eccesso colposo di legittima difesa, anche nell'ipotesi in esame. Si tratterebbe di un'analogia in *bonam partem*, utile per colmare una lacuna dell'ordinamento: se è possibile scusare l'eccesso colposo di legittima difesa, alle stesse conclusioni si potrebbe addivenire nei casi di legittima difesa putativa colposa. Questa impostazione potrebbe essere tuttavia non condivisa ove si rinvenga un motivo ragionevole per giustificare la diversità di trattamento tra le due ipotesi.

Tutto ciò considerato, sembra evidente quanto complesso sia rispondere all'eccessivo rigore sanzionatorio previsto per l'omicidio doloso attraverso l'applicazione dell'art. 52, c.p. ovvero dell'art. 59, co. 4, c.p., sebbene appaia apprezzabile lo sforzo argomentativo della Corte d'Assise nel provvedimento esaminato. Sul punto appare allora ragionevole una riflessione sul meccanismo di semi blindatura previsto dall'art. 577, co. 3, c.p. Dal momento che la norma porta a una risposta sanzionatoria minima di 21 anni per qualsiasi ipotesi di omicidio del coniuge, salvo che ricorrano le circostanze indicate dall'art. 577, co. 3, c.p., la pena appare sproporzionata rispetto al caso della donna maltrattata che approfitti del sonno del marito per cagionarne la morte.

Per far fronte ai problemi di proporzionalità in astratto della pena, non pare possibile richiamare il ragionamento delle pronunce della Corte costituzionale che hanno dichiarato illegittimo il meccanismo di semi blindatura di cui all'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui impediva di sussumere in una fattispecie attenuata fatti espressivi di un disvalore limitato. A seguito di una ipotetica declaratoria di incostituzionalità del meccanismo di semi blindatura *ex art.* 577, co. 3, c.p., infatti, non sarebbe possibile sussumere l'omicidio del coniuge operato dalla donna maltrattata in una fattispecie attenuata. Ciò in quanto una norma simile non è prevista.

Non sembrerebbe utile nemmeno richiamare i recenti arresti del giudice delle leggi sul sindacato di proporzionalità delle pene in astratto, onde individuare una sanzione inferiore ai 21 anni di reclusione, per le ipotesi di omicidio in analisi. Una simile impostazione sarebbe possibile solo se esistesse una fattispecie autonoma che descrivesse l'ipotesi di omicidio del coniuge da parte di donna maltrattata con pena minima computata in 21 anni di reclusione (o altra pena sproporzionata). Tuttavia, l'ordinamento non prevede nemmeno una norma di questo tipo. Un ipotetico intervento della Corte richiederebbe, dunque, una descrizione, da parte del giudice delle leggi, di questa ipotesi di omicidio in particolare, al punto di scadere in quella che parrebbe una vera e propria attività legislativa.

In secondo luogo, si porrebbe in ogni caso il problema della pena sostitutiva. Pur avendo superato le teorie del *tertium comparationis* e delle rime obbligate, la Corte costituzionale richiede comunque di individuare una pena sostitutiva nel rispetto delle coordinate ermeneutiche fornite dal legislatore, attraverso un'interpretazione sistematica. Gli unici riferimenti normativi richiamabili, in questo caso, sarebbero quelli forniti dalle poche ipotesi "minori" di omicidio doloso che rappresentano fattispecie, probabilmente, troppo differenziate per rappresentare un parametro utile.

Forse, l'unica strada percorribile sarebbe la semplice declaratoria di incostituzionalità del meccanismo di semi blindatura di cui all'art. 577, co. 3, c.p. Questa impostazione permetterebbe al giudice di applicare un numero di attenuanti tale, da riportare a ragionevolezza la risposta sanzionatoria. Sul punto bisogna tuttavia evidenziare che, qualora si ritenesse che il limite di cui all'art. 67, co. 1, n. 2, c.p. si applichi a qualsiasi reato punito in astratto con l'ergastolo, allora ne deriverebbe che la sanzione non potrebbe comunque essere inferiore ai dieci anni di reclusione. Ove invece si sposasse quell'orientamento in forza del quale il limite opererebbe solo qualora l'ergastolo sia la pena del reato base, allora la sanzione potrebbe raggiungere un ammontare di poco superiore alla pena massima prevista per le ipotesi di omicidio colposo, in forza del limite previsto dall'ultimo comma dell'art. 67, c.p. Non si può nascondere, tuttavia, quanto appaia arduo, nei casi concreti, individuare un numero di attenuanti tale da addivenire a questa computazione.

Come si vede, in conclusione, il caso della donna maltratta che cagioni la morte del coniuge assopito comporta una molteplicità di problemi di difficile risoluzione. Proprio per questo motivo ci si chiede se non sia giunto il momento di ripensare il sistema delle pene per l'omicidio doloso. Ciò sarebbe utile, da una parte, per riportare a ragionevolezza la risposta sanzionatoria di talune ipotesi che, ad oggi, paiono tradurre un disvalore minore rispetto a quello espresso dall'art. 575, c.p. nonché dal relativo sistema di aggravanti; dall'altra si eviterebbe di portare i giudici ad intraprendere complesse ricostruzioni giuridiche finalizzate all'emanazione di sentenze il più possibile conformi ad un senso sostanziale di giustizia.

DIRITTO PENALE CANONICO E SECOLARE, TRA RECENTI AVVICINAMENTI E DISTANZE INCOLMABILI. IL NODO DELL'ADESIONE SPONTANEA

di Alessandro Negri

Nonostante la recente riforma del Libro VI del Codex Iuris Canonici, stimolata anzitutto dalla necessità di rispondere alla piaga degli abusi sui minori, abbia, per certi versi, avvicinato il diritto penale canonico al suo omologo laico, su altri le distanze tra i due, di notevole portata, continuano a essere marcate. Il contributo espone brevemente tali novità, per poi concentrarsi sul nodo centrale della volontaria sottoposizione del fedele, e dunque del reo, alle norme sanzionatorie, tema su cui si consuma un'insuperabile cesura tra ordinamento canonico e secolare. Il fatto che il fedele divenga tale attraverso un atto spontaneo di adesione e dalla Chiesa, società appunto ad appartenenza volontaria e non necessaria, e sia sempre pienamente libero di allontanarsi quando ritiene, seppur esponendosi alle relative conseguenze, comporta infatti l'impossibilità di un'autentica convergenza tra i binari del diritto penale canonico e di quello statuale.

SOMMARIO: 1. Introduzione: la recente riforma del Libro VI del *Codex Iuris Canonici*. – 2. Diritto penale canonico e secolare: un dialogo in evoluzione. – 3. Un'insormontabile distanza: la centralità dell'adesione spontanea e le sue conseguenze. – 4. Conclusioni: cenni sull'impossibilità della violazione del divieto di bis in idem nei rapporti tra giurisdizione canonica e secolare.

1. Introduzione: la recente riforma del Libro VI del *Codex Iuris Canonici*.

Il diritto penale canonico è notoriamente, negli ultimi anni, al centro di una impressionante tempeste legislativa¹, culminata nella recente, e radicale², riforma

¹ Già quasi dieci anni orsono M. DEL POZZO, *Il rapporto tra diritto e peccato nell'attualità del diritto canonico*, in *Ius Canonicum*, vol. 53, 2013, p. 201, parlava di una rivisitazione della materia penale non "calma e pacifica", ma "a dir poco turbolenta e tormentata".

² D.G. ASTIGUETA, *Una prima lettura del nuovo Libro VI del Codice come strumento della carità pastorale*, in *Periodica de re canonica*, vol. 110, n. 3, 2021, p. 351, lo definisce il "maggiore intervento del supremo legislatore su un testo del Codice vigente (...) giacché comprende tutto un Libro". In effetti, ben 74 degli 89 canoni che compongono il Libro VI sono stati oggetti di modifiche, più o meno sostanziali. Eloquentermente, circa una quindicina di anni fa, B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2008, p. 72, aveva definito le prime reazioni giuridiche della Chiesa allo scandalo degli abusi – specie la Lettera apostolica in forma di *motu proprio Sacramentorum sanctitatis* tutela del 30 aprile 2001 – "la riforma di diritto penale canonico forse maggiormente significativa dopo la codificazione del 1983", a testimonianza di come già

promulgata da Papa Francesco con la Costituzione apostolica *Pascite gregem Dei* del 1° giugno 2021³.

L'“effetto volano”⁴ che ha funto da stimolo essenziale per dette novelle è naturalmente rappresentato dalla acclarata necessità di fornire risposte efficaci alla piaga degli abusi sui minori, che tante ferite, di natura anche spirituale, ha arrecato al popolo di Dio; se il ramo penale dell'ordinamento della Chiesa è da sempre il suo ambito più dibattuto e discusso⁵ – tanto che in passato se ne è spesso dubitata persino la compatibilità con la missione salvifica ecclesiale⁶ – il dramma delle violenze sui più giovani ha reso plasticamente l'inadeguatezza dell'apparato normativo canonico a fronteggiare tale ineludibile sfida.

Paiono quindi oggi anacronistici, a seguito dei succitati interventi normativi, i riferimenti a un sistema penale poco ‘giuridicizzato’, in cui la dimensione pastorale e caritativa della Chiesa quasi impedisca di predisporre un arsenale legislativo realmente efficace anche in concreto, che persegua effettivamente i rei dei delitti da esso previsti senza indugiare, in nome di presunte esigenze di *salus animarum*⁷, in un deleterio lassismo punitivo.

Al contrario, la necessità di trovare risposte alle menzionate lacerazioni inferte al popolo di Dio ha spinto il legislatore ecclesiastico ad agire decisamente in materia penalistica, allo scopo proprio di conciliare esigenze di certezza della pena e di tutela delle vittime con la funzione caratteristica, e particolare, della Chiesa⁸, il cui diritto penale non può, di tutta evidenza, presentare connotati del tutto sovrapponibili a quelli di un omologo secolare⁹.

allora quel tema avesse costituito il motore di massicci interventi di riforma.

³ In materia, tra i molti, cfr. D.G. ASTIGUETA, cit.; B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, Marcianum Press, Venezia, 2021; J. PUJOL, *El contexto eclesiológico y los principios que guiaron la revisión del Libro VI del CIC*, in *Ius Canonicum*, vol. 61, n. 122, 2021, pp. 865-885; J.I. ARRIETA, *La funzione pastorale del diritto penale canonico*, in *Ius Ecclesiae*, vol. 34, n. 1, 2022, pp. 47-66; G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoeChiese.it), n. 11, 2022; G. COMOTTI, *Profili problematici della disciplina dei delitti contra sextum nel nuovo diritto penale canonico*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n. 2, 2022, pp. 491-515; L. EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena*, II edizione, Scholé - Morcelliana, Brescia, 2022.

⁴ Così definito da D. CITO, *Nota alle nuove norme sui “Declita graviora”*, in *Ius Ecclesiae*, vol. 22, n. 3, 2010, p. 789. G. BONI, cit., p. 80, parla di “scintilla” e di “enzima propulsore del moto riformatore”.

⁵ La più risalente, nonché autorevole, dottrina già si interrogava in materia, chiedendosi se un sistema di pene afflittive fosse “conciliabile con l'essenza della Chiesa”. Cfr. A.C. JEMOLO, *Peculiarità del diritto penale ecclesiastico*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Federico Cammeo*, CEDAM, Padova, 1933, vol. I, p. 724. Ancora molto più recentemente, secondo P. MONETA, *Introduzione*, in Aa. Vv., *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2012, p. 7, si tratta del settore dell'ordinamento canonico più “incompreso e quindi anche maggiormente contestato”, tanto da essere stato paragonato a “un enorme edificio, in gran parte disabitato”.

⁶ Ricorda eloquentemente il “pericolo di delegittimazione teorica” più volte vissuto dal diritto penale canonico B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, cit., p. 11.

⁷ “Che deve sempre essere nella Chiesa legge suprema”, come ricorda il can. 1752 CIC.

⁸ Circa gli interventi di Papa Francesco in tema di abusi prima della riforma integrale del Libro VI, si rinvia, *ex multis*, a D. MILANI, *Responsabilità e conversione: la via di Francesco contro gli abusi del clero*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n. 2, 2020, pp. 431 ss.

⁹ Parla di “impossibilità di predisporre risposte assimilabili *in toto* ai paradigmi di reazione e tutela propri

Basti pensare al ruolo giocato nel sistema canonico dal principio di equità¹⁰, criterio generale e principio informatore che “sorregge tutta la codificazione”¹¹, in nome del quale anche il ramo penale dell’ordinamento acquista elasticità e flessibilità, persino consentendo al giudice di derogare a una pedissequa applicazione del principio di legalità qualora questa comporti in concreto una contraddizione intollerabile con la natura e le finalità stesse del diritto della Chiesa¹².

Proprio il rapporto col diritto penale secolare, ora che quello canonico va ‘giuridicizzandosi’, assume connotati particolarmente interessanti¹³. Per alcuni versanti, infatti, pare che le recenti riforme del legislatore ecclesiastico abbiano guardato al modello offerto dai sistemi penali laici, mentre, su altri, le distanze continuano a essere marcate.

2. Diritto penale canonico e secolare: un dialogo in evoluzione.

A titolo di esempio di un divario che si va via via colmando¹⁴, si riporta proprio il caso della discrezionalità del giudice penale canonico, oggi, a seguito dell’ultima novella di Papa Francesco, ben più limitata; in punto di pena, soprattutto, essendo stata fortemente circoscritta nel dettato codicistico la formula “*iusta poena puniatur*”, o “*iusta poena puniri potest*”, presentissima invece nella precedente versione del Libro VI, che ne sanciva la frequente indeterminatezza. Tale peculiarità del sistema punitivo della Chiesa, ovviamente inconcepibile agli occhi di un giurista secolare, sembra dunque sfumata¹⁵, se è vero che la riforma del 2021 ha trasformato molte pene indeterminate in determinate o semideterminate e ha comunque fissato, al can. 1349, il criterio della

del secolare” G. D’ANGELO, *La “irriducibile tipicità” del diritto canonico nella dinamica delle attuali relazioni interordinamentali. Brevi note (problematiche e di prospettiva) a partire dalla riforma dei delicta graviora*, in *Revista crítica de Derecho Canónico Pluriconfesional*, n. 1, 2014, p. 116.

¹⁰ Si tratta di un principio tanto connaturato al diritto canonico che P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, CEDAM, Padova, 1962, p. 245, ritiene che “l’*aequitas* canonica racchiude in sé un concetto canonistico originale, senza alcun riscontro nel diritto romano o in altro ordinamento giuridico secolare”.

¹¹ Così, P. GROSSI, *Aequitas Canonica: tra codice e storia*, in *JusOnline*, n. 1, 2015, p. 10, che lo definisce “un fermento germinativo che fertilizza di sé tutto il diritto canonico scritto e non scritto”.

¹² In materia, v., *ex multis*, P. FANTELLI, *Il diritto penale canonico: tra potere coercitivo e carità pastorale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 3, 2013, specie p. 7 ss.; G. SCIACCA, *Principio di legalità e ordinamento e suoi riflessi nel diritto penale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 11, 2019; G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 238. Più specificamente, dello stesso Autore, sul principio di legalità, cfr. *Qualche considerazione sul principio di legalità nel diritto penale canonico*, in *Angelicum*, vol. 85, n. 1, 2008.

¹³ Ragiona recentemente sul tema D. MILANI, *Chiesa e abusi nella riforma del diritto penale canonico: il fascino ancora incerto del diritto secolare*, relazione svolta in occasione del convegno “Dialogo transdisciplinare e identità del giurista”, organizzato dal Centro di ricerca coordinato “Studi sulla Giustizia” dell’Università degli Studi di Milano e destinato alla pubblicazione in un volume edito dai tipi di Giuffrè a cura di F. Biondi e R. Sacchi.

¹⁴ Per un’illustrazione delle novità apportate al *Liber VI* dalla riforma del 2021 si rimanda alla bibliografia citata alla nota n. 3.

¹⁵ B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit., pp. 236-242; G. BONI, cit., pp. 35 ss.

proporzionalità¹⁶ quale stella polare da seguire nell'irrogazione di una sanzione ancora rimasta indeterminata.

Allo stesso modo, non si può non notare – e salutare con favore – l'introduzione esplicita nel CIC, al can. 1321 §1, della presunzione di innocenza, evidente passo in avanti¹⁷ verso terreni più familiari al diritto penale degli ordinamenti civili occidentali.

Infine, specificamente in materia di abusi¹⁸, è interessante notare la previsione di un canone sanzionatorio *ad hoc*, il 1398, e soprattutto la migrazione di tali fattispecie criminose dal titolo V del Libro VI, dedicato ai delitti contro obblighi speciali, e dunque contro la morale dei chierici in quanto violazione del sesto comandamento del Decalogo, al VI, che prevede quelli contro la vita, la dignità e la libertà dell'uomo¹⁹. Tale mutamento di collocazione, e quindi di bene giuridico tutelato dalla norma penale, rivela una rinnovata attenzione alle vittime di tali reati, offese, nel caso di abusi, tanto nella loro dignità quanto nella loro libertà, nonché, secondo la prospettiva che si sta qui adottando, qualcosa di ulteriore.

Anzitutto, il bene giuridico tutelato si è 'secolarizzato'²⁰. Precedentemente, la *ratio* della punizione del peccato/delitto incarnato nella trasgressione di un comandamento del Decalogo si esauriva nella violazione di un dovere imposto al chierico dal suo particolare *status*; dopo la recente riforma, invece, si è approdati a una dimensione evidentemente più materiale e concreta, volta alla protezione della libertà umana, specie sessuale, anche in questo certo più vicina a quella propria di un sistema penale civile.

In consonanza col menzionato ribaltamento di prospettiva, la titolarità del bene giuridico precedentemente considerato e tutelato dalla norma incriminatrice spettava alla Chiesa, quasi come se il reo, con la condotta criminosa, avesse offeso in prima istanza la sua comunità di appartenenza; oggi, invece, titolare dei beni giuridici protetti e offesi dall'autore del delitto è evidentemente la vittima del reato, cui il nuovo dettato normativo pare anzitutto rivolgersi.

Ma non solo. Si è detto che la disposizione che punisce gli abusi ha trovato un nuovo Titolo di riferimento; nondimeno, lo stesso Titolo si è arricchito di un elemento in più, passando da "Delitti contro la vita e la libertà umana" a "Delitti contro la vita, la

¹⁶ In materia di giustizia distributiva e proporzionalità in diritto canonico, cfr. il recente contributo di F. BERTOTTO, *Giustizia distributiva e analogia nel diritto della Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, vol. 34, n. 1, 2022.

¹⁷ Secondo la dottrina, la presunzione di non colpevolezza era invero già vigente nel sistema canonico "per diritto divino naturale" (cfr. G. BONI, cit., p. 57) e, comunque, già menzionata nella Lettera apostolica in forma di *motu proprio* *Vos estis lux mundi* tutela del 7 maggio 2019 all'art. 12 § 7. K. PENNINGTON, *Innocente fino a prova contraria: le origini di una massima giuridica*, in D. CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 33 ss., sottolinea addirittura l'origine canonistica della presunzione in esame.

¹⁸ V. a proposito, tra i tanti, G. NÚÑEZ, *La protección del menor de edad ante los abusos sexuales: su salvaguarda obtiene carta de naturaleza*, in *Ius canonicum*, vol. 61, n. 122, pp. 821-862; M. VISIOLI, *La protezione penale del minore nel nuovo Libro VI del Codice*, in *Periodica de re canonica*, vol. 110, n. 4, 2021, pp. 597-626; G. COMOTTI, cit.

¹⁹ Lo notano D. MILANI, *Chiesa e abusi nella riforma del diritto penale canonico*, cit., e B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit., p. 504.

²⁰ Sulla particolare secolarizzazione "di tipo tecnico" del diritto canonico, cfr. S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 269.

dignità e la libertà dell'uomo". L'aggiunta della dignità²¹ non deve passare inosservata: si tratta, infatti, del valore-principio che più di tutti connota gli ordinamenti secolari occidentali contemporanei, cuore pulsante del costituzionalismo moderno²². Quella fondamentale in questi ultimi è un'accezione evidentemente laica di dignità, ma ciò non deve far sottovalutare la rilevanza di tale concetto anche negli ordinamenti confessionali: si pensi alla recente enciclica di papa Francesco, *Fratelli tutti sulla fraternità e l'amicizia sociale*, in cui la centralità dell'inalienabile dignità umana è più volte rimarcata. Naturalmente, le diverse declinazioni di dignità, in base all'ordinamento di riferimento, non sono sovrapponibili. Per l'ordinamento canonico, la "sorgente di dignità umana e di fraternità sta nel Vangelo di Gesù Cristo"²³; lo Stato laico contemporaneo, invece, elabora un proprio, autonomo, concetto di dignità, alla cui tutela sarà diretto il suo intero agire.

Ciò non toglie, in ogni caso, che riaffermare il valore della dignità anche in sede penalistica e, di più, renderlo diretto oggetto di tutela dei reati di abusi, certamente i più attenzionati nella recente riforma del *Liber VI*, costituisca un significativo segnale nella direzione di una convergenza col diritto penale secolare.

Anche il codice penale italiano, infatti, ha conosciuto, a seguito della legge 66/1996, un mutamento di prospettiva comparabile, in tema di violenze sessuali: il delitto ora non è più volto a tutelare la moralità pubblica e il buon costume, ma la libertà sessuale individuale, evidente riflesso della dignità umana di cui si diceva.

Le riflessioni finora svolte non devono però portare a ritenere che alle ultime novelle sia conseguita una piena equiparazione tra i due sistemi penali in questione, canonico e civile. Differenze, anche di notevole portata, ancora permangono, persino su cardini essenziali, sostanziali e procedurali, su cui è costruito l'apparato penale secolare.

²¹ La rilevanza del concetto di dignità in diritto canonico, specie nel diritto divino naturale, è tema ampiamente studiato. G. LO CASTRO, *La rappresentazione giuridica della condizione umana nel diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1981, p. 242, ricorda che persino nel *Codex* del 1917, "espressione dell'idea della priorità del momento normativo, e dell'autorità che lo pone, rispetto alla realtà umana", la dignità rimaneva la fonte primaria di diritti e doveri. In tal senso, R. BERTOLINO, *Il mistero del diritto e il diritto del mistero nella lezione di Gaetano Lo Castro*, in *Ius Ecclesiae*, vol. 24, n. 3, 2012, p. 541, ravvisa come l'Autore appena citato colga "l'elemento fondativo della sua [dell'uomo, ndr] dignità nella sua coscienza e nei suoi reclami di dignità, specie religiosa". Più recentemente, in materia, cfr. A. D'AVACK, *Diritti innati dell'uomo ovvero la dignità umana*, in *Revista crítica de Derecho Canónico Pluriconfesional*, n. 1, aprile 2014, pp. 121-134.

²² Pare appena il caso di ricordare le parole di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, rivista telematica (www.rivistaaic.it), 2008, per cui la dignità umana sarebbe l'unico elemento impossibile, nel nostro ordinamento, da sottoporsi a bilanciamento con altri, in quanto rappresenterebbe esso stesso "la bilancia". Nello stesso senso A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, rivista telematica (www.rivistaaic.it), n. 1, 2011, p. 2, per cui la dignità si pone "come punto costante, indefettibile, di riferimento nelle operazioni di bilanciamento tra i diritti". *Contra*, M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, n.2, 2020, p. 7, per cui "nemmeno la vita o la dignità umana si sottraggono al bilanciamento [...]: la dignità umana (ammesso, ma tutt'altro che concesso, che si sia d'accordo sul suo concreto contenuto) lo è [sacrificabile] addirittura ordinariamente (visto che la Costituzione stessa prevede e legittima la detenzione)".

²³ FRANCESCO, *Lettera Enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale*, 3 ottobre 2020, par. 277.

Si tratta del caso, venendo proprio al lato processuale, delle garanzie figlie, negli ordinamenti civili, del principio del giusto processo, ancora lungi dall'affermarsi in maniera compiuta nel diritto della Chiesa. Già si è detto della auspicata introduzione nel CIC della presunzione di non colpevolezza, ma non si tratta che di un mero passo avanti, per quanto apprezzabile, su una strada tutta da percorrere²⁴. È noto, infatti, che la prassi penale canonica degli ultimi anni abbia restituito uno scenario di completa "normalizzazione" del processo penale extragiudiziale²⁵ e, segnatamente, amministrativo, specie in materia di abusi²⁶, con le inevitabili conseguenze che ciò comporta in termini di rispetto delle garanzie dell'imputato²⁷. A difettare, in caso di procedimento amministrativo, sono tutele irrinunciabili e ormai quasi scontate in uno Stato di diritto, dal principio del contraddittorio alla terzietà del giudicante, parte di quel nucleo indisponibile di posizioni soggettive che configura addirittura, come esplicitato dalla Consulta nella sentenza n. 18/1982, un principio supremo del nostro ordinamento, nel quale "è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio"²⁸. Tale è il fossato che ancora separa il sistema canonico dall'omologo secolare, dunque, che nel primo non trova compiuta garanzia nemmeno un architrave dell'edificio costituzionale italiano, quel diritto alla tutela giurisdizionale che, nel suo nucleo essenziale collocato al vertice della nostra gerarchia delle fonti, non richiede altro che a ciascuno siano sempre assicurati, "per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio"²⁹.

²⁴ Si pensi, a mero titolo di esempio, che, come rileva G. BONI, cit., p. 104, ancora nel CIC difetta una disposizione che contempra espressamente la necessaria presenza di un avvocato o patrono. L'Autrice segnala, all'esito della sua riflessione (p. 106), l'esigenza di una disciplina autonoma del processo penale, "propria globale e autonoma, finalmente affrancata dalla involuta remissione alla disciplina del processo contenzioso ordinario".

²⁵ Da qui il titolo di W.L. DANIEL, *La normalización del proceso penal extrajudicial (c. 1720). Análisis, crítica, propuestas*, in *Ius canonicum*, vol. 61, 2021, pp. 65-98. Secondo D. CITO, cit., p. 798, le *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis* approvate dall'allora pontefice Benedetto XVI il 21 maggio 2010 hanno cagionato una "inversione del principio" che ordinariamente vuole la prevalenza della strada giudiziaria su quella amministrativa. Ben più recentemente B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit. p. 580, conferma la consolidata "inversione di tendenza rispetto alla perentoria preferenza per la via giudiziale" teoricamente sancita tanto dal *motu proprio Sacramentorum sanctitatis* tutela del 2001 quanto dal can. 1342 §1 CIC.

²⁶ *Ex multis*, lo segnala recentemente L. EUSEBI, *Pena canonica e tutela del minore*, in *Discrimen*, n. 1, 2020, p. 24.

²⁷ Sul diritto alla difesa nel diritto processuale penale canonico, cfr., molto recentemente, P. AMENTA, *Diritto processuale penale canonico e inveroamento del principio fondamentale del diritto alla difesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2, 2022.

²⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 1982, considerato in diritto, par. 4. Per un'illustrazione della pronuncia, corredata da ampia bibliografia anche ecclesiasticistica, v. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015, pp. 82 ss.

²⁹ Corte cost., sent. n. 232 del 1989, *Considerato in diritto*, par. 4.

3. Un'insormontabile distanza: la centralità dell'adesione spontanea e le sue conseguenze.

All'esito della sommaria panoramica appena esposta, la principale impressione che sembra potersene ricavare è che il diritto penale della Chiesa muova nella direzione di un superamento di quella tendenza antigiusdittista post-conciliare che aveva contraddistinto la seconda metà del secolo scorso³⁰.

Proprio uno degli elementi che aveva animato il dibattito in materia di potestà punitiva della Chiesa negli anni immediatamente successivi al Concilio Vaticano II, però, può fungere ora da volano per una riflessione decisiva anche nella prospettiva da cui ha preso le mosse questo contributo.

In sede di Assemblea Generale del Sinodo dei Vescovi incaricata di discutere ed elaborare i principi che avrebbero guidato la revisione del CIC³¹, una delle ragioni addotte a fondamento della necessità dell'ordinamento canonico di abdicare a ogni potere punitivo fu individuata nel carattere libero dell'atto di fede di ogni suo aderente e nel pieno riconoscimento della libertà religiosa operata dal Concilio³². Se la Chiesa aveva rinunciato una volta per tutte, si sosteneva, al diritto di costringere gli uomini a professare la fede o a sottomettersi all'autorità ecclesiastica e alle sue leggi, ecco che non era più possibile ipotizzare un potere coercitivo, e quindi un diritto penale, canonico; al contrario, si auspicava solo una forza prettamente spirituale della Chiesa, che non obbligasse nessuno che non volesse spontaneamente aderire al suo ordinamento³³.

Nonostante poi, come noto, il diritto penale canonico sia continuato ad esistere, essendogli dedicato ancora, nel CIC 1983, un apposito *Liber*³⁴, è innegabile che il tema della volontaria sottoposizione del fedele, e specie del reo, alle norme sanzionatorie, nonché la rilevanza di tale adesione agli occhi delle autorità ecclesiastiche che applicano quelle disposizioni incriminatrici, costituisca un tema ineludibile per qualunque analisi che intenda trattare di rapporti tra penale secolare e canonico³⁵.

Si consuma qui, infatti, la massima cesura tra i due sistemi. Il *civis* non sceglie evidentemente di essere soggetto di diritto penale statale, né può sottrarsi a esso nemmeno nel caso in cui non percepisca alcun legame con i valori etici che vi

³⁰ Eloquenti in tal senso le parole di BENEDETTO XVI, *Luce del mondo. Il Papa, la Chiesa e i segni dei tempi. Una conversazione con Peter Seewald*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 47, secondo cui "a partire dalla metà degli anni Sessanta [il diritto penale, ndr] semplicemente non è stato più applicato. Dominava la convinzione che la Chiesa non dovesse essere una Chiesa di diritto, ma una Chiesa dell'amore; che non dovesse punire".

³¹ Recentemente, in merito ai lavori di detta Assemblea, cfr. J. PUJOL, cit.; J.I. ARRIETA, cit., specie pp. 51 ss.

³² Come è noto, il riconoscimento della libertà religiosa è al centro della Dichiarazione *Dignitatis Humanae* promulgata da Papa Paolo VI il 7 dicembre 1965.

³³ Cfr. P. HUIZING, *Votum de ordinamento disciplinari canonico*, in *Communicationes*, n. 97, 2015, pp. 132-133.

³⁴ Sebbene M. DEL POZZO, cit., pp. 210 ss., continuasse a ravvisare, ancora meno di dieci anni fa, tre principali correnti canonistiche in materia, laddove quella connotata da un approccio giuridico si affiancava all'impostazione teologico e a quella pastorale.

³⁵ Come si dirà più avanti, in diritto penale canonico, a differenza che in quello secolare, la questione dell'adesione del reo assume contorni differenti a seconda della prospettiva da cui la si osserva, quella del condannato o quella dell'ordinamento.

sottostanno. All'estremo opposto, il *fidelis* diviene tale attraverso un atto spontaneo di adesione³⁶ e dalla Chiesa, società ad appartenenza volontaria e non necessaria, è sempre pienamente libero di allontanarsi quando ritiene³⁷, incorrendo certo, come si vedrà tra poco, in ulteriori sanzioni *ex parte Ecclesia*. Non è impensabile, di conseguenza, il caso del fedele che receda dalla comunità ecclesiale all'instaurarsi di un processo penale nei suoi confronti, o persino all'esito dello stesso, una volta accertata la necessità di punirlo.

Ciò non può che comportare conseguenze dirompenti per il diritto penale canonico: per sua natura, infatti, un ordinamento a base volontaria non è in grado di irrogare sanzioni rilevanti nei confronti di individui che non vi siano legati da alcun vincolo di adesione. Rinunciare *tout court* a punire, però, comporterebbe tradire la dimensione comunitaria della pena, anch'essa disegnata con contorni propri nell'ordinamento ecclesiale. Una condotta delittuosa, infatti, non cagiona danno solo al bene giuridico offeso nella fattispecie, ma, nella prospettiva del diritto canonico, altresì "determina un danno a tutto il corpo, frammentandolo"³⁸. Attraverso l'inflizione della sanzione, dunque, si tutela anche un elemento metagiuridico come la carità³⁹, "centro dell'unità tra i fedeli"⁴⁰ attorno al quale si edifica l'intera missione sociale della Chiesa ed è quindi necessario che lo scandalo provocato dal reato commesso sia riparato.

Come si accennava, poi, la defezione del reo integrerebbe a sua volta un'ulteriore ipotesi di reato prevista dal CIC⁴¹, segnatamente l'apostasia⁴². In caso di condanna e di susseguente uscita dalla Chiesa, dunque, il reo sarebbe doppiamente colpevole agli occhi dell'ordinamento canonico, al quale, però, difetterebbero ormai i mezzi per punire effettivamente l'autore dei reati.

D'altra parte, al diritto penale canonico manca una dimensione coercitiva in fase di esecuzione della sanzione, così come strumenti concreti a essa deputati e un apparato normativo che segua colui al quale è stata inflitta una pena durante l'esecuzione della medesima⁴³. La stessa responsabilità nell'assunzione di diritti e doveri, intesa come consapevolezza delle ricadute delle proprie azioni, deriva dalla partecipazione, naturalmente del tutto spontanea, all'ordinamento della Chiesa e alla comunione ecclesiale⁴⁴; su questa falsariga, l'autorità ecclesiastica, perché una pena trovi effettiva

³⁶ Anche se peculiare quale il battesimo, come rileva S. FERRARI, cit., pp. 214-215.

³⁷ Sulle differenze tra società ad appartenenza necessaria e volontaria, v. G. DALLA TORRE, *Qualche considerazione sul principio di legalità*, cit., p. 270.

³⁸ D.G. ASTIGUETA, *La pena come sanzione: un contributo su questo concetto*, in *Periodica de re canonica*, vol. 101, n. 3, 2012, p. 515.

³⁹ Così lo definisce A. VITALE, *Contributo ad una teoria delle sanzioni nell'ordinamento canonico*, in *Ephemerides iuris canonici*, n. 18, 1962, p. 265.

⁴⁰ Sono parole di D.G. ASTIGUETA, *La pena come sanzione*, cit., p. 515.

⁴¹ Come scriveva il cardinale D. TETTAMANZI, *Fede*, in *Dizionario enciclopedico di teologia morale*, Edizioni Paoline, Roma, 1973, p. 391, "la perdita della fede nei cattolici è sempre colpevole, per colpa grave o lieve, per colpa diretta alla fede o ad altre virtù", riportata anche in S. FERRARI, *Fedele e infedele: l'appartenenza religiosa nell'ordinamento della Chiesa cattolica latina*, ora in ID., *Scritti. Percorsi di libertà religiosa per una società plurale*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 438.

⁴² A proposito della quale v. B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit., pp. 294-298.

⁴³ Ne fa recentemente menzione L. EUSEBI, cit., p. 115.

⁴⁴ In materia, v. M. D'ARIENZO, *Responsabilità giuridica e riparazione del danno nel sistema sanzionatorio canonico*,

esecuzione, non può che richiamarsi anzitutto a un obbligo di coscienza del reo. Allo scopo potranno fornire il loro contributo misure pastorali e disciplinari, ma certamente mai forme di coercizione fisica⁴⁵.

L'unica disposizione in materia nel CIC del 1983 era il can. 1393, che prevedeva la possibilità di punire con giusta pena chi avesse violato gli obblighi impostigli da una pena⁴⁶. Nella nuova versione del Libro VI del CIC, però, quell'ipotesi di reato è stata modificata, oggi sanzionata al can. 1371 §2 CIC⁴⁷. Come nel caso degli abusi, anche qui siamo di fronte a un mutamento di bene giuridico tutelato: non si tratta più, infatti, di un delitto contro obblighi speciali, previsti dal Titolo V del Libro VI del CIC, ma di uno "contro le autorità ecclesiastiche e l'esercizio degli incarichi", come è intitolato invece il Titolo II, in cui oggi trova collocazione.

L'elemento della volontarietà, vale a dire il consenso del reo alla sottoposizione alla sanzione, è però certamente centrale per il diritto penale canonico, ma non sempre necessario. Si pensi alla più grave tra le pene espiatorie previste dal CIC, la dimissione dallo stato clericale. Questa sarà parimenti efficace, con i relativi effetti anche ai fini civili, per il chierico che accetterà la decisione del giudice ecclesiastico e per quello che non concorderà con la sua valutazione. In altre parole, il suo *status* giuridico verrà modificato dalla sanzione penale in termini oggettivi, al di là della sua adesione a essa e persino al di là della sua volontà di continuare a essere parte del Popolo di Dio. Nondimeno, perché il reo possa avvertire la portata della pena, è evidente che questi debba continuare a sentirsi almeno in minima misura legato alla Chiesa, che non intenderà lasciare neanche a seguito della condanna ricevuta. Non si vede, infatti, quale pregnanza soggettiva possa assumere una qualsivoglia punizione comminata da un'autorità non più percepita come tale dal sanzionato, né provvista dei mezzi coercitivi per renderla effettiva.

Il tema dell'adesione del reo, quindi, merita ora di essere analizzato dalle diverse prospettive che un ordinamento penale concede di adottare, quella del condannato e quella di chi quella condanna l'ha inferta. Nel recinto delimitato dal diritto penale secolare, invero, i due punti di vista coincidono. Tanto per il reo quanto per colui che ne ha disposto la sanzione ed è poi deputato a eseguirla, infatti, che il soggetto concordi con le ragioni sottostanti all'infrazione della pena, così come alla sua natura ed entità, è del tutto irrilevante. Al massimo, come è risaputo, la collaborazione con le autorità può comportare la concessione di, anche notevoli, benefici premiali in sede di esecuzione, ma ciò non inerisce affatto alla dimensione intima del reo, né alle sue profonde convinzioni etiche. Anzi, il patto che sorge in quel caso tra istituzioni e reo è tale anche nel caso in cui a motivare la scelta di cooperazione di quest'ultimo sia un mero calcolo di costi e

in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 32, 2015, specie p. 11.

⁴⁵ Sul punto, v. B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit., pp. 333-334.

⁴⁶ Per commenti, v. R. BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 223 e bibliografia ivi riportata.

⁴⁷ Nella nuova formulazione, il can. 1393 riproduce, con qualche differenza, quanto precedentemente previsto al can 1392, mentre l'attuale can. 1392 introduce una fattispecie di reato inedita, che punisce "il chierico che abbandona volontariamente e illegittimamente il sacro ministero, per sei mesi continui, con l'intenzione di sottrarsi alla competente autorità della Chiesa". Si tratta, quindi, di un'ipotesi ben diversa da quella di colui che viola gli obblighi imposti da una pena.

benefici, o la volontà, più che di aiutare le autorità, di ottenere da esse protezione intendendo sottrarsi all'ambiente criminale di provenienza.

Venendo, invece al penale canonico, ecco che qualcosa cambia. Già si è detto, a proposito della dismissione, che l'esecuzione della sanzione, agli occhi dell'ordinamento ecclesiastico, non è in alcun modo influenzata dal fatto che il reo aderisca o meno alla pena comminata. Non può rilevare in alcun modo, infatti, il consenso del soggetto dimesso dallo stato clericale alla pena irrogata, restando al nostro esempio; in qualunque caso, il reo sarà privato dello *status* di chierico e la condanna eseguita, anche agli effetti civili.

Adottando la prospettiva di quest'ultimo, la situazione invece cambia completamente, fino a ribaltarsi. Se il reo ha infatti ormai reciso ogni legame intimo con la comunità ecclesiale e con la sua autorità, questi non percepirà in alcuna misura la afflittività di quella sanzione. Tale differenza che si riscontra tra i due ordinamenti, canonico e secolare, apre quindi uno iato che merita una sottolineatura ulteriore, a evidenziare una diversa sfumatura della centralità dell'elemento della spontanea adesione del reo. Ponendosi nei suoi panni, la sanzione produrrà effetti non qualora questi vi aderisca, bensì, più correttamente, qualora questi aderisca all'ordinamento che stabilisce la pena comminata: è chiaro, infatti, che, altrimenti, il giudice confessionale si troverà a infliggere una qualsivoglia sanzione nei confronti di un individuo che non ne percepirà più non solo la vincolatività, ma neppure il significato e il valore.

Non è, quindi, sul fronte strettamente penalistico che si consuma la rottura sul punto tra ordinamento canonico e secolare. Si tratta, al contrario, di qualcosa che si situa proprio alle fondamenta dei due sistemi: l'elemento distintivo, vale a dire, di un ordinamento religioso e, prima ancora, di una religione. Per loro natura, infatti, storicamente le religioni fanno leva sull'adesione spontanea dell'individuo, seppur filtrata da regole che definiscono, più o meno rigidamente, l'appartenenza confessionale⁴⁸ e proprio sulla capacità persuasiva di attrarre nuovi fedeli alla loro causa misurano la loro efficacia comunicativa. Simile connotato è quanto di più lontanamente concepibile trattando di un sistema giuridico laico, il quale, a ben vedere, si muove precisamente in direzione opposta: da una parte, questo dispone sempre precise regole per disciplinare l'ingresso e l'uscita dall'ordinamento dei suoi consociati, non certo semplici conseguenze della volontà manifestata dai singoli; dall'altra, proprio la sfera delle intime convinzioni di questi ultimi è ad esso preclusa. Così, all'ordinamento laico

⁴⁸ Il tema dell'appartenenza religiosa è da ormai decenni al centro di continue riflessioni sulla sua evoluzione. Cfr., *ex multis*, G. AMBROSIO, *Continuità e cambiamenti nell'appartenenza civile e religiosa*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n. 1, 2000, pp. 51-69; R. BOTTA, *Appartenenza confessionale e libertà individuali*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n. 1, 2000, pp. 131-156; con specifico riferimento all'appartenenza alla Chiesa cattolica, v. R. CORONELLI, *Incorporazione alla Chiesa e comunione: aspetti teologici e canonici dell'appartenenza alla Chiesa*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1999 e sulla "ambiguità dell'appartenenza cattolica in Italia", L. ZANNOTTI, *I cattolici tra obbedienza religiosa e bisogno di libertà. Qualche breve considerazione su un tema sempre attuale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 1° ottobre 2012.

non può e non deve interessare la coerenza tra i valori che esso ha fatti propri⁴⁹ e il portato assiologico individuale di coloro che alle sue leggi sono sottoposti⁵⁰.

