

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2024

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

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiario, 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. Kistoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, 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, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, 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 Zaccà, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, 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*), 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

L. PELLEGRINI, M. CECCHI, <i>Processo agli enti e d.lgs. 31/2024: un correttivo alla riforma cartabia che dischiude problematiche di sistema.....</i>	5
M. BRUNETTI PIERRI, <i>Prime applicazioni da parte della Suprema Corte del nuovo rimedio di cui all'art. 628-bis c.p.p.</i>	17
M. MANTOVANI, <i>Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi</i>	37
R. CANTONE, <i>Costituzione e Polizia giudiziaria; solo subordinazione all'autorità giudiziaria?</i>	41
M. ARBOTTI, <i>La proporzionalità sanzionatoria al cospetto delle confische dei proventi: legalità della pena, vecchie geometrie, nuove vocazioni funzionali</i>	59

SCHEDE

G.L. GATTA, <i>Abuso d'ufficio, nuovo codice degli appalti e innalzamento della soglia per gli affidamenti diretti: abolitio criminis?.....</i>	79
N. GALANTINI, <i>Anatomia di una caduta: ne bis in idem vs procedimento 'eventualmente sanzionatorio' nel caso Dieselgate.....</i>	85
S. ZIRULIA, <i>Giornata mondiale del rifugiato: l'occasione per avviare un dibattito sulla depenalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare per ragioni umanitarie.....</i>	93
S. FINOCCHIARO, <i>La nuova direttiva dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca.....</i>	105
L. FRANZETTI, <i>Fatture per operazioni a specchio e dolo specifico d'evasione: note a margine di una pronuncia del Tribunale di Brescia.....</i>	113

**PROCESSO AGLI ENTI E D.LGS. 31/2024:
UN CORRETTIVO ALLA RIFORMA CARTABIA CHE DISCHIUDE
PROBLEMATICHE DI SISTEMA**

di Lorenzo Pellegrini e Marco Cecchi^(*)

Il contributo fornisce una prima, agile lettura dell'interpolazione normativa apportata dal d.lgs. 31/2024 in materia di procedimento nei confronti degli enti. Dopo un breve riepilogo delle novità introdotte, vengono poi tratteggiate le linee essenziali di alcune irrisolte problematiche di sistema concernenti il rapporto tra responsabilità ex d.lgs. 231/2001 e disciplina penale (sostanziale, processuale, esecutiva) dettata dalla riforma Cartabia, anche come da ultimo rinnovata.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Art. 7 d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31 – 3. Una problematica di sistema: l'esecuzione delle sanzioni pecuniarie degli enti.

1. Introduzione.

L'art. 1, co. 4 della legge-delega 134/2021 dispone che “il Governo, con la procedura indicata al comma 2, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui al comma 1 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi per essa stabiliti, può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi”.

Al riguardo, tra le varie proposte in cantiere, lo scorso 19 marzo uno dei disegni di legge presentati dal Ministro della giustizia è stato definitivamente approvato dal Parlamento.

Il d.lgs. 31/2024 introduce “disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”.

Nell'ambito del presente scritto, interessa (i) fornire una prima lettura dell'interpolazione normativa *de qua*¹ relativamente al processo nei confronti dell'ente

^(*) Il lavoro è frutto di una riflessione congiunta dei due Autori, i quali hanno comunque redatto autonomamente i singoli paragrafi. In particolare, i paragrafi 1 e 2 sono di Marco Cecchi mentre il paragrafo 3 è di Lorenzo Pellegrini.

(par. 2) e (ii) tratteggiare le linee essenziali di alcune problematiche concernenti il rapporto tra responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 e disciplina penale – sostanziale, processuale, esecutiva – dettata dalla riforma Cartabia, anche come da ultimo rinnovata (par. 3).

2. Art. 7 d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31.

L'art. 7 d.lgs. 31/2024 apporta "modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231", per assicurare che le *forme* e i *termini* per l'inizio dell'azione penale siano i medesimi per l'imputato persona fisica e per l'imputato persona giuridica.

Il d.lgs. 150/2022 ha ridefinito le scadenze d'esercizio dell'*actio poenalis*, risistemando la disciplina vigente e in parte innovandola. Ai nostri fini, rileviamo che è stato abrogato il primo comma dell'art. 405 c.p.p. e inserito un nuovo art. 407-bis c.p.p. In tale occasione, tuttavia, a siffatta riscrittura non è seguito un adattamento del 'sistema 231'², ove – sino al correttivo in commento – residuava ancora la vecchia regola dell'insufficienza, contraddittorietà o non idoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio, anziché quella della ragionevole previsione di condanna³.

In un'ottica di adeguamento normativo, vengono ora ritoccati gli artt. 59, co. 1 e 61, co. 1 d.lgs. 231/2001; rispettivamente: nel primo articolo, si sostituisce la parola "405" con la parola "407-bis"; nel secondo articolo, si sostituiscono le parole "risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente" con le parole "non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna"⁴. Ne segue che:

¹ Un'agile e pronta analisi del d.lgs. 31/2024 è possibile rinvenirla in AA.VV., *Il decreto correttivo alla Riforma penale Cartabia* – Officina del diritto, (a cura di) G. Spangher, Milano, 2024.

² Come riconosciuto dal SERVIZIO STUDI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, *Dossier – Disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 150/2022*, 12 dicembre 2023, p. 90, nell'articolato del 2022 "nessun intervento ha interessato il procedimento per responsabilità amministrativa a carico delle persone giuridiche; e infatti gli artt. 58 e 61 d.lgs. 231/2001 (rispettivamente dedicati all'archiviazione e ai provvedimenti emessi nell'udienza preliminare) non sono stati modificati". Cogliamo la palla al balzo per rilevare, più in generale, che il coordinamento tra codice di procedura penale e d.lgs. 231/2001 soffre non poche incongruenze, alle quali sarebbe opportuno che il legiferatore ponesse rimedio complessivamente. Una di queste discrepanze, eloquente su tutte giacché assai eclatante, è il riferimento alla "contumacia": presente nel decreto legislativo (art. 41); assente, dal 2014 (l. n. 67), nella normativa codicistica.

³ Merita sottolineare che una pronuncia del Tribunale di Milano (ord. 15 febbraio 2023, in www.giurisprudenzapenale.com) – dopo aver per l'appunto rilevato che "il legislatore, nell'inserire il parametro della 'ragionevole previsione di condanna' all'interno dell'udienza preliminare come regolata dal codice di procedura penale, non ha parallelamente (e conseguentemente) modificato la disciplina dell'udienza preliminare a carico degli enti" – ha operato una interpretazione "ortopedica e costituzionalmente orientata" della normativa. In tal modo, almeno nel caso di specie, è stato posto rimedio al "difetto di coordinamento fra l'innovazione apportata al comma 3 dell'art. 425 c.p.p. e il mantenimento della regola di giudizio di cui all'art. 61 d.lgs. 231/2001".

⁴ Nel disegno di legge inizialmente presentato (*i.e.* atto del Governo n. 102), com'è stato notato dalla dottrina

1) la contestazione del pubblico ministero per l'illecito amministrativo dipendente da reato deve essere contenuta nell'imputazione formulata o con la richiesta di rinvio a giudizio oppure con l'atto introduttivo del singolo procedimento speciale (nei casi previsti dal codice al libro VI, titoli II, III, IV, V e V-bis) – *nihil sub sole novi*;

2) sia nel rito ordinario sia nel rito differenziato a carico dell'ente⁵ occorre una "ragionevole previsione di condanna"⁶, se si vuol giungere in dibattimento – e qua sta il

(M. GIALUZ, [Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta e alcune sbavature](#), in questa Rivista, 29 gennaio 2024), vi era una "erronea giustapposizione della nuova regola di giudizio alla vecchia". L'errore – che sostanzialmente annullava l'innovazione, perché impediva alla 'ragionevole previsione di condanna' di assumere una reale capacità selettiva, dato che restava in vita anche la *regula iuris* della 'idoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio' – è stato successivamente e condivisibilmente emendato, attraverso la sostituzione *tout court* del testo precedente con quello attuale.

⁵ Per la distinzione tra rito ordinario, rito speciale e rito differenziato, nella manualistica v. per tutti P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2023, pp. 851-853.

⁶ Sulla 'ragionevole previsione di condanna': F. ALVINO, [Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "riforma Cartabia"](#), in questa Rivista, 2022, 3, pp. 27 ss.; E. AMODIO, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 14 ss.; E. BARONTI, *Il controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale. Attualità e prospettive*, in [www.discremen.it](#), 10 aprile 2024, spec. 5-16; R. BELVEDERI, *Artt. 408 e 425 c.p.p.: il nuovo criterio applicabile all'archiviazione delle notizie di reato e alle sentenze di non luogo a procedere*, in [www.unicost.eu](#), 13 dicembre 2022; M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Arch. pen.*, 2023, 1; A. CABIALE – S. QUATTROCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in [www.giustiziainsieme.it](#), 9 gennaio 2023; A. CAPONE, *I ritocchi in tema di udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 2023, pp. 1194 ss.; volendo, M. CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *Arch. pen.*, 2022, 2; G. CIVITA, *Udienza preliminare: la nuova regola di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere*, in *AA.VV.*, *La riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pisa, 2022, pp. 317 ss.; F. M. DAMOSSO, [Quale spazio per la seria probabilità di prescrizione nella formulazione della "ragionevole previsione di condanna"? Una recente ordinanza del G.i.p. di Siena](#), in questa Rivista, 24 gennaio 2024; M. DANIELE, *Il vaglio preliminare dell'accusa secondo la l. n. 134/2021*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 1011 ss.; M. DANIELE, [L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio](#), in questa Rivista, 2020, 1, pp. 131 ss.; M. DANIELE, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *Cass. pen.*, 2021, pp. 3069 ss.; A. DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in *Arch. pen.*, 2022, 3; S. DE FLAMMINEIS, [La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del Pubblico Ministero](#), in questa Rivista, 23 maggio 2023; R. DEL COCO, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, pp. 83 ss.; G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *Arch. pen.*, 2023, 2; P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in [www.discremen.it](#), 12 luglio 2021; L. FORTE, *L'udienza predibattimentale: tra "nuova" regola di giudizio ed efficienza nel "sistema Cartabia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 456 ss.; A. GAITO – R. LANDI, *L'altare e le (forse inevitabili) vittime. Osservazioni sul processo penale alla Cartabia*, in *Arch. pen.*, 2022, 2; G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, 2022, 3; K. LA REGINA, *L'archiviazione nel vortice efficientista*, in *AA.VV.*, *La riforma Cartabia*, cit., pp. 276 ss.; S. LONATI, *L'udienza preliminare*, in *AA.VV.*, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, (a cura di) D. Castronuovo – M. Donini – E. M. Mancuso – G. Varraso, Milano, 2023, pp. 710 ss.; E. MACCORA – G. BATTARINO, *Il giudice dell'udienza preliminare*, in *Quest. giust.*, 2021, 4, 137 ss.; V. MAIELLO, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, pp. 625 ss.; E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in [www.legislazionepenale.eu](#), 25 gennaio 2022; O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*, 2022, 2; M. MENNA, *L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo*

novum. Per avanzare nella procedura, bisogna sciogliere positivamente il seguente interrogativo: ‘allo stato degli atti, si avrebbe condanna?’⁷. Solamente in caso di risposta affermativa, si può andare avanti; altrimenti, c’è da arrestarsi.

La prima modifica è una rettifica prettamente materiale: non sposta praticamente nulla rispetto all’esistente; semplicemente viene corretto un richiamo precettivo, visto che l’art. 59, co. 1 d.lgs. 231/2001 rinviava a una disposizione – l’art. 405, co. 1 c.p.p. – ormai abrogata.

La seconda modifica, invece, quantunque risponda anch’essa a ragioni di coerenza legislativa (dettate dal “necessario coordinamento” tra art. 425, co. 3 c.p.p. e art. 61, co. 1 d.lgs. 231/2001⁸), è sicuramente un intervento pure di sostanza. Oggi, altresì nel processo penale *de societate*, il filtro per discriminare i fascicoli meritevoli di arrivare alla fase dibattimentale è reso espressamente più stringente di quello di ieri. Il criterio prescelto – quello della ragionevole previsione di condanna – ha maglie più strette del precedente; e, a ben vedere, è il parametro di giudizio che si spinge più in là possibile nella valutazione prognostica di colpevolezza, perché più vicino di così alla regola decisoria finale – quella dell’oltre ogni ragionevole dubbio – non ci si può proprio porre.

Sugli interrogativi che questa *regula iuris* di per sé pone (es. l’ampiezza interpretativa dell’espressione “ragionevole previsione di condanna” costituirà un vincolo effettivamente prescrittivo?) e sulle questioni che residuano circa il buon funzionamento dell’udienza preliminare (es. quali sono i fattori che ancora

a procedere tra passato e presente dell’udienza preliminare, in *Arch. pen.*, 2022, 3; F. MORELLI, [Osservazioni critiche sulla funzione dell’indagine alla luce della nuova udienza preliminare](#), in questa *Rivista*, 2023, 5, pp. 23 ss.; C. NAIMOLI, *Considerazioni sulla “ragionevole previsione di condanna” per l’archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, pp. 831 ss.; A. NATALE, *Ragionevole previsione di condanna e ragionevole prognosi di prescrizione: un’ordinanza del GIP di Siena*, in www.questionegiustizia.it, 30 novembre 2023; G. PECORELLA, *Cosa c’è nel futuro del processo penale? Una prognosi*, in *Cass. pen.*, 2023, pp. 1847 ss.; F. PINELLI, *Gli spazi angusti dell’udienza preliminare nel diritto vivente e il mutamento di paradigma del suo epilogo imposto dalla legge Cartabia*, in www.questionegiustizia.it, 16 giugno 2022; T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 160 ss.; S. RUGGERI, *Azione e inazione*, in AA.VV., *Riforma Cartabia*, cit., pp. 629 ss. (spec., pp. 644 ss.); C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.*, 2022, 2; F. SIRACUSANO, *La prevedibilità dell’esito del giudizio quale antidoto all’azzardo imputativo?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2023, pp. 543 ss.; F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 404 ss.

⁷ Dunque, il pubblico ministero – prima – e il giudice – dopo essere stato investito dell’istanza promossa dall’accusa – devono compiere una prognosi di ragionevole colpevolezza allo stato degli atti, perché si possa proseguire nell’*iter* procedimentale che conduce al dibattimento. La valutazione da fare all’esito delle indagini e in udienza preliminare è un vaglio di meritevolezza sulla bontà dell’accusa; non ci si deve ridurre ad apprezzare l’utilità della fase dibattimentale, nel senso di cercare e immaginare di rinvenire (solamente) lì la prova decisiva per la condanna o altri elementi che corroborino il castello accusatorio. L’imputazione non può zoppicare, bensì deve essere fondata e reggersi in piedi fin da questo momento: al punto da consentire di affermare che ‘*hic et nunc* si condannerebbe’. In questi termini, l’al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.) si riflette e fa sentire il suo peso – a ritroso, adattandosi *mutatis mutandis* alle varie peculiarità presenti – in ogni fase e grado del procedimento penale.

⁸ *Relazione illustrativa al Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, p. 44.

ostacolano/possono ostacolare l'efficacia di questo snodo processuale?), in generale, non intendiamo soffermarci in questa sede⁹. Qui si tratta, infatti, di una prima lettura dell'interpolazione normativa *ex art. 7 d.lgs. 31/2024*, volta a offrire nient'altro che una sintesi epidermica, lineare delle novità; e tutt'al più diretta ad abbozzare soltanto alcune delle tematiche di fondo a essa correlate, come tra parentesi si è appena fatto e come si tenterà di fare nel prossimo paragrafo.

In definitiva, pertanto, ciò che d'impatto si può dire dell'avvenuta integrazione legislativa è che – processualmente parlando – si avvicinano ulteriormente il rituale criminale ordinario e quello differenziato nei confronti degli enti. Epperò, mentre da un lato si consolida quell'orientamento giurisprudenziale che, in questa prospettiva uniformatrice, già applicava la regola della ragionevole previsione di condanna ad art. 61, co. 1 d.lgs. 231/2001 invariato¹⁰, dall'altro lato trovano spazio per riproporsi delicate e complesse problematiche in materia.

Invero, all'occhio del giurista – dal punto di vista sia teorico che pratico – si dischiudono nuovi problemi categoriali e si riaprono vecchie dispute operative concernenti il rapporto tra responsabilità amministrativa e disciplina penale (sostanziale, processuale, esecutiva), come da ultimo configurata dalla riforma Cartabia. A uno di questi profili controversi si farà cenno subito *infra*; e, alla luce del *work in progress* normativo legittimato dall'art. 1, co. 4 l. 134/2021, si prospetterà una concreta indicazione modificatrice.

3. Una problematica di sistema: l'esecuzione delle sanzioni pecuniarie degli enti.

Esattamente entro questa chiave di tendenziale accostamento giuridico-trattamentale fra *natural persons* e *legal persons*, preme porre l'attenzione su di una problematica “di sistema”, relativa al procedimento di esecuzione. Anche *in executivis*, infatti, a fronte delle novità introdotte dalla riforma Cartabia in tema di pene pecuniarie (art. 660 c.p.p.), è da ipotizzare una parificazione del modo in cui devono essere trattate le persone fisiche e quelle giuridiche.

Per giustificare tale conclusione, occorre partire dal constatare che l'attuale assetto normativo volto a regolare l'esecuzione delle sanzioni pecuniarie degli enti collettivi si espone a un vero e proprio *disorientamento*, causato dagli stravolgimenti attuati in materia di pena pecuniaria appunto dal d.lgs. n. 150/2022. La *reforma Cartabia* ha, infatti, determinato un cambio di paradigma con riferimento alla pena pecuniaria: da un modello esecutivo-riscossivo si è passati a un modello esecutivo-sostitutivo, attuato mediante una pena sostituita limitativa dei diritti di libertà della persona. Nel far ciò, si è creato però un vuoto normativo proprio rispetto all'esecuzione delle sanzioni pecuniarie nei confronti degli enti, dato che il neo-introdotto sistema di sostituzione non

⁹ Per una panoramica, ci sia consentito rinviare a M. CECCHI, *Osservazioni*, cit., pp. 20-30.

¹⁰ V. nt. 3.

può a quest'ultimi essere applicato, in ragione della loro natura non antropica¹¹. Quest'aporia legislativa, in ogni caso, fornisce il destro per poter nuovamente intervenire sul punto, anche immaginando un peculiare modello esecutivo della pena pecuniaria dell'ente che modifichi la *ratio* stessa del sistema 231, imponendo l'idea che 'l'esecuzione è sostituzione'. Procediamo però con ordine.

Originariamente, la disciplina dell'esecuzione delle 'sanzioni amministrative pecuniarie 231' era chiara, essendo espressamente fatto dall'art. 75 d.lgs. 231/2001 il rinvio all'esecuzione delle pene pecuniarie. Detto articolo, rubricato "Esecuzione delle sanzioni pecuniarie", prevedeva invero che l'esecuzione del pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie fosse eseguita "nei modi stabiliti per l'esecuzione delle pene pecuniarie"; e dunque, come la stessa *Relazione ministeriale* prescriveva, "attraverso il sistema di riscossione a mezzo dei ruoli esattoriali".

Il rinvio fatto dall'art. 75 d.lgs. 231/2001 era, quindi, agli artt. 660 c.p.p. ("Esecuzione delle pene pecuniarie", secondo cui "le condanne a pena pecuniaria sono eseguite nei modi stabiliti dalla legge e dai regolamenti") e 181 disp. att. c.p.p. ("Esecuzione delle pene pecuniarie e recupero spese"), nonché al d.lgs. 237/1997, che ha attribuito all'amministrazione finanziaria dello Stato (concessionario del servizio di riscossione dei tributi) la competenza per il recupero dei crediti dell'Erario¹².

L'art. 75 D.lgs. n. 231/2001 è rimasto però in vigore per poco meno di un anno: il 30 maggio 2002, l'art. 299 del T.U. spese di giustizia lo ha espressamente abrogato.

A ben vedere, tuttavia, le modifiche apportate sono apparse subito in larga misura meramente formali, atteso che la disciplina dettata dagli artt. 260 ss. d.P.R. 115/2002 ricalca in sostanza la precedente: la *ratio* della novella del 2002 è stata, nella parte *de qua*, più che altro quella di uniformare il regime di riscossione delle somme di natura giudiziaria, tramite la previsione di regole comuni tanto all'esecuzione delle

¹¹ Cfr. nt. 17.

¹² Ne conseguiva che, entro trenta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza o del decreto penale di condanna, la cancelleria del giudice dell'esecuzione notificava al condannato l'estratto della sentenza in forma esecutiva o il decreto unitamente all'atto di precetto contenente l'intimazione di pagare – entro dieci giorni dalla notificazione o, in caso di decreto, dalla scadenza del termine per proporre opposizione – le somme in esso specificamente indicate per pena pecuniaria, spese recuperabili per intero e spese recuperabili in misura fissa (art. 181 disp. att.). Unico elemento di 'duttilità' rispetto al modello codicistico era la possibilità – concessa al singolo debitore, ai sensi del comma 2 dell'art. 75, che rinviava espressamente agli artt. 19 e 19-bis d.P.R. 602/1973, come modificato dall'art. 7 d.lgs. 46/1999 – di richiedere la ripartizione del pagamento fino a sessanta rate mensili ovvero la sospensione per un anno della riscossione e la successiva rateizzazione del saldo, sino a quarantotto rate mensili, salvo l'obbligo, in tutti i casi ora descritti, di prestare idonea garanzia mediante polizza fideiussoria o fideiussione bancaria, laddove l'importo a ruolo fosse stato superiore a cinquanta milioni di lire. Presupposto per l'applicabilità dei benefici, da richiedere – a pena di decadenza – prima dell'inizio della procedura esecutiva, era "l'ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà" del contribuente (art. 19, co. 1 e 2 d.P.R. 602/1973). Situazioni eccezionali, di carattere generale o relative a un'area significativa del territorio, avrebbero invece potuto permettere, ai sensi dell'art. 19-bis d.P.R. 602/1973, una sospensione generalizzata delle attività di riscossione, per un periodo non superiore a dodici mesi, da disporre con decreto del Ministero delle Finanze. Per un'attenta disamina del sistema originario, v. P. CANEVELLI, *L'esecuzione delle sanzioni*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Milano, 2002, 397.

sanzioni amministrative pecuniarie comminate agli enti quanto all'esecuzione delle spese processuali e di mantenimento, delle pene pecuniarie nonché delle sanzioni pecuniarie processuali.

Ebbene, recentemente, il sistema ha subito una vera e propria rifondazione dei contenuti sostanziali e delle regole riscossive. La *riforma Cartabia* (d.lgs. 150/2022) ha radicalmente cambiato la stantia procedura riscossiva delineata dal d.P.R. 115/2002, che aveva finito per vanificare, a causa dell'elevato grado di burocratizzazione, il ricorso alla pena pecuniaria: la quale era risultata così frustrata nel più profondo dei suoi meccanismi funzionali. Frustrazione vieppiù accentuata nel caso di mancato pagamento colpevole del reo-debitore. In questo caso, in effetti, neppure si prevedeva la conversione della pena pecuniaria nella più grave pena limitativa della libertà personale, ma si configuravano unicamente strenui e per lo più vani tentativi di esecuzione forzata mediante pignoramento.

Con il d.lgs. 150/2022 pare invece essersi affermato un nuovo paradigma. La pena pecuniaria non è più concepita come un credito che lo Stato deve recuperare, attivandosi e sforzandosi in tal senso, bensì come una pena che, al pari di quella detentiva, deve essere eseguita dall'autorità giudiziaria attraverso un ordine di esecuzione.

Il cambio d'approccio è estremamente significativo. Il momento centrale non è più l'esecuzione pecuniaria mediante le regole civilistiche che sfociano nel pignoramento forzoso, ma la procedura di conversione della pena pecuniaria (non riscossa) in pena limitativa della libertà personale: la quale ultima costituisce, da una parte, uno stimolo intimidatorio al pagamento e, dall'altra parte, in caso di effettivo inadempimento, una sanzione punitiva con relativo stigma.

Ad ogni modo, il susseguirsi di riforme in materia di esecuzione della pena pecuniaria ha generato, d'altro canto, profonde incertezze. Le principali perplessità attengono alle modalità e all'effettiva riscossione della sanzione pecuniaria irrogata nei confronti degli enti collettivi. Dinanzi a un simile scenario, oggi si possono individuare più modelli esecutivo-riscossivi, che fondano addirittura differenti concezioni della stessa 'punizione criminale 231'.

Riservando una più approfondita disamina di questo panorama a un eventuale altro scritto, possiamo rapidamente accennare a tre diversi modelli di esecuzione, di cui uno – il terzo – precisiamo essere allo stato inattuabile e pertanto concepibile solo *de jure condendo* .

Secondo un primo modello, che può definirsi 'tradizionale', la sanzione pecuniaria 231 costituisce una 'pena giudiziaria da cui nasce un credito a favore dello Stato', da eseguirsi nelle forme procedurali del d.P.R. 115/2002. Tale modello, tuttora (apparentemente) in funzione, si regge sulla disciplina del Testo Unico delle spese di giustizia (d.P.R. n. 115/2002 – TUSG) ed è innescato dal combinato disposto dagli artt. 74 e 34 d.lgs. 231/2001¹³, che vi fanno (indirettamente) rinvio. Tralasciando di

¹³ A seguito dell'abrogazione dell'art. 75 d.lgs. 231/2001, il rinvio al d.P.R. 115/2002 deriva dal testo dagli artt. 74, co. 3 (il quale prevede che il procedimento di esecuzione sia informato alle disposizioni del codice di procedura penale e segnatamente all'art. 666) e 34 (il quale corrobora detto rinvio alle "forme" del codice

diffondersi nell'analisi del procedimento di riscossione della sanzione pecuniaria *ex* TUSG¹⁴, rileviamo che questo primo modello riscossivo – che concepisce la sanzione pecuniaria 231 come un credito statale da riscuotere attraverso l'ufficio del giudice dell'esecuzione e, in caso di inadempimento, ricorrendo all'esecuzione coattiva mediante l'operato di Equitalia Giustizia e Agenzia delle Entrate-Riscossione, con possibilità di spingersi sino al pignoramento mobiliare/immobiliare – è totalmente inefficiente, perché incapace di assicurare l'effettiva esazione della somma dovuta. Oltre a essere ineffettiva, la disciplina in questione (ancora in vigore in forza degli artt. 74, co. 3 e 34 d.lgs. 231/2001) è insidiata anche dall'avvenuta riscrittura dell'art. 660 ad opera della riforma Cartabia.

Stando a un secondo modello, che può definirsi 'amministrativo-impositivo', la sanzione pecuniaria 231 costituisce una 'sanzione conseguente da violazione amministrativa da cui nasce un credito dello Stato', da eseguirsi nella forma dell'esazione delle imposte dirette (art. 664, co. 4 c.p.p. e l. 689/1981). Tralasciando di

di procedura penale, stabilendo che "per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano [...] in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale") d.lgs. 231/2001.

¹⁴ L'articolazione di tale procedimento è così sintetizzabile. Entro un mese dal passaggio in giudicato o dalla definitività del provvedimento di condanna alla sanzione pecuniaria ai sensi del d.lgs. 231/2001, l'ufficio incaricato della gestione delle attività connesse alla riscossione (ai sensi dell'art. 208 TUSG, si tratta dell'ufficio presso il magistrato, diverso dalla Corte di cassazione, il cui provvedimento è passato in giudicato o presso il magistrato il cui provvedimento è divenuto definitivo) notifica all'ente debitore l'invito al pagamento dell'importo dovuto, con l'espressa avvertenza che procederà all'iscrizione a ruolo in caso di mancato pagamento entro i termini prescritti, che ordinariamente corrispondono a un mese dalla notifica, con l'ulteriore obbligo di depositare la ricevuta di versamento entro dieci giorni dal pagamento (art. 212 TUSG). Qualora il termine fissato per l'adempimento decorra infruttuosamente, il medesimo ufficio avvierà l'ordinario sistema di riscossione a mezzo dei ruoli esattoriali (artt. 213 ss. TUSG), procedendo all'iscrizione a ruolo del credito rimasto inevaso e alle successive comunicazioni al concessionario e alla competente ragioneria provinciale dello Stato circa eventuali sopravvenute cause di sospensione o di estinzione della riscossione. Unica espressa eccezione, disposta dall'art. 240 TUSG, riguarda l'inapplicabilità dell'art. 218, co. 1 TUSG, ai sensi del quale ove il credito sia rateizzato prima della sua iscrizione a ruolo, al primo inadempimento si procede all'iscrizione per l'intero o per il residuo. Mantiene invece pieno vigore, anche in relazione alle sanzioni amministrative pecuniarie, la disposizione generale che regola la contraria ipotesi di dilazione o rateizzazione del credito *successiva* all'iscrizione a ruolo, per cui "la riscossione mediante ruolo è sospesa e al primo inadempimento è riavviata per l'intero o per il residuo" (art. 218, co. 2 TUSG). Resta immutata rispetto alla disciplina originaria (dell'art. 75, co. 2 d.lgs. 231/2001) la possibilità concessa al singolo debitore di essere ammesso al pagamento rateale e alla dilazione di pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie, ai sensi dell'art. 19 d.P.R. 602/1973 come modificato dall'art. 7 d.lgs. 46/1999, stante l'espresso rinvio all'art. 240 TUSG alla disciplina prevista per le entrate tributarie. Perciò, l'ente condannato potrà richiedere il pagamento rateale (fino a un massimo di sessanta rate mensili) ovvero la sospensione della riscossione (per un anno) e la successiva ripartizione del pagamento (fino ad un massimo di quarantotto rate mensili), salvo l'obbligo – in tutti i casi – di prestare idonea garanzia mediante polizza fideiussoria o fideiussione bancaria laddove l'importo a ruolo sia superiore a 25.822,44 €. Presupposto per l'applicabilità di benefici, che il contribuente è tenuto a richiedere a pena di decadenza prima dell'inizio della procedura esecutiva, è "l'ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso" (art. 19, co. 1 e 2 d.P.R. 602/1973. Rilevanti, peraltro, le conseguenze in caso di mancato pagamento della prima rata o, successivamente, di due rate: ai sensi del comma 3 del citato art. 19, il debitore decade automaticamente dal beneficio della rateizzazione: l'intero importo iscritto a ruolo ancora dovuto è immediatamente e automaticamente riscuotibile in un'unica soluzione e il carico non potrà più essere rateizzato).

diffondersi nell'analisi del procedimento di riscossione della sanzione pecuniaria, che avviene all'esito di un accertamento celebrato secondo le scadenze rituali processual-penalistiche¹⁵, rileviamo che questo secondo modello riscossivo si differenzia dal primo – con il quale ha nondimeno in comune la concezione della sanzione pecuniaria come credito statale – poiché mutano sia le forme della riscossione (il momento principiante l'iniziativa è demandato alla Autorità amministrativa e non all'ufficio giudiziario del giudice dell'esecuzione; così come le attività successive, quantomeno sino all'intervento del concessionario pubblico per la riscossione) sia la qualificazione sostanziale della sanzione pecuniaria 231 (dato che, nell'un caso, è considerata a tutti gli effetti come pena pecuniaria mentre, nell'altro, è semplicemente una sanzione amministrativa che è stata occasionalmente pronunciata da una sentenza).

A seguito della *riforma Cartabia* si viene ad ipotizzare un terzo modello, che può definirsi 'trasformativo o di convertibilità', secondo il quale la sanzione pecuniaria 231 è una 'sanzione penale provvista di un carattere afflittivo' che fa leva sulla minaccia di conversione in una pena più grave. Il d.lgs. 150/2022, oltre ad aggravare lo stato di incertezza applicativa della procedura riscossiva nei confronti degli enti (a causa della totale riscrittura dell'art. 660 c.p.p.), sollecita ed esorta a chiedersi se anche con riguardo alla sanzione pecuniaria irrogata all'ente sia possibile superare le asfittiche logiche del mero recupero civilistico del credito applicando l'istituto della conversione. In questo caso, si tratterebbe di una prospettiva totalmente differente rispetto alle due precedentemente esposte, dato che ci si allontana dalla concezione della sanzione pecuniaria come credito che lo Stato deve recuperare e si abbraccia l'idea di una pena che deve essere eseguita dall'autorità giudiziaria attraverso un ordine di esecuzione con il quale si minaccia sanzioni più gravi in caso di mancato pagamento, al punto da rappresentare un'efficace contropesca alla decisione di sottrarsi all'adempimento spontaneo. Cambia, come si è detto, il paradigma: non è più lo Stato a inseguire il debitore tramite un farraginoso sistema di recupero dei crediti, ma è il condannato – autore dell'illecito – a sentirsi "obbligato" a pagare la pena irrogata dal giudice per non andare in contro a conseguenze ben più gravi. Tralasciando di diffondersi nell'analisi di questo neo-procedimento introdotto dalla riforma Cartabia¹⁶, rileviamo che un simile

¹⁵ Il procedimento esecutivo segue le regole dettate dall'art. 664, co. 4 c.p.p., secondo cui, "per l'esecuzione delle sanzioni conseguenti a violazioni amministrative accertate nel processo penale, il pubblico ministero trasmette l'estratto della sentenza esecutiva all'autorità amministrativa competente", la quale, in caso di mancato adempimento del debitore potrà procedere forzosamente in base alle norme previste per l'esazione delle imposte dirette. Più precisamente, il pubblico ministero si limita qui a trasmettere l'estratto della sentenza divenuta esecutiva all'autorità amministrativa competente, dopodiché è quest'ultima amministrazione a doversi attivare ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689, per recuperare il proprio credito. Si dovrà quindi innanzitutto procedere alla contestazione e ingiunzione del pagamento (artt. 14 e 18 l. 689/1981), decorso il cui termine – di trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza-ingiunzione – ovvero decorsi inutilmente, anche per una sola rata, i termini per il pagamento rateale (è possibile rateizzare fino a trenta rate mensili *ex art.* 26 l. 689/1981), si darà avvio alla riscossione coatta delle somme dovute, con trasmissione del ruolo all'intendenza di finanza che, a sua volta, lo darà in carico all'esattore – *i.e.* Agenzia delle entrate-Riscossione – per la riscossione in una unica soluzione (art. 27, co. 1 l. 689/1981).

¹⁶ Quando deve essere eseguita una pena pecuniaria, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione della pena con ingiunzione di pagamento entro novanta giorni e lo fa notificare al condannato e al suo difensore,

modello – a parere di chi scrive, adottabile anche nel sistema di responsabilità da reato degli enti – manifesta un’impronta marcatamente endo-penalistica (e non più civilistico-amministrativistica) e soprattutto, sul lungo raggio, promette tassi di riscossione elevati e quindi una maggiore effettività della pena pecuniaria nel suo complesso.

L’innovativa impostazione riscossiva *ex d.lgs. 150/2022*, che si regge su di un meccanismo di conversione della sanzione pecuniaria in pena limitativa della libertà personale in caso di mancato pagamento, apre spunti procedurali e prospettive sostanzialistico-funzionali di sistema. In particolare, nonostante il modello riscossivo disegnato dalla riforma Cartabia non sia immediatamente mutuabile in campo 231¹⁷, si possono comunque trarre ragioni di confronto e di interpretazione analogica – o finanche di mutazione diretta? – della disciplina. Specialmente interessante, in proposito, è la distinzione tra mancato pagamento colpevole (essendoci solvibilità) e mancato pagamento incolpevole (per insolvidità) da parte del condannato, in seguito alla quale potrebbero aversi ripercussioni in punto di libertà di iniziativa economica dell’ente (parimenti a quanto accade per le restrizioni alla libertà personale conseguenti l’inadempimento da parte del condannato).

Per concludere, come anticipato, con una concreta proposta legislativa, che prende le mosse da questa nuova meccanica esecutiva (non più meramente creditoria, bensì incentrata su un finalismo *lato sensu* rieducativo: che non tralascia di considerare

indicando l’ammontare e le modalità del pagamento e avvisando altresì che in caso di mancato pagamento si provvederà alla conversione in limitazioni della libertà personale e avvertendo anche che entro venti giorni il condannato può comunque chiedere il pagamento rateizzato (art. 660, co. 1, 2 e 3 c.p.p.). Se il condannato provvede al pagamento, il pubblico ministero dichiara l’avvenuta esecuzione della pena (art. 660, co. 6 c.p.p.). Nel caso, invece, in cui il condannato non provveda al pagamento (art. 660, co. 7 c.p.p.), il pubblico ministero trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza ai fini della conversione della pena pecuniaria mediante la procedura senza formalità ai sensi dell’art. 667, co. 4 c.p.p. Il magistrato di sorveglianza accerta, dunque, la condizione di insolvenza o di insolvidità del condannato acquisendo informazioni dagli organi finanziari e dalla polizia giudiziaria (art. 660, co. 9 c.p.p.). Da ciò discende poi l’importante biforcazione di disciplina. Quando il mancato pagamento è dovuto a insolvidità, il condannato può chiedere il differimento della conversione fino a sei mesi, rinnovabile una sola volta se lo stato di insolvidità perdura (art. 660, co. 10 c.p.p.). Sempre in seguito al mancato pagamento dovuto a insolvidità, e quindi incolpevole, il magistrato di sorveglianza ordina la conversione e provvede all’esecuzione (art. 660, co. 12 c.p.p.). In particolare, il magistrato di sorveglianza converte la pena pecuniaria principale in lavoro di utilità sostitutivo; se il condannato si oppone, vi è la conversione in detenzione domiciliare sostitutiva (art. 103, co. 1 l. 689/1981). Quando, invece, il mancato pagamento è dovuto a insolvenza di un condannato solvibile, che quindi ha a disposizione risorse sufficienti per pagare la pena pecuniaria, il magistrato di sorveglianza ordina la conversione e provvede all’esecuzione (art. 660, co. 12 c.p.p.). Il magistrato di sorveglianza converte la pena pecuniaria in semilibertà sostitutiva o detenzione domiciliare sostitutiva (art. 102, co. 1 l. 689/1981). In ogni caso, e cioè in caso di conversione per insolvidità o per insolvenza, se il condannato paga poi la pena pecuniaria – dedotta ovviamente la somma corrispondente alla durata della pena sostitutiva espiata – la conversione è revocata (art. 660, co. 15 c.p.p.).