Peraltro, le tendenze tipiche della contemporaneità note ai sociologi delle religioni dimostrano come la centralità della “individualizzazione e soggettivizzazione” del rapporto con la trascendenza si stia via via facendo più accentuata⁵¹. Il fedele, in altre parole, non è oggi necessariamente, come tradizionalmente avvenuto, legato a una dimensione comunitaria o istituzionale, ma anzi vive spesso la propria esperienza di credo senza intrattenere legami con altri correligionari o autorità spirituali; al tempo stesso, venuto meno il vincolo di soggezione rispetto a queste ultime, segue il messaggio religioso cui ha scelto di aderire non più in maniera integrale, ma sentendosi libero di scegliere in piena coscienza quali aspetti del credo adottare e a quali invece rinunciare, secondo una dinamica quasi da *bricolage* per cui “la religione si crede, si vende e si usa assai più facilmente ‘a pezzi’”⁵².

Ecco che allora anche ai fini di questo contributo la questione di cui sta trattando assume rilevanza. Appare attualmente sempre più semplice, infatti, immaginare il *fidelis* che, abdicando, per esempio, all’obbedienza a quei precetti che non avverte più come vincolanti o a sé affini⁵³, non sia in grado di percepire la necessità, l’afflittività o persino la ragionevolezza della pena comminatagli dall’ordinamento religioso per quella violazione. Il legame, quindi, tra credente e autorità spirituale, *rectius* tra credente e ordinamento religioso di appartenenza, oggi si configura in termini più lassi, meno stringenti, almeno agli occhi del primo; sarebbe miope, dunque, ipotizzare che ciò non incida anzitutto sulla concezione, da parte del fedele, del ramo notoriamente e

⁴⁹ Il canone della neutralità che distingue lo Stato laico non gli impedisce, infatti, di attribuire rilevanza a valori etici, razionalmente fondati, senza che ciò evochi necessariamente l’idea di un ordinamento che imponga oppressivamente il proprio portato assiologico. Ricorda sul punto J. PASQUALI CERIOLI, *La laicità nella giurisprudenza amministrativa: da principio supremo a “simbolo religioso”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2009, cit., p. 23, che, essendo la nostra una democrazia aperta, anche il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi *ex art. 54 Cost.* non può essere inteso come “una necessaria piena conformità ideale ai valori dell’ordinamento richiesta alla sfera di coscienza (religiosa, ideologica, politica) del soggetto”. Cfr. anche la bibliografia riportata dall’Autore alla nota 61.

⁵⁰ Secondo la evocativa immagine di G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 9, “l’impero del diritto finisce alla soglia della coscienza”.

⁵¹ Lo notava già quasi vent’anni fa G. GIORDAN, *Dalla religione alla spiritualità: una nuova legittimazione del sacro?* in *Quaderni di Sociologia*, n. 35, 2004, p. 115.

⁵² L. DIOTALLEVI, *Osservazioni sociologiche sull’attuale uso politico della religione in Italia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2020, p. 329.

⁵³ Parla, su questa falsariga, di «propensione, ormai diffusa tra i fedeli “più secolarizzati”, a rielaborare personalmente l’insegnamento della Chiesa cattolica», D. MILANI, *Sinodalità, primato e crisi della famiglia. Quale diritto canonico per il terzo millennio*, Libellula Edizioni, Tricase (Le), p. 54.

storicamente più *terribile*⁵⁴ di un ordinamento giuridico, religioso o spirituale che sia: quello penale.

4. Conclusioni: cenni sull'impossibilità della violazione del divieto di *bis in idem* nei rapporti tra giurisdizione canonica e secolare.

Alla luce di ciò che si è esposto, appare evidente come il fossato tra diritto penale canonico e secolare, sebbene per certi versi ridottosi a seguito delle più recenti novelle del legislatore ecclesiastico, presenti ancora distanze di notevole ampiezza e, soprattutto, strutturalmente incolmabili. Per quanto la legislazione canonica tenti o tenterà – anche auspicabilmente, come nel caso delle garanzie processuali – di avvicinarsi alla sua omologa laica, troppo coesistente alla propria natura è la ragione ultima di siffatto iato. Superare il nodo della spontanea adesione del fedele, infatti, equivarrebbe a contraddire tanto la specificità principe dell'ordinamento canonico, società ad appartenenza volontaria per eccellenza, quanto quel pieno riconoscimento della libertà religiosa operato dal Concilio Vaticano II di cui si è già fatto cenno.

Come si è visto, a esso non può e non deve conseguire una completa rinuncia, *ex parte Ecclesia*, della propria, nativa, pretesa punitiva, ma, al contempo, si tratta di un dato che non può essere ignorato. Quella libertà religiosa, infatti, si dovrebbe manifestare anche nell'immunità da ogni coercizione esterna in materia, tanto che “sarebbe in radicale contrasto con il principio di libertà religiosa la normativa ecclesiale che misconoscesse il ruolo della libera decisione nella fede”⁵⁵. È indubbio, d'altra parte, che chi è già incorporato alla Chiesa mediante il battesimo non possa certo mutare o abbandonare il proprio credo a piacimento senza incorrere in gravi sanzioni penali canoniche, ma ciò non elimina l'elemento essenziale della possibilità concreta di recesso in qualunque momento, persino dopo l'instaurazione di un processo penale o addirittura dopo la comminazione di una pena.

Per questo, i binari del diritto penale canonico e di quello secolare, seppur oggi più prossimi che in passato, non potranno mai convergere. Interessante, sul punto, risulta una sfumatura emersa dalle analisi di una recente sentenza della Cassazione penale⁵⁶ in materia di *bis in idem* tra giurisdizione ecclesiastica e statale. In quella

⁵⁴ Tra i tanti, chiarisce il significato di diritto penale come *ius terribile* F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di natura penale*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 243-244.

⁵⁵ Così, G. COMOTTI, *Obbedienza della fede e libertà religiosa: manifestazione del pensiero e diritto al dissenso nell'ordinamento canonico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2008, p. 241.

⁵⁶ Cass. pen., sez. III, 18 maggio 2021, n. 34576, in *Diritto e Religioni*, n. 2, 2021, p. 804 con nota di A. NEGRI, *Distinzione degli ordini e bis in idem tra giurisdizione canonica e statale. Riflessioni a partire dalla sentenza Corte di Cassazione n. 34576/2021*, in *Diritto e Religioni*, n. 2, 2021, pp. 826-842, e in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2022, pp. 467-481 con nota di P. LO IACONO, *Chierici pedofili, esercizio della giurisdizione penale e inapplicabilità del ne bis in idem: l'ordinata colligatio Stato/Chiesa a tutela dei minori*, in *ivi*, pp. 481-512. In tema, cfr. N. GALANTINI, [Bis in idem per il cittadino già giudicato dalla giurisdizione ecclesiastica per un fatto contemplato dal codice canonico e sottoposto a giudizio in Italia per lo stesso fatto previsto dal codice penale](#), in questa Rivista, 2

circostanza, chiamati a decidere sulla possibilità di sottoporre a procedimento un chierico già giudicato per i medesimi fatti in sede canonica, i giudici di legittimità hanno condivisibilmente statuito⁵⁷ che tale ipotesi non integra violazione del divieto di *bis in idem*.

Applicando i più recenti criteri elaborati dalla giurisprudenza sovranazionale alla lettera⁵⁸, invero, il risultato conseguito avrebbe dovuto consistere, al contrario, in un divieto di *bis in idem*: la connessione reclamata per non integrare quest'ultimo, infatti, non deve essere solo temporale, ma anche sostanziale, con ciò indicandosi la necessità di una conduzione integrata dei due procedimenti – volta a evitare, o almeno a limitare, la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove – o della considerazione nel secondo procedimento dell'entità della sanzione comminata nel primo. Si tratta, con chiara evidenza, di requisiti insostenibili nell'ipotesi in questione, in cui a confrontarsi sono in realtà non due giurisdizioni, bensì due “ambiti giurisdizionali”, come li definisce nella pronuncia in commento la Cassazione, dal rapporto segnato dalla insuperabilità del principio di distinzione degli ordini sancito dall'art. 7, primo comma, Cost.⁵⁹

Spingendosi ancora oltre, basti rilevare come recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, a partire dalle ultime pronunce EDU⁶⁰, abbia richiesto che i diversi procedimenti, perché non integrino violazione del *ne bis in idem*, “abbiano di mira scopi complementari nel comune perseguimento di un interesse generale”⁶¹. Anche qui, le ragioni sanzionatorie di Stato e Chiesa divergono necessariamente. Come emerso da queste pagine, infatti, il diritto penale canonico si orienta, come ogni altro ramo dell'ordinamento, attorno alle ragioni costitutive della Chiesa come sistema giuridico e deve perciò risultare funzionale “alle specifiche istanze di perseguimento di finalità ultraterrene che ne costituiscono la caratteristica distintiva”⁶². Una dimensione, quindi,

novembre 2021; A. LICASTRO, *La repressione degli abusi sessuali dei chierici e il principio del ne bis in idem nei rapporti tra giurisdizione canonica e giurisdizione penale statale*, in *La legislazione penale*, 9 febbraio 2022.

⁵⁷ Conformemente a Cass. pen., Sez. III, 18 maggio 2018, n. 21997, commentata da L. BARONTINI, *Rigiudicabile in Italia il chierico rimesso allo stato laicale? Il ne bis in idem tra dimensione internazionale e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2020, pp. 99-106.

⁵⁸ In particolare, il riferimento è alla sentenza EDU A e B c. *Norvegia* del 15 novembre 2016, commentata da C. FATTA, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Giurisprudenza penale*, n. 1, 2017.

⁵⁹ Per la rilevanza in materia di siffatto principio, sia consentito il rimando a A. NEGRI, cit., specie pp. 830 ss. e alla bibliografia ivi indicata.

⁶⁰ Sul punto e, specificamente, sulle conseguenze della sentenza della Corte EDU A e B c. *Norvegia* per la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, v. S. ZOCCALI, *La giurisprudenza sovranazionale e l'applicazione dei c.d. “criteri Engel”: un'analisi storica sulla qualificazione della norma penale fra Corte Edu e Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di “ne bis in idem”*, in *Ordines*, n. 1, giugno 2019, pp. 153 ss.

⁶¹ Così, N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *Eurojus.it*, 22 marzo 2018, par. 5.

⁶² G. D'ANGELO, *La “irriducibile tipicità” del diritto canonico nella dinamica delle attuali relazioni interordinamentali. Brevi note (problematiche e di prospettiva) a partire dalla riforma dei delicta graviora*, in *Revista crítica de Derecho Canónico Pluriconfesional*, n. 1, 2014, p. 105.

quella ultraterrena, cui partecipa anche il diritto penale canonico, certamente estranea a ogni intervento statuale.

Tale impossibilità di individuare scopi complementari *ex parte Status*, diretta ricaduta ancora una volta del principio dell'indipendenza degli ordini, non è però, nel nostro caso, assenza di un requisito imprescindibile che consenta il *bis in idem*, ma, all'estremo opposto, la *ratio* stessa per cui il doppio binario sanzionatorio non può incontrare alcun ostacolo. La distanza che separa i due ambiti, giurisdizionali e ordinamentali, impedisce di immaginare ipotesi di coordinamento improntate all'applicazione del divieto di doppio giudizio.

Anche quando il Libro VI del CIC, infatti, prevede al can. 1344, §2, che il giudice canonico possa "astenersi dall'infliggere una pena, o infliggere una pena più mite o fare uso di una penitenza se il reo [...] sia stato sufficientemente punito dall'autorità civile o si preveda che sarà punito"⁶³, le ragioni che motiverebbero l'astensione dell'autorità ecclesiastica non consisterebbero nella necessità di rispettare le statuizioni del giudicante civile. Anzi, il richiamo operato dal canone in commento configura un'ipotesi di presupposizione della legge civile, nel senso che l'ordinamento canonico prende atto di quanto prodottosi nell'ordinamento secolare e fa discendere da tale situazione effetti giuridici propri e autonomi⁶⁴.

A derivarne, nell'ipotesi in esame, è persino la possibilità di astenersi dal comminare una pena canonica in ossequio al canone della *aequitas canonica*, figlia del riconoscimento del fatto che, nel caso specifico portato all'attenzione del giudice, il *bis in idem* non sarebbe funzionale alla finalità suprema dell'ordinamento ecclesiale. Non di rinuncia alla sanzione, quindi, si tratterebbe, ma di applicazione del canone di equità; in assoluto, forse, il tratto che più di tutti distingue il diritto penale canonico da ogni altro corrispettivo secolare.

⁶³ Ricorda A. TITOMANLIO, *La non esigibilità. Il diritto penale canonico snodo tra libertà morale e dignità della persona*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2016, p. 187, che tale disposizione si riferisce naturalmente solo ai cd. delitti di foro misto, puniti tanto dall'ordinamento canonico quanto da quello statale.

⁶⁴ Sulla presupposizione, da parte del diritto canonico, della *lex civilis*, v. G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, III edizione [1996], AVE – Anonima Veritas Editrice, Roma, 2007, pp. 75-76.

**CORTE COSTITUZIONALE N. 5/2023:
UN'OCCASIONE PER RIBADIRE IL RUOLO PREVENTIVO DELLA
CONFISCA SENZA CONDANNA E DEL DIRITTO PENALE MODERNO**

di Leonardo Chiarelli

Il presente contributo intende affrontare l'annoso tema della compatibilità di forme di confisca obbligatoria senza condanna con il principio di proporzione il quale, su impulso della Corte EDU e in una prospettiva garantistica, è ormai divenuto fondamentale nel diritto penale moderno dominato da logiche efficientistiche. A tal fine, l'A. analizzerà la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 5/2023 in materia di confisca di armi ex art. 6 L. 152/1975, muovendo alcune considerazioni critiche nella parte in cui non sembra valorizzare adeguatamente il principio di proporzionalità e ragionevolezza con riguardo a misure limitative delle libertà personali. L'automatismo confiscatorio di cui alla suddetta norma appare, invero, un eccesso efficientistico particolarmente insidioso in termini di garanzie costituzionali, giacché non consente di apprezzare il concreto disvalore della condotta. In questo senso, l'A. invoca de jure condendo un ripensamento della confisca di armi in forma di confisca facoltativa, anche senza condanna. Una tale soluzione salvaguarderebbe il principio di proporzionalità, consentendo al giudice di compiere un giudizio discrezionale, oggi precluso, fondato sulla concreta gravità del fatto e sulle caratteristiche del reo.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso di specie: la confisca obbligatoria di armi ex art. 6 della L. 22 maggio 1975, n. 152. – 3. L'ordinanza di rimessione e la posizione della Presidenza del Consiglio dei Ministri. – 4. La natura proteiforme della confisca: tra esigenze punitive ed esigenze preventive. – 5. La decisione della Consulta: un'altra patente di legittimità della confisca senza condanna. – 6. Note conclusive: riflessioni critiche a margine della natura obbligatoria della confisca di armi. Profili di illegittimità costituzionale alla luce del parametro di proporzionalità.

Corte cost., 24 gennaio 2023, n. 5

«Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico) "nella parte in cui impone al giudice di disporre la confisca delle armi anche in caso di estinzione del reato per oblazione", sollevate, in riferimento agli artt. 27, secondo comma, e 42, secondo comma, della Costituzione, nonché agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., questi ultimi in relazione agli artt. 6, paragrafo 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, 17 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

1. Premessa.

Con la decisione in epigrafe, la Corte costituzionale interviene sulla *vexata quaestio* della legittimità costituzionale delle ‘confische senza condanna’, che ormai da decenni agita la dottrina e la giurisprudenza interna e sovranazionale.

Ed invero, la Consulta – pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della confisca obbligatoria di armi di cui all’art. 6 della L. 152/1975 – coglie l’occasione per esprimersi su due profili di ordine generale, pur inserendosi nel solco della giurisprudenza precedente¹: 1) la conformità al dettato costituzionale e alle fonti sovranazionali delle forme di *non-conviction based confiscation*²; 2) la natura preventiva e non repressivo-sanzionatoria di alcune di esse.

Si tratta, a ben vedere, di una pronuncia che, sebbene esprima dei principi già affermati sul tema generale della confisca senza condanna, appare nondimeno di estremo interesse, in quanto stimola alcune riflessioni di ampio respiro attorno al principio di proporzionalità ed alla funzione del diritto penale moderno³. Infatti, in ragione della sempre più frequente valorizzazione del principio di proporzionalità in ambito penale (soprattutto su impulso delle corti sovranazionali), diventa fondamentale rivedere l’istituto della confisca in termini, appunto, di ragionevolezza e adeguatezza rispetto ai fini perseguiti dal legislatore ed alla gravità dell’illecito compiuto. In tal senso, come si vedrà più avanti, è proprio sulla base del parametro di proporzionalità che la decisione in commento si espone ad alcuni significativi rilievi critici⁴.

2. Il caso di specie: la confisca obbligatoria di armi ex art. 6 della L. 22 maggio 1975, n. 152.

Prima di addentrarci nel cuore della questione giuridica oggetto della sentenza in commento, è opportuno soffermarsi brevemente sul caso di specie sottostante.

¹ A tal proposito, tra le altre, si vedano Corte EDU, sez. IV, sent. 12 maggio 2015, *Gogitidze e altri c. Georgia*; Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24.

² Sul punto v. *infra* par. 4.

³ Invero, come si preciserà meglio in seguito, la confisca costituisce una delle massime espressioni dell’efficientismo del diritto penale moderno, in quanto si tratta di una misura fondata sul mero sospetto dell’origine illecita del patrimonio o sulla intrinseca pericolosità del bene. Attraverso tale misura l’ordinamento predispose un armamentario sanzionatorio che consente di rispondere in modo più efficace ai nuovi pericoli posti dall’inarrestabile evoluzione del sistema socio-economico, anche a scapito di principi fondamentali del diritto penale. Per un’attenta riflessione su tali profili problematici v., fra gli altri, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, *passim*; più di recente T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, p. 23 e *passim*.

⁴ V. *infra* par. 6.

In particolare, il processo svoltosi dinanzi al Tribunale ordinario di Milano, sezione sesta penale, vede imputato R.R. per la violazione dell'art. 38 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773⁵, per aver omesso di comunicare il trasferimento presso la nuova residenza di otto tra fucili da caccia e carabine da tiro sportivo, la cui detenzione era già stata regolarmente denunciata all'autorità di pubblica sicurezza. Tale illecito contravvenzionale, in base al combinato disposto degli artt. 38 e 17⁶ TULPS, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino ad euro 206⁷.

Alla prima udienza del 2 dicembre 2021, la difesa dell'imputato chiedeva di definire il processo mediante oblazione, ai sensi dell'art. 162 *bis* c.p. Il giudice *a quo*, ritenendo l'insussistenza di cause ostative, determinava la somma da corrispondere ai fini dell'oblazione del reato in euro 103.

Dunque, a fronte dell'intervenuto pagamento, la difesa dell'imputato avanzava la richiesta di declaratoria di estinzione del reato *ex art.* 162 *bis*, comma 6, c.p., e di restituzione delle armi precedentemente sequestrate.

Tuttavia, all'udienza successiva del 27 gennaio 2022, il Tribunale ordinario di Milano riteneva di non poter accogliere l'istanza di restituzione, ostandovi il disposto dell'art. 6 della L. 152/1975⁸ (c.d. Legge Reale) che prevede un'ipotesi di confisca obbligatoria in materia di armi. Invero, il citato art. 6, nel richiamare l'art. 240, comma 2, c.p.⁹, secondo l'interpretazione maggioritaria, imporrebbe indefettibilmente la confisca

⁵ Si riporta a seguire il testo dell'art. 38 r.d. 773/1931 (*Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, c.d. TULPS): «1. Chiunque detiene armi, parti di esse, di cui all'articolo 1 bis, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 527, munizioni finite o materie esplodenti di qualsiasi genere, deve farne denuncia entro le 72 ore successive alla acquisizione della loro materiale disponibilità, all'ufficio locale di pubblica sicurezza o, quando questo manchi, al locale comando dell'Arma dei carabinieri, ovvero anche per via telematica ai medesimi uffici o alla questura competente per territorio attraverso trasmissione al relativo indirizzo di posta elettronica certificata. La denuncia è altresì necessaria per i soli caricatori in grado di contenere un numero superiore a 10 colpi per le armi lunghe e un numero superiore a 20 colpi per le armi corte, fermo restando quanto previsto dall'articolo 2, secondo comma, della legge 18 aprile 1975, n. 110, e successive modificazioni [...] 7. La denuncia di detenzione di cui al primo comma deve essere ripresentata ogni qual volta il possessore trasferisca l'arma in un luogo diverso da quello indicato nella precedente denuncia. Il detentore delle armi deve assicurare che il luogo di custodia offra adeguate garanzie di sicurezza».

⁶ L'art. 17, comma 1, r.d. 773/1931 stabilisce che, qualora non sia diversamente previsto, le violazioni del TULPS sono punite con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206.

⁷ Tale interpretazione è confermata da recente giurisprudenza di legittimità: Cass. pen., sez. I, 16 novembre 2017, n. 10197, in *CED Cass.*, n. 272625; Cass. pen., sez. I, 15 aprile 2016, n. 27985, in *CED Cass.*, n. 267657.

⁸ Ai sensi dell'art. 6, comma 1, L. 152/1975, «il disposto del primo capoverso dell'articolo 240 del codice penale si applica a tutti i reati concernenti le armi, ogni altro oggetto atto ad offendere, nonché le munizioni e gli esplosivi». Tale norma ha un ambito di applicazione piuttosto ampio. In particolare, si applica: 1) alle contravvenzioni previste in materia di materie esplodenti *ex artt.* da 678 a 679 *bis* e da 695 a 699 c.p.; 2) alle contravvenzioni in materia di armi contemplate dal TULPS; 3) ai reati concernenti le armi da guerra, armi chimiche, mine antipersona e munizioni a grappolo; 4) ai reati in materia di porto d'armi a bordo degli aeromobili di cui alla L. 694/1974; 5) ai reati in materia di carta europea d'arma da fuoco. Sul punto v. L. PISTORELLI, *Armi*, in T.E. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 327.

⁹ In particolare, ai sensi dell'art. 240, comma 2, n. 2), c.p. è sempre ordinata la confisca «delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna».

delle cose ivi indicate, anche in assenza di formale condanna ed anche in caso di estinzione per oblazione, salve le sole ipotesi di assoluzione nel merito dell'imputato o l'ipotesi in cui la cosa appartenga a persona estranea al reato¹⁰. In questo senso, l'art. 6 della Legge "Reale" contempla una disciplina speciale della confisca, applicabile a tutti i reati riguardanti armi, munizioni, esplosivi ed oggetti atti ad offendere¹¹. In sostanza, l'effetto di tale disposizione è quello di estendere la confisca obbligatoria alle cose che costituiscono oggetto materiale dei reati in materia di armi, ampliando così il novero dei beni confiscabili *ex art. 240, comma 2, c.p.*

3. L'ordinanza di rimessione e la posizione della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Di fronte ad un tale assetto normativo, il Tribunale ordinario di Milano, con ordinanza di rimessione del 27 gennaio 2022¹², solleva due distinti gruppi di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6 della L. 152/1975, posti tra di loro in un rapporto di subordinazione.

In particolare, il primo gruppo muove dall'assunto secondo cui la confisca di cui al citato art. 6 avrebbe natura punitiva¹³. Sicché il giudice *a quo* censura tale disposizione, in riferimento al principio di presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost., art. 6 CEDU, art. 48 CDFUE) ed al diritto fondamentale di proprietà (art. 42 Cost., art. 1 Prot. add. CEDU, art. 17 CDFUE), nella parte in cui impone al giudice di disporre la confisca delle armi in assenza di condanna, anche in caso di estinzione del reato per oblazione.

Invece, con il secondo gruppo di censure, prospettato in via subordinata, il Giudice di merito denuncia la medesima disposizione – per contrasto con gli artt. 3, 27, 42, 11, 117 Cost., art. 1 Prot. add. CEDU, artt. 17 e 48 CDFUE – nella parte in cui prevede come obbligatoria la confisca delle armi anche in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 38 TULPS. Infatti, secondo il Giudice rimettente, anche qualora non si riconosca la natura punitiva della confisca *ex art. 6*, l'indefettibile obbligo di disporre la misura ablatoria in discorso nel caso di violazioni dell'art. 38 TULPS si risolve in una irragionevole e sproporzionata limitazione del diritto fondamentale di proprietà.

Procedendo con ordine, ci si accinge adesso ad esaminare gli argomenti posti a fondamento del primo gruppo di questioni di legittimità sollevate.

In primo luogo, come poc'anzi accennato, il rimettente – rifacendosi ai cc.dd. criteri Engel¹⁴ – sostiene la natura penale-sanzionatoria della confisca di cui si tratta,

¹⁰ *Ex multis*: Cass. pen., sez. I, 15 novembre 2017, n. 54086, in *CED Cass.*, n. 272085; Cass. pen., sez. I, 6 aprile 2016, n. 33982, in *CED Cass.*, n. 267458; Cass. pen., sez. I, 10 novembre 2006, n. 1264, in *CED Cass.*, n. 235854.

¹¹ L. PISTORELLI, *Armi*, cit., p. 327.

¹² Iscritta al n. 11 del registro ordinanze 2022 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, 1ª serie spec.- Corte cost., n. 8 del 2022 (www.gazzettaufficiale.it).

¹³ In proposito v. L. DELLA RAGIONE, *La disciplina penale in materia di armi, esplosivi e munizioni*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, p. 603 s., e bibliografia ivi indicata.

¹⁴ Sul punto v. Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. In breve, i criteri Engel sono dei

giacché essa: a) si riconetterebbe alla commissione (almeno presunta) di un fatto di reato; b) verrebbe disposta dal giudice all'esito di un procedimento penale; c) non assolverebbe ad alcuna funzione risarcitoria o ripristinatoria della situazione antecedente il reato, determinando, al contrario, l'ablazione di beni acquisiti in modo legittimo dall'imputato, legittimamente detenuti e detenibili ulteriormente con una mera comunicazione all'Autorità di pubblica sicurezza.

In secondo luogo, il giudice *a quo* rileva che se venisse disposta la confisca di cui all'art. 6, anche in seguito ad estinzione del processo mediante oblazione (e quindi a prescindere dalla condanna), l'ablazione del diritto di proprietà dell'imputato si produrrebbe in assenza di accertamento della sua responsabilità. Infatti, nel procedimento per oblazione¹⁵ il giudizio è definito senza formazione della prova, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento e all'esito di una mera valutazione giudiziale avente ad oggetto: a) l'assenza di recidiva, abitudine o professionalità nel reato dell'imputato; b) la permanenza o meno delle conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore; c) la gravità del fatto.

Infine, il Tribunale di Milano ritiene di estendere alla confisca di armi, disposta in caso di estinzione del processo per oblazione, i principi sviluppati dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia di confisca urbanistica¹⁶. In tale sede, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che una misura ablativa patrimoniale sia compatibile con il principio di legalità *ex art. 7 CEDU* solo se irrogata con una sentenza di condanna o comunque a seguito di un accertamento garantito, non essendo sufficiente una sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato.

A fondamento del secondo gruppo di questioni di legittimità costituzionale, il giudice rimettente richiama, invece, alcune rilevanti pronunce della Consulta con le quali è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di automatismi *latu sensu* sanzionatori, che non consentono al giudice di compiere un'effettiva valutazione del

parametri di valutazione e qualificazione che trovano costante applicazione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e che sono volti a delimitare la *matière pénale*. Essi possono compendiarsi: 1) nella qualificazione giuridica interna dell'illecito e della sanzione; 2) nella natura dell'illecito; 3) nella natura e gravità della sanzione. Per un inquadramento dell'evoluzione di tale criteriologia all'interno della Corte EDU v. fondamentalmente L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, p. 25 s. e *passim*; v. anche, fra gli altri, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, *passim*; nonché i contributi raccolti in M. DONINI-L. FOFFANI, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018. Con specifico riferimento alla materia della confisca si veda ad es. V. MAIELLO, *Confisca, Cedu e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 3-4/2012, p. 54.

¹⁵ Sul tema, tra gli altri, cfr. L. CRISTOFANO, *I riti alternativi al giudizio penale ordinario*, Torino, 2005, p. 291 s.; F. MUCCIARELLI, *L'istituto dell'oblazione ex art. 162-bis in due sentenze della Corte di Cassazione: qualche rilievo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 850; A. MARTINI, *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1994, p. 401.

¹⁶ A tal proposito si vedano le pronunce con cui la Corte di Strasburgo ha sostenuto la natura penale della confisca urbanistica di cui all'art. 44 d.P.R. 5 giugno 2001, n. 328. Tra le tante v. Corte EDU, sez. II, sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*; Corte EDU, sez. II, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*. In dottrina cfr. A. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1395 s.; F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013.

caso concreto prima di applicare misure afflittive¹⁷. Infatti, a parere del giudice *a quo*, automatismi come quelli di cui all'art. 6 della Legge "Reale" (tra l'altro suscettibile di applicarsi ad una vasta ed eterogenea serie di condotte) contrasterebbero con gli artt. 3, 27, 42 Cost., 1 Prot. add. CEDU. Tali norme, nel riconoscere e tutelare la proprietà privata, impongono al legislatore di prevedere che le misure afflittive siano ragionevoli, individualizzanti e proporzionate alla gravità del fatto ed alla personalità del reo¹⁸.

Nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale interviene anche l'Avvocatura generale dello Stato in rappresentanza della Presidenza del Consiglio dei ministri, chiedendo che le questioni sollevate siano dichiarate inammissibili o comunque infondate per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, viene richiamata la giurisprudenza costante della Suprema Corte di Cassazione¹⁹ che riconosce la natura obbligatoria e preventiva (e non sanzionatoria) della confisca *ex art. 6*, applicabile anche in assenza di condanna (quindi anche in caso di estinzione per oblazione), salvo in caso di assoluzione nel merito dell'imputato o di appartenenza delle armi a persona estranea al reato²⁰.

Dunque, per la confisca in discorso, stante la natura non punitiva, non troverebbero applicazione i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia di confisca urbanistica. Infatti, la *ratio* della disciplina in materia di armi, nel sancire l'obbligo della denuncia della detenzione di armi, sarebbe quella di garantire la tracciabilità²¹ di oggetti intrinsecamente pericolosi, consentendo così all'autorità di polizia un costante controllo al fine di prevenire un utilizzo degli stessi in eventuali attività delittuose. In questo senso, secondo l'Avvocatura dello Stato l'art. 6 non violerebbe il diritto fondamentale di proprietà; la mancata denuncia dello spostamento delle armi verso un diverso luogo di residenza non è condotta irrilevante per l'ordinamento, costituendo indice di inaffidabilità e superficialità del detentore delle stesse, tale da giustificare la confisca.

Infine, a parere dell'Avvocatura dello Stato, qualora la confisca *ex art. 6* venisse disposta anche in seguito ad estinzione del processo per oblazione, comunque non sussisterebbe la violazione del principio della presunzione di innocenza. Ciò in quanto

¹⁷ V. Corte cost., 6 marzo 2019, n. 112, su cui v. R. ACQUAROLI, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2020, p. 197 s.; Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, su cui v. P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2019, p. 216 s.

¹⁸ Inoltre, il rimettente rileva che l'ordinamento, per le ipotesi (più allarmanti) di reati commessi «avvalendosi delle armi», prevede la sola confisca facoltativa e non quella obbligatoria: sul punto, in materia di minaccia commessa con l'uso di un'arma, v. Cass. pen., sez. V, 28 marzo 2018, n. 28591, in *CED Cass.*, n. 273471.

¹⁹ Tra le altre, v. Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 2019, n. 12175, in *CED Cass.*, n. 276172; Cass. pen. sez. I, 12 aprile 2016, n. 20508, in *CED Cass.*, n. 266894; Cass. pen., sez. I, 9 ottobre 2015, n. 49969, in *CED Cass.*, n. 265409.

²⁰ In questo senso v. Cass. pen., sez. I, 8 febbraio 2022, n. 6919, in *Dejure.it*; Cass. pen., sez. I, 18 giugno 2019, n. 32333, in *Dejure.it*.

²¹ In tale materia è intervenuto il legislatore europeo con la direttiva 2008/51/CE del 21 maggio 2008, oggi sostituita dalla direttiva 2021/555/UE del 24 marzo 2021, relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi.

la domanda di ammissione all'oblazione dà luogo all'apertura di un sub-procedimento che può concludersi, in caso di manifesta assenza di prova del fatto di reato o della sua commissione da parte dell'imputato, con una sentenza di proscioglimento *ex art.* 129, comma 2, c.p.p.

4. La natura proteiforme della confisca: tra esigenze punitive ed esigenze preventive.

Prima di analizzare i termini in cui si è pronunciata la Corte costituzionale, è opportuno soffermarsi, sia pure brevemente, sulla natura giuridica della confisca (*rectius* confische) ed in particolare di quella senza condanna, che si colloca al centro della contrapposizione tra diritto penale classico e diritto penale moderno, e quindi tra esigenze garantistiche ed esigenze efficientistiche.

Ebbene, nel diritto penale moderno la confisca – intesa come trasferimento coattivo e definitivo a favore dello Stato di beni riconducibili, a vario titolo, ad attività illecite – svolge ormai un ruolo centrale, essendo talvolta più efficace delle tradizionali sanzioni detentive e pecuniarie²². Come è noto, nell'impianto originario del codice Rocco del 1930 le era invece riconosciuto uno stretto ambito di applicazione, essendo esclusivamente contemplata tra le misure di sicurezza patrimoniali nell'art. 240 c.p. A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, nel contesto di un più generale ripensamento delle modalità per contrastare il crimine e segnatamente quello di natura patrimoniale, il legislatore è intervenuto introducendo speciali e più efficaci forme di confisca²³, che hanno mutato in modo significativo l'originaria fisionomia dell'istituto, fino a crearne una molteplicità di *species* che hanno portato la dottrina a parlare di natura *proteiforme* e *camaleontica* della confisca²⁴. Una realtà di cui era del resto consapevole la stessa Corte costituzionale, sin dai primi anni della sua attività: «La confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e

²² Sul tema, in generale, v. i contributi raccolti in T.E. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, cit.; nonché A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali (la confisca penale)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1372 s.; A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, p. 39 s.; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., p. 127 s.

²³ In proposito, tra le diverse forme di confisca, occorre citare la confisca allargata (art. 240 *bis* c.p.); la confisca per equivalente (art. 240 *bis*, comma secondo, c.p.); la confisca di prevenzione (art. 24 d.lgs. 159/2011); la confisca disposta nei confronti dei soggetti condannati per associazione mafiosa (art. 416 *bis*, settimo comma, c.p.); la confisca disposta nei confronti degli enti (art. 9 d.lgs. 231/2001). Per un'ampia ed esaustiva ricognizione delle forme speciali di confisca v. V. MARCENÒ, *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, in T.E. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, cit., p. 3 s.; A. BARAZZETTA, *Art. 240 bis*, *ivi*, p. 1001 s.; T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema di responsabilità degli enti*, Padova, 2011, p. 25 s.; F. MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3423 s.

²⁴ V. ad es. E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi applicativi*, Torino, 2012, p. 23 s.

indirizzata a diverse finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura civile e amministrativa»²⁵.

Definire la natura giuridica delle confische non ha un mero rilievo dogmatico ma, al contrario, rilevanti conseguenze anche applicative, poiché l'attribuzione della natura preventiva, penale-sanzionatoria o, addirittura, extrapenale a tali forme di ablazione determina lo statuto garantistico – più o meno esigente – che deve trovare applicazione.

Procedendo per gradi, partendo dal prototipo di confisca diretta *ex art. 240 c.p.*, è opinione abbastanza condivisa – suggerita anche dalla collocazione sistematica della norma – che si tratti di una misura di sicurezza, avente come scopo principale quello di prevenire la futura commissione di reati da parte di un soggetto già condannato²⁶.

Invece, sorgono maggiori difficoltà quando si tenta di definire la natura giuridica delle altre ipotesi di confisca²⁷, stratificatesi nel corso degli anni anche in ragione della eccessiva rigidità e conseguente limitata utilità pratica dell'art. 240 c.p. come strumento di contrasto alla criminalità²⁸.

Ebbene, in questa sede è di particolare interesse analizzare sinteticamente come si pongono dottrina e giurisprudenza – interna e sovranazionale – nei confronti delle svariate forme di confisca senza condanna (*non-conviction based confiscation*). Ad esse gli interpreti guardano con sempre maggiore favore, nell'ottica di un contrasto più efficace ed evoluto ad ogni forma di criminalità.

Tra le ipotesi di confisca senza condanna previste nel nostro ordinamento un ruolo di particolare rilievo assume la confisca di prevenzione disciplinata all'art. 24 d.lgs. 159/2011 (cd. Codice antimafia). Una misura ablativa che prescinde non solo dalla condanna, ma addirittura dalla commissione di un precedente reato (misura *praeter delictum*), purché sussistano specifici indizi di pericolosità e purché il preposto non giustifichi la legittima provenienza dei beni confiscati²⁹. Sin dalla sua introduzione – avvenuta con la Legge Rognoni-La Torre (l. n. 646/1982) – la confisca di prevenzione è stata al centro di un fitto dibattito circa la sua natura giuridica e la sua legittimità costituzionale, vista la rilevanza dei diritti fondamentali in gioco (su tutti il diritto di proprietà). A fronte di coloro che sostenevano (e sostengono) la natura sanzionatoria

²⁵ Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29.

²⁶ Così T. TRINCERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., p. 32 s.

²⁷ In proposito, a titolo esemplificativo, è importante menzionare: la confisca per equivalente, a cui dottrina e giurisprudenza maggioritaria attribuiscono natura sanzionatoria, poiché prescinde dalla pertinenzialità tra il reato ed il bene oggetto della confisca; la confisca allargata (art. 240 *bis* c.p.) a cui è comunemente riconosciuta una natura ibrida preventiva e sanzionatoria; la confisca nei confronti degli enti (art. 6, comma 5, d.lgs. 231/2001), considerata diffusamente una misura sostanzialmente reintegrativa, diretta a riportare ad equilibrio un ordine economico violato. Sul punto v. V. MARCENÒ, *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, cit., p. 3 s., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁸ Come noto, la ragione principale della scarsa fortuna della confisca *ex art. 240 c.p.* risiede nel difficile compito, a carico degli inquirenti e del giudice, di accertare il nesso di derivazione causale tra il bene da confiscare e il reato commesso.

²⁹ Sullo specifico tema della confisca di prevenzione, tra i contributi più recenti, v. S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, Milano, 2022, *passim*; M. DI LELLO FINUOLI, *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*, Torino, 2021, *passim*.

penale dell'istituto in discorso, in ragione della sua natura definitiva ed afflittiva³⁰, altra parte della dottrina e della giurisprudenza sosteneva (e sostiene) la natura preventiva extrapenale della confisca antimafia, stante la finalità di neutralizzare la situazione di pericolosità insita nel permanere della ricchezza nelle mani di chi può continuare ad utilizzarla per produrre altra ricchezza attraverso la perpetuazione dell'attività criminale³¹.

Tuttavia, la più recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale sembra aver composto questo contrasto, escludendo la natura penale di tale forma di confisca. Al contrario, ne riconosce piuttosto la natura compensatoria-preventiva³², volta a ripristinare la situazione anteriore all'acquisto illecito dei beni e a lanciare il messaggio che 'il crimine non paga'³³. Infatti, si tratterebbe di una misura non destinata a reprimere un illecito, ma ad impedire la futura commissione di gravi reati di elevato allarme sociale. Per tale ragione la confisca di prevenzione è sempre stata ritenuta convenzionalmente legittima, in quanto ritenuta dotata di base legale e proporzionata all'interesse pubblico perseguito.

Si tratta di orientamento più volte confermato dalla Corte EDU, con riferimento ad altre ipotesi di confisca senza condanna previste in altri ordinamenti, assimilabili per certi aspetti alla nostra confisca di prevenzione³⁴. A tal proposito, rileva il già segnalato *leading case* *Gogitidze e altri c. Georgia* del maggio 2015, riguardante una forma di confisca

³⁰ Cfr. D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, p. 191; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 70 s.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 390 s.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., p. 525 s. In giurisprudenza v. l'isolata pronuncia *Occhipinti*: Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, in *CED Cass.*, n. 255043.

³¹ Cfr. G. CONTE, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.*, 1984, V, p. 261 s.; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1994, p. 112 s.; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, p. 283 s.; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., p. 375 s.

³² Sul punto v. Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, che attribuisce alla confisca in discorso una natura meramente ripristinatoria della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene. Si tratta di una decisione che si pone sulla scia della sentenza della Corte EDU *Gogitidze e altri c. Georgia* citata *supra* nota 1, che parla di funzione "compensatoria e preventiva".

³³ Ovviamente, come precisa la Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, escludere la natura penale della confisca di prevenzione non significa negare che essa incida pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica (artt. 41 e 42 Cost. e 1 Prot. add. CEDU). Pertanto, essa soggiace alle fondamentali garanzie costituzionali e sovranazionali, tra cui: 1) deve essere prevista attraverso una legge precisa e rispettosa del canone della prevedibilità; 2) la restrizione del diritto di proprietà deve essere necessaria e proporzionata rispetto agli obiettivi legittimi perseguiti (art. 3 Cost.); 3) deve essere adottata mediante un procedimento che, ancorché non sottoposto agli standard garantistici del processo penale, rispetti il generale canone del giusto processo (artt. 111 Cost. e 6 CEDU, nel suo "volet civil"), assicurando altresì il rispetto del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

³⁴ Tra le altre Corte EDU, sez. III, 8 ottobre 2019, *Balsamo c. San Marino*, su cui v. E. ZUFFADA, *La corte europea giudica compatibile con la Convenzione la confisca del profitto del reato anche in assenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 380 s.; Corte EDU, 13 luglio 2021, *Todorov e altri c. Bulgaria*; Corte EDU, 12 maggio 2015, *Gogitidze e altri c. Georgia*, su cui v. A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture (in relazione alla confisca di prevenzione)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 963.

senza condanna di beni di sospetta provenienza illecita, molto vicina al *civil forfeiture* americano³⁵. Anche in questo caso i giudici di Strasburgo hanno sottolineato la natura preventiva di tali forme di *non-conviction based confiscation*, dirette ad impedire accumulazioni patrimoniali illecite³⁶.

Dunque, appare evidente un certo *favor praeventionis* delle corti nazionali e sovranazionali, che legittima le più disparate forme di confisca senza condanna. Infatti, in una prospettiva efficientistica ed utilitaristica, il diritto penale moderno è sempre più orientato verso la prevenzione dell'illecito, piuttosto che verso la tradizionale repressione e punizione dello stesso³⁷. La differenza non è di poco conto: se la funzione punitiva del diritto penale si fonda sul concetto di illecito e sull'accertamento della responsabilità, il diritto penale preventivo si fonda sul giudizio (meno garantito) di pericolosità del soggetto. Ed è proprio in questo senso che nel nostro ordinamento (e non solo) trovano sempre più spazio forme preventive di confische senza condanna, dirette ad intervenire sul nascere, reprimendo il pericolo e prevenendo l'illecito. Per tali ragioni, v'è chi tende a rimarcare il passaggio da un diritto penale del *fatto* a un diritto penale della *pericolosità*³⁸.

5. La decisione della Consulta: un'altra patente di legittimità della confisca senza condanna.

Nel solco del dibattito sorto sulla natura preventiva o sanzionatoria delle molteplici forme di confisca senza condanna si colloca proprio la pronuncia in commento.

In particolare, la Consulta ha ritenuto infondate le questioni di legittimità sollevate dal rimettente in riferimento all'art. 6 L. 152/1975, nella parte in cui impone al giudice di disporre la confisca delle armi anche in caso di estinzione del reato per

³⁵ Il *civil forfeiture* è una misura ablativa patrimoniale – adottata in un autonomo procedimento civile – che consente di colpire, al di fuori del procedimento penale e senza che sia richiesta la condanna, beni coinvolti a vario titolo nella realizzazione di un'attività criminale. Sul punto v. S.D. CASSELLA, *An overview of Asset Forfeiture in the United States*, in S.N.M. YOUNG (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property. Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crimes*, Cheltenham, 2009, p. 28 s.; e ampiamente da noi S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, cit., p. 259 s. e bibliografia ivi citata.

³⁶ Una voce fuori dal coro è rappresentata dal filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza Sud Fondi (Corte EDU, sez. II, sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*), che ha trovato approdo nella recente sentenza G.I.E.M. (Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*) in materia di confisca urbanistica: quest'ultima è considerata – a certe condizioni – una forma di confisca in assenza di condanna avente, tuttavia, natura punitiva e quindi penale.

³⁷ In questo senso v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., p. 6 s.

³⁸ Cfr. C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1229 s.; A. GIALANELLA, *Funzionalità e limiti garantisti dell'ordinamento penale alla difficile prova delle misure di prevenzione patrimoniale*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 538; D. CASTRONUOVO, *"Nomen plurale tantum". Le confische tra principi costituzionali e convenzionali. Una introduzione*, in D. CASTRONUOVO-C. GRANDI (a cura di), *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, Napoli, 2021, p. 3 s.

oblazione, uniformandosi così agli insegnamenti della Corte di Strasburgo sulla riconosciuta legittimità delle ipotesi di confisca senza condanna.

A sostegno della propria presa di posizione, il Giudice delle leggi pone varie argomentazioni.

In primo luogo, si censura il presupposto interpretativo assunto dal giudice *a quo*, secondo cui la confisca *ex art. 6* avrebbe natura punitiva. Infatti, richiamando la posizione espressa dall'Avvocatura generale dello Stato e la costante giurisprudenza di legittimità³⁹, la Corte costituzionale riconosce la natura essenzialmente preventiva della confisca in discorso. Invero, ciò che rileva ai fini della qualificazione giuridica delle diverse forme di confisca non è il fatto di incidere o meno sui diritti fondamentali, ma la specifica finalità perseguita da essa nel settore dell'ordinamento in cui opera. Dunque, se si guarda alla finalità che persegue la disciplina in materia di armi sembrerebbe evidente la natura preventiva e non sanzionatoria della confisca di cui all'art. 6, dal momento che essa è diretta primariamente a neutralizzare il pericolo connesso alla circolazione dell'arma. In tal senso, la Consulta evidenzia che la *ratio* dell'obbligo di comunicare all'Autorità di p.s. il trasferimento di armi, in precedenza regolarmente denunciate, risiede nella necessità di garantire la loro piena tracciabilità, in modo tale che la stessa Autorità abbia in qualsiasi momento contezza del luogo in cui l'arma è detenuta⁴⁰.

Pertanto, il mancato adempimento dell'obbligo di comunicazione del trasferimento – condotta contestata all'imputato nel caso di specie – frustrerebbe l'obiettivo perseguito dal legislatore, ossia quello di prevenire possibili utilizzi illeciti dell'arma da parte del detentore e assicurare che la stessa sia detenuta in luogo idoneo. S'intende pure minimizzare il rischio che terze persone possano impossessarsi dell'arma per farne, a loro volta, un uso illecito, anche solo involontariamente⁴¹. Di conseguenza, la mancata denuncia del luogo in cui si trova l'arma creerebbe una situazione di pericolo particolarmente allarmante per alcuni interessi rilevanti come ad esempio l'incolumità fisica, la vita e in generale la sicurezza pubblica, in ragione dell'uso illecito che se ne potrebbe fare. Ed è proprio tale situazione di pericolo che la confisca *ex art. 6* intende neutralizzare.

Una volta esclusa la natura penale della confisca in parola, a parere della Corte, cade l'assunto del giudice rimettente circa la denunciata violazione del principio di presunzione di non colpevolezza e del diritto di proprietà.

In secondo luogo, la Consulta esclude che la confisca in parola possa essere ritenuta manifestamente inidonea, non necessaria ovvero non proporzionata rispetto alla legittima finalità perseguita dal legislatore con la disciplina generale in materia di armi di cui al TULPS. Ciò vale nonostante quest'ultima realizzi una rilevante limitazione del diritto di proprietà. Tale asserzione si spiega, ad avviso della Corte, in ragione

³⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 8 febbraio 2022, n. 6919, in *Dejure.it*; Cass. pen., sez. I, 18 giugno 2019, n. 32333, in *Dejure.it*.

⁴⁰ A supporto di tale posizione v. la direttiva 2021/555/UE relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione delle armi e, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 15 aprile 2016, n. 27985, in *CED Cass.*, n. 267657.

⁴¹ La questione è affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento al par. 5.3.2.

dell'estrema gravità delle conseguenze che l'uso improprio delle armi può determinare a carico della vita dei consociati. Infatti, l'inosservanza delle norme che impongono la costante tracciabilità delle armi manifesterebbe una grave trascuratezza in capo al loro detentore, da considerarsi quale indice di sopravvenuta inidoneità di quest'ultimo a continuare a detenerle in condizioni di sicurezza. Sicché la confisca obbligatoria delle armi *ex art. 6* appare rimedio idoneo a rimuovere tale situazione di pericolo.

Tuttavia, pur riconoscendone la generale legittimità, la Corte costituzionale pone un argine garantistico alla confisca senza condanna *ex art. 6*, irrogabile anche in caso di estinzione del processo per oblazione. Ed invero, la stessa afferma che, quando la confisca di armi sia imposta dal giudice con la sentenza che dichiara l'estinzione per intervenuta oblazione della contravvenzione di cui all'art. 38 TULPS, un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina in discorso esige ad ogni modo che tale provvedimento sia pronunciato soltanto all'esito dell'accertamento, nel contraddittorio tra le parti, dei presupposti di legge che giustificano l'applicazione della misura ablatoria. Ciò al fine di garantire all'imputato la possibilità di contestare in maniera effettiva la sussistenza dei presupposti della misura stessa. A sostegno di tale assunto la Consulta richiama la giurisprudenza della Corte EDU secondo la quale la legittimità di qualsiasi misura che incida sul diritto di proprietà – a prescindere dalla sua natura penale o non – dipende dalla presenza di procedimenti in contraddittorio coerenti con il principio di parità degli strumenti processuali⁴².

6. Note conclusive: riflessioni critiche a margine della natura obbligatoria della confisca di armi. Profili di illegittimità costituzionale alla luce del parametro di proporzionalità.

Come visto, la sentenza in commento si inserisce nel solco tracciato dalla Corte di Strasburgo in punto di legittimità convenzionale di forme preventive di confisca senza condanna.

In questa prospettiva, appare condivisibile la decisione della Consulta nella parte in cui, mediante un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 6, ritiene la confisca di armi una misura di natura preventiva⁴³ e applicabile anche nei casi di estinzione del reato per oblazione, purché dall'accertamento nel contraddittorio tra le parti emergano i presupposti di legge che giustificano la misura ablativa.

Tuttavia, alcune riserve sorgono con riferimento al tema della natura obbligatoria della confisca *de qua*.

Invero, alla luce dei principi enunciati dalla Consulta, bisogna porsi una domanda: ma fino a dove può spingersi la prevenzione? Qual è la "quantità" di disvalore

⁴² Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M c. Italia*.

⁴³ Del resto, come correttamente osservato dalla Corte, per attribuire la natura penale ad una misura confiscatoria non è sufficiente che essa sia irrogata dal giudice penale ed in conseguenza di un fatto di reato.

della condotta che legittima l'automatismo confiscatorio efficientistico, anche in assenza di formale condanna?

In particolare, la natura obbligatoria della confisca di cui all'art. 6 sembra stridere con il principio di proporzionalità. Si tratta di un profilo che non viene adeguatamente considerato dalla pronuncia in commento.

Il principio di proporzionalità⁴⁴, quale autonomo canone ermeneutico, presenta un duplice volto: la proporzione tra la misura sanzionatoria e l'illecito e la proporzione della misura stessa rispetto agli scopi perseguiti⁴⁵.

Sotto il primo profilo, esso costituisce un limite invalicabile per la potestà punitiva statuale in quanto, da un lato, postula l'adeguatezza della sanzione al caso concreto e, dall'altro, impone di rifuggire da ogni forma di automatismo sanzionatorio⁴⁶. Sotto il secondo profilo, in ossequio al principio in discorso, una misura limitativa di un diritto fondamentale (come la confisca) è proporzionata solo se necessaria al soddisfacimento di un concorrente interesse pubblico (come la pubblica sicurezza).

In questo senso, occorre valutare se la contravvenzione di cui all'art. 38 TULPS esprima un disvalore tale da giustificare una gravosa forma di confisca obbligatoria ex art. 6. In altri termini, rileva verificare la proporzionalità di una tale misura ablativa rispetto alla gravità dell'illecito sanzionato.

A ben vedere, è lo stesso legislatore che al reato in parola attribuisce modesto disvalore, punendolo con l'arresto fino a tre mesi o la multa fino a 206 euro (sanzioni, tra l'altro, oblazionabili). Sicché, un automatismo confiscatorio come quello di cui all'art. 6 appare un eccesso efficientistico di politica criminale, particolarmente insidioso in termini di garanzie costituzionali, in specie se disposto a seguito di illeciti contravvenzionali, come tali punibili indistintamente a titolo di dolo e di colpa.

Per queste ragioni, l'estensione della confisca obbligatoria a tali ipotesi sembra presentare profili di illegittimità in termini di proporzionalità e ragionevolezza (*a fortiori* se, come nel caso di specie, le armi sono legittimamente detenute) in quanto la sua applicazione prescinde dalla valorizzazione del concreto disvalore della condotta. Tanto più se si considera che l'automatismo confiscatorio in discorso si riferisce a fattispecie eterogenee e profondamente diverse tra di loro, caratterizzate da un disvalore oggettivamente non comparabile⁴⁷.

⁴⁴ Il principio di proporzionalità, anche attraverso le spinte sovranazionali, assurge a principio fondamentale alla stregua del quale vagliare l'ammissibilità delle norme limitative delle libertà individuali, con particolare attenzione all'an, al *quomodo*, e al *quantum* della sanzione. Sul tema della proporzionalità nel diritto penale *funditus* v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, *passim*; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, p. 52 s. Invece, per una riflessione sulla proporzionalità con riferimento alla confisca urbanistica v. ID., *La proporzionalità della confisca urbanistica: dalla Corte EDU alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2020, p. 1229 s.

⁴⁵ Così T. TRINCHERA, *Confisca e principio di proporzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 833. A ben vedere, la prima variante del principio in discorso si attaglia alle misure aventi natura penale-sanzionatoria, mentre la seconda variante riguarda le misure limitative della libertà *tout court* e, dunque, anche le misure preventive, tra le quali la sentenza in commento vi riconduce la confisca di armi ex art. 6.

⁴⁶ In questa accezione, il principio di proporzionalità trova copertura costituzionale negli artt. 3 e 27, comma 1 e 3, Cost.: in questi termini, di recente, si veda ad esempio Corte cost., 24 aprile 2019, n. 73.

⁴⁷ Infatti, l'art. 6 si applica per tutti i reati concernenti le armi tra cui vi sono fattispecie delittuose più

Questo assunto trova conforto sia nella giurisprudenza della Consulta sia in quella della Corte EDU. Ai nostri fini, è opportuno richiamare la sentenza della Corte costituzionale n. 112/2019⁴⁸, in materia di *insider trading*, e la già citata sentenza della Corte EDU *G.I.E.M. c. Italia*, in materia di confisca urbanistica.

Nel primo caso, in una prospettiva di bilanciamento tra gravità del fatto commesso e risposta sanzionatoria, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'automatismo confiscatorio del prodotto dell'illecito *ex art. 187 sexies* TUF, in ragione tanto della sproporzione tra la misura del sacrificio imposta all'ablato e le finalità pubbliche da perseguire, quanto dell'impossibilità di procedere ad apprezzamenti discrezionali sulla opportunità o meno di applicare la confisca. Infatti, una misura di questa natura può condurre ad un risultato sanzionatorio complessivo che travalica il limite dell'adequatezza rispetto alla gravità del fatto e alla colpevolezza individuale.

Sulla medesima falsariga, la Corte EDU, pur ammettendo la legittimità convenzionale di un provvedimento di confisca urbanistica *non-conviction based*, ha comunque condannato l'Italia per la violazione dell'art. 7 e dell'art. 1, Prot. 1, CEDU. Secondo i Giudici di Strasburgo, l'applicazione automatica ed obbligatoria della confisca urbanistica è sproporzionata rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti dallo Stato con tale misura, poiché non consente al giudice di valorizzare le circostanze specifiche del caso concreto⁴⁹.

Nella sentenza in commento la Corte costituzionale, disallineandosi dalle due pronunce or ora richiamate, afferma che la legittimità dell'automatismo confiscatorio *ex art. 6* si giustifica in ragione dell'intrinseca pericolosità delle armi. In questo senso, la normativa in materia di armi avrebbe la finalità di assicurare in ogni momento la tracciabilità delle stesse e di neutralizzarne l'uso scorretto. Sicché la mancata denuncia dello spostamento delle armi verso un diverso luogo di residenza costituirebbe indice di inaffidabilità del detentore delle stesse, tale da giustificare la confisca.

Tuttavia, anche in questo passaggio il ragionamento seguito dal Giudice delle Leggi non appare pienamente convincente. Infatti, l'art. 6 della Legge "Reale", nel disporre la confisca obbligatoria per i reati in materia di armi, rinviando all'art. 240, comma 2, c.p., sembra confondere il piano della pericolosità con quello della illiceità. Infatti, la norma codicistica prevede l'ablazione non già di cose intrinsecamente pericolose (come le armi legittimamente detenute), ma di cose intrinsecamente ed obiettivamente illecite, vale a dire di quei beni la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato.

allarmanti (delitti di fabbricazione, introduzione nello Stato e vendita di armi da guerra), ma anche fattispecie contravvenzionali contraddistinte da un modesto disvalore, come quella di cui all'art. 38 TULPS (omessa comunicazione del trasferimento di domicilio delle armi), contestata nel caso di specie all'imputato.

⁴⁸ Con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *sexies* del d.lgs. n. 58/1998 (TUF) nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto. Per un commento della decisione v. T. TRINCHERA, *Confisca e principio di proporzionalità*, cit., p. 831 s.

⁴⁹ Sul punto v. S. FINOCCHIARO, *Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell'art. 44 T.U. edilizia*, in *Sist. pen.*, 22 giugno 2022.

A ben vedere, la confisca obbligatoria delle cose intrinsecamente illecite non pone particolari problemi in punto di proporzionalità, in quanto la loro ablazione è la diretta conseguenza del fatto che il compimento di qualsiasi attività che le riguardi – compresa la mera detenzione – costituisce di per sé reato⁵⁰.

Lo stesso non può dirsi con riferimento alle armi legittimamente detenute che sono sì intrinsecamente pericolose, ma non anche intrinsecamente illecite. In questo caso, ragioni di proporzionalità e di adeguatezza richiederebbero che il giudice chiamato a decidere sulla confisca sia posto in condizione di compiere un apprezzamento discrezionale, valutando le circostanze oggettive e soggettive del fatto. Invero, lo stesso dovrebbe avere la possibilità di operare una valutazione concreta sulla tipologia ed offensività del reato, sull'effettiva insidiosità intrinseca del mezzo, sull'inaffidabilità del soggetto, considerando altresì lo stato di legittima detenzione dell'arma e l'eventuale assenza di precedenti; ciò in ragione della rilevante compromissione del diritto fondamentale di proprietà determinata dalla confisca. Si tratta, dunque, di scindere il piano della pericolosità da quello della illiceità.

In questa prospettiva, risalta la contraddizione di valutazione attualmente operata dall'ordinamento, che con riferimento ad ipotesi più allarmanti, come i reati commessi «avvalendosi delle armi», contempla la confisca facoltativa, al contrario di quanto statuito di quella obbligatoria di cui al citato art. 6 con riguardo ai reati «concernenti le armi»⁵¹. In tal senso, non si spiega la previsione di un diverso strumento confiscatorio, considerando – tra l'altro – il modesto disvalore espresso dalla contravvenzione di omessa comunicazione del trasferimento di residenza delle armi detenute di cui all'art. 38 TULPS.

In definitiva, tutte queste considerazioni fanno emergere profili di dubbia costituzionalità della norma censurata, in punto di proporzionalità e ragionevolezza, nella parte in cui prevede l'obbligatorietà della confisca con riferimento ai reati in materia di armi. Infatti, la rigidità applicativa, tipica degli automatismi, da un lato, determina una risposta sanzionatoria sproporzionata rispetto a illeciti meno gravi e, dall'altro, impedisce al giudice di valutare in concreto il fatto. Né sembra possibile un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 6, in quanto tale soluzione appare preclusa dal tenore letterale della disposizione, la quale rinvia espressamente e chiaramente alla confisca obbligatoria *ex art. 240, comma 2, c.p.*

Tuttavia, preso atto della posizione assunta dalla Corte costituzionale, tesa a “salvare” la norma censurata, in una prospettiva *de iure condendo*, sembrerebbe più fondato, su un piano costituzionale, ricondurre la confisca delle armi legittimamente detenute, disposta in conseguenza dell'omissione *ex art. 38 TULPS*, tra le ipotesi di confisca facoltativa. Nell'ottica di un bilanciamento tra esigenze garantistiche ed esigenze preventivo-efficientistiche è, dunque, auspicabile la modifica dell'art. 6 della Legge “Reale”, nel senso di eliminare il rinvio alla confisca obbligatoria *ex art. 240, comma 2, c.p.* e di introdurre una forma di confisca facoltativa di armi, applicabile anche

⁵⁰ Così anche T. TRINCERA, *Confisca e principio di proporzione*, cit., p. 831.

⁵¹ V. Cass. pen., sez. V, 28 marzo 2018, n. 28591, in *CED Cass.*, n. 273471, in materia di minaccia commessa con l'uso di un'arma.

in assenza di formale condanna, purché siano stati accertati gli elementi oggettivi dell'illecito.

Una tale soluzione consentirebbe un giudizio di discrezionalità, oggi precluso al giudice, sulla base del quale lo stesso *potrebbe* disporre la misura ablativa solo dopo aver compiuto un'effettiva valutazione in ordine alla concreta gravità del fatto ed alle caratteristiche del reo. In questo modo, il principio di proporzionalità, nella sua duplice accezione (proporzione della misura rispetto agli scopi perseguiti e rispetto all'illecito), sarebbe salvaguardato, assicurandosi così l'applicazione individualizzata di tale forma di confisca.

PIATTAFORME CRIPTATE E PROVA PENALE

di Donatella Curtotti, Vittorio Rizzi, Wanda Nocerino, Annamaria Russitto,
Giuseppe Giliberti, Gabriele Scarpa

Ad oggi, le indagini penali sulle piattaforme criptate rappresentano una delle principali sfide che l'environment law enforcement si trova ad affrontare, ma da domani alle difficoltà di ordine tecnico – legate al fatto che si tratta di piattaforme dotate di importanti gradi di crittografia, con server spesso allocati in diversi Paesi del mondo – si affiancheranno criticità di natura giuridica in rapporto al corretto inquadramento delle attività espletate e alla conseguente diagnosi di utilizzabilità processuale dei dati raccolti. L'obiettivo dell'analisi è verificare la compatibilità delle investigazioni esperite sulle piattaforme criptate con le categorie probatorie già esistenti, al fine di accertare l'esistenza di una odierna copertura normativa idonea a garantire la tenuta costituzionale e codicistica degli elementi di prova acquisiti.

SOMMARIO: 1. Le nuove frontiere dell'etere digitale. – 2. Criptofonini e *encrypted communication platforms*. – 3. Le inedite decisioni di legittimità. – 4. Quale statuto se... – 4.1. ... le investigazioni sono condotte su *server* allocato in Italia. – 4.2. ... le investigazioni sono condotte su *server* allocato in Paesi UE. – 4.3. Segue: ... le investigazioni sono condotte su *server* allocato in Paesi *extra*-UE. – 5. Proposte.

1. Le nuove frontiere dell'etere digitale.

Si dice, ormai da tanto, che la rivoluzione informatica dell'ultimo tempo ha profondamente alterato le abitudini degli individui, incidendo sul modo di vivere, comunicare, interagire e intendere le relazioni interpersonali; di conseguenza, anche le modalità di concretizzazione delle più o meno tradizionali *species* delittuose sono mutate, plasmandosi in ragione di un rinnovato contesto sociale, politico ed economico.

Allo stesso tempo si sa che la metamorfosi culturale finisce per riflettersi sul sistema penale, condizionando le scelte di politica-criminale per adeguare la risposta statuale all'effettiva esigenza o emergenza da contenere¹. Di qui, allo sviluppo tecnologico fa da *pendant* il mutamento ontologico delle fattispecie di reato: per un verso, la criminalità, abbattendo i troppo angusti confini interni, assume i connotati della

¹ Sottolinea il mutamento del sistema processuale sulla base dell'evoluzione sociale, già S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, 1968, p. 179. Più di recente, G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, p. 7 ss.

transnazionalità, dispiegando le sue potenzialità *ubicumque*; per l'altro, muta le sue caratteristiche tradizionali per manifestarsi interamente sulla Rete (c.d. *cybercrime*), ovvero per il tramite della Rete (c.d. *computer crime*)².

Sotto un profilo propriamente processuale, da anni si registra un frenetico ricorso a nuovi strumenti di indagine tecnologici che risultano indispensabili a rendere effettiva la lotta contro le più evolute forme di criminalità. Progredendo, infatti, con straordinaria velocità tanto le tecnologie di captazione - che diventano sofisticate ed invasive - quanto le modalità di elusione delle captazioni - che si affidano all'impenetrabilità degli apparecchi utilizzati, all'inaccessibilità di particolari reti di captazione ovvero all'adozione di sistemi di criptazione dei messaggi scambiati -, risulta imprescindibile ricorrere a nuovi strumenti investigativi ad alto potenziale tecnico per penetrare canali criminali di comunicazione o scambio di informazioni utilizzati per la commissione di reati di particolare allarme sociale.

A tali cambiamenti in chiave progressista, come detto, il giurista sembra oramai abituato: ha sperimentato l'uso del captatore informatico³ e, poi, quello dell'*IMSI Catcher*⁴. Si pensava ingenuamente che il ritmo incalzante del progresso scientifico si fosse arrestato. E, invece, a distanza di pochi anni dalla tipizzazione normativa del *virus* informatico⁵, la questione relativa all'impiego di nuove metodologie di indagine si impone con tutta la sua dirompenza.

L'ultima frontiera delle investigazioni è rappresentata dalle attività esperite sulle piattaforme di comunicazioni criptate, di recente utilizzate anche dalle organizzazioni criminali per condurre e pianificare i propri traffici illeciti. Questa volta non è lo strumento con cui l'investigazione viene esperita ad essere innovato ma la tecnica utilizzata per acquisire informazioni utili al processo: se in passato l'investigazione risultava circoscritta a specifici "ambienti" (come nel caso delle microspie) o a determinate aree di interesse (come nel caso del *virus Trojan*), allo stato è l'etere digitale il nuovo spazio da "esplorare", cioè il *server* sul quale transitano tutti i flussi informativi degli utenti che utilizzano servizi di comunicazioni criptati⁶. Di conseguenza, cambiando lo spazio nel quale gli investigatori possono recuperare elementi di prova, cambiano anche le modalità con cui le indagini devono essere esperite.

² Per una trattazione approfondita delle tematiche esposte, cfr. AA. VV., *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, Torino, 2019, p. 892 ss.

³ Sul tema, volendo, W. NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Padova, 2021, *passim*.

⁴ Per approfondimenti, A. CAMON, *Il cacciatore di IMSI*, in *Arch. pen.*, 2020, f. 1, p. 1 ss.; W. NOCERINO, *Il tramonto dei mezzi di ricerca della prova nell'era 2.0*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1017 ss.

⁵ Cfr. l. 23 giugno 2017, n. 103, d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216; d.l. 30 dicembre 2019, n. 161; l. 28 febbraio 2020.

⁶ Sicuramente, già tramite l'uso del captatore informatico risulta ampliato a dismisura il raggio di azione dell'intercettazione, estesa alla folla indeterminata e indeterminabile di persone, anche estranee ai fatti di indagine, che in qualunque luogo conversano; tuttavia nel caso del *virus Trojan* è determinato il dispositivo oggetto di monitoraggio, mentre allorquando si compiono indagini su piattaforme criptate è il *server* (nella sua interezza) sul quale transitano le comunicazioni ad essere oggetto di indagine. Per una prima panoramica del tema in esame, M.T. MORCELLA, *La vicenda dei criptofonini in attesa della decisione della Cassazione*, in *Il penalista*, 6 aprile 2023.

Già da una prima analisi, emerge che quelle sulle *encrypted platforms* sono investigazioni assai complesse sia sotto il profilo operativo che giuridico. Da una parte, si tratta di indagare su piattaforme dotate di importanti gradi di crittografia con *server* spesso allocati in diverse parti del mondo, sfruttando le potenzialità offerte dai c.d. *big data*⁷; in questi casi, inevitabilmente, le forze di polizia necessitano della stretta collaborazione degli organi inquirenti di Stati diversi da quello in cui la necessità investigativa ha avuto origine⁸. Dall'altra, si profilano criticità di natura classificatoria, determinate dalla difficoltà di individuare la categoria probatoria in cui ascrivere le attività espletate su tali sistemi e, di conseguenza, emergono criticità relative alla diagnosi di utilizzabilità processuale dei dati ottenuti a seguito di decriptazione dei dati giacenti sui *server*.

Va, inoltre, precisato che in materia, il *law enforcement* nazionale è in netto ritardo rispetto agli altri Paesi europei, perché, ad oggi, l'Italia ha svolto un ruolo di "osservatore passivo" rispetto alle attività condotte da altri Paesi, posto che le forze di polizia italiane hanno ricevuto pacchetti di dati da analizzare ed eventualmente utilizzare secondo modalità definite da altri ma non hanno svolto alcuna attività investigativa autonoma sui *server* criptati che, peraltro, (almeno allo stato) non sono mai risultati allocati sul territorio nazionale.

Non è, però, inverosimile immaginare che di qui a qualche tempo le autorità nazionali si troveranno a ricoprire il ruolo di attori nelle investigazioni sulle piattaforme criptate.

Occorre interrogarsi sin d'ora circa la possibilità di svolgere "in prima persona" tali attività di indagine su *server* ubicati all'estero e/o in territorio nazionale.

In quest'ottica, il giurista è chiamato a comprendere se e in che termini le indagini sulle *encrypted communication platforms* possano trovare impiego nel processo penale, individuando la corretta cornice giuridica nella quale le attività possono essere sussunte.

⁷ In argomento, AA. VV., *Big Data driven World: Legislation Issues and Control Technologies*, a cura di A.G. KRAVETS, Cham, 2019; AA. VV., *Trust, security and privacy for Big Data*, a cura di M. ALAZAB-M. GUPTA, Boca Raton, 2022; G.M. RUOTOLO, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, f. 1, p. 97 ss.

⁸ Sul tema, *ex multis*, AA. VV., *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, vol. II, a cura di F. RUGGIERI, Torino, 2018; AA. VV., *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di procedura penale alla cooperazione giudiziaria penale*, a cura di M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI, coordinato da G. BARROCU, Milano, 2019; G. BARROCU, *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1325 ss.; ID., *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Padova, 2017; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in AA. VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. KOSTORIS, Milano, 2022, V ed., Torino, p. 501 ss.; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'Ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, f. 1, p. 22 ss.; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in AA. VV., *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI, Torino, 2017; G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 696 ss. Con precipuo riferimento alla circolazione transnazionale di prove digitali, D. CURTOTTI, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e "Vecchia Europa": una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 745.

2. Criptofonini e *encrypted communication platforms*.

In tema di investigazioni tecnico-scientifiche, nessuna considerazione giuridica può prescindere dall'analisi del dato informatico, ossia dal confronto con le caratteristiche ontologiche dei prodotti della tecnologia quale prodromo essenziale per cogliere al meglio le riflessioni giuridiche che verranno svolte nel prosieguo; in questo senso, solo un preliminare vaglio circa il funzionamento dei criptofonini rende possibile l'individuazione delle problematiche che sottendono le indagini sulle piattaforme criptate e il conseguente impiego nel processo penale.

Un *cryptophone* – anche definito *Dedicated Encrypted Communication Devices* (DECD) – è un tipo di *smartphone* specificamente progettato per fornire comunicazioni sicure e proteggere da *hacking* e sorveglianza.

Si tratta, più precisamente, di dispositivi configurati come telefoni aziendali che presentano le medesime sembianze dei *devices* tradizionali ma che, nella sostanza, non si comportano come tali in quanto dotati di importanti sistemi di crittografia e cifratura che li rendono invulnerabili⁹: si tratta, dunque, di *smartphone* “modificati” a cui mancano molte delle funzionalità presenti in quelli in commercio¹⁰.

Tutta la rete di comunicazione viene gestita attraverso un'infrastruttura realizzata dal fornitore dei servizi di criptofonia, con *server* sparsi in tutto il mondo, spesso collocati in Paesi “*offshore*”. Inoltre, tali *devices* si servono delle *Hardened Secure Communication Platforms* (HSCP), più comunemente definite piattaforme di comunicazioni criptate, ossia di sistemi operativi e applicazioni installate su dispositivi

⁹ Queste piattaforme non devono essere confuse con le più note applicazioni di messaggistica sicure, ovvero applicazioni di *chat* private che utilizzano algoritmi di cifratura (*end-to-end*) per proteggere i dati durante tutto il tragitto dal mittente al destinatario (quali, ad esempio, *Signal*, *Telegram*, *WhatsApp*). In questi casi, i dati vengono criptati al momento dell'invio e quindi decriptati una volta a destinazione. La differenza fondamentale delle applicazioni di messaggistica sicura con i criptofonini sta nel fatto che, in quest'ultimi, le comunicazioni in entrata e in uscita sono sempre crittografate *end-to-end* e vengono trasmesse su un canale crittografato per proteggere ulteriormente le informazioni. La configurazione di quest'ultimo *tunnel* avviene tramite una VPN (*Virtual Private Network*) dinamica e può essere modificata da remoto dagli amministratori.

¹⁰ Nei criptofonini vengono disabilitati tutti quei servizi che possono essere facilmente intercettati, quali: la localizzazione GPS, i servizi *Google*, il *Bluetooth*, la fotocamera, i microfoni, la porta USB (che rimane in funzione solo per la carica della batteria). Anche l'uso di schede SD esterne viene interdetto. Rimangono attive le chiamate ma solo in modalità VoIP (*Voice over IP*), senza l'uso della rete GSM. Anche la messaggistica è presente ma utilizza applicazioni proprietarie e crittografate.

di comunicazione sicuri e protetti fisicamente. Le più note sono *EncroChat*¹¹ e *Sky ECC*¹², anche se in commercio ne esistono numerose e con differenti caratteristiche¹³.

Le condizioni di vendita e di gestione dei criptofonini sono piuttosto proibitive¹⁴, confermando la principale destinazione a supporto di attività illegali. Inoltre, nella maggior parte dei casi, vengono venduti per via “diretta”, senza l’intermediazione di fornitori commerciali noti ma per il tramite di rivenditori sconosciuti (c.d. *reseller*).

Sotto il profilo strettamente tecnico, i criptofonini si servono di applicazioni e servizi dedicati che garantiscono l’inaccessibilità al sistema e la sicurezza dei dati *ivi* contenuti. Tra questi vanno ricordati:

a) *Zero-attack surface*. Tutti i punti di ingresso dei moderni dispositivi mobili – quali servizi Google, servizi GSM, SMS, *Bluetooth*, NFC, GPS, porta USB abilitata alla sola ricarica – vengono disabilitati.

b) *Trusted updates*. Gli aggiornamenti vengono emessi e firmati digitalmente esclusivamente attraverso il *Secure Administration System* (SAS): i dispositivi applicano gli aggiornamenti solo dopo aver verificato l’autenticità della firma digitale.

c) *Multiple password protection*. L’archiviazione, il sistema operativo e le applicazioni sicure del dispositivo sono tutti protetti da *passphrase* separate, ciascuna impostata per attivare una procedura di cancellazione in caso di errore per un numero consecutivo di volte.

d) *Multiple levels of encryption*. Le comunicazioni in entrata e in uscita sono crittografate *end-to-end* e trasmesse su una Rete crittografata (VPN). La configurazione

¹¹ *EncroChat* era una Rete di comunicazioni e un fornitore di servizi con sede in Europa che offriva *smartphone* modificati consentendo comunicazioni crittografate tra gli abbonati (circa 60 mila utenti). Si trattava di un *App* di messaggistica basata su OTR che instradava le conversazioni attraverso un *server* centrale con sede in Francia, *EncroTalk*, un servizio di chiamate vocali basato su ZRTP e *EncroNotes*, che consentiva agli utenti di scrivere note private crittografate. Il servizio di messaggistica crittografata *EncroChat* e i relativi telefoni personalizzati sono stati scoperti dalla gendarmeria francese nel 2017 che, poco dopo, ha provveduto a disattivare la piattaforma.

¹² *Sky Global* era una rete di comunicazioni e un fornitore di servizi con sede a Vancouver, in Canada: uno dei suoi prodotti più importanti era l’applicazione di messaggistica sicura *Sky ECC* e i criptotelefonini. nel 2021 erano oltre 171.000 gli apparati registrati, principalmente in Europa, Nord America, diversi Paesi del Centro e Sud America – principalmente Colombia – e Medio Oriente. Un quarto degli utenti attivi si trovava in Belgio (6.000) e nei Paesi Bassi (12.000). Una delle sue caratteristiche era l’autodistruzione dei messaggi dopo un periodo di scadenza definito dall’utente. Il sistema veniva utilizzato su telefoni appositamente modificati (Nokia, Google, Apple e BlackBerry) in cui la fotocamera, il microfono e il GPS venivano completamente disattivati; i messaggi venivano crittografati ed eliminati automaticamente dopo trenta secondi. Il 9 marzo 2021 Francia, Belgio ed Olanda, attraverso un’attività di indagine svolta a seguito della costituzione, sul canale giudiziario, di una squadra investigativa comune, sono riusciti a violare i *server* sui quali sono conservate le comunicazioni.

¹³ Si pensi, solo per citarne alcuni, ad *Ennetcom*, *Exclu*, *Silent phone*, *Zphone*, *X1* e *X1 black* della *Secure Group* e le piattaforme dall’azienda *Sikur*.

¹⁴ Il prezzo per l’acquisto e la gestione di un criptofonino è alquanto elevato (fino a 1.500-2.000 € ogni sei mesi solo per avere l’abbonamento per il dispositivo) ed è dovuto principalmente alle SIM di *roaming* dati (SIM dedicate diverse da quelle dei *carrier* tradizionali che si collegano alla Rete di *server* messa a disposizione dal fornitore del servizio.).

VPN è dinamica e può essere modificata da remoto dagli amministratori. Anche tutti i dati memorizzati sul dispositivo sono crittografati.

e) *Encrypted VoIP*. Alcuni criptofonini consentono all'utente di camuffare la propria voce con una serie di *vocoder* digitali preconfigurati, tra cui: *robot* e generiche voci maschili e femminili.

f) *Volatile Data*. I dati possono essere distrutti: grazie a una cancellazione remota eseguita dal rivenditore per il tramite del *software Mobile Device Management* attivando una procedura tramite digitazione di un codice "antipánico" (c.d. *panic* o *SOS code*), per il cui tramite il dispositivo invia un messaggio automatico ai contatti di emergenza dell'utente. Ciò può avvenire dopo sette giorni (*default*) o anche meno dall'ultima accensione del dispositivo; dopo il riavvio del sistema (in alcune configurazioni); dopo un certo lasso di tempo in cui il dispositivo non è connesso alla Rete (ad esempio quando viene inserito in una borsa *faraday*); oppure qualora gli utenti immettano il proprio *passcode* quattro volte nella funzione di chiamata e poi compongono il numero.

g) *Data dissimulation*. Utilizzo di funzionalità anti-tracciamento, come IMEI, IMSI e *App* falsi per fuorviare i controlli di polizia.

h) *IMSI Catcher Detector*. Rileva ed evita la stazione base falsa nelle reti GSM/UMTS.

Sotto il profilo operativo, gli investigatori – non potendo interferire direttamente nella comunicazione poichè dotata di imponenti e pressochè invalicabili gradi di crittografia – hanno bisogno di "intromettersi" direttamente sul *server* per acquisire le informazioni utili alle indagini.

In questo contesto, si prospettano due possibilità investigative: procedere al *takedown*, ossia all'apprensione in blocco di tutti i dati giacenti sulla piattaforma attraverso il "congelamento" del *server*, oppure, penetrando la stessa, captare *live* il flusso di comunicazioni in transito.

3. Le inedite decisioni di legittimità.

La giurisprudenza, sul punto, si è già espressa. Come sempre accade quando si ha a che fare con strumenti di indagine inediti ad alto potenziale tecnologico, sono i giudici di legittimità – prima ancora del legislatore – ad intervenire per delineare i limiti e le condizioni di impiego dei risultati investigativi in sede processuale, molto spesso a seguito delle sollecitazioni provenienti dalle Corti sovranazionali e/o dalle Corti di altri Paesi¹⁵.