¹⁷ Essendovi un’estraneità di fondo della normativa *de qua* alla dimensione entiforme e un sintomatico aggancio della stessa alla libertà personale dell’essere umano (art. 13 Cost.); libertà personale che, tuttavia, può *mutatis mutandis* essere nondimeno considerata corrispondente – o perlomeno comparabile – alla libertà d’iniziativa e di azione economica sussistente in capo all’ente *ex art. 41 Cost.* L’equivalenza tra libertà personale dell’uomo e libertà d’agire economico dell’ente permettono di prospettare e proiettare interpretazioni analogiche della nuova disciplina legislativa.

la natura colpevole¹⁸ o incolpevole¹⁹ dell'inadempimento, e ne modula le conseguenze in punto di conversione), può dirsi *de jure condendo* che occorre prevedere strumenti legislativi di conversione anche per le sanzioni pecuniarie irrogate all'ente: uno strumentario *ad hoc* teso ad assicurare, attraverso schemi di convertibilità in caso di mancato adempimento, l'effettiva esecuzione della sanzione (ché nemmeno il sequestro conservativo *ex art. 54 d.lgs. 231/2001* riesce a garantire²⁰).

Convertire la pena pecuniaria non pagata dall'ente – ad esempio in un suo obbligo di *agere* o *facere* a favore della collettività – comporta una precisa presa di posizione: considerare la sanzione amministrativa *ex d.lgs. 231/2001* a tutti gli effetti come una vera e propria pena, da inserire in un congegno funzionale-esecutivo improntato a una logica tutta endo-penalistica.

Come? Il dato da cui partire e da cui non ci si può discostare è sicuramente lo strumentario positivizzato dal legislatore 231. Non ci si può che orientare seguendo l'art. 9, co. 2 d.lgs. 231/2001 e i criteri previsti dagli artt. 13, co. 2 e 14, co. 1, 2 e 3 d.lgs. 231/2001, tenendo inoltre in debito conto del diverso grado di colpevolezza che esprime l'ente condannato per il mancato pagamento (trovandosi in caso di insolvenza oppure di insolvibilità) e per l'eventualità in cui abbia posto in essere, oppure no, condotte riparatorie *post delictum*. Tentando siffatta operazione, che risulta agevolata dalla stessa gradualità dei diversi tipi di sanzione interdittiva e dalla loro modulabilità temporale, si può immaginare quanto segue.

A) Ente colpevolmente inadempiente.

In caso di ente colpevolmente inadempiente e che non abbia posto in essere alcuna riparazione *post patratum delictum*, la conversione della sanzione pecuniaria in interdittiva dovrebbe avvenire nel modo più severo e stigmatizzante possibile sia per il suo miglior funzionamento special-preventivo che retributivo. L'applicazione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività per il massimo della durata prevista dall'art. 13, co. 2 d.lgs. 231/2001 (cioè, due anni) appare la soluzione più congrua. Qui si potrebbe, infatti, sostenere che è forte la volontà neutralizzatrice (*stick out*): non solo l'ente non si è riallineato con l'ordinamento attraverso le condotte positive incentivate *post delitto*, e quindi deve ritenersi ancora pericoloso per la società e per la stabilità dell'economia e del mercato, ma non ha – si badi bene: non ha, pur potendolo fare – neppure pagato il

¹⁸ Nell'ipotesi di mancato pagamento colpevole, la minaccia della conversione in una pena più grave di quella pecuniaria svolge innanzitutto una funzione di intimidazione speciale.

¹⁹ L'istituto della conversione per mancato pagamento incolpevole della pena pecuniaria, dal momento che si regge su di una condizione di insolvibilità economico-patrimoniale del reo, non presenta alcuna funzione preventivo-deterrente (posto che chi non può materialmente pagare, non può essere indotto a farlo mediante minaccia di conseguenze più gravose) ma realizza una mera sostituzione della pena principale pecuniaria, comminata dal giudice di cognizione per il reato commesso, con altra pena che il condannato abbia la possibilità di eseguire, proiettandosi così in una dimensione altruistico-sociale – data dallo svolgimento del lavoro di pubblica utilità – che è, a ben vedere, comunque altrimenti remunerativa degli interessi statali.

²⁰ Di fatto, l'anticipazione – tramite il sequestro conservativo – degli effetti derivanti dalla possibile condanna futura rischia di destabilizzare l'attività economica dell'ente e produrre effetti mortiferi. Inoltre, nel caso di ente insolvente è proprio tale sua condizione di oggettiva impossibilità di adempimento a rendere difficilmente ipotizzabile un sequestro di beni.

proprio debito con lo Stato, dimostrando così una inconciliabile posizione valoriale nei confronti dell'ordinamento.

Nel caso, invece, di ente colpevolmente inadempiente al pagamento ma che ha posto in essere le condotte riparative incentivate dalla legge dopo la realizzazione del reato, la conversione dovrà seguire criteri più miti, orientandosi verso la scelta, anche cumulativa, di sanzioni interdittive quali quelle di cui alle lettere b), c), d) ed e) dell'art. 9 d.lgs. 231/2001²¹ (da scegliere in base alla migliore efficacia deterrente con riguardo all'oggetto specifico dell'attività), che dovranno comunque avere una durata significativa.

B) Ente incolpevolmente inadempiente.

Profondamente diversa è la situazione del mancato pagamento incolpevole. L'ente si trova qua in uno stato di insolvibilità, per cui l'istituto della conversione non può ritenersi in alcun modo orientato a minacciare il pagamento – invero impossibile – né tantomeno, quando questo effettivamente non si verifichi, a punire con maggiore rigore (il che darebbe esiti sproporzionati data la condizione di non colpevolezza). In quest'ipotesi, la sostituzione della sanzione pecuniaria, (che non solo non può essere pagata ma che, ove eseguita, condurrebbe al fallimento dell'ente: vale a dire, alla sua morte) in sanzione interdittiva avrebbe un duplice obbiettivo: rendere effettiva la pena e conservare l'ente.

Ad ogni modo, anche in questo caso risulta opportuno distinguere l'evenienza in cui l'ente che si trova in uno stato di insolvibilità abbia posto in essere condotte riparatorie post-delittuose dalla circostanza in cui non lo abbia fatto e sia rimasto inerte. Si potrà attingere, specie nel primo caso, ancora una volta alle forme meno afflittive di interdizione, avendo cura di sceglierle in relazione alla loro incisività rispetto alla specifica attività svolta dall'ente collettivo destinatario. Se ne dovrà, altresì, dosimetricamente la durata ai sensi dell'art. 13, co. 2 d.lgs. 231/2001; e, nel far ciò, l'interprete deve essere guidato dalla stella polare finalistica di cercare per quanto possibile e con ogni sforzo di conservare l'ente collettivo all'interno della società: trattandosi di un ente che, se riuscirà a superare il momento di crisi (dovuto anche dall'essersi reso responsabile per non essere stato capace di organizzarsi adeguatamente e in via preventiva per evitare la realizzazione del fatto di reato), potrà – senz'altro più forte di prima e con spirito 'riconoscente' verso lo Stato – rimanere in gioco nella scacchiera economico-sociale del paese e favorirne, o quantomeno cercare di contribuire a farlo, la crescita collettiva.

²¹ Per comodità di lettura si riporta il testo dell'art. 9 d.lgs. 231/2001, rubricato "Sanzioni amministrative": 1. Le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono: a) la sanzione pecuniaria; b) le sanzioni interdittive; c) la confisca; d) la pubblicazione della sentenza. 2. Le sanzioni interdittive sono: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

PRIME APPLICAZIONI DA PARTE DELLA SUPREMA CORTE DEL NUOVO RIMEDIO DI CUI ALL'ART. 628-BIS C.P.P.

*Nota a Cass. sez. V, 12 ottobre 2023 (dep. 23 novembre 2023), n. 47183, PScarlini, rel.
Borrelli*

di Maria Brunetti Pierri

La riforma Cartabia ha introdotto un nuovo mezzo di impugnazione al fine di dare esecuzione alle decisioni definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo e la sentenza n. 47183/2023, che qui di seguito si commenta, costituisce una delle prime applicazioni dell'istituto innovativo previsto dall'art. 628-bis c.p.p. La sentenza della Suprema Corte, in particolare, affronta tutti i profili più significativi dell'istituto di nuovo conio e offre una soluzione finalizzata all'eliminazione delle conseguenze delle violazioni convenzionali su cui ragionare.

SOMMARIO: 1. La riforma Cartabia e il rimedio previsto dall'art. 628-bis c.p.p. – 2. I presupposti, il giudizio e gli esiti del rimedio previsto dall'art. 628-bis c.p.p. – 3. La disciplina transitoria. – 4. La sentenza della Corte di Cassazione, sez. V, 12.10.2023, n. 47183. – 5. Le conclusioni.

1. La riforma Cartabia e il rimedio previsto dall'art. 628-bis c.p.p.

La riforma Cartabia, in attuazione dei criteri contenuti nell'art. 1, comma 13, lett. o), della legge delega 4 ottobre 2021 n. 134, in forza dei quali occorre, in successione, «introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di Cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio», «attribuire alla Corte di Cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo» e «coordinare il rimedio di cui alla presente lettera con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'articolo 670 del codice di procedura penale» e con l'introduzione nel nuovo Titolo III-bis del Libro IX, sotto la rubrica «*Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*», della disposizione di nuovo conio di cui all'art. 628-bis c.p.p., rubricata «*Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali*», ha previsto un innovativo mezzo di impugnazione.

Tale nuovo mezzo di impugnazione era da tempo atteso¹.

Basti pensare che, oltre venti anni fa, con la raccomandazione del 19 gennaio 2000, R (2000) 2, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa aveva invitato gli Stati membri a prevedere «*adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte ha riscontrato una violazione della Convenzione*» e in particolare laddove «*la sentenza della Corte induce alla conclusione che: a) la decisione interna impugnata è nel merito contraria alla Convenzione; b) la violazione riscontrata è costituita da errori o da altre mancanze di tale gravità da far sorgere seri dubbi sull'esito del procedimento nazionale considerato*».

E basti pensare, altresì, che, nell'inerzia del legislatore, la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità si erano sforzate di porre rimedio a tale lacuna normativa, adattando alcuni istituti processuali, destinati ad altri scopi e utilizzandoli come rimedi per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (Cedu), i quali, tutti, però, presentavano problematiche, perché non costituivano dei meccanismi integralmente restitutori, si prestavano a dubbi interpretativi e tradivano il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, e precisamente:

- 1) la c.d. revisione europea introdotta dalla sentenza additiva della Corte Costituzionale n. 113 del 7 aprile 2011, che sostanzialmente aveva adattato la revisione interna disciplinata dall'art. 630 c.p.p. alla riapertura del processo per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo²;
- 2) il ricorso straordinario per errore di fatto ex art. 625-bis c.p.p.³;
- 3) l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p.⁴;
- 4) la restituzione nel termine per impugnare ex art. 175, commi 2 e 2-bis, c.p.p.⁵

Si è voluto, quindi, finalmente, porre rimedio a tale lacuna e, nel contempo, razionalizzare il sistema processuale.

E si è deciso di farlo individuando una competenza funzionale in capo alla Corte di Cassazione, unica interfaccia tra la decisione della Corte edu e il giudicato interno, allo scopo evidente di garantire l'uniformità delle decisioni, anche in conformità al diritto convenzionale e in coerente correlazione con la funzione nomofilattica svolta dalla giurisprudenza di legittimità; individuando, altresì, l'oggetto esclusivo nell'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni interne adottate in

¹ M. GIALUZ, [Per un processo più efficiente e giusto](#), in questa Rivista, 2 novembre 2022; B. LAVARINI, *I rimedi per l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Gatta – M. Gialuz (diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Vol. II, Torino, 2024, pp. 487 ss.

² Corte Costituzionale, sentenza n. 113 del 7 aprile 2011, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

³ Cass., sez. VI, 12 novembre 2008-11 dicembre 2008, n. 45807; Cass., sez. V, 11 febbraio 2010-28 aprile 2010, n. 16507.

⁴ Cass., sez. I, 1° dicembre 2006-25 gennaio 2007, n. 2800.

⁵ Cass., sez. I, 12 febbraio 2008-27 febbraio 2008, n. 8784; Cass., sez. V, 15 novembre 2006-2 febbraio 2007, n. 4395.

violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei relativi protocolli addizionali, e, quindi, presupposto del rimedio ex art. 628-bis c.p.p. è, solo ed esclusivamente, l'accoglimento del relativo ricorso da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo; individuando, inoltre, lo scopo, come si legge nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 150 del 2022, in quello di «*superare l'assetto binario – da un lato, revisione europea e, dall'altro, incidente di esecuzione – fissato dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite a favore di un unico rimedio di nuovo conio che affidi sempre alla Corte di Cassazione la valutazione del dictum europeo, con un vaglio preliminare sul vizio accertato dalla Corte di Strasburgo*»; e, individuando, infine, come esiti, una pluralità di soluzioni da adattare alle peculiarità dei casi concreti, al fine di trovare la modalità riparatoria più adeguata, che non necessariamente consiste nella riapertura del processo.

Si può dire, in conclusione, che quello disegnato dal legislatore Cartabia sia un mezzo di impugnazione, sicuramente, straordinario, perché va a incidere su sentenze o su decreti penali di condanna definitivi, di carattere esclusivo, perché consente il riesame del solo giudicato nazionale a seguito della pronuncia della Corte europea, aperto, nel senso che gli esiti non sono predeterminati, e non sospensivo, nel senso che la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza non consegue automaticamente alla proposizione della domanda, bensì a una valutazione discrezionale della Corte di Cassazione.

2. I presupposti, il giudizio e gli esiti del rimedio previsto dall'art. 628-bis c.p.p.

Prima di affrontare nel dettaglio il caso esaminato dalla Corte di Cassazione e qui in commento, appare opportuno, ai fini di una migliore comprensione dello stesso, svolgere alcune considerazioni di carattere preliminare sull'istituto di nuovo conio.

L'art. 628-bis c.p.p. disciplina, in maniera precisa e puntuale, i soggetti legittimati, l'oggetto dell'impugnazione, la forma, i termini e le modalità di presentazione del ricorso, le conseguenze per l'inosservanza di tali regole procedurali, il giudizio innanzi alla Corte di Cassazione e le decisioni della Suprema Corte.

In particolare, per quanto concerne i soggetti legittimati a presentare il ricorso, essi vengono individuati unicamente nel condannato in via definitiva e nella persona a cui sia stata applicata una misura di sicurezza che abbiano proposto ricorso per il riconoscimento di una violazione convenzionale alla Corte europea, la quale abbia accolto la doglianza.

Restano, conseguentemente, esclusi i terzi non impugnanti che avrebbero potuto lamentare la medesima violazione, i c.d. fratelli minori; si tratta di una scelta di natura politica del legislatore, la quale si basa principalmente sul fatto che la Corte edu è prima di tutto un giudice del caso concreto, le cui valutazioni non possono, sempre e comunque, essere estese alle vicende di altri soggetti, scelta che trova una sua giustificazione nella relazione finale alla legge delega n. 134/2021, ove è scritto: «*non va sottaciuto che la Cassazione potrebbe sollevare immediatamente questione di legittimità costituzionale della norma interna interessata dalla decisione di Strasburgo nel caso in cui*

quest'ultima individui un problema di portata generale dell'ordinamento nazionale: in tal modo, si potrebbe risolvere a monte la delicata questione dei cc.dd. fratelli minori, i quali, non legittimati a proporre il nuovo rimedio, si potrebbero poi rivolgere al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 673 c.p.p.»⁶.

E restano, altresì, esclusi la persona offesa dal reato-parte civile nel caso in cui abbia ottenuto dalla Corte edu il riconoscimento di una violazione convenzionale, e così pure il prosciolto, il PM e il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

Nel caso, però, in cui il condannato in via definitiva o la persona a cui sia stata applicata una misura di sicurezza, che abbiano proposto ricorso per il riconoscimento di una violazione convenzionale alla Corte europea, la quale abbia accolto la doglianza, nelle more, siano deceduti, la legittimazione a presentare il ricorso spetta al congiunto, non all'erede, come stabilisce l'art. 632, comma 1, lett. a), c.p.p., a mezzo di difensore munito di procura speciale.

Relativamente all'oggetto dell'impugnazione, il rimedio di nuova introduzione può essere azionato:

- in presenza di decisioni definitive della Corte edu;
- ma anche allorquando la Corte edu abbia disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo ex art. 37 Cedu in conseguenza del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato.

ove le une (decisioni definitive della Corte edu) e l'altra (cancellazione del ricorso dal ruolo) abbiano riguardo a sentenze e a decreti penali di condanna.

Restano, quindi, escluse, ad esempio, le decisioni definitive della Corte edu e la cancellazione del ricorso dal ruolo ove abbiano a oggetto i provvedimenti adottati dalla magistratura di sorveglianza, dal momento che quest'ultimi sono caratterizzati dall'essere adottati *rebus sic stantibus*, così da dar luogo a un c.d. "giudicato aperto" (cfr. Cass., sez. V, n. 39801/23, nell'ulteriore e sola sentenza che, accanto e oltre a quella qui in esame, si è finora occupata dell'istituto di cui all'art. 628-bis c.p.p.⁷).

Con riguardo alla forma, ai termini e alle modalità di presentazione del ricorso, va rilevato che, a pena di inammissibilità, la richiesta:

- deve essere formulata con ricorso depositato presso la cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza o il decreto penale di condanna nelle forme previste dall'art. 582 c.p.p., entro giorni novanta dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione della Corte europea che ha accertato la violazione o dalla data in cui è stata emessa la decisione che ha disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo;
- deve essere presentata personalmente dall'interessato o, come già detto, in caso di morte, da un suo congiunto, a mezzo di difensore munito di procura speciale;

⁶ Sul tema dei c.d. fratelli minori v. più diffusamente G. DE AMICIS, [Giudicato interno e sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo strumento di governo della cedevolezza del giudicato nazionale](#), in questa Rivista, 3 maggio 2023; S. LONATI, [Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.](#), in questa Rivista, 27 aprile 2023; Cass., sez. VI, 29.5.2014-26.9.2014, n. 39925.

⁷ Cass., sez. V, 13.7.2023-2.10.2023, n. 39801, in cui si legge: «il c.d. giudicato esecutivo, infatti, non si configura come giudicato in senso stretto, quanto piuttosto come una preclusione processuale destinata a non operare nel caso in cui sopravvengano nuovi elementi non valutati nella precedente decisione della magistratura di sorveglianza».

- deve contenere l'indicazione specifica delle ragioni che la giustificano, nel senso che non basta illustrare il contenuto della decisione della Corte edu, ma occorre specificare in quali termini le violazioni convenzionali riscontrate dalla Corte edu incidano sulle decisioni (sentenze e/o decreti penali) che sono state pronunciate e sono divenute definitive nei confronti dell'interessato.

Alla richiesta devono essere allegati la sentenza o il decreto penale di condanna, la decisione emessa dalla Corte europea e gli eventuali ulteriori atti e documenti che la giustificano, ma tale ultimo adempimento non è prescritto a pena di inammissibilità e, quindi, è possibile che tali documenti e gli altri atti reputati utili a sostegno della domanda vengano depositati anche successivamente alla proposizione della domanda stessa.

Venendo ora alle modalità di svolgimento del giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, la norma di cui al comma 4 dell'art. 628-*bis* c.p.p. prevede che, sulla richiesta, la Corte di Cassazione decide in camera di consiglio a norma dell'art. 611 c.p.p., ossia senza l'intervento dei difensori e sulla base di un contraddittorio meramente cartolare, e richiama integralmente la disposizione di cui all'art. 635 c.p.p. in tema di sospensione della pena o della misura di sicurezza.

La sospensione della pena è ovviamente subordinata alla condizione che una pena sia in fase esecutiva per essere già stato emesso il relativo ordine; non è subordinata alle regole stabilite dall'art. 127 c.p.p. a garanzia del contraddittorio, potendo la Corte pronunciarsi, *inaudita altera parte*, sull'istanza; e consente, opportunamente, di neutralizzare gli effetti pregiudizievoli di una sentenza irrevocabile, posta in esecuzione, ma colpita dalla Corte edu.

Concludendo con le decisioni che possono essere adottate dalla Corte di Cassazione, va, innanzitutto, osservato che la Corte di Cassazione accoglierà il ricorso se ed in quanto ricorreranno entrambe le seguenti due condizioni:

- 1) il ricorrente sia legittimato e non ricorrano le cause di inammissibilità previste dall'art. 628-*bis*, comma 2, c.p.p.;
- 2) la violazione convenzionale abbia determinato "*per natura e gravità*" un'effettiva incidenza sulla sentenza o sul decreto penale di condanna.

Si potrà trattare di una violazione sostanziale o di una violazione procedurale, ma si dovrà trattare nell'uno e nell'altro caso, necessariamente, di una violazione rilevante.

La violazione sarà rilevante, non solo quando senza tale violazione l'esito del processo sarebbe stato opposto, ma anche quando senza tale violazione l'esito sarebbe stato diverso e più favorevole all'imputato.

Si tratta dell'unico vaglio che è consentito alla Corte di Cassazione, chiamata ad attuare la ricognizione della sentenza sovranazionale, la quale, quindi, non avrà margini di apprezzamento sulla sussistenza della violazione, dovendosi attenere a quanto sancito dalla Corte europea, ma potrà solo esprimersi sul "*peso*" della violazione in rapporto alla sua incidenza sull'esito del processo.

Alla Corte di Cassazione è, dunque, rimesso un margine di apprezzamento rispetto alle indicazioni desumibili dalle decisioni europee, in un'ottica di dialogo e di

collaborazione tra Giudice europeo e Giudice di legittimità incentrata sul principio di sussidiarietà.

Va, poi, evidenziato che, una volta accolto il ricorso, vengono spalancate le porte a varie alternative decisorie, che non sono sufficientemente precisate soprattutto se e quando non sia possibile concludere il giudizio di revisione in Cassazione e dipendono unicamente dall'individuazione dello strumento più adatto per rimuovere gli effetti pregiudizievoli della condanna e precisamente:

- la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna, nel caso in cui non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto o risulti comunque superfluo il rinvio, sul modello dell'annullamento senza rinvio;
- la trasmissione degli atti al giudice dell'esecuzione, nell'ipotesi in cui si rendano necessari ulteriori accertamenti, unicamente relativi al titolo esecutivo;
- la riapertura del processo innanzi al giudice della cognizione, nel grado e nella fase in cui si procedeva nel momento in cui si è verificata la violazione, stabilendo se e in quale parte gli atti compiuti nel processo svoltosi in precedenza conservino efficacia, nell'ipotesi in cui si rendano necessari ulteriori accertamenti, relativi al merito della questione, sul modello dell'annullamento con rinvio.

La riapertura del processo si renderà necessaria quando occorrerà svolgere attività istruttorie o valutazioni nuove.

La riapertura del processo non implicherà necessariamente la rinnovazione automatica dell'intero processo, come si verifica per la revisione ordinaria, o di suoi interi segmenti, ma potrà, se del caso, comportare unicamente la rinnovazione di quegli atti a cui si riferiscono le violazioni accertate dalla Corte edu.

La riapertura del processo comporterà, di contro, che:

- potrà essere valutata la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza e la sospensione potrà accompagnarsi all'applicazione di misure cautelari coercitive, e precisamente solo di quelle del divieto di espatrio, dell'obbligo di presentazione alla PG, del divieto e obbligo di dimora e degli arresti domiciliari, in forza dell'art. 635 c.p.p. richiamato dall'art. 628-bis c.p.p., comma 4;
- in caso di riapertura del processo davanti al giudice di primo grado, per espressa disposizione del comma 6 dell'art. 628-bis c.p.p., la prescrizione riprenderà a decorrere a far tempo dalla pronuncia della Corte di Cassazione;
- in caso di riapertura del processo innanzi al giudice di secondo grado, per espressa disposizione del comma 7 dell'art. 628-bis c.p.p., troverà applicazione un meccanismo perfettamente corrispondente a quello dell'improcedibilità di cui all'art. 344-bis, c.p.p., comma 8, con la sola differenza che il termine di durata massimo del processo decorrerà dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di cui all'art. 128 c.p.p.;
- il condannato riassumerà la qualità di imputato (in forza di una modifica dell'art. 60 c.p.p.);
- il giudice di merito, investito della competenza a decidere a seguito della riapertura del processo disposta dalla Corte di Cassazione, dovrà attenersi al

principio fissato dalla Corte stessa e, quindi, da un lato, non potrà, a sua volta, valutare l'“*incidenza effettiva*” che la violazione convenzionale ha prodotto sulla condanna né la scelta in ordine allo strumento più adatto per rimuovere gli effetti pregiudizievoli, trattandosi di valutazioni e di scelte che sono state già compiute dalla Suprema Corte, che sono di esclusiva spettanza di quest'ultima per espressa disposizione legislativa e che restano conseguentemente precluse al giudice del rinvio, e, dall'altro lato, tuttavia, sarà libero di giungere a una decisione di condanna o di proscioglimento, una volta superato il vizio accertato in sede europea, ma dovrà, in ogni caso, rispettare il divieto di *reformatio in peius*, trattandosi di un principio di portata generale in tema di impugnazioni⁸.

Sulla base della clausola di espressa riserva a favore dell'art. 628-*bis* c.p.p., contenuta nell'art. 629-*bis* c.p.p., il rimedio europeo è esperibile a fronte dell'accertata violazione da parte della Corte ed dei diritti dell'imputato di partecipare al processo, mentre la rescissione del giudicato (di competenza delle Corti di Appello) costituisce rimedio rispetto alla mancata partecipazione al processo conseguente alla violazione delle norme nazionali nel corso del procedimento⁹.

3. La disciplina transitoria.

Sono stati disciplinati anche alcuni possibili profili di diritto intertemporale che potrebbero porsi laddove si è stabilito che:

- nelle ipotesi in cui, in epoca anteriore all'entrata in vigore del decreto, e, quindi, fino al 29 dicembre 2022, sia divenuta definitiva la decisione con cui la Corte europea ha accertato la violazione, ovvero abbia disposto la cancellazione dal ruolo del ricorso a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato, il termine di giorni novanta per la proposizione del nuovo rimedio decorre dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto e, quindi, dal 31 dicembre 2022;
- per i reati commessi in data anteriore al 1° gennaio 2020, ovvero prima della L. n. 3 del 2019, che ha introdotto il blocco della prescrizione al momento della pronuncia della sentenza di primo grado, la prescrizione riprende il suo corso in ogni caso in cui la Corte di Cassazione disponga la riapertura del processo e non solo allorquando quest'ultima venga disposta innanzi al giudice di primo grado.

4. La sentenza della Corte di Cassazione, sez. V, 12.10.2023, n. 47183.

Venendo ora al caso specifico, va, sin da subito, detto che si tratta di una delle prime applicazioni da parte della Corte di Cassazione dell'istituto di nuovo conio, di

⁸ Sul tema del divieto di *reformatio in peius* v. più diffusamente S. LONATI, cit.

⁹ V. Relazione su novità normativa La “*Riforma Cartabia*” a cura dell'Ufficio del Massimario, Servizio Penale, della Corte Suprema di Cassazione, del 5.1.2024.

formidabile valenza, come precedente, perché, nonostante la novità dell'istituto, è una decisione estremamente completa in punto di ricostruzione dell'istituto stesso, in tutti i suoi profili, e per così dire "efficace", sotto il profilo della decisione adottata, al fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli delle violazioni convenzionali accertate dalla Corte edu, sia pure con alcune precisazioni che saranno svolte in seguito.

È una decisione densa di contenuti, per la molteplicità delle questioni affrontate e per la portata innovativa delle soluzioni adottate, e, quindi, occorre necessariamente esaminarla procedendo per gradi.

Incominciamo dal caso affrontato dalla Suprema Corte.

Trattasi della vicenda collaterale e satellitare a quella principale e molto nota, perché ha a lungo impegnato l'opinione pubblica e ha avuto una rilevanza mediatica significativa, legata all'omicidio di una giovane studentessa inglese.

Il caso esaminato ha riguardato, in particolare, la condanna, divenuta definitiva, per calunnia inflitta a uno degli imputati di tale omicidio, reputato colpevole anche di aver, nel corso di serrate audizioni che erano seguite all'efferato delitto, proseguite per diverse ore, nella notte tra il 6.11.2007 e il 7.11.2007, prima alle ore 1.45, innanzi ai poliziotti e, poi, alle ore 5.45, innanzi al PM, accusato falsamente un altro soggetto di essere autore dell'omicidio; su tali accuse la condannata era, poi, tornata in un memoriale scritto in inglese di sua iniziativa e consegnato alla Polizia nella stessa data, ma qualche ora più tardi (il processo per omicidio, invece, a seguito di un lungo e travagliato *iter*, si era concluso con l'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna da parte della Corte di Cassazione per non aver commesso il fatto).

Sono, quindi, questi tre – le dichiarazioni delle ore 1.45, quelle delle ore 5.45 e il memoriale – gli elementi sui quali si è fondata la sentenza di condanna per calunnia e che sono stati presi in considerazione nella sentenza della Corte edu e in quella della Corte di Cassazione qui in commento.

La Suprema Corte, che già a più riprese era stata chiamata a pronunciarsi sul merito della vicenda principale e sul merito di quella collaterale, con sentenze tutte analiticamente e diffusamente riportate nella pronunzia qui in commento, se n'è occupata, nuovamente, dopo la pronuncia della Corte edu, avendo quest'ultima, su ricorso della condannata e in parziale accoglimento del ricorso stesso, riscontrato le seguenti violazioni:

- violazione dell'art. 3 Cedu (*«nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»*), sotto il profilo procedurale, quanto al trattamento che era stato riservato all'imputata durante le sue audizioni nel corso della notte (la violazione, più precisamente, è stata ravvisata nel fatto che era mancata *«una indagine ufficiale effettiva per identificare e punire i possibili responsabili»*);
- violazione dell'art. 6 par. 1 e 3 lett. c) Cedu, quanto al diritto all'assistenza difensiva (*«ogni accusato ha diritto a (...) c) difendersi personalmente o con l'assistenza di un difensore di propria scelta»*), con riguardo alle dichiarazioni rese alle ore 5.45, allorquando l'imputata, poi condannata, aveva ormai formalmente acquisito la qualità di indagata e conseguentemente avrebbe dovuto essere informata dei suoi diritti procedurali (primo fra tutti, il diritto di farsi assistere da un avvocato)

non ricorrendo alcun “motivo imperioso” che giustificasse il sacrificio dell’assistenza difensiva (la violazione, più precisamente, aveva pregiudicato in modo irreparabile l’equità del processo nel suo complesso);

- violazione dell’art. 6 par. 1 e 3 lett e) Cedu (*«ogni accusato ha diritto soprattutto a (...) e farsi assistere da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata nell’udienza»*) quanto all’assistenza di un interprete (anche sotto questo aspetto la violazione aveva pregiudicato la generale equità del procedimento), oltre a riconoscere all’imputata-condannata la somma di danaro di euro 10.400,00, spese e interessi fino al saldo.

E se n’è occupata, proprio perché, sulla base della sentenza della Corte edu appena citata e al fine di ottenere l’eliminazione degli effetti pregiudizievoli della pronuncia di condanna, i difensori della condannata avevano invocato l’applicazione del rimedio nuovo ex art. 628-bis c.p.p.

Ebbene, la Corte di Cassazione ha, innanzitutto, affrontato il tema dell’ammissibilità dell’istanza.

Si è soffermata, in particolare, sotto il profilo specifico della legittimazione attiva alla proposizione della richiesta, sulla possibilità che quest’ultima venga presentata, non dall’interessato personalmente, ma dal suo difensore munito di procura speciale, come accaduto nel caso di specie, e ha ritenuto tale modalità di presentazione del ricorso ammissibile, in forza di considerazioni ampiamente condivisibili.

Ha, in primo luogo, correttamente, rilevato che il tenore letterale della norma non è particolarmente chiaro, perché dispone che la richiesta, come già detto e come appare opportuno ricordare, venga presentata *«personalmente dall’interessato o, in caso di morte, da un suo congiunto, a mezzo di difensore munito di procura speciale»*.

Quindi, si potrebbe sostenere che il sintagma *«a mezzo di difensore munito di procura speciale»* si riferisca unicamente all’espressione *«in caso di morte, da un suo congiunto»*, ma si potrebbe, altresì, sostenere che la prima parte della frase *«personalmente dall’interessato»* si colleghi direttamente a quella finale *«a mezzo di difensore munito di procura speciale»* (ipotizzando che *«o, in caso di morte, da un suo congiunto, sia solo un inciso»*) *«così avallando l’ipotesi che, data la necessità di avvalersi di un difensore (vieppiù iscritto all’Albo dei cassazionisti) per ogni richiesta rivolta a questa Corte – necessità prevista dall’intervento riformatore della L. n. 103 del 2017 e progressivamente delineata dalla successiva giurisprudenza della Sezioni Unite (Sez. U. n. 8914 del 21/12/2017, dep. 2018, Aiello, RV 272010) – il legislatore abbia voluto specificare che l’interessato debba formulare l’istanza necessariamente a mezzo di un professionista, il quale debba essere anche suo procuratore speciale»*.

La Suprema Corte ha, però, ritenuto, nella sentenza qui in commento, preferibile questa seconda interpretazione, dal momento che la stessa trova conferma in una lettura sistematica e comparata delle disposizioni, oltre che in un’interpretazione ragionevole della stessa così argomentando in maniera oltremodo convincente: *«il sistema generale delle impugnazioni – nel cui ambito si colloca anche la revisione europea di nuovo conio – prevede che “Salvo quanto previsto per il ricorso per cassazione dall’art. 613 c.p.p., comma 1, l’imputato può proporre impugnazione personalmente o per mezzo di procuratore speciale ...” (art. 517 c.p.p. comma 1). Quest’ultima possibilità è, poi, prevista anche per gli altri rimedi straordinari, quali*

la rescissione del giudicato (cfr. art. 629-bis c.p.p., comma 2), la revisione (cfr. art. 633 c.p.p. comma 1) e come sancito più volte dalla giurisprudenza di questa Corte (Sez. U., n. 32744 del 27/11/2014, dep. 2015, Zangari, RV 264048, in termini, più recente, Sez. 5, n. 18315 del 25/03/2019, Manfreda, Rv. 276039), anche per il ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p.. Il ragionamento non è smentito – ma è, anzi, avvalorato – da uno sguardo più ampio nel codice di rito laddove, per citare alcuni casi più emblematici, l'imputato può definire la propria posizione ex art. 444 c.p.p. – di fatto rinunciando a contestare l'accusa mossa nei suoi confronti e concordando la pena da applicare – anche a mezzo di procuratore speciale, figura che può altresì validamente – sempre per citare un esempio particolarmente eloquente – rinunciare alla prescrizione (Sez. 1, n. 21666 del 14/12/2012, dep. 2013, Gattuso, Rv. 256076, evocata da Sez. U. m- 18953 del 25/02/2016, Piergotti, Rv. 266333). Si tratta, in entrambi i casi, di scelte che condizionano pesantemente la sorte processuale dell'imputato e che, ciò nonostante, possono essere affidate ad un procuratore speciale, il che priverebbe di ragionevolezza un'esegesi che escluda, invece, dal novero dei soggetti legittimati a presentare richiesta di revisione europea, il procuratore speciale dell'interessato».

A tutto ciò la Corte di Cassazione ha, anche, aggiunto, opportunamente, che la presentazione dell'istanza ex art. 628-bis c.p.p. non può essere fatta rientrare «tra gli atti personalissimi non delegabili, trattandosi, in definitiva, di una mozione di ordine processuale tesa ad attivare un nuovo giudizio o quantomeno una nuova fase di esso, così come accade per ogni rimedio impugnatorio».

Ha, quindi, ritenuto l'istanza presentata nel caso di specie ammissibile, siccome proposta da soggetto legittimato, contenente l'indicazione specifica delle ragioni che giustificano la richiesta e tempestiva.

La Suprema Corte, ha, inoltre, affrontato il tema dell'“incidenza effettiva” delle violazioni accertate dalla Corte ed sulla sentenza di condanna per il delitto di calunnia nei confronti della condannata.

Più precisamente, si è interrogata sul significato da attribuire al criterio di “effettività”, nuovo, diverso, ma comunque vicino dal punto di vista semantico rispetto a quello di “decisività”, più volte definito, nella stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel senso di idoneità disarticolante del vizio rilevato rispetto al verdetto a cui il giudice di merito sia pervenuto¹⁰.

È giunta, quindi, ad affermare che di “incidenza effettiva” può parlarsi solo relativamente a violazioni della Cedu che abbiano avuto un peso concreto nella decisione interna, perché, qualora non avessero contrassegnato il processo, l'esito sarebbe stato – ragionevolmente – diverso; che nella prospettiva dell'incidenza della violazione convenzionale sulla sentenza interna il significato dell'aggettivo “effettivo” non può che riferirsi alla ripercussione dell'anomalia sull'epilogo del procedimento; e che depotenziare o circoscrivere il concetto di “effettività”, in ogni caso, potrebbe condurre a esiti irragionevoli nell'ottica di una doverosa ricerca di un equilibrio tra

¹⁰ In particolare, nella sentenza qui in commento, vengono richiamate, ai fini della definizione della nozione di “decisività”, Cass., sez. IV, 23.1.2014, n. 6783; Cass., sez. VI, 25.3.2010, n. 14916; Cass., sez. II, 28.4.2006, n. 16354; Cass., sez. I, 18.11.1998, n. 13543.

certezza delle situazioni giuridiche e stabilità delle decisioni giudiziarie, da una parte, e rispetto delle garanzie convenzionali, dall'altra parte.

Ha, anche, avuto cura di precisare che, con l'intervento riformatore, tra le condizioni che sono state specificamente dettate affinché la Suprema Corte accolga la richiesta ex art. 628-bis c.p.p., accanto e oltre alla "natura" e alla "gravità" della violazione e all'"incidenza effettiva" sulla sentenza, non sono state indicate l'esistenza o l'attualità di conseguenze pregiudizievoli per il ricorrente vittorioso a Strasburgo e, quindi, la Corte di Cassazione non deve soffermarsi anche sul tema della persistenza degli effetti negativi della condanna, trattandosi di uno scrutinio che semplicemente non le è demandato.

E ciò, è bene precisarlo, benché la raccomandazione del Comitato dei Ministri, citata in precedenza, ponesse come condizione per la riapertura del giudizio la persistente attualità delle "conseguenze gravemente negative" sofferte, atteso che tale condizione richiamata dal Comitato dei Ministri, concernente la persistenza e l'attualità degli effetti negativi derivanti dalla decisione interna frutto della violazione convenzionale, non ha ricevuto un'espressa traduzione nei presupposti contemplati dal comma 5 dell'art. 628-bis c.p.p.

Ha, conseguentemente, calato tali principi di carattere generale nel caso di specie.

E, sotto tale ultimo profilo, la Suprema Corte, dopo aver precisato che la violazione relativa al «diritto a farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata nell'udienza» doveva reputarsi riferita a entrambe le audizioni notturne (dal momento che il *dictum* sovranazionale aveva riguardato le anomalie rilevate nell'assistenza linguistica assicurata per tutta la notte del 6 novembre 2007, senza alcun distinguo, da parte della Corte edu, tra l'escussione delle ore 1.45 e quella delle ore 5.45, laddove, di contro, i Giudici di Strasburgo, per la violazione del diritto all'assistenza difensiva, avevano circoscritto l'accertamento alle sole dichiarazioni delle ore 5.45), ha ritenuto che «le violazioni accertate del diritto all'assistenza difensiva e linguistica» avevano compromesso irrimediabilmente le dichiarazioni rese nella notte del 6 novembre 2007, sia quelle delle ore 1.45 che quelle delle ore 5.45; alcuna conseguenza sulla tenuta della sentenza oggetto della richiesta è stata, invece, fatta discendere dall'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo procedurale («di contro, poiché la violazione dell'art. 3 Cedu non è stata accertata sotto il profilo sostanziale» – scrive la Corte di Cassazione – «la Corte edu non ha fatto conseguire alla sola violazione procedurale un'immediata ripercussione su questo o su quel dato probatorio o momento processuale»).

Ha, quindi, concluso dicendo che le violazioni accertate, benché di carattere processuale, avevano impattato, non già sul processo per calunnia che si era svolto a carico della condannata, ma sull'in sé di quest'ultimo reato, dal momento che le violazioni avevano condizionato in modo decisivo il momento stesso della formulazione della accuse calunniose a carico della persona accusata ingiustamente rese dalla condannata, senza che le venisse fornita la dovuta assistenza di un difensore e senza che le fosse assicurata un'adequata e una corretta assistenza linguistica.

Si arriva, a questo punto, ai passaggi della sentenza qui in commento decisamente più significativi, perché in essi vengono affrontate le conseguenze del giudicato europeo su quello interno.

Ed è proprio in questa parte della sentenza in esame che si coglie la portata innovativa e di “guida” che la sentenza stessa è in grado di fornire, attesa anche e soprattutto l’assenza di ulteriori sentenze della Suprema Corte che si siano già pronunciate sugli epiloghi decisori dell’istituto di cui all’art. 628-*bis* c.p.p.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che la violazione del diritto a un equo processo garantito dall’art. 6 Cedu, nei termini accertati dalla Corte di Strasburgo, abbia minato in radice la possibilità di utilizzare le dichiarazioni rilasciate dalla condannata alle ore 1.45 e alle ore 5.45 quale corpo del reato di calunnia, le quali, quindi, devono essere espunte dal materiale a carico.

Per quanto riguarda il c.d. memoriale, redatto dalla condannata stessa dopo che era stata dichiarata in stato di fermo e prima che venisse condotta in carcere e consegnato spontaneamente, invece, il discorso è stato più articolato e può riassumersi nei seguenti passaggi:

- su tale documento non era scesa la scure della Corte edu, che pure lo aveva menzionato;
- lo stesso non poteva dirsi compromesso, neanche indirettamente, dalla violazione dell’assistenza difensiva, dal momento che si trattava, non già di una dichiarazione resa oralmente innanzi agli inquirenti-polizia giudiziaria, ma di uno scritto che la condannata aveva voluto di propria iniziativa redigere, e dalla violazione dell’assistenza linguistica, atteso che il documento era stato redatto in lingua inglese, la lingua madre della condannata;
- non era, però, chiaro, alla luce della lettura delle sentenze di merito e di legittimità, se le dichiarazioni contenute nel manoscritto dovessero collocarsi nell’ambito di quelle calunniose e, quindi, se fossero, anch’esse, corpo del reato di cui all’art. 368 c.p. (tale memoriale, invero, era stato più volte richiamato, ma ora solo come momento probatoriamente significativo e ora come vero e proprio corpo del reato);
- non era chiaro neppure il contenuto e il senso delle dichiarazioni contenute nel memoriale, dal momento che, nelle sentenze interne e anche nella sentenza Cedu, talvolta, veniva prediletta la ricostruzione secondo cui il manoscritto conteneva una smentita delle accuse mosse poco prima dalla condannata nei riguardi della persona accusata ingiustamente e, talaltra, una lettura degli accadimenti che vedeva lo scritto quale momento di reiterazione delle accuse calunniose all’innocente persona offesa;
- si trattava di nodi che non potevano essere sciolti dalla Corte di Cassazione, la quale non poteva essere chiamata a svolgere un vaglio diretto sui contenuti del memoriale, trattandosi di un giudizio di merito ovvero di un giudizio sui fatti, che esorbitava del tutto dai confini connaturati al vaglio del Giudice di legittimità, confini che non vi era motivo di forzare rispetto all’istituto di nuovo conio, in assenza di indicazioni normative in tal senso, che avrebbero, peraltro, potuto avere effetti dirompenti rispetto alla funzione tradizionale della Suprema Corte;
- si trattava, però, di nodi che dovevano essere sciolti al fine di poter affermare se e quanto il memoriale pesasse sull’addebito *ex* art. 368 c.p. e se l’accusa di

calunnia a carico della condannata potesse ancora essere sostenuta, pure a seguito dell'eliminazione dal novero delle dichiarazioni calunnatorie di quelle rese agli inquirenti nella notte e, quindi, al fine di poter svolgere la verifica di "resistenza" del giudizio di responsabilità della richiedente fondandola sul solo memoriale, pur al netto della neutralizzazione delle dichiarazioni verbalizzate.

Ciò posto, la Corte di Cassazione ha escluso che un'alternativa decisoria praticabile potesse essere quella della trasmissione degli atti al giudice dell'esecuzione, dal momento che occorreva svolgere un nuovo giudizio di merito circa la rilevanza a carico e circa la residua consistenza delle accuse che la condannata avesse eventualmente mosso alla persona offesa ingiustamente accusata anche nel memoriale, giudizio che non poteva che essere svolto nella fase della cognizione.

Ha escluso, altresì, che fosse possibile riaprire il processo nel grado e nella fase in cui si procedeva nel momento in cui si era verificata la violazione, atteso che tale snodo terminativo *«si attaglia ai casi di violazione che abbia inficiato la ritualità del processo all'esito del quale è stata pronunciata la sentenza interna di cui si invoca la rimozione e che ne richieda la riedizione depurata dal compimento dell'atto affetto dalla violazione accertata dalla Corte edu»* e, nel caso di specie, il processo a carico della condannata regredirebbe addirittura nella fase in cui le violazioni accertate dalla Corte edu erano state realizzate e ciò equivarrebbe ad immaginare una regressione del processo addirittura nel momento stesso della commissione del reato.

Ha, quindi, ritenuto che residuasse, unicamente, come snodo decisivo, la possibilità per la stessa Corte di Cassazione di assumere i provvedimenti necessari a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione della Convenzione, pure prevista dal comma 5 dell'art. 628-bis c.p.p.

La Suprema Corte, però, ha interpretato tale snodo delineato dal legislatore della riforma, *«contrassegnato da una certa densità descrittiva»*, nel senso che nello stesso potessero essere isolate due possibilità:

- la prima, testualmente prevista e che non dà adito a problemi, è quella in forza della quale è la stessa Corte di Cassazione ad assumere i provvedimenti necessari a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione della Convenzione e può essere praticata se non sono necessari accertamenti di fatto o, comunque, se il rinvio risulta superfluo;
- la seconda, invece, non esplicitamente contemplata ma ricavata a contrario, è quella alla cui stregua non è la Corte di Cassazione a poter assumere i provvedimenti necessari a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione, perché sono necessari accertamenti di fatto o, comunque, occorre il rinvio.

E, circa tale ultimo snodo decisivo e soprattutto circa tale seconda possibilità nello stesso isolabile, la Suprema Corte ha ritenuto di poter enucleare dalla norma di nuovo conio anche la possibilità del rientro nella fase di merito, vale a dire del "rinvio", allorquando occorra un nuovo esame e, più nello specifico, allorquando occorran accertamenti di fatto fisiologicamente estranei al giudizio di legittimità, alla luce di argomentazioni, plurime e articolate.

In primo luogo, secondo la Corte di Cassazione, tale interpretazione è coerente con il sistema delle impugnazioni, che conosce la possibilità del “rinvio”, trattandosi di un epilogo che segue all’annullamento della sentenza impugnata ex art. 623 c.p.p. e che è funzionale al nuovo esame del processo da parte del giudice di merito.

In secondo luogo, sempre secondo la Suprema Corte, tale interpretazione è coerente anche con le altre norme previste dal legislatore della riforma, tanto è vero che l’art. 628-*bis* c.p.p., commi 6 e 7, stabilisce, a seconda che il procedimento regredisca alla fase del giudizio di primo grado o a quella di appello, rispettivamente, che riprenda la decorrenza del termine di prescrizione o di quello di improcedibilità e l’art. 60 c.p.p., u.c., prevede che la qualità di imputato si riacquisti nel caso di accoglimento della richiesta ex art. 628-*bis* c.p.p.

E, in terzo luogo, tale interpretazione è in un certo senso ineludibile considerato che il vaglio di fatto sulla *res iudicanda* può, in taluni casi, come quello oggetto della sentenza qui in commento, essere necessario e non avrebbe senso né sede processuale se non si ipotizzasse un rientro nella fase di merito.

La Corte di Cassazione è andata anche oltre.

Si è domandata, in particolare, a fronte di una formulazione non chiara della norma, se la possibilità della “revoca” della sentenza o del decreto penale di condanna riguardi entrambe le ipotesi, vale a dire sia quella in cui non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto e la violazione convenzionale abbia un effetto immediatamente demolitorio rispetto al verdetto di condanna e sia quella in cui siano necessari ulteriori accertamenti di fatto e si imponga il rinvio, e se la possibilità della “revoca” riguardi solo la sentenza di merito o anche quella della Corte di Cassazione che abbia definito il giudizio oppure entrambe.

E a tutti e due questi interrogativi ha preferito dare un’interpretazione, la più ampia possibile, della possibilità della “revoca”.

In particolare, sotto il primo profilo, ha ritenuto che la “revoca” della sentenza o del decreto penale di condanna possa essere disposta sia nel caso in cui non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto e la violazione convenzionale abbia un effetto immediatamente demolitorio rispetto al verdetto di condanna e sia in quello in cui siano necessari ulteriori accertamenti di fatto e si imponga il rinvio, per quello che si è detto circa la possibilità che il giudizio di revisione sfoci in un “rinvio” quando non sia la Corte di Cassazione a poter assumere i provvedimenti necessari a eliminare gli effetti pregiudizievoli della violazione e per la necessità di consentire una nuova celebrazione del giudizio di merito onde verificare la “resistenza” della pronuncia di condanna all’azione demolitoria della Corte edu.

E, sotto il secondo profilo, ha reputato che la “revoca” possa riguardare sia le sentenze di merito che quella della Corte di Cassazione, per l’ampiezza del riferimento all’oggetto della “revoca” che si legge nell’art. 628-*bis* c.p.p., comma 5, coesistente alla non “codificabilità” a priori delle violazioni accertabili dalla Corte edu e dei conseguenti rimedi e per l’assonanza di questo rimedio con l’altro che pure può determinare una caducazione delle sentenze della Corte di Cassazione, vale a dire il ricorso straordinario per errore di fatto di cui all’art. 625-*bis* c.p.p., caducazione che viene concretamente

realizzata disponendo, appunto, la “revoca” della sentenza della Corte di Cassazione affetta dal vizio lamentato.

In conclusione, nel caso di specie, la Corte di Cassazione, in linea con l’esegesi sposata, ha disposto la revoca delle sentenze della Corte di Cassazione nella parte in cui avevano determinato il passaggio in giudicato della condanna per calunnia e della sua previsione circostanziale e di quella della Corte di Assise di Appello nella parte in cui aveva confermato la condanna di primo grado per il delitto di calunnia, e ha disposto, altresì, rinvio per un nuovo esame sul punto a quest’ultima.

La prima delle interpretazioni adottate dalla Corte di Cassazione, quella cioè che prevede anche la possibilità, non testualmente prevista, del “rinvio” nello snodo decisorio in cui è la stessa Corte di Cassazione a poter assumere i provvedimenti necessari a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione della Convenzione, desta, però, qualche perplessità.

Non vi è dubbio che il compito che l’art. 628-*bis* c.p.p., comma 5, attribuisce alla Corte di legittimità è un compito non semplice e, comunque, poco conforme a un Giudice di legittimità, costretto a calarsi nel caso concreto, prima, per verificare le possibili interferenze tra la violazione comunitaria e il giudicato interno e, poi, per accertare in che misura la violazione abbia inquinato il giudicato.

Non vi è dubbio, altresì, che la sentenza della Corte di Strasburgo, nel caso di specie, non sia stata di particolare ausilio, dal momento che si è limitata ad accertare la violazione, ma nulla ha detto sulle conseguenze della violazione riscontrata, indicando, ad esempio, la riapertura del processo come misura in principio più appropriata (ed eventuali indicazioni non sono contenute nella sentenza definitiva delle Corte europea né risultano contenute in quella interpretativa del Comitato dei Ministri, che non risulta proprio emessa).

Non vi è dubbio, quindi, che la decisione di Strasburgo abbia lasciato lo Stato italiano e, quindi, la Corte di Cassazione libera di scegliere il mezzo esecutivo più appropriato.

E non vi è dubbio, infine, che la Suprema Corte per compiere tale valutazione debba prendere in considerazione la natura delle violazioni, la loro trasformazione in vizi interni e la loro collocazione procedimentale.

Tuttavia, non può farsi a meno di rilevare come il ragionamento della Corte di Cassazione abbia sostanzialmente portato alla costruzione di un quarto epilogo decisorio, non testualmente previsto.

La norma, infatti, prevede come esiti possibili dell’accoglimento dell’istanza ex art. 628-*bis* c.p.p., come già detto, i seguenti:

- l’adozione da parte della stessa Corte di Cassazione dei provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione, ivi compresa, se occorre, la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna, nel caso in cui non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto o risulti, comunque, superfluo il rinvio;
- la trasmissione degli atti al giudice dell’esecuzione, nell’ipotesi in cui si rendano necessari ulteriori accertamenti;

- la riapertura del processo innanzi al giudice della cognizione, nel grado e nella fase in cui si procedeva nel momento in cui si è verificata la violazione, stabilendo se e in quale parte gli atti compiuti nel processo svoltosi in precedenza conservino efficacia, nell'ipotesi sempre in cui si rendano necessari ulteriori accertamenti.

Si tratta di tre esiti che sono stati costruiti come alternativi e il *discrimen* è chiaro ed è dato dalla possibilità o meno di eliminare immediatamente gli esiti pregiudizievoli delle violazioni.

In particolare, soffermandosi sul primo e sull'ultimo esito, atteso che il secondo nel caso di specie non viene affatto in rilievo, il primo snodo sembra circoscritto al solo caso in cui non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto o risulti, comunque, superfluo il rinvio, ai fini della rimozione degli effetti pregiudizievoli, sul modello dell'annullamento senza rinvio, laddove l'ultimo sembra riferirsi proprio al caso in cui la Corte di Cassazione non è in grado di provvedere direttamente e si rendano necessari ulteriori accertamenti da parte del giudice della cognizione, sul modello dell'annullamento con rinvio.

Si tratta di snodi che vengono disegnati dal legislatore come non cumulabili, al fine di dare vita a un *quartum genus*.

Non sembra, cioè, sia possibile mettere assieme parti dell'uno e dell'altro.

E forse non risulta neppure necessario, nel senso che, nel caso di specie, la Corte di Cassazione avrebbe potuto più semplicemente ricorrere al rimedio della riapertura del processo, che comprende non solo la riapertura in senso stretto, finalizzata al compimento di determinati atti processuali viziati, ma anche una vera e propria nonché ben più radicale rinnovazione del processo, nel senso di celebrazione *ex novo* del processo, quando la violazione accertata dalla Corte di Strasburgo è tale da pervadere l'intero processo, quando cioè si è in presenza di un'iniquità che ha travolto *ab origine* l'esercizio della potestà punitiva.

Con ciò si vuol dire che in situazioni, come quella qui in esame, in cui le violazioni hanno riguardato il diritto all'assistenza difensiva e quello all'assistenza linguistica, e, quindi, sono tali da gettare seri dubbi sull'intero processo, in cui cioè le lesioni delle garanzie convenzionali, da cui dipende la condanna dello Stato, sono tali da pervadere l'intero processo e hanno sicuramente alterato la correttezza del risultato giudiziario, la Corte di Cassazione, chiamata a valutare i rimedi della violazione sulla pronuncia nazionale, avrebbe potuto unicamente prendere atto che la gravità dei vizi è tale da rendere necessaria la "ricelebrazione" del giudizio, non essendo sufficiente la mera riapertura del precedente processo.

Il risultato tra tale esegesi e quella sposata dalla Corte di Cassazione, nella sostanza, non cambia, salvo quanto si dirà di qui a poco circa il giudice del rinvio e circa le sentenze da revocare, ma verosimilmente in questo modo si rispetta maggiormente il tenore letterale della norma di cui all'art. 628-bis c.p.p. e, conseguentemente, si riduce il tasso di discrezionalità nel ventaglio di decisioni adottabili, suscettibile come tale di minare l'uniformità delle decisioni sul punto.

Correttamente, invece, è stata disposta la caducazione del giudicato di condanna dichiarato iniquo a Strasburgo.

Al riguardo, è possibile solo aggiungere che, anche se la formulazione letterale dell'art. 628-bis c.p.p. sembra prevedere la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna solo nell'ipotesi in cui il giudizio si esaurisca innanzi alla Corte di Cassazione per superfluità del rinvio al giudice di merito, appare preferibile intendere la norma nel senso che in tutte le ipotesi in cui la Corte di Cassazione disponga la riapertura del procedimento debba previamente essere revocata la sentenza definitiva (da intendersi sia quelle di merito che quella della Corte di Cassazione) per le seguenti considerazioni:

- nel momento in cui la Corte di Cassazione ha disposto la trasmissione degli atti al giudice di merito ha evidentemente già valutato la violazione convenzionale così grave da aver inciso in maniera effettiva sulla sentenza o sul decreto penale di condanna.

Quindi, il superamento del giudicato iniquo ci sarà comunque.

Dunque, tanto vale che sia la Suprema Corte a formalizzarlo sin da subito, per poi lasciare al giudice del rinvio il compito di valutarne nel merito gli effetti;

- almeno nel caso di violazioni processuali, l'accertamento del difetto di equità coinvolge l'intero procedimento, per cui appare difficile riaprire il processo senza aver previamente revocato la sentenza o il decreto;

- la revoca non potrebbe essere disposta dal giudice di merito a cui il processo è stato trasmesso, perché tale potere è per legge attribuito solo alla Corte di Cassazione¹¹.

Le conclusioni, infine, non sarebbero state diverse, come già anticipato, in punto di rinvio, seguendo la soluzione interpretativa, parzialmente diversa, che si è qui suggerita; le stesse, però, sotto il profilo dell'individuazione del giudice competente per il rinvio e in punto di selezione delle sentenze da revocare, avrebbero dovuto essere diverse.

Con ciò si vuol dire che, una volta scelto lo snodo decisorio del rinvio al giudice del merito per la celebrazione *ex novo* del processo, considerato che non è prevista alcuna competenza funzionale in capo alle Corti di Appello, nemmeno quale giudice di rinvio e potendo la Corte di Cassazione, investita del ricorso ex art. 628-bis c.p.p., rinviare sia al giudice di primo grado (come si desume dal comma 6, nel qual caso la prescrizione ricomincia a decorrere dal momento della pronuncia della Cassazione) che al giudice d'appello (come si desume dal successivo comma 7, il quale rende operativo l'istituto dell'improcedibilità, in quanto «fermo restando quanto previsto dall'articolo 624, si osservano le disposizioni di cui ai commi 1, 4, 5, 6 e 7 dell'articolo 344-bis e il termine di durata massima del processo decorre dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di cui all'articolo 128»), sarebbe forse stato preferibile rinviare al giudice di primo grado.

Nel caso di specie, infatti, la *restitutio in integrum*, piena e completa, deve reputarsi possibile solo attraverso un nuovo processo sin dal primo grado, finalizzato a valutare il contenuto e il senso delle dichiarazioni contenute nel memoriale, la loro portata calunniosa e, soprattutto, la possibilità di fondare solo sulle stesse una pronuncia di condanna per calunnia (c.d. prova di resistenza).

E, conseguentemente, rinviando al giudice di primo grado, anche la sentenza di primo grado e, quindi, anche la sentenza della Corte di Assise, e non solo quella della

¹¹ V. S. LONATI, cit.

Corte di Assise di Appello, nel caso in esame, avrebbe dovuto costituire oggetto di una pronuncia di revoca.

Proseguendo la Suprema Corte si è soffermata sui rapporti tra la decisione della Suprema Corte e quella che il giudice del rinvio dovrà assumere, in virtù della logica e della finalità dell'istituto, tracciando i seguenti confini:

- il giudice del rinvio non potrà contestare l'effettiva lesione dei diritti garantiti dalla Convenzione già accertata dalla Corte di Strasburgo, prerogativa neppure concessa alla Corte di Cassazione;
- il giudice del rinvio non potrà rimettere in discussione la natura e la gravità della violazione e l'incidenza effettiva della medesima sul giudicato, vaglio di esclusiva competenza della Suprema Corte;
- il giudice del rinvio dovrà unicamente operare la valutazione in fatto che mancava e che la Corte di Cassazione non ha potuto svolgere, ma che può e deve indicare come necessaria per lo sviluppo successivo del procedimento, una volta depurato delle violazioni convenzionali accertate;
- nel caso di specie, il giudice del rinvio non potrà rimettere in discussione l'utilizzabilità quali corpo del reato dei verbali di dichiarazioni della condannata delle ore 1.45 e delle ore 5.45, ma dovrà espungerli dal materiale utilizzabile e dovrà, di contro, valutare se, tenuto conto dell'intero patrimonio probatorio, il memoriale scritto dalla condannata contenga effettivamente dichiarazioni accusatorie nei confronti della persona offesa formulate nella consapevolezza della sua innocenza e se tali dichiarazioni possano sostenere il giudizio di colpevolezza già formulato.

E si potrebbe aggiungere, a queste indicazioni offerte della Corte di Cassazione, che il giudice del rinvio non potrà essere la stessa persona fisica che ha trattato il processo conclusosi con la sentenza revocata, dal momento che, nel caso di specie, pur nel silenzio del legislatore, si configura una vera e propria valutazione pregiudicante.

E si potrebbe aggiungere, altresì, come già detto nelle considerazioni di carattere generale e come appare qui opportuno ribadire, che il giudice del rinvio potrà assolvere o condannare, ma dovrà rispettare il divieto di *reformatio in peius*, trattandosi di un principio di portata generale in tema di impugnazioni.

La Corte di Cassazione, concludendo e in quell'ottica di completezza che contraddistingue la presente sentenza, ha affrontato due ulteriori aspetti.

Il primo è sicuramente finalizzato a sgombrare il campo da possibili equivoci e consiste nel precisare che non è di ostacolo alla riapertura del processo la circostanza che la Corte ed ha riconosciuto alla condannata un equo indennizzo, perché «è un dato acquisito nella giurisprudenza convenzionale – tanto da essere considerato *ius receptum* anche nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 113 del 2011 e n. 210 del 2013 – che, poiché, con l'art. 46 della Convenzione, le Parti contraenti si sono impegnate a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle liti nelle quali esse sono parti, ne deriva che "Lo Stato convenuto, riconosciuto responsabile di una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, è chiamato non solo a versare agli interessati le somme assegnate a titolo di equo indennizzo, ma anche a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, eventualmente, individuali da adottare

nel suo ordinamento giuridico interno al fine di porre fine alla violazione accertata dalla Corte e di cancellarne per quanto possibile le conseguenze". In virtù dell'art. 41 della Convenzione "lo scopo delle somme assegnate a titolo di equo indennizzo è unicamente quello di accordare un risarcimento per i danni subiti dagli interessati nella misura in cui questi costituiscano una conseguenza della violazione che non può in ogni caso essere cancellata" (Grande Camera, sentenza 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta contro Italia)».

Ciò significa che non vi è alcuna alternatività, in base alla giurisprudenza convenzionale, tra risarcimento del danno attuato a mezzo dell'equo indennizzo e la riparazione delle conseguenze pregiudizievoli accordata con la riapertura del processo o con la revoca della sentenza affetta dalle violazioni accertate dalla Corte edu.

Non rileva neanche che la Corte di Strasburgo non abbia affermato esplicitamente che le violazioni potevano essere rimediate con la riapertura del processo ovvero che fosse necessaria la revoca delle sentenze, perché «si è, infatti, sostenuto (Grande Camera, sentenza 1/12/2020 Gudmundur Andri Astrasson contro Isalanda) che "in linea di principio, spetta in primo luogo allo Stato in causa scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, quali mezzi utilizzare nel proprio ordinamento giuridico interno per adempiere al suo obbligo rispetto all'art. 46 della convenzione", ma che "tuttavia, in alcune circostanze particolari, essa ha ritenuto utile indicare allo Stato convenuto quali tipi di misure potessero essere adottate per porre fine al problema – spesso di ordine sistemico – all'origine della constatazione di violazione"; si tratta, tuttavia, di ipotesi "eccezionali" "per aiutare lo Stato convenuto ad adempiere ai propri obblighi ai sensi dell'art. 46 della Convenzione" (Quarta sezione, sentenza del 7/4/2015, Cestaro contro Italia)».

Il silenzio della Corte edu circa la necessità del risarcimento in forma specifica costituito dalla rimozione degli effetti pregiudizievoli della violazione accertata non ha, in altri termini, alcun significato, dal momento che quella di un'esplicita indicazione degli strumenti per eliminare la violazione è un'evenienza possibile (o addirittura eccezionale), ma non necessaria.

5. Le conclusioni.

Traendo le conclusioni di quanto sinora esposto, la sentenza che si è esaminata ha il pregio enorme di aver delineato, con un *iter* argomentativo lineare e completo, i confini del nuovo istituto.

Si è trattato di un compito per nulla agevole, soprattutto a fronte di un istituto che ha tratti di atipicità in riferimento alle formule decisorie, le quali, evidentemente, non sono quelle "classiche" del giudizio di legittimità.

In questo e negli altri casi che le verranno sottoposti spetterà, quindi, alla Corte di Cassazione stabilire la modalità riparatoria più adeguata, trattandosi di un "obbligo di risultato".

Con la riforma si è riconosciuto, dunque, un ruolo fondamentale alla Corte di Cassazione in ordine alla possibilità di verificare, non solo l'ammissibilità della richiesta, ma anche il tenore del pregiudizio patito in concreto dal ricorrente e le soluzioni da adottare, caso per caso, per rimuoverlo.

D'altronde, la scelta si pone in linea con le soluzioni individuate nella maggior parte degli altri Stati europei, ove si è ritenuto necessario affidare al Giudice di legittimità il compito di garantire l'uniformità delle decisioni e la tenuta dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale.

E la Corte di Cassazione, già con la sentenza qui in commento, ha dimostrato di essere in grado di assolverlo nel migliore dei modi.

PRECISAZIONI SU *POENAE NATURALES* E DELITTI COLPOSI

di Marco Mantovani

Con la decisione n. 48/2024 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la censura di illegittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p. nella parte in cui non faceva rientrare nella sua sfera di applicazione i casi nei quali l'autore di un delitto colposo avesse subito, per effetto delle sue conseguenze, una forma di poena naturalis in danno di sé medesimo. Il contributo si occupa del tema delle poenae naturales nel contesto dei delitti colposi con riferimento non già alla non punibilità in concreto del singolo responsabile, ma ai loro riflessi sulle cornici edittali di pena che sono abbinate alle loro diverse forme.

SOMMARIO: 1. Brevi cenni alla sentenza 48/2024 della Corte costituzionale. – 2. *Poena naturalis* e *Absehen von Strafe* nell'esperienza tedesca. – 3. L'incidenza delle *poenae naturales* sulle cornici edittali di pena previste per i delitti colposi. – 4. Le esigenze di riforma.

1. Brevi cenni alla sentenza 48/2024 della Corte costituzionale.

Con la sentenza 48/2024, la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità, sollevata dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, con riferimento all'art. 529 c.p.p., nella parte in cui non prevede(va), tra i casi di non procedibilità ivi contemplati, le ipotesi nelle quali l'autore di un reato *colposo*, in conseguenza della morte di un (proprio) prossimo congiunto, abbia già riportato sofferenze proporzionate al fatto commesso. Il che – nella logica dell'ordinanza di rimessione – significherebbe che il proseguimento del processo a carico dell'agente si rivelerebbe inutile e dannoso, in quanto questi avrebbe preventivamente subito una *poena naturalis* di tale portata afflittiva da rendere superflua l'infrazione di quella legale¹.

Su tale pronuncia della Consulta, questa *Rivista* ha già dato spazio alle lucide e incisive osservazioni di Tullio Padovani², che non possiamo che condividere integralmente.

Quel che appare meritevole di integrazione e di approfondimento attiene, piuttosto, al contesto di impiego e alla funzione spiegata dal concetto di *poena naturalis* in quella sede adottati.

¹ Sul tema della *poena naturalis* cfr., attualmente, nella nostra letteratura, M.E. FLORIO, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *Lp.*, 15 novembre 2023, p. 1 ss.

² T. PADOVANI, [La "pena naturale" al vaglio della Corte costituzionale](#), in questa *Rivista*, 17 aprile 2024.

2. *Poena naturalis* e *Absehen von Strafe* nell'esperienza tedesca.

In effetti, l'intera vicenda, alla quale si riferiscono l'ordinanza di rimessione e la sentenza *de quibus*, riguardano un caso nel quale si discute dell'opportunità di astenersi dall'applicazione della pena nei confronti del *singolo e concreto* responsabile di un delitto colposo – omicidio commesso con violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro – per il fatto che vittima ne era stato un nipote del medesimo autore. Di qui la deduzione che la sofferenza patita da quest'ultimo costituisse una *poena naturalis* efficiente a fungere da valido surrogato rispetto alla *poena forensis*³, di cui avrebbe dovuto essere destinatario.

Di fatto, si tratta delle stesse ipotesi nelle quali, nell'esperienza tedesca, si fa luogo all'astensione da pena – *Absehen von Strafe* – negli stretti limiti edittali segnati dal § 60 StGB⁴; previsione ripresa, quindi, dall'art. 40 dello Schema del Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pagliaro del 1991⁵. Ciò che va precisato ed evidenziato è che questo istituto deve essere interpretato come uno strumento mediante il quale il giudice statuisce la non punibilità di un reato completo di tutti i suoi elementi perché, in ragione delle conseguenze patite dal suo autore, non se ne avverte il *bisogno* di pena⁶.

3. L'incidenza delle *poenae naturales* sulle cornici edittali di pena previste per i delitti colposi.

Riguardato sotto un diverso profilo, *ergo* sul piano *astratto*, la rilevanza delle *poenae naturales* rispetto ai delitti colposi disvela una valenza ben diversa: essa non attinge più il problema della punibilità o meno del singolo fatto, ma involge il tema della dosimetria sanzionatoria predisposta per questa classe di reati.

Un contributo essenziale, in questa specifica direzione, si deve certamente alle riflessioni di Günther Jakobs.

Jakobs delinea i criteri di differenziazione delle diverse cornici edittali di pena associate, rispettivamente, ai reati dolosi e a quelli colposi. Muovendo dalla componente soggettiva delle corrispondenti fattispecie, si evidenzia come, nelle ipotesi dolose, le conseguenze del fatto (in danno di altri) siano – quanto meno – accettate dal suo autore, il quale può altresì prevederle come certe. Ciò laddove nelle fattispecie colpose tali conseguenze mettano capo a un *deficit* di organizzazione del soggetto, dovuto a disattenzione, le quali possono ridondare (non solo in pregiudizio di terzi ma) anche a

³ Riprendiamo l'espressione impiegata al riguardo da I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Parte II, *Il diritto pubblico*, (Trad. it. a cura di G. Vidiri), VI ed., Bari, 1999, p. 164, riportata da M.E. FLORIO, *La riscoperta*, cit., p. 4.

⁴ In argomento cfr. H.H. JESCHECK – T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, V ed., Berlin, 1996, p. 862 s.

⁵ Se ne può rinvenire il testo in *www.Ristretti.RiformaCodicePenale*.

⁶ In tal senso cfr. C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 431.

danno di sé stesso o di persone alle quali è affettivamente legato, sì che tali effetti vengono a configurarsi alla stregua di una *poena naturalis*⁷.

Come altrove puntualizzato, nondimeno, questa caratterizzazione jakobsiana del comportamento colposo, che fa leva sul carattere potenzialmente autolesivo delle sue conseguenze, pare presentarsi come un tratto peculiare della sola colpa *stradale*; mentre non è riscontrabile in altri àmbiti elettivi delle fattispecie colpose, quali quelle afferenti alla sicurezza sul lavoro o al settore sanitario⁸.

Laddove se ne possa predicare, *in astratto*, la potenziale ricorrenza, il concorso della predetta *poena naturalis* con quella legale dovrebbe importare, tendenzialmente, la diminuzione di quest'ultima. Si è detto tendenzialmente, perché la varietà dei casi *concreti* non può non rifrangersi sul *quantum* e sullo stesso *an* delle stesse *poenae naturales* alle quali si espone l'autore delle condotte connotate da colpa stradale.

È appena il caso di notare, infatti, come l'entità della pena naturale gravante sul singolo utente della strada, al quale risulti addebitabile il comportamento stradale inosservante, sia ben diversa a seconda che questi si trovi a bordo di un'utilitaria, di un SUV o di un autocarro.

L'idea che la *poena naturalis* incombente sull'autore, al netto delle osservazioni appena svolte, sia un fattore da scomputare dall'ammontare complessivo della pena legale riservata al responsabile di un'ipotesi di colpa stradale è stata ben lungi dall'affacciarsi alle tendenze del nostro legislatore del 2016: quello che, sospinto dalle pulsioni populistico-mediatiche insufflate dal governo Renzi, ha introdotto – appunto – la figura dell'omicidio stradale⁹. In questa sede – come noto – si è provveduto esclusivamente a un drastico aumento delle pene in materia.

A questa stessa impostazione risulta, del resto, ispirata la recente disciplina relativa all'introduzione dell'omicidio nautico¹⁰.

4. Le esigenze di riforma.

In sostanza, l'intuizione di Jakobs sull'incombenza di una *poena naturalis* in capo all'autore colposo – limitatamente ai casi di colpa stradale – quale ragione, insieme ad altre, del trattamento più favorevole riservatogli rispetto all'autore dello stesso fatto in forma dolosa riceve una secca smentita dagli artt. 589 *bis* ss. c.p. e finisce con il restituire delle forme “differenziate” di colpa presenti nel nostro sistema un quadro ben poco razionale.

Invero, all'autore di un omicidio stradale (art. 589 *bis* c.p.) viene comminata una drastica pena legale, alla quale si può verosimilmente aggiungere – ricorrendo i dati

⁷ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, II ed., Berlin-New York, 1991, sub 8/5, (p. 258 s.).

⁸ Cfr. M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2/2015, p. 155.

⁹ Mediante la l. 41 del 23 marzo 2016.

¹⁰ A questo riguardo si veda G.P. DEMURO, [Uguale ma diversi: sul reato di omicidio stradale o nautico](#), in questa *Rivista*, 21 settembre 2023.

sopra specificati¹¹ – una *poena naturalis*; al responsabile del medesimo fatto, commesso nella materia della sicurezza sul lavoro, viene riservata una pena legale inferiore, senza l’aggravio di alcuna *poena naturalis*¹²; da ultimo, nel settore della colpa medica, al responsabile dell’accadimento in questione, oltre a una pena ancora minore, non si fa carico di *poena naturalis* alcuna.

A fronte di questo squilibrio sanzionatorio, è lecito domandarsi quali siano gli strumenti per porvi rimedio.

Si potrebbe pensare a una riduzione dei limiti edittali per la colpa stradale, ma – realisticamente – pare una soluzione politicamente poco praticabile.

Più fattibile sembra, allora, un allineamento alle cornici edittali della colpa stradale, da attuare in modo accurato all’interno dello stesso art. 589 c.p. (e dell’art. 590 c.p. per le lesioni), di quelle previste per la colpa in materia di sicurezza sul lavoro; e ciò senza cedere alla tentazione di enucleare una ridondante fattispecie autonoma di “omicidio sul lavoro”¹³, spendibile esclusivamente sul piano simbolico.

¹¹ Si tratta di quelli specificati nel paragrafo che precede.

¹² Quanto alla vicenda evocata dall’ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, richiamata al par. 1, non si può certamente escludere che episodi del genere abbiano a verificarsi, ma non si può assolutamente affermare che questi ne rappresentino esiti relativamente frequenti, come – viceversa – accade nei casi di colpa stradale.

¹³ Informazioni sulla relativa proposta di legge possono trarsi da G.P. DEMURO, *Uguale ma diversi*, cit., p. 6 e nt. 7.