¹⁵ La similitudine non è casuale. Si pensi a quello che è accaduto nell'ordinamento nazionale allorché ci si è imbattuto nelle investigazioni esperite per il tramite del captatore informatico. A ben guardare, infatti, prima ancora dell'intervento legislativo (cfr. nt. 5), è stata la giurisprudenza di legittimità a definire gli argini entro i quali concedere spazi di manovra al *virus* informatico (cfr. Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100, in *Guida dir.*, 2015, f. 41, p. 83 s.; Cass., Sez. VI, 10 marzo 2016, n. 13884, in *Dir. inf. e informatica*, 2016, f. 1, p. 81; Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Arch. pen.*, 2016, f. 2, p. 348 ss.), sollecitata dalla giurisprudenza europea. Infatti, quasi contemporaneamente alla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione italiana – pur nella diversità delle argomentazioni e conclusioni cui approda –, la Corte costituzionale

Non è un caso che, sulla scia di quanto sta accadendo in altri Stati europei¹⁶, la questione relativa all'utilizzabilità dei dati acquisiti sui *criptophones* venga affrontata a più riprese dalla Suprema Corte con l'intento di delineare uno "statuto" delle investigazioni sulle piattaforme di comunicazione criptate¹⁷.

Prima ancora di analizzare il contenuto delle pronunce che si susseguono freneticamente, occorre soffermarsi brevemente sul caso di specie da cui traggono origine le diverse decisioni in materia.

Pur non essendo ufficialmente noti i singoli passaggi investigativi che hanno portato all'apprensione degli elementi di prova mediante accesso ai *server* della società canadese (*Sky Global*) di *Sky ECC*, è dato sapere che l'indagine si è sviluppata – assumendo una dimensione internazionale – con l'istituzione di una squadra investigativa comune (*Joint Investigation Team*), composta dalle autorità giudiziarie e da rappresentanti delle forze di polizia di Belgio, Francia e Olanda, che ha operato con il supporto di *Eurojust* ed *Europol*.

Materialmente, l'acquisizione del contenuto della messaggistica avviene per il tramite delle autorità francesi – luogo in cui il *server* della società di *Sky ECC* è ubicato – secondo la previsione dell'art. 706-102-1 del *code de procédure pénale* che consente di accedere, conservare, registrare e trasmettere dati archiviati su sistemi informatici¹⁸.

tedesca affronta il tema dei limiti alle investigazioni compiute con strumenti di sorveglianza occulta. Cfr. *Bundersverfassungsgericht*, 20 aprile 2016, 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09.

¹⁶ La Corte di cassazione francese, riprendendo la decisione del *Conseil Constitutionnel* dell'8 aprile 2022 sulla costituzionalità dell'art. 706-102-1 c.p.p. (*Conseil Constitutionnel*, 08 aprile 2022, QPC 2022-987, in www.conseil-constitutionnel.fr), riconosce l'applicabilità della disposizione al caso in esame, posto che gli inquirenti hanno legittimamente fatto accesso e acquisito i dati allocati sul *server*, secondo le prescrizioni del dettato normativo. In questo senso, Cass. Crim., 11 ottobre 2022, n. 21-85.148, in www.legifrance.fr, p. 1; Cass. Crim., 25 ottobre 2022, n. 21-85.763, *ivi*, p. 2. Cfr. anche le decisioni del Tribunale Superiore di Berlino e della Corte federale tedesca che sanciscono la piena utilizzabilità del materiale probatorio ottenuto mediante l'O.E.I. Cfr. *KG Berlin 2. Strafsenat*, 30 agosto 2021, 2 Ws 79/21, 2 Ws 93/21, in www.gesetzeberlin.de; *Bundesgerichtshof Beschluss*, 02 marzo 2022, 5 StR 457/21, in www.juris.bundesgerichtshof.de. Il medesimo risultato viene raggiunto anche in una recente decisione della Suprema Corte norvegese. Nella decisione HR-2022-1314-A, i giudici di legittimità ammettono l'acquisizione di dati informatici mediante la collaborazione tra forze di polizia. Cfr. *Supreme Court of Norway*, 30 giugno 2022, HR-2022-1314-A, in www.domstol.no.

¹⁷ Si segnala che la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata sul tema con diverse decisioni più o meno coeve. Cfr. Cass., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, non massimata; Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330, in C.E.D. Cass., n. 284027; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, non massimata; Cass., Sez. IV, 15 luglio 2022, n. 32915, in *Giur. pen.*, con nota di A. BARBIERI, *I limiti di utilizzabilità dei messaggi crittografati scaricati da un server estero ed acquisiti mediante ordine europeo di indagine*; Cass., Sez. I, 1° luglio 2022, n. 34059, non massimata.

¹⁸ La norma, modificata dall'art. 46, l. 23 marzo 2019, n°2019-222, sancisce che: «[P]uò essere necessario predisporre un dispositivo tecnico il cui scopo, senza il consenso degli interessati, è quello di accedere, ovunque, a dati informatici, di registrarli, archivarli e trasmetterli, così come che siano archiviati in un sistema informatico, come vengono visualizzati su uno schermo per l'utente di un sistema automatizzato di elaborazione dati, poiché li introduce inserendo dei caratteri o mentre vengono ricevuti e trasmessi dalle periferiche. Il pubblico ministero o il giudice istruttore può nominare qualsiasi persona fisica o giuridica autorizzata ed iscritta in uno degli elenchi previsti dall'articolo 15T, al fine di compiere le operazioni tecniche che consentono la realizzazione del dispositivo tecnico di cui al primo comma del presente articolo. Il

L'operazione non rimane confinata ai Paesi direttamente interessati dall'operazione in parola: infatti, in diversi procedimenti penali nazionali, emerge la necessità di acquisire, mediante Ordine Europeo di Indagine (O.E.I.), la trascrizione dei messaggi scambiati da soggetti operanti su territorio italiano.

In un simile contesto, i giudici di legittimità – sollecitati dai difensori degli imputati talvolta per violazione delle norme in materia di intercettazione¹⁹, talaltra per lesione del contraddittorio sulle modalità di apprensione delle *chat* allocate su *server* esteri²⁰ – sono stati chiamati a decidere sui limiti di impiego processuale dei “dati precostituiti”, ovvero i contenuti della messaggistica scambiata per il tramite di criptofonini procacciati dalle forze di polizia di altri Stati europei e acquisiti per il tramite dell'O.E.I.

Più nel dettaglio, la Corte si trova ad affrontare la questione da un duplice angolo di visuale: da un lato, interviene per definire il corretto inquadramento giuridico delle attività di acquisizione del contenuto delle *chat* sulle piattaforme criptate e, dall'altro, per determinare le modalità attraverso cui i dati ottenuti all'estero possono transitare nel processo penale.

Con riferimento al primo aspetto, i giudici di legittimità²¹ hanno sottolineato la necessità di distinguere due diverse tipologie di operazioni che gli inquirenti possono effettuare per acquisire informazioni su piattaforme di comunicazioni criptate. Precisamente, sotto il profilo tecnico, è possibile sia captare e registrare il messaggio cifrato nel mentre lo stesso è in transito dall'apparecchio del mittente a quello del destinatario, sia acquisire dati dopo aver provveduto a decriptare il contenuto delle conversazioni per trasformare mere stringhe informatiche in dati comunicativi intellegibili. A loro parere, nel primo caso si versa in un'ipotesi di intercettazione telematica, *ex art. 266 bis c.p.p.*, posto che la captazione ha ad oggetto flussi comunicativi in transito; nel secondo, i messaggi archiviati sono sussumibili nell'alveo della prova documentale, acquisibile secondo le previsioni degli artt. 234 ss. c.p.p.²².

Sulla base di tale ragionamento, i giudici hanno chiarito che, nel caso di specie, l'attività di acquisizione e di decifrazione dei dati comunicativi allocati su *server* esteri non possa rientrare nel novero delle intercettazioni, trattandosi invece di documenti informatici pienamente utilizzabili in conformità alle previsioni di cui all'art. 234 *bis* c.p.p.²³.

pubblico ministero o il giudice possono altresì prescrivere l'utilizzo di risorse statali soggette al segreto di difesa nazionale secondo le forme previste dal Capo 1 del Titolo IV del Libro 1».

¹⁹ Cass., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, cit.; Cass., Sez. I, 1° luglio 2022, n. 34059, cit.; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, cit.

²⁰ Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330, cit.; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, cit.; Cass., Sez. IV, 15 luglio 2022, n. 32915, cit.

²¹ Cass., Sez. I, 1° luglio 2022, n. 34059, cit.; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, cit.

²² Cass., Sez. I, 1° luglio 2022, n. 34059, cit.

²³ Non è superflua la precisazione per cui i dati sono ubicati in uno Stato estero (ossia la Francia) e sono “di proprietà” dello Stato che presta il proprio consenso all'acquisizione degli stessi.

Con riferimento alle modalità acquisitive, per la Corte²⁴ i documenti informatici possono essere ottenuti e impiegati nel processo penale nazionale per il tramite dell'O.E.I., strumento di cooperazione investigativa cui ricorrere per favorire la circolazione delle prove nei Paesi *intra-unionali*²⁵.

In quest'ottica, secondo la giurisprudenza maggioritaria (in cinque pronunce su sette)²⁶, lo scrutinio sulla compatibilità del processo di acquisizione del dato probatorio con il diritto di difesa non risulta frustrato dalla scelta della procura di mettere a disposizione i soli esiti dell'attività svolta all'estero e non anche il percorso di acquisizione di quei dati²⁷, posto che l'autorità giudiziaria estera si è resa garante del rispetto delle corrette procedure acquisitive del dato informatico volte ad impedirne l'alterazione²⁸.

4. Quale statuto se...

Lo si è anticipato sin dalle prime battute del lavoro: il più complesso problema da risolvere è la tassonomia probatoria in cui ascrivere le attività di indagine esperite sulle piattaforme criptate. Questo perché i ritrovati della modernità non offrono solo nuove modalità di esecuzione di "vecchi" istituti processuali ma, spesso, rappresentano attività inedite, "casi" e "modi" originali che mal si conciliano con le categorie probatorie

²⁴ Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330, cit.; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, cit.

²⁵ Sul punto, cfr. 4.2.

²⁶ Rilevante è la considerazione dei giudici di legittimità, per cui «[...] l'utilizzo di quella forma di cooperazione che, ai fini dell'acquisizione delle prove nell'ambito dell'Unione Europea, è rappresentata dall'O.E.I., è disciplinato dal d.lgs. 27 giugno 2017, n. 108, emanato per dare attuazione alla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014. Nel sesto Considerando di tale direttiva si legge che nel programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009, il Consiglio europeo ha considerato di perseguire ulteriormente l'istituzione di un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera, basato sul principio del riconoscimento reciproco». Così Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, cit.

²⁷ Nello specifico la difesa lamenta che il p.m. ha messo a disposizione della difesa solo gli esiti dell'attività di polizia svolta, senza condividere il percorso (ovvero gli atti di indagine) che ha portato all'acquisizione delle *chat* decriptate e, in particolare, la documentazione di *Europol* (con i file decriptati) con l'indicazione precisa delle modalità di acquisizione dei dati nel *server* e gli annessi verbali di polizia. Cfr. Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330, cit.

²⁸ In una isolata pronuncia (Cass., Sez. IV, 15 luglio 2022, n. 32915, cit.), la Corte sostiene che l'acquisizione del dato probatorio (le *chat* decriptate) è inutilizzabile, poiché non è stato rispettato il diritto di difesa. Precisamente, la Cassazione afferma che il principio del contraddittorio implica una dialettica procedimentale non solo sugli esiti del materiale acquisito, ma anche sulle modalità con cui è stato acquisito detto materiale. Ne consegue che, ex art. 191 c.p.p., una prova è inutilizzabile se viola i divieti stabiliti dalla legge. In conclusione, per i giudici di legittimità, la difesa gode del diritto di accedere alla documentazione dell'attività investigativa svolta e di conoscere le modalità con cui erano state acquisite tali messaggi criptati, in virtù dell'osservanza del diritto di difesa e di contraddittorio.

esistenti e richiedono un'attenta analisi di tutti gli operatori del diritto sulla compatibilità con il sostrato giuridico in cui si insinuano²⁹.

Al fine di verificare la “legittimità probatoria” delle investigazioni sulle piattaforme criptate, prima ancora di affrontare le questioni inerenti alla qualificazione giuridica, occorre sgombrare il campo da un equivoco di fondo che potrebbe portare gli interpreti a negare *tout court* cittadinanza processuale ai dati acquisiti mediante le nuove tecniche di indagine.

Come noto, allo stato dell'arte, in Italia manca una previsione normativa che consente di accedere, acquisire e conservare dati informatici allocati presso *server* (interni o esteri), posto che l'attività rischia di trasformarsi in una sorveglianza massiva perpetua³⁰ ritenuta illegale perché in contrasto con le norme costituzionali (artt. 14 e 15 Cost.) e convenzionali (artt. 6 e 8 Cedu)³¹.

A ben riflettere, però, le investigazioni sulle piattaforme criptate sono lontane dal rappresentare il prototipo delle tecniche di sorveglianza “non mirata” (o di massa), per cui «la persona, l'organizzazione o la caratteristica tecnica cui la raccolta dei dati è indirizzata non possono essere specificate preventivamente», rientrando, per converso, nell'ambito delle tecniche investigative di *surveillance* “mirata”, ossia quelle «applicate dalle autorità competenti nel contesto di indagini penali [o prima del loro formale inizio] allo scopo di individuare e indagare su reati gravi e sospetti, e mirano a raccogliere

²⁹ Sull'assenza di una disciplina che indichi specificamente le modalità di acquisizione degli elementi di prova digitali, da ultimo, P. CORVI, *Le modalità di acquisizione dei dati informatici trasmessi mediante posta elettronica e applicativi di chatting: un rebus non ancora del tutto risolto*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, f. 1, p. 216.

³⁰ La distinzione tra sorveglianza mirata e massiva viene ricavata dal *dictum* del Comitato di sorveglianza dei Servizi di *intelligence* e sicurezza (CTIVD), Relazione annuale 2013–2014, L'Aia, 31 marzo 2014, p. 45 s., per cui «si definisce sorveglianza di massa la raccolta da parte delle autorità di un'enorme quantità di informazioni su ciò che un gran numero di persone fa con il proprio telefono, *computer* o altri dispositivi “intelligenti” *on-line*. [...] Questo è ciò che si intende per “sorveglianza” mirata, perché è rivolta ad una persona specifica che è sospettata di reati particolari. Questo tipo di interferenza con la *privacy* è compatibile con la normativa sui diritti umani solo se esistono garanzie a tutela dell'utilizzo di questi poteri di controllo da parte delle autorità e solo se viene esercitata nei confronti di reali autori di reato o terroristi. Si tratta infatti di un modo estremamente efficace per raccogliere prove, anche se per monitorare continuamente un sospettato sono necessari molto personale e molto denaro. A differenza della sorveglianza mirata, la sorveglianza di massa non è incentrata su singoli individui. [...] La sorveglianza di massa è talvolta definita come una sorveglianza “non targetizzata” o “in rete”. Si riferisce ad una situazione in cui centinaia di migliaia o milioni di informazioni vengono raccolte ogni giorno in un determinato paese su centinaia di migliaia o milioni di persone». Sul punto, più di recente, A.G. FERGUSON, *Persisten surveillance*, in *Alabama Law Review*, 2022, p. 3; E. BALKOVICH-D. PROSNITZ-A. BOUSTEAD-S.C. ISLEY, *Electronic Surveillance of Mobile Devices. Understanding the Mobile Ecosystem and Applicable Surveillance Law*, Rand Corporation, 2022, p. 13 ss.

³¹ Come precisa la Corte EDU, sussiste una violazione dell'art. 6, comma 2, Cedu tutte le volte in cui l'autorità giudiziaria non ha indicato in maniera esaustiva i motivi che hanno determinato la compressione delle libertà fondamentali. Corte EDU, 26 giugno 2016, *Mugosa c. Montenegro*; Corte EDU, 10 novembre 2015, *Slavov e altri c. Bulgaria*. Inoltre, sussiste una violazione dell'art. 8 Cedu ogniqualvolta il provvedimento con cui vengono disposte le intercettazioni non viene corredato da una solida motivazione quanto ai suoi presupposti; nondimeno, è compito dell'autorità monitorare con costanza la permanenza delle ragioni che, ai tempi, imponevano la captazione occulta. Da ultimo, Corte EDU, 12 gennaio 2023, *Potoczka and Adamco c. Slovacchia*.

informazioni in modo tale da non avvisare le persone bersaglio»³². In questi casi, infatti, pur se l'investigazione non è diretta ad acquisire flussi comunicativi di sistemi informatici "determinati" ma tutti i flussi che transitano (o sono transitati) sulla piattaforma, esiste un *target* di riferimento, così come esiste ed è sufficientemente individuato un "sistema" da attenzionare, sia pur virtuale ed etereo, quale è il *server*.

Dunque, posto che le indagini sulle piattaforme criptate non rientrano nel *genus* della sorveglianza di massa, l'interprete è tenuto a compiere uno sforzo ermeneutico ulteriore, al fine di comprendere se e in che termini le nuove tecniche investigative possano trovare riscontro negli istituti processuali più o meno noti al sistema. La legittimità degli atti di indagine provenienti dalle investigazioni sulle *encrypted communication platforms* è, infatti, strettamente connessa alla qualifica giuridica ad essi riconosciuta: solo qualora tali atti dovessero rientrare nell'ambito delle categorie probatorie già sperimentate dal sistema non sarebbe preclusa la possibilità di utilizzare gli atti di indagine nel processo.

Di qui, posta la centralità del tema nel dibattito futuribile, nel prosieguo della trattazione si verificherà la compatibilità delle attività esperite sulle piattaforme criptate con gli istituti tipizzati dal legislatore, proponendone l'artificiosa partizione sulla base della tipologia di attività esperita dagli inquirenti, in modo tale da ricondurre ciascuna operazione sotto l'egida del mezzo probatorio più affine, al fine di accertare l'esistenza di una copertura normativa.

Un dato, però, va immediatamente sottolineato: i profili differenziali della tecnica investigativa rispetto alle categorie probatorie "tradizionali" rendono complessa l'opera di sussunzione delle attività esperite sulle piattaforme criptate nell'alveo dei mezzi di ricerca della prova già noti al sistema. Eppure, non potendo arrendersi all'idea che le nuove indagini finiscano per rimanere improficue a causa di una normativa obsoleta, l'interprete deve compiere uno sforzo ermeneutico per adeguare, nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, la disciplina vigente alle nuove sfide dell'era moderna.

Al di là delle difficoltà evidenziate, si riscontrano ulteriori criticità in rapporto al "luogo" in cui è allocato il *server*, posto che, qualora questo fosse ubicato oltre i confini del territorio nazionale, entrerebbero in gioco gli strumenti di cooperazione investigativa che, come meglio si dirà nel prosieguo, non sempre sono idonei a garantire la raccolta transnazionale dei dati informatici. Perciò, si tenterà di discernere tre scenari possibili di intervento che differiscono a seconda del luogo in cui è ubicato il *server* su cui confluiscono i dati da apprendere, distinguendo, per ciascuna ipotesi, le attività esperibili a seconda che siano condotte dall'Italia come "osservatore passivo" – ossia quando vengono richiesti gli esiti delle indagini esperite da altri Paesi, ovvero dati precostituiti – oppure che si tratti di investigazioni "live" condotte dallo Stato nazionale.

³² Sul punto, Assemblea Generale, A/69/397, 23 settembre 2014, cfr. www.europarl.europa.eu.

4.1. ... le investigazioni sono condotte su server allocato in Italia.

La prima ipotesi da vagliare inerisce al caso in cui il *server* sul quale transitano le comunicazioni criptate sia allocato sul territorio nazionale.

In questo contesto, al fine di individuare la corretta veste giuridica da attribuire alle attività investigative compiute in Italia, occorre distinguere a seconda che l'acquisizione di comunicazioni avvenga contestualmente alla trasmissione dell'informazione ovvero in un momento successivo allo scambio comunicativo.

Circoscrivendo l'analisi all'ipotesi in cui l'azione acquisitiva sia "*live*" – e, dunque, la captazione avvenga nel momento in cui la comunicazione transita nell'etere digitale –, la categoria probatoria con cui sembra opportuno confrontarsi è rappresentata dalle intercettazioni telematiche, regolate dall'art. 266 *bis* c.p.p.³³, che, come noto, hanno ad oggetto un «flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi»³⁴, ossia tra *computer* collegati tra loro in Rete, via modem, via radio (se i dispositivi sono connessi con tecnologia *wireless*) o con qualsiasi altra forma di interconnessione.

Tale flusso può essere rappresentato non solo dal tradizionale scambio di *e-mail* o per mezzo delle più svariate applicazioni che consentono l'interazione in tempo reale o differito (servizi di messaggistica e di *chat*) ma anche da *file* sonori e comunicazioni vocali che, come statuito dalla giurisprudenza di legittimità, «rappresentano a tutti gli effetti un flusso di dati»³⁵.

Sicuramente, sotto il profilo tecnico-operativo, l'accesso ad un *server* per captare comunicazioni in atto può essere ricompreso nell'alveo delle intercettazioni telematiche, venendo in rilievo il carattere della contestualità della captazione di un flusso comunicativo tra sistemi collegati in Rete.

Tuttavia, pur volendo assimilare tali forme captative alle intercettazioni "classiche", non si può negare che le prime siano caratterizzate da significative peculiarità, risultando molto più intrusive per chi vi è sottoposto e, al contempo, assai più efficaci per i loro esiti istruttori.

Si converrà che un conto è captare flussi telematici intercorrenti tra due o più sistemi oggetto di intercettazione, ben altro è accedere direttamente al *server* sul quale

³³ Per tutti, M. TORRE, *L'intercettazione di flussi telematici* (art. 266 *bis* c.p.p.), in AA. VV., *Cybercrime*, cit., p. 1472 ss.

³⁴ Il "flusso" può essere definito come il susseguirsi di comunicazioni in corso all'interno di un sistema o tra più sistemi informatici, tra i quali è possibile uno scambio di impulsi che trasmettono informazioni. Per "sistema informatico" deve intendersi qualunque complesso di apparecchiature destinate a compiere qualsiasi funzione utile all'uomo attraverso l'impiego di tecnologie informatiche. Le comunicazioni tra sistemi informatici – che si concretano in segnali digitali (dati binari o *bit*) avvengono lungo linee non telefoniche, come quelle impiegate per mettere in collegamento, con l'ausilio di apposite apparecchiature (*server*), varie postazioni informatiche (*Local Area Network*). In un sistema telematico, invece, la trasmissione dei dati avviene lungo la linea telefonica, televisiva o satellitare. Una simile differenziazione è fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità. Da ultimo, Cass., Sez. V, 8 gennaio 2020, n. 4470, in *C.E.D. Cass.*, n. 277855.

³⁵ Così Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 21, in *Cass. pen.*, 1992, f. 2, p. 465.

transitano tutte le comunicazioni di tutti gli utenti che utilizzano quel servizio. Di qui, si potrebbe dubitare del fatto che tali attività possano essere sussunte nella disciplina di cui all'art. 266 *bis* c.p.p., che, come precisato, «consente limitazioni mirate»³⁶, circoscrivendo l'ambito della captazione nel pieno rispetto dei *dicta* costituzionali e convenzionali³⁷.

Se questa è un'eccezione condivisibile, sembra possibile un'interpretazione "evolutiva" del dettato normativo, peraltro suggerita dalla giurisprudenza della Corte EDU, per cui «deve ritenersi sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti ove questa viene condotta»³⁸. E, allora, così ragionando, il *server* potrebbe essere considerato come un contenitore (*rectius*: spazio) su cui transitano flussi comunicativi da attenzionare, non dissimile dallo *smartphone* o dal *computer*.

Si potrebbe, in altri termini, arrivare ad affermare che tale captazione rappresenti un'evoluzione dell'intercettazione telematica "tradizionale" avendo ad oggetto flussi comunicativi transitanti su un nuovo "sistema informatico", ossia il *server*, posto che è proprio quello spazio a dover essere "monitorato" perché è sul nuovo ambiente virtuale che (presumibilmente) si consuma il fatto di reato.

L'approccio è parzialmente difforme nel caso in cui gli investigatori decidano di non procedere a captazioni "live" di un flusso comunicativo in transito su sistemi informatici ma acquisiscano dati precostituiti direttamente "alla fonte", attraverso l'apprensione del *server* in quanto corpo del reato.

In tale ipotesi, si profilano dubbi e perplessità circa il corretto inquadramento delle attività *de quibus*, perennemente in bilico tra differenti istituti processuali, quali le intercettazioni di flussi telematici (art. 266 *bis* c.p.p.), il sequestro di corrispondenza (art. 254 c.p.p.) e il sequestro probatorio di dati informatici (art. 253 c.p.p.).

Tradizionalmente, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità³⁹, i messaggi conservati nella memoria di un cellulare devono essere considerati documenti, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., posto che gli stessi «non rientrano nel concetto di "corrispondenza", in quanto quest'ultima implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito [...]»; e nemmeno può ritenersi che si

³⁶ Così L. FILIPPI, sub art. 266 *bis*, in AA. VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Milano-Padova, 2023.

³⁷ Sul punto la dottrina è assai vasta. *Ex plurimis*, A. BALSAMO, *Intercettazioni: gli standards europei, la realtà italiana e le prospettive di riforma*, in Cass. pen., 2009, f. 10, p. 4023 ss.; A. DIDI, *L'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni*, in AA. VV., *Processo penale e costituzione*, a cura di F.R. DINACCI, Milano, 2010, p. 274 ss.; S. FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in AA. VV., *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. GAITO, Torino, 2006, p. 117; A. GAITO-S. FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in AA. VV., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. GAITO, 2016, p. 363 ss.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole sul giusto processo*, Milano, 2000, p. 105 ss. Con precipuo riferimento al tema delle intercettazioni, per tutti, A. BARGI, *L'elusione delle garanzie sostanziali convenzionali nella riforma delle intercettazioni tra illusione (la tutela della privacy) e realtà*, in AA. VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di A. GAITO-D. CHINNICI, 2018, Milano-Padova, 2018, p. 87 ss.

³⁸ Sul punto Corte EDU, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*.

³⁹ Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 12975, in C.E.D. Cass., 278808; Cass., Sez. VI, 28 maggio 2019, n. 28269, *ivi*, n. 276227.

tratti degli esiti di un'attività di intercettazione «la quale postula, per sua natura, la captazione di un flusso di comunicazioni in atto. [...] i dati presenti sulla memoria del telefono acquisiti *ex post* costituiscono mera documentazione di detti flussi»⁴⁰.

Di conseguenza – secondo la Corte⁴¹ – l'acquisizione di tali testi non può essere sottoposta né alle regole applicate per il sequestro di corrispondenza (art. 254 c.p.p.), né alle previsioni in materia di intercettazioni telematiche (artt. 266 *bis* c.p.p.), ma alla disciplina di cui all'art. 253 c.p.p., trattandosi di documenti informatici dal contenuto comunicativo⁴².

Seguendo un simile ragionamento, allorquando vengono acquisiti messaggi conservati sul *server*, la relativa attività non può soggiacere alla disciplina stabilita per la corrispondenza: nel caso di specie, infatti, si procede a “congelare” il *server* quale contenitore di informazioni per acquisire *ex post* un dato conservato in un *macro* contenitore che documenta flussi di comunicazioni già avvenuti. Di qui, almeno sotto il profilo tecnico-operativo, la relativa attività potrebbe essere ricompresa nell'ambito del sequestro probatorio di dati informatici, secondo le previsioni di cui all'art. 253 c.p.p.

Deve, tuttavia, evidenziarsi che anche tale procedura sussuntiva non è scevra da criticità. Come noto, infatti, il decreto di sequestro probatorio, anche ove abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una specifica motivazione sulla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti⁴³ e deve essere finalizzato all'apprensione solo di quanto sia effettivamente utile ai fini di indagine⁴⁴, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità⁴⁵. In giurisprudenza, infatti, si afferma che l'estrazione di copia integrale dei dati, contenuti in dispositivi informatici o telematici sottoposti a sequestro probatorio, realizza solo una copia-mezzo che consente la restituzione del dispositivo

⁴⁰ Così Cass., Sez. I, 2 dicembre 2020, n. 461, in *questa Rivista*, 29 marzo 2021; Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2019, n. 1822, in *C.E.D. Cass.*, n. 278124. Delineano l'acquisizione della messaggistica istantanea quale sequestro di documenti informatici, Cass., Sez. V, 21 novembre 2017, n. 1822, in *Giur. it.*, 2018, f. 7, p. 1817 ss. Da ultimo, Cass., Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 3591, in *Cass. pen.* 2022, p. 3106, con nota di A. PROCACCINO, *Piccoli equivoci senza importanza: tra intercettazioni di flussi informatici, perquisizioni e prove atipiche*. In dottrina, per tutti, F. ZACCHE, *L'acquisizione della posta elettronica nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, f. 4, p. 103 ss.

⁴¹ Cass., Sez. VI, 28 maggio 2019, n. 28269, cit.

⁴² Più in generale, il documento informatico, *species* della prova digitale, è un documento non cartaceo formato dai programmi (*software*) di un calcolatore elettronico e, contemporaneamente, alla sua formazione, registrati in un apposito spazio dal calcolatore medesimo (*hardware*) o su strumenti di supporto elettronico o digitale. Si potrebbe, dunque, definire il documento informatico come «un qualsiasi *file* avente un elemento rappresentativo espresso in un linguaggio binario». Così G. VACIAGO, *Profili processuali delle indagini informatiche*, in AA. VV., *Diritto dell'internet*, a cura di G. CASSANO-G. SCORZA-G. VACIAGO, Padova, 2013, p. 640. Può trattarsi, quindi, di un testo, di un'immagine, di un suono, o anche di una pagina *web* o di una *e-mail*. Sul tema, per tutti, P. TONINI, *L'evoluzione delle categorie tradizionali: il documento informatico*, in AA. VV., *Cybercrime*, cit., p. 1308 ss.; ID., *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 401.

⁴³ Cfr. Cass. Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 36072, in *Proc. pen. giust.*, 2019, con nota di M.F. CORTESI, *Sequestro del corpo del reato e onere motivazionale: dopo un tormentato dibattito interpretativo raggiunto “forse” un punto fermo*.

⁴⁴ In questo senso, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2014.

⁴⁵ Sul punto, più di recente, L. ALGERI, *Principio di proporzionalità e sequestro probatorio di sistemi informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 850; G. CASCONE, *Il sequestro informatico nel prisma del principio di proporzionalità*, *ivi*, 2022, p. 123.

ma non legittima il trattenimento della totalità delle informazioni apprese oltre il tempo necessario a selezionare quelle pertinenti al reato per cui si procede⁴⁶.

Va, tuttavia, evidenziato che anche questa “regola” di matrice giurisprudenziale non è immune da eccezioni: in alcune pronunce, infatti, la Corte di legittimità esclude la violazione del principio di proporzionalità laddove il sequestro dell’intero contenuto di un sistema informatico sia necessitato da specifiche esigenze probatorie che vengono in rilievo sulla base delle peculiarità del fatto di reato per il quale si procede⁴⁷.

Di conseguenza, non sussisterebbero ragioni ostative all’acquisizione di un *server* (e del suo contenuto) allorquando il decreto che dispone la misura contenga la precisa indicazione delle ragioni che giustificano l’estensione dell’apprensione, in modo tale da consentire un controllo postumo sulla proporzionalità del vincolo apposto sui dati informatici.

4.2. ... le investigazioni sono condotte su server allocato in Paesi UE.

La seconda ipotesi da considerare inerisce al caso in cui il *server* da monitorare sia ubicato in uno Stato membro dell’Unione europea; ipotesi, invero, assai più nota nella prassi giudiziaria e affrontata a più riprese dalle Corti nazionali⁴⁸.

L’indiscusso punto di riferimento delle investigazioni unionali è rappresentato dall’O.E.I. che, oramai da qualche tempo, travolge le forme di cooperazione tradizionali allorquando l’indagine è relegata nei confini dell’Unione Europea⁴⁹.

L’ambito di applicazione dell’istituto può comprendere, sia nella fase “passiva” che “attiva”, tutti gli atti di indagine e di ricerca della prova espressamente indicati dalla

⁴⁶ Cass., Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1001. Nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13156, in *C.E.D. Cass.*, n. 279143.

⁴⁷ In questo senso, Cass., Sez. Un., 20 luglio 2017, n. 40963, in *Cass. pen.*, 2018, p. 131.

⁴⁸ Si tratta del caso affrontato dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr. § 3.

⁴⁹ Come è stato acutamente osservato, la direttiva in parola non rappresenta una vera e propria rivoluzione. In questo senso M. CAIANIELLO, *L’OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in AA. VV., *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. DANIELE-R.E. KOSTORIS, Torino, 2018, p. 2, per cui «il sistema dell’O.E.I. risulta influenzato, tanto nella direttiva quanto nel decreto legislativo di recepimento, da due modelli culturali differenti, che tra loro si intersecano per dar vita ad una forma ibrida». Secondo A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano-Padova, 2019, p. 250, «tale disciplina costituisce [...] una mera opera di unificazione volta ad assorbire le Convenzioni di assistenza giudiziaria del 1959 e del 2000, nonché quella di applicazione dell’accordo di Schengen, oltre alle decisioni quadro 2003/577/GAI sull’esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro e 2008/879/GAI in tema di mandato europeo di ricerca delle prove». Nello stesso senso, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, f. 3, p. 1; M. DANIELE, *L’ordine europeo di indagine entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 28 luglio 2017; E. LORENZETTO, *L’ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito eurounitario*, in *Cass. pen.*, 2020, f. 3, p. 1302 ss.; A. MANGIARACINA, *L’acquisizione “europea” della prova cambia volto: l’Italia attua la direttiva relativa all’ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158 ss.; F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell’assistenza penale internazionale: l’ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, f. 1, p. 12 ss.; A. SCALFATI, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *ivi*, 2017, f. 2, p. 217 ss.

direttiva 2014/41/UE: sicuramente di precipuo interesse, quanto alle indagini relative al *cybercrime*, sono le richieste di dati del traffico telefonico e/o di intercettazioni di comunicazioni e le operazioni sotto copertura.

Per quanto attiene alle attività investigative tipiche volte alla captazione di conversazioni e comunicazioni, con l'istituzione dell'O.E.I. viene regolamentata la procedura esecutiva delle intercettazioni transfrontaliere, anche se effettuate per via telematica, da esperire allorquando il dispositivo (o il sistema) da controllare si trovi in uno Stato membro⁵⁰.

In effetti, sia la direttiva 2014/41/UE⁵¹ che il d.lgs. 108/2017⁵² dedicano particolare attenzione all'istituto in esame, riferendosi, in modo particolare, alle «intercettazioni di telecomunicazioni»⁵³, qui da intendersi come captazioni di conversazioni o flussi comunicativi che si avvalgono dell'ausilio di strumenti tecnici, quali il telefono o il *computer*.

In questo senso, ricorrendo ad un'interpretazione estensiva del dettato normativo⁵⁴, anche la captazione di flussi comunicativi in transito su *server* allocati all'estero può essere sussunta nell'ambito delle intercettazioni di telecomunicazioni e, dunque, può essere esperita mediante ricorso all'O.E.I.

Qualora, però, l'operazione investigativa non è deputata alla richiesta di esperimento di intercettazioni telematiche all'estero ma è finalizzata all'acquisizione di informazioni "precostituite", ossia elementi di prova che rappresentano il frutto di attività investigative condotte in altri Paesi, la procedura è parzialmente difforme.

⁵⁰ Con riferimento alle intercettazioni transfrontaliere, il Considerando n. 31 della direttiva 2014/41/UE, stabilisce che «[S]e più Stati membri sono in grado di fornire l'assistenza tecnica necessaria, l'O.E.I. dovrebbe essere trasmesso solo a uno di essi e la priorità dovrebbe essere attribuita allo Stato membro in cui si trova la persona interessata. Gli Stati membri in cui si trova la persona sottoposta a intercettazione, e la cui assistenza tecnica non è necessaria per effettuare l'intercettazione, dovrebbero riceverne notifica conformemente alla presente direttiva. Tuttavia, sebbene l'assistenza tecnica non possa essere ricevuta da un solo Stato membro, l'O.E.I. può essere trasmesso a più Stati di esecuzione».

⁵¹ La direttiva affronta il tema delle intercettazioni sia nei Considerando nn. 30-31, che, soprattutto nel Capo V, negli artt. 30 e 31, rubricato "*Intercettazioni di telecomunicazioni*".

⁵² Più precisamente, agli artt. 23-25 sono dedicate le regole inerenti alla procedura passiva, mentre agli artt. 43-45, quelle per la procedura attiva.

⁵³ Coma premesso, nel Considerando n. 30 della direttiva 2014/41/UE si legge che «[L]e possibilità di cooperare conformemente alla presente direttiva in materia di intercettazione delle telecomunicazioni non dovrebbero essere limitate al contenuto delle telecomunicazioni, ma dovrebbero anche riguardare la raccolta di dati relativi al traffico e all'ubicazione associate a tali telecomunicazioni, in modo che le autorità competenti possano emettere un O.E.I. inteso a ottenere dati meno intrusivi sulle telecomunicazioni [...]». Anche se, come acutamente rilevato, la previsione del Considerando in parola non è riproposta nell'articolato testo normativo, per cui si potrebbe ritenere che tali operazioni non possono essere già autonomamente disposte od eseguite, dovendo essere "associate" alle intercettazioni vere e proprie. In questo senso, C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in AA. VV., *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 232 s. *Contra* F. NANNI, *Le intercettazioni telefoniche*, in AA. VV., *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 484 ss., per cui, «[N]essun dubbio, invece, [sussiste] in rapporto alla regolamentazione dell'acquisizione transfrontaliera dei c.d. dati esterni delle comunicazioni».

⁵⁴ Sulle considerazioni relative alla sussunzione dell'attività in esame nell'ambito delle intercettazioni telematiche, cfr. § 4.1.

Seguendo il ragionamento già condotto con riferimento alle acquisizioni su *server* allocato in territorio italiano⁵⁵, l'attività di captazione di messaggi archiviati su piattaforme criptate non può essere assoggettata alla disciplina delle intercettazioni (venendo meno la contestualità della comunicazione), trattandosi di documenti aventi contenuto comunicativo. In quest'ottica, l'O.E.I. risulta funzionale a raccogliere i risultati di atti di indagine già esperiti nel territorio dello Stato estero, secondo la previsione del dettato di cui all'art. 234 *bis* c.p.p.⁵⁶.

Tradizionalmente, come anche chiarito dalla giurisprudenza, «l'attività di intercettazione di dati tra dispositivi che usano il sistema criptato *pin to pin*, seguendo la tecnica dell'instradamento, non richiede l'espletamento di formule rogatorie sempre che (perlomeno) uno dei conversanti si trovi sul territorio italiano; la trasposizione in comunicazioni intellegibili, intervenuta tramite il consenso del gestore estero del *server* informatico sul quale sono depositati i relativi dati, non richiede la procedura contemplata dagli artt. 266 ss., potendo l'autorità giudiziaria ricorrere all'acquisizione documentale contemplata dall'art. 234 *bis* c.p.p.»⁵⁷.

Nonostante gli ultimi approdi giurisprudenziali, deve ammettersi che il ricorso all'O.E.I. potrebbe profilare alcune criticità in rapporto al principio di legalità della prova, al quale il sistema della cooperazione transfrontaliera è informato: infatti, sia l'art. 1, § 4 della direttiva 2014/41/UE che l'art. 1, d.lgs. 108/2017 sanciscono il dovere di rispettare i principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁵⁸. Inoltre, pur rimettendo alle scelte dei singoli Stati la valutazione probatoria degli elementi investigativi raccolti all'estero⁵⁹, nell'articolo legislativo sono previste – più o meno esplicitamente – regole di esclusione delle prove acquisite *contra legem*. Solo a titolo esplicativo, si pensi all'art. 6, § 1 della direttiva, trasposto nell'art. 27 del decreto in rapporto all'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei requisiti nazionali di ammissibilità, all'art. 9, § 2 della direttiva, trasfuso nell'art. 4, commi 2, 3 e 5 del decreto in rapporto alle prove acquisite violando le norme sul *quomodo* delle attività istruttorie, all'art. 36 del decreto in rapporto all'inutilizzabilità per l'inosservanza delle garanzie difensive⁶⁰.

Pur prescrivendo tali regole processuali, la direttiva tace completamente in merito ad eventuali conseguenze derivanti dalla loro violazione: il § 1 dell'art. 14, infatti,

⁵⁵ Cfr. § 4.1.

⁵⁶ Sul punto, approfonditamente, G. M. RUOTOLO, *Il ruolo del consenso del sovrano territoriale nel transborder data access tra obblighi internazionali e norme interne di adattamento*, in *La comunità internazionale*, 2016, f. 2, p. 183 ss.; M. TORRE, sub art. 234 bis, in *Codice di procedura commentato*, cit.

⁵⁷ Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2023, n. 8714, non massimata.

⁵⁸ Va peraltro precisato che la cooperazione giudiziaria in materia penale, di cui all'art. 82, § 1, TFUE, si fonda sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, basato – a sua volta – sulla fiducia reciproca e sulla presunzione relativa che gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, dei diritti fondamentali dell'UE. Cfr., per tutti, CGUE, 11 novembre 2021, *Gavanzov*, in C-852/19.

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 14, § 7, «[...] Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'O.E.I.».