COSTITUZIONE E POLIZIA GIUDIZIARIA; SOLO SUBORDINAZIONE ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA?

di Raffaele Cantone

L'articolo intende individuare gli eventuali principi che la Costituzione riserva alla polizia giudiziaria. Vi è, infatti, in quest'ultima un unico articolo che la cita esplicitamente, l'art. 109, nato, però, con l'obiettivo di rafforzare le garanzie della magistratura e per lungo tempo considerato anche una norma poco utile ed ambigua. Di recente, però, questo articolo sembra essere stato valorizzato grazie ad alcune decisioni della Corte costituzionale che ne hanno ribadito il ruolo di necessario presidio a tutela delle prerogative della magistratura ma indirettamente hanno fissato alcune coordinate destinate ad attribuire garanzie, sia pur limitate, di indipendenza e di autonomia anche per la polizia giudiziaria.

SOMMARIO: 1. La polizia giudiziaria nella Costituzione; un'unica menzione nell'art. 109. – 2. L'innesto in Costituzione dell'art. 109; ragioni e significato. – 3. La prima attuazione del principio costituzionale; l'intervento legislativo del 1955 e le pronunce della Corte costituzionale. – 4. La polizia giudiziaria nel codice di rito vigente. – 5. Il diverso approccio della Corte costituzionale. – 6. Uno statuto costituzionale specifico per la polizia giudiziaria.

1. La polizia giudiziaria nella Costituzione; un'unica menzione nell'art. 109.

Polizia giudiziaria (p.g.) è un'espressione non esplicitamente definita né nel codice di procedura penale né, a quanto è dato sapere, in altre norme primarie o secondarie.

Il suo significato è, però, pacificamente individuato dalla dottrina per differenziazione rispetto ad altri due, in particolare quelli di polizia amministrativa e di sicurezza, di cui pure mancano specifiche definizioni¹.

Se la polizia amministrativa viene ritenuta quella cui è attribuito il compito di garantire l'osservanza delle leggi e dei regolamenti amministrativi, in esecuzione delle funzioni proprie del potere esecutivo e la polizia di sicurezza quella cui compete la prevenzione dei reati e più in generale la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, a questa di interesse, infine, spetta di intervenire quando un reato è stato commesso, al fine di assicurare e raccogliere le fonti di prova e di individuare gli autori di esso².

¹ In termini analoghi, D. MANZIONE, voce *Polizia giudiziaria*, in *Enc dir.*, agg. VI, 2002, 857 secondo cui l'individuazione del concetto avviene per "giustapposizione" rispetto a quello di polizia di sicurezza.

² Così, *ex plurimis*, B. BRUNO, voce *Polizia giudiziaria*, in *Enc dir.*, XXXIV, 1985, 158 e R. CANTONE, E. CONTIERI, *La polizia giudiziaria. Atti e attività*, Roma, Laurus 2021, 18.

Secondo una parte dottrina, la polizia amministrativa, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, è da considerarsi, per le funzioni che è chiamata a svolgere, integralmente assorbita all'interno della pubblica amministrazione, senza quindi che si possa riconoscerne un'autonomia rispetto a quest'ultima³.

Ne deriva che la proposta distinzione resta valida soprattutto fra quella di sicurezza che, nel suo compito di prevenzione svolge un ruolo, per certi versi, proiettato al futuro, e quella giudiziaria che, in quanto funzionale ad un'attività repressiva, si occupa di ciò che è già avvenuto e si rivolge, quindi, al passato.

La polizia giudiziaria svolge un ruolo fondamentale nel processo penale a cominciare dal suo avvio, competendo (anche e soprattutto) ad essa l'acquisizione del suo punto di innesco, e cioè della notizia di reato⁴.

Su di essa grava l'onere principale di svolgere le indagini e, quindi, di raccogliere le prove; tale attività viene svolta sotto il coordinamento e la direzione del pubblico ministero, ma queste ultime due situazioni sono concrete ed effettive soprattutto nelle investigazioni più significative, mentre nelle vicende routinarie (che sono numericamente la maggioranza), la p.g., in particolar modo con l'attuale testo degli artt. 347 e 348 c.p.p.⁵, si muove con grande autonomia.

Di fatto, raccoglie il materiale probatorio che il p.m. poi vaglia se idoneo o meno a giustificare l'esercizio dell'azione penale.

Nell'attuale codice di procedura penale, a differenza di quello precedente, alla p.g. viene anche riconosciuta formalmente la qualifica di "soggetto processuale", alla pari con tutti gli altri (giudice, pubblico ministero, imputato, parte civile etc), essendole dedicato un titolo, il titolo III, del libro I, esplicitamente rubricato "soggetti".

Malgrado questo ruolo centrale nella dinamica processuale, scarsa attenzione sembra esserle stata dedicata dalla Costituzione⁶.

³ In questo senso, A. CHIAPPETTI, voce *Polizia (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 131.

⁴ Alla polizia giudiziaria spetta il compito di acquisire la notizia di reato, compito esplicitamente riconosciuto dall'art. 219 del codice di rito del 1930 e dall'art. 55 di quello attuale. In questo, però, il compito è condiviso con il pubblico ministero a cui pure spetta, ex art. 330 c.p.p., la possibilità di ricercare la notizia di reato. Nel senso che quest'ultima debba considerarsi il punto di partenza del procedimento penale *ex plurimis*, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1997, secondo cui con l'acquisizione della *notitia criminis* si aprono le indagini preliminari, in quanto questa deve essere immediatamente iscritta nel registro citato dall'art. 335 c.p.p.

⁵ Gli artt. 347 e 348 c.p.p. nella formulazione originaria del codice limitavano la possibilità di attività autonome della polizia giudiziaria, la quale era obbligata a depositare la notizia di reato entro quarantotto ore dalla sua acquisizione e non poteva agire successivamente al di fuori delle direttive imposte dal p.m. Con le modifiche intervenute già pochi anni dopo l'entrata in vigore del codice, è stato eliminato il termine delle 48 ore sostituito dalla più generica previsione "senza ritardo" e si è esplicitamente previsto che la polizia giudiziaria possa svolgere attività di iniziativa anche dopo la comunicazione della notizia di reato. Sull'argomento, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2000, 3085.

⁶ Secondo A. CHIAPPETTI, voce *Polizia (dir. pubbl.)*, cit., 131 la Costituzione ha volutamente evitato di affrontare direttamente la sistemazione dei principi organizzatori dell'attività di polizia.

Quest'ultima, in particolare, ignora completamente la polizia di sicurezza, preferendo far riferimento all'atecnico e generico concetto di "autorità di pubblica sicurezza"⁷ e cita, invece, la polizia giudiziaria nell'art. 109⁸.

Si tratta di una disposizione fra le più laconiche fra quelle in essa presenti (è costituita, infatti, da sole otto parole: "l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria"), voluta dai Costituenti, come si dirà poco più avanti, per completare e rafforzare il quadro delle garanzie della magistratura e, in special modo, del pubblico ministero ed è, comunque, stata poco valorizzata dalla dottrina⁹ e, per lungo tempo, anche dalla Corte costituzionale.

Quanto detto non significa assenza di una qualsivoglia regolamentazione costituzionale per la polizia; quest'ultima nel suo insieme, sia essa di sicurezza che giudiziaria, è comunque parte della pubblica amministrazione¹⁰ e come tale è certamente presidiata dagli artt. 97 e 98 della Carta¹¹, che impongono, fra l'altro, l'organizzazione secondo disposizioni di legge ed in modo che sia garantito il buon andamento e l'imparzialità (comma 2 dell'art. 97), la necessità del concorso per l'accesso (comma 3 dell'art. 97), l'esclusività del servizio (comma 1 dell'art. 98), la possibilità di imporre limiti all'iscrizione ai partiti politici (comma 3 dell'art. 98).

Può essere di interesse, però, provare a verificare se e quali eventualmente sono le conseguenze sul piano costituzionale del riferimento contenuto nell'art. 109 che possano distinguerla, anche sotto questo profilo, dalla polizia di sicurezza.

L'indagine ha una sua ragion d'essere anche alla luce di un diverso approccio della Consulta rispetto all'articolo da ultimo citato, maturatosi dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale.

⁷ Nell'art 13, comma 3 la Costituzione utilizza il riferimento all'«autorità di pubblica sicurezza» per prevedere la possibilità di limitazioni provvisorie della libertà personale, presumibilmente con l'intento di far riferimento più genericamente alle forze di polizia; nel senso che l'espressione è stata utilizzata dalla norma costituzionale in senso lato e atecnico, così da farvi rientrare tutti gli organi anche di polizia giudiziaria nell'esercizio delle loro tipiche funzioni *post delictum*, V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc dir.*, XXIV, 1974, 345.

⁸ Anche nell'art. 21, comma 4, della Costituzione è ulteriormente citato il sintagma "polizia giudiziaria"; in questo caso, il riferimento ad essa è strumentale alla garanzia della libertà di stampa; nel prevedere, infatti, che la stampa periodica possa essere sequestrata in via di urgenza da "ufficiali di polizia giudiziaria", esclude che il sequestro possa essere compiuto dalla polizia di sicurezza al di fuori di un'indagine penale.

⁹ *Ex plurimis*, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2008, 89, secondo cui l'art. 109 è "una norma alquanto debole"; in termini analoghi, W. ZAGREBELSKY, *Art. 109*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1992, 39 per il quale "l'articolo commentato non riflette una scelta, ma piuttosto la rinvia al legislatore ordinario".

¹⁰ Nessun dubbio circa l'essere le due forme di polizia parte della più ampia pubblica amministrazione; in questo senso, anche con specifico riferimento alla polizia giudiziaria, A. CHIAPPETTI, voce *Polizia (dir. pubbl.)*, cit., 135; *contra*, isolatamente in passato, O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, S.E.L., 1904, 315 che aveva ritenuto che lo stretto legame tra p.g. e attività giurisdizionale giustificasse l'inserimento della prima fra gli organi giudiziari.

¹¹ In questo senso, A CHIAPPETTI, voce *Polizia (dir. pubbl.)*, cit., 132 e S. VUOTO, *Art. 109*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, III, 2006, 2077.

2. L'innesto in Costituzione dell'art. 109; ragioni e significato.

Il rapporto fra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria, prima della Costituzione, era trattato dal solo codice di rito¹², nulla prevedendo lo Statuto albertino.

Nel codice era stabilito, in particolare, che la p.g. fosse una partizione delle forze di polizia esistenti ed operasse sotto la direzione e alle dipendenze del Procuratore Generale e del Procuratore della Repubblica, sia pure mantenendo fermi i rapporti gerarchici con le amministrazioni di appartenenza (art. 220) e che, nei confronti dei suoi appartenenti, il Procuratore Generale potesse esercitare, in caso di violazioni di legge e/o di inosservanza degli ordini, poteri disciplinari (art. 229).

La declinazione pratica delle norme citate era, però, stata assolutamente insoddisfacente; nel dibattito in Assemblea Costituente vennero, proprio in questa prospettiva, ricordati molti casi di provvedimenti giudiziari anche rilevanti (persino mandati di cattura) rimasti ineseguiti o eseguiti con grave ritardo, senza che vi fossero state conseguenze di nessun tipo per gli inadempimenti¹³.

Dai deputati dell'Assemblea era considerato unanimemente necessario fissare nella prima costituzione repubblicana dei punti fermi in materia; nel momento in cui si ponevano le basi di un sistema democratico che garantiva l'indipendenza della magistratura, bisognava assicurare l'efficace esecuzione dei provvedimenti da essa adottati; il *vulnus* all'autonomia poteva, infatti, manifestarsi anche se non soprattutto in questa fase.

Se nessuno, quindi, dubitava dell'indispensabilità di una norma, le posizioni si divaricavano su come costruirla.

Il primo testo della Commissione dei 75 era stato formulato nel senso che "l'autorità giudiziaria può disporre direttamente dell'opera della polizia giudiziaria".

Ritenendo, invece, necessaria un'opzione di campo più netta, alcuni componenti dell'Assemblea lanciarono l'idea dell'istituzione di un corpo speciale di p.g. alle dipendenze esclusive della magistratura o quantomeno di introdurre forme di dipendenza di essa anche sul piano amministrativo e burocratico, considerando questa la soluzione ideale per impedire, anche in astratto, qualsivoglia ingerenza, sia pure indiretta, del potere politico nell'attività giudiziaria e, in particolare, di quella inquirente.

Queste proposte non incontrarono il favore della maggioranza che fece leva anche sul rischio che la creazione di una nuova forza di polizia incidesse sulla non florida situazione finanziaria del Paese¹⁴ e si giunse, nell'Assemblea plenaria, ad un compromesso.

¹² La disciplina del codice del 1930 non era molto dissimile da quella dei due precedenti testi adottati dopo l'unificazione; il codice del 1865 configurava una dipendenza funzionale degli ufficiali ed agenti di p.g. dal procuratore generale e dal procuratore del Re; il successivo codice del 1913 comportò per la p.g. un collegamento più stretto con la funzione giurisdizionale, anche in conseguenza del processo di distacco del p.m. dal potere esecutivo e della tendenziale equiparazione del primo alla magistratura giudicante.

¹³ Lo ricorda W. ZAGREBELSKY, *Art. 109*, cit., 37 evidenziando come in Assemblea vennero menzionate prassi di ritardi o omissioni di mandati di cattura e sentenze irrevocabili "in base ad istruzioni piovute il più delle volte dall'alto".

¹⁴ In particolare, l'on. Leone pur auspicando che l'Italia si trovasse presto «in condizioni, anche sotto l'aspetto

Venne soppresso il riferimento “all’opera” e si collegò il verbo “disporre” alla polizia giudiziaria, per rimarcare in modo più netto il legame che si intendeva instaurare; contestualmente, venne votato un (non cogente) ordine del giorno con cui si auspicava la creazione di un corpo specializzato alle dipendenze dirette dell’autorità giudiziaria¹⁵.

Il testo approvato non stravolgeva, quindi l’assetto preesistente e finiva per assecondare anche le aspirazioni degli stessi corpi di polizia, decisamente contrari all’idea di perdere il controllo sulla polizia giudiziaria.

Il precetto costituzionale varato è certamente esile e nel suo contenuto anche generico, lasciando quindi al legislatore ordinario le scelte non solo sull’individuazione di chi debba ricoprire le funzioni di p.g. ma anche sul *quid consistam* della dipendenza e sul *quomodo* in cui essa deve esplicarsi.

Pur concordandosi con i tanti commentatori che hanno taciato la norma di eccessiva ambiguità¹⁶, va, però, d’altro canto evidenziato come l’eventuale accoglimento della posizione espressa dalla minoranza dell’Assemblea Costituente in ordine alla creazione di un organismo *ad hoc* avrebbe potuto creare problemi ulteriori, sul piano soprattutto degli equilibri negli stessi rapporti fra i poteri dello Stato.

Avrebbe di fatto attribuito alla magistratura la politica della repressione dei reati, un potere che, oltre ad essere difficilmente gestibile in relazione alla natura diffusa del sistema giudiziario, avrebbe reso gli organi giudiziari anche “politicamente” responsabili delle scelte fatte, in contrasto con l’indipendenza di essi rispetto agli altri poteri dello Stato, riconosciuta dalla Costituzione medesima¹⁷.

La dipendenza organica della polizia dai rispettivi ministeri, invece, mantiene intatta in capo al governo questa responsabilità, anche sul piano squisitamente politico.

Le pur giuste critiche alla disposizione non giustificano, però, letture eccessivamente sminuenti, in quanto ad essa va riconosciuta comunque un’indiscutibile valenza sotto più profili.

In primo luogo, essa completa e rende effettivi altri capisaldi del sistema costituzionale, quelli dell’indipendenza della magistratura di cui all’art. 104, comma 1 e dell’obbligatorietà dell’azione penale di cui all’art. 112; questi principi necessitano ontologicamente che gli ordini provenienti dagli organi giudiziari debbano essere eseguiti da un organo da essi dipendente¹⁸.

economico, da poter istituire un corpo di polizia giudiziario autonomo, come tale soltanto alle dipendenze dell’autorità giudiziaria, senza le interferenze di nessun altro organo amministrativo»; per più precisi riferimenti ai lavori preparatori, A. CERRI, voce *Polizia Giudiziaria (dir pubbl)*, in *Enc. Giur.*, XXXIII, 1994, 1.

¹⁵ L’ordine del giorno prevedeva «L’Assemblea costituente fa voti per la creazione di un corpo specializzato di polizia alle dirette dipendenze dell’autorità giudiziaria». Sull’istituto dell’ordine del giorno e sul valore politico e non giuridico, R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013, 240.

¹⁶ Nel senso che il contenuto dell’art. 109 si caratterizzerebbe come una “formula ambigua”, G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1987, 53.

¹⁷ A questa conclusione, S. VUOTO, *Art. 109*, cit., 2078 secondo cui spetta all’esecutivo perseguire la politica della repressione attraverso la ricerca della notizia di reato e la relativa trasmissione di questa al pubblico ministero; in termini analoghi, anche D. MANZIONE, voce *Polizia giudiziaria*, cit., 869.

¹⁸ Nella dottrina costituzionalistica è pacifico il rapporto fra l’art. 109 e gli art. 104 e 112; *ex plurimis*, S.

La disposizione, poi, letta alla luce degli accennati lavori preparatori, fissa un *minimum* invalicabile al di sotto del quale il legislatore ordinario non potrebbe mai andare, quello cioè di garantire la dipendenza diretta cd funzionale, riferita al momento in cui la p.g. è chiamata a svolgere le sue precipue funzioni.

In questo senso, l'utilizzo nel precetto dell'avverbio "direttamente" esclude ogni possibile mediazione rispetto alla possibilità di disporre della p.g.; è un passo in avanti rispetto alla disposizione del codice di rito del 1930 che faceva, invece, espressamente salve "le disposizioni che nei rispettivi ordinamenti ... regolano i rapporti interni di dipendenza gerarchica" e colora di certa incostituzionalità qualunque eventuale intervento normativo dovesse frapporre direttamente o indirettamente ostacoli.

Il testo letterale non esclude, invece, che il legame possa essere strutturato in termini di maggiore forza, introducendo, ad esempio, vincoli anche sul piano burocratico ed organizzativo¹⁹ fino, persino, a prevedere l'istituzione di un corpo *ad hoc*²⁰.

Infine, l'attribuzione esplicita del potere di disposizione non solo al Procuratore Generale e a quello della Repubblica, come era stabilito nelle abrogate norme processuali, ma all'"autorità giudiziaria", rende la p.g. dipendente da tutti gli organi giudiziari, sia dalla magistratura inquirente che da quella giudicante, con la conseguenza che essa è tenuta ad eseguire gli ordini che non solo vengono dai p.m. ma anche dai giudici²¹.

CATALANO, Art. 109, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI, *La costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, Il Mulino 2018, 294; alle stesse conclusioni, G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 89 G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 89, D. GROSSO, voce *Polizia giudiziaria*, (*dir. proc. pen.*), in *Enc Giur.*, XXXIII, 1990, 2 e M. GIALUZ, Art. 112, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam. 2008, 1013.

¹⁹ Parte della dottrina ritiene, anzi, che la disponibilità della polizia giudiziaria da parte della polizia giudiziaria debba comportare necessariamente la possibilità di incidere sullo status personale dei soggetti ad essa appartenenti; così, D. GROSSO, voce *Polizia giudiziaria*, (*dir. proc. pen.*), cit., 2

²⁰ Così, W. ZAGREBELSKY, Art. 109, cit., 40 secondo cui l'approvazione dell'ordine del giorno da parte dell'Assemblea dimostra che i costituenti pur non avendo voluto prevedere l'istituzione di un nuovo corpo di polizia non abbiano affatto escluso che questo fatto potesse accadere e non fosse affatto contrario alla norma.

²¹ Durante i lavori dell'Assemblea costituente venne esplicitamente avanzata la proposta di sostituire l'espressione "autorità giudiziaria con quella di "pubblico ministero" ma essa venne respinta, proprio con l'obiettivo di non limitare il rapporto di dipendenza; sul punto, F. BIONDI, Art. 109, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam. 2008, 109. Nel codice di procedura penale vigente il principio è ribadito nell'art. 55 comma 2, c.p.p., norma riferita alle funzioni della polizia giudiziaria, in cui è esplicitamente stabilito che "svolge ogni indagine e attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria". Sulla possibilità anche per il giudice civile di delegare alla polizia giudiziaria specifici accertamenti, Cass. civ., sez. VI, 28 marzo 2019, n. 8744, CED n. 653606 relativamente ad indagini affidate alla polizia tributaria sul reddito di uno dei coniugi, per determinare l'assegno divorzile.

3. La prima attuazione del principio costituzionale; l'intervento legislativo del 1955 e le pronunce della Corte costituzionale.

Ci vollero quasi dieci anni dall'entrata in vigore della Costituzione per un primo intervento del legislatore ordinario di adeguamento delle norme processuali vigenti. La legge 18 giugno 1955 n. 517, varata dal Parlamento proprio con l'obiettivo di adeguare il codice di rito ai nuovi principi costituzionali, modificò numerose disposizioni processuali, fra cui anche quelle sul rapporto fra p.g. ed autorità giudiziaria.

In particolare, pur confermando l'assetto precedente che prevedeva che, all'interno dei corpi di polizia esistenti, fossero individuati coloro che si occupavano di polizia giudiziaria (art. 221), interpolò alcune disposizioni (in particolare, gli artt. 220 e 229 c.p.p.).

Attribuì al Procuratore generale un nuovo potere, attraverso il quale gli era consentito anche di incidere anche sulla carriera del personale di polizia giudiziaria (art. 220)²² e rafforzò il potere disciplinare di quell'organo inquirente, stabilendo che potesse irrogare anche la sospensione dal servizio (art. 229).

Erano novità minime che avevano l'obiettivo soltanto di rendere più saldo il rapporto di dipendenza della polizia giudiziaria dalla magistratura.

Senonchè, dopo pochi mesi, con un decreto presidenziale (d.P.R. 25 ottobre 1995, n. 932) che avrebbe dovuto solo recare norme attuative e transitorie della legge appena varata²³, venne da un lato istituito presso gli uffici giudiziari il "servizio di polizia giudiziaria" (i cd nuclei), formato da personale della pubblica sicurezza, dei carabinieri e della guardia di finanza, dall'altro, però, vennero di fatto rimaneggiati i poteri del Procuratore Generale, stabilendosi che essi erano esercitabili nei confronti dei soli appartenenti ai nuclei.

Questi ultimi, secondo il provvedimento governativo, avrebbero dovuto quindi garantire il rapporto diretto ed immediato della p.g. con l'autorità giudiziaria, richiesto dalla norma costituzionale.

Il decreto nulla prevedeva su quale dovesse essere l'organico di questi organismi né come dovevano essere scelti i componenti, lasciando la determinazione di questi aspetti ai corpi di appartenenza dei designandi.

In concreto, accadde che i nuclei che si crearono furono non solo molto esigui dal punto di vista numerico ma ad essi non fu nemmeno assegnato personale di qualità²⁴; la maggior parte delle indagini continuò, quindi, ad essere delegata agli uffici di p.g.

²² In particolare, si stabilì che, senza il consenso del Procuratore generale, l'ufficiale più elevato in grado non poteva essere allontanato dalla sede, nè privato dell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria; inoltre, qualsiasi promozione degli ufficiali e degli agenti di p.g. non poteva essere disposta senza il suo parere favorevole, salvo che il soggetto avesse cessato le funzioni di p.g. da almeno due anni.

²³ Il d.P.R. era stato emanato in virtù della delega contenuta nell'art. 20 della l. 517 del 1955 che testualmente affermava: "il Governo è autorizzato ad emanare entro il termine di centoventi giorni dalla pubblicazione della presente legge le norme di attuazione e transitorie e di coordinamento della legge stessa con il codice di procedura penale e con le altre leggi."

²⁴ Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano Giuffrè 1991, 208.

inquadriati nelle amministrazioni di appartenenza (squadre mobili, nuclei operativi, etc), nei confronti dei quali, però, il Procuratore generale non poteva esercitare i nuovi poteri.

Il d.P.R. quindi, rappresentò, anche secondo gran parte dei commentatori, una vera e propria controriforma che finì per annacquare almeno parzialmente le pur non rivoluzionarie innovazioni contenute nella legge²⁵.

Alla timida prima attuazione del precetto costituzionale da parte del legislatore fece solo parzialmente da contraltare la Corte costituzionale che fu, del resto, chiamata a pronunciarsi, vigente il vecchio codice di rito, solo in tre occasioni²⁶, in due delle quali la norma primaria sembra anche essere stata evocata in modo non pertinente.

Nel primo caso, l'eccezione di incostituzionalità riguardò l'art. 16 c.p.p. che consentiva al Ministro della Giustizia la facoltà di sottrarre gli ufficiali e gli agenti di p.g. alle conseguenze di reati da loro commessi in servizio.

Si trattava di un ingiustificabile privilegio rispetto al principio di pari trattamento di tutti i cittadini dinanzi alla legge propugnato dalla nuova carta costituzionale e la Corte non mancò di espungerlo, ritenendo che l'articolo del codice di rito contrastasse con l'art. 28 della Costituzione, che prevede la diretta responsabilità di tutti i dipendenti pubblici secondo le leggi penali, civili ed amministrative.

Non ravvisò, invece, (correttamente) alcun contrasto con l'art. 109, anche se colse l'occasione per affermare che esso "pone la polizia giudiziaria di fronte all'autorità giudiziaria in un rapporto di subordinazione meramente funzionale, che non determina collisione alcuna con l'organico rapporto di dipendenza burocratica e disciplinare in cui i suoi organi si trovano col potere esecutivo"²⁷.

Nella seconda ipotesi, invece, era stata ipotizzata l'illegittimità costituzionale dell'art. 349 c.p.p. nella parte in cui non consentiva al giudice di obbligare gli ufficiali ed agenti di p.g. a rivelare i nomi dei confidenti che avevano fornito loro le notizie.

Il giudice *a quo* aveva ritenuto che questa disposizione inficiasse il rapporto di diretta dipendenza della polizia dalla magistratura, ma la Corte esclude questo profilo, ritenendo l'art. 109 estraneo alla materia delle prove.

Anche in questo caso, sia pure incidentalmente, affermò che esso "a prescindere dalle sue possibili implicazioni di carattere organizzativo... ha comunque e per intanto il preciso e univoco significato di istituire un rapporto di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dalla autorità giudiziaria, escludendo interferenze di altri poteri nella condotta delle indagini, in modo che la direzione ne risulti effettivamente riservata alla autonoma iniziativa dell'autorità giudiziaria medesima"²⁸.

²⁵ Secondo D. GROSSO, voce *Polizia giudiziaria*, cit., 4 con il d.P.R. si assiste ad uno "sconcertante ridimensionamento" dell'impianto normativo delineato dalla legge.

²⁶ Dato ritenuto sintomatico dello "scarso appeal della norma costituzionale presso i giudici di merito"; così, sia consentito il rinvio, R. CANTONE, *Dipendenza della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria*, in L. DELLI PRISCOLI (a cura di), *La costituzione vivente*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 163.

²⁷ C. cost., 9 giugno 1963, n. 94, in *Giust. Cost.*, 1963, 782 con nota di V. CRISAFULLI, *Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex art. 16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione*.

²⁸ C. cost., 28 novembre 1968, n. 114.

Molto più significativa fu la terza occasione di intervento perché la Consulta venne chiamata in causa proprio sulla riforma del 1955²⁹.

I giudici rimettenti, due pretori, partirono dall'assunto che i "nuclei" a loro disposizione, molto ridotti nel numero, non erano in condizione di effettuare gli accertamenti loro delegati e ciò era considerata la conseguenza delle norme introdotte dal d.P.R. n. 932 del 1955 che avevano limitato solo a questi organismi la disponibilità diretta, in tal modo paventando un contrasto proprio con l'art.109.

Contestarono, inoltre, le disposizioni del citato decreto anche per violazione dell'art. 76 Cost, sul presupposto che il governo avesse ecceduto rispetto alla delega legislativa.

Nel respingere entrambe le doglianze, il Giudice delle leggi preliminarmente evidenziò come l'istituzione dei nuclei non impedisse, comunque, di giovare dell'opera degli appartenenti alla polizia, svolgenti funzioni di p.g., anche non facenti parte dei nuclei.

Partendo, poi, dal dibattito svoltosi nell'Assemblea costituente rimarcò come l'art. 109 non imponesse affatto un rapporto di "disponibilità" da parte dell'autorità giudiziaria esteso a tutti gli appartenenti alla polizia giudiziaria; la scelta del decreto del 1955 di limitare i poteri disciplinari del Procuratore generale ai soli nuclei era di conseguenza pienamente legittima.

Non ritenne configurabile la violazione dell'art. 76 Cost, affermando, senza particolarmente approfondirsi sul punto, che le norme censurate si erano mantenute negli stretti limiti del potere di attuazione e di coordinamento, conferito dalla norma di delega. In chiusura, auspicò che il legislatore si facesse carico di rinforzare i nuclei dal punto di vista numerico e qualitativo³⁰.

Anche in questo caso, la Corte in motivazione, ribadendo le precedenti affermazioni, confermò come punto fermo che l'art. 109 garantisce soltanto il rapporto di dipendenza funzionale della p.g. dall'autorità giudiziaria, non risultando, invece, da esso vincolate le modalità con cui il legislatore detta eventuali indicazioni sull'organizzazione della polizia medesima.

4. La polizia giudiziaria nel codice di rito vigente.

Nel 1989 è entrato in vigore l'attuale codice di procedura penale, adottato a seguito di legge di delega (legge 16 febbraio 1987, n. 81) che contiene anche un criterio direttivo specifico riferito ai rapporti della p.g. con l'autorità giudiziaria e che ripete quasi pedissequamente il testo della norma costituzionale.

²⁹ C. cost., 9 giugno 1971 n. 122, in *Giust. cost.*, 1971, 1180.

³⁰ La sentenza è stata particolarmente criticata in dottrina; secondo W. ZAGREBELSKY, *Art. 109*, cit., 54 essa trova il suo fondamento in ragioni attinenti considerazioni generali e di opportunità più che su argomenti interpretativi; nel senso che la decisione aveva mancato di coraggio ed aveva finito, invece, per adeguarsi alla scelta restauratrice del decreto governativo, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *Dipendenza della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria*, cit., 1637.

Il punto 29 dell'art. 2 fissa, infatti, quale principio cui attenersi, la "diretta disponibilità della polizia giudiziaria rispetto all'autorità giudiziaria".

Nei lavori preparatori si legge che in tal modo si vuol dare effettiva attuazione alla norma costituzionale, superando anche "le disfunzioni organizzative e strutturali", manifestatesi in precedenza nei rapporti fra polizia e autorità giudiziaria³¹.

Il testo varato dal Governo, nel rispetto delle indicazioni parlamentari, è certamente innovativo rispetto al passato.

In particolare, a dimostrazione dell'attenzione per il tema, dedica, come si è già anticipato, un titolo *ad hoc* alla polizia giudiziaria, il terzo del libro I, che si apre con l'art. 55 che specifica le funzioni di quest'ultima³².

Il successivo art. 56, intitolato "servizi e sezioni di polizia giudiziaria", indica poi i soggetti chiamati a svolgere tali funzioni e cioè i "servizi" previsti dalla legge (lett. a), le "sezioni" istituite presso ogni Procura della Repubblica (lett. b) e, infine, gli ufficiali e gli agenti di p.g. appartenenti ad altri organi, cui la legge fa obbligo di compiere le indagini (lett. c).

La novità che risalta immediatamente è quella relativa alle "sezioni"³³, entità che appaiono lontane parenti dei "nuclei" della riforma del 1955; ad esse vengono dedicate più disposizioni, spalmate in modo non sempre razionale nel codice o nelle norme di attuazione, che ne tratteggiano, però, con sufficiente precisione, composizione ed organizzazione.

Sono istituite presso ogni ufficio di procura (art. 58 c.p.p.)³⁴, costituite da personale della Polizia di stato, dei Carabinieri e della Guardia di finanza, determinato numericamente secondo criteri specificamente indicati (art. 6 disp. att.)³⁵ e scelto, a seguito di interpellato, con provvedimento congiunto del Procuratore Generale e del Procuratore della Repubblica (art. 8 disp. att.); lo stato giuridico e la carriera del personale sono disciplinati dagli ordinamenti di appartenenza ma la compilazione della documentazione caratteristica spetta al Procuratore della Repubblica (art. 10 disp. att.); gli appartenenti ad esse non possono essere distolti dalle funzioni, se non per disposizione del Procuratore (art. 59 c.p.p.), mentre i trasferimenti possono essere disposti solo su proposta motivata di quest'ultimo o su iniziativa delle amministrazioni di appartenenza, ma previo nulla osta del Procuratore medesimo (art. 11 disp. att.).

³¹ Così, *Rel. prog. prel. c.p.p.*, p. 25.

³² L'articolo è strutturato in tre commi, il primo dei quali così recita: "la polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale"; il secondo comma stabilisce: «svolge ogni indagine ed attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria», il terzo infine afferma: «le funzioni indicate nei commi 1 e 2 sono svolte dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria».

³³ A conclusioni analoghe, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 203, secondo cui l'autentica novità recata dal nuovo codice sono le sezioni di polizia giudiziaria.

³⁴ L'art. 58 c.p.p. prevede (comma 1) che la Procura generale possa disporre di tutte le sezioni istituite nel distretto e che (comma 3) l'autorità giudiziaria possa avvalersi direttamente del personale delle sezioni e di ogni servizio o altro organo di polizia giudiziaria.

³⁵ In numero, cioè, non inferiore al doppio di quello dei magistrati in servizio presso la Procura della Repubblica determinati con decreto del ministero della Giustizia.

Le sezioni, che non sono certo il corpo *ad hoc* auspicato dall'ordine del giorno dei Costituenti, perché gli appartenenti ad esse restano comunque legati in via amministrativa ai corpi di provenienza, prevedono comunque un legame forte, di natura burocratica e fiduciaria, con gli uffici inquirenti e sono destinate a svolgere esclusivamente funzioni di polizia giudiziaria³⁶.

I servizi (e cioè, le squadre mobili, i nuclei operativi, ma anche, la direzione investigativa antimafia ed i servizi centrali ed interprovinciali della polizia di stato, dell'arma dei carabinieri e della guardia di finanza istituiti dalla legge con il compito di occuparsi di criminalità organizzata o di materie specifiche), invece, restano incardinati nei corpi di appartenenza ma le norme del codice, comunque, prevedono una dipendenza organizzativa, sia pure più tenue, dall'ufficio inquirente.

L'ufficiale ad essi preposto è responsabile nei confronti del Procuratore della Repubblica (art. 59 c.p.p.) e non può essere allontanato dalla sede senza il consenso del Procuratore Generale e del Procuratore della Repubblica, tranne che l'allontanamento si renda necessario per ragioni di progressione di carriera (art. 14 disp. att.); per i dirigenti dei servizi è richiesto anche il parere favorevole degli stessi organi giudiziari da ultimo citati per le promozioni (art. 15 disp. att.).

Dal punto di vista disciplinare, invece, tutti gli appartenenti alla p.g., a prescindere dall'entità in cui operano, possono essere assoggettati a sanzioni disciplinari se omettono di riferire la notizia di reato nel termine previsto o omettono o ritardano l'esecuzione di un ordine o lo eseguono in parte o negligenemente o violano ogni altra disposizione di legge (art. 16 disp. att.), attraverso un procedimento promosso dal Procuratore Generale e la cui decisione è affidata ad una commissione mista, composta da due magistrati e da un ufficiale di p.g. (art.17 disp. att.).

L'impianto normativo, sommariamente ricostruito, offre una fotografia della polizia giudiziaria che mantiene non pochi aspetti di problematicità; rispetto al passato è certamente rafforzato il rapporto di dipendenza funzionale con l'autorità giudiziaria, ma resta comunque molto saldo il cordone ombelicale con gli apparati di provenienza, solo parzialmente indebolito per i componenti delle sezioni.

Secondo una felice intuizione³⁷, l'immagine che la rappresenta è quello di un corpo che, come Arlecchino, è "servo di due padroni".

Va anche detto, a bilanciare le affermazioni fatte, che sarebbe stato davvero difficile immaginare scelte più radicali, quali, ad esempio, la costituzione di un corpo del tutto autonomo di polizia giudiziaria.

Questa opzione si sarebbe scontrata oltre che con l'esigenza, già sopra evidenziata, di non mettere in discussione i delicati equilibri fra i poteri dello Stato, anche con oggettive valutazioni di opportunità; una polizia giudiziaria sganciata da quella di sicurezza avrebbe perso il circuito virtuoso di carattere informativo che si realizza dall'appartenenza ad un unico corpo che svolge entrambe le funzioni³⁸.

³⁶ In termini analoghi, *ex plurimis*, G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 91 secondo cui nelle sezioni si coglie «il grado massimo di dipendenza organizzativa e funzionale dall'autorità giudiziaria».

³⁷ L'affermazione è di D. MANZIONE, voce *Polizia giudiziaria*, cit., 858..

³⁸ Per questa considerazione, *ex plurimis*, A. CERRI, voce *Polizia Giudiziaria (dir. pubbl.)*, cit., 4.

Bisogna anche ammettere che nella prassi non sono stati nemmeno adeguatamente valorizzati gli aspetti di novità che la normativa codicistica pure ha recato.

Le sezioni, che avrebbero potuto e dovuto essere il braccio operativo delle procure e destinate quindi a poter svolgere le indagini più delicate, hanno visto in tante occasioni distolto parte del loro personale dai compiti investigativi per far fronte alle oggettive carenze delle strutture di supporto amministrativo degli uffici giudiziari.

E questo ha contribuito da un lato a non far affluire in esse il personale migliore, preoccupato di non riuscire così ad ottenere i giusti riconoscimenti di carriera, e dall'altro a lasciare ai servizi il carico più ponderoso, in termini quantitativi e qualitativi, delle funzioni di cui all'art. 55 c.p.p.

I servizi, a loro volta, sono stati strutturati con legame di minore intensità rispetto all'autorità giudiziaria, la quale, però, ha comunque conseguito poteri di rilievo - come, ad esempio, i pareri, i nulla osta sui trasferimenti e sulle promozioni di chi le dirige - che avrebbero potuto comunque rinsaldare in concreto la dipendenza funzionale, se, come troppe volte accade, non fossero stati esercitati con la logica di meri adempimenti burocratici e ripetitivi³⁹.

5. Il diverso approccio della Corte costituzionale.

Dopo l'entrata in vigore del codice del 1989, accanto ad alcune pronunce della Consulta meno significative in cui pure risulta evocato come parametro di riferimento l'art. 109⁴⁰, meritano, invece, di essere specificamente attenzionati due arresti, intervenuti a distanza di oltre quindici anni l'uno dall'altro.

Il primo tratto comune di entrambi, che ne segnala già la novità, è che essi non conseguono ad eccezioni di legittimità costituzionale ma a conflitti di attribuzioni sollevati da Procure della Repubblica, nei confronti rispettivamente di un atto dell'amministrazione centrale e di una norma di legge.

Per comprendere la prima vicenda, esaminata dalla Corte nel 2001, è necessaria una sintetica premessa, essendo la situazione sottostante alquanto intricata.

³⁹ In questi stessi termini, già R. CANTONE, *Dipendenza della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria*, cit., 1639.

⁴⁰ Nella vigenza dell'attuale codice di rito, in altre due ulteriori occasioni, a quanto risulta, sono state proposte eccezioni di legittimità costituzionale, utilizzando, fra gli altri, anche il parametro dell'art. 109 Cost. In entrambi i casi, però, la Consulta non si è nemmeno particolarmente diffusa sulla norma in esame; in particolare, Corte cost. 16 dicembre 1998, n. 412 ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate con riferimento agli artt. 3, 24, comma 2, 77, 109 e 112 Cost., dell'art. 160, comma 2, c.p. nella parte in cui non prevede che interrompa il corso della prescrizione l'ordinanza del gip con la quale si respinge la richiesta di archiviazione e si restituiscono gli atti al p.m. per il compimento di nuove investigazioni e a C. cost. 19 novembre 2004 n. 349 che ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate con riferimento agli artt. 3, 24, 76, 109 e 111 Cost., degli artt. 11, 14 e 15 del d.lgs 28 agosto 2000, n. 274 e dell'art. 415-bis del c.p.p. nella parte in cui prevedono che le indagini preliminari in materia di reati di competenza del giudice di pace siano svolte dalla polizia giudiziaria, senza essere vincolata dal controllo dell'autorità giudiziaria.

Nel 1998 l'allora Ministro dell'interno aveva emanato un decreto, noto come "Direttiva Napolitano"⁴¹, relativo ai servizi di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dei Carabinieri e della Guardia di finanza, istituiti dall'art. 12 del d.l. n. 152 del 1991, n. 152, conv. in l. 203 del 1991, n. 203 (in particolare SCO, ROS e SCICO), articolati in organismi centrali ed interprovinciali.

Con l'art. 1 di quell'atto aveva escluso che i servizi centrali potessero svolgere attività di indagine, così avvenuto fino a quel momento, giustificando la scelta con esigenze di razionalizzare le risorse, anche se alcuni media l'avevano letto come finalizzato ad impedire indagini delicate da parte di uno dei servizi centrali.

Nel 2000, mutato il Ministro dell'interno, veniva adottato un nuovo decreto, noto come "direttiva Bianco", che faceva parziale retromarcia; riattribuiva il ruolo di p.g. anche agli organismi centrali, ma prevedeva che essi potessero essere destinatari di deleghe di indagini, se inoltrate tramite i responsabili degli organi interprovinciali, informando i vertici delle forze di polizia e tenendo conto delle indicazioni sul punto offerte dal Procuratore Nazionale antimafia⁴².

Nei confronti del decreto, la Procura della Repubblica di Napoli proponeva conflitto di attribuzione ritenendo lese le prerogative costituzionali di cui all'art. 109, in quanto il procedimento previsto per investire i servizi centrali limitava la disponibilità diretta di un organo di p.g. da parte dell'ufficio inquirente.

La Corte, dopo aver deliberato in senso positivo l'ammissibilità del conflitto⁴³, nel merito poi lo dichiarava inammissibile, sulla scorta però di una lettura costituzionalmente orientata della norma poco sopra citata della direttiva, che la rendeva, in concreto, assolutamente inefficace⁴⁴.

Secondo i giudici, infatti, il d.m. "nella parte in cui disciplina [...] l'attività dei servizi [...] quali strutture di polizia giudiziaria [...] finisce per configurarsi come l'indicazione di una possibile via collaborativa, ma non interpretativa né esclusiva"⁴⁵. Il principio, anche se implicito, ricavabile dall'affermazione è inequivocabile; un provvedimento amministrativo, pur giustificato da esigenze di razionalizzazione o riorganizzazione degli uffici, non può impedire né rendere più complicata l'investitura da parte dell'autorità giudiziaria di un organo a cui sono attribuite per legge funzioni di p.g.⁴⁶.

⁴¹ Ci si riferisce al D.M. Interno 25 marzo 1998, n. 1070/M22.

⁴² Si tratta del D.M. Interno, 4 marzo 2000, n. 1070/M/22 il cui art. 1 modificava l'art. 1, lett a), del già citato d.m. 25 marzo 1998.

⁴³ L'ammissibilità del conflitto era stata positivamente deliberata con ordinanza da C. cost. 21 novembre 2000, n. 521.

⁴⁴ Circostanza quest'ultima dimostrata anche dalla sostanziale desuetudine della norma, che proprio per essere stata degradata al rango di una mera indicazione collaborativa, non risulta più applicata in concreto.

⁴⁵ C. Cost., 17 maggio 2001, n. 345, in *Guida dir.*, 2001, 12,17, con nota di A. LAUDATI, *Il conflitto inesistente fra i poteri dei corpi speciali e quelli del p.m.*

⁴⁶ In termini analoghi, D. MANZIONE, voce *Polizia giudiziaria*, cit., 861 secondo cui allorché la scelta di attribuire ad un organismo le funzioni di polizia giudiziaria sia attribuita dalla legge appare difficile ipotizzare la legittimità di ulteriori mediazioni che non provengano dalla medesima forma normativa; alle stesse conclusioni, anche S. VUOTO, Artt. 109 cit., 2080.

Nel secondo caso, risalente al 2018, invece, è stata la Procura della Repubblica di Bari a proporre conflitto rispetto all'art. 18, comma 5 del d.lgs n. 217 del 2016, norma inserita in un provvedimento legislativo che riguardava altri temi (disponeva l'assorbimento del corpo forestale negli altri corpi di polizia) e che, sia pure attraverso un testo alquanto criptico, introduceva la regola che i vertici dei corpi di polizia potessero essere informati delle indagini in corso, senza autorizzazione del Procuratore della Repubblica⁴⁷.

Il ricorso del Procuratore sosteneva che la norma intaccava il rapporto di dipendenza funzionale della polizia rispetto all'autorità giudiziaria garantito dall'art. 109⁴⁸.

La Corte, dopo valutato positivamente l'ammissibilità del conflitto⁴⁹, lo ha ritenuto, in questo caso, fondato ed ha dichiarato che "non spettava al governo della Repubblica adottare l'art. 18, comma 5", conseguentemente annullando la disposizione nella parte che introduceva la regola indicata⁵⁰.

Non potendosi in questa sede dilungare su tutti gli argomenti utilizzati nella lunga motivazione della sentenza, può bastare qui di seguito riportare un solo stralcio significativo ai fini del discorso che si sta facendo.

I giudici della legge, in particolare, scrivono che "la comunicazione ai superiori gerarchici di informazioni di significato investigativo, indipendentemente da un vaglio preliminare affidato al prudente apprezzamento dell'autorità giudiziaria, carica di significati indebiti la stessa dipendenza burocratica degli appartenenti alla polizia giudiziaria, rispetto ai loro superiori, rischiando, per converso, di indebolirne la dipendenza funzionale rispetto al pubblico ministero, con elusione del delicato equilibrio scolpito nella disposizione costituzionale".

Il passaggio argomentativo disvela il diverso e nuovo approccio ermeneutico rispetto al precetto costituzionale, che già si coglieva, sia pure in modo meno netto, nell'altro arresto poco sopra riportato.

Pur confermandosi e ribadendosi la posizione già espressa in passato, secondo cui l'art. 109 garantisce soltanto la dipendenza funzionale della polizia giudiziaria all'autorità giudiziaria, quest'ultima, però, si colora di nuovi e inediti significati.

⁴⁷ La norma in particolare prevedeva che «il Capo della polizia – direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato, trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale».

⁴⁸ La Procura di Bari aveva impugnato la norma anche per contrasto con l'art. 76 Cost (ma questa eccezione è stata ritenuta inammissibile perché non attiene ai poteri del ricorrente ma al corretto atteggiarsi del sistema delle fonti) e con l'art. 112 Cost (ma questo profilo è stato ritenuto assorbito in quello accolto relativo all'art. 109).

⁴⁹ Il conflitto è stato dichiarato ammissibile con ordinanza da C. Cost. 6 dicembre 2017, n. 273.

⁵⁰ C. cost., 6 dicembre 2018, n. 229, in www.questionegiustizia.it, 13 dicembre 2018, con nota di G. BATTARINO, *Autorità giudiziaria e polizia giudiziaria: ritorno alla costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2018, con nota di G. LEO, [La Corte costituzionale sulle prerogative del pubblico ministero alla diffusione di informazioni concernenti investigazioni in atto](#).

Nella valutazione, in concreto, del rispetto della “dipendenza funzionale” possono, infatti, essere presi in considerazione anche quegli eventuali interventi esterni, amministrativi o legislativi che siano, che formalmente riguardano l’organizzazione e l’apparato burocratico della polizia giudiziaria ma che, nella sostanza, possono intaccare, seppure in modo indiretto e mediato, anche il rapporto fra quest’ultima e l’autorità giudiziaria.

6. Uno statuto costituzionale specifico per la polizia giudiziaria.

La ricostruzione che precede consente di tirare le fila del discorso, sciogliendo la riserva sulla questione che si era posta nell’incipit di questo scritto.

In particolare, sembra potersi ragionevolmente ritenere che dall’articolo 109 della Costituzione è possibile individuare alcune regole relative all’organizzazione e all’attività della polizia giudiziaria (uno “statuto minimo specifico”), che vanno a completare quelle di cui agli artt. 97 e 98 della medesima Carta costituzionale, che valgono per tutte le pubbliche amministrazioni e, quindi, anche per tutte le forze di polizia.

Si tratta di una conclusione che, in sé, non può considerarsi, del resto, nemmeno un’assoluta novità; una parte della dottrina, infatti, era già in modo lungimirante in passato giunta a considerare indispensabili alcune specifiche garanzie per la polizia giudiziaria, sul presupposto che senza di esse avrebbero finito inevitabilmente per indebolirsi anche quelle che la Costituzione ha attribuito alla magistratura⁵¹.

La recente ed innovativa lettura della disposizione da parte della Consulta consente adesso di andare oltre le generiche affermazioni del passato; è possibile, infatti, oggi non solo provare a declinare in modo più specifico il contenuto di queste garanzie, ma anche prefigurare un eventuale ulteriore strumento giuridico per farle valere, seppure in casi limitati ed in presenza di specifici presupposti.

Accanto alla possibilità di sollevare l’eccezione di legittimità costituzionale, infatti, le prerogative previste dall’art. 109 consentono di attivare il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato in tutti quei casi in cui, come si è visto nelle ipotesi poco sopra riportate, il rapporto di dipendenza diretta e non mediata sia messo in discussione da atti legislativi o amministrativi.

⁵¹ Così, A CHIAPPETTI, voce *Polizia (dir. pubbl.)*, cit., 136 che, in modo particolarmente efficace, aveva evidenziato che l’evolversi del sistema normativo in senso maggiormente democratico, da cui deriva l’esigenza di una più ampia autonomia ed indipendenza del sistema giudiziario, impone che quest’ultimo non subisca influenze e inframmettenze anche in ordine al compimento di quelle attività svolte dalla polizia giudiziaria che possono incidere, condizionandolo anche in maniera rilevante, sul successivo svolgimento del processo penale; il medesimo autore aveva anche rilevato come la stretta contiguità e la strumentalità fra le funzioni giudiziarie e quelle di polizia giudiziaria dovessero incidere sia “sui moduli organizzativi che sulle regole di azione” della polizia giudiziaria; in termini più generici, anche S. VUOTO, *Art. 109*, cit., 2078 secondo cui l’art. 109 acquista un risalto particolare in quanto – sebbene strumentale all’adeguato espletamento dei compiti costituzionalmente riservati alla magistratura – conferisce un’importanza specifica ed immediata alla funzione di p.g.

Il riconoscimento di uno “statuto minimo” non può ritenersi, inoltre, precluso dalla circostanza che la polizia giudiziaria non è strutturata come un corpo autonomo, ma resta, anche con il nuovo codice di rito, un’entità che opera all’interno di apparati più ampi, quali sono le forze di polizia, che svolgono anche funzioni diverse, a cominciare da quelle in materia di tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico.

Il riferimento specifico contenuto nella norma costituzionale di cui si discute ma anche l’impianto di regole codicistiche dimostra inequivocabilmente come la polizia giudiziaria, vista nel suo insieme, sia qualcosa di diverso e, quindi, di autonomo rispetto ai corpi nei quali è inserita.

La prima garanzia, quindi, che deve ritenersi attribuita alla polizia giudiziaria riguarda proprio i rapporti con gli apparati di provenienza.

L’inserimento burocratico ed amministrativo in questi ultimi la rende indiscutibilmente vincolata ad essi, per cui eventuali provvedimenti di riorganizzazione, disposti con legge o, comunque nei limiti dell’art. 97 Cost., con atti amministrativi, potranno certamente riverberarsi anche sugli uffici cui spettano per legge i compiti di cui all’art. 55 c.p.p..

Essi, però, incontrano un limite invalicabile; dovranno necessariamente essere calibrati in modo da rispettare la dipendenza funzionale rispetto all’autorità giudiziaria. Non potranno, quindi, in alcun modo, né direttamente né indirettamente, mettere in discussione quel rapporto “diretto” che deve esistere nel momento in cui l’autorità giudiziaria delega ai singoli uffici o ai singoli ufficiali o agenti di p.g. l’esecuzione di propri provvedimenti.

Rappresenterebbe, a titolo esemplificativo, una lesione della prerogativa costituzionale lo “svuotamento” di un ufficio di polizia giudiziaria, giustificato da ragioni organizzative, che lo renderebbe del tutto inidoneo a svolgere le sue funzioni. Allo stesso modo, riprendendo il caso esaminato dalla Corte costituzionale nel 2001, sarebbe illegittimo un provvedimento amministrativo che, pur giustificato da esigenze di razionalizzazione, sottrarrebbe ad un organismo destinato per legge a funzioni di polizia giudiziaria, la possibilità concreta di svolgerle o imporrebbe oneri aggiuntivi ingiustificati all’autorità giudiziaria per poterla attivare.

Accanto al riconoscimento di una sia pur limitata autonomia che riguarda gli uffici di polizia giudiziaria, dalla norma costituzionale sembrano derivare anche prerogative specifiche per i singoli appartenenti alle forze di polizia, quando svolgono attività di polizia giudiziaria.

Questi ultimi, infatti, devono, in quel contesto, ontologicamente godere di una sia pur limitata indipendenza.

L’esecuzione di ordini emessi dall’autorità giudiziari non solo consente loro ma anzi impone di non rispettare legittimamente quelli provenienti dai propri superiori gerarchici, se contrastanti con i primi.

Quegli ordini potranno essere considerati illegittimi, in quanto viziati da eccesso di potere, con le conseguenze che ne derivano.

Da quanto detto consegue, a titolo esemplificativo, che dovrà essere qualificata come illegittima un’azione disciplinare nei confronti di personale di polizia giudiziaria

che non abbia ottemperato ad una richiesta della propria gerarchia confliggente con specifiche direttive dell'autorità giudiziaria.

Ad identica conclusione deve giungersi anche nel caso di un'azione disciplinare nei confronti di un appartenente alla polizia giudiziaria che, in ottemperanza ad una specifica indicazione dell'autorità giudiziaria, non riferisca al proprio superiore diretto l'oggetto delle attività che gli sono state delegate.

Quelli indicate sono ovviamente garanzie certamente limitate che non è nemmeno certo sia particolarmente efficaci, ben potendo l'appartenenza agli apparati e soprattutto il rapporto gerarchico finire nelle situazioni concrete per prevalere rispetto ad esse, ma la loro affermazione rappresenta in ogni caso un indiscutibile passo in avanti per consentire al principio costituzionale di cui all'art. 109 di assolvere alla sua funzione di tutela mediata di altri e superiori valori di rango primario.

LA PROPORZIONALITÀ SANZIONATORIA AL COSPETTO DELLE CONFISCHE DEI PROVENTI: LEGALITÀ DELLA PENA, VECCHIE GEOMETRIE, NUOVE VOCAZIONI FUNZIONALI

di Mario Arbotti

Il principio di proporzionalità sanzionatoria è stato investito da quell'eccedenza assiologica tipica dei principi fondamentali, liberandosi gradualmente dai vincoli del tertium comparationis, pur senza mai emanciparsi del tutto dalla sua dimensione comparativa. Taluni "limiti" che ancora ne caratterizzano il sindacato, però, paiono attenuarsi notevolmente rispetto alle confische dei proventi, in ragione soprattutto della più caratterizzante vocazione funzionale degli strumenti ablatori. La recente questione di costituzionalità, allora, offre la possibilità alla Corte di proseguire in quel virtuoso percorso di bonifica delle pene manifestamente sproporzionate.

SOMMARIO: 1. La matematica del castigo emancipata da schemi geometrici: il caso delle confische dei proventi. – 2. Una recente *quaestio legitimatis* della confisca per equivalente nei reati di aggrigotaggio e ostacolo all'esercizio delle funzioni pubbliche di vigilanza. – 3. Proporzionalità sanzionatoria e teleologia "identitaria" degli strumenti ablatori. – 4. *Overlapping protection*, doppia pregiudizialità e ruolo del giudice comune. – 5. Passione punitiva e funzione di garanzia dei *gatekeepers* istituzionali.

1. La matematica del castigo emancipata da schemi geometrici: il caso delle confische dei proventi.

La matematica del castigo¹ rappresenta – è ben noto – uno dei maggiori problemi della scienza penalistica, quasi un "oggetto impossibile"² della sua dottrina, caratterizzata da uno statuto epistemologico inevitabilmente debole che rende pressoché impossibile individuare, una volta per tutte, una criteriologia oggettiva che fissi una corrispondenza certa e biunivoca tra reato e pena. Le grandezze sul campo, difatti, sono incommensurabili e lo iato – valoriale prima che normativo – tra interessi del reo sacrificati dalla pena e beni offesi dall'illecito rende irrealistica la prospettiva della ricerca di una pena "giusta" in assoluto³.

¹ Mutuando l'efficace espressione utilizzata da F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 3 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 1231 ss.

² F. CONSULICH, *ibidem*.

³ Sul punto, tra i molti, cfr. quantomeno le osservazioni di D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 49; M. DONINI, *Per una concezione post-*

Anche se emancipata da prospettive non sempre al riparo da inclinazioni eticizzanti – almeno in parte correlate alle teorie c.d. “assolute” – ed inquadrata in una più “laica” visione di scopo⁴, l’individuazione di una pena perfettamente coerente – già in astratto – con i più variegati obiettivi preventivi risulta operazione non facile, sempre esposta al rischio di una successiva falsificazione empirica e, prima e più in alto, di un’insostenibile eccedenza degli scopi perseguiti sui vincoli assiologico-garantisti assicurati dal rispetto della colpevolezza e del principio di proporzione fra disvalore del fatto e reazione sanzionatoria⁵.

D’altronde, la scelta sulla dosimetria sanzionatoria risulta strutturalmente relata alle valutazioni politico-criminali di competenza istituzionale del legislatore, essendo espressione di quelle opzioni intimamente *politiche* – portato della sua legittimazione democratica – che si traducono nell’esercizio di un potere *discrezionale* difficilmente sindacabile dagli organi che, nell’architettura del sistema costituzionale, sono chiamati a svolgere un (fondamentale) ruolo contro-maggioritario di garanzia.

Non sorprende, allora, l’atteggiamento timido – e a tratti deferente – che ha caratterizzato per lungo tempo il sindacato della Corte costituzionale sulle scelte relative al *quantum* punitivo, confinando il principio di proporzionalità sanzionatoria negli angusti limiti delle geometrie triadiche e delle “rime costituzionalmente obbligate” correlate al principio di eguaglianza⁶. Le ragioni di un tale *self-restraint* sono ben note: l’assenza di un necessario *medium* comparativo e, dunque, di una soluzione costituzionalmente obbligata impone di arrestare il sindacato di costituzionalità per evitare di sconfinare in apprezzamenti di merito – rimessi alla discrezionalità esclusiva del legislatore – e in soluzioni *creative* precluse al Giudice delle leggi⁷.

riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1174 ss.; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, pp. 160 ss., 164 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 374 ss.; M. PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 1364 ss.

⁴ Imprescindibile il rinvio a F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), trad. it. a cura di A.A. Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, 1962.

⁵ In una letteratura vastissima, cfr. quantomeno C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1966, pp. 377 ss.; ID., *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, in *ZStrW*, 1984, pp. 641 ss.; ID., *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale?*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, pp. 149 ss.; G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Mohr, 1976; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 798 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, *ivi*, pp. 836 ss.; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, 2005; L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Jovene, 1984, pp. 67 ss. Per un recente inquadramento “antagonistico” fra colpevolezza e proporzionalità cfr. W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, pp. 164 ss.

⁶ Un’istruttiva panoramica in G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012, *passim* e ptc. pp. 139 ss.

⁷ Imprescindibile il rinvio a F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., pp. 374 ss. che autorevolmente rileva come «la Corte può individuare tutti i fattori che hanno concorso all’opzione legislativa sulla misura della pena, e può altresì ridisegnare il loro intreccio e la ponderazione della loro diversa e reciproca incidenza,

Al netto della natura plurivoca⁸ – e a tratti terminologicamente confusa – e della non sempre agevole distinzione fra i vari moduli di giudizio⁹, purtuttavia, anche il principio di proporzionalità sanzionatoria è stato nel tempo investito da quell'*eccedenza assiologica* tipica dei principi fondamentali¹⁰ – assurgendo, quasi, al rango di vero e proprio *Schranken-Schranke*¹¹ –, la cui forza generativa¹², in uno con la necessità di tutela dei diritti fondamentali¹³ e l'esigenza di non lasciare sguarniti spazi al controllo di costituzionalità, ha permesso una graduale emancipazione dal *tertium comparationis* e un'evoluzione del sindacato direttamente proiettato sulla “manifesta irragionevolezza

ma non potrà mai razionalizzare in termini rigidi la loro ‘traduzione quantitativa’, l'espressione numerica che essi assumono nel *quantum* di pena comminato. E anche quando il giudizio sulla misura della pena viene circoscritto al pur centrale parametro della proporzione tra disvalore del bene e del fatto ed entità della risposta sanzionatoria, l'eterogeneità delle grandezze a confronto rende pressoché indispensabile cercare di razionalizzare il giudizio attraverso l'uso del *tertium comparationis*. In sostanza il giudizio sulla misura della pena è un giudizio per forza di cose relativo e non già assoluto».

⁸ In argomento cfr. le riflessioni di M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS- E. GROSSO- J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, 2016, pp. 463 ss. e, già prima sulla distinzione tra irrazionalità, irragionevolezza e ingiustizia della legge, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1977, pp. 26 ss. Sul tema v. anche le considerazioni di A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1427 ss.

⁹ Come osservato da F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 116 ss. un primo fondamentale problema che si frappone sulla strada della ricostruzione di una teoria generale della proporzionalità della pena concerne i precisi termini della relazione di “proporzionalità”. In effetti, un giudizio di proporzionalità di tutte le misure che limitano diritti fondamentali – tra cui, evidentemente, la pena – può essere anzitutto svolto – e viene di solito effettuato – ponendo in relazione l'intensità della limitazione, da un lato, e la *finalità* perseguite da tale limitazione dell'altro. Un tale modulo di giudizio presenta uno sguardo tutto orientato al futuro, secondo la logica del *punitur ne peccetur*, anziché del *quia peccatum est*. Ben diverso è, invece, il giudizio che ancora la proporzione della pena non già alle *finalità* perseguite dal legislatore attraverso la medesima, bensì alla *gravità* del reato commesso. Si tratta, in effetti, di un modulo di giudizio dalla natura essenzialmente *retrospettiva*, guardando al fatto di reato già commesso ed eventualmente al suo contenuto di colpevolezza – di rimproverabilità soggettiva – che affonda le proprie radici concettuali nello sguardo rivolto al passato tipico del *quia peccatum est*.

¹⁰ Sul punto cfr. F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in *Leg. pen.*, 18 marzo 2020, pp. 4 ss.

¹¹ Cfr., sul tema, le puntuali notazioni di N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 2022, pp. 875 ss.

¹² Secondo il lessico utilizzato da V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019, 7, p. 316.

¹³ Per un originale duplice inquadramento dei diritti fondamentali della persona, come oggetto della tutela penale e come limite alla tutela penale, cfr. le istruttive riflessioni di F. VIGANÒ, [Diritto penale e diritti della persona](#), in questa *Rivista*, 13 marzo 2023.

intrinseca" dell'opzione punitiva¹⁴. Il principio di eguaglianza/ragionevolezza¹⁵ ha così assunto un connotato *conformativo* rispetto ad ogni parametro costituzionale¹⁶, legandosi sempre maggiormente – all'interno delle geometrie della materia penale¹⁷ – al principio di rieducazione¹⁸ e – al di fuori dello *ius puniendi stricto sensu* inteso – ai diversi diritti costituzionalmente riconosciuti incisi dall'intervento statale¹⁹. Ne è derivata una progressiva *ascensione* performativa del principio di proporzionalità sanzionatoria, non solo emancipato dalle strettoie di una valenza meramente *argomentativa* e assunto al rango di vero e proprio principio *dimostrativo*²⁰, ma, per di più, in grado di focalizzare il

¹⁴ A partire, è noto, dalla fondamentale decisione Corte costituzionale, 10 novembre 2016, n. 236 in *Giur. cost.*, 2016, 2092 ss. con nota di V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, *ivi*, pp. 2105 ss. Sulla decisione, cfr. anche F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2017, pp. 61 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1956 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 473 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, pp. 174 ss. Gli approdi concettuali raffinati per la prima volta in tale decisione sono, poi, stati ulteriormente sviluppati da Corte costituzionale, 5 dicembre 2018, n. 222 – a commento della quale si vedano, *ex multis*, R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. comm.*, 2018, pp. 2566 ss.; P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 126 ss.; A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018 – e dalla successiva giurisprudenza costituzionale. Per una precisa ricostruzione di tali "movimenti tellurici" nella giurisprudenza del Giudice delle leggi, cfr. V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Giappichelli, 2023, pp. 207 ss.; F. VALENTE BAGATTINI, *Proporzionalità della pena: la Corte torna a valorizzare il tertium comparationis*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 421 ss.

¹⁵ Principio che – come è ampiamente noto – permea l'intero tessuto costituzionale, a tal punto da rappresentare «l'essenza della civiltà giuridica» e il «paradigma della scienza giuridica». In questi termini, rispettivamente, E. CHELI, *Lo stato costituzionale. Radici e prospettive*, Editoriale Scientifica, 2006, p. 26 e D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 28 ss.

¹⁶ In questi termini, M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità*, *cit.*, p. 463.

¹⁷ Sulla nozione di *matière pénale*, cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018; C. PERINI, *La legittimazione della norma criminale. Gli statuti di garanzia della penalità nella svolta di fine millennio*, Anthelios, 2018.

¹⁸ A sua volta interessato da una costante «espansione assiologica», tanto da conquistare «una posizione di preminenza all'interno della tradizionale teoria della polifunzionalità della pena», come autorevolmente rilevato da F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale*, *cit.*, p. 4.

¹⁹ In argomento, cfr. le osservazioni di N.M. MAIELLO, *Confisca urbanistica e proporzionalità: una occasione perduta per un possibile restauro costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 33 ss. e ptc. pp. 39 ss. che rimarca l'opportunità di ancorare, nel campo delle sanzioni non formalmente penali, il sindacato di proporzionalità sanzionatoria alla lettura sinergica dell'art. 3 Cost. in combinato disposto con la norma costituzionale che presidia il diritto fondamentale inciso dell'intervento statale, sottolineando – tra l'altro – la residualità che l'art. 117, comma 1, Cost. riveste nella impostazione di una questione di legittimità costituzionale, utilizzabile in *supporto argomentativo* al parametro interno violato, a condizione che il riferimento ad entrambi i metri – interno e convenzionale – si sviluppi secondo la medesima «proiezione garantista». Sul punto, cfr. le riflessioni di V. MANES- V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, *cit.*, p. 315.

²⁰ Sulla distinzione tra valenza *argomentativa* e capacità *dimostrativa* dei principi cfr., per tutti, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005, *passim* e ptc. pp. 213 ss., 230 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*,

vaglio del Giudice delle leggi direttamente sulla scelta punitiva opzionata dal legislatore, al di là di rigidi schemi *isonomici*.

Una proporzione senza geometrie, ma non per questo priva di una dimensione comparativa. A ben vedere, pur chiarito il ruolo di mero “sostitutivo sanzionatorio” assegnato alla fattispecie comparativa – *terminus ad quem* e non più *starting point* del vaglio di proporzionalità²¹ –, la natura del giudizio non pare smarrire del tutto quella dimensione relazionale correlata all’idea stessa di proporzionalità²². L’assenza di un punto di riferimento nel sistema – di una “rima adeguata” – capace di offrire quantomeno la disciplina di risulta, in effetti, non solo accentuerebbe il rischio di un esito spiccatamente creativo della decisione, ma renderebbe impervio lo stesso percorso argomentativo, dovendosi a quel punto fondare su un apprezzamento valutativo – dall’indubbia cifra politico-criminale – rimesso *in toto* al Giudice costituzionale²³.

Le residue difficoltà connesse alla *pars construens* del vaglio di proporzionalità – nell’individuazione, in particolare, di una nuova cornice edittale da sostituire a quella dichiarata costituzionalmente illegittima – paiono, invece, almeno stemperarsi laddove il sindacato afferisca ad una confisca dei proventi. Tali misure, difatti, presentano una più spiccata “vocazione funzionale” rispetto alle altre tipologie sanzionatorie, che si può identificare essenzialmente – al netto delle peculiarità teleologiche dei singoli strumenti ablativi²⁴ – nel recupero dei vantaggi illeciti e nel ripristino dello *status quo* patrimoniale

CEDAM, 1996, pp. 25 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 234; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 29 ss.; ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4, 2013, pp. 4 ss.

²¹ In questi termini, V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2110.

²² In effetti è stato osservato come «gli apprezzamenti sulla proporzione della norma non possono prescindere dalla comparazione con fattispecie analoghe, dal momento che proporzione è un concetto relativo e comparativo». Così, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 356, ma sul tema cfr. anche G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, p. 107. Sottolineano, con vari accenti, il peso del fattore comparativo nel sindacato di “proporzionalità intrinseca” anche D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 53; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *QuadCost.*, 2019, p. 267; R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2019, pp. 139 ss.; F. CONSULICH, *La matematica del castigo*, cit., pp. 1234 ss.; G. AMARELLI, *Proporzionalità e tertium comparationis: la maggiore onerosità dell’oblazione tardiva ambientale rispetto a quella antinfortunistica non è irragionevole*, in *Giur. Cost.*, 2019, pp. 936 ss.; F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2020, p. 8.

²³ Come rilevato da V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., pp. 2110 ss.

²⁴ Al di là della generale – e a tratti comune – vocazione funzionale al recupero dei vantaggi illeciti, difatti, è ampiamente nota la difficoltà che l’interprete incontra nel tentativo di razionalizzare le diverse forme di confisca presenti nell’ordinamento, risultando l’istituto sempre più «teleologicamente ambiguo e dogmaticamente apolide». In questi termini, V. MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1261. A ben vedere, già in tempi vicini alla codificazione, in dottrina sono emerse ricostruzioni contrastanti in merito alla reale finalità della misura. Alle tesi di chi, facendo leva sulla Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, ne difendeva una natura autenticamente preventiva, legata ad un’idea di pericolosità “relazionale” della *res* che, qualora lasciata nella disponibilità del reo, verrebbe a costituire per lui un incentivo a commettere ulteriori illeciti, secondo l’idea che «dalle cose la pericolosità passa al soggetto», si opponevano le ricostruzioni tese ad

antecedente alla commissione dell'illecito. Un tale scostamento risulta senz'altro più agevolmente *misurabile* dal Giudice delle leggi, permettendogli di impostare il giudizio di *non manifesta sproporzione* in termini meno discrezionali e, pertanto, più penetranti²⁵.

Come meglio si dirà, tra l'altro, tale operazione è favorita dalla possibilità di stabilire un preciso collegamento tra la funzione ripristinatoria svolta dall'istituto e determinati elementi delle fattispecie normativa, la cui puntuale espunzione permette di ricalibrare la complessiva risposta sanzionatoria, sterilizzando il rischio di esiti manifestamente sproporzionati senza necessariamente impostare confronti con altre discipline "limitrofe", anche nella parte ricostruttiva del giudizio²⁶. In altri termini, taluni "limiti" che ancora caratterizzano il vaglio di proporzione tra fatto e pena e che lo rendono vincolato a schemi comunque comparativi sembrano attenuarsi notevolmente rispetto alle confische dei proventi, in ragione tanto della più agevole possibilità di valorizzare la funzione di *asset recovery* assolta dallo strumento, quanto della facilità nell'impostare una relazione tra la predetta finalità e la fattispecie astratta che consenta di elidere solo quegli elementi normativi che determinano sistematicamente la sproporzione sanzionatoria²⁷.

In questo orizzonte concettuale, si inserisce la recente ordinanza n. 8612/2024 della Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione che – sulla scia delle acquisizioni già sedimentate nella giurisprudenza costituzionale, in particolare nella decisione n. 112 del 2019 – ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della confisca per equivalente disciplinata dall'art. 2641, comma 2, c.c., per i reati di aggio e di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, nella misura in

evidenziare il carattere essenzialmente repressivo dell'istituto, dimostrato dal fatto che ad esso «non si applicano le norme proprie delle misure di sicurezza ogni qualvolta per un qualsiasi effetto giuridico debba prendersi in considerazione la pericolosità del soggetto». Riconducibili al primo orientamento gli autorevoli rilievi di G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, 1978, p. 888 e di M. MASSA, voce *Confisca* (*dir. e proc. pen.*), in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, pp. 980 ss. Per l'inquadramento repressivo, cfr. soprattutto le altrettanto autorevoli osservazioni di F. CHIAROTTI, *Sulla tutela delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust. pen.*, 1956, II, pp. 637 ss.; G. SABATINI, *La confisca nel diritto processuale penale*, Jovene, 1943, pp. 3 ss., 11; ID., *Di alcune questioni in tema di confisca*, in *Arch. pen.*, 1945, II, p. 344. Scettico sulla qualificazione dell'istituto come misura di sicurezza anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, 1950, p. 351, secondo cui sarebbe stato meno improprio riguardare la confisca come una sanzione civile – e regolarla subito dopo la disposizione dell'art. 189 c.p. – ovvero considerarla come un provvedimento a sé stante di indole amministrativa. In argomento, più di recente, cfr. anche E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, 2012.

²⁵ In questi termini, F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 9 ss.

²⁶ Così, sempre, F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 10. Sul punto v. anche le osservazioni di V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 3351 ss.

²⁷ Cfr., ad esempio, Corte costituzionale 6 marzo 2019, n. 112 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies d.lgs. n. 58 del 1998 nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non solo del profitto, con conseguenze gravemente sovradimensionate rispetto allo scopo di recuperare i profitti indebitamente lucrati nell'ambito dell'illecito amministrativo di *insider trading*.

cui si estende obbligatoriamente anche ai beni utilizzati per commettere il reato. Su quest'ultima ordinanza occorre ora soffermare l'attenzione.

2. Una recente *quaestio legitimitatis* della confisca per equivalente nei reati di aggio e ostacolo all'esercizio delle funzioni pubbliche di vigilanza.

Nell'ambito di una travagliata vicenda giudiziaria concernente la pretesa realizzazione – tra gli altri – di reati di aggio e di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza, il Tribunale di Vicenza disponeva la confisca per equivalente, sino a concorrenza dell'importo di ben 963 milioni di euro, delle somme di denaro impiegate per la realizzazione dei suddetti illeciti, qualificate come mezzi impiegati per commettere i reati e coincidenti con i finanziamenti erogati da un istituto di credito ai propri clienti/soci per l'acquisto sul mercato primario e su quello secondario di azioni proprie, funzionali all'illecita alterazione del prezzo delle stesse e alla creazione dell'artificiosa rappresentazione dell'entità del patrimonio di vigilanza.

La Corte di appello di Venezia disponeva successivamente la revoca della misura ablatoria, evidenziandone la marcata frizione con i principi espressi tanto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 112 del 2019, quanto dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare, si evidenziava come la confisca per equivalente dei mezzi impiegati per la realizzazione dell'illecito – stante la sua indiscussa natura “punitiva” – collidesse frontalmente con il principio di proporzionalità della pena, risolvendosi in una sanzione manifestamente sproporzionata, disancorata dal disvalore dell'illecito e dalla valutazione dei singoli contributi concorsuali, oltretutto completamente priva di qualsivoglia relazione di “congruità” con i profitti realizzati. In altri termini, ad avviso del Giudice di merito, il severo apparato detentivo di riferimento – dotato di un'ampia forbice edittale – permetterebbe già di calibrare adeguatamente la sanzione all'entità dell'offesa arrecata, risolvendosi la confisca obbligatoria degli *instrumenta sceleris* in null'altro se non in un *quid pluris* afflittivo, in grado di incrinare definitivamente qualsivoglia rapporto di proporzione fra gravità del fatto ed entità della complessiva risposta sanzionatoria, tale da infirmare in radice ogni aspirazione autenticamente ripristinatoria dello strumento ablatorio.