⁶⁰ Sul punto, per tutti, A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, cit., p. 260 ss.

si limita ad affermare che gli Stati membri «*shall ensure that legal remedies equivalent to those available in a similar domestic case, are applicable to the investigative measures indicated in the EIO*». Molto semplicemente, tramite una clausola di equivalenza, viene fatto rinvio agli strumenti di doglianza già predisposti nel diritto interno in relazione alle medesime attività istruttorie⁶¹.

Senza entrare nel merito dei rimedi esperibili contro le violazioni dei diritti fondamentali, dall'esegesi delle norme che tipizzano le *exclusionary rules* si ricava un principio generale di diritto consistente nell'impossibilità di procedere ad investigazioni transfrontaliere per l'acquisizione di elementi probatori utili alle indagini disattendendo le regole di ammissibilità delle prove operanti a livello nazionale, pena l'inutilizzabilità delle informazioni raccolte⁶².

In altre parole, allo stato attuale, spetta al solo diritto nazionale stabilire le regole relative all'ammissibilità e alla valutazione, nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di persone sospettate di atti criminali, di informazioni e di elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati, contraria al diritto dell'Unione (c.d. principio di autonomia procedurale).

Di qui, si potrebbe arrivare a ritenere che i risultati di indagini esperite all'estero e acquisiti in Italia per il tramite dell'O.E.I. sarebbero inutilizzabili perché ottenuti disattendendo le regole nazionali che – è bene ribadirlo – non consentono di apprendere indiscriminatamente tutti i dati comunicativi transitanti o archiviati su sistemi informatici.

Deve, tuttavia, evidenziarsi che l'obiezione non sembra essere del tutto pertinente in considerazione di quanto già evidenziato a proposito delle investigazioni esperite interamente su territorio nazionale⁶³: l'atto di indagine esperito all'estero può considerarsi legittimo secondo le previsioni dell'ordinamento interno, in quanto l'acquisizione di dati sul *server* allocato in territorio straniero consiste in un atto "tipico" del processo penale nazionale, ossia l'intercettazione telematica (in caso di attività "live") ovvero il sequestro probatorio (nel caso di "congelamento" del *server*).

4.3. Segue: ... le investigazioni sono condotte su server allocato in Paesi extra-UE.

L'ultimo caso da vagliare inerisce all'ipotesi – tutt'altro che peregrina – in cui il *server* sia allocato in Paesi *extra-unionali*.

⁶¹ Sul tema, approfonditamente, E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in AA. VV., *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 157.

⁶² In sostanza, l'O.E.I. deve avere ad oggetto una prova acquisibile nello Stato di emissione e deve essere eseguito in conformità di quanto previsto nello Stato di esecuzione per il compimento di un analogo atto di acquisizione probatoria, potendosi peraltro presumere il rispetto di tale disciplina e dei diritti fondamentali, salvo concreta verifica di segno contrario. Cfr. Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330, in *C.E.D. Cass.*, n. 284027.

⁶³ Cfr. le considerazioni effettuate a proposito acquisizioni di dati precostituiti su *server* allocato in Italia (§ 4.1).

Generalmente, allorquando occorre svolgere un'attività investigativa in uno Stato non rientrante nella "competenza" dell'Unione europea, la forma di cooperazione internazionale da impiegare è la rogatoria, secondo le previsioni di cui agli artt. 727 ss. c.p.p.⁶⁴. Si tratta di uno strumento di assistenza giudiziaria invocabile – almeno in astratto – ogniqualvolta l'intercettazione abbia ad oggetto utenze situate in parte o del tutto in uno Stato *extra-unionale*⁶⁵.

Al fine di verificare la sua compatibilità con l'acquisizione "live" di comunicazioni in transito su piattaforme criptate, occorre innanzitutto soffermarsi sulla fisionomia che l'istituto della rogatoria ha assunto negli ultimi anni.

Genericamente, per *ius receptum*, la rogatoria è diventata una forma di cooperazione "residuale" cui ricorrere solo per captare conversazioni e comunicazioni "estero su estero" non transitanti su nodi italiani, ovvero effettuate senza l'ausilio dei c.d. ponti telefonici⁶⁶. Al contrario, quando il traffico telefonico viene captato dall'Italia (a prescindere dal luogo in cui si trova l'utenza), non si delineano i presupposti della rogatoria ma del c.d. instradamento⁶⁷.

Tale tecnica investigativa consente la percezione delle comunicazioni che partono dall'Italia e sono dirette ad un'utenza estera determinata, o ad un fascio di utenze appartenenti ad un distretto geografico di cui fa parte una città situata all'estero, con possibilità di utilizzo simultaneo dei flussi telematici in luoghi e nazioni diversi ed evidenti sconfinamenti nella percezione dei contenuti comunicativi di soggetti al di fuori della giurisdizione nazionale. In questi casi, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁸, non risulta necessario ricorrere alle tecniche di cooperazione internazionale

⁶⁴ Sull'istituto in esame, senza pretese di completezza, v. AA. VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003; G. DARAIO, *Le rogatorie*, in AA. VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB, vol. IV, Torino, 2015, p. 1155 ss.; G. DELLA MONICA, voce *Rogatorie*, *Diritto on line* 2016, in www.treccani.it; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 60 ss.; B. PIATTOLI, voce *Rogatorie e cooperazione internazionale nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, 2005, p. 1471. Sull'istituto modificato ad opera del d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, *ex multis*, E. CALVANESE, *La "nuova" assistenza giudiziaria: le rogatorie dall'estero e per l'estero*, in AA. VV., *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 43 ss.; G. DI PAOLO, *Rogatorie*, in AA. VV., *Processo penale e regole europee*, cit., p. 125 ss.; EAD., *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, f. 7-8, p. 3431 ss.; F. RUGGIERI, *Diritto processuale e pratiche criminali*, Bologna, 2018, p. 543 ss.

⁶⁵ Sembra ormai superata la *querelle* insorta in dottrina in rapporto alla possibilità di ricorrere alla rogatoria per il compimento di atti di indagine: l'art. 727 c.p.p., così come riformato *ex d.lgs.* 149/2017, consacra definitivamente una simile possibilità.

⁶⁶ Sul tema, diffusamente, S. ALLEGREZZA-F. NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in AA. VV., *Diritto penale delle società*, a cura di G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPARIA, Padova, 2014, p. 1275 ss.

⁶⁷ Assai critici circa l'impiego della tecnica dell'instradamento, F. RUGGIERI, *Le intercettazioni "per instradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1062 ss.; A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, a cura di R.E. KOSTORIS, Milano, 2013, p. 171 ss.; F. VERGINE, *L'elemento della extraterritorialità*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. BENE, Bari, 2018, p. 350.

⁶⁸ In questo senso si è espressa la giurisprudenza di legittimità. Per tutti, Cass., Sez. III, 3 marzo 2016, n. 25833, in *C.E.D. Cass.*, n. 267090. Per una ricostruzione dell'iter seguito dalla giurisprudenza, si rimanda a L. FILIPPI, sub art. 266, in *Codice di procedura commentato*, cit.

dal momento che l'indagine va qualificata come interna e non gestita dallo Stato straniero.

Dunque, quello che rileva ai fini della previsione delle forme di assistenza giudiziaria non è il luogo di captazione ma di acquisizione dei risultati appresi mediante intercettazione⁶⁹: così, se gli elementi di prova si trovano all'estero ma, grazie alla tecnologia, diventa possibile apprenderli in Italia, l'indagine deve essere qualificata come "interna".

Nonostante la perimetrazione dell'istituto – almeno nella sua veste tradizionale – abbia trovato una sedimentazione pressoché stabile in dottrina e in giurisprudenza, la questione non è di facile soluzione allorquando, nell'esperimento di investigazioni transfrontaliere, gli inquirenti si avvalgono di nuovi strumenti o nuove tecniche di indagine.

In questi casi, non è affatto agevole individuare il *discrimen* tra rogatoria e instradamento, ponendosi difficoltà interpretative sia con riferimento alla verifica della necessità del ricorso alle forme di cooperazione internazionale, sia con riguardo alla tipologia di assistenza da richiedere.

Tale criticità sembra essere stata superata di recente dalla giurisprudenza di legittimità⁷⁰: anche se con riferimento alle intercettazioni esperite per il tramite del captatore informatico – duplicando gli orientamenti già sedimentati in rapporto alle tradizionali intercettazioni itineranti espletate mediante cimici "fisiche"⁷¹ e al meccanismo di captazione dei messaggi del tipo *Blackberry*⁷² –, la Corte precisa che «[L']intercettazione ambientale a mezzo *virus* informatico installato in Italia su telefono collegato ad un gestore nazionale, non richiede l'attivazione di una rogatoria internazionale per il solo fatto che le conversazioni siano eseguite in parte all'estero, e temporaneamente registrate tramite *wifi* locale, [...] atteso che la captazione ha avuto origine e si è comunque realizzata in Italia, attraverso le centrali di ricezione presso la procura della Repubblica»⁷³.

⁶⁹ Secondo R. ORLANDI, *Questioni in materia di intercettazioni di comunicazioni*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale tra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, p. 320, il principio che regge il sistema della cooperazione è quello del "*locus regit actum*".

⁷⁰ Cfr. Cass., Sez. II, 22 luglio 2020, n. 29362, in C.E.D. Cass., n. 279815.

⁷¹ In effetti, la Suprema Corte ha chiarito che «[L'] intercettazione di comunicazioni tra presenti eseguita a bordo di una autovettura attraverso una microspia installata nel territorio nazionale, dove si svolge altresì l'attività di captazione, non richiede l'attivazione di una rogatoria per il solo fatto che il suddetto veicolo si sposti anche in territorio straniero ed *ivi* si svolgano alcune delle conversazioni intercettate». In questo senso Cass., Sez. III, 19 gennaio 2017, n. 24305, in C.E.D. Cass., n. 269984. Contraria a questa impostazione è la dottrina maggioritaria. Cfr., per tutti, C. FANUELE, *La localizzazione satellitare nelle investigazioni penali*, Milano, 2019, p. 70.

⁷² Come rilevato, «[...] l'acquisizione della messaggistica, scambiata mediante sistema *Blackberry*, non necessita di rogatoria internazionale quando le comunicazioni siano avvenute in Italia, a nulla rilevando che per "decriptare" i dati identificativi associati ai codici PIN sia necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero». Così Cass., Sez. IV, 15 ottobre 2019, n. 49896, in C.E.D. Cass., n. 277949.

⁷³ In questo senso Cass., Sez. II, 22 luglio 2020, n. 29362, cit. Più precisamente, la Corte si è confrontata con l'intercettazione ambientale eseguita mediante captatore informatico eseguita parzialmente su territorio estero (in Canada, in particolare). In quel caso, il *malware* viene inoculato nel corso di un'indagine iniziata

La ragione di una simile impostazione deriva, secondo la Corte, dalla presa di coscienza della lentezza della procedura rogatoria che, evidentemente, mal si concilia con la celerità delle indagini informatiche.

Una simile impostazione potrebbe trovare impiego anche nel caso delle investigazioni “live” esperite sulle piattaforme di comunicazioni criptate: in tali circostanze, infatti, sembra possibile ricorrere alla tecnica dell’instradamento, non dovendosi attivare la procedura rogatoria, posto che la registrazione dei dati allocati all’estero rappresenta solamente un segmento di una più imponente attività di investigazione che, di fatto, si svolge sul territorio dello Stato. La decriptazione delle comunicazioni a seguito dello “stoccaggio” dei dati rappresenta, infatti, la fase conclusiva del più complesso *iter* esecutivo dell’attività intercettiva che, evidentemente, viene effettuata in Italia presso i *server* della procura della Repubblica.

Per converso, una simile conclusione non può essere raggiunta nel caso in cui l’investigazione abbia ad oggetto l’acquisizione dei dati giacenti sui *server* situati in Paesi *extra*-unionali: in questi casi – allorquando la captazione non ha ad oggetto flussi comunicativi in transito – l’apprensione delle informazioni utili all’accertamento dei fatti in un processo penale instaurato in Italia deve avvenire per il tramite della rogatoria internazionale⁷⁴.

Unica eccezione alla regola ricorre nel caso in cui il titolare del dato ceda spontaneamente i dati ottenuti mediante un’investigazione interna: come anche chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, «[...] le informazioni e gli atti trasmessi autonomamente dall’autorità giudiziaria di uno Stato estero sono utilizzabili nel procedimento penale, non essendo, in tali casi, applicabile in via estensiva o analogica la disciplina speciale prevista dall’art. 729, comma 1, c.p.p. per le rogatorie dall’estero»⁷⁵.

5. Proposte.

Alla luce di quanto esposto, possono trarsi delle considerazioni di carattere sistemico che offrono nuovi spunti di riflessione per il giurista.

La prima non può che essere rivolta ai “pratici”, ossia a coloro che ricorrono a sofisticate tecniche di indagine quali strumenti principali per l’esecuzione delle investigazioni. Posta la loro imprescindibilità nell’accertamento e nella repressione delle più gravi ed evolute forme di criminalità, non è il loro impiego ad essere oggetto di critica, ma l’abuso, ossia il ricorso smodato a tali tipologie di indagine. Sembra necessario – prima di ogni cosa – immaginare tali tecniche come una *extrema ratio*, cui ricorrere

sul territorio nazionale in uso a due indagati che, nel tempo coperto dall’autorizzazione giurisdizionale, si sono recati all’estero portando con sé l’apparecchio infetto. In sostanza, tali utenze vengono utilizzate sia in territorio italiano sia in quello canadese, pur essendo collegate ad un gestore italiano. Per un commento della pronuncia in esame, per tutti, P. MAGGIO, *Intercettazioni no limits: il captatore informatico “per instradamento”*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, f. 2, p. 448 ss.

⁷⁴ In questo senso anche Cass., Sez. VI, 20 aprile 2021, n. 18907, in *C.E.D. Cass.*, n. 281819.

⁷⁵ Cass., Sez. I, 16 giugno 2022, n. 354, in *C.E.D. Cass.*, n. 28386.

allorquando le altre modalità di indagine risultano inefficaci allo scopo perseguito: l'uso "parsimonioso" delle strumentazioni ad alto potenziale intrusivo, il c.d. *hacking* etico, potrebbe rappresentare un primo passo per il raggiungimento dell'equilibrio tra sicurezza e diritti individuali⁷⁶.

La seconda considerazione non può che avere come referente chi il sistema politico-criminale lo governa e lo plasma secondo le esigenze contingenti. Sembra indispensabile prevedere una regolamentazione dei servizi di comunicazione cifrata attraverso l'aggiornamento del Codice delle comunicazioni elettroniche⁷⁷. L'obiettivo è fornire un elenco di piattaforme criptate autorizzate a rilasciare il servizio, i cui gestori si impegnano a collaborare con le autorità di *law enforcement* per sviluppare soluzioni che permettano di individuare e bloccare gli utenti che utilizzano le piattaforme per commettere reati.

Sotto il profilo più propriamente processuale – poiché non si può considerare *a priori* incostituzionale ogni strumento o tecnica di indagine innovativa attraverso cui condurre le indagini⁷⁸ –, si ritiene indispensabile introdurre una disciplina atta a regolamentare le nuove forme di indagine ad alto potenziale tecnologico, tenendo conto del bilanciamento tra i vari interessi che possono venire in contrasto.

Precisamente, non essendo ipotizzabile lasciare alla disponibilità degli inquirenti la scelta di ricorrere indiscriminatamente a nuove tecniche di indagine e nemmeno legittimare il loro impiego in sede giurisprudenziale attraverso interpretazioni estensive in una materia governata da un rigido principio di tassatività, si avverte l'esigenza di un intervento del legislatore, chiamato a tipizzare il complesso di attività esperibili attraverso di nuove tecniche investigative digitali, di modo tale da rendere le limitazioni alle prerogative individuali "tollerabili" in una società democratica.

Nonostante la normativizzazione delle tecniche di investigazioni digitale rappresenti un baluardo ineludibile contro gli arbitri del giudicante, anche le modalità di intervento legislativo non risultano di immediata soluzione.

Prima facie, posta la sussumibilità dell'attività investigativa "live" esperita su piattaforme criptate alle previsioni di cui all'art. 266 *bis* c.p.p., si potrebbe prevedere una modifica della disciplina delle intercettazioni informatiche o telematiche attraverso l'innesto di un nuovo comma 1 *bis* alla norma *de qua*, così da tipizzare le forme di captazioni di comunicazioni su larga scala quali nuove "tecniche" attraverso cui esperire un tradizionale mezzo di ricerca della prova.

Se questa fosse la soluzione, sarebbe anche doveroso procedere all'adeguamento al complesso disciplinare delle intercettazioni, intervenendo sugli artt. 267, 269, 270 e 271 c.p.p., nonché sul dettato di cui all'art. 89 disp. att. c.p.p.

⁷⁶ Nel senso di garantire forme di "hackeraggio etico", cfr. A. HENSCHKE, *Ethics in an Age of Surveillance personal information and virtual identities*, Cambridge University Press, 2017, p. 43 ss.

⁷⁷ D. lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

⁷⁸ In questo senso, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 151. Ma già V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 341.

In quest'ottica, sarebbe auspicabile: a) circoscrivere i presupposti per autorizzare le intercettazioni di comunicazioni su larga scala, limitando il ricorso a tale forma captativa ai soli procedimenti relativi ai reati di cui agli artt. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater* e 407, comma 2, lett. a, c.p.p.; b) rafforzare il contenuto del decreto autorizzativo del g.i.p., attraverso la precisazione delle ragioni che rendono necessario il ricorso a tale forma captativa; c) prevedere la distruzione obbligatoria del materiale "irrilevante" per le indagini; d) estendere la portata della sanzione dell'inutilizzabilità delle intercettazioni di comunicazioni su larga scala in procedimenti diversi, magari riservando l'eccezione ai soli casi per i quali le informazioni risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza; e) potenziare le procedure atte a garantire la corretta acquisizione dei dati digitali per attestarne la genuinità e l'immodificabilità.

Per altro verso, si potrebbe scegliere di "ammodernare l'esistente" attraverso un intervento legislativo additivo delle norme disciplinanti i singoli mezzi di ricerca della prova: in questo senso, l'innesto sarebbe funzionale a tipizzare le differenti attività – osservazione, accesso, acquisizione e captazione – che scaturiscono dalle investigazioni sulle piattaforme criptate.

Di qui, sulla base delle modifiche già operate dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, per adeguare le investigazioni "fisiche" alla dimensione virtuale, si potrebbe prevedere un'estensione della disciplina già operante in materia di ricerca e apprensione dei dati informatici a fini di prova alle c.d. acquisizioni di dati su larga scala, innovando le disposizioni in materia di ispezioni informatiche (art. 244, comma 2, c.p.p.), perquisizioni informatiche (art. 247, comma 1 *bis*, c.p.p.), sequestro probatorio presso gli *Internet Service Providers* (art. 254 *bis* c.p.p.) e intercettazioni telematiche (art. 266 *bis*, comma 1, c.p.p.);

Non vanno, tuttavia, sottaciuti i rischi che possono derivare da un simile approccio "attivista", fondato, cioè, sulla convinzione per cui la positivizzazione dell'istituto rappresenti la soluzione ai mali del sistema.

Come sempre accade quando il processo penale si confronta con i nuovi ritrovati della scienza e della tecnica, il pericolo è di intervenire su una materia già diventata obsoleta, perché – si sa – i tempi delle riforme non coincidono con la velocità propria del progresso e dell'evoluzione tecnologica, condannando la legge ad una obsolescenza precoce.

Al fine di arginare simili *pericula*, si potrebbe propendere per l'introduzione di un nuovo mezzo di ricerca della prova (accesso e acquisizione di *big data* su sistemi informatici o telematici, potrebbe chiamarsi) per regolare le attività di accesso, osservazione e acquisizione di dati e informazioni rinvenuti sui nuovi spazi virtuali: in questi casi, non sarebbe tipizzato lo strumento con cui condurre le indagini informatiche quanto piuttosto le regole cui ricorrere ogni qual volta si proceda ad attività di sorveglianza occulta e continuativa da remoto, predisponendo le garanzie fondamentali che devono essere sempre riconosciute all'indagato e ai soggetti terzi occasionalmente coinvolti, a prescindere dalla tecnica investigativa impiegata.

In altre parole, l'obiettivo potrebbe essere quello di introdurre una nuova categoria probatoria, con la quale verrebbero individuati i "casi" e i "modi"

dell'ingerenza nella sfera privata degli individui, così da ritenere il sacrificio dei diritti inviolabili assolutamente rispettoso del principio di stretta legalità e del principio di proporzione.

Infine, in una prospettiva sovranazionale, sarebbe auspicabile la predisposizione di una normativa uniforme sulla circolazione dei dati digitali.

Più concretamente, nell'ambito della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale (c.d. Regolamento *E-Evidence*)⁷⁹, si potrebbe prevedere l'introduzione di una procedura volta a facilitare lo scambio delle informazioni acquisite all'estero (in Paesi *intra-unionali*) per il tramite delle investigazioni esperite mediante nuove tecniche di indagine e, al contempo, predisporre una norma costruita sul modello del dettato di cui art. 270 c.p.p. italiano, individuando limiti e prospettive comuni per acquisire risultati di captazioni in Stati diversi da quelle per cui sono state autorizzate.

Nonostante gli sforzi profusi per tentare di fornire adeguati rimedi ai problemi posti dall'impiego di sempre più sofisticate tecniche investigative, l'indagine non consente di addivenire ad una soluzione condivisa. Rispettando i crismi propri di qualsivoglia ricerca, l'analisi lascia ancora imbattute e inesplorate diverse rotte. L'irrefrenabile velocità con cui gli strumenti investigativi si evolvono apre, infatti, la strada all'impiego di ulteriori e ancora più sofisticati metodi di indagini (intelligenza artificiale, droni, *robot* e, soprattutto, il metaverso)⁸⁰ che sono destinati a comprimere – inevitabilmente – fondamentali diritti degli individui, nel frattempo privati di adeguate forme di tutela nell'assenza di una normativa che li contempli. Ecco allora, che le riflessioni condotte non possono che rappresentare il nuovo punto di partenza per un sistema processuale penale "informatizzato" ancora allo stato embrionale.

⁷⁹ Si tratta della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale, COM (2018) 225 final, 17 aprile 2018. Sulla proposta, R.M. GERACI, *La circolazione transfrontaliera delle prove digitali in UE: la proposta di regolamento e-evidence*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1340 ss.; F. RUGGIERI, *Il Protocollo 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018. La Proposta per l'ordine europeo di conservazione o produzione della prova digitale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2660. Mette in risalto la necessità di procedere celermente all'adozione del Regolamento, D. CURTOTTI, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e "Vecchia Europa": una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 745. Per dovere di completezza, si segnala che, a distanza di oltre cinque anni dall'approvazione della Proposta, il Consiglio dell'UE, con un comunicato stampa del 25 gennaio 2023, conferma l'accordo con il Parlamento europeo sulla necessità di adottare nuove norme per migliorare l'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche.

⁸⁰ E, *The metaverse*, in *Digital evidence and Electronic Signature Law Review*, n. 19, 2022, p. 1.

**“ARRESTO IN ATTESA DELLA QUERELA”
E PROCEDIBILITÀ D’UFFICIO PER I REATI AGGRAVATI
DAL METODO MAFIOSO E DALLA FINALITÀ DI TERRORISMO.
PUBBLICATA LA L. N. 60/2023**

Legge 24 maggio 2023, n. 60.

di Gian Luigi Gatta

1. È stata pubblicata, ed entrerà in vigore il 16 giugno 2023, la legge 24 maggio 2023, n. 60, recante “Norme in materia di procedibilità d’ufficio e di arresto in flagranza”.

Si tratta della prima legge approvata in questa legislatura su proposta del Ministro della Giustizia Carlo Nordio. Il disegno di legge, [già oggetto d’esame sulla nostra Rivista](#), fu presentato alla Camera all’inizio dell’anno quale risposta del Governo a notizie di cronaca e interventi sui media, anche da parte di addetti ai lavori, dai toni allarmistici. La polemica, come è noto ai lettori, riguardava l’estensione del regime di procedibilità a querela, realizzato dal d.lgs. n. 150/2022 (riforma Cartabia) in relazione ad alcuni reati contro la persona e contro il patrimonio, puniti con pena detentiva non superiore nel minimo a due anni. Tra questi, le lesioni lievi, la violenza privata, il sequestro di persona semplice, il furto aggravato. La querela, nota al sistema da sempre, anche per reati molto gravi, quale la violenza sessuale, è parsa ad alcuni, improvvisamente, un istituto indigesto, che espone la vittima a minacce e ritorsioni, pregiudica l’effettività della tutela penale e le esigenze cautelari. A tale ultimo proposito, a venire in rilievo è la regola (artt. 380, co. 3 e 381, co. 3 c.p.p), prevista anche nel previgente codice di rito, che subordina l’arresto in flagranza, tanto obbligatorio quanto facoltativo, alla presentazione della querela, anche in forma orale, da parte della persona offesa presente sul luogo: se la vittima non è presente, l’arresto non può essere effettuato. Quanto poi alle misure cautelari personali in corso all’entrata in vigore della riforma Cartabia, per effetto della disposizione transitoria di cui all’art. 85, co. 2 d.lgs. n. 150/2022, introdotta dal Governo Meloni con il d.l. n. 162/2022, senza una querela presentata entro 20 giorni si sarebbe andati incontro a delle scarcerazioni.

Il rumore mediatico, *mai supportato da dati empirici*, ha portato il Governo a intervenire con una legge che, si noti, entra in vigore sei mesi e mezzo dopo l’entrata in vigore della riforma Cartabia. E’ significativo che un Governo che adotta di media 4 decreti-legge al mese (Fonte: [openopolis](#)) non abbia ravvisato ragioni di necessità e urgenza per intervenire in materia di regime di procedibilità dei reati. È la dimostrazione che gli allarmi, lanciati anche da alcuni magistrati con interventi pubblici, erano del tutto eccessivi.

2. Un altro dato assai significativo, che merita di essere subito segnalato, è che il ‘correttivo Nordio’ non modifica le scelte di fondo della riforma Cartabia che, come si ricorderà, erano state suggerite, anche in materia di estensione del regime di procedibilità, dalla Commissione di studio presieduta da Giorgio Lattanzi. Non si tratta nemmeno di un ‘correttivo’, a ben vedere, ma di un provvedimento ‘integrativo’: aggiunge senza togliere; completa la disciplina dei reati procedibili a querela: di tutti i reati procedibili a querela, compresi quelli (ma non solo quelli) oggetto della riforma Cartabia.

Approvando la legge 60 del 2023, la maggioranza che sostiene il Governo Meloni ha confermato la scelta politico criminale del d.lgs. n. 150/2022 in tema di estensione del regime di procedibilità a querela. Le parole utilizzate dal Ministro Nordio in apertura della [relazione al disegno di legge](#) sfociato nella legge 60 sono univoche e nette: “si ritiene di confermare l’intervento [realizzato con la riforma Cartabia] in quanto, nell’ambito degli impegni assunti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, è opportuno favorire [gli] effetti deflativi” perseguiti dalla riforma attraverso l’ampliamento del catalogo dei reati procedibili a querela.

Va senz’altro salutata con favore la circostanza che, in questa occasione, il Governo e la maggioranza parlamentare non si siano fatti ingannare dagli ingiustificati quanto diffusi allarmismi dei mesi scorsi, che drogano il dibattito pubblico rischiando di innescare reazioni populistico-repressive, simboliche e ineffettive. È prevalsa, come emerge dalle parole del Ministro, la responsabilità di confermare gli impegni assunti con la Commissione Europea attraverso il PNRR.

Il vero allarme, infatti, non è quello di alcuni reati non particolarmente gravi (tutti con pena detentiva minima non superiore a due anni) resi procedibili a querela; è quello degli ancora patologici (per quanto in via di miglioramento) tempi del processo penale, che devono essere ridotti del 25% entro il 2026. Ebbene, la riforma Cartabia è intervenuta sulla procedibilità a querela perché questa misura promette effetti di riduzione del carico giudiziario: *sia* per la diminuzione delle notizie di reato (mancate querele), *sia* per la definizione anticipata dei procedimenti conseguente alla remissione della querela *ex art.* 152 c.p. o a condotte riparatorie *ex art.* 162 *ter* c.p. Per questo è auspicabile che il Ministero della Giustizia, anche attraverso il Comitato per il monitoraggio dell’efficienza del processo penale, rilevi e renda al più presto noti i dati statistici relativi al numero dei procedimenti iscritti per i reati resi procedibili a querela e al numero delle definizioni anticipate dei relativi procedimenti, per remissione della querela o estinzione del reato per condotte riparatorie.

3. Veniamo, ora, ai contenuti della legge 60/2023, che persegue due obiettivi: a) escludere la procedibilità a querela in presenza di determinate aggravanti; b) consentire l’arresto obbligatorio in flagranza, per reati procedibili a querela, anche quando questa non viene presentata all’ufficiale o all’agente di polizia giudiziaria presente sul luogo, perché non si riesce a rintracciare la persona offesa.

4. Quanto al primo profilo, la legge (art. 1) interviene su due aggravanti comuni previste nella parte speciale del codice penale, stabilendo che, ove ricorrano quelle

aggravanti, si procede sempre d'ufficio: anche, pertanto, quando per il reato cui si riferisce l'aggravante è prevista la procedibilità a querela. Le aggravanti in questione sono quelle del metodo mafioso (art. 416-bis.1 c.p.) – già prevista dall'art. 7 d.l. n. 152/1991 – e della finalità di terrorismo (art. 270-bis.1 c.p.) – già prevista dall'art. 1 d.l. n. 625/1979). L'intervento è realizzato aggiungendo ai due citati articoli del codice penale un ultimo comma ai sensi del quale *“per i delitti aggravati dalla circostanza di cui al primo comma si procede sempre d'ufficio”*.

Rispettivamente da 22 e da 44 anni le aggravanti comuni di cui agli artt. 416-bis.1 c.p. 270-bis.1 c.p. sono riferibili anche a reati procedibili a querela; la riforma Cartabia si è limitata ad estendere il numero di quei reati. Ben prima della riforma Cartabia era possibile, pertanto, che fossero procedibili a querela reati aggravati dal metodo mafioso o della finalità di terrorismo. La nuova legge rende ora procedibili d'ufficio i reati così aggravati. L'intervento è a nostro avviso ragionevole per due motivi: a) perché quelle aggravanti sono espressive di un'offesa a beni giuridici di rilievo pubblicistico e privano il fatto e l'offesa di una dimensione meramente privatistica, che sola giustifica la procedibilità a querela; b) perché, per quanto riguarda il metodo mafioso, le condizioni che aggravano il reato possono con ogni probabilità pregiudicare la libertà di presentare una querela. La forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo, la condizione di assoggettamento e di omertà, è incompatibile con la logica della procedibilità a querela, che presuppone la normale possibilità di manifestare liberamente, senza pressioni, la volontà e l'interesse a procedere.

Come ricorda la relazione illustrativa dell'originario disegno di legge, la tecnica normativa che esclude la procedibilità a querela in presenza di determinate aggravanti comuni non è nuova: l'art. 6, co. 1 del d.l. n. 122/1993 prevede che la procedibilità d'ufficio tutte le volte in cui ricorre l'aggravante della finalità di discriminazione o odio etnico o razziale o religioso, di cui all'art. 604 *ter* c.p.

La legge 60/2023 (art. 2) modifica poi l'art. 71, co. 1 del codice antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) inserendo il delitto di lesioni personali dolose (art. 582 c.p.) tra quelli per i quali le pene sono aumentate, da un terzo alla metà, se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale, durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione. L'estensione alle lesioni personali di tale aggravante fa sì, in virtù del disposto del secondo comma dello stesso art. 71 del codice antimafia, che si proceda d'ufficio; anche, pertanto, in relazioni alle lesioni personali lievi, rese procedibili a querela dal d.lgs. n. 150/2022. Anche in questo caso si tratta, a nostro avviso, di un intervento ragionevole: come si legge nella relazione che accompagna il disegno di legge, l'aggravante di cui all'art. 71, co. 1 è oggi riferibile anche a reati meno gravi – pure oggetto dell'intervento realizzato con il d.lgs. n. 150/2022 – quali la violenza privata e la minaccia.

4.1. Va ricordato che, nelle ipotesi considerate, la procedibilità d'ufficio introdotta dalla legge 60/2023 resta ferma anche all'esito dell'eventuale giudizio di bilanciamento delle aggravanti con concorrenti circostanze attenuanti. Quanto a tutte e tre le aggravanti di cui sopra, infatti, vale la regola generale, accolta dal diritto vivente, secondo cui il

giudizio di subvalenza o di equivalenza di circostanze aggravanti non rende procedibile a querela un reato procedibile d'ufficio nell'ipotesi aggravata (cfr., da ultimo, Cass. Sez. II, 21.12.2020, n. 22952, Sadik, Rc. 281454-01). Quanto poi alle aggravanti del metodo mafioso e della finalità di terrorismo, va segnalata, ancor prima, una considerazione assorbente: il divieto di prevalenza o di equivalenza di circostanze attenuanti (con la sola eccezione di quelle di cui agli artt. 98 e 114 c.p.) rispetto a quelle aggravanti (cfr. artt. 270-bis.1, co. 2 e 416-bis.1, co. 2 c.p.).

Un diverso discorso, invece, ci sembra possa essere fatto con riguardo alle attenuanti della dissociazione e della collaborazione, previste per i reati con finalità di terrorismo e per i reati commessi con metodo mafioso, rispettivamente, dagli artt. 270-bis.1, co. 3 e 416-bis.1, co. 3. Per espressa previsione normativa (artt. 270-bis.1, co. 4 e 416-bis.1, co. 4), quelle attenuanti rendono inapplicabili le rispettive aggravanti e pertanto, a noi pare, conservano la procedibilità a querela dei reati considerati.

Quanto ai profili di diritto intertemporale, va ricordato che, secondo giurisprudenza consolidata, le modifiche del regime di procedibilità sono riconducibili alla disciplina in tema di successione di leggi penali di cui all'art. 2 c.p. Ciò sul presupposto che la querela è istituto di "natura mista, sostanziale e processuale...", che costituisce nel contempo condizione di procedibilità e di punibilità" (v. già Cass., Sez. III, 8.7.1997, n. 2733, Rv. 209188 e, da ultimo, Cass., Sez. II, 9.1.2020, n. 14987, Rv. 279197). Ne consegue che, in ipotesi di modifiche del regime di procedibilità che, come nel caso degli artt. 1 e 2 della legge 60 del 2023, diano vita a un regime peggiore introducendo la procedibilità d'ufficio per un reato precedentemente procedibile a querela, è senz'altro applicabile l'art. 2, co. 1 c.p., cioè il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente, costituzionalizzato dall'art. 25, co. 2 Cost. (cfr., da ultimo, Cass., Sez. II, 1.2.2022, n. 4800, Rv. 282624; Cass., Sez. IV, 16.1.2019, n. 13577, Rv. 275709). Le disposizioni della legge 60/2023, che comportano la procedibilità d'ufficio di reati prima procedibili a querela, sono pertanto applicabili solo per i fatti commessi dopo il 16 giugno 2023, data di entrata in vigore della legge stessa.

5. Se le modifiche in tema di procedibilità d'ufficio interessano la parte speciale del diritto penale – le sole figure di reato aggravate ai sensi delle tre citate circostanze – gli interventi della legge 60 del 2023 in materia di arresto in flagranza hanno invece portata generale: interessano, infatti, la disciplina del codice di procedura penale per il caso di arresto in flagranza di reato procedibile a querela.

Come è noto, da sempre (già nel codice di procedura penale del 1930) la legge consente l'arresto in flagranza, obbligatorio o facoltativo, anche per reati procedibili a querela. In questo caso, la regola – comune all'arresto obbligatorio (art. 380, co. 3 c.p.p.) e facoltativo (art. 381, co. 3 c.p.p.) – è che "l'arresto in flagranza è eseguito se la querela viene proposta, anche con dichiarazione resa oralmente all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria presente nel luogo. Se l'avente diritto dichiara di rimettere la querela, l'arrestato è posto immediatamente in libertà". Nella flagranza del reato (cioè nel luogo in cui viene colto il sospetto autore) – in sostanza – ad oggi deve essere presente (o immediatamente reperibile) anche la persona offesa, titolare del diritto di querela. La presenza della vittima sul luogo in cui deve essere eseguito l'arresto in flagranza può

non essere problematica per alcuni reati procedibili a querela; ad esempio, per la violenza sessuale, le lesioni personali dolose, il sequestro di persona, nonché, in via di principio, per tutti i reati in cui, di norma, la persona offesa, sul cui corpo ricade immediatamente la condotta delittuosa, è presente sulla scena del reato. Con ogni probabilità è proprio a queste situazioni che pensava il legislatore del 1930, quando ha concepito la disposizione poi replicata nel “nuovo” codice di rito. Viceversa, rispetto a non pochi reati procedibili a querela può capitare in un rilevante numero di casi che la vittima non sia presente e comunque rintracciabile e che, pertanto, non sia in grado di presentare la querela alla polizia giudiziaria presente sul luogo. Si pensi, ad esempio, alla violazione di domicilio, al furto e all’appropriazione indebita. In questi casi, la mancata presentazione della querela impedisce l’arresto e può frustrare le esigenze precautelari e di sicurezza pubblica. Il rischio concreto è in particolare quello della fuga, soprattutto quando si tratti di persone non identificate o di dubbia identificazione. Alcuni casi di cronaca oggetto di attenzione mediatica, nei mesi scorsi, hanno riguardato proprio casi in cui non è stato possibile procedere all’arresto in flagranza di autori di furti.

L’art. 3 della legge 60/2023 modifica per la prima volta l’assetto tradizionale della disciplina in materia stabilendo, per il solo arresto obbligatorio in flagranza, che questo può essere effettuato anche in assenza della querela, che però deve essere presentata entro 48 ore, pena la liberazione dell’arrestato. Più precisamente, si consente il solo arresto obbligatorio in flagranza quando la querela non è contestualmente proposta perché la persona offesa non è prontamente rintracciabile, purché la querela possa ancora sopravvenire (perché non è stata manifestata la volontà di rinuncia). Se la querela non è proposta nel termine di 48 ore dall’arresto oppure se l’avente diritto dichiara di rinunciarvi o rimette la querela proposta, “l’arrestato è posto immediatamente in libertà”.

Si prevede che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno proceduto all’arresto debbano effettuare tempestivamente ogni utile ricerca della persona offesa, entro le 48 ore. E si ribadisce poi che, quando la persona offesa è presente – ovvero è rintracciata, – la querela può essere proposta anche con dichiarazione resa oralmente all’ufficiale o all’agente di polizia giudiziaria, ferma restando – ed è questa una novità che realizza un opportuno coordinamento con la riforma Cartabia – la necessità di rendere alla persona offesa, anche con atto successivo, le informazioni di cui all’articolo 90-bis c.p.p., come modificato dal d.lgs. n. 150/2022.

Questo, per comodità di lettura, il testo del nuovo comma 3 dell’art. 380 c.p.p.:
“Se si tratta di delitto perseguibile a querela e la querela non è contestualmente proposta, quando la persona offesa non è prontamente rintracciabile, l’arresto in flagranza, nei casi di cui ai commi 1 e 2, è eseguito anche in mancanza della querela che può ancora sopravvenire. In questo caso, se la querela non è proposta nel termine di quarantotto ore dall’arresto oppure se l’avente diritto dichiara di rinunciarvi o rimette la querela proposta, l’arrestato è posto immediatamente in libertà. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno proceduto all’arresto effettuano tempestivamente ogni utile ricerca della persona offesa. Quando la persona offesa è presente o è rintracciata ai sensi dei periodi precedenti, la querela può essere proposta anche con dichiarazione

resa oralmente all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria, ferma restando la necessità di rendere alla persona offesa, anche con atto successivo, le informazioni di cui all'articolo 90-bis".

5.1. Come si è detto, l'intervento del legislatore interessa sostanzialmente l'arresto obbligatorio in flagranza, limitandosi, quanto all'arresto facoltativo, a prevedere nell'art. 381, co. 3 c.p.p. la necessità di rendere alla persona offesa, anche con atto successivo, le informazioni di cui all'articolo 90-bis.

5.2. Rispetto all'originario disegno di legge, nel corso dei lavori parlamentari sono state poi inserite due disposizioni necessarie per coordinare la nuova disciplina con quella della convalida dell'arresto e del giudizio direttissimo. Viene aggiunto, negli artt. 449, co. 3 e 558, co. 6 c.p.p. il seguente periodo: *"Nel caso di arresto effettuato ai sensi dell'articolo 380, comma 3, il giudice, se l'arresto è convalidato, quando manca la querela e questa può ancora sopravvenire, sospende il processo. La sospensione è revocata non appena risulti sopravvenuta la querela o la rinuncia a proporla oppure, in ogni caso, decorso il termine previsto dalla legge per la proposizione"*. La novità introdotta con la possibilità, in caso di arresto obbligatorio, di presentare la querela entro 48 ore, rende possibile – come conferma la disposizione qui riportata – la convalida dell'arresto in assenza della condizione di procedibilità. In questo caso, se manca la querela (che può ancora sopravvenire, perché non ritirata o rimessa), il giudice deve sospendere il processo. Viene dunque introdotta una ipotesi di sospensione del giudizio direttissimo, al quale non può procedersi in assenza dell'intervenuta condizione di procedibilità. Se la querela non interviene in tempo utile, non può procedersi al rito direttissimo e l'arrestato deve essere liberato; non potrà peraltro lamentare una ingiusta detenzione, atteso che la querela non è più un presupposto per l'arresto obbligatorio in flagranza.