Tali considerazioni si pongono alla base della scelta di disapplicare la previsione che imporrebbe l'applicazione obbligatoria della confisca dei beni utilizzati per commettere il reato, valorizzando – pur in assenza di un chiaro aggancio della disciplina nazionale al diritto eurounionale – i più recenti approdi della giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁸ che – come è noto – ha aperto, in assenza di sufficienti margini ermeneutici

²⁸ Il riferimento è, ovviamente, a CGUE, 8 marzo 2022, C-205/20, *NE* che, con un deciso *overruling*, ha ribaltato le precedenti acquisizioni sedimentate in CGUE, 4 ottobre 2018, C-384/17, *Link Logistic N&N*. A commento della decisione cfr. le osservazioni di 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](#), in questa *Rivista*, 26 aprile 2022; M. PELISSERO, *Il principio di proporzionalità*, cit., pp. 1370 ss.; A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative*

per esperire un tentativo di interpretazione conforme, alla possibile disapplicazione da parte del giudice comune della disciplina interna in contrasto con il principio di proporzionalità sanzionatoria, riconosciuto in singoli atti dell'Unione o, più in generale, all'art. 49, paragrafo 3, CDFUE.

La Corte di Cassazione – recependo sul punto i rilievi del Procuratore Generale – ha ritenuto, per converso, che la disapplicazione della normativa interna non fosse limitata ai soli profili necessari per consentire l'irrogazione di una sanzione proporzionata nel caso di specie e, dunque, non investisse tanto un problema di *proporzionalità sanzionatoria nel caso concreto*, quanto – più in generale – un vizio di manifesta sproporzione dell'assetto sanzionatorio concernente la disposizione normativa già nella sua *formulazione astratta*. Di talché, la disapplicazione operata dal giudice di merito si sarebbe risolta in una *interpretatio abrogans* della disposizione e non in un mero *adeguamento ermeneutico* della stessa orientato al principio di proporzionalità, con la scontata conseguenza di rendere quanto mai necessario percorrere l'itinerario dell'incidente di costituzionalità per porre rimedio al *vulnus* individuato.

Il Giudice di legittimità, allora, nella selezione dei parametri costituzionali rilevanti, fa anzitutto riferimento al combinato disposto degli artt. 3 e 27 della Costituzione, secondo il più aggiornato armamentario concettuale che concentra sul finalismo rieducativo della pena il referente concettuale alla stregua del quale svolgere il vaglio di proporzionalità. In questa prospettiva – come già accennato – liberato dalle geometrie del *tertium comparationis*, il sindacato si appunta sulla proporzione tra la sanzione comminata dal legislatore e la gravità del fascio di condotte abbracciate dalla fattispecie astratta, nel prisma della funzione rieducativa costituzionalmente assegnata alla pena. L'istanza di proporzione, insomma, pare riflettere e soddisfare la specifica teologia imposta alla sanzione criminale, elevandosi a misura fondamentale del progetto rieducativo e, al contempo, a presupposto di legittimità della sanzione²⁹: nella consapevolezza che pene eccessivamente severe tendono ad essere percepite come ingiuste dal condannato, risolvendosi in un concreto ostacolo al suo percorso di risocializzazione³⁰.

Altrettanto valorizzato è il principio di personalità della responsabilità penale, strettamente relato – sempre – alla necessaria funzione rieducativa della pena, che contrasta di regola con la previsione di pene fisse – come inevitabilmente è la morfologia sanzionatoria della confisca –, precludendo quel processo di individualizzazione del trattamento sanzionatorio funzionale non solo all'adeguamento della pena al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto, ma, prima e più in alto, alle personali esigenze di risocializzazione del singolo reo.

della Corte di Giustizia, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2023, pp. 192 ss.; I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, 2022, pp. 175 ss.; M.G. BRANCATI, *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire dalla sentenza C-205/20*, in *Arch. pen.*, 2022, pp. 1 ss.; P.F. BRESCIANI, *Contro le pene eccessive: al rimedio costituzionale si aggiunge la disapplicazione europea*, in *Quad. Cost.*, 2022, pp. 637 ss.

²⁹ In questo senso, cfr. le riflessioni di V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 760.

³⁰ Sul punto, *ex multis*, sia sufficiente il rinvio a Corte cost., 19 marzo 2012, n. 68.

I vizi di costituzionalità sono, poi, rinvenuti anche in relazione all'eccessiva limitazione del diritto di proprietà, sotto l'angolo di visuale degli artt. 3 e 42 Cost. nonché – a testimonianza di quel felice e sempre più vivace processo di *cross-fertilization* tra Carta Costituzionale e Carte europee dei diritti fondamentali³¹ – degli artt. 1 Prot. Addiz. CEDU e 17 CDFUE. In questo orizzonte, il sindacato di proporzionalità – corroborato sempre dal vaglio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, operante in combinato disposto con la norma costituzionale che presidia il singolo diritto fondamentale – pare declinarsi in modo diverso rispetto al modello finora analizzato, liberandosi dalla prospettiva *retrospettiva* focalizzata sulla proporzione tra fatto commesso e pena irrogata³² ed abbracciando il vaglio *prospettico* concentrato sulla *sostenibilità* dell'ingerenza pubblica rispetto al coefficiente di incisione del diritto messo a repentaglio dalla pena. La gravità della limitazione del diritto di proprietà, insomma, pare qui essere posta in raffronto agli obiettivi di prevenzione perseguiti dal legislatore, con uno sguardo proiettato necessariamente verso il futuro³³. In altri termini, nonostante i due paradigmi valutativi condividano un elemento – la limitazione di diritti fondamentali conseguenti alla pena –, si distinguono chiaramente per il secondo elemento comparativo, in un caso un fine preventivo – generale o speciale –, nell'altro un accadimento del passato rappresentato dal reato commesso.

Da ultimo, il Giudice di legittimità lamenta una violazione anche dell'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., valorizzando tanto le più recenti evoluzioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁴, quanto l'importanza assunta dal principio di proporzionalità nella complessiva disciplina eurounitaria delle misure di carattere patrimoniale³⁵, nel contesto della regolamentazione finalizzata a garantire il riconoscimento reciproco e, dunque, la circolazione e l'esecuzione delle decisioni delle autorità nazionali. Tali parametri osterebbero alla legittimazione di uno

³¹ In argomento cfr., per tutti, V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 839 ss.

³² Un giudizio che – come è noto – abbonda di impostazioni differenti, talune maggiormente declinate in termini di mera gravità oggettiva del comportamento (nell'accezione della *Tatproportionalität*), altre più concentrate sulla misura della colpevolezza rispetto al fatto realizzato (nell'accezione del *Schuldausgleich*). In argomento, diffusamente, J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz in Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, pp. 293 ss., F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., *passim* ma sul punto cfr. anche N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 233 nt. 331. Più in generale, per una disamina dei due diversi approcci nel giudizio di proporzionalità sanzionatoria cfr. P. ASP, *Two Notions of Proportionality*, K. NUOTIO (a cura di), *Festschrift in Honour of Raimo Lathi*, Faculty of Law, 2007, pp. 207 ss.; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, pp. 111 ss.

³³ In questi termini, sostanzialmente, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 233.

³⁴ In particolare, CGUE, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri*, § 56.

³⁵ Vengono a tal proposito richiamate la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio; la decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca; la direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea e il regolamento Ue 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e confisca.

strumento ablativo in grado di determinare un sistematico peggioramento della situazione patrimoniale dei destinatari della misura, di gran lunga superiore a quello derivante dalla mera ablazione *a somma zero* tipica degli strumenti a vocazione autenticamente ripristinatoria.

3. Proporzionalità sanzionatoria e teleologia “identitaria” degli strumenti ablatori.

L’atteso intervento della Corte costituzionale non potrà non confrontarsi con il significativo precedente rappresentato dalla decisione n. 112 del 2019, dal quale pare possibile mutuare un ipotetico schema decisorio. In quel caso, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della confisca, diretta o per equivalente, prevista dall’art. 187-sexies d.lgs. n. 58 del 1998 per l’illecito amministrativo di *insider trading* nella parte in cui prevedeva la confisca del prodotto dell’illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, anziché del solo profitto³⁶, ancorando la dichiarazione di incostituzionalità alla violazione del principio di proporzionalità sanzionatoria delle sanzioni amministrative desumibile da una lettura sinergica dell’art. 3 Cost. e 42 Cost.³⁷.

³⁶ Sulla decisione cfr. le osservazioni di E. AMATI, *Confisca “amministrativa” negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, in *Giur. comm.*, 2019, pp. 1293 ss.; V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale*, cit., pp. 3343 ss.; F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni*, cit., pp. 6 ss.; F. PRENESTINI, *Confisca amministrativa negli illeciti di insider trading: la Corte costituzionale ne limita l’entità al solo profitto conseguito dall’autore*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 1323 ss. A commento dell’ordinanza che ha sollevato la questione di costituzionalità v. G.L. GATTA, *Confisca ‘amministrativa’ per l’insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell’attuazione (mancata?) della legge delega per l’adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 2 maggio 2018.

³⁷ A ben vedere, già prima della pronuncia di accoglimento della *quaestio legitimatis*, erano state sollevate – in relazione alla medesima confisca prevista per l’illecito amministrativo di *insider trading* – ben due precedenti questioni di costituzionalità. In relazione alla prima, la Corte – con l’ordinanza 10 giugno 2011, n. 186 –, pur prospettando una possibile rilevanza della questione, ha ritenuto inammissibile l’eccezione per l’indeterminatezza del *petitum*, privo dei necessari requisiti di chiarezza e univocità. In effetti l’intervento richiesto al Giudice delle leggi rimaneva «oscuro sia quanto all’oggetto che al contenuto», in quanto, sotto il primo profilo, «non era dato [...] comprendere se l’invocata declaratoria di illegittimità costituzionale dovesse concernere tutte le entità cui si riferisce la norma denunciata, ovvero solo il prodotto dell’illecito e i beni utilizzati per commetterlo, ovvero ancora esclusivamente tali ultimi beni. Sotto il secondo profilo, non emergeva in modo univoco se fosse stata richiesta una pronuncia ablativa, intesa a rimuovere puramente e semplicemente la speciale ipotesi di confisca in discussione, o se fosse auspicata, invece, una pronuncia a carattere additivo-manipolativo, che attribuisse – all’autorità amministrativa prima e al giudice poi – il potere di graduare la misura ablativa prevista dalla norma censurata, escludendone in tutto o in parte l’applicazione allorché essa apparisse, in concreto, sproporzionata rispetto alla gravità dell’illecito». Con riguardo alla seconda, pur a fronte di un *petitum* chiaro ed univoco, la Corte – con la sentenza 15 novembre 2012, n. 252 – ha nuovamente rigettato la questione di costituzionalità, in quanto la pronuncia richiesta sarebbe risultata esorbitante rispetto ai suoi poteri. L’ordinanza di rimessione, difatti, non si limitava a richiedere alla Corte un intervento manipolativo con il quale trasformare la confisca *ex art. 187-sexies d.lgs. n. 58 del 1998* da obbligatoria in facoltativa, ma sollecitava il Giudice delle leggi a «introdurre un innovativo ‘terzo regime’, a carattere intermedio (la ‘graduabilità’), a fronte del quale la discrezionalità amministrativa o giudiziale si esplicherebbe in relazione al *quantum*». In altri termini, l’intervento richiesto avrebbe comportato un riconoscimento della facoltà per la Consob e per il giudice dell’opposizione di

Al di là delle prospettive di *judicial minimalism*³⁸ che paiono aver informato la decisione – nella scelta prudente di qualificare la sanzione come “amministrativa”, mantenendosi nel solco della precedente giurisprudenza senza sbilanciarsi su temi sensibili come l’estensione dell’art. 27 Cost. alle sanzioni amministrative e la reale natura, *behind the appearances*, della confisca allora in rilievo³⁹ –, il sindacato di costituzionalità è stato interamente focalizzato sulla natura manifestamente sproporzionata del complessivo assetto sanzionatorio, al di là di puntuali riferimenti – anche solo nella fase di individuazione dei rimedi – a *tertia comparationis*. Ad avviso del Giudice delle leggi, difatti, «la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, ma graduabile in funzione della concreta gravità dell’illecito e delle condizioni economiche dell’autore dell’infrazione, e una ulteriore sanzione anch’essa di carattere “punitivo” come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l’illecito, che per di più non consente all’autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa, necessariamente conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati»⁴⁰.

Come è a facile arguire, a conclusioni non dissimili pare doversi giungere anche in relazione alla confisca dei beni utilizzati per commettere il reato disciplinata dall’art. 2641 c.c., in grado di determinare – in uno con le severe pene detentive previste per i reati di agguataggio e di ostacolo all’esercizio delle funzioni di vigilanza – una sistematica alterazione del rapporto di proporzione tra gravità dell’illecito ed entità della risposta sanzionatoria, completamente disancorata – nel suo contenuto patrimoniale – da qualsivoglia dimensione di *adequatezza* rispetto al concreto vantaggio economico ricavato dall’illecito⁴¹. Per di più – come emblematicamente dimostrato proprio dal caso di specie – in materia di *market abuse* la sproporzione tra l’ablazione dei beni utilizzati per commettere l’illecito e il concreto vantaggio economico ricavato dallo stesso assume una dimensione così manifesta e sistemica da rendere percepibile *ictu oculi* la rottura di qualsivoglia equilibrio sanzionatorio tra reato e pena, atteso che le somme movimentate per determinare l’alterazione del prezzo degli strumenti finanziari sono – di regola – di gran lunga superiori al beneficio patrimoniale effettivamente ricavato dall’operazione.

stabilire per quale parte gli strumenti finanziari – o il relativo controvalore – dovessero essere assoggettati alla misura ablativa, sulla base del parametro costituito dalla gravità in concreto della violazione. Per tali ragioni – rammenta la Corte – l’intervento richiesto avrebbe assunto il carattere di una «novità di sistema», tale da porsi «al di fuori dell’area del sindacato di legittimità costituzionale, per rimetterlo alle eventuali e future soluzioni di riforma, affidate in via esclusiva alle scelte del legislatore». In argomento, cfr. le osservazioni di E. AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2013, pp. 3 ss.

³⁸ In argomento, cfr. C.R. SUNSTEIN, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999 e, più di recente, M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L’opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, 2023.

³⁹ Analoghi rilievi in F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni*, cit., pp. 5 ss.

⁴⁰ Corte costituzionale 6 marzo 2019, n. 112; § 8.3.6.

⁴¹ In argomento, cfr. le riflessioni di F. MAZZACUVA, *art. 2641 c.c.*, in M. FRANZONI- R. ROLLI (a cura di), *Codice civile*, Giappichelli, 2018, p. 4293 che rimarca le venature sanzionatorie particolarmente accentuate – e, persino, «quasi simboliche» – assunte dell’ablazione degli strumenti del reato in questo ambito e la loro problematicità al cospetto del principio di ragionevolezza.

Al di là della vocazione ripristinatoria dello strumento – già di per sé frustrata da un’ablazione anche minimamente superiore al profitto locupletato –, persino l’inquadramento in una prospettiva “punitiva” della misura non può giustificare – al metro dei principi costituzionali – un sacrificio così marcatamente irragionevole dei beni del reo sottoposto a sanzione.

D’altronde, una soluzione analoga a quella già sperimentata dal Giudice costituzionale pare valere persino *a fortiori* per la confisca per equivalente oggetto degli attuali strali di costituzionalità. Tale modello ablatorio, in effetti, è senz’altro riconducibile – secondo un ben noto e costante orientamento giurisprudenziale⁴² – alla nozione sostanziale di pena, considerata la totale assenza di qualsiasi rapporto di pertinenzialità tra *res* oggetto dell’ablazione e reato commesso che potrebbe – non senza incertezze e titubanze – ancora giustificarne un inquadramento come misura di sicurezza patrimoniale⁴³. Il principio di proporzionalità sanzionatoria, allora, può in questo caso operare nella sua massima proiezione assiologica, valorizzando il *contatto* diretto ed immediato con il finalismo rieducativo⁴⁴, senz’altro ostacolato da sanzioni che rompono manifestamente il normale equilibrio fra gravità dell’illecito e *quantum* e *quomodo* della risposta sanzionatoria.

Ulteriormente – e come già accennato – il vaglio di proporzione rispetto alle confische dei proventi pare liberarsi definitivamente da alcune difficoltà che continuano ordinariamente ad affliggerlo soprattutto con riferimento alla fase della nuova individuazione di una cornice edittale *non manifestamente sproporzionata*, rispetto alla quale – è ben noto – più facile è invadere lo spazio di discrezionalità riservato al legislatore nelle scelte di politica criminale.

A ben vedere, nonostante un giudizio di proporzione possa senz’altro essere formulato indipendentemente dalla predilezione per un’idea di scopo della sanzione – considerando esclusivamente il grado di afflittività voluta o, comunque, implicata –, il ruolo del Giudice costituzionale è senz’altro semplificato laddove la proporzione della sanzione venga apprezzata valorizzandone la particolare *funzione*⁴⁵. In effetti, inquadrato in una corretta prospettiva di scopo, il sindacato di proporzionalità può più agevolmente liberarsi dalle briglie comparative del *tertium*, essendo l’indefettibile discrezionalità della valutazione comunque ancorata ad una funzione previamente individuata e

⁴² Da ultimo ribadito in Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2023, n. 4145.

⁴³ In effetti, significative perplessità sulla natura autenticamente preventiva della confisca “generale” *ex art.* 240 c.p. – astrattamente coerente con la qualificazione giuridica datane dal legislatore del codice come misura di sicurezza patrimoniale – sono emerse in dottrina in considerazione, tra le altre, della difficoltà di formulare un giudizio di pericolosità rispetto al bene confiscabile dalla durata perpetua e dell’applicabilità della misura anche in caso di concessione della sospensione condizionale. Cfr., sul punto, A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, pp. 45 ss.; G. GRASSO, *art. 240 c.p.*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2011, III, pp. 606 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 167.

⁴⁴ Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *L’illegittimità costituzionale della legge penale*, cit., 12.

⁴⁵ In argomento, cfr. Cfr. F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni*, cit., pp. 6 ss.; M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, Giappichelli, 2020, pp. 26 ss. Ma sul punto v. già le riflessioni di L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, Morcelliana, 1989, pp. 145 ss.

l'apparato argomentativo *blindato* da una maggiore "coazione alla razionalità" (*Zwang zur Rationalität*), in ragione della migliore "giustificabilità" e, a monte, della più agevole controllabilità critica della scelta⁴⁶.

In questo orizzonte concettuale, le confische dei proventi mostrano senz'altro una più accentuata teleologia "identitaria", coincidente sostanzialmente con il recupero dei vantaggi generati dall'illecito ed il ripristino della situazione economica antecedente lo stesso. L'apprezzamento della generale – e a tratti comune – vocazione ripristinatoria, allora, permette di impostare più agevolmente il giudizio di proporzione, censurando quei soli elementi della fattispecie che, permettendo un'estensione dell'ablazione che trascende manifestamente il recupero dei soli vantaggi indebitamente locupletati, finiscono per incrinare sistematicamente l'equilibrio fra gravità dell'illecito e reazione sanzionatoria.

Il compito della Corte, tra l'altro, è significativamente favorito dalla possibilità di riportare la fattispecie in un clima di compatibilità con il principio di proporzione sanzionatoria senza necessità di individuare una nuova – e costituzionalmente adeguata – cornice edittale. In questi casi, difatti, l'equilibrio punitivo può essere restaurato focalizzando la dichiarazione di incostituzionalità su singoli elementi normativi della fattispecie – i beni utilizzati per commettere il reato – la cui elisione permette agevolmente di superare la sistematica disarmonia sanzionatoria.

Alla luce delle considerazioni che precedono, allora, la questione di costituzionalità pare già instradata verso un esito di accoglimento che permetterebbe – sulla scia dell'insegnamento di Corte costituzionale n. 112 del 2019 – di rimuovere dall'oggetto della confisca i soli beni utilizzati per commettere il reato, considerato che – come già accennato – in materia di abusi di mercato questi ultimi lungi dal potere essere identificati nei tradizionali *instrumenta sceleris*, coincidono con le ingenti somme di denaro movimentate per l'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, di gran lunga superiori – di regola – rispetto al profitto effettivamente ricavato dal reo⁴⁷.

4. *Overlapping protection*, doppia pregiudizialità e ruolo del giudice comune.

La Corte costituzionale si trova, ormai da tempo, ad operare all'interno di un *ordinamento multilivello*, impegnata nel confronto costante con le Corti sovranazionali – sempre maggiormente attive nel ruolo di giudici dei diritti e nella tutela di materie *latu sensu* costituzionali⁴⁸ – e, di riflesso, con i giudici comuni, il cui protagonismo

⁴⁶ Sul tema – ancorché in relazione al diverso principio di proporzionalità dell'ingerenza statale nel godimento di un diritto fondamentale – cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 244; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., p. 235; E. HILGENDORF, *Strafrechtspolitik und Strafrechtsverteidigung*, in E. HILGENDORF- H. KUDLICH- B. VALERIUS (a cura di), *Handbuch des Strafrechts. Band I: Grundlagen des Strafrechts*, C.F. Müller, 2019, p. 810.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, E. AMATI, *La confisca negli abusi di mercato*, cit., pp. 1 ss.

⁴⁸ Sul punto, anche in relazione alle ragioni del maggiore interventismo della Corte costituzionale, cfr. le riflessioni di M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*,

ermeneutico è stato sollecitato proprio dal “nuovo” ruolo istituzionale riconosciutogli dalle Corti europee, in particolare – è ben noto – dalla Corte di giustizia⁴⁹.

Nell’ambito di un processo di progressiva *ascesa* dello standard di tutela dei diritti fondamentali, in effetti, situazioni ricorrenti di *overlapping protection* e di *doppia pregiudizialità* hanno imposto un progressivo ripensamento del ruolo “monologico” del Giudice delle leggi, sollecitando l’abbandono di approcci “autarchici” nella tutela dei diritti fondamentali e l’apertura verso un costante *dialogo* con gli altri organi giurisdizionali – quasi una *nomofilachia integrata*, mediante l’osmosi fra parametri nazionali e parametri europei⁵⁰ –, illuminato dall’autorevolezza del proprio operato e dalla forza argomentativa delle proprie decisioni⁵¹.

In materia di proporzionalità sanzionatoria, in particolare, significative spinte propulsive sono emerse dalla recente – e a tratti sorprendente⁵² – evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia che – con un manifesto *overruling* rispetto alla composizione di interessi raggiunta in CGUE, 4 ottobre 2018, C-384/17, *Link Logistic N&N* – nella decisione CGUE, 8 marzo 2022, C-250/20, *NE* ha riconosciuto il carattere incondizionato dell’obbligo di prevedere pene proporzionate, il suo effetto diretto e, conseguentemente, la possibilità per le autorità amministrative e per i giudici nazionali di disapplicare il diritto interno in contrasto con tale obbligo, limitata a quei profili di disciplina che impediscono l’irrogazione di una sanzione proporzionata⁵³.

Una soluzione a tratti rivoluzionaria che se da un lato indubbiamente concorre ad innalzare lo standard di tutela del diritto fondamentale a non subire pene sproporzionate⁵⁴, dall’altro non pochi problemi pone al cospetto del principio di legalità dei reati e delle pene, della certezza del diritto e della parità di trattamento. Profili

2019, p. 663.

⁴⁹ Da ultimo, sul punto, cfr. N. RECCHIA, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in materia penale ovvero della doppia pregiudizialità in action*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, pp. 1440 ss. In argomento – in relazione alle ragioni del progressivo incremento dei rinvii pregiudiziali in materia penale – cfr. le osservazioni di A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale*, cit., pp. 176 ss.

⁵⁰ In questi termini, A. BARBERA, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale Professore Augusto Antonio Barbera*, in *federalismi.it*, 20 marzo 2024, p. 9.

⁵¹ In argomento, cfr. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 489; N. RECCHIA, *La proporzionalità sanzionatoria*, cit., p. 893. Tra l’altro, è stato osservato come, nell’ambito dei più recenti rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale alla Corte di giustizia, il Giudice costituzionale italiano appaia interessato soprattutto a giocare un ruolo *co-protagonistico* e *dialogico* nella definizione del contenuto dei diritti fondamentali europei, offrendo «il proprio bagaglio di esperienza ed originalità alla tessitura delle “tradizioni costituzionali comuni”», anziché alla mera difesa oltranzista degli standard italiani di tutela dei diritti fondamentali rispetto a quelli europei. In questi termini, N. RECCHIA, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, cit., p. 1462.

⁵² In dottrina, in effetti, erano emersi significativi dubbi in ordine alla circostanza che la Corte di giustizia potesse giocare un ruolo significativo in materia di proporzionalità sanzionatoria rispetto al diritto nazionale derivato. Sul tema, v., ad esempio, C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena*, cit., pp. 119 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il primato del diritto dell’Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 35.

⁵³ CGUE, *NE*, cit., § 39 ss.

⁵⁴ Sulla dimensione costituzionale del diritto fondamentale a non subire pene sproporzionate cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 224 ss.

evidentemente non ignoti al giudice europeo che, purtuttavia, nel valorizzare il mero *volet* individual-garantistico di tali principi, ha di norma buon gioco nel ribadire l'assoluta liceità della manovra disapplicativa, tesa, in ogni caso, a ridurre la sanzione concretamente irrogata al consociato e, dunque, proiettata in una dimensione esclusivamente *in bonam partem*⁵⁵.

Non sfugge, però, che un'impostazione metodologica siffatta – da sempre affine al *modus operandi* delle Corti sovranazionali – finisce inevitabilmente per relegare in una condizione di subalternità il *versante ordinamentale* – e la valenza politica – del principio di legalità in materia penale, come norma fondamentale sul riparto della potestà normativa tra legislatore e giudice⁵⁶. Una diversa prospettiva che non può essere ignorata dal Giudice costituzionale, in quel percorso di progressivo ri-accentramento del sindacato sulla tutela dei diritti fondamentali che ha inaugurato una nuova “stagione” del controllo di costituzionalità⁵⁷, orientata a riaffermare la centralità del Giudice delle leggi tanto in una prospettiva istituzionale, nella concorrenza con le spinte centrifughe della giurisprudenza europea, quanto sul versante *ordinamentale*, mediante l'adozione di soluzioni che garantiscano effetti *erga omnes* e, pertanto, sterilizzino sul nascere diversità di trattamento e distonie sistemiche.

In questo orizzonte concettuale si inserisce anche l'ordinanza in commento che, nell'evidenziare diffusamente la concorrenza di rimedi giurisdizionali potenzialmente attivabili, preferisce percorrere la strada dell'incidente di costituzionalità, valorizzando le acquisizioni sedimentate nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁸ in forza delle quali – fermo restando il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione ai sensi

⁵⁵ CGUE, *NE*, cit., § 45 ss. In questa direzione anche P.F. BRESCIANI, *Contro le pene eccessive*, cit., pp. 638 ss., ma sul punto v. anche i rilievi di N. RECCHIA, *La proporzionalità sanzionatoria*, cit., p. 891.

⁵⁶ Analogamente sul punto N. RECCHIA, *ibidem*.

⁵⁷ Su tale stagione cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, BUP, 2020, pp. 23 ss. In argomento, cfr. anche i rilievi di A. GUAZZAROTTI, *Le contropunte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, 2020, pp. 78 ss.

⁵⁸ Si veda, per tutti, Corte costituzionale ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24. Per vari commenti della decisione, cfr. M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in *Diritti fondamentali*, 2017, pp. 1 ss.; M. BASSINI – O. POLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, 28 gennaio 2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2017, pp. 199 ss.; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus*, 29 gennaio 2017; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum Quad. Cost.*, pp. 1 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre messo, dà scacco a “Taricco”. Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017; C. SOTIS, *Tra Antingone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017; D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte Cost. n. 24/2017*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4, 2017, pp. 108 ss.; R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Rivista AIC*, 21 aprile 2017; R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Forum Quad. Cost.*, 13 novembre 2017.

dell'art. 11 della Costituzione – il principio di legalità, anche nella sua proiezione *politica* e *ordinamentale*, si colloca tra i principi supremi dell'ordine costituzionale, sul cui presidio è vigile il sindacato del Giudice delle leggi. In altri termini, le esigenze di legalità della pena, certezza del diritto e, più in particolare, di predeterminazione dei criteri orientativi ai quali il giudice comune deve attenersi per apprezzare l'esistenza di un'eventuale disarmonia punitiva, inducono la Corte di Cassazione a preferire l'itinerario della *quaestio legitimitatis*, escludendo la possibilità di operare un'applicazione prevedibile negli esiti – e pienamente rispettosa della separazione fra i poteri – del principio di proporzionalità sanzionatoria, perlomeno qualora, come nel caso di specie, tale soluzione possa condurre a disapplicare in concreto una misura che il legislatore prevede come obbligatoria, senza lasciare al giudice alcuno spazio di graduazione.

Del pari, la preferenza accordata all'incidente di costituzionalità rispetto all'itinerario di un possibile rinvio pregiudiziale⁵⁹ risulta motivata aderendo alla nota soluzione elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017 – e da allora progressivamente raffinata e in parte smorzata negli esiti⁶⁰ –, di dare preferenza, in caso di "doppio contrasto", alla questione di legittimità costituzionale e al conseguente giudizio *erga omnes* condotto «alla luce dei parametri interni (*ex* artt. 11 e 117 Cost.) ed eventualmente di quelli europei, secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla [...] Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni»⁶¹. Del resto, un successivo *dialogo* con la Corte di giustizia potrà sempre essere attivato dal Giudice costituzionale, in grado, tra l'altro, di rappresentare al massimo livello di autorevolezza istituzionale e argomentativa le istanze provenienti dai giudici comuni, agendo quale «miglior possibile veicolo di senso per la tradizione giuridica e per i principi costituzionali dell'ordinamento nazionale nel dibattito sovranazionale»⁶².

⁵⁹ Sul tema della doppia pregiudizialità esaminata dalla precipua prospettiva penalistica cfr. quantomeno, in una vasta letteratura, S. MANACORDA, *'Doppia pregiudizialità' e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 573 ss. e ptc. pp. 600 ss.; V. MANES – V. NAPOLEONI, *op. cit.*, pp. 26 ss.

⁶⁰ Cfr. Corte costituzionale 21 febbraio 2019, n. 20; Corte Costituzionale 21 marzo 2019, n. 63; Corte costituzionale 29 marzo 2021, n. 49; Corte costituzionale 30 luglio 2021, n. 182; Corte costituzionale 4 marzo 2022, n. 54; Corte costituzionale 16 giugno 2022, n. 149; Corte costituzionale ord. 10 maggio 2019, n. 117; Corte costituzionale ord. 30 luglio 2020, n. 182; Corte costituzionale ord. 18 novembre 2021, n. 216; Corte costituzionale ord. 18 novembre 2021, n. 217.

⁶¹ Cfr. Corte costituzionale sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, § 5.2.

⁶² Così, N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria*, cit., p. 893. A ben vedere, proprio l'utilizzo sempre più frequente del rinvio pregiudiziale da parte dello stesso Giudice costituzionale pare strumentale ad accrescere nel giudice comune la fiducia in ordine alla bontà di rivolgersi al Giudice delle leggi per tutte le questioni che coinvolgono la tutela multilivello dei diritti fondamentali, attesa la capacità di quest'ultimo di portare dinanzi alla Corte di giustizia le ragioni dell'ordinamento italiano e della tradizione costituzionale italiana con il massimo grado di perizia argomentativa e di autorevolezza istituzionale. In questi termini, N. RECCHIA, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, cit., 1460; ma sul punto v. anche le osservazioni di C. AMALFITANO – M. ARANCI, [Mandato di arresto europeo e nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia](#), in questa *Rivista*, 25 gennaio 2022.

Una scelta che – nel complesso – si lascia senz’altro preferire, se non altro al fine di assicurare una maggiore eguaglianza e certezza di soluzioni in ordine alla penetrazione della norma europea nell’ordinamento interno⁶³, evitando, al contempo, composizioni di interessi estemporanee e a macchia di leopardo, rimesse alla mera discrezionalità del singolo giudice, inevitabilmente foriere di una *caoticità applicativa* che non pare giustificabile alla luce del solo orientamento *in bonam partem* della soluzione opzionata⁶⁴.

5. Passione punitiva e funzione di garanzia dei *gatekeepers* istituzionali.

Il lungo percorso di progressiva *ascensione* del principio di proporzionalità sanzionatoria ha nell’ultimo periodo conosciuto diversi slanci di decisiva importanza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, assurgendo sempre maggiormente al ruolo di *topos* privilegiato per vagliare la legittimità costituzionale delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore.

In questo itinerario si inserisce, da ultimo, anche la sentenza n. 46 del 2024 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 646, primo comma, c.p., come modificato dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui prevedeva la pena minima di due anni di reclusione per il delitto di appropriazione indebita. Un innalzamento del minimo edittale – in contrasto con il dato di comune esperienza dell’eterogeneità di condotte dotate di disvalore assai differenziato potenzialmente abbracciate dalla fattispecie incriminatrice – che la Corte ha ritenuto sprovvisto di qualsiasi plausibile giustificazione e, già solo per questa ragione, costituzionalmente illegittimo. Nonostante il legislatore goda di ampia discrezionalità «nella definizione della propria politica criminale, e in particolare nella determinazione delle pene applicabili a chi abbia commesso reati, così come nella stessa selezione delle condotte costitutive di reato»⁶⁵ – rammenta la Corte – tale «discrezionalità non equivale ad arbitrio. Qualsiasi legge dalla quale discendano compressioni dei diritti fondamentali della persona deve potersi razionalmente giustificare in relazione a una o più finalità legittime perseguite dal legislatore; e i mezzi prescelti dal legislatore non devono risultare manifestamente sproporzionati rispetto a

⁶³ Sul punto v. F. PALAZZO, *L’illegittimità costituzionale della legge penale*, cit., p. 6. Nonostante una soluzione siffatta rischi di allungare i tempi di decisione legati all’intervento della Corte costituzionale, non è possibile negare i numerosi vantaggi – specialmente in materia penale – derivanti da questo schema, anche in relazione ad un maggiore presidio dei diritti e delle garanzie fondamentali. Sul punto cfr. V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, 2020, 21; A. BARBERA, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit., pp. 8 ss. Favorevoli ad un’impostazione di questo tipo, *ex multis*, anche N. RECCHIA, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, cit., pp. 1460 ss.; E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Giappichelli, 2022, p. 73; A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 189; B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Dir. comp.*, 5 luglio 2021.

⁶⁴ In argomento, cfr. le osservazioni di M. PELISSERO, *op. cit.*, pp. 1371 ss.

⁶⁵ Cfr. Corte costituzionale 22 marzo 2024, n. 46, § 3.1.

quelle pur legittime finalità»⁶⁶. Il controllo sul rispetto di detti limiti spetta, appunto, alla Corte costituzionale che – prosegue ancora la sentenza – «è tenuta ad esercitarlo con tanta maggiore attenzione, quanto più la legge incida sui diritti fondamentali della persona. Il che paradigmaticamente accade rispetto alle leggi penali, che sono sempre suscettibili di incidere, oltre che su vari altri diritti fondamentali, sulla libertà personale dei loro destinatari»⁶⁷.

Considerazioni non dissimili paiono valere anche quando – come nel caso di specie – in gioco non vi sia la sola libertà personale – già compressa dal severo apparato detentivo previsto per le fattispecie di aggravi e ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza – ma anche il patrimonio, inteso non solo nella sua dimensione *minimale* e *statica*, di complesso di beni a disposizione dell'individuo, ma, prima e più in alto, nella sua proiezione *personologica* e *dinamica*, quale insieme dei rapporti suscettibili di valutazione economica funzionali alla piena realizzazione esistenziale della persona.

La recente ordinanza del Giudice di legittimità, allora, offre alla Corte la possibilità di avanzare ulteriormente nel virtuoso percorso di *consolidamento ermeneutico* delle capacità performative del principio di proporzionalità sanzionatoria che, liberato dai vincoli schematici di un inquadramento rigidamente triadico, pare permettere al meglio un sindacato vigile e penetrante sulle scelte punitive *intrinsecamente* e *manifestamente* irragionevoli.

Nella consapevolezza che in una stagione oramai tristemente nota di populismo penale⁶⁸ e di passione punitiva⁶⁹ – anche rispetto al patrimonio, la cui capacità di

⁶⁶ Corte costituzionale 22 marzo 2024, n. 46, *ibidem*.

⁶⁷ Corte costituzionale 22 marzo 2024, n. 46, *ibidem*.

⁶⁸ In argomento cfr., in una letteratura oramai vastissima, E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020; ID., *L'utopia della decenza. La giustizia penale ai tempi del populismo*, in *disCrimen*, 16 aprile 2020; ID., *Giustizia penale e immagine del potere. Lo "Stato nascente" delle ideologie penalistiche autoritarie*, in R. ACQUAROLI- E. FRONZA- A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Aracne, 2021, pp. 21 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *disCrimen*, 2 settembre 2018; D. PULITANO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 2 settembre 2018; M. DONINI, [Populismo penale e ruolo del giurista](#), in questa *Rivista*, 7 settembre 2020; R. CORNELLI, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4, 2019, pp. 128 ss.; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli Editore, 2019 e, da ultimi e con diversità di accenti, G. FORNASARI, *"Right to punishment" e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023; G. FIANDACA, *Punizione*, Il Mulino, 2024; L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Editori Laterza, 2024.

⁶⁹ Ben indagata dall'opera di D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018. Una "passione" dovuta anche ad una sempre maggiore trasformazione ad opera dei media della giustizia penale in spettacolo, quasi un rituale di degradazione morale dell'individuo sacrificato sull'altare dei bisogni emotivi di punizione, strumentalmente fomentati dal circuito mediatico. In argomento, *funditus*, cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il Mulino, 2022 e, già prima, D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Il circo mediatico-giudiziario*, Liberilibri, 1994. Ma sul punto – in una prospettiva attenta agli effetti perversi che i media hanno nella costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni complesse – v. anche le riflessioni di M. CATINO, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Il Mulino, 2022, ptc. pp. 54 ss.

orientamento delle scelte di politica criminale è oggi talmente rilevante da aver spinto la dottrina a parlare di un'*età dei proventi* (*the age of proceeds*)⁷⁰ –, il necessario spazio contro-maggioritario di verifica delle scelte sanzionatorie non può rimanere completamente disarmato, ma, al contrario, necessita di *gatekeepers* istituzionali sempre maggiormente sensibili alle ragioni di valore sottese alla tutela delle garanzie individuali e dei diritti fondamentali della persona.