Il termine di 48 ore previsto per rintracciare la persona offesa ai fini della querela, funzionale all'arresto in flagranza, coincide con il termine massimo per la richiesta di convalida da parte del pubblico ministero (convalida che, come è noto, deve poi intervenire entro le successive 48 ore). Le citate nuove disposizioni, in tema di sospensione del giudizio direttissimo, sono state introdotte immaginando che il pubblico ministero ben possa portare l'arrestato davanti al giudice, per la convalida, prima dello spirare del termine di 48 ore. È quel che avviene normalmente in alcune sedi, come a Milano, dove gli arrestati vengono portati la mattina seguente davanti al giudice per la convalida. In questo caso, la convalida sarà possibile, senza la querela, fermo restando però che, non potendosi applicare una misura cautelare in difetto di condizione di procedibilità, l'arrestato dovrà essere rimesso in libertà. L'art. 273, co. 2 c.p.p., infatti, esclude l'applicabilità delle misure cautelari se risulta che il fatto è stato commesso in presenza di una "causa di non punibilità": il che ricorrerebbe, secondo la giurisprudenza, anche quando manca una condizione di procedibilità (cfr., ad es., Cass. Sez. VI, 25.2.2016, n. 8618).

È dunque verosimile che, per salvaguardare le esigenze cautelari il più possibile, in difetto della querela il pubblico ministero 'consumi' l'intero termine di 48 ore per rintracciare la persona offesa. Un effetto collaterale della legge in commento è allora essere quello di prolungare di fatto, rispetto ad oggi, la limitazione della libertà

personale per gli arrestati per i meno gravi reati procedibili a querela. Ciò pone il problema, anche logistico, del possibile prolungato trattenimento degli arrestati nelle camere di sicurezza, prima di essere portati davanti al giudice; un trattenimento che può e deve tuttavia già a legislazione vigente essere opportunamente evitato, a favore dell'applicazione, se e in quanto possibile, dell'arresto nel domicilio (cfr. art. 558, co. 4 *bis* c.p.p.).

5.3. La limitazione dell'arresto 'in attesa della querela' ai soli casi di arresto obbligatorio è motivata in ragione della ritenuta opportunità di circoscrivere la misura ai casi più gravi. Senonché tra i reati per i quali è possibile l'arresto facoltativo in flagranza ve ne sono non pochi procedibili a querela, per i quali la legge Nordio non risolve il problema agitato sui media in questi media, che è destinato a riemergere al primo caso di mancato arresto, per irreperibilità sul posto della persona offesa. Si pensi alle lesioni personali dolose lievi, al sequestro di persona, alla violenza privata, alla violazione di domicilio, al furto semplice o aggravato dall'uso del mezzo fraudolento o dalla destrezza, al furto del bagaglio, al furto di cose esposte alla pubblica fede (come le autovetture parcheggiate per strada) o destinate a pubblico servizio/utilità, al furto all'interno dei mezzi di trasporto pubblico, o a danno di persona che fruito di un bancomat, alla truffa e all'appropriazione indebita. In tutti questi casi, l'assenza/irreperibilità della persona offesa sul luogo della flagranza del reato impedisce e continuerà ad impedire l'arresto, pur dopo l'approvazione della legge Nordio. Come abbiamo cercato di mostrare in altra sede, sarebbe stata possibile e ragionevole trovare una soluzione normativa anche rispetto alla flagranza di questi reati: il carattere facoltativo dell'arresto non toglie che, ove si ritenga di effettuarlo – *per la gravità del fatto o per la pericolosità del soggetto* (cfr. art. 381, co. 4 c.p.p.) – l'assenza/irreperibilità della persona rappresenti un impedimento che sacrifica le esigenze precautelari e di sicurezza pubblica. Il disallineamento della disciplina dell'arresto facoltativo, rispetto a quello obbligatorio, prospetta ora possibili dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo dell'art. 3 Cost. La discrezionalità del legislatore, forse, non ha tenuto adeguatamente in considerazione le ragioni normative che legittimano l'arresto facoltativo, rappresentandone un presupposto.

Ciò, beninteso, sulla premessa della legittimità costituzionale, a monte, della scelta di consentire l'arresto obbligatorio in assenza di una querela che può sopravvenire. A tal riguardo, [come abbiamo osservato in altra sede, alla quale rinviamo il lettore](#) (ivi, in particolare, § 3.5), a noi pare che tale scelta sia conforme ai principi costituzionali e trovi conferma in altre disposizioni presenti nel sistema: l'art. 343, co. 3 c.p.p., che prevede che il fermo e le misure cautelari personali siano consentiti, prima dell'autorizzazione a procedere, quando la persona è colta nella flagranza di un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; l'art. 85, co. 2 d.lgs. n. 150/2022, come modificato in sede di conversione del d.l. n. 162/2022, che prevede, nell'ambito della disciplina transitoria della riforma Cartabia, che le misure cautelari in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della riforma, per reati che erano procedibili d'ufficio e che sono stati resi procedibili a querela, perdono efficacia se, entro venti giorni, non viene presentata la querela.

**CONCORSI PUBBLICI “TURBATI”:
PER LA CASSAZIONE È CONFIGURABILE L’ABUSO D’UFFICIO
MA NON LA TURBATIVA D’ASTA:
UN ESEMPLARE CASO DI VUOTO DI TUTELA CHE SI PROSPETTA CON
L’ABROGAZIONE DELL’ART. 323 C.P.**

Cass. Sez. VI, 10.5.2023 (dep. 16.6.2023), n. 26225, Pres. Fidelbo, Rel. Gallucci, ric. M.

di Gian Luigi Gatta

1. Succede questo. Il giovedì il Consiglio dei Ministri approva un disegno di legge per abrogare la norma che incrimina l’abuso d’ufficio sul presupposto che vi sarebbero tante archiviazioni e assoluzioni e pochissime condanne per quel reato e che – con le parole del Ministro Nordio in [conferenza stampa](#) – non si realizzerebbe alcun vuoto di tutela “perché l’arsenale normativo di cui disponiamo per combattere i pubblici amministratori infedeli è il più aggressivo d’Europa...concetto che ho espresso l’altro giorno al Commissario Europeo Reynders”. Il venerdì la Sesta Sezione della Corte di cassazione deposita una sentenza (pronunciata all’udienza del 10 maggio scorso) con la quale conferma una condanna per abuso d’ufficio (a riprova che esistono ancora condanne per quel reato che resistono fino al terzo grado di giudizio) e, nell’annullare una condanna per turbativa d’asta in relazione ad altro capo d’imputazione, si preoccupa di precisare come non si determini alcun vuoto di tutela perché le condotte contestate erroneamente come turbativa d’asta sono riconducibili alla norma che incrimina l’abuso d’ufficio.

Come a dire: quel che non è turbativa d’asta può essere abuso d’ufficio. Non è inesatto allora, come invece ha sostenuto il Ministro Nordio, affermare che con l’abrogazione della norma sull’abuso d’ufficio si realizzerebbero vuoti di tutela. La Cassazione ne ha infatti individuato il giorno dopo già uno: i fatti non riconducibili a turbativa d’asta perché relativi a procedure che riguardano non l’acquisizione di beni o servizi ma l’assunzione di personale nella pubblica amministrazione con procedure che implicano una valutazione comparativa: i concorsi pubblici.

2. Procediamo per gradi partendo dai fatti oggetto della sentenza. Il direttore di un ente pubblico (un ente-parco) viene condannato dal Tribunale e poi dalla Corte d’Appello di Milano nell’ambito di una vicenda relativa a una procedura di mobilità del personale interna alla pubblica amministrazione. Il direttore, che aveva uno stabile rapporto sentimentale con una donna interessata al posto di Istruttore direttivo tecnico messo a bando per mobilità interna, viene in particolare condannato in primo e in secondo grado per abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) e per turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.).

La condanna per abuso d'ufficio è motivata in ragione dell'omissione dell'obbligo di astensione del direttore del Parco, imposto, tra l'altro, dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici avendo egli un conflitto di interessi derivante dal rapporto sentimentale con la candidata al posto, alla quale procurava un ingiusto vantaggio patrimoniale. La candidata, che si trovava in graduatoria in un concorso presso un comune, è stata infatti assunta presso il Parco. Un ulteriore addebito, per tentato abuso d'ufficio, riguarda poi l'illegittima attribuzione di un contratto di consulenza a un possibile concorrente al posto in mobilità, per evitare che questi presentasse domanda. Tutti fatti – si noti per inciso – che con l'abrogazione dell'art. 323 c.p. non costituirebbero più reato.

La condanna per turbata libertà degli incanti è stata motivata, invece, in ragione dell'allontanamento di altri possibili candidati, della riduzione illegittima del termine di pubblicazione del bando e di condizioni immotivatamente restrittive per la presentazione delle domande, tali da ostacolare la partecipazione.

3. Con la sentenza che può leggersi in allegato, la Sesta Sezione della Corte di cassazione conferma la condanna per abuso d'ufficio e annulla invece la condanna per turbata libertà degli incanti. Secondo la S.C., i concorsi per l'accesso a impieghi pubblici o le connesse procedure di mobilità del personale tra diverse amministrazioni non rientrano nelle "gare" tutelate dall'art. 353 c.p., che è applicabile solo a procedure per l'acquisizione di beni o servizi. Con una interpretazione costituzionalmente orientata, la Cassazione afferma che all'estensione applicativa della turbativa d'asta alle procedure per l'assunzione/reclutamento di personale "osta il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale". La Cassazione richiama il divieto di analogia *in malam partem* e i principi affermati dalla Corte costituzionale, di recente, nella sentenza n. 98 del 2021, che ha ricordato come non è tollerabile che la sanzione penale colpisca l'individuo "per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore". Secondo la Cassazione, l'applicazione dell'art. 353 c.p. a procedure che non concernono l'acquisizione di beni e servizi da parte della p.a. eccede in modo evidente l'ambito dei significati attribuibili alla nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni" utilizzato dal legislatore nella fattispecie incriminatrice.

4. La Cassazione, dopo aver annullato la condanna per turbata libertà degli incanti "perché il fatto non sussiste", si è preoccupata di aggiungere che condotte come quelle contestate possono essere ricondotte all'art. 323 c.p. e integrare, pertanto, un abuso d'ufficio. Nessun vuoto di tutela, dunque, almeno finché l'art. 323 c.p. non sarà abrogato.

5. La sentenza della Sesta Sezione è interessante per più aspetti, e lo è ancor più all'indomani della proposta governativa di abolire il reato di abuso d'ufficio. Il dato più importante – la notizia – è che la Cassazione, chiamata ad affrontare un caso di turbativa d'asta relativo a un concorso per il personale della p.a. messo a bando con procedura di valutazione comparativa, mette uno stop all'interpretazione estensiva del concetto di

“gara” accolta nella propria giurisprudenza: per quanto possa essere esteso, quel concetto, in ossequio al divieto di analogia *in malm partem*, non può comprendere le procedure di valutazione comparativa per l’assunzione del personale, nell’ambito di concorsi pubblici.

È un principio molto rilevante, che promette ulteriori applicazioni, a cominciare da quella dei concorsi universitari. Alcuni procedimenti penali relativi alla “turbativa” di concorsi per professori universitari, avviati da diverse procure, ruotano infatti attorno a contestazioni del delitto di cui all’art. 353 c.p. (o del delitto di cui all’art. 353 *bis* c.p., quanto alla formazione del bando; un delitto che pure, come afferma in un *obiter dictum* la sentenza qui annotata, non può riguardare procedure concorsuali per il reclutamento del personale).

I concorsi “turbati” per avvantaggiare o danneggiare un candidato, senza un corrispettivo in denaro o altra utilità, non integrano le fattispecie di corruzione e, afferma la sentenza qui annotata, non sono nemmeno riconducibili alla turbativa d’asta, che riguarda solo procedure per l’acquisizione di beni o servizi. Arriviamo allora al punto, di scottante attualità. La Sesta Sezione tiene a precisare che non vi è alcun vuoto di tutela perché la turbativa di quei concorsi integra un abuso d’ufficio. E proprio questo reato è stato ad esempio contestato nella nota vicenda del commissario del concorso per magistratura recentemente denunciato per un tentativo di broglio, teso ad avvantaggiare un candidato (l’imputato, da quanto si apprende dalla stampa, è sottoposto alla messa alla prova e sta quindi così rispondendo del reato addebitatogli). Qui però adesso casca l’asino: se venisse abrogato l’art. 323 c.p. nessuna sanzione penale sarebbe applicabile a chi “turba” concorsi pubblici.

I pubblici ministeri sanno, da ora, che la contestazione della turbativa d’asta – avanzata in non pochi procedimenti per concorsi pubblici, anche universitari – rischia di cadere in Cassazione, mentre quella dell’abuso d’ufficio rischia di cadere nel nulla per effetto dell’abrogazione da parte del Parlamento, se il disegno di legge presentato dal Ministro Nordio non sarà emendato. Chi è intenzionato a turbare i concorsi ha meno paura; non è la paura della firma dei sindaci, cui pensa il Governo, ma è una paura che viene meno – con preoccupanti conseguenze sul piano della prevenzione – per effetto della proposta di una incondizionata e cieca abolizione di una fattispecie di chiusura del sistema che, come mostra la sentenza annotata, lascerebbe intollerabili e irragionevoli vuoti di tutela.

6. Vi è poi un altro aspetto che emerge dalla sentenza annotata, del tutto negletto nel dibattito di questi giorni. La pur criticabile riforma del 2020 (sulla quale sia consentito rinviare a un nostro intervento pubblicato nell’immediatezza [su questa Rivista](#)) non si era spinta così avanti da privare di rilevanza penale la condotta di abuso d’ufficio realizzata mediante l’omessa astensione del pubblico ufficiale o dell’incaricato di un pubblico servizio in presenza di un conflitto di interesse. Quella condotta era penalmente rilevante prima del 2020 e lo è ancora oggi; non lo sarebbe più, invece, se venisse accolta dal Parlamento la proposta del Governo. È ragionevole e accettabile, in un Paese che peraltro ha una travagliata storia nei rapporti con il conflitto di interessi e la relativa regolazione, cancellare la previsione dell’abuso d’ufficio che punisce il

conflitto di interesse dell'amministratore pubblico, evidentissima in casi come quello oggetto della sentenza annotata? Per quanto si possa essere favorevoli, come lo è in via di principio chi scrive, a un ritirarsi del diritto penale rispetto a strumenti di tutela offerti da altri rami dell'ordinamento, è lecito in questo caso dubitarne. Il problema della "paura della firma" e della c.d. burocrazia difensiva può e deve, ragionevolmente, trovare una soluzione diversa dall'abrogazione secca dell'art. 323 c.p.: è la soluzione facile ma dannosa a un problema complesso.

Perché allora – sia consentita una provocazione finale – non abrogare anche l'art. 2634 c.c., che punisce come "infedeltà patrimoniale" il conflitto di interesse nella sfera privata del diritto penale di imprese e società? È ragionevole punire il conflitto di interesse dei soli amministratori privati e non anche di quelli pubblici? È verosimile, d'altra parte, che anche i dati sulle condanne per quest'altro reato evidenzino numeri risicati...

COSTITUZIONALMENTE ILLEGITTIMO L'AUTOMATICO DINIEGO DEL RINNOVO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO PER LAVORO IN CASO DI CONDANNA PER FATTI DI LIEVE ENTITÀ

C. cost., sent. 9 marzo 2023 (dep. 8 maggio 2023), n. 88, Pres. Sciarra, Red. San Giorgio

di Candida Mistrorigo

1. Con la [sentenza in commento](#), la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 3 e 117, primo comma Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), il combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 ("Testo Unico Immigrazione", "TUI"), nella parte in cui ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro, anche quelle – pur non definitive – per il reato di cui all'art. 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti "TUS") e le ipotesi di condanna definitive per il reato di cui all'art. 474, secondo comma, del codice penale.

2. Più in particolare, con due ordinanze di contenuto analogo il Consiglio di Stato ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 comma 3, del Testo Unico Immigrazione (in seguito la questione di legittimità costituzionale è stata estesa al combinato disposto degli artt. 4, comma terzo e 5 comma quinto del TUI¹). Nella prima ordinanza² il TUI viene censurato in relazione al reato di cui all'art. 73 comma 5 TUS in quanto – richiamando tutti i "reati inerenti agli stupefacenti" – annovera anche tale fattispecie di reato (meglio nota come "spaccio di lieve entità") tra quelle automaticamente ostative al rilascio ovvero al rinnovo del permesso di soggiorno.

¹ Ciò in quanto è il combinato disposto delle due norme che associa la commissione di reati ostativi (e la conseguente condanna) alla impossibilità di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno e della conseguente possibilità di espulsione c.d. "amministrativa" (come conseguenza del mancato possesso del permesso).

² Relativamente alla prima ordinanza, il giudice *de quo* ha riferito di dover decidere su un appello presentato al TAR della Lombardia (nel caso della ordinanza iscritta al n. 97 reg. ord. 2022) in cui si era rigettato il ricorso di uno straniero la cui istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro era stata respinta dal Questore per l'esistenza di una condanna del richiedente alla pena di mesi cinque e giorni dieci di reclusione per il reato di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990. Il ricorso presentato al TAR era stato respinto ai sensi dell'art. 4 comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 a causa della condanna per un "reato ostativo, pertanto automaticamente preclusivo al rilascio del rinnovo".

Analogamente, la stessa disposizione del TUI è stata censurata dalla seconda ordinanza³ nella parte in cui prevede che il reato di cui all'art. 474 (rubricato "Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi") sia automaticamente ostativo al rilascio ovvero al rinnovo del permesso di soggiorno. In entrambe le ordinanze di rimessione si precisa che il titolare del permesso di soggiorno da rinnovare non ha legami familiari sul territorio nazionale, risultando quindi non applicabile la previsione di cui all'art. 5, comma 5, secondo periodo, del d.lgs. n. 286 del 1998, che "mitiga" l'automatismo censurato.

La questione viene sollevata in quanto il giudice rimettente dubita della legittimità costituzionale del descritto automatismo per violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, censurando, in particolare, il contrasto con i canoni di proporzionalità e di ragionevolezza. Secondo il giudice rimettente infatti il legislatore, con una scelta «troppo pregiudizievole della sfera del privato», avrebbe equiparato, quanto all'effetto ostativo al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno, fattispecie di minore entità (pur penalmente rilevanti) «con reati gravi, quali, ad esempio, l'omicidio e la violenza sessuale», e avrebbe così determinato un sacrificio della posizione giuridica dello straniero «che non risponde a necessità e può risultare, in taluni casi, ingiustificatamente discriminatorio» ovvero «eminentemente sproporzionato».

3. Prima di procedere alla disamina della pronuncia, pare utile illustrare al lettore alcuni istituti di diritto dell'immigrazione rilevanti nel caso di specie.

a) La normativa rilevante per un soggetto straniero che vuole soggiornare nello stato italiano (per motivi non turistici) è inserita nel Testo unico immigrazione e il suo regolamento di attuazione (d.P.R. 394/1999). Ai sensi dell'art. 4 TUI, con il termine "permesso di soggiorno" si intende un documento che viene rilasciato dallo Stato – nel caso in cui lo straniero sia in possesso di determinati requisiti – che permette ad un soggetto di soggiornare legalmente nel territorio nazionale. Il TUI prevede e regola diversi tipi di permesso di soggiorno in base alla tipologia di visti di ingresso previsti dal nostro ordinamento (ad esempio permesso di soggiorno per motivi familiari, per protezione speciale, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo). Il permesso ha una durata predeterminata, al termine del quale esso va rinnovato.

b) La disciplina relativa al rinnovo è contenuta nell'art. 5 TUI. La procedura per il rinnovo richiede all'amministrazione di esaminare (nuovamente) se il soggetto interessato risulti in possesso dei requisiti per il rilascio di un determinato permesso. Ne consegue quindi che il rinnovo potrà essere rifiutato ove tali requisiti siano mancanti. È altresì importante sottolineare che, nel caso in cui un soggetto si trovi con un permesso

³ Relativamente alla seconda ordinanza (n. 99 reg. ord. 2022), il Consiglio di Stato riferisce di dover decidere sull'appello promosso contro una sentenza del TAR Liguria che ha respinto il ricorso di uno straniero al quale l'amministrazione aveva negato il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro in considerazione della condanna pronunciata con decreto penale per i reati di cui agli artt. 474 e 648 c.p. per vendita di merci con marchio contraffatto, sempre ai sensi dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998. Di questi due reati, solo il primo ha portata ostativa ai sensi del citato art. 4 TUI.

di soggiorno scaduto o non rinnovato, tale posizione viene considerata dall'ordinamento equivalente a quella di un soggetto privo di permesso di soggiorno (ossia irregolare sul territorio).

c) Tra i requisiti richiesti dal legislatore vi è anche l'assenza di condanne o procedimenti penali per alcuni tipi di reato: vi sono infatti reati che il legislatore ha individuato come connotati di gravità tale da costituire un *ostacolo* al rinnovo o al rilascio di un permesso di soggiorno (c.d. "reati ostativi", indicati all'art. 4 comma 3 TUI). Si tratta di reati comuni (come, ad esempio, alcuni reati contro il patrimonio, reati inerenti alla libertà sessuale o reati inerenti allo spaccio e alla detenzione di sostanze stupefacenti) che se commessi dallo straniero sarebbero però – secondo la logica del legislatore – sintomatici di una pericolosità sociale del soggetto tale da poter escludere *a priori* un rilascio/rinnovo di qualsiasi tipo di permesso di soggiorno.

d) Sempre nel TUI sono previste, per alcune categorie di soggetti, alcune "mitigazioni" che permettono, anche in assenza di requisiti, il rilascio/rinnovo del permesso. Ad esempio, all'art. 5 comma 5 del TUI è disciplinata la possibilità da parte della pubblica amministrazione di effettuare un vaglio sulla situazione concreta dello straniero (e, conseguentemente, di rilasciare comunque il permesso) nel caso in cui l'individuo sia nelle condizioni di poter richiedere il visto per motivi di ricongiungimento familiare.

Un ulteriore correttivo alla disciplina era previsto all'art. 19 TUI che indica le situazioni in cui l'espulsione e il respingimento dello straniero sono vietati. Il terzo e quarto periodo del comma 1.1. dell'art. 19 infatti vietavano l'allontanamento "qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare".

È rilevante tuttavia menzionare – così come fa la Corte nel caso di specie – che una recente novella legislativa (d.l. n. 20/2023, convertito con modificazioni in l. 5 maggio 2023, n.50, il c.d. "d.l. "Cutro") restringe l'ambito di applicazione di tale norma, predisponendo che nel caso di domanda per il rilascio del permesso di soggiorno (i) non debba più essere considerato quale parametro quello della tutela della vita privata e familiare dello straniero e che (ii) il permesso di soggiorno per protezione speciale non potrà più essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (abrogazione art. 6 co. 1 bis lett. a TUI).

e) Come menzionato precedentemente, per poter ottenere il permesso di soggiorno è necessario essere in possesso di determinate caratteristiche. Il soggetto che, per l'assenza dei requisiti previsti dalla legge o per il mancato rinnovo, si trova sprovvisto di permesso di soggiorno, sta soggiornando illegalmente nel territorio italiano ed è passibile di espulsione ossia di allontanamento dal territorio italiano (c.d. espulsione, di natura amministrativa o penale).

4. Con la sentenza in esame la Consulta torna a pronunciarsi in materia di diritto dell'immigrazione (in particolare nell'ambito del c.d. fenomeno della "*crimmigration*"⁴),

⁴ Con il termine "*crimmigration*" si intende descrivere la sovrapposizione tra strumenti penalistici e strumenti

censurando disposizioni legislative che introducono automatismi tali da incidere in modo sproporzionato e irragionevole sui diritti fondamentali degli stranieri.

Prima di argomentare nel merito, la Corte costituzionale ha proceduto a delimitare il *thema decidendum* relativamente ad entrambi i reati (le fattispecie all'esame della Corte hanno ad oggetto istanze di rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro) sia nello specifico relativamente alla fattispecie dell'art. 474 c. p. in quanto la pronuncia è relativa unicamente al reato previsto e punito dal secondo comma di tale disposizione che incrimina il commercio di prodotti con segni contraffatti.

5. Quanto al merito, come anticipato, la Corte costituzionale ha ritenuto le questioni fondate.

Più in particolare, la Corte si sofferma sulla compatibilità del diniego automatico al rilascio/rinnovo del permesso per una condanna relativa al c.d. "spaccio di lieve entità", estendendo le valutazioni anche in riferimento all'art. 474 comma 2.

In *primis*, viene ricostruita la genesi e lo scopo della norma, in particolare dell'automatismo incluso. La Corte sottolinea infatti che è solo a seguito della riforma del 2002 (l. 30 luglio 2002 n. 189, c.d. legge "Bossi-Fini") che la commissione di alcuni tipi di reato viene ricollegata al diniego del rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno. La modifica normativa del 2002 costruisce un sistema "bipartito" per l'individuazione delle fattispecie ostative, basato sulla enucleazione di due criteri concorrenti: l'uno di carattere misto (quantitativo-qualitativo) che, mediante il richiamo all'art. 380 commi 1 e 2 c.p.p., include tra i reati ostativi tutti quelli che prevedono l'arresto in flagranza obbligatorio⁵; l'altro, di natura solo qualitativa, fa rientrare tra i reati ostativi anche quelli specificamente individuati dalla norma (come ad esempio tutti i reati inerenti agli stupefacenti). Tra i reati considerati ostativi attraverso questo meccanismo rientra quindi sia il c.d. "piccolo spaccio" (in quanto il legislatore del 2002 richiama in generale i "reati inerenti gli stupefacenti"), sia quello previsto all'art. 474 c.p., il quale – spiega la Corte – tuttavia è stato originariamente previsto per il rilascio di un'unica tipologia di permesso di soggiorno ossia quello per motivi di lavoro autonomo. Solo nel 2009⁶ infatti l'art. 474 c.p. è stato incluso nella previsione generale dell'art. 4 TUI.

La Corte, quindi, sottolinea come è stato con la novella del 2002 che gli effetti *penali* dei reati individuati all'art. 4 TUI sono stati poi collegati alla misura dell'espulsione amministrativa e al venir meno del permesso di soggiorno sul territorio nazionale (13, comma 2, lettera b TUI).

di diritto amministrativo nella gestione del fenomeno migratorio. Si segnala come approfondimento G.L. GATTA, *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2018; G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Hart Publishing, Oxford, 2021; G. MENTASTI, *The criminalisation of migration in Italy: Current tendencies in the light of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, Vol. 13(4), p. 502–525.

⁵ Nell'articolo 380 c.p.p. le fattispecie di reato sono a loro volta individuate in base non solo al *quantum* di pena stabilito dalla legge (comma 1), ma anche alla classificazione per "tipologia" (comma 2).

⁶ L'art. 474 è stato introdotto quale reato ostativo nel TUI per mezzo dell'art. 1, comma 22, lettera a), numero 2), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica).

I giudici si soffermano poi sul possibile contrasto tra la norma censurata e il parametro della ragionevolezza e della proporzionalità di cui all'art. 3 Cost., in riferimento anche all'art. 8 CEDU (evocato come parametro interposto rispetto alla denunciata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.) in relazione a quelle fattispecie, incluse nell'elenco dei reati ostativi, che sono caratterizzate da un minor grado di offensività.

Relativamente al principio di proporzionalità, la Corte – come spesso affermato nella propria giurisprudenza⁷ – ribadisce che, in presenza di una questione concernente il bilanciamento di due diritti, il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del c.d. *test di proporzionalità* che richiede di valutare «se la norma censurata, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

La Corte evidenzia, in particolar modo, di essersi già soffermata⁸ sul bilanciamento tra diritti fondamentali e allontanamento dallo stato italiano. Di recente infatti la Consulta ha sostenuto che, relativamente a previsioni che implicano l'allontanamento dal territorio nazionale di uno straniero, vi è necessità di un “conveniente bilanciamento” tra le ragioni che giustificano la misura di volta in volta prescelta dal legislatore (come ad esempio la commissione di reati da parte dello straniero) e, dall'altra parte, le confliggenti ragioni di tutela del diritto dell'interessato – così come valorizzate dall'art. 8 CEDU – a non essere sradicato dal luogo in cui intrattienga la parte più significativa dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi⁹.

La Corte risponde inoltre alle argomentazioni presentate dall'Avvocatura dello Stato – che sottolinea il potere discrezionale del legislatore nelle scelte relative alla tutela dell'ordine pubblico, sicurezza e regolamentazione dei flussi migratori – evidenziando come sia sì riconosciuto un esercizio di discrezionalità nel prevedere casi di automatica revoca o negazione del permesso di soggiorno di fronte alla commissione di reati di una certa gravità; ma come tale scelta debba essere – conformemente al principio di proporzionalità – il risultato di un bilanciamento ragionevole e proporzionato ai sensi dell'art. 3 Cost.¹⁰. E come, tenuto conto dell'importanza del rispetto dei diritti di ciascun

⁷ *Ex plurimis*, sentenze n. 260 del 2021, n. 20 del 2019 e n. 137 del 2018.

⁸ In tema di mandato di arresto europeo: ordinanza n. 217 del 2021, di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. (notizia su *questa Rivista*).

⁹ Il giudice rimettente infatti ha portato all'attenzione della Corte l'evoluzione della giurisprudenza – nazionale e sovranazionale – in tema di principio di proporzionalità e in particolare dell'utilizzo del principio come parametro di bilanciamento tra la sicurezza pubblica e i diritti del singolo, in particolare della sua “vita privata” (principio valorizzato molto dall'art. 8 CEDU) che, nella giurisprudenza della Corte EDU, attiene «all'identità fisica e sociale della persona umana e non è suscettibile di una definizione esaustiva [finendo per tutelare] il diritto allo sviluppo personale, inteso come personalità o autonomia personale, comprendendo il diritto ad una vita sociale privata e, in via più generale, il diritto a partecipare alla crescita della società» - cfr. sent. 88/2023, p. 5.

¹⁰ Sentenza 3 luglio 2013, n. 202 (che richiama sentenza 2 luglio 2012, n. 172).

essere umano, la Corte aveva già in passato dichiarato costituzionalmente illegittime disposizioni legislative che, nella materia dell'immigrazione, introducevano automatismi tali da incidere in modo sproporzionato e irragionevole sui diritti fondamentali¹¹.

La necessità di bilanciare correttamente le scelte del legislatore nazionale e i diritti riconosciuti a ciascun individuo – sempre secondo i giudici – risulta coerente con le direttive giurisprudenziali dettate dalla Corte Edu¹² che, inoltre, ha individuato i criteri che consentono di individuare se la misura dell'allontanamento di uno straniero possa considerarsi “necessaria”, in una società democratica, e “proporzionata” allo scopo legittimo perseguito: criteri quali natura e serietà del reato commesso dallo straniero; lunghezza del suo soggiorno sul territorio nazionale; tempo trascorso dalla commissione del reato (considerando anche la condotta tenuta dallo straniero in tale frangente temporale); nazionalità delle persone coinvolte; situazione familiare dello straniero che dovrebbe essere allontanato¹³.

Successivamente, la Corte affronta il problema delle presunzioni correlate all'utilizzo di automatismi da parte del legislatore. Le presunzioni compatibili con il nostro ordinamento sono solo quelle che rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit* (*ex plurimis*, sentenze n. 253 del 2019, n. 268 del 2016, n. 213 e 57 del 2013). Nella sentenza si evidenzia come spesso le presunzioni assolute sono state soggette a censure costituzionali, in specie quando limitano un diritto fondamentale della persona: tali strumenti infatti possono minare il principio di uguaglianza nel caso in cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, siano *arbitrarie e irrazionali* (e quindi contrarie ad un giudizio secondo la formula dell'*id quod plerumque accidit*).

Riepilogata la propria giurisprudenza sui nodi salienti della questione, la Corte ha applicato i principi enunciati al caso concreto.

Relativamente al reato di cui all'art. 73 comma 5 del d.P.R. n. 309 del 1990, la Corte osserva che rientra sì nell'elenco dei reati ostativi di cui all'art. 4 comma 3 TUI ma, d'altra parte, è anche una previsione espressamente esclusa dal legislatore dal novero dei reati che consentono l'arresto obbligatorio in flagranza, rientrando invece al regime dell'arresto facoltativo. La Consulta segnala inoltre che si era già espressa sui reati per la quale è previsto l'arresto facoltativo quando, nell'ambito della disciplina dell'emersione degli stranieri dal lavoro irregolare¹⁴, aveva giudicato manifestamente irragionevole che il provvedimento amministrativo automatico di diniego scaturente da una condanna per reati previsti all'art. 381 c.p.p. potesse avere ricadute sulla regolarità del soggiorno dello straniero sul territorio nazionale. Ciò in quanto tali reati «non sono necessariamente sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi»¹⁵.

¹¹ Sentenze n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010.

¹² Cfr. giurisprudenza C. Edu: Ünner c. Olanda, 46410/99, 18 ottobre 2006.

¹³ Cfr. da ultimo: Otite c. Regno Unito, 18339/19, 27 dicembre 2022.

¹⁴ Sentenza 2 luglio 2012, n. 172.

¹⁵ Infatti, fisiologicamente, l'arresto per tali reati presuppone una valutazione in concreto circa la gravità del fatto commesso o la personalità del soggetto (art. 381, comma 4, c.p.p.), risultando la scelta quindi

Alla luce di tale precedente e, tenuto conto del principio di ragionevolezza, risulta quindi irragionevole che un giudizio sui medesimi reati porti a soluzioni diverse nelle due materie: davanti ad una condanna per il c.d. “piccolo spaccio”, l’amministrazione, nel caso di procedimento di emersione del lavoro irregolare (procedimento che permette poi il rilascio del permesso di soggiorno) può effettuare una valutazione in concreto sull’individuo; dall’altra parte nel caso in cui sia in atto un procedimento per il solo rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, la condanna comporta il diniego automatico di tale rilascio o rinnovo senza possibilità dell’amministrazione di operare alcuna valutazione discrezionale¹⁶.

Secondo la Corte, proprio per la natura “unitaria” del complessivo procedimento per l’ottenimento del permesso, si richiede che i due sub-procedimenti siano uniformati, a livello di disciplina, verso un unico e coerente modello¹⁷.

Relativamente alla presunzione di pericolosità tale da comportare un diniego del permesso di soggiorno dell’individuo condannato per il reato previsto all’art. 73 comma 5 TUS, la Consulta ritiene tale presunzione illegittima in quanto *arbitraria e irrazionale*. Se infatti, secondo il ragionamento espresso dalla giurisprudenza della Corte, le presunzioni assolute possono trovare spazio nel nostro ordinamento solo se non vi è la possibilità concreta di accadimenti contrari alla presunzione introdotta dalla norma censurata, nel caso di specie tali presunzioni sono superabili: è infatti razionalmente possibile ritenere che un giudizio di pericolosità correlato ad uno straniero che commetta il reato di cui all’art. 73 comma 5 TUS possa dare esito negativo; ciò in quanto, ad esempio, lo straniero potrà non essere ritenuto socialmente pericoloso sulla base di un giudizio che tenga conto di diversi parametri quali il fatto per la sua lieve entità, per le circostanze, per il tempo trascorso dalla commissione o per il percorso rieducativo eventualmente seguito dalla condanna. La presunzione quindi, tenuto conto del principio di proporzionalità, risulta una misura sproporzionata rispetto all’intento del legislatore che potrebbe essere attuato con strumenti meno afflittivi per lo straniero.

La Corte prosegue poi nella sua argomentazione affrontando la compatibilità delle norme censurate del TUI con la normativa sovranazionale. Il principio di proporzionalità, letto anche alla luce dell’art. 8 CEDU (v. sopra), risulta violato in quanto non vi è possibilità per l’amministrazione di valutare la situazione concreta dello straniero e il suo percorso di reinserimento nella società. Per una lettura costituzionalmente conforme della disposizione la Corte ritiene necessario che l’amministrazione possa effettuare un giudizio in concreto in sede di disamina della

subordinata «ad una specifica valutazione di elementi ulteriori rispetto a quelli consistenti nella mera prova della commissione del fatto» (sent. n. 172/2012).

¹⁶ È utile segnalare che la Corte nel 2017 era stata chiamata a valutare la legittimità del combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del TUI, (in relazione ad un caso in cui non era stato rilasciato un permesso di soggiorno sempre per una condanna al c.d. “piccolo spaccio” sebbene il procedimento di emersione del lavoro irregolare avesse avuto esito positivo) ma in tale ambito la Corte aveva rigettato la questione, ritenendo l’ordinanza inammissibile per contraddittorietà e lacunosità della motivazione dell’ordinanza di rimessione - sent. 8 febbraio 2017 n. 45.

¹⁷ Tale affermazione risulta già espressa dalla Corte nella sentenza sopra citata (sent. 45/2017).

domanda di rinnovo del permesso, al fine di evitare che tale valutazione si traduca in un giudizio astratto e quindi lesivo dell'art. 8 CEDU¹⁸.

Da ultimo la Corte sottolinea che le argomentazioni riferite all'art. 73 comma 5 del TUS sono estendibili alla fattispecie di cui all'art. 474 secondo comma c.p., alla quale in base alla cornice edittale (che arriva nel massimo a due anni di reclusione) non è applicabile nemmeno la figura dell'arresto in flagranza ex 381 c.p.p.

¹⁸ La Corte segnala anche che tale meccanismo risulta già presente nel nostro ordinamento e conforme al diritto UE: per le fattispecie di rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, a norma dell'art. 9 comma 4 del d.lgs. 286 del 1998, tale permesso non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, con la precisazione che, ai fini di valutare la pericolosità «si tiene conto» anche di eventuali condanne «per i reati previsti dall'articolo 380 c.p.p., nonché, limitatamente ai delitti non colposi, dall'articolo 381 c.p.p.». Da ciò la necessità che l'amministrazione sia chiamata a compiere, caso per caso, un proprio apprezzamento, in quanto la pericolosità non è fatta discendere dalla mera sussistenza di una sentenza di condanna penale. Correlativamente a ciò la Consulta ha anche già avuto modo di precisare che, nel giudizio di legittimità costituzionale di norme che limitano, nei confronti degli stranieri, il godimento di diritti fondamentali della persona, non può ammettersi una differenziazione tra la situazione di coloro che godono dello status di soggiornanti di lungo periodo rispetto a quella di coloro che, comunque, sono legalmente residenti sul territorio nazionale, sia pure in forza dell'ordinario permesso di soggiorno (sentenza 11 gennaio 2022, n. 54).

**PRESCRIZIONE E IMPROCEDIBILITÀ:
ALLA CAMERA PROVE TECNICHE
DI UNA ENNESIMA, IMPROVVIDA, RIFORMA**

A proposito dei disegni di legge n. 745, Costa, n. 893, Pittalis, n. 1036, Maschio

di Gian Luigi Gatta

1. La giustizia penale è sempre più politicamente gestita come la tela di Penelope: un fare e disfare. È il prezzo da pagare alla crescente centralità del penale come terreno di scontro politico e di acquisizione del consenso elettorale. Mentre il Governo, sulla spinta dei sindaci, presenta un disegno di legge per l'abolizione del reato di abuso d'ufficio, riformato solo tre anni fa, il Parlamento, aderendo a richieste che provengono soprattutto da una parte dell'avvocatura, ha avviato alla Camera l'esame di tre disegni di legge d'iniziativa parlamentare, due dei quali presentati da deputati della maggioranza, che si propongono di riaprire per l'ennesima volta il cantiere della prescrizione del reato. Un proposito [annunciato a febbraio anche dal Ministro della giustizia Carlo Nordio](#). Come è accaduto per l'abuso d'ufficio, è verosimile che alle iniziative parlamentari, che fanno da apripista, possa far seguito la presentazione di un disegno di legge governativo.

I tre disegni di legge (n. 745, Costa, n. 893, Pittalis, n. 1036 Maschio), che pubblichiamo in allegato, intervengono su un istituto che negli ultimi diciotto anni – dalla legge ex Cirielli del 2005 ad oggi – è stato riformato già quattro volte: dopo la legge ex Cirielli si sono infatti succedute la riforma Orlando, nel 2017, la riforma Bonafede, nel 2019 e, da ultimo, la riforma Cartabia nel 2021. Una quinta riforma dell'istituto – sarebbe addirittura la quarta negli ultimi sei anni – rappresenterebbe un record.

È comprensibile il mal di testa di interpreti e magistrati, chiamati a confrontarsi con complesse questioni di diritto intertemporale dipendenti dai diversi regimi della prescrizione succedutisi a stretto giro di tempo; un mal di testa rispetto al quale la prospettiva di una ulteriore riforma non dà sollievo. Quale che sia il giudizio che si possa avere sull'attuale assetto della disciplina, è indubbio che l'instabilità di un istituto così centrale nelle dinamiche del processo penale, come la prescrizione del reato, rappresenta un problema ormai strutturale, fonte di grande disorientamento nella prassi, e non solo.