⁷⁰ M. GALLANT, *Money Laundering, Criminal Assets and the 1998 Proposed Reforms*, in *Journal of Financial Crime*, 1999, 6, p. 323. In argomento, v. anche le considerazioni di V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale*, cit., pp. 1259 ss.

ABUSO D'UFFICIO, NUOVO CODICE DEGLI APPALTI E INNALZAMENTO DELLA SOGLIA PER GLI AFFIDAMENTI DIRETTI: ABOLITIO CRIMINIS?

*Note critiche a margine di Cass. Sez. VI, 7 marzo 2024 (dep. 19 aprile 2024), n. 16659,
Pres. De Amicis, Rel. Di Giovine, ric. D.*

di Gian Luigi Gatta

1. Mentre alla Camera, in seconda lettura, sta per essere approvata su iniziativa del Governo una legge che abroga l'art. 323 c.p. ([d.d.l. n. 1718](#)), la Corte di cassazione, con una sentenza della Sezione VI segnalata dal servizio novità e dal Massimario (Rv 286303), ha ritenuto (già) sussistente una (parziale) *abolitio criminis* per effetto della modifica della disciplina extrapenale relativa agli appalti c.d. sotto soglia, realizzata nel 2023 dal nuovo Codice degli appalti. La sentenza presenta interesse per almeno due profili.

Per un verso, perché dimostra – se mai ve ne fosse bisogno – che i procedimenti per abuso d'ufficio non si concludono sempre con delle archiviazioni e che esistono ancora condanne che giungono fino in Cassazione, nel caso di specie dopo una doppia conforme. L'abuso d'ufficio è, insomma, ancora vivo: moribondo per volontà legislativa, ma vivo. Sta al Parlamento la responsabilità politica di staccare la spina, determinando vuoti di tutela penale in rapporto a fatti come quello oggetto della sentenza qui annotata.

Per altro verso, la sentenza della VI Sezione affronta un interessante caso di c.d. modificazioni mediate della fattispecie penale (o successione di norme "integratrici"), risolvendolo – a nostro avviso non correttamente – nel senso dell'intervenuta *abolitio criminis*: una scelta politico-criminale che il Parlamento sta compiendo e che non vi è ragione di anticipare per via giurisprudenziale.

2. Questo il fatto. L'amministratore di una società di capitali interamente partecipata dalla ASL di Bari, alla quale fornisce personale per il 118 e per le pulizie, viene condannato in primo e in secondo grado per abuso d'ufficio. Gli si contesta, in quanto pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, di avere intenzionalmente procurato ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, con correlato danno per la p.a., stipulando con un avvocato un contratto per l'affidamento di servizi legali (recupero crediti e altro) senza ricorrere a una procedura ad evidenza pubblica. L'abuso è stato in particolare realizzato violando l'art. 36 del d.gs. 18 aprile 2016, n. 50 (vecchio codice degli appalti) che all'epoca del fatto, nel 2017, imponeva di ricorrere alla procedura ad evidenza pubblica, anziché all'affidamento diretto, in caso di appalto di servizi di valore superiore a 40.000 euro. Il valore del contratto, nel caso di specie, è infatti pari a 112.000 euro. La configurabilità dell'abuso d'ufficio, ritenuta nei due precedenti gradi di

giudizio, viene confermata anche dalla Cassazione, finanche alla stregua della più circoscritta (ri)formulazione dell'art. 323 c.p. risultante dal d.l. n. 76/2020. Senonché lo *ius superveniens* avrebbe fatto venir meno la rilevanza penale del fatto.

3. Ecco il problema di diritto: dopo la commissione del fatto sono intervenute modifiche normative che hanno alzato la soglia al di sotto della quale le amministrazioni pubbliche possono affidare appalti di servizi senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica. Dapprima, durante l'emergenza pandemica, il c.d. Decreto semplificazioni (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), con una disciplina temporanea aveva consentito l'affidamento diretto per i servizi e le forniture entro l'importo di 139.000 euro. Ora, il nuovo Codice degli appalti (art. 50 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) ha recepito l'innalzamento della soglia a regime portandola a 140.000 euro.

La Cassazione si domanda se queste modifiche normative, relative a disposizioni extrapenali, possano comportare una parziale *abolitio criminis* in rapporto ai fatti di abuso d'ufficio antecedentemente commessi e relativi ad appalti che risultano oggi sotto soglia.

4. Il problema è correttamente rilevato e impostato dalla sentenza annotata, che ribadisce un principio ormai consolidato in giurisprudenza, dopo [plurimi interventi delle Sezioni Unite della Cassazione](#): in ipotesi di successione di norme extrapenali, occorre distinguere tra norme integratrici e non integratrici, potendo l'*abolitio criminis* essere affermata solo a fronte della modifica di norme realmente integratrici della fattispecie legale. Richiamando la sentenza Magera del 2007 (Cass. S.U. 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, Rv 238197, rel. Lattanzi), la Cassazione ricorda come l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali vada operata facendo riferimento non al fatto concreto ma alla fattispecie astratta (c.d. criterio strutturale), considerando se la modifica della norma extrapenale abbia mutato la fisionomia della fattispecie descritta dalla norma incriminatrice (nel nostro caso, quella di cui all'art. 323 c.p.) che, formalmente è rimasta immutata. Tale verifica, condotta al metro di un *criterio formale*, non è peraltro insensibile a una correlata *valutazione sostanziale*, dovendo il giudice valutare se la modifica normativa si riflette sull'offensività del reato, facendo venir meno il giudizio di disvalore penale del tipo di fatto commesso.

Nell'applicare il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, la sentenza annotata riconosce – a ragione – come sia difficile distinguere le norme extrapenali integratrici da quelle che “incidono solo su presupposti fattuali, senza attingere al disvalore del fatto”. Il criterio recepito dalla sentenza Magera e, prima ancora, proposto da una parte della dottrina¹, individua quali norme realmente integratrici le norme definitorie e le norme che riempiono il precetto di norme penali in tutto o in parte in

¹ Cfr., per tutti, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2008; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Giuffrè, 2004, art. 2, p. 57 s.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Giuffrè Francis & Taylor, 2023, p. 152 s.

bianco. La modifica di tali norme muta la fisionomia e la descrizione legale della fattispecie penale, comportando l'applicabilità dell'art. 2 c.p. Non altrettanto deve dirsi, sempre secondo la sentenza Magera, quando la modifica interessi norme extrapenali richiamate da elementi normativi della fattispecie penale², cioè da concetti/parole che, pur facendo riferimento a norme giuridiche (es., cosa mobile 'altrui') o extragiuridiche (es., 'comune sentimento del pudore'), conservano una propria autonomia di significato (ad es., cosa altrui = cosa di proprietà di altri, sulla base delle norme sui modi di acquisto della proprietà, *quali che siano*).

La sentenza annotata richiama un passaggio della sentenza Magera che "in un *obiter dictum*...esclude esemplificativamente il fenomeno della successione proprio in relazione all'art. 323 c.p., sebbene in un caso inverso a quello in oggetto, e cioè quando il fatto fosse stato commesso in vigenza di leggi extrapenali alla cui stregua era in origine lecito, e successivamente mutate".

5. Pur avendo individuato nella giurisprudenza delle Sezioni Unite il criterio per risolvere proprio il caso sottoposto al suo esame – escludendo l'applicabilità dell'art. 2 c.p.: del primo come anche, coerentemente, del secondo comma – la sentenza annotata giunge a una soluzione diversa ed opposta, ravvisando un'intervenuta *abolitio criminis*. Lo fa dopo aver qualificato l'abuso d'ufficio come una "norma penale prevalentemente in bianco", nella quale "la condotta può essere identificata soltanto mediante il riferimento alla violazione di leggi concernenti il comparto della pubblica amministrazione, sicché la legge extrapenale finisce con il riempire di senso il precetto penale. Ne consegue" – conclude la sentenza annotata - "che la modificazione della legge la cui violazione è richiesta dal tipo legale dell'abuso d'ufficio reagisce immediatamente sul giudizio di disvalore espresso mediante la posizione della fattispecie: nella vicenda concreta, facendolo venire meno". Di qui l'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna impugnata "perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato", con revoca delle statuizioni civili.

Secondo la sentenza annotata, in particolare, sarebbe decisiva la recente modifica del Codice degli appalti, non anche l'innalzamento della soglia per gli affidamenti diretti realizzata durante l'emergenza pandemica del Decreto semplificazioni. In quel caso la modifica della norma extrapenale (ritenuta) integratrice sarebbe infatti riconducibile alla disciplina dell'art. 2, co. 5 c.p. (in quante legge eccezionale/temporanea) e non avrebbe dunque effetto retroattivo.

6. Il presupposto della soluzione accolta dalla sentenza annotata è, dunque, la qualificazione dell'abuso d'ufficio come norma penale (parzialmente) in bianco.

² Cfr. per tutti, anche con riferimento al problema della successione di norme richiamate da elementi normativi, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale: profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004. Nella letteratura italiana, tra le opere monografiche, v. anche D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Giappichelli, Torino, 2006.

Si tratta, a nostro avviso, di una qualificazione non corretta perché confonde le norme di riempimento di norme penali in bianco – esse sì vere e proprie norme integratrici della fattispecie – con le norme richiamate da elementi/concetti normativi – che, invece, non sono norme integratrici. L’espressione “norme di legge o di regolamento” – come anche, dopo il 2020, l’espressione “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità” – costituisce infatti un elemento normativo della fattispecie di abuso d’ufficio.

Ci sia consentito richiamare qui quanto, in un lavoro monografico del 2008 sulla successione di norme integratrici³, scrivevamo a proposito della differenza tra norme penali in bianco e norme penali descritte attraverso elementi normativi, prendendo ad esempio proprio l’abuso d’ufficio: “la norma incriminatrice dell’abuso d’ufficio è...ben lungi dall’essere anche solo ‘parzialmente in bianco’. La figura astratta del reato è compiutamente descritta in tutti i suoi elementi: anche in quello della violazione di «norme di legge o di regolamento». Con questa espressione, che costituisce un elemento normativo, il legislatore ha limitato la rilevanza penale delle condotte di abuso d’ufficio a quelle che siano state poste in essere violando una qualsiasi norma di legge o una qualsiasi norma di regolamento. I concetti di «legge» e di «regolamento» hanno un significato autonomo dal contenuto di questa legge o di quel regolamento che, pertanto, non concorrono a descrivere la figura astratta del reato. Quei concetti normativi sono del tutto equivalenti, dal punto di vista strutturale, al concetto normativo di «reato», che figura, ad esempio, nella norma incriminatrice della calunnia: una norma che nessuno ci sembra che ritenga parzialmente ‘in bianco’”. E da sempre giurisprudenza e dottrina concordano nel ritenere che la sopravvenuta abolizione del delitto oggetto di falsa incolpazione non comporta una *abolitio* del delitto di calunnia⁴.

La soluzione contraria all’*abolitio criminis* è d’altra parte a nostro avviso argomentabile non solo attraverso un criterio strutturale, ma anche sul piano sostanziale. L’offesa ai beni tutelati dall’art. 323 c.p. si realizza nel momento consumativo del reato e non viene posta nel nulla da questa o quella modifica delle innumerevoli disposizioni del diritto amministrativo la cui violazione può integrare un abuso da parte del pubblico funzionario. L’innalzamento della soglia per gli affidamenti diretti nei contratti pubblici non esprime un mutato giudizio relativo al disvalore penale dell’abuso commesso *prima* dell’innalzamento della soglia stessa.

7. La giurisprudenza della Cassazione è d’altra parte costante nel ritenere che la modifica delle disposizioni di diritto amministrativo che regolano l’attività della p.a. non comporti una *abolitio criminis* in relazione ai fatti abuso d’ufficio antecedentemente commessi violando quelle disposizioni.

Chiarissima è la seguente massima di una sentenza della Sezione VI del 2003⁵: “nell’abuso di ufficio connesso a una violazione di legge, questa si pone come mero

³ G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 82.

⁴ Cfr., volendo, G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”*, cit., p. 403 s.

⁵ Cass. Sez. VI, 15 gennaio 2003, n. 10656, Villani, Rv. 244017. V. anche, sempre in tema di abuso d’ufficio,

presupposto di fatto per l'integrazione del delitto, e lo specifico contenuto della regola violata non si incorpora nella norma penale e non va ad integrare la relativa fattispecie. Ne consegue che la sussistenza di tale requisito di fatto deve essere ricercata nel momento stesso del reato e la valutazione del giudice non può che essere rapportata al contenuto che quella regola possedeva al tempo in cui il reato fu commesso, con l'effetto ulteriore che, in caso di modificazione successiva di tale regola, non trova applicazione l'art. 2 c.p., in quanto la nuova legge di riferimento non introduce alcuna differente valutazione in relazione alla fattispecie legale astratta disegnata dalla norma incriminatrice e al suo significato di disvalore (rimanendo immutato il presupposto della "violazione di legge"), ma modifica una disposizione extrapenale che si limita ad influire, nel caso singolo, sulla concreta applicazione futura della stessa norma incriminatrice, nel senso che la sussistenza del requisito della "violazione di legge" va verificata alla luce della nuova regola".

Analogo principio di diritto fu d'altra parte applicato dalla Sesta Sezione della Cassazione, nel 2005⁶, per risolvere un caso molto simile a quello oggetto della sentenza annotata: il direttore generale e il direttore amministrativo di una U.S.L. erano chiamati a rispondere del delitto di abuso d'ufficio per avere adottato delibere di conferimento di incarichi esterni in violazione di norme di legge statali e regionali, procurando così al soggetto incaricato un ingiusto vantaggio patrimoniale. Ricorrendo per cassazione, la difesa deduceva da un lato l'insussistenza o comunque l'irrilevanza delle violazioni delle norme di legge statale e, dall'altro, per quanto qui interessa, la sopravvenuta abrogazione delle norme di legge regionale. Una successiva legge regionale, infatti, abrogando le precedenti disposizioni, aveva assoggettato l'attività contrattuale dell'amministrazione sanitaria, per importi, come nel caso di specie, non superiori a una certa entità, al regime delle spese in economia, sottraendola quindi ai requisiti e presupposti, sostanziali e procedurali, precedentemente richiesti e non ottemperati dagli imputati. Orbene, la Sesta Sezione esclude l'*abolitio criminis* affermando che "è irrilevante il mutamento delle norme violate in epoca successiva alla condotta e all'attribuzione del vantaggio ingiusto; e ciò in quanto l'esistenza della legge violata viene in considerazione ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p. come semplice presupposto di fatto, su cui non influisce pertanto l'abrogazione sopravvenuta, e non già come elemento strutturale della norma incriminatrice, soggetto all'applicazione dell'art. 2 co. 2 c.p.".

Sulla scia del consolidato orientamento di legittimità si è di recente posta, d'altra parte, una condivisibile pronuncia della Sezione VII della Cassazione⁷, anch'essa relativa alla sopravvenuta modifica del Codice degli appalti. La pronuncia è così massimata: "nell'abuso di ufficio la violazione di legge rappresenta un presupposto di fatto che non integra il delitto, con la conseguenza che tale requisito deve essere valutato con riferimento al tempo in cui il fatto è stato commesso, ed è irrilevante ex art. 2 c.p. la modifica sopravvenuta della disposizione di legge. (Fattispecie in cui l'imputato nella

Cass. Sez. II, 2 dicembre 2003, n. 4296, Stellaccio, Rv. 228152; Cass. Sez. II, 16 aprile 2004, n. 20647, Amenta, Rv. 229530; Cass. Sez. VI, 13 febbraio 2006, Guglielmi, in *Guida dir.* 2006, n. 33, p. 78.

⁶ Cass. Sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149, Fabbri, Rv. 231342.

⁷ Cass. Sez. VII, ord. 7 dicembre 2023, n. 3544, C., Rv. 285864.

qualità di segretario comunale ha violato la procedura di affidamento diretto di un servizio pubblico mediante l'artificioso frazionamento del valore delle prestazioni di servizi in importi inferiori alla somma di 40.000 euro, successivamente elevata a 150.000 euro ex art. 50, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)".

È vero che la qualifica dell'abuso d'ufficio quale norma penale (parzialmente) in bianco non è inedita, nella giurisprudenza di legittimità, essendo stata in particolare prospettata in tema di errore di diritto per qualificare come inescusabile (se colpevole) errore sulla legge penale quello che ha ad oggetto le norme che regolano l'azione amministrativa⁸. Questo rilievo non giustifica, tuttavia, la soluzione adottata dalla sentenza annotata sul parallelo terreno della successione di leggi extrapenali: evidenzia bensì – a ben vedere – l'incoerenza interna agli orientamenti della Cassazione sui terreni dell'art. 2 e dell'art. 5 c.p. Terreni che sono indubbiamente diversi, ma che pongono lo stesso problema: quello di distinguere tra norme extrapenali integratrici (cui si applicano, rispettivamente, gli artt. 2 e 5 c.p.) e norme extrapenali *non* integratrici (cui non si applica l'art. 2 c.p. e può applicarsi l'art. 47, co. 3 c.p.). Coerenza vuole che la stessa norma non possa essere considerata integratrice quando si discute di errore e non integratrice quando si parla di successione di leggi.

8. Se e quando sarà approvato il disegno di legge che abroga l'art. 323 c.p., attualmente all'esame del Parlamento, il problema trattato dalla sentenza annotata e da questa nota sarà superato: fuori dai casi di *abrogatio sine abolitione* (cioè di perdurante rilevanza penale del fatto alla luce di un'altra fattispecie in rapporto di specialità, già vigente nell'ordinamento), l'*abolitio criminis* sarà l'esito di una scelta politico-criminale del legislatore, che modificherà il suo giudizio di disvalore penale in rapporto all'abuso d'ufficio. Non resta che attendere e, come è molto probabile, in caso di abrogazione dell'art. 323 c.p. consegnare la sentenza annotata all'archivio del materiale di studio del complesso problema delle modifiche mediate della fattispecie penale.

⁸ Sul tema sia consentito rinviare a G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., p. 608 s.

**ANATOMIA DI UNA CADUTA:
NE BIS IN IDEM VS PROCEDIMENTO
“EVENTUALMENTE SANZIONATORIO” NEL CASO DIESELGATE**

Consiglio di Stato, sent. 22 marzo 2024 n. 2791

di Novella Galantini

1. In un intreccio di giudizi civili, penali, amministrativi ed eurounitari, con la sentenza del Consiglio di Stato¹ sembra concludersi sfavorevolmente, salvo ricorsi straordinari, il noto caso definito dalla stampa come *Dieseldgate* che ha visto accusata a vario titolo la casa automobilistica Volkswagen (VW Group Italia - VW GI e VW AG con sede in Germania), per vendita, commercializzazione e promozione di auto sulle quali era stato installato un *software* idoneo ad alterare la rilevazione dei livelli di emissione di inquinanti².

Premesso che in ambito di *class actions* promosse da associazioni di consumatori si sono contrapposte pronunce di riconoscimento del solo danno morale o anche patrimoniale, e sul piano penale vari procedimenti hanno riguardato le condotte di soggetti apicali e non, le società si sono trovate coinvolte, oltre che sul piano risarcitorio, in ambito amministrativo³.

In sede *antitrust*, con il provvedimento dell'AGCOM del 2016 veniva irrogata in solido a VWGI e a VWAG una sanzione pecuniaria di 5 milioni di euro per aver posto in essere pratiche commerciali scorrette, ai sensi dell'articolo 20, secondo comma, dell'articolo 21, primo comma, lettera *b*), e dell'articolo 23, primo comma, lettera *d*), del codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005). L'impugnazione del provvedimento aveva sortito un esito negativo: il Tar Lazio rigettava il ricorso nel 2019 con sentenza che veniva impugnata davanti al Consiglio di Stato. Per poter pervenire alla decisione il Consiglio di Stato si era rivolto alla Corte di Giustizia alla luce del *novum* costituito da un provvedimento della Procura tedesca di Braunschweig che, già nel 2018, in corso di

¹ Consiglio di Stato 22 marzo 2024 n. 2791/2024.

² Si tratta di uno dei primi casi «in cui l'algoritmo costituisce di per sé stesso una fonte di prova, come è accaduto – ad esempio – nel cosiddetto “Dieseldgate”» (da AA.VV., *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, a cura di G. Di Paolo e L. Pressacco, che richiama F. Palmiotto, *The Black Box on Trial: The Impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, in M. Ebers, M. Cantero Gamito (a cura di), *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms. Legal and Ethical Challenges*, Cham, 2021, p. 52. L'accusa mossa nei confronti di alcuni dirigenti del gruppo *Volkswagen* era proprio quella di aver installato illegalmente negli autoveicoli un *software* progettato per aggirare le normative ambientali sulle emissioni inquinanti da gasolio.

³ Per una sintesi della vicenda prima della sentenza del Consiglio di Stato, C. BOVINO, *Dieseldgate, No alla multa dell'Antitrust italiana: viola il principio del ne bis in idem*, in *Altalex.com*, 2 ottobre 2023.

giudizio di primo grado, aveva condannato la VWAG alla sanzione di un miliardo di euro e che il “Tar non aveva ritenuto di valutare ai fini del *ne bis in idem* europeo”.

La Procura tedesca con decisione del 13 giugno 2018 aveva infatti irrogato alla VWAG una sanzione pecuniaria di 1 miliardo di euro, all’esito di un procedimento avente ad oggetto la manipolazione dei gas di scarico di taluni motori *diesel* del gruppo Volkswagen, rispetto ai quali dalle indagini era emerso che le norme in materia di emissioni erano state aggirate. La decisione precisava che una parte dell’importo, corrispondente alla somma di 5 milioni di euro, sanzionava la condotta oggetto della decisione e che il resto dell’importo era destinato a privare la VWAG dei benefici economici che aveva tratto dall’installazione del *software*. La decisione acquisiva la definitività per mancata impugnazione della società che effettuava il pagamento della sanzione. Non avendo il Tar inteso recepire gli effetti del provvedimento sul piano del *ne bis in idem*, veniva adito il Consiglio di Stato il quale, al quesito sulla sussistenza del *ne bis in idem*, decideva di rivolgersi alla Corte di giustizia con questione pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE in punto di trattamento del doppio binario sanzionatorio⁴.

Le questioni poste alla CG riguardavano in particolare: «a) se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna attuativa della direttiva 2005/29/Ce, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale; b) se l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea vada interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente di confermare in sede processuale e rendere definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona giuridica per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico in uno stato membro diverso, laddove la seconda condanna sia divenuta definitiva anteriormente al passaggio in giudicato dell’impugnativa giurisdizionale della prima sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale».

La risposta ai quesiti da parte della Corte di Giustizia (CG 14.9.2023, C-27/22)⁵ ha nel contempo offerto i criteri al Giudice del rinvio per la valutazione della natura penale dei procedimenti e delle sanzioni, richiamando l’interpretazione giurisprudenziale in punto di qualificazione giuridica dell’illecito, di natura medesima dell’illecito e di grado di severità della sanzione⁶. La Corte ha poi precisato l’applicabilità dell’art. 50 CDFUE a procedimenti e sanzioni «che debbano considerarsi come aventi natura penale», ritenendo che la sanzione di 5 milioni di euro «presenti un elevato grado di severità che può corroborare l’analisi secondo cui tale sanzione è di natura penale ai sensi dell’art.50»⁷.

⁴ Per la analitica e approfondita analisi del tema, A. TRIPODI, *Ne bis in idem e doppi binari sanzionatori*, Torino, 2022, *passim*. V., inoltre, A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell’apparato, Il doppio processo come pena*, Padova, 2022, p. 264 ss.

⁵ Per un primo commento, M. BALDARI, *La CGUE ribadisce la necessità del “coordinamento” tra i procedimenti ai fini della deroga al ne bis in idem anche per le sanzioni sostanzialmente penali* (Nota a CGUE, sentenza 14 settembre 2023, causa C-27/22), in *giustiziainsieme.it*, 10 gennaio 2024)

⁶ CG 4/5/2023, MV C-97/21.

⁷ Sulla natura sostanzialmente penale della responsabilità per violazioni delle norme sulla concorrenza, cfr. Corte EDU, sent. 27 settembre 2011, *Menarini-Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

La Corte ha ammesso inoltre che, «se è vero che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* presuppone l'esistenza di una precedente decisione definitiva, da ciò non consegue necessariamente che le decisioni successive alle quali osta detto principio possano essere solo quelle adottate dopo tale precedente decisione definitiva. Infatti, tale principio esclude che, qualora esista una decisione definitiva, possa essere avviato o proseguito un procedimento penale per gli stessi fatti...» (punto 59). Inoltre, «il principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 50 della Carta si applica dal momento in cui una decisione di natura penale è divenuta definitiva, indipendentemente dal modo in cui tale decisione abbia acquisito carattere definitivo» (punto 61).

Circa l'identità dei fatti, la Corte ha affermato di poter fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione⁸.

Al riguardo, senza voler approfondire gli specifici profili affrontati, sembra che la Corte dubiti dell'*idem factum* in relazione, da un lato, «alla negligenza nella supervisione delle attività organizzative in Germania, oggetto della decisione tedesca, distinta dalla commercializzazione in Italia dei veicoli muniti di un impianto di manipolazione vietato». Inoltre, viene evocato un precedente giurisprudenziale con riguardo a condotte che – come si riterrebbe avvenuto nel caso di specie – vengano soltanto richiamate da una delle pronunce, ma non espressamente sanzionate (CG 22 marzo 2022, Nordzucker C-151/20)⁹.

Gli spunti per il Giudice del rinvio si evidenziano poi sui rilievi circa la ammissibilità del cumulo di sanzioni in relazione al fatto di non costituire un onere eccessivo per l'interessato, di essere prevedibile sulla base di norme chiare e precise e di

⁸ Sul vincolo discendente da una pronuncia della Corte di Giustizia, Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9933: qualora la Corte di Giustizia, nel decidere le questioni pregiudiziali prospettate dal giudice *a quo*, formuli un determinato principio di diritto, spetta pur sempre al giudice *a quo* stesso l'applicazione di tale principio al caso concreto, se necessario considerando e valorizzando aspetti non presi in considerazione dalla Corte di giustizia; sicché la decisione di quest'ultima non determina, automaticamente, l'esito del giudizio *a quo*". In tema, A. BERNARDI, [Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, n.1/2023, p. 172.

⁹ Secondo la Corte, «in secondo luogo, nei limiti in cui la decisione tedesca riguarda la commercializzazione di veicoli muniti di un siffatto impianto di manipolazione vietato, anche in Italia, nonché la diffusione di messaggi pubblicitari scorretti relativi alle vendite di tali veicoli, occorre ricordare che la mera circostanza che un'autorità di uno Stato membro menzioni, in una decisione che constata un'infrazione al diritto dell'Unione nonché alle corrispondenti disposizioni del diritto di tale Stato membro, un elemento di fatto che riguarda il territorio di un altro Stato membro non può essere sufficiente per ritenere che tale elemento di fatto sia all'origine del procedimento o sia stato considerato da tale autorità tra gli elementi costitutivi di tale infrazione. Occorre ancora verificare se detta autorità si sia effettivamente pronunciata su detto elemento di fatto al fine di accertare l'infrazione, dimostrare la responsabilità della persona perseguita per tale infrazione e, se del caso, infliggerle una sanzione, di modo che detta infrazione debba essere considerata come estesa al territorio di tale altro Stato membro (v., in tal senso, sentenza del 22 marzo 2022, Nordzucker e C-151/20, EU:C:2022:203, punto 44)». In tema, P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Bpost and Nordzucker: searching for the essence of ne bis in idem in European Union Law*, in *Eur.Const.L.Rev.* 2022, 357; M. CAPPALÀ e G. COLANGELO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia elabora (5nalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in *Giustiziainsieme.it*, 13 aprile 2022; M. MESSINA, *Il ne bis in idem nel diritto europeo della concorrenza: segnali di uniformità applicativa nell'Unione?*, in *Ne bis in idem: origini ed evoluzione del principio a livello interno e internazionale*, www.rivistaoidu.net, suppl. a n. 3/2023.

essere i procedimenti stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo. La sentenza si chiude dunque nei termini consueti¹⁰.

2. Il Consiglio di Stato, prendendo atto delle affermazioni relative all'art. 50 e al grado di severità riconosciuto alla sanzione applicata, accetta l'interpretazione della 'definitività anticipata' del provvedimento tedesco pur osservando *«come sia innegabile che nella sistematica della Corte di Giustizia, l'individuazione di quale decisione possa essere (o diventare) 'bis', finisce per essere una variabile ogni volta dipendente, in qualche misura, anche dalla scelte processuali di parte»* (punto 16.3).

La sentenza nega poi l'identità sul piano soggettivo osservando come il procedimento svoltosi in Germania abbia coinvolto solo VWA.G. *«e non anche Volkswagen Group Italia spa», "soggetto giuridicamente distinto dalla controllante»*. Allo stesso modo, sul piano oggettivo, la sentenza nega l'identità di oggetto dell'accertamento della Procura tedesca con i fatti verificati da AGCM¹¹.

Tralasciando il punto, peraltro di rilievo, che sembra ravvisare la non riconducibilità della violazione del diritto tedesco (art. 130.1 OWiG) al diritto dell'Unione (punto 24.4), una parte non marginale, anzi a suo modo centrale, della pronuncia, riguarda l'analisi dei poteri sanzionatori in sede di *public enforcement*. Esaminando le disposizioni del Codice del consumo applicate nel caso di specie, viene rilevato come dall'elenco dei singoli possibili interventi dell'Autorità in sede di accertamento delle pratiche commerciali scorrette, emerge che *«tali poteri non sfociano in un provvedimento di natura 'sostanzialmente penale' e, quindi, risultano estranei all'ambito di applicazione del diritto sanzionatorio europeo, ivi compreso il principio del ne bis in idem»* (punto 18.4). Così che, secondo il Consiglio di Stato, le parti del provvedimento

¹⁰ «1. L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che una sanzione amministrativa pecuniaria prevista dalla normativa nazionale, irrogata a una società dall'autorità nazionale competente in materia di tutela dei consumatori per pratiche commerciali sleali, benché sia qualificata come sanzione amministrativa dalla normativa nazionale, costituisce una sanzione penale, ai sensi di tale disposizione, quando persegue una finalità repressiva e presenta un elevato grado di severità. 2. Il principio del ne bis in idem sancito all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che consente il mantenimento di una sanzione pecuniaria di natura penale irrogata a una persona giuridica per pratiche commerciali sleali nel caso in cui tale persona abbia riportato una condanna penale per gli stessi fatti in un altro Stato membro, anche se detta condanna è successiva alla data della decisione che irroga tale sanzione pecuniaria ma è divenuta definitiva prima che la sentenza sul ricorso giurisdizionale proposto avverso tale decisione sia passata in giudicato. 3. L'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso autorizza la limitazione dell'applicazione del principio del ne bis in idem, sancito all'articolo 50 di tale Carta, in modo da consentire un cumulo di procedimenti o di sanzioni per gli stessi fatti, purché le condizioni previste all'articolo 52, paragrafo 1, di detta Carta, come precisate dalla giurisprudenza, siano soddisfatte, vale a dire qualora, in primo luogo, tale cumulo non rappresenti un onere eccessivo per l'interessato, in secondo luogo, esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e omissioni possano essere oggetto di cumulo e, in terzo luogo, i procedimenti di cui trattasi siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo».

¹¹ Sul ruolo del Consiglio di Stato, F. GOISIS, *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in *giustiziainsieme.it*, 14 luglio 2023.

«che costituiscono esercizio dei poteri sopra indicati»¹² non potranno essere invalidate dalla applicazione del *ne bis in idem* soprattutto a fronte di un provvedimento – l’ordinanza della Procura tedesca – che divenga definitivo prima del provvedimento dell’Autorità interna¹³.

Il Consiglio si riferisce ovviamente alla parte del provvedimento del 2016 in cui l’Autorità *antitrust*, nel riconoscere la pratica commerciale scorretta sanzionata in solido alle società per la somma di 5 milioni «(e) ne vieta la diffusione o la continuazione» secondo quanto prevede l’art. 27 comma 8 Codice consumo¹⁴.

Al di là della condivisibilità o meno della tesi circa il carattere non sanzionatorio del divieto a integrazione della sanzione pecuniaria¹⁵, non risulta chiara nell’immediato l’affermazione per cui il procedimento avviato dalla Autorità «non è soltanto sanzionatorio, ma eventualmente sanzionatorio, con la conseguenza che la preclusione derivante dal divieto non potrà interessare procedimenti che non sono (più) finalizzati alla applicazione di una sanzione proprio perché preclusa» (punto 18.4.1). In sostanza, l’azzeramento del cumulo di sanzioni per effetto del *ne bis in idem* priverebbe l’Autorità dei poteri di veto rientranti tra le attribuzioni in sede di accertamento/istruttoria

¹² Si tratta dei ‘poteri’ di cui all’art. 27 Codice consumo tra i quali: i) l’accertamento (che è l’attività conoscitiva necessaria per ogni misura prevista da tale disposizione); ii) l’inibizione e la rimozione degli effetti (comma 2), iii) la sospensione provvisoria della pratica commerciale scorretta (comma 3); iv) l’ordine, anche in via cautelare, ai fornitori di servizi di connettività alle reti internet, ai gestori di altre reti telematiche o di telecomunicazione nonché agli operatori che in relazione ad esse forniscono servizi telematici o di telecomunicazione di rimuovere di iniziative o attività destinate ai consumatori italiani e diffuse attraverso le reti telematiche o di tele-comunicazione che integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta (comma 3-bis); v) l’ordine di fornire prove sull’esattezza dei dati di fatto; vi) l’ottenimento di un impegno a porre fine all’infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità (comma 7); vii) il divieto di diffusione o continuazione (comma 9) (punto 18.3). Sulla natura dei poteri di AGCM, G. PALLOTTA, *La natura quasi-giudiziale della funzione sanzionatoria dell’AGCM*, in *ildirittoamministrativo.it*, n.5, maggio 2024.

¹³ Per una sintesi, G. PERNICE, *Estranei al principio i provvedimenti derivanti da azioni non sanzionatorie*, in *NT+Diritto* n. 18, 2 maggio 2024.

¹⁴ Il testo della Delibera, liberamente consultabile nel sito AGCM, è il seguente: «L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 4 agosto 2016, delibera: a) che la pratica commerciale descritta al punto II, lettera A), del presente provvedimento, posta in essere dalle società Volkswagen Group Italia S.p.A. e Volkswagen AG, costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21 comma 1, lettera b), e 23, comma 1, lettera d), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione; b) di irrogare in solido alle società Volkswagen Group Italia S.p.A. e Volkswagen AG una sanzione amministrativa pecuniaria di 5.000.000 € (cinquemilioni di euro)».

¹⁵ Per il caso in cui a un contribuente vengano inflitte, per una medesima violazione di un obbligo fiscale e al termine di procedimenti distinti e autonomi, una misura sanzionatoria pecuniaria e una misura di apposizione di sigilli a un locale commerciale, misure, queste, impugnabili dinanzi a organi giurisdizionali diversi, CG 4 maggio 2023, C-97/21 secondo cui l’art. 50 Carta va interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale a un contribuente possono essere inflitte, per una medesima violazione di un obbligo fiscale e al termine di procedimenti distinti e autonomi, una misura sanzionatoria pecuniaria e una misura di apposizione di sigilli a un locale commerciale, misure, queste, impugnabili dinanzi a organi giurisdizionali diversi, nei limiti in cui detta normativa non garantisce un coordinamento dei procedimenti che consenta di ridurre a quanto strettamente necessario l’onere supplementare che il cumulo di dette misure comporta e non consente di garantire che la severità del complesso delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità della violazione interessata.

La particolarità della vicenda segnata dalla distonia temporale dei provvedimenti e dei procedimenti, italiano e tedesco, ha sicuramente segnato gli esiti interpretativi. Ciò non toglie tuttavia che in un'ottica europea di esegesi delle potenzialità del principio si potesse approfondire la natura della previsione sul *divieto di diffusione e continuazione* (art. 27 comma 9 Codice consumo). La stessa Corte di giustizia nel richiamare «*il divieto di proseguire o ripetere le pratiche in questione*» di cui all'art. 27 c. 9, lo correla alla sanzione pecuniaria, affermando che quest'ultima si «*aggiunge obbligatoriamente alle altre misure*», tra cui il divieto menzionato, in una sorta di *unicum*. Da qui sembrerebbe emergere una valutazione circa la omologia sanzionatoria delle misure. Inoltre, la Corte di Giustizia riconduce di fatto al concetto di sanzione la misura che persegue una finalità repressiva contestualmente a una finalità preventiva: «*infatti fa parte della natura stessa delle sanzioni penali l'essere volte tanto alla prevenzione quanto alla repressione di condotte illecite*»¹⁶.

Il Consiglio di stato, in una sottolineata e ribadita logica, imposta dai principi unionali e costituzionali in ordine alla massima tutela dovuta al consumatore, ritiene di escludere la valenza sanzionatoria/penale dei divieti imposti in sede di pratiche scorrette, temendo di pregiudicarne la 'estensione eventuale'. Che potrebbe essere intesa nel senso che a fronte di una violazione del *divieto di diffusione o continuazione* imposto nel provvedimento, l'Autorità non potrebbe comunque intervenire essendo bloccata da un *ne bis in idem* che potrebbe coprire o limitare un potere sanzionatorio eventuale/successivo. Il che peraltro toglie effettività al principio di fondo e ammette una duplicazione *in idem* nonostante la caratterizzazione in senso penale della sanzione pecuniaria.