2. Tralasciando alcuni pur rilevanti aspetti di dettaglio, e andando al cuore delle proposte, tutti e tre i disegni di legge all'esame della Camera propongono di abrogare l'art. 161 *bis* c.p. e, quindi, la regola, introdotta dalla riforma Bonafede e confermata dalla riforma Cartabia, del blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado.

I disegni di legge degli On.li Costa (Azione-Italia Viva), Pittalis (Forza Italia) e Maschio (Fratelli d'Italia, Presidente della Commissione giustizia della Camera) mirano dunque a far sì che i reati possano tornare a prescriversi in appello e in Cassazione, come accadeva prima della riforma Bonafede. Va infatti ricordato che l'art. 161 *bis* c.p. è stato introdotto dalla riforma Cartabia (l. n. 134/2021) che si è limitata a un più preciso inquadramento sistematico-formale della sentenza di condanna di primo grado: non causa di sospensione del corso della prescrizione, come nella riforma Bonafede, ma *dies ad quem*. Al di là di questa precisazione, la sostanza, dalla riforma Bonafede alla riforma Cartabia, è rimasta invariata: la sentenza di primo grado blocca per sempre il corso della prescrizione.

3. Detto della *pars destruens*, i disegni di legge Costa e Maschio propongono, quanto alla *pars costruens*, di tornare alla riforma Orlando, che fu superata come è noto proprio dalla riforma Bonafede. Essi propongono infatti di reintrodurre nell'art. 159 c.p. il meccanismo automatico di sospensione del corso della prescrizione, in appello e in cassazione, per non più di diciotto mesi ciascuno, limitato al caso di sentenza di condanna pronunciata nel giudizio precedente. Si supera Bonafede e si torna a Orlando. Si sblocca la prescrizione dopo il primo grado e, solo in caso di condanna, si dà al giudice più tempo – tre anni, complessivamente, tra secondo e terzo grado – per definire il procedimento prima che maturi la prescrizione del reato.

Esattamente questo significherebbe tornare al sistema Orlando. Un sistema ben congegnato in una stagione in cui l'obiettivo del sistema era di ridurre le prescrizioni nei giudizi di impugnazione – specie in appello – ma che è oggi del tutto disfunzionale rispetto all'obiettivo del PNRR di ridurre i tempi del giudizio penale del 25% entro il 2026. Introdurre ora, in piena fase di attuazione del PNRR, meccanismi sospensivi del corso della prescrizione, legati alle fasi del giudizio, allungherebbe i tempi medi del processo penale proprio mentre lo sforzo del sistema giudiziario è massimamente teso a ridurli.

Per la stessa ragione, altrettanto disfunzionale sarebbe, a mio parere, la proposta A della Commissione Lattanzi (non ripresa, peraltro, dai disegni di legge in discussione); per quanto di indubbio pregio sul piano tecnico, e migliorativa della stessa soluzione Orlando, anche questa proposta, presentata tra quelle alternative dalla Commissione Lattanzi, è imperniata su un meccanismo sospensivo del corso della prescrizione, che allungherebbe inevitabilmente i tempi del processo proprio quando – questo è il punto – *il Paese non può permetterselo*. Mancano tre anni e mezzo, ormai, alla deadline per raggiungere gli obiettivi del PNRR. Non scordiamocelo mai.

4. Vi è però di più. Le proposte Costa e Maschio, mentre superano la riforma Bonafede abrogando l'art. 161 *bis* c.p. e reintroducendo nei giudizi di impugnazione la sospensione per fase prevista dalla riforma Orlando, non incidono sulla disciplina dell'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione, di cui all'art. 344 *bis* c.p.p., che lasciano inalterata.

Questo significa che, nel sistema che risulterebbe dalle proposte di legge Costa e Maschio, correrebbero nei giudizi di secondo e terzo grado due diversi termini: quello

di prescrizione del reato e quello di improcedibilità dell'azione penale. Sarebbero cioè operativi due diversi *timer*: l'uno, avviato con la commissione del reato; l'altro, avviato con l'inizio del giudizio di impugnazione (più precisamente, novanta giorni dopo la data della scadenza del termine di impugnazione della sentenza di primo o di secondo grado). Il procedimento penale potrebbe andare in fumo, dopo il primo grado, o perché il reato si prescrive o perché l'azione penale diventa improcedibile, a seconda del termine che matura per primo. È una soluzione certo molto favorevole per le difese degli imputati ma per nulla per le vittime e per le parti civili (che pure hanno dei difensori, non altrettanto presenti però nel dibattito pubblico) e, ancor prima e soprattutto, *per la funzione naturale del processo, che è deputato all'accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità*. La prescrizione del reato, come l'improcedibilità, devono essere eventi eccezionali: la fisiologia del processo è la sua ragionevole durata, che impedisce sia la prescrizione sia l'improcedibilità.

D'altra parte, i disegni di legge Costa e Maschio sembrano non considerare che l'improcedibilità è una soluzione tecnica alternativa alla prescrizione del reato: o l'una, o l'altra. Un sistema ibrido renderebbe i giudizi di impugnazione come una sorta di campo minato; incentiverebbe le impugnazioni per aumentare le chance di una morte anticipata del procedimento penale. La prescrizione del reato, in un sistema in cui la ragionevole durata del processo nei giudizi di impugnazione è già assicurata dall'improcedibilità – per effetto della riforma Cartabia – non avrebbe alcuna ragion d'essere. Per non dire poi, sul piano tecnico, dell'assenza, nelle proposte di legge, di un coordinamento tra prescrizione e improcedibilità (si pensi, ad esempio, alle cause di sospensione dell'un termine o dell'altro e alla disciplina delle proroghe dell'improcedibilità).

5. Più lineare è la proposta Pittalis, l'unica, tra quelle in discussione, che prevede l'abrogazione dell'art. 344 *bis* c.p.p. Come le proposte Costa e Maschio, la proposta Pittalis supera la riforma Bonafede rendendo possibile la prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado.

A differenza delle proposte Costa e Maschio, tuttavia, la proposta Pittalis non ritorna alla riforma Orlando (al relativo meccanismo di sospensione del corso della prescrizione nei giudizi di impugnazione), ma all'assetto di disciplina precedente alla riforma Orlando. Non basta, la proposta Pittalis 'cancella' non solo le riforme Bonafede e Orlando, ma anche la riforma Cartabia: supera infatti, come si è detto, il sistema della improcedibilità dell'azione penale per decorso dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione.

Si tratta sì di una proposta più lineare, perché nel reintrodurre la prescrizione del reato nei giudizi di impugnazione elimina l'improcedibilità *ex art. 344 bis* c.p.p. e, quindi, la concorrenza tra i due istituti. Non è però una proposta esente da **rilievi critici** che, anzi, sono forse ancora maggiori.

6. Abolire l'improcedibilità, in piena fase di attuazione del PNRR, sarebbe un suicidio. Non va dimenticato che la legge 134 del 2021, cui si deve la riforma della prescrizione e l'introduzione dell'improcedibilità, è un provvedimento adottato

nell'ambito del PNRR, sotto la lente di Bruxelles. Il Parlamento, con senso di responsabilità, nella passata legislatura ha saputo trovare una soluzione tecnica apprezzabile, ispirata dai lavori di una autorevole Commissione studio – la Commissione Lattanzi – e frutto di una complessa mediazione politica, volta ad un tempo a superare le criticità mostrate dalla riforma Bonafede – per il rischio di processi “all’infinito” nei giudizi di impugnazione – e a raggiungere l’obiettivo PNRR della riduzione del 25% dei tempi medi del processo, anche e proprio nella fase critica del giudizio di impugnazione.

Se la prescrizione del reato è un cerino che brucia passando di mano in mano, da giudice a giudice, l'improcedibilità è un cerino che brucia tutto nelle mani del giudice di appello o di cassazione. È un meccanismo che responsabilizza il magistrato e, come nella teoria economico comportamentale del *nudge* – che è valse l'attribuzione del premio Nobel – induce gli uffici giudiziari – le corti d'appello e la Corte di cassazione – a comportamenti virtuosi per evitare che quel cerino bruci in mano a chi lo ha.

Sia consentita un'efficace semplificazione: l'improcedibilità è colpa del giudice dell'impugnazione; la prescrizione non è colpa di nessuno, perché è colpa di tutti.

7. Reintrodurre la prescrizione nei giudizi di impugnazione, abolendo l'improcedibilità, darebbe al sistema giudiziario un messaggio di lassismo, rispetto agli obiettivi PNRR, proprio mentre gli investimenti e gli sforzi organizzativi della macchina giudiziaria – della magistratura e del Ministero della giustizia – sono massimi e stanno dando ottimi risultati. È per questo rimettere mano a prescrizione e improcedibilità, a PNRR in corso di attuazione, sarebbe una mossa suicida, dannosa per il Paese.

Quanto affermo è sorretto da evidenze empiriche. Parlano i dati che il Ministero della Giustizia sta raccogliendo e pubblicando sul proprio sito internet, in un'area dedicata al monitoraggio continuo degli obiettivi PNRR, accessibile [cliccando qui](#).

Mi riferisco ai dati del *Disposition Time* (DT): il parametro concordato dal Governo con la Commissione Europea per misurare l'obiettivo della riduzione del 25% dei tempi medi del processo penale nei tre gradi del giudizio; un obiettivo da raggiungere da qui a tre anni e mezzo.

Ebbene, l'ultimo monitoraggio del Ministero della giustizia (accessibile [cliccando qui](#)) evidenzia, per il 2022, una diminuzione del DT nel giudizio penale di appello, su base nazionale, pari al 9,6% rispetto alla *baseline* del 2019, concordata con la Commissione UE come punto di riferimento per il conseguimento dell'obiettivo PNRR. Il dato è ancora migliore per il giudizio di Cassazione: - 20,7%.

Il Parlamento – e, se dovesse davvero presentare una proposta di legge, anche il Ministro Nordio – deve essere consapevole, nell'esaminare le proposte di legge in discussione, che i tempi medi dei giudizi di impugnazione si stanno già riducendo in modo significativo. Le cause sono molteplici, certo, e tra queste vi è senz'altro lo sforzo degli uffici giudiziari italiani volto a cambiare l'organizzazione del lavoro, anche – questo è il punto – in conseguenza e per effetto delle modifiche normative apportate dalla riforma Cartabia, comprese quelle della prescrizione e dell'improcedibilità.

8. È noto come la fase più critica sia rappresenta dall'appello penale. La *baseline* del 2019 è pari a 835 giorni, da ridurre del 25% a 626 giorni entro il 2026. Ebbene, il 62% delle Corti d'appello italiane – 18 su 29 – ha già ridotto il DT, in misura variabile e anche molto significativa.

La dimostrazione più evidente di come gli sforzi organizzativi delle corti d'appello volti a ridurre i tempi del processo – *per evitare l'improcedibilità* – stiano già dando ottimi risultati, è rappresentata da un dato assai significativo. 8 corti d'appello italiane hanno già ridotto i tempi medi del giudizio d'appello in misura superiore al 25% come da obiettivo PNRR.

A Napoli il DT è diminuito del 59,3%; a Brescia del 43,6%, a Salerno del 33,9%, a L'Aquila del 31%, a Torino del 28%, a Reggio Calabria del 27,4%, a Caltanissetta del 26,7%, a Bologna del 26,2%. Molto buoni o buoni sono anche i risultati di altri distretti, che vanno rapportati alla baseline di partenza (dove era già buona, la percentuale di riduzione del DT è generalmente inferiore): Bari (- 19,3%), Campobasso (- 16,8%), Cagliari (-7, 4%), Messina (-6,7%), Venezia (- 6,4%), Ancona (- 3,6%), Milano (- 0,2%). E molto vi è ancora da fare, in rapporto agli attuali tempi medi del processo d'appello, negli 11 distretti di corte d'appello che non hanno invece ancora registrato diminuzioni del DT e che, al contrario, hanno registrato aumenti, anche significativi o preoccupanti (è il caso ad es. di Catanzaro, Firenze e Genova), che andrebbero monitorati dal Ministero con attenzione, per comprenderne le cause.

I risultati degli 8 distretti che hanno già ridotti i tempi del processo d'appello del 25% e più sono straordinari e hanno la loro spiegazione in un combinato disposto tra modifiche normative apportate dalla riforma Cartabia, interventi del Ministero e, soprattutto, riorganizzazione del lavoro dei magistrati, che in distretti come questi si sono evidentemente rimboccati le maniche e hanno aperto gli armadi muovendo i fascicoli, per citare un'espressione cara al Presidente Giovanni Canzio.

In un grande distretto come quello di Napoli il DT in appello è stato ridotto da 2031 giorni – pari a cinque anni e mezzo – a 826 giorni, pari a 2 anni e 4 mesi. È un fatto di grandissima importanza del quale ritengo il Parlamento e il Governo dovrebbero tenere conto nel valutare se davvero rimettere mano alla disciplina della prescrizione e dell'improcedibilità. A me pare evidente, infatti, che proprio il timore dell'improcedibilità e il conseguente sforzo per evitarla abbia finalmente determinato in buona misura gli sforzi organizzativi di uffici giudiziari come la Corte d'Appello di Napoli; sforzi che non vanno ignorati e disincentivati e che, invece, vanno riconosciuti e incentivati, anche da parte della politica e dell'amministrazione, anche attraverso interventi volti a colmare le lacune negli organici e a sviluppare quanto prima la digitalizzazione del processo penale.

Ed è da simili sforzi che dipende il raggiungimento degli obiettivi del PNRR e il miglioramento del servizio giustizia penale. Sono sforzi del quale il Paese deve essere grato alla magistratura e che a mio avviso la politica deve sostenere e non disincentivare con proposte di ritorno al passato; a quel passato che, anche con responsabilità della magistratura, oltre che dell'amministrazione e della politica, ha consentito di determinare risultati imbarazzanti per il Paese sul piano nazionale e internazionale. Perché, ad esempio, è imbarazzante, e calpesta il principio di ragionevole durata del

processo, un dato come quello di partenza (*baseline* 2019) per il distretto di Napoli: 5 anni e mezzo per il giudizio di appello come tempo medio; un dato che è garanzia di prescrizione del reato e che sarebbe garanzia di improcedibilità dell'azione penale. Ed è sempre imbarazzante – non fa onore alla reputazione internazionale del nostro Paese – costatare come la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ, dati 2020) collochi l'Italia al primo posto tra i paesi dell'area del Consiglio d'Europa per lentezza (DT) del giudizio di appello penale: al primo posto in un podio non invidiabile condiviso con Albania e Malta, oltre il livello “*warning*”. Per i dati del CEPEJ, [clicca qui](#).

9. Nel dibattito pubblico si parla tanto, troppo, di giustizia penale e si parla poco, molto poco, dei dati del monitoraggio PNRR sulla durata del processo penale. Penso che, con senso di responsabilità, bisognerebbe valutare con attenzione i rischi elevatissimi che comporta rimettere mano alla disciplina della prescrizione del reato e dell'improcedibilità: piaccia o meno. Finalmente il Paese si è avviato verso obiettivi di civiltà del diritto come quelli dell'efficienza e della ragionevole durata del processo, nell'interesse di imputati e vittime. Sarebbe un grave errore ignorare quei dati, ignorare l'inestricabile nesso tra prescrizione, improcedibilità e obiettivi del PNRR, e tornare al passato continuando a comportarsi con la prescrizione come con la tela di Penelope.

Se si continuano a cancellare le riforme delle maggioranze parlamentari precedenti - Orlando, Bonafede, Cartabia -, con interventi bandiera, si avvia un percorso politico pericoloso e non utile al sistema-giustizia, perché ci sarà sempre una maggioranza diversa, un domani, pronta a cancellare le riforme di quella precedente. Anziché “*procedere*”, in questo modo, si continuerebbe a “*retrocedere*”, anche quando, come nel caso oggi al vostro esame, i dati suggeriscono di non fare pericolosi passi indietro, per il bene del Paese, del sistema giustizia, delle garanzie e dei principi costituzionali. E del PNRR.

A mio parere la vera riforma liberale e garantista, per il bene del Paese, non è oggi quella che reintroduce la prescrizione o cancella l'improcedibilità. È quella che, con opportuni investimenti, aiuta gli uffici giudiziari a ridurre i tempi dei processi, attuando il principio costituzionale della ragionevole durata del processo. Ai cittadini non interessano prescrizione e improcedibilità: due eventualità che diventano del tutto eccezionali e poco significativi se il processo, appunto, è di ragionevole durata.

**PRIME APPLICAZIONI
DEL LAVORO DI PUBBLICA UTILITÀ SOSTITUTIVO:
UN'INTERESSANTE SENTENZA DEL TRIBUNALE DI PAVIA**

Tribunale di Pavia, u.p. 23 maggio 2023 (dep. 6 giugno 2023), giud. V. Giordano

di Giulia Mentasti

1. Pubblichiamo in allegato una sentenza del Tribunale di Pavia che si segnala per alcuni interessanti passaggi inerenti ai contenuti e alla procedura di applicazione della nuova pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, così come delineata dal nuovo art. 56 *bis* l. 689/1981, inserito dal d.lgs. 150/2022 (cd. riforma Cartabia).

Nel caso in esame il Tribunale pavese ha ritenuto un uomo responsabile, in continuazione, dei reati di maltrattamenti e lesioni aggravate nei confronti della madre e lo ha condannato per tali fatti alla pena della reclusione di due anni e due mesi, poi sostituita, previa richiesta dell'imputato, con 1580 ore di lavoro di pubblica utilità sostitutivo, oltre a una serie di altre prescrizioni ritagliate sulle sue esigenze di risocializzazione.

In particolare, tre aspetti di questa sentenza meritano attenzione: il ruolo assunto dall'UEPE, il contenuto della pena sostitutiva e il tipo di reati coinvolti nella vicenda.

2. Il primo aspetto per cui questa sentenza si segnala riguarda il ruolo che il giudice ha attribuito all'UEPE nella 'costruzione' della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità (LPU).

Occorre premettere che il d.lgs. 150/2022, nel ridisegnare i contenuti e il funzionamento delle pene sostitutive, ha conferito una funzione di particolare rilievo ed importanza all'UEPE (Ufficio esecuzione penale esterna), chiamandolo ad «*accompagnare e sostenere l'attività decisoria della autorità giudiziarie fornendo indicazioni concrete, realistiche ed accurate rispetto al tema della possibilità di percorrere concretamente traiettorie di vita caratterizzate da una dimensione rieducativa efficace in uno scenario non detentivo [...]»* nonché alla «*progettazione e realizzazione (con una attività di costante monitoraggio dell'efficacia concreta di quanto messo in opera e la conseguente rimodulazione di quanto inizialmente progettato, ove ciò fosse necessario) di offerte e percorsi trattamentali adeguati alle singole situazioni, strettamente connessi alla concreta quotidianità delle cerchie sociali nelle quali le persone sono inserite*»¹.

Nella pratica, tali interventi si traducono in un concreto impegno degli Uffici nella raccolta di informazioni e nella predisposizione di un programma di trattamento

¹ Così la Circolare Ministero della Giustizia, Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità, 26 ottobre 2022, n. 3, p. 11 ss. Per un approfondimento si veda A. CALCATERRA, [UEPE: prime indicazioni operative del Ministero della Giustizia](#), in questa Rivista, 21 novembre 2022.

da sottoporre al vaglio del giudice di cognizione, nonché nella fase successiva di esecuzione e monitoraggio della pena sostitutiva.

Consapevole della limitatezza delle risorse dell'UEPE e dell'esigenza di non appesantire e «aggiungere complessità non necessarie (ed anzi controproducenti) ad uno scenario già di per sé straordinariamente ricco e articolato»², il legislatore sembra aver modulato – per quanto riguarda le nuove sanzioni sostitutive – i livelli di intervento richiesti all'UEPE. Dalla lettura degli artt. 53 ss. della l. 689/1981, così come modificata dal d.lgs. 150/2022, emerge solo per la semilibertà sostitutiva (art. 55) un definito e necessario ruolo dell'UEPE, chiamato alla redazione di un programma di trattamento (da sottoporre poi al vaglio del giudice di cognizione) che, secondo le esigenze del caso concreto, bilanci le ore da trascorrere in istituto con attività di lavoro, studio, formazione professionale o comunque utili alla rieducazione ed al reinserimento sociale del semilibero.

Più vago – lasciando margine al giudice di operare anche in autonomia, senza coinvolgere l'UEPE – è invece il testo dell'art. 56 che, nel disciplinare il contenuto e le modalità applicative della detenzione domiciliare sostitutiva, prevede che il giudice possa disporre tale pena sostitutiva «tenendo conto *anche* del programma di trattamento elaborato dall'UEPE». Che il giudice di cognizione possa applicare la detenzione domiciliare sostitutiva senza il necessario intervento in udienza dell'UEPE (che conserva, tuttavia, il suo ruolo in fase esecutiva) è già stato confermato da [alcune sentenze](#), oltre che dalle linee guida di alcuni uffici giudiziari (in particolare [Milano](#), [Napoli Nord](#) e [Torino](#)).

Pur trattandosi di una 'pena-programma' al pari della semilibertà e della detenzione domiciliare sostitutiva, nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo (art. 56 *ter*) scompare ogni riferimento al coinvolgimento dell'UEPE nella predisposizione del programma di trattamento; tanto che le sopracitate linee guida, lo escludono espressamente (Milano), salvo il presentarsi di situazioni di particolare complessità (Napoli Nord e Torino).

Discostandosi apertamente dalle linee guida milanesi (e seguendo un approccio più simile a quello di Torino e Napoli Nord) il Tribunale di Pavia ha ritenuto che nel caso di specie «*proprio al fine di accrescere il proprio patrimonio conoscitivo e delineare una pena quanto più individuale possibile il coinvolgimento dell'UEPE nella redazione del programma di trattamento – per quanto non obbligatorio – fosse necessario per la complessità del contesto di vita dell'imputato*».

Così, dunque, dopo la lettura del dispositivo, il giudice ha dato all'imputato gli avvisi ex art. 545 *bis* co. 1 c.p.p., l'imputato ha avanzato richiesta di sostituzione della pena con LPU e il giudice, sentiti il PM e la parte civile, ha dichiarato sospeso il processo, dando contestualmente incarico all'UEPE della predisposizione di un programma, con ricerca di un ente ove svolgere i lavori. Nell'udienza successiva – la cd. udienza di *sentencing* – acquisita la relazione UEPE e raccolto il rinnovato consenso dell'imputato, il giudice ha dato lettura del dispositivo integrato ai sensi dell'art. 545 *bis* co. 3 c.p.p.,

² Circolare Ministero della Giustizia, cit.

sostituendo la pena detentiva precedentemente comminata con la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità.

Sul punto non può che osservarsi la positiva collaborazione dell'UEPE pavese che, pur formalmente esonerato da tale compito, ha fornito al giudice una relazione completa delle complesse dinamiche familiari della vita dell'imputato, raccogliendo altresì la disponibilità di un ente allo svolgimento delle ore di LPU sostitutivo e l'adesione dell'imputato allo svolgimento di una contestuale attività di formazione professionale, idonea al suo reinserimento lavorativo.

Se, da un lato, non può che salutarsi con favore la disponibilità degli Uffici dell'esecuzione penale esterna – che hanno le competenze e gli strumenti per indagare il contesto sociale di vita dell'imputato – ad affiancare il giudice nella delicata fase di calibrazione della pena sostitutiva nei casi più complessi, dall'altro lato non si può che confidare, in via generale, nella piena capacità dei giudici di cognizione, affiancati in questo dall'imprescindibile contributo dei difensori, di procedere in autonomia a una ponderata commisurazione della pena sostitutiva, proporzionata ed idonea a favorire la reintegrazione del condannato. Infatti, stante l'attuale quadro normativo e le poche risorse (umane ed economiche) affidate all'UEPE, è ragionevole pensare che la tenuta del sistema dipenderà in buona parte dalla leale e proficua collaborazione tra UEPE e magistratura, come nel caso in esame: solo la ponderata decisione di coinvolgere l'UEPE nei soli casi strettamente necessari consentirà di limitare il rischio di sovraccaricare gli Uffici, già gravati delle richieste di intervento obbligatorio *ex art. 55*, garantendo la qualità del lavoro di indagine sociale e programmazione e, di conseguenza, la qualità della pena sostitutiva inflitta.

3. Strettamente legato a questi profili è il contenuto finale della pena sostitutiva applicata dal giudice pavese. Due, in particolare, gli aspetti più interessanti.

3.1. Il primo riguarda i possibili profili problematici che possono scaturire da un elevato numero di ore di LPU sostitutivo. L'art. 57 co. 1 l. 689/1981 prevede che la durata del LPU sostitutivo corrisponda a quella della pena detentiva sostituita, che sia determinata sulla base dei criteri di cui all'art. 56 *bis* e che un giorno di pena detentiva corrisponda a un giorno di LPU sostitutivo³. L'art. 56 *bis* co. 3, stabilisce che ai fini del computo della pena da espiare in concreto un giorno di LPU consiste nella prestazione di due ore di lavoro: come spiegato anche nella Relazione illustrativa, ciò significa che, ad esempio, se il giudice «*decide di sostituire due anni di reclusione con il LPU, dovrà prima convertire la pena in giorni (pari a 730) e poi moltiplicare il numero di giorni per due, ottenendo così il numero di ore di LPU corrispondenti alla pena detentiva sostituita (1.460)*»⁴.

³ Per il LPU sostitutivo, poi, il criterio della corrispondenza della durata a quella della pena detentiva sostituita è espressamente previsto dalla legge delega (art. 1, co. 17, lett. f) l. n. 134/2021. La menzione espressa della regola per il solo LPU, da parte della legge delega, si spiega in ragione della volontà di derogare rispetto al limite massimo di sei mesi, previsto dall'art. 54 d.lgs. n. 274/2000 per il LPU quale pena principale irrogabile dal giudice di pace.

⁴ Si veda la [Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150](#), pubblicata in questa Rivista, il 20

A ciò deve aggiungersi quanto stabilito dall'art. 56 *bis* co. 2 il quale stabilisce che tali ore di lavoro dovranno essere svolte dal condannato nel rispetto del limite massimo di 8 ore giornaliere e di 15 ore settimanali (con un minimo di 6).

Nel caso di specie il giudice ha condannato l'imputato alla pena di due anni e due mesi di reclusione: ossia 790 giorni di lavoro, pari a 1580 ore complessive di lavoro di pubblica utilità.

Nell'ipotesi in cui il condannato svolgerà ogni settimana il numero massimo di ore consentito la pena verrebbe espiata in poco più di due anni; all'opposto, nell'ipotesi in cui il condannato si atterrà al minimo di sei ore settimanali (magari per la concomitante presenza di impegni lavorativi retribuiti) la pena sarà espiata in oltre cinque anni.

Tali considerazioni ci portano a constatare, in primo luogo, la concreta afflittività del lavoro di pubblica utilità sostitutivo: nel caso in cui il suo destinatario abbia un lavoro a tempo pieno o altre esigenze di vita, difficilmente potrà raggiungere il limite di quindici ore settimanali, con la conseguenza che la pena sostitutiva si protrarrà per un tempo superiore (oltre il doppio) a quello della pena detentiva sostituita. Anche nella percezione della persona offesa e, più in generale, della società, il LPU sostitutivo, dunque, non potrà che essere percepito come uno strumento dal «reale contenuto sanzionatorio»⁵, nonostante la natura non detentiva.

In secondo luogo, e forse questo è il profilo più problematico, la potenziale esteso numero di ore di LPU sostitutivo potrebbe porre problemi nella individuazione di un ente disponibile (questione che, peraltro, non si è posta nel caso in esame) con il rischio di accantonamento di questa nuova pena sostitutiva. Un argine a questa possibile deriva potrebbe arrivare grazie a soluzioni alternative nella prassi: dalla stipula di apposite convenzioni con gli enti, a nuove linee guida degli uffici giudiziari che consentano di frazionare lo svolgimento delle ore presso enti diversi o di presentare *in itinere* la disponibilità degli enti.

3.2. Un secondo profilo di interesse della sentenza in esame riguarda la decisione del Tribunale di Pavia di applicare, oltre alle prescrizioni obbligatorie *ex* art. 56 *ter* (divieto di detenere o portare armi, munizione ed esplosivi; divieto di frequentare pregiudicati; obbligo di permanenza nel territorio della Regione; obbligo di conservare es esibire il provvedimento che applica la pena sostitutiva; ritiro del passaporto) la prescrizione facoltativa del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, *ex* art. 56 *ter* ultimo comma.

Come ampiamente motivato, si tratta di una decisione dettata dalla necessità di tutela della persona offesa e di neutralizzazione del rischio di recidiva posto che tale misura, già applicata in fase cautelare, si era dimostrata idonea ed efficace ad interrompere la reiterazione del reato. Anche in questo caso, la flessibilità della pena sostitutiva consente al giudice di contemperare le diverse esigenze in gioco: in prima

ottobre 2022.

⁵ Ancora, *Relazione illustrativa*, cit., p. 198.

battuta si attiva un contenuto facoltativo ma preventivamente approntato dal legislatore, che consente di tenere in considerazione, oltre alle esigenze del reo, quelle della persona offesa. Un contenuto che, in sostanza, rende ‘appetibile’ il LPU sostitutivo anche in ipotesi di reati gravi, laddove il rischio di reiterazione di condotte violente nei confronti della persona offesa è presente, ma può essere arginato anche fuori dal carcere. In seconda battuta, anche questo strumento di neutralizzazione è estraneo da ogni automatismo ma, anzi, è nella piena disponibilità del giudice, che può adeguarlo alle esigenze concrete. Sul punto, infatti, il giudice pavese richiama e ritiene applicabili alla misura in esame alcuni principi espressi da Corte di cassazione con riguardo alla omonima misura cautelare, laddove si era ritenuto che il divieto di avvicinamento si riferisse alla persona offesa in quanto tale, e non solo ai luoghi da questa frequentati, con evidente privilegio della libertà di circolazione e relazione del soggetto passivo. Si preoccupa, tuttavia, il giudice che «ove non compiutamente delineata» tale misura rischierebbe «di divenire ineseguibile ovvero di comprimere eccessivamente la libertà costituzionale di circolazione dell'imputato, imponendo una condotta di *non facere* del tutto indeterminata». Per scongiurare tale rischio, opta per incentrare il divieto di avvicinamento entro 500 metri dalla sola dimora della persona offesa, ossia il luogo ove si sono consumate la maggior parte delle condotte contestate.

4. È senza dubbio l'idea di flessibilità della pena sostitutiva che ha ispirato la legge delega, unita all'apporto delle prescrizioni obbligatorie e facoltative previste e al programma di trattamento redatto (in questo caso dall'UEPE), che ha consentito di applicare il LPU sostitutivo anche a tipologie di reato gravi, quali i maltrattamenti nei confronti di familiari e le lesioni. Come nota lo stesso giudice pavese, infatti, la pena sostitutiva concretamente delineata all'esito della calibrazione delle prescrizioni e delle attività di trattamento *«assume una connotazione molto più ampia e diversificata dal mero svolgimento di lavori di pubblica utilità, conformando una pena che, nel tentativo di delineare un percorso di recupero sociale, affianca condizioni afflittive in grado di disinnescare rischi di recidiva»*.

Si tratta, per vero, della sfida comune di tutte le nuove pene sostitutive delle pene detentive: togliere al carcere l'egemonia sanzionatoria, a favore di pene-programma ritagliate sul condannato, e come tali più efficaci e idonee a scongiurare il rischio di recidiva⁶. Il lavoro di pubblica utilità – oggi pena sostitutiva della pena detentiva fino a tre anni – è uno strumento sostitutivo già sperimentato nel nostro ordinamento ma, sino ad oggi, limitato a un ristrettissimo novero di reati: guida sotto l'influenza dell'alcool (art. 186, co. 9 *bis* d.lgs. n. 285/1992), guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti (art. 187, co. 8 *bis* d.lgs. n. 285/1992) – entrambe contravvenzioni punite nel massimo con un anno di arresto – e produzione o traffico di stupefacenti di lieve entità commesso da persona tossicodipendente o da assuntore di

⁶ Ampiamente sul punto, G.L. GATTA, [Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'](#), in *questa Rivista*, 15 ottobre 2021; E. DOLCINI, [Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive](#), in *questa Rivista*, 30 agosto 2022.

sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73, co. 5 *bis* d.P.R. n. 309/1990), punito con la reclusione pari, nel massimo, a quattro anni.

Al di là delle molte altre vesti in cui il lavoro di pubblica utilità compare nel nostro ordinamento, i dati delle sue applicazioni in forma sostitutiva *ante* riforma (per i reati appena nominati) lasciano trasparire le potenzialità della estensione generalizzata di questa (nuova) pena sostitutiva: nel 2021 le persone prese in carico dall'UEPE in esecuzione del LPU sono state 15.228, per reati connessi alla circolazione stradale, e 1.004, per reati in materia di stupefacenti; nel 2022, rispettivamente, 15.179 e 1.063; al 31 maggio 2023, invece, 12.616 e 1071⁷.

Dati incoraggianti per una pena sostitutiva che oggi, con i contenuti di una pena-programma, ritagliata sulla persona del condannato e in grado di escludere ogni rischio di desocializzazione ha tutte le carte per guadagnare un ruolo di prim'ordine nel sistema sanzionatorio.

⁷ I dati sono consultabili sul sito del Ministero della Giustizia nella sezione del sito dedicata alle [statistiche degli adulti in area penale esterna](#).

L'ABUSO D'UFFICIO NELLA GIURISPRUDENZA MASSIMATA DELLA CORTE DI CASSAZIONE: UN'INDAGINE STATISTICO- CRIMINOLOGICA SU 500 SENTENZE

di Cecilia Pagella

1. Come è noto, il 15 giugno 2023 il **Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge**, su iniziativa del Ministro della Giustizia Carlo Nordio, **che contiene la proposta di abrogare l'art. 323 c.p.** Come forse non è più nemmeno il caso di ricordare, l'abuso d'ufficio aveva subito un'ennesima riformulazione ad opera d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120 (mediaticamente noto come «**decreto-semplificazioni**»), il quale era intervenuto – nel pieno della pandemia e nell'ottica di scongiurare le ricadute economiche – restringendo l'ambito applicativo della fattispecie onde **escludere la rilevanza penale delle condotte tenute in violazione di regolamenti, di norme di principio e di norme non vincolanti**. A quanto pare, però, **l'intervento non si è rivelato soddisfacente**, nel senso che **non ha placato la “paura della firma”**: una percezione del “rischio penale” che avrebbe l'effetto di paralizzare i funzionari al momento dell'assunzione di scelte utili per la collettività. L'abuso d'ufficio continua, così, ad occupare la scena del dibattito pubblico e parlamentare, che si è polarizzato su tre scelte alternative: l'**abolizione totale** (come nella proposta del Governo), la **riformulazione in senso restrittivo** (come in una proposta d'iniziativa parlamentare, che mira a espungere dall'ambito di rilevanza penale il c.d. “abuso a vantaggio”¹), o la **trasformazione in illecito amministrativo** (come in un'altra proposta d'iniziativa parlamentare²). Autorevoli opinioni sono state espresse anche sulle pagine di questa *Rivista*³, oltre che nel corso delle audizioni di esperti durante l'esame di disegni di legge d'iniziativa parlamentare presentati alla Camera.

2. In questa sede, traendo spunto da **una ricerca condotta per la nostra tesi di dottorato** discussa ad aprile 2023 presso l'Università degli Studi di Milano⁴, cerchiamo di fornire un contributo al dibattito esponendo i risultati di **una ricerca di tipo statistico-criminologico** da noi condotta su **un campione di circa 500⁵ sentenze: tutte quelle massimate dalla Corte di cassazione tra il 1997 e oggi**.

¹ Proposta di legge Pella A.C. 716.

² Proposta di legge Costa A.C. 654.

³ C. CUPELLI, [Sulla riforma dell'abuso d'ufficio](#), in *questa Rivista*, 23 gennaio 2023 e M. Romanelli, [L'insostenibile leggerezza della paura \(della firma\)](#), in *questa Rivista*, 6 febbraio 2023.

⁴ C. PAGELLA, *Abuso d'ufficio: problemi giuridici attuali e prospettive di riforma. Tesi di dottorato* (tutor: Prof. Gian Luigi Gatta).

⁵ Si vedrà che il numero delle sentenze varia a seconda del dato preso in considerazione: ciò dipende dal fatto che non sempre la pronuncia di Cassazione riporta dettagliatamente i fatti e dunque non sempre è

L'obiettivo della nostra analisi è capire quali **siano gli esiti più frequenti dei procedimenti che giungono in Cassazione**, quali **i soggetti coinvolti** (sindaci o altri detentori di cariche elettive, funzionari, impiegati tecnici ecc.), quale **il tipo di discrezionalità esercitata** (politica, amministrativa, tecnica), quale **il settore di attività nel quale gli abusi sono di solito commessi** (edilizio, sanitario, degli appalti pubblici) e quale **il tipo di condotta posta in essere** (di sfruttamento della propria posizione per arricchire sé stessi o altri o prevaricatoria).

La scelta dei profili su cui concentrarsi non è casuale: quanto ai soggetti attivi, la politica insiste nel ritenere **i sindaci bersagli privilegiati di iniziative giudiziarie infondate** e dunque nel proporre l'esclusione della responsabilità penale nei (soli) loro confronti; come vedremo, tuttavia, **l'idea che i sindaci siano coinvolti in via privilegiata in procedimenti per abuso d'ufficio non trova riscontro nei dati**.

Alla varietà dei soggetti coinvolti corrisponde una diversità nel tipo di discrezionalità esercitato: per ridurre l'ingerenza della magistratura negli spazi riservati all'amministrazione è stato proposto in dottrina di **differenziare la risposta penale a seconda che il p.u./i.p.s. eserciti una discrezionalità politica, amministrativa o tecnica**; calarci nella concretezza delle vicende oggetto di incriminazione ci ha permesso di farci un'idea in merito all'**efficacia di una simile soluzione ai fini di contrastare la c.d. "sindrome della firma"**.

Ancora: l'idea che alcuni settori di attività potessero essere interessati con maggior frequenza da contestazioni a titolo di abuso d'ufficio ci è sorta dal confronto con l'ordinamento francese ma anche dalle sollecitazioni di una parte della dottrina italiana, che propone di **restringere l'ambito applicativo dell'abuso d'ufficio fino a includervi solo le condotte poste in essere nel settore sanitario e in quello degli appalti pubblici**.

Infine, distinguere le condotte "affaristiche" e "favoritrici" (sfruttamento della propria posizione per arricchirsi o arricchire altri) e "prevaricatorie" per comprendere **quali e quante vicende concrete integrino le tre condotte descritte dall'art. 323 c.p.** potrebbe rivelarsi utile allo studioso per cogliere l'impatto di un'eventuale *abolitio criminis* e in particolare per capire: 1) **quali e quanti fatti rimarrebbero esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 323 c.p. riformato** (e quali sono da considerarsi già esclusi a seguito delle modifiche apportate dal c.d. «decreto-semplificazioni») 2) **quali condotte integrano o integrerebbero ipotesi di reato diverse ed eventualmente più gravi o sono o sarebbero suscettibili di dar luogo a responsabilità extra-penale** (civile, erariale, disciplinare) 3) **quali comportamenti sono oggetto di obblighi di incriminazione previsti a livello sovranazionale**.

Siamo consapevoli che l'analisi statistico-criminologica qui condotta ha **un "punto debole": quello di concentrarsi sulle sole sentenze massimate e non su tutte le pronunce emesse**. La scelta è dovuta a ragioni numeriche: **le sentenze massimate sono circa 1/10 del totale**, il che ne rende l'analisi inevitabilmente più accurata; tuttavia, noi

possibile evincere chi sia il soggetto attivo, quale il settore in cui la condotta è stata serbata, quale la valutazione discrezionale compiuta.

riteniamo che **anche un'indagine "a campione" sia in grado di offrire un quadro piuttosto affidabile delle situazioni in cui tipicamente vengono ravvisati reati di abuso d'ufficio**. D'altronde, l'analisi di campioni randomici è normalmente ritenuta statisticamente rilevante nell'ambito delle c.d. "scienze dure" (si pensi alla medicina).

3. Incominciamo col riportare **gli esiti dei giudizi di legittimità**. La dottrina penalistica (ma anche la stampa) si sono concentrate sul rapporto sbilanciato tra il numero delle iscrizioni a R.G.N.R. (considerato elevato) e quello relativo alle condanne definitive (decisamente esiguo)⁶. La nostra analisi, dedicata alla giurisprudenza massimata della Cassazione, è silente sul punto; essa, tuttavia, illumina sul numero delle **condanne che "reggono" al vaglio della Suprema Corte** e dunque sulla fondatezza delle relative contestazioni, oltre a consentire qualche riflessione sull'incidenza che alcuni fenomeni (in particolare, la prescrizione) hanno nel determinare lo scarto tra il numero delle contestazioni e il numero delle condanne definitive.

A parte le **10 sentenze emesse in fase cautelare**, il numero delle pronunce prese in considerazione in questa prima fase dell'indagine ammonta a **356**. Di queste, **111 confermano la condanna** inflitta nei gradi di merito, mentre **85 l'annullano**; per quanto riguarda le **sentenze assolutorie emesse nei precedenti gradi di giudizio**, **42 sentenze di Cassazione le confermano**, mentre **24 le annullano**. Complessivamente, quindi, si può osservare, da un lato (ma si tratta di una considerazione di ordine generale, che sarebbe interessante poter formulare rispetto alla totalità dei reati) **che la Suprema Corte ribalta l'esito dei giudizi di merito quasi nella metà dei casi (42 %)**.