In realtà ammettere la operatività del *ne bis in idem* nel caso di specie considerando la centralità del valore dissuasivo della sanzione pecuniaria nel suo elevato ammontare, consentirebbe di non sacrificare il principio e nel contempo di non impedire l'operare di poteri eventuali, correlati magari a violazioni dei divieti correlati alla sanzione primaria. Si tratterebbe ad esempio di condotte riconducibili a fattispecie distinte e diverse, sanzionabili separatamente, come del resto può accadere in caso di inottemperanza alle sanzioni accessorie penali (art. 389 c.p.) o alle sanzioni interdittive per gli enti (art. 23 d.lgs. n.231/2001)¹⁷. Del resto, quando la Corte costituzionale ha

¹⁶ Le stesse affermazioni si rinvergono nelle Conclusioni dell'Avvocato generale del 30 marzo 2023 (Causa C-27/22) che richiama in particolare, CG Garlsson Real Estate del 20 marzo 2018, C-537/16 (punto 49).

¹⁷ Per quanto riguarda nello specifico l'eventuale violazione del divieto di diffusione o continuazione, v. il raccordo tra l'art. 27 comma 8 («L'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata») e l'art. 27 comma 12 2. In caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti di cui ai commi 3, 8 e 10 ed in caso di mancato rispetto degli impegni assunti ai sensi del comma 7, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 10.000.000 euro, anche tenuto conto delle condizioni economiche e patrimoniali del professionista. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni») e l'art. 27 comma 12 («In caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e a quelli inibitori o di rimozione degli effetti di cui ai commi 3, 8 e 10 ed in caso di mancato rispetto degli impegni assunti ai sensi del comma 7, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 10.000.000 euro, anche tenuto conto delle condizioni economiche e patrimoniali del professionista. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a

sancito la illegittimità del doppio processo in materia di diritto d'autore, ha affermato che «il ne bis in idem non si oppone...alla possibilità che l'imputato sia sottoposto, in esito a un medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, a pene detentive, pecuniarie e interdittive), ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena»¹⁸, ha sottinteso che nel diverso procedimento *in idem* questa stessa garanzia deve operare in quanto, fondata su basi giuridiche fondamentali sancite dagli artt. 3 e 27 Cost. a livello interno, e dall'art. 49, paragrafo 3, CDFUE a livello unionale.

In sostanza, il cumulo sanzionatorio dovrebbe ugualmente essere oggetto del vaglio di proporzionalità quali che siano al suo interno le singole componenti, se pure di vario segno¹⁹, tenuto conto non solo delle specifiche finalità repressive e preventive in ambito *antitrust* e dei relativi effetti dell'accertamento, ma in particolare della valenza penale che lo stesso procedimento 'ricevente' assume quando la sanzione viene ricondotta alla *matière pénale*²⁰. A fronte di casi in cui la dissuasività della misura non penale ne ha segnato la caratterizzazione in termini penalistici estesi alla sede processuale della sua applicazione, così da rendere operativi criteri tipici quali ad esempio 'lo standard probatorio del ragionevole dubbio'²¹ o l'ammissibilità dell'archiviazione²² o almeno il richiamo alle categorie processualpenalistiche del giudicato²³, la negazione del *ne bis in idem* solo in ragione di un potere sanzionatorio

trenta giorni»).

¹⁸ Corte cost. n. 149 del 2022, su cui M. SCOLETTA, [Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore](#), in questa Rivista, 23 maggio 2022; N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in Riv. it. dir. proc. pen., n. 4, 2022.

Sul tema della proporzionalità, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia 8 marzo 2022, C-205/20, NE, gli approfonditi rilievi di 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](#), in questa Rivista, 26 aprile 2022.

¹⁹ Per un caso francese di interpretazione dell'art. 50 CDFUE in materia di reati tributaria puniti con pene eterogenee, CG 5 maggio 2022, C-570/20.

²⁰ Si richiama il 'trittico' di sentenze della Corte di Giustizia (CG, Grande Sezione, 20.3.2028, C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate c. Consob e C-597/16, Di puma e Zecca c. Consob, su cui A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem*, cit. Inoltre, CG, Grande Sezione, 22 marzo 2022, C-151/20, Nordzucker, secondo cui l'art. 50 2comprende...procedimenti e sanzioni che devono essere ritenuti di natura penale.

²¹ Corte App. Milano, Sezione I civile, 6 luglio 2023, n.2776/2022, su cui T. POLITI e R. CUCCI, *Insider trading e sanzioni Consob: ne bis in idem anche in caso di archiviazione e standard probatorio del ragionevole dubbio*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 9/2023. V., inoltre Consiglio Stato, Curatela fallimentare K. Srl c. AGCM, n. 3570/2022.

²² Procura Trib. di Milano, 9 novembre 2022, su cui A.F. TRIPODI, *Archiviazione 231 per ne bis in idem. Quando la disciplina della responsabilità da reato degli enti 'incrocia' la garanzia europea*, in Cass. pen., 2023, p. 981; M. SCOLETTA, [Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari](#), in questa Rivista, 28 novembre 2022; G. ANGIOLINI, *Un'applicazione del ne bis in idem al procedimento ex d.lgs. n. 231 del 2001. Cambia ancora la fisionomia del principio?*, in Arch.pen.web, n. 3/2023.

²³ Corte di Giustizia dell'Unione cause riunite Di Puma c. Consob e Zecca c. Consob (C-596/16 e C-597/16): la Corte di giustizia afferma che «l'obbligo, prescritto agli Stati membri dall'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6, di prevedere sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive ... non potrebbe portare a escludere l'autorità di cosa giudicata che una sentenza penale di assoluzione possiede in forza di una disposizione nazionale quale l'articolo 654 del CPP, nei confronti di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa vertente sui medesimi fatti di cui detta sentenza ha statuito che non risultano provati». Per il successivo passaggio, Corte di

‘eventuale’, sembra contrastare con la logica, non solo europea, della tutela di un diritto fondamentale.

cassazione Sezione II civile, 6 dicembre 2018, n. 31632: in caso di sentenza penale di assoluzione divenuta irrevocabile prima della conclusione del giudizio amministrativo, sussiste il conseguente *“pieno dispiegarsi del divieto di perseguire, che è logicamente anteriore al divieto di sanzionare”*.

**GIORNATA MONDIALE DEL RIFUGIATO:
L'OCCASIONE PER AVVIARE UN DIBATTITO SULLA
DEPENALIZZAZIONE DEL FAVOREGGIAMENTO
DELL'INGRESSO IRREGOLARE PER RAGIONI UMANITARIE**

*Riflessioni in vista della sentenza della Corte di giustizia UE sul caso Kinsa
e della proposta della Commissione europea di riforma del Facilitators package*

di Stefano Zirulia

1. Oggi come ogni anno, si celebra la giornata mondiale del rifugiato. Per rendersi conto della portata epocale del tema è sufficiente pensare che, in base al rapporto dell'UNHCR [Global Trends. Forced displacement in 2023](#), pubblicato pochi giorni fa, attualmente circa 117 milioni di persone sono *costrette* ad abbandonare la propria casa per fuggire da guerre, persecuzioni, e contesti ambientali e climatici divenuti invivibili.

Solo apparentemente si tratta di un argomento estraneo all'ambito di interesse dei penalisti. L'assenza di canali di accesso legale per richiedere asilo, fatta eccezione per gli sporadici e largamente insufficienti corridoi umanitari, costringe le persone in fuga ad attraversare i confini clandestinamente o comunque, almeno in alcune fasi, in maniera irregolare, anche quando si tratta di persone manifestamente bisognose di protezione¹. Allo stesso tempo, le misure erette dagli Stati occidentali a presidio dell'integrità delle proprie frontiere, spesso "esternalizzate" mediante accordi bilaterali con i Paesi di transito, rendono pressoché inevitabile, per aumentare le *chances* di giungere a destinazione, il ricorso a più o meno strutturate reti di "facilitatori" o "passeurs", più comunemente definiti trafficanti o *smugglers*. E se da un lato l'art. 31 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati stabilisce espressamente che gli Stati non possono sanzionare penalmente i richiedenti asilo in ragione dell'irregolarità del loro ingresso, analoga previsione non esiste per coloro che, occasionalmente o professionalmente, li aiutano a compierlo; anzi, questi ultimi sono sistematicamente oggetto di repressione penale sulla base di norme adottate in adempimento di specifici obblighi sovranazionali di criminalizzazione, inclusi obblighi sanciti dal diritto eurolunitario.

Il presente contributo ha lo scopo di evidenziare, sulla scorta di argomenti più estesamente presentati in precedenti lavori, l'ultimo dei quali a carattere monografico²,

¹ Si veda, con riferimento ai numerosi casi di richiedenti asilo siriani costretti a rivolgersi alle reti di *smugglers* per raggiungere l'Europa, L. ACHILLI, *The "Good" Smuggler: The Ethics and Morals of Human Smuggling among Syrians*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2018, n. 3, 76 ss.

² S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2023; in precedenza, Id., [Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di](#)

che la disciplina europea di contrasto al *migrant smuggling*, nonché quella italiana che ne rappresenta l'attuazione, sono affette da insanabili profili di illegittimità per contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti anche CFR), tra l'altro proprio perché incidono in maniera sproporzionata sul diritto di richiedere asilo. Come pure verrà illustrato, la questione della sproporzione al metro dell'art. 52(1) CFR è attualmente oggetto di un [rinvio pregiudiziale](#) dinanzi alla Grande Sezione della Corte di giustizia UE (caso *Kinsa*, originariamente *Kinshasa*, [C-460/23](#)), formulato dal Tribunale di Bologna nell'ambito di un procedimento per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nei confronti di una richiedente asilo congolese che aveva tentato di introdurre la figlia e la nipote nel territorio italiano utilizzando documenti falsi. Parallelamente alla procedura di rinvio pregiudiziale, e verosimilmente stimolata dal suo avvio, a novembre 2023 la Commissione europea ha formulato una [proposta di riforma](#) degli obblighi di incriminazione in materia, attualmente affidati a due risalenti strumenti di diritto derivato, spesso congiuntamente richiamati come *Facilitators package*.

La singolare situazione venutasi così a creare, dove la stessa disciplina è contestualmente oggetto di censure sul piano della legittimità e di ripensamenti da parte del legislatore europeo, suggerisce non solo di mantenerla sotto stretta osservazione, ma anche, possibilmente, di avviare un confronto, tra esponenti delle molteplici discipline coinvolte (*in primis* diritto penale e diritto dell'Unione europea) finalizzato ad arricchire il dibattito con nuovi spunti di riflessione, approfondire le questioni sottese ed eventualmente suggerire soluzioni per il superamento delle criticità riscontrate.

2. Lo stretto collegamento tra *migrant smuggling* ed esercizio del diritto d'asilo è da tempo messo in luce dai più autorevoli studi di *refugee law*³. A fronte di *push factors* irresistibili come quelli evidenziati dal citato rapporto *Global Trends*, irrigidire le misure di contenimento dei flussi significa, evidentemente, alimentare il mercato nero della mobilità; mercato la cui espansione viene poi evocata dai *policy makers* per giustificare ulteriori giri di vite nelle stesse misure preventive e repressive che, a monte, hanno contribuito a generarlo. Questo contesto sta trasformando la figura del *passeur*. I facilitatori "benevoli", figure socialmente riconosciute in quanto legate alle comunità di provenienza dei migranti da solidi rapporti di fiducia, vengono sostituiti oppure assorbiti dalle reti dei trafficanti professionisti, le sole a disporre delle risorse necessarie per superare gli apparati di controllo messi in campo dai Paesi di destinazione o dai Paesi di transito sostanziosamente finanziati e addestrati allo scopo. Il rapporto di cura che, a dispetto del carattere formalmente illecito del sotteso negozio giuridico, si instaurava tra le persone in movimento e i loro facilitatori "storici", cede così progressivamente il passo a un contesto di sopraffazione e violenza, dove le persone diventano merci umane da spostare con qualunque mezzo, calpestandone sistematicamente i diritti fondamentali. È sconcertante constatare come la

[illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare](#), in *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, n. 3/2020, p. 143 ss.

³ Cfr., *ex multis*, J.C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, in *Virginia Journal of International Law*, n. 1, 2008, 1 ss.

frequente confusione tra il fenomeno del traffico di migranti e quello della tratta di persone⁴ – in parte frutto di ignoranza giuridica e in parte strategia linguistica volta a coagulare il consenso sociale attorno alla falsa idea che l’inarrestabile rafforzamento della macchina repressiva sia funzionale alla tutela dei diritti umani – rispecchi una sovrapposizione empirica che è stata generata proprio dalle misure securitarie con la quali ora la si vuole combattere.

Duplice, dunque, il circolo vizioso a cui assistiamo: l’impermeabilizzazione delle frontiere, al pari di qualsiasi altra misura giuridica tendente a soffocare un’attività che l’uomo reputa irrinunciabile, genera mercato nero (in questo caso della mobilità transnazionale), fenomeno al quale gli Stati reagiscono tentando di sigillare ulteriormente i confini; parallelamente, la cieca criminalizzazione e repressione contribuisce a trasformare il favoreggiamento delle migrazioni irregolari, da semplice mercato nero, in un vero e proprio teatro degli orrori, poi strumentalmente evocato, con il vocabolario della tratta di persone, per giustificare ulteriori dosi di misure repressive. La disfunzionalità del sistema che si è venuto a creare è talmente macroscopica che non può non stimolare una seria riflessione sulle soluzioni per invertire la rotta; a meno che non si intenda accettare l’idea che la spirale di morte e violenza nella quale le migrazioni dal Sud Globale sono state risucchiate sia tutto sommato uno strumento utile a ridurre numericamente il flusso degli arrivi indesiderati. Ma è proprio l’inaccettabilità morale di quest’ultima ipotesi – peraltro non priva di riscontri nella pervicacia con la quale vengono riproposte ricette che hanno già ampiamente dimostrato i loro disumani effetti – a imporre di considerare l’imbocco di una strada completamente diversa.

3. L’interruzione di qualsiasi circolo vizioso passa per l’individuazione delle sue cause primarie e per la loro neutralizzazione; ciò anche e soprattutto quando, proprio a causa degli errori di percezione che hanno originariamente innescato il circolo, la soluzione si presenta a prima vista di irrealistica realizzazione. Ecco allora che, se culturalmente non siamo ancora pronti a prendere seriamente in considerazione l’idea di superare l’attuale sistema delle frontiere, nondimeno una lucida e distaccata riflessione potrebbe quanto meno prendere in considerazione l’idea di abolire il reato di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, o quanto meno modificarne in maniera radicale gli elementi di fondo.

Le norme penali in materia sono state oggetto di armonizzazione, a livello europeo, mediante la combinazione della direttiva [2002/90/CE](#) e della decisione quadro [2002/946/GAI](#), entrambe tuttora in vigore e spesso congiuntamente richiamate con l’espressione *Facilitators package*. L’art. 1, par. 1 della direttiva definisce la condotta illecita in termini di aiuto del cittadino di uno stato terzo a entrare, transitare o risiedere sul territorio, in contrasto con la disciplina nazionale sull’immigrazione. Solo per l’aiuto a risiedere, tuttavia, il dolo specifico di lucro rappresenta un elemento del reato. Per

⁴ Si veda ad es. V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 86 ss.

l'aiuto a entrare o transitare è sufficiente il dolo generico. Al conseguente pericolo di sovra-criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso e del transito irregolare si è inteso fare fronte mediante la previsione, al par. 2, della (mera) facoltà di giustificare le condotte umanitarie, tuttavia concretamente esercitata da pochissimi Stati membri (Italia esclusa⁵). La decisione quadro, dal canto suo, obbliga i legislatori nazionali a colpire i comportamenti illeciti definiti dalla direttiva con sanzioni di natura *penale* (in omaggio a una risalente tecnica *double-text* diffusa quando si riteneva che solo gli strumenti di terzo pilastro, come appunto le decisioni quadro, potessero introdurre obblighi di incriminazione).

4. L'attuazione del *Facilitators package* ha portato gli Stati membri a dotarsi di norme incriminatrici (nel caso dell'Italia, l'art. 12 t.u. imm.) sulla cui base sono stati avviati procedimenti penali non solo nei confronti di esponenti del traffico internazionale di migranti, ma anche, ad esempio, nei confronti dei membri delle ONG impegnate nei soccorsi in mare, di coloro che accolgono migranti e richiedenti asilo provenienti dalle frontiere terrestri dell'Est Europa, talvolta facilitandone il transito verso altri Stati, o ancora di coloro che facilitano l'ingresso di famigliari. Pur trattandosi di situazioni eterogenee, esse sono accomunate dal carattere umanitario (e in taluni casi salvifico) delle condotte criminalizzate; carattere che evidentemente le distingue, sul piano del disvalore, rispetto alle situazioni, poc'anzi ricordate, connotate invece da gravissime violazioni dei diritti fondamentali delle persone in movimento.

La stessa Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 63/2022⁶, si è soffermata sulla fondatezza criminologica della distinzione appena riferita, sottolineando come alla stessa corrisponda la distinzione tra migranti-beneficiari del favoreggiamento e migranti-vittime di traffico, e su tali premesse censurando, in particolare, la scelta del legislatore italiano di ricollegare al favoreggiamento realizzato mediante documenti falsi e/o servizi di trasporto internazionale (art. 12, comma 3, lett. *d*) t.u. imm.), ossia con modalità intrinsecamente innocue per il trasportato, pene della stessa entità di quelle previste, tra l'altro, per il favoreggiamento da cui deriva pericolo per la vita o l'integrità fisica del migrante (art. 12, comma 3, lett. *b*) t.u. imm.).

A dispetto del suo ampio respiro, l'intervento della Consulta ha riguardato soltanto una circoscritta disposizione della disciplina italiana (quella, appunto,

⁵ L'art. 12 t.u. imm., ossia la complessa disposizione che dà attuazione al *Facilitators package* nell'ordinamento italiano, prevede, al comma 2, una causa di giustificazione per le "attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato": tuttavia, il duplice riferimento al territorio italiano rende la scriminante inapplicabile proprio alle situazioni nelle quali risulterebbe utile, quelle cioè in cui viene favorito l'ingresso irregolare di uno straniero in condizioni di bisogno (per il favoreggiamento della *permanenza* irregolare, infatti, opera già il filtro del dolo specifico di profitto). Per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 197 ss.

⁶ [Corte cost., 8 febbraio 2022, n. 63](#), Pres. Amato, Red. Viganò, spec. n. 4.5 del Cons. in dir. Per un denso commento alla pronuncia v. A. SPENA, [Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? \(Ragionando su Corte cost. 63/2022\)](#), in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2022, p. 238 ss.

contenente le menzionate aggravanti), lasciandone tuttavia in piedi l'impianto complessivo. Né avrebbe potuto essere altrimenti, in ragione della limitatezza del *petitum* ritagliato dal giudice *a quo*. In ogni caso, posto che la disciplina italiana costituisce fedele attuazione di obblighi di incriminazione europei, una sua rimodulazione in senso incompatibile con gli stessi determinerebbe l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese.

L'origine delle criticità che stiamo descrivendo deve pertanto essere ricercata, anzitutto, nella disciplina dettata dal *Facilitators package*.

5. Gli obblighi di incriminazione europei si caratterizzano per una duplice scelta politico-criminale. La prima è discostarsi dal modello di *migrant smuggling* tracciato, a livello internazionale, dal Protocollo di Palermo del 2000, che, al precipuo scopo di prevenire la criminalizzazione delle condotte umanitarie⁷, include tra gli elementi definitori dell'illecito anche la finalità di ottenere un vantaggio economico o comunque materiale. La seconda è di prevedere la (mera) facoltà, per gli Stati membri, di escludere la responsabilità degli autori di condotte di favoreggiamento realizzate con finalità umanitaria. Queste due scelte convergono nella delineazione di un modello penale di protezione delle frontiere che include, tra le misure di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, anche la criminalizzazione di condotte umanitarie.

Un modello di questo genere appare incompatibile con l'art. 52(1) CFR (recante, tra l'altro il principio di proporzionalità), nella misura in cui determina la sproporzionata compressione di una serie di diritti previsti dalla Carta medesima. Al fine di illustrare questa tesi, è necessario passare in rassegna i quattro sotto-test che, secondo autorevoli proposte esegetiche⁸, già recepite dalla Corte di giustizia dell'UE⁹, compongono il giudizio di proporzionalità incorporato nell'art. 52(1) CFR: *i*) legittimità dell'obiettivo perseguito dal legislatore mediante la compressione di un diritto fondamentale; *ii*) idoneità della compressione a realizzare la finalità perseguita; *iii*) necessità della compressione; *iv*) proporzionalità in senso stretto.

5.1. *Nulla quaestio*, nella materia che ci occupa, per quanto riguarda la legittimità dell'obiettivoperseguito, identificabile con la protezione delle frontiere nazionali, ovvero, utilizzando la terminologia della Corte costituzionale, "*l'ordinata gestione dei flussi migratori*"¹⁰. Si tratta di un interesse riconosciuto dai Trattati dell'Unione (art. 3 TUE, art. 67 TFUE), la cui salvaguardia si ritiene contribuisca a garantire – sempre con le parole della Consulta – "*gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica*".

⁷ Come testualmente riportano i lavori preparatori del Protocollo: cfr. *Travaux préparatoires: United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, p. 469.

⁸ Cfr., ad esempio, R. ALEXY, *Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation*, in J. SIECKMANN (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights. Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Springer, 2021, 2 ss.

⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 22 gennaio 2013, [C-283/11](#), *Sky Österreich GmbH*, §§ 48, 50.

¹⁰ Corte cost. 63/2022, cit., Cons. in dir. n. 4.2.

Già con riferimento al secondo test di proporzionalità, quello relativo all'ideoneità delle misure adottate a raggiungere l'obiettivo avuto di mira, si potrebbe dubitare della legittimità del *Facilitators package*: obblighi di incriminazione così estesi sono solo apparentemente in grado di offrire una risposta davvero efficace; risultando a ben vedere disfunzionali, in un'ottica di *effetto utile*, allo scopo di proteggere le frontiere nazionali, poiché sottraggono risorse umane e materiali al contrasto delle forme più gravi di traffico organizzato, le sole in grado di muovere numeri significativi di *undocumented migrants* e dunque di porre concretamente in pericolo gli interessi protetti.

Sotto tale profilo, anzi, la censura di sproporzione parrebbe saldarsi a una parallela censura per violazione del canone della legalità penale, previsto dall'art. 49(1) CFR: per quanto una certa dose di vaghezza sia connaturata alla tecnica normativa dell'armonizzazione mediante direttiva (altrimenti gli Stati non godrebbero di alcun margine di discrezionalità nella scelta dei mezzi mediante i quali adempiere all'obbligo di incriminazione), là dove lo strumento europeo si prefigge lo scopo di *definire* i contorni di un comportamento illecito, come appunto nel caso dell'art. 1 della direttiva 2002/90/CE, gli elementi essenziali della condotta presa di mira devono essere univocamente identificabili da parte di tutti i legislatori nazionali¹¹. Ciò a maggior ragione allorché, stante il carattere ontologicamente transnazionale del reato, il canone della prevedibilità del precetto penale, senz'altro rientrante nell'art. 49(1) CFR anche in ragione dell'apporto della giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 7 Cedu (che a sua volta integra la Carta ai sensi dell'art. 52, par. 3 della stessa), rischia di essere frustrato dall'adozione di discipline divergenti tra gli Stati membri.

5.2. Ma è soprattutto alla luce dei test di necessità e proporzionalità che la disciplina europea mostra le sue irrimediabili criticità. Se assumiamo, in linea con quanto talvolta affermano le istituzioni europee¹², che la finalità della criminalizzazione sia il contrasto alle sole reti del *migrant smuggling*, certamente non può dirsi necessaria a tale scopo la compressione dei diritti fondamentali di coloro che favoriscono ingressi irregolari mediante condotte umanitarie, i quali si vedono raggiunti (o anche semplicemente minacciati) da misure custodiali e patrimoniali, di carattere preventivo o sanzionatorio, le quali incidono i loro diritti alla libertà personale, alla reputazione e al patrimonio (artt. 6, 7 e 17 CFR).

Se invece assumiamo, con appare più verosimile alla luce del tenore testuale delle previsioni in esame, che lo scopo della criminalizzazione sia quello di prevenire qualunque forma di favoreggiamento¹³, allora certamente le norme del *Facilitators*

¹¹ Sul punto v. *amplius* L. BERNARDINI, [Il delit de solidarité davanti alla corte di giustizia: il caso Kinshasa come game changer per le politiche migratorie europee](#), in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2024, p. 18 ss.

¹² V., da ultimo, Commissione europea, *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* (2020/C 323/01).

¹³ In questo senso V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union. Challenging the Preventive Paradigm*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Hart, 2021, p. 29.

package (così come quelle nazionali che le implementano) sono *necessarie*, ma altrettanto certamente sono sproporzionate in senso stretto, dal momento che non riflettono un ragionevole bilanciamento tra gli interessi confliggenti in gioco. Vengono qui in rilievo non solo i già richiamati diritti degli autori del favoreggiamento, ma anche, e soprattutto, i diritti fondamentali dei migranti irregolari, quali la vita e l'integrità fisica, l'unità familiare e l'asilo (artt. 2, 3, 7 e 18 CFR). È noto che la tutela di tali diritti risulta spesso demandata, per ragioni contingenti e al contempo connesse alla disciplina dei flussi migratori, alla società civile, mediante iniziative organizzate o individuali. La mancanza, o la limitatezza, delle vie di ingresso regolare (per lavoro, ricongiungimento familiare e financo – come già ricordato – per richiedere asilo), rendono pressoché inevitabile la scelta di percorsi clandestini pericolosi, per mare o per terra, o comunque l'ausilio di soggetti terzi (si pensi al turista tedesco in procinto di rientrare dalla Grecia a bordo di un traghetto diretto a Ancona, al quale una donna afgana intenzionata a richiedere asilo in Germania chieda di essere nascosta all'interno dell'automobile). In tale contesto, l'effetto general-preventivo della sanzione penale diventa effetto dissuasivo (*chilling effect*) alla realizzazione di condotte umanitarie che consentirebbero di salvaguardare quei diritti fondamentali¹⁴. Non si dubita che almeno alcuni di tali diritti, come l'asilo e l'unità familiare, possano entrare in bilanciamento con il contro-interesse all'integrità delle frontiere. Ma, a parte il fatto che analoga conclusione *non* vale per il diritto alla vita (come di recente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in un caso in cui le autorità Ungheresi avevano respinto un richiedente asilo siriano, trovato poi morto annegato in un fiume al confine tra Serbia e Ungheria¹⁵), il punto è che il test di proporzionalità in senso stretto esige che tale bilanciamento sia ragionevole. Viceversa, la criminalizzazione a tappeto di qualsiasi forma di favoreggiamento dell'ingresso, sottraendo al giudice la possibilità di prendere in considerazione, in chiave scriminante, le circostanze concrete che illuminano un'eventuale finalità umanitaria (salvo i limitati casi in cui ricorrano scriminanti di portata generale, come lo stato di necessità o l'adempimento di un dovere), sottende una scelta politico-criminale completamente polarizzata sull'interesse all'integrità delle frontiere.

5.3. Anticipando una possibile obiezione alla tesi sin qui presentata, si potrebbe sostenere che una disposizione – nella specie la norma definitoria del favoreggiamento dettata dal *Facilitators package* – non è illegittima in quanto sia possibile darne un'interpretazione illegittima, in questo caso la sproporzionata compressione dei menzionati diritti tutelati dalla Carta; bensì in quanto non sia possibile darne un'interpretazione legittima. L'obiezione, tuttavia, non coglierebbe nel segno.

In primo luogo, è agevole osservare come, nell'arco dei suoi oltre vent'anni di vita, il *Facilitators package* sia stato implementato dalla maggior parte degli Stati membri senza la previsione di scriminanti umanitarie, dando perciò vita a una prassi costante

¹⁴ Sul *chilling effect* come criterio per estendere il novero dei diritti fondamentali attinti dalle scelte di incriminazione, introducendoli nel giudizio di proporzionalità, v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, p. 251 ss.

¹⁵ [C. edu, sez. I, 2.2.2023, Alhowais c. Ungheria](#), §§133 ss.

che non può essere trascurata quando si valuta la legittimità della disposizione sulla quale detta prassi si fonda (non diversamente da quanto accade, *mutatis mutandis*, quando la Corte costituzionale censura una disposizione alla luce del diritto vivente formatosi sulla stessa).

In secondo luogo, l'obiezione finirebbe per sovrapporre indebitamente il piano dell'interpretazione della disciplina europea con quello della sua attuazione nazionale. Un conto, infatti, è affermare che il *Facilitators package* possa essere *attuato*, dai legislatori nazionali, in maniera tale da ottenere, come disciplina di risultato, una disciplina legittima. Tale affermazione è senz'altro corretta e possono esserne considerati esempio quegli (isolati) ordinamenti che, oltre ad avere previsto sanzioni di lieve entità per le condotte di minore disvalore, hanno altresì esercitato la facoltà di introdurre scriminanti umanitarie funzionali alla tutela dei diritti fondamentali alla vita, all'integrità fisica, all'asilo e all'unità familiare dei migranti (così, ad esempio, il Belgio, la Spagna e la Finlandia¹⁶). Tutt'altro discorso è affermare che il *Facilitators package* si possa *interpretare* in maniera tale da renderlo intrinsecamente immune dagli evidenziati profili di illegittimità. Tale risultato potrebbe essere ottenuto soltanto interpretando l'obbligo di criminalizzazione come se non includesse le suddette condotte umanitarie, il che tuttavia equivarrebbe a **rileggere la facoltà prevista dall'art. 1, par. 2 della direttiva 2002/90/CE come se si trattasse di un obbligo, soluzione impraticabile in quanto manifestamente *contra legem***. La verità è che, quando ha optato per una scriminante umanitaria meramente facoltativa, il legislatore europeo non solo ha messo in conto la possibilità che venissero incriminate condotte umanitarie, ma le ha fornito una puntuale base normativa. E il contemperamento di interessi sotteso a tale base normativa, come visto del tutto sbilanciato a favore dell'integrità delle frontiere, non può essere corretto per via interpretativa senza stravolgere il significato testuale delle previsioni che lo cristallizzano.

6. In linea di principio, gli evidenziati profili di illegittimità del *Facilitators package* potrebbero essere corretti o *de jure condendo*, mediante un intervento del legislatore europeo; ovvero per via giudiziaria, mediante un intervento della Corte di giustizia dell'UE. In pratica, nel giro di pochi mesi, tra l'estate e l'autunno 2023, entrambe le strade sono state concretamente imboccate e attualmente avanzano lungo percorsi paralleli, peraltro potenzialmente in grado di influenzarsi a vicenda. Conviene esaminarle più nel dettaglio.

6.1. Con [ordinanza del 17 luglio 2023](#) il Tribunale di Bologna ha rimesso alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, relative rispettivamente alla compatibilità del *Facilitators package* e dell'art. 12 t.u. imm. con la Carta dei diritti fondamentali¹⁷.

¹⁶ Per una sintetica ricognizione sia consentito rinviare a S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento*, cit., p. 46.

¹⁷ Per un articolato commento dell'ordinanza, adesivo alle considerazioni del giudice rimettente e corredato da approfondite considerazioni in punto di inquadramento della questione nel sistema della Carta dei diritti fondamentali nonché relativamente ai possibili sbocchi decisori, v. L. BERNARDINI, [Il delit de solidarité davanti alla corte di giustizia: il caso Kinshasa come game changer per le politiche migratorie europee](#), cit.

La vicenda oggetto del procedimento *a quo*, relativa all'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare rivolta a una richiedente asilo congolese per avere tentato di introdurre irregolarmente la figlia e la nipote nel territorio italiano, è la stessa che aveva dato origine alla sentenza della Corte costituzionale n. 63/2022. Dopo l'intervento della Consulta, infatti, il caso è tornato al Tribunale felsineo, dinanzi tuttavia a un diverso giudice, atteso che il venire meno delle aggravanti dichiarate illegittime ha determinato il passaggio di competenza dal Tribunale collegiale a quello monocratico. Questa volta il giudicante ha inteso le censure di sproporzionalità nel senso più ampio prospettato dalla difesa dell'imputata: quello cioè attinente non solo alla sproporzione *delle pene*, ma anche, a monte, delle stesse sottese *scelte di criminalizzazione*¹⁸. I dubbi di legittimità, sorretti da argomentazioni che ripercorrono quelle poc'anzi illustrate (v. *supra*, n. 5), hanno condotto il Tribunale a formulare i seguenti quesiti:

«se la Carta dei diritti fondamentali, e segnatamente il principio di proporzionalità di cui all'art. 52 par. 1, letto congiuntamente al diritto alla libertà personale e al diritto al patrimonio di cui agli artt. 6 e 17, nonché ai diritti alla vita e all'integrità fisica di cui agli artt. 2 e 3, al diritto all'asilo di cui all'art. 18 e al rispetto della vita familiare di cui all'art. 7 osti alle previsioni della Direttiva 2002/90/CE e della Decisione quadro 2002/946/GAI [...] nella parte in cui impongono agli Stati Membri l'obbligo di prevedere sanzioni di natura penale a carico di chiunque intenzionalmente favorisca o compia atti diretti a favorire l'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dell'Unione, anche laddove la condotta sia posta in essere senza scopo di lucro, senza prevedere al contempo l'obbligo per gli Stati Membri di escludere la rilevanza penale di condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare finalizzate a prestare assistenza umanitaria allo straniero».

Il secondo quesito è identicamente formulato, ma in luogo del riferimento alla direttiva e alla decisione quadro, fa riferimento all'art. 12 t.u. imm., cioè alla norma penale attuativa degli obblighi di incriminazione europei nell'ordinamento italiano.

In considerazione della loro rilevanza e complessità, i quesiti sono stati assegnati alla Grande Sezione della Corte di giustizia, dinanzi alla quale si è tenuta udienza il 18 giugno 2024. Se la Corte rilevasse i profili di "ostatività" prospettati dal giudice *a quo* potrebbe, anzitutto, invalidare l'intera disciplina prevista dal *Facilitators package* ai sensi dell'art. 267 (1) lett. (b) TFEU. Sulla base degli stessi argomenti, e venuta meno la "copertura" offerta dalla disciplina europea, i giudici nazionali potrebbero agevolmente disapplicare le rispettive norme penali, quanto meno nella parte in cui prevedono la punibilità di condotte realizzate per finalità umanitaria. La soluzione dell'invalidazione potrebbe essere agevolata dal fatto che, come verrà illustrato *infra*, la Commissione ha già formulato una proposta di direttiva che sostituisca il *Facilitators package*, sicché il vuoto legislativo sussisterebbe solo per i mesi necessari all'approvazione della nuova direttiva.

Alternativamente, la Corte di giustizia potrebbe ritenere percorribile la strada dell'interpretazione conforme alla Carta, affermando che gli obblighi di

¹⁸ Su questa distinzione v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, p. 239 ss.

criminalizzazione devono essere letti come se non comprendessero le condotte funzionali alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti alla vita, all'integrità fisica, all'unità familiare e a richiedere asilo. A nostro avviso, come già osservato, si tratterebbe di una lettura *contra legem*, posto che equivarrebbe a trasformare la scriminante umanitaria da facoltativa a obbligatoria. Nondimeno, anche questa strada consentirebbe, sebbene in maniera complessivamente meno incisiva rispetto all'invalidazione *tout court*, il superamento dei profili di illegittimità evidenziati, e metterebbe i giudici penali in condizione di disapplicare le norme nazionali.

6.2. Dopo che per molti anni le istituzioni europee erano rimaste inerti, malgrado una riforma della disciplina in esame fosse stata a più riprese auspicata¹⁹, il 28 novembre 2023, forse anche stimolata proprio dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁰, la Commissione europea ha presentato una [proposta di Direttiva](#) volta a definire le regole minime per il contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, in sostituzione di quelle previste dal *Facilitators package*.

L'articolo 3, par. 1 della Direttiva proposta dalla Commissione stabilisce che gli Stati membri siano obbligati a criminalizzare l'assistenza intenzionale all'ingresso, al transito o alla permanenza di stranieri privi di regolari documenti, a condizione che, alternativamente: (a) tale assistenza si prestata a scopo di lucro o per ottenere un altro vantaggio materiale; oppure (b) vi sia un elevato rischio di cagionare un grave danno a una persona ("*a high likelihood of causing serious harm to a person*"). In base a quanto si legge nel settimo considerando della proposta, l'inserimento di tali elementi specializzanti dovrebbe risolvere in radice il problema della criminalizzazione di condotte umanitarie. Tale affermazione, tuttavia, non ci pare condivisibile.

Si consideri, anzitutto, che, trattandosi di regole minime, nulla impedirebbe agli Stati membri di prevedere norme penali dotate di ambito di applicazione più ampio, e soprattutto di lasciare in vigore quelle che hanno già introdotto in attuazione del *Facilitators package*. Proprio perché più estese, queste ultime risulterebbero conformi anche alla nuova direttiva, e non ci pare che l'attuale clima politico sia favorevole a un ripensamento delle vigenti regole sulla lotta al *migrant smuggling* in chiave restrittiva.

In secondo luogo, gli elementi specializzati *sub* lett. (a) e (b) non sono, da soli, sufficienti a evitare che, in molti casi, vengano criminalizzate attività finalizzate a tutelare i diritti fondamentali dei migranti. Si pensi all'assistenza legale ai richiedenti asilo, prestata dietro legittima e proporzionata retribuzione; al soccorso di decine di migranti realizzato dal comandante di una piccola imbarcazione, che in tal modo ponga in pericolo anche il proprio equipaggio; all'accompagnamento lungo un impervio sentiero, al confine tra due Stati, di stranieri trovati smarriti in montagna da un pastore. Certo, alcune di queste attività potrebbero ricadere nell'ambito applicativo di cause di

¹⁹ Cfr. ad es. CARRERA S. *et al.*, [Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 update](#), Study requested by the PETI Committee, 2018.

²⁰ Così V. MITSILEGAS, [Reforming the EU 'Facilitators' Package': The new Commission proposal in the light of the Kinshasa litigation](#), in *EU Migration Law Blog*, 13.2.2024, il quale definisce il rinvio pregiudiziale un possibile *game changer* del processo legislativo avviato dalla Commissione.

giustificazione di portata generale. Tuttavia, occorre tenere presente che gli Stati