Per quanto riguarda, invece, più specificamente, l'abuso d'ufficio, nella metà dei casi la S.C. giunge a un'affermazione di sostanziale **fondatezza dell'addebito (51,5 %**, tra sentenze che confermano la condanna inflitta nei gradi di merito e pronunce che annullano l'assoluzione); ci sembra di poter sottolineare come alcuni di questi casi siano di gravità tutt'altro che trascurabile: si pensi, solo a titolo di esempio, alle ipotesi di mancata astensione e di **assegnazione di posti di lavoro o incarichi di consulenza a membri della propria famiglia o a società di cui l'agente detiene partecipazioni**⁷ o alle ipotesi di **mancato rinnovo di incarichi o al demansionamento di dipendenti o strutture per scopi ritorsivi**⁸ – che danno luogo a un asservimento della funzione a scopi

⁶ Alcuni dati sono riportati da C. CUPELLI, [Sulla riforma dell'abuso d'ufficio](#), in *questa Rivista*, 23 gennaio 2023.

⁷ Solo a titolo esemplificativo: Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2021 (dep. 15 marzo 2021), n. 10067, Rv. 280717, imp. Musile Tanzi, Cass., Sez. V, 2 ottobre 2020 (28 dicembre 2020), n. 37517, Rv. 280108, imp. Danzé, Cass., sez. VI, 6 febbraio 2020 (dep. 27 febbraio 2020), n. 7972, Rv. 278354, imp. Ostellino.

⁸ *Ex multis* Cass., sez. VI, 17 settembre 2019 (dep. 18 dicembre 2019), n. 51127, Rv. 278938, imp. Camastra (il sindaco impediva l'occupazione del suolo pubblico alla titolare di un bar per scopi ritorsivi), Cass., sez. VI, 18 luglio 2019 (dep. 31 ottobre 2019), n. 44598, Rv. 277380, imp. Garau (dequalificazione di una struttura e conseguente demansionamento del suo responsabile da parte del direttore generale dell'ospedale), Cass., Sez. VI, 13 aprile 2018 (dep. 4 maggio 2018), n. 19519, Rv. 273099, imp. Filizola (il sindaco revocava l'incarico a un dirigente che si era candidato come sindaco), Cass., Sez. V, 7 luglio 2017 (dep. 6 ottobre 2017), n. 45992, Rv. 271073, imp. Jelen (a proposito della confezione di un falso verbale di accertamento di un'infrazione amministrativa in realtà non commessa), Cass., Sez. VI, 12 giugno 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38357, Rv. 260472, imp. Mangione (il sindaco revocava l'incarico a un ingegnere che aveva rigettato diverse istanze che riguardavano immobili di sua proprietà).

privati dell'agente – o alle **numerosissime ipotesi di rilascio di permessi di costruire illegittimi o di mancata emanazione di ordini di demolizione doverosi**⁹.

Interessante il dato sulla **prescrizione**, pronunciata in **92 sentenze**, quindi in **¼ dei casi (26 %)**, mentre è del tutto trascurabile quello relativo ad amnistia e indulto (dichiarati ognuno in un solo caso).

Venendo, infine, alle sentenze emesse in sede cautelare, quelle che confermano l'applicazione delle misure sono 6, quelle che l'annullano o ne confermano l'annullamento già pronunciato nei precedenti gradi di giudizio sono 4.

Se, poi, limitiamo l'analisi alle **sentenze massimate emesse dopo l'entrata in vigore della riforma (24 in totale)**, notiamo una riduzione della **percentuale delle pronunce in cui è riconosciuta la fondatezza dell'addebito (29 %)** – ma ciò è dovuto soprattutto al numero elevato di sentenze di **annullamento della condanna (42 %)** pronunciata nei precedenti gradi di giudizio, a sua volta da attribuirsi soprattutto al riconoscimento dell'intervenuta *abolitio criminis* parziale. Anche rispetto a questo *cluster* di sentenze, la **prescrizione** ha un peso significativo (la dichiarano **8 sentenze: 1/3 del totale**).

4. Un altro obiettivo della nostra analisi è comprendere **che qualifica rivestano e che tipo di discrezionalità esercitino** i soggetti più frequentemente coinvolti in procedimenti per abuso d'ufficio. L'indagine in ordine alla qualifica rivestita dal soggetto attivo è stata condotta con **due obiettivi**. Il primo è comprendere **se davvero alcuni titolari di cariche pubbliche elettive (in particolare, i sindaci) siano destinatari privilegiati di contestazioni ex art. 323 c.p.**, e se, dunque, **abbia senso prevedere** – come è stato proposto mediante i Disegni di Legge presentati dai senatori Parrini (PD) e Santangelo (M5S) nella scorsa legislatura – **meccanismi di esclusione della responsabilità penale nei soli loro confronti**.

Il secondo obiettivo è verificare l'**opportunità di diversificare la risposta penale** in ragione del **tipo di discrezionalità (tecnica, amministrativa o politica) esercitata**, che tendenzialmente **varia a seconda della carica pubblica rivestita**. Si consideri, infatti, che, come anticipavamo, al fine di mantenere netta la separazione tra i poteri e di scongiurare la c.d. "sindrome della firma" (dovuta, appunto, al presunto sconfinamento della magistratura sul terreno riservato all'amministrazione) è stato suggerito in dottrina di **escludere il sindacato del giudice penale sugli atti connotati da discrezionalità politica**, che riguarda il merito delle scelte di indirizzo, **mantenendolo, invece, fermo sulle scelte connotate da discrezionalità amministrativa** – che si esplica nel

⁹ Le ipotesi sono numerosissime. Solo a titolo di esempio: Cass., Sez. VI, 19 aprile 2017 (dep. 27 giugno 2017), n. 31594, Rv. 270460, imp. Pazzaglia (il responsabile di un ufficio tecnico del Comune autorizzava lavori di manutenzione che tali non erano: si trattava in realtà della costruzione di una nuova strada), Cass., Sez. III, 13 dicembre 2016 (dep. 31 marzo 2017), n. 16449, Rv. 269820, imp. Menna (il sindaco e il responsabile di un ufficio tecnico del Comune autorizzavano la costruzione di un alloggio antisismico in assenza di presupposti), Cass., Sez. III, 6 aprile 2016 (dep. 29 agosto 2016), n. 35577, Rv. 267633, imp. Cella (il sindaco ometteva l'adozione di misure di vigilanza così consentendo ad altri di trasformare un porticato in un ambiente chiuso).

bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco – o **tecnica**, per l'esercizio della quale l'agente si avvale di cognizioni tecniche o scientifiche¹⁰.

Per formarci – a partire dalle vicende concrete – un'opinione in merito all'efficacia di una simile diversificazione rispetto allo specifico obiettivo di combattere la paura della firma nel settore amministrativo, abbiamo **distinto i sindaci e gli altri soggetti eletti** (i quali esercitano **discrezionalità politica**), dai **funzionari pubblici con ruoli tecnici** (dirigenti a vario titoli di Comuni o di altri enti pubblici territoriali, ma anche presidi, direttori di carceri, medici in servizio presso il Servizio Sanitario Nazionale...), nonché dai **magistrati** e dagli **appartenenti alle forze dell'ordine**, i quali, pur esercitando una discrezionalità di tipo tecnico, godono, secondo noi, di **"margini di manovra" particolarmente ampi** e sono **in grado di incidere**, esercitando i loro poteri, **sui diritti fondamentali delle persone** (le forze dell'ordine sono titolari dell'uso della forza, il che consente loro di compromettere l'incolumità ma anche la dignità, la sicurezza e la libertà dei privati; i magistrati possono limitare la libertà personale). L'analisi così condotta ci ha consentito di "calarci nel vivo" delle vicende concrete, per esprimere un parere in merito all'**efficacia di una diversificazione della responsabilità penale in ragione del tipo di discrezionalità esercitato** rispetto all'obiettivo di **contrastare la "paura della firma"**.

5. Partendo dai **sindaci**, l'A.N.C.I. (l'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani) ha chiesto a gran voce l'abolizione del reato di abuso d'ufficio per consentire l'efficace gestione dei consistenti fondi del P.N.R.R.¹¹: i sindaci lavorerebbero "in trincea"¹², sarebbero bersaglio costante di iniziative giudiziarie strumentali e, di conseguenza, esiterebbero nell'assunzione di scelte che potrebbero costargli la libertà e (prima e soprattutto) la faccia. Che i **sindaci** siano frequentemente protagonisti di vicende giudiziarie incentrate sull'abuso d'ufficio è vero: **su 345 sentenze** analizzate¹³, quelle che li riguardano sono **82** (di cui meno della metà giungono a un'affermazione di fondatezza dell'addebito: 37 % tra conferme di condanne e annullamenti di assoluzioni); ma è altrettanto corretto affermare che **altri detentori di cariche elettive (Presidenti di Regione o di Provincia, consiglieri comunali o assessori)** vi sono implicati quasi altrettanto frequentemente (le sentenze che li riguardano sono **72**, di cui 24 conferme di condanne e 4 annullamenti di assoluzioni), così che appare – almeno a prima vista – **irragionevole prevedere un'attenuazione o un'esclusione della responsabilità penale solo per i sindaci**, considerando anche che tutti gli eletti, esercitando un mandato

¹⁰ G. L. GATTA, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salvo intese" (e la riserva di legge?)*, in questa Rivista, 17 luglio 2020. Cfr. anche (ma l'opera si muove in una prospettiva che non ha a che vedere con l'obiettivo di combattere la "paura della firma") M. C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 203 ss.

¹¹ *I sindaci al Premier Draghi: ci liberi dall'abuso d'ufficio*, in *Il dubbio* del 12 novembre 2021.

¹² L'espressione è di Renato Brunetta, il quale, all'assemblea dell'ANCI, si è impegnato a tentare la strada dell'abolizione dell'art. 323 c.p. Lo riporta *Il fatto quotidiano* del 10 novembre 2021.

¹³ Spesso, più soggetti attivi appartenenti a "categorie" diverse concorrono nel medesimo reato: ecco perché il numero totale delle sentenze è inferiore alla somma delle volte in cui compaiono i vari soggetti attivi.

conferitogli direttamente dai cittadini, dovrebbero godere di “spazi di manovra” egualmente ampi. Un’eventuale disposizione che si proponga di limitare la responsabilità dei soli sindaci apparirebbe – secondo noi – quantomeno **sospetta di illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 3 Cost.**; trattandosi di una norma penale di favore (ossia di una disposizione che «stabilisc[e], per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall’applicazione di norme generali o comuni»¹⁴), la disposizione sarebbe sindacabile *in malam partem* dalla Consulta.

In ogni caso, il gruppo più numeroso di sentenze analizzate riguarda **pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio esercenti discrezionalità tecnica**: in totale, si tratta di **176 pronunce** (di cui il 58 % sono di annullamento dell’assoluzione o di conferma della condanna), tra cui molte aventi come protagonisti dipendenti o consulenti esterni di aziende pubbliche o di enti territoriali, ma anche direttori di carceri, presidi, professori e ricercatori universitari, medici, direttori di strutture sanitarie o altri esercenti professioni sanitarie. Soggetti di questo tipo, assumendo decisioni che non hanno a che vedere con valori o interessi di segno opposto, quanto, piuttosto, con il corretto utilizzo di nozioni scientifiche o tecniche, esercitano **un tipo di discrezionalità maggiormente controllabile**, rispetto al quale un vaglio più pregnante da parte della magistratura potrebbe apparire giustificabile¹⁵; è vero anche, d’altra parte, che gli strumenti a loro disposizione, essendo non di rado ad elevato contenuto tecnico, risultano spesso **meno “maneggevoli” per il giudice e il pubblico ministero**, i quali rischiano – sovrapponendo la propria valutazione a quella del funzionario per verificare che la discrezionalità sia stata utilizzata con l’intento di perseguire l’interesse pubblico – di **cedere a giudizi semplicistici e, sottovalutando la complessità di determinate decisioni**, giungere facilmente a considerarle (col “senno del poi”) manifestamente inopportune, tanto palesemente errate da **non poter che essere state viziate all’origine dalla volontà di perseguire un interesse che nulla aveva a che vedere con quello pubblico**. Esempificando: la scelta di compiere un’opera pubblica e di affidarne i lavori a una determinata impresa privata è sì tecnica, ma anche molto complessa: così che accadrà spesso che essa si riveli *ex post* inopportuna a causa di un errore; facilmente, però, potrà accadere che il P.M. o il giudice sottovalutino la complessità delle valutazioni sottese all’assunzione di quella scelta, così da giungere ad affermare (erroneamente) che esse avrebbero dovuto apparire *ex ante* manifestamente sbagliate, e che, nondimeno, la scelta – pur palesemente inopportuna – sia stata assunta per perseguire uno scopo privato, diverso rispetto alla realizzazione del miglior interesse pubblico. Lo stesso potrebbe dirsi rispetto a molte delle valutazioni tecniche quotidianamente compiute dai soggetti attivi inquadrabili all’interno di questa categoria: oltre alla nutrita casistica sugli

¹⁴ Così C. cost., 8 novembre 2006, n. 394, Pres. Bile, Red. Flick, con nota di M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in CP, 2007, 467 ss., che, approfondendo le conclusioni già raggiunte da C. cost., 2 giugno 1983, n. 148, Pres. Elia, riteneva le norme penali di favore sindacabili *in malam partem*.

¹⁵ È il punto di vista di G. L. GATTA, [Da “spazza-corrotti” a “basta paura”: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo “salvo intese” \(e la riserva di legge?\)](#), cit.

appalti, si pensi alle **scelte in merito ad assunzioni o ad affidamenti di incarichi** (che coinvolgono valutazioni in merito alle necessità dell'ente e alla professionalità dell'assunto o del beneficiario, queste ultime non sempre ancorabili a parametri rigorosamente oggettivi e predeterminabili), al **rilascio di autorizzazioni a costruire o a svolgere attività** (che comportano l'espressione di giudizi in merito all'affidabilità del destinatario dell'autorizzazione, alla nocività delle sostanze eventualmente impiegate, al soddisfacimento di esigenze produttive, all'impatto ambientale a lungo termine del rilascio...), all'**inflizione di sanzioni disciplinari**, all'**organizzazione interna di un ufficio o di un reparto**, alle **strategie cliniche** da adottare rispetto a un determinato paziente (consigliargli di rivolgersi a una clinica privata o a un ospedale pubblico?) e altre. Il problema si acuisce se si considera che per accertare la sussistenza del reato (e, quindi, anche il dolo) **non possono essere disposte le intercettazioni** e che quindi **la magistratura si avvale** spesso – e, ci sembra di poter dire, inevitabilmente – **di indici presuntivi**, tra i quali la **macroscopicità della violazione di legge o l'errore marchiano sull'interpretazione**: è chiaro come l'errore che appare “marchiano” *ex post* potrebbe non apparire altrettanto evidente *ex ante*, soprattutto se si prendono in considerazione quelle decisioni assunte frettolosamente, per gestire situazioni emergenziali o comunque urgenti (si pensi alle misure di contenimento del contagio adottate nel periodo pandemico).

All'interno della categoria dei “tecnici”, abbiamo poi distinto i **magistrati** (li riguardano **13 sentenze**, di cui 3 di conferma della condanna inflitta e di 2 di annullamento dell'assoluzione) e gli **esponenti delle forze dell'ordine** (le pronunce contro di loro sono **26**, di cui 10 di conferma della condanna e 1 di annullamento dell'assoluzione): persone, come abbiamo già avuto occasione di sottolineare, che godono di una **discrezionalità (tecnica, ma) particolarmente ampia e incisiva**, in quanto possono (e devono) assumere decisioni che hanno a che vedere con la tutela dei diritti fondamentali delle persone, la quale non può realizzarsi che mediante la restrizione della libertà di altri, i quali il godimento dei diritti fondamentali dei primi minacciano. Il **potere** conferito a questi soggetti (in particolare, ai magistrati) è di solito **ampiamente discrezionale**: la sua **distorsione** dovrà ritenersi, ormai, a nostro avviso, **penalmente irrilevante**, in quanto le norme di volta in volta violate non saranno – di solito – tali da non lasciare all'agente «margini di discrezionalità»¹⁶. Si pensi al **Pubblico Ministero**: la forma di abuso più temuta è senz'altro l'esercizio dell'azione penale per scopi diversi da quello di assicurare l'applicazione della legge penale (motivi politici, di rancore o antipatia personale, volontà di acquisire visibilità...), ma anche il mancato svolgimento di indagini o la mancata formulazione di una richiesta di rinvio a giudizio per scopi privati potrebbero produrre distorsioni non meno significative¹⁷. Tuttavia, la scelta in

¹⁶ Anche prima della riforma del 2020, la progressiva erosione dell'area di rilevanza penale dell'abuso del potere discrezionale aveva ridotto le possibilità di applicazione dell'art. 323 c.p. agli abusi commessi dai magistrati: lo sottolinea G. FIANDACA, *Sulla responsabilità penale del giudice*, in *Il foro italiano*, 11 novembre 2009.

¹⁷ D. NOTARO, *In foro illicito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 93 ss.

ordine al *come* svolgere le indagini e al *se* esercitare l'azione penale è caratterizzata da un margine di discrezionalità talmente ampio da risultare anche concretamente quasi insindacabile. Oggi, quindi, l'iscrizione di una notizia di reato a carico di una persona sul cui operato il magistrato non nutra alcun sospetto, effettuata col solo intento di danneggiare un nemico politico o un odiato vicino di casa, sarà condannata all'irrelevanza penale: perché il potere di iscrivere un nome nel registro degli indagati è (ampiamente) discrezionale, così che in una condotta come quella esemplificata nessuna violazione di norma vincolante potrà essere riscontrata.

6. In definitiva, alla luce dell'analisi da noi condotta, **non sembrerebbe vero che i sindaci siano un bersaglio privilegiato del presunto accanimento delle procure: le sentenze che li riguardano sono di poco più numerose di quelle che hanno ad oggetto detentori di altre cariche elettive, ma di molto inferiori a quelle che invece vedono come protagonisti dei 'tecnici'** (dirigenti di uffici di enti territoriali, medici, professori universitari...)¹⁸. A ben vedere, però, si deve osservare che la prima causa dell'atteggiamento difensivo dei pubblici amministratori non è tanto il loro effettivo coinvolgimento in vicende giudiziarie né, tanto meno, l'esito di queste, quanto, piuttosto, la **percezione del rischio di incorrere in responsabilità che pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio hanno** (a torto o a ragione). A questo proposito, ci è parso interessante uno studio¹⁹ che ha analizzato la **frequenza con cui i pubblici amministratori stipulano polizze assicurative per la responsabilità erariale**, considerandola come un indicatore del rischio percepito di incorrere in procedimenti (contabili, non penali: ma il dato potrebbe comunque essere di un qualche interesse), notando come **i sindaci e gli altri soggetti eletti stipulino polizze con altrettanta facilità rispetto ai tecnici** (il che indica un **rischio percepito uguale tra le due categorie**), ma **questi ultimi corrispondano premi significativamente più elevati** (il che indica che **il rischio reale di rispondere del danno cagionato all'erario è ben più alto per i tecnici**). Al di là del dato numerico, comunque, a noi pare che **una norma che escluda la responsabilità penale dei soli vertici dell'amministrazione comunale** – e non, tanto per fare un esempio, quella dei Presidenti di regione – possa essere considerata **di favore**, e quindi risulti **sindacabile in malam partem dalla Corte costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.**, in quanto produttiva di un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti tutti titolari di mandati elettivi. L'idea di **distinguere sulla base del tipo di discrezionalità (tecnica, amministrativa o politica)** esercitata dai soggetti attivi, escludendo la rilevanza penale dei soli abusi di discrezionalità politica e al più amministrativa, poi, a noi – almeno a prima vista – non convince a pieno: perché, se in astratto è senza dubbio corretto affermare che **le nozioni tecnico-scientifiche sono univoche** e che quindi il giudizio, compiuto dal giudice, sul loro corretto utilizzo è connotato da un margine più risicato di discrezionalità, in concreto la lettura delle

¹⁸ Pare, però, opportuno notare che il numero di cittadini che rivestono la carica di sindaco è verosimilmente inferiore al totale di coloro che esercitano ad altro titolo pubbliche funzioni (di medico, di magistrato, di agente delle forze dell'ordine, di preside o insegnante...).

¹⁹ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. dir. Pubblico*, fasc. 1/2019, p. 293 ss.

sentenze ci ha dato l'impressione che **le valutazioni tecniche siano spesso così complesse, da renderne ardua una revisione da parte del magistrato**, il quale potrebbe essere portato a **sottovalutarne la complicatezza e quindi a cedere a giudizi semplicistici ispirati dalla logica del "senno del poi"**. Il rischio di ritenere erroneamente dimostrato l'abuso (ossia la strumentalizzazione del potere, impiegato in vista del perseguimento di uno scopo non pubblico) a partire dalla semplice illegittimità dell'atto o illiceità del comportamento serbato ci pare, anzi, particolarmente elevato nel caso di scelte tecniche complesse.

7. Analizzando le sentenze massimate emesse dal Supremo Collegio tra il 1997 e il 2022 da un altro punto di vista, si può notare come **le contestazioni per abuso d'ufficio riguardino con frequenza determinati ambiti di attività**.

In particolare, le vicende analizzate riguardano spesso (**79 sentenze**) il settore dell'**edilizia**, nel cui ambito il rilascio di **permessi di costruire illegittimi** (perché riguardanti opere non edificabili, poste in zone soggette a vincoli previsti dal P.R.G., realizzato in assenza di previ controlli in ordine alla conformità dell'opera costruenda allo strumento urbanistico od omettendo la riscossione degli oneri dovuti) rappresenta lo strumento per far conseguire a terzi indebiti vantaggi patrimoniali, corrispondentemente danneggiando il territorio o – nei casi più rari in cui la condotta abusiva consista nella mancata esazione degli oneri – il patrimonio dell'ente; un altro settore interessato con una certa frequenza dalle sentenze in tema di abuso d'ufficio è quello della **sanità (36 sentenze)**, riguardanti perlopiù **favoritismi nell'assegnazione di incarichi o demansionamenti posti in essere per antipatia o ritorsione**, ma anche **"collusioni" fra medici e cliniche private consistenti nell'affidamento di servizi a prezzi non convenienti per l'ente pubblico o nell'indebito accaparramento di pazienti**, indirizzati a cliniche private per il compimento di esami e trattamenti accessibili anche presso strutture sanitarie pubbliche); frequentemente, poi, gli abusi sono commessi nell'ambito di **procedure di selezione pubblica per il conferimento di incarichi, l'assegnazione di posti di lavoro o l'accesso a corsi di studio (44 sentenze)**, oppure nel corso di procedure per il **rilascio di autorizzazioni allo svolgimento di determinate attività** (commerciale, farmaceutica, di autonoleggio, di ristorazione... in totale, si tratta di **11 sentenze**).

23 sentenze riguardano, poi, il settore degli **appalti**, che infatti è quello in cui fatti *lato sensu* riconducibili al paradigma corruttivo avvengono con maggior frequenza²⁰: la casistica mostra soprattutto ipotesi di **favoritismi nell'assegnazione dei lavori, di mancato rispetto delle procedure previste dalla legge, di affidamenti posti in essere in assenza dei presupposti previsti dalla legge** – per esempio, di necessità e urgenza –, **nei confronti di persone sfornite dei requisiti necessari al compimento dell'opera o per corrispettivi esorbitanti**. La convergenza delle contestazioni per abuso d'ufficio in determinati settori di attività ci pare un dato di un qualche interesse: alcuni autori²¹ –

²⁰ G. MANZONI, *Corruzione e anticorruzione nel sistema sanitario*, in *Arch. Pen.*, 2019, p. 3 ss.

²¹ G. SALCUNI, *Abuso d'ufficio ed eccesso di potere: "fine di un amore tormentato"?* in *La riforma dell'abuso d'ufficio. Atti del convegno di Biella, 16 aprile 2021* (a cura di) G. Ruggiero, Ius Pisa University Press, 2021, p. 79.

considerando l'art. 323 c.p. una **"fattispecie avamposto"**, la quale, sanzionando il conflitto d'interessi, sarebbe in grado di offrire una tutela della Pubblica Amministrazione a spettro più ampio rispetto, per esempio, alle fattispecie corruttive – ritengono opportuno **selezionare quei settori che, per la loro importanza** (e, aggiungiamo noi sulla base dei dati appena esposti, **per la ricorrenza di situazioni di conflitto d'interessi** che presentano) appaiono **meritevoli di una tutela penale più avanzata**.

Attenzioni ha suscitato, per esempio, il **settore sanitario**²², fortemente interessato da fenomeni corruttivi ma anche da situazioni di *maladministration* e da comportamenti opportunistici – dovuti, si ritiene, alla presenza di asimmetrie informative causate dall'elevata complessità delle prestazioni nonché alla centralità e irrinunciabilità del diritto alla salute, che fa del paziente una "parte" debole del rapporto instaurato con i sanitari e le strutture – nonché segnato da conflitti d'interessi (tra i medici o le strutture sanitarie e le case farmaceutiche o le aziende produttrici di macchinari e materiali; tra S.S.N. e cliniche convenzionate; tra libera professione e attività ospedaliera²³; persino tra medici e pompe funebri, nei malaugurati casi di decessi *intra moenia*).

Quanto al settore degli **appalti**, poi, si può segnalare che vi sono ordinamenti europei (in particolare, quello francese) che, pur non conoscendo una fattispecie generale di abuso come l'art. 323 nostrano, sanzionano specificamente l'attribuzione di un ingiustificato vantaggio mediante la violazione di una norma di legge o di regolamento che abbia lo scopo di garantire l'accesso libero al mercato e l'eguaglianza tra gli operatori economici²⁴. La disposizione, destinata ad applicarsi al solo settore degli appalti pubblici, ha lo scopo di assicurare la morale dei traffici economici ma anche quello di garantire la concorrenza fra le imprese e, quindi, l'eguaglianza tra gli operatori economici²⁵. L'ipotesi di concentrare la tutela penale nel settore degli appalti è stata presa in considerazione anche dalla dottrina italiana²⁶. La proposta di prevedere una "norma

²² G. MANZONI, *Corruzione e anticorruzione nel sistema sanitario*, in *Arch. Pen.*, 2019, p. 3 ss. Si possono vedere anche il report elaborato da Transparency International su *Corruzione e sprechi in sanità*, del novembre 2013, su www.transparency.it e il Piano Nazionale Anticorruzione dell'ANAC.

²³ Vedremo meglio nel prossimo paragrafo come gli abusi contestati ai sanitari consistano di solito nel dirottamento dei pazienti verso cliniche o studi privati propri o di terzi, per prestazioni che ben potrebbero essere svolte presso strutture pubbliche.

²⁴ L'art. 432-14 del codice penale francese, rubricato «*Favoritisme*», recita: «*Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession*».

²⁵ R. SALOMON, *La rigueur du droit pénal de la probité publique*, in *Droit penal*, 1° gennaio 2012, étude 2.

²⁶ E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Collana della facoltà di giurisprudenza, Trento, 2022, p. 352 propone di abrogare l'abuso d'ufficio contestualmente potenziando gli artt. 353 e 353-bis c.p. onde includere nel loro ambito di applicazione, da un lato, le condotte volte non a manipolare il procedimento per l'assegnazione di un appalto ma ad evitarlo, e, dall'altro, le

avamposto” sulla falsariga dell’art. 323 c.p. solo per alcuni settori di attività suscita qualche interesse; osserviamo, però, che la scelta dei **settori da privilegiare** meriterebbe un’approfondita riflessione, dato che **molteplici sono i criteri** in base ai quali questa potrebbe essere effettuata: la **frequenza** con cui gli abusi si verificano (quelli commessi nel settore edilizio, per esempio, sono ricorrenti), il **danno patrimoniale** che le condotte cagionano all’amministrazione (nel settore degli appalti, esso sarà spesso molto ingente, perché immense risorse pubbliche vengono destinate a imprese che non sono in grado di offrire alcun corrispettivo), la loro **meritevolezza di pena** (l’idea che si possa sfruttare la fragilità di un ammalato per indurlo a sottoporsi a esami costosi e magari inutili presso la propria clinica privata suscita un certo disgusto).

8. A nostro modo di vedere, è anche interessante ripartire le sentenze analizzate sulla base del **tipo di comportamento posto in essere**: l’art. 323 c.p., infatti, include nel suo ambito di applicazione condotte consistenti nello **sfruttamento della propria posizione per attribuire a terzi un vantaggio patrimoniale**, condotte consistenti nello **sfruttamento della propria posizione per accaparrarsi un vantaggio patrimoniale** e condotte che siamo portati a definire “**prevaricatrici**” in quanto consistono nell’**inflizione di sacrifici a terzi per motivi biasimevoli** (di odio, ritorsione, vendetta...), **senza risolversi nell’indebita realizzazione di interessi patrimoniali**. Comprendere **quanti e quali comportamenti concreti siano suscettibili di integrare ognuna di queste condotte tipiche** aiuta – secondo noi – a **valutare l’impatto di un’eventuale e futura abolitio criminis** (nonché dell’abolizione parziale già realizzata con la riforma del 2020) e ad **esprimere un parere in merito alla sua opportunità**. Tale ultimo obiettivo si consegue, infatti – a nostro parere – anche interrogandosi in ordine a **quali condotte**, oggi o prima della riforma del 2020 **integranti una delle tre condotte tipiche di abuso**, siano **suscettibili di ricadere anche nell’ambito applicativo di fattispecie differenti**.

9. La situazione di gran lunga più ricorrente nella prassi (**227 sentenze**) è quella del **pubblico amministratore che sfrutta la sua posizione per conferire ad altri vantaggi patrimoniali indebiti** (perché attribuiti in violazione delle procedure prescritte o a persone non vantanti i requisiti richiesti dalla legge o, ancora, per motivi elettorali o politici in senso lato) consistenti, per esempio, nell’**affidamento di un appalto**, nel **rilascio di un’autorizzazione** allo svolgimento di un’attività, nell’**assegnazione di un incarico o di un posto di lavoro**, nel **rilascio di un nulla osta** a costruire un’opera edilizia illegittima, nell’**attribuzione di un compenso o di un rimborso non dovuti** e altro ancora. In alcune di queste situazioni (per esempio, **affidamento di appalti o assegnazione di posti di lavoro**) siamo al cospetto di condotte che potremmo definire **lato sensu distrattive**, nel senso che consistono nell’attribuzione di somme di denaro pubblico (corrispettivo per l’opera compiuta, retribuzioni...) a soggetti che non ne avrebbero diritto e che non saranno in grado di offrire, come corrispettivo della somma

condotte perpetrate non nel settore degli appalti ma in quello dei pubblici concorsi.

ricevuta, una prestazione di valore equivalente (per esempio: l'appalto affidato a un'impresa inidonea o il posto di lavoro assegnato a una persona priva delle competenze necessarie rappresenteranno uno spreco di denaro pubblico, perché il lavoro compiuto o la prestazione lavorativa resa avranno un valore, se non nullo, comunque certamente inferiore a quello della somma di denaro ricevuta). Si tratta quindi di situazioni che, concettualmente, si situano **“ai confini” col peculato** e che dunque possono (qualora la condotta tipica di abuso sia realizzata mediante la violazione di disposizioni non vincolanti) o **potrebbero in futuro ricadere entro l'ambito applicativo dell'art. 314 c.p.**, sempre che si aderisca all'orientamento giurisprudenziale estensivo ormai prevalente in base al quale **la norma sanzionerebbe anche la distrazione**.

Altre condotte – per esempio, quelle consistenti nel **rilascio di illegittime autorizzazioni a costruire o di permessi illegittimi a svolgere determinate attività** – difficilmente potranno essere ricondotte al paradigma distrattivo; in casi come questi, **non è facile visualizzare una somma di denaro che viene trasferita dal patrimonio della P.A. a quello di un privato**: si tratterà, piuttosto, di fatti che **ledono beni giuridici diversi rispetto al patrimonio della Pubblica Amministrazione** (p.es., l'ambiente o il territorio, oppure la sicurezza dei cittadini, minacciata dall'esercizio di attività pericolose da parte di persone sfornite dei requisiti necessari per svolgerle), grazie alle quali a un privato è consentito di arricchirsi. In alcuni casi sembra anche di poter intuire, leggendo la sentenza, che l'assegnazione di un vantaggio a terzi rappresenta il corrispettivo per il soddisfacimento, da parte di costoro, di un interesse proprio del pubblico amministratore²⁷: è quel che avviene, per esempio, in Cass., Sez. III, 17 gennaio 2014 (dep. 6 marzo 2014), n. 10810, Rv. 258893, imp. Altieri e al., in cui, due giorni prima delle elezioni il sindaco, i componenti della Giunta e due dirigenti comunali annullavano gli avvisi di pagamento dell'ICI a favore di alcuni soggetti in violazione delle norme urbanistiche. Condotte di questo tipo ci sembrano “assomigliare” alla corruzione, cui, però, potrebbero essere ricondotte solo fornendo una lettura amplissima del concetto di “altra utilità”.

All'interno di una seconda categoria rientrano le ipotesi, molto meno numerose delle prime (34 casi), in cui **l'agente pubblico sfrutta la propria posizione per conseguire un indebito vantaggio per sé stesso**. Vi rientrano, per esempio, le condotte di **medici in servizio presso il S.S.N., i quali consigliano ai pazienti di rivolgersi a studi privati propri o presso i quali abbiano partecipazioni per l'effettuazione di interventi o esami che sarebbero esperibili anche in ospedale, oppure i comportamenti di dipendenti pubblici** (di solito, con qualifica dirigenziale) consistenti nel **farsi retribuire come liberi professionisti per il compimento di attività cui già sarebbero tenuti in forza del loro contratto di lavoro o comunque nello sfruttare i contatti acquisiti prestando la propria opera in favore dell'ente per concludere lucrosi contratti di consulenza privata**. Ancora, potrebbero rientrare all'interno del gruppo che qui si sta esaminando le

²⁷ Interessante anche, per esempio, Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2015 (dep. 10 marzo 2015), n. 10140, Rv. 262802, imp. Bossi e al., in cui il vantaggio attribuito dal p.u., pur essendo di natura non patrimoniale (il capo del settore programmazione del territorio dava indicazioni alle imprese che consentivano loro di accelerare il procedimento) rappresenta il corrispettivo per l'assunzione della propria convivente.

condotte di **sindaci, consiglieri comunali o altri detentori di cariche elettive i quali prendano parte a delibere con cui si stabilisca l'attribuzione di vantaggi a loro favore** (modifiche del P.R.G. che interessino aree su cui esercitino diritti reali, riconoscimento di debiti da loro assunti...). Alcuni di questi fatti (in particolare, **i fatti appropriativi in senso stretto**, consistenti per esempio nell'utilizzo del fax o dell'auto di servizio per finalità private) si situano **al confine col peculato**, e **potrebbero quindi ricadere entro l'ambito applicativo dell'art. 314 c.p.** qualora non fossero più riconducibili a fattispecie differenti (come l'art. 323 c.p.); altri consistono, piuttosto, nello **sfruttamento della propria posizione** (di medico, per esempio) e della fiducia che questa suscita **per indurre altri al compimento di una scelta** (per esempio, quella di rivolgersi a una clinica privata) **che non sarebbe stata effettuata in assenza di sollecitazione**: si tratta, quindi, a nostro avviso, di **fatti più simili a truffe**, ma che in alcuni casi sono stati ricondotti nell'alveo della **concussione**²⁸. È utile sottolineare che **non tutti questi fatti impoveriscono la P.A.**: condotte del tipo dell'ultima qui esemplificata, per esempio, sono indifferenti per l'ente (addirittura, consentono all'amministrazione un risparmio!) ma danneggiano il cittadino.

Oltre ai comportamenti consistenti nello sfruttamento della propria posizione per conseguire un vantaggio patrimoniale o per attribuirlo a terzi, abbiamo individuato una classe d'ipotesi che abbiamo identificato come **"prevaricazioni"**: si tratta di comportamenti mediante i quali **l'agente pubblico utilizza la propria posizione per cagionare un danno "gratuito" a un privato**, ossia di condotte attraverso le quali il p.u. o l'incaricato di p.s. (ma, di solito, si tratterà di pubblici ufficiali: in particolare, magistrati e appartenenti alle forze dell'ordine) non **"guadagna nulla"** dalla condotta abusiva, se non la **"soddisfazione"** di rifarsi di un'offesa patita, di infliggere una sofferenza a un nemico, di guadagnare consenso attaccando un personaggio noto.

In sintesi, si verifica, in casi come questi, **una torsione del potere, esercitato non per realizzare lo scopo per il quale questo è attribuito ma nemmeno per conseguire un vantaggio patrimoniale, bensì per soddisfare una pulsione, dar sfogo a un sentimento negativo** (di odio, inimicizia, vendetta, sete di notorietà...), **farsi portatore di istanze che non spetti all'agente realizzare** (si pensi al Pubblico Ministero che si faccia carico di redistribuire la ricchezza perseguendo con ferocia soltanto i presunti autori di reati economici). Solo per farsi un'idea dei comportamenti presi in considerazione in questo paragrafo, si pensi al caso di **un carabiniere che ordini a due ragazze di mostrare i loro documenti e le obblighi ad attendere l'arrivo di una pattuglia solo per ritorsione, perché le ragazze avevano rifiutato le sue avances** (Cass., Sez. VI, 5 luglio 2011, dep. 30 settembre 2011, n. 35597, Rv. 250779, imp. Barbera), o a quello di **un sindaco che revochi l'incarico a un dirigente candidatosi, a sua volta, alla carica di sindaco** (Cass., Sez. 6, 13 aprile 2018, dep. 4 maggio 2018, n. 19519, Rv. 273099, imp. Filizola) oppure, ancora, a quello di **un Pubblico Ministero che chieda il rinvio a giudizio contro l'ex della sua compagna**, nei cui confronti aveva in precedenza deciso

²⁸ Per ritenere integrata la concussione non è sufficiente che il medico suggerisca al paziente di rivolgersi a una clinica privata: è necessario che l'induzione sia **"colorata"** dall'abuso. Cfr. A. GULLO, *Concussione per induzione e rapporto medico-paziente*, in *Corr. merito*, 2006, pp. 1186-1190.

di archiviare il procedimento (Cass., Sez. VI, 14 aprile 2021, dep. 12 luglio 2021, n. 26429, Rv. 281582, imp. Ronconi).

Fatti di questo tipo (relativamente infrequenti nella prassi: noi abbiamo individuato **51 sentenze** che li riguardano) **differiscono profondamente dai due tipi di condotte analizzate in precedenza**: si tratta infatti di comportamenti che **nulla hanno a che vedere con i concetti di distrazione e di appropriazione** e che **assomigliano, piuttosto, agli abusi “nominati”** (tra i quali rientra, per esempio, l’arresto illegale di cui all’art. 606 c.p.) nel senso che questi ultimi sembrerebbero rappresentare una *species* dell’abuso d’ufficio a danno, in quanto sanzionano solo *alcune specifiche prevaricazioni*, puntualmente descritte dalla norma volta a sanzionarle. A noi comportamenti di questo tipo appaiono particolarmente gravi, in quanto consistono nell’**inflizione di ingiustificate offese ai diritti fondamentali altrui**, tanto più gravi in quanto poste in essere da un rappresentante dello Stato o di altro ente pubblico. Tuttavia, **qualora non si risolvano in vere e proprie violenze o minacce e qualora non integrino abusi “particolari”** sono **sanzionati soltanto a titolo di abuso d’ufficio**; a seguito della riforma dell’art. 323 c.p. ad opera del c.d. “decreto semplificazioni”, sono da ritenersi **quasi sempre penalmente irrilevanti**, in quanto spesso si tratta di **abusi commessi nell’esercizio di poteri ampiamente discrezionali**, come quelli conferiti alle forze dell’ordine o ai magistrati.

Qualora il legislatore decidesse di **abolire l’art. 323 c.p.**, poi, **le condotte prevaricatorie risulterebbero ancora più spesso** – in tutti i casi in cui non integrino abusi nominati e non siano poste in essere mediante violenze o minacce (nel qual caso, sarebbe forse ipotizzabile – ma solo a certe condizioni – la concussione) – **penalmente irrilevanti**. Si tratta di un **esito** che a noi pare **criticabile**: abolire l’abuso a danno significa, infatti – ci sembra – **abbandonare il privato alle angherie dei detentori del potere pubblico**, rendendo questi ultimi titolari del diritto assoluto a **ledere – senza ragione e financo per capriccio – i diritti altrui**; ne risulterebbe un **sistema nel quale convivono due categorie di cittadini, gli uni soggetti all’arbitrio degli altri**. Un risultato di tal fatta ci sembrerebbe porsi addirittura in **contrasto con il principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 Cost.** (in qualche modo “rafforzato” dal richiamo all’art. 97, nel senso che la discriminazione è tanto più grave in quanto realizzata non da un privato ma da un esponente della collettività). Si tratta di un esito forse sottovalutato dal legislatore odierno.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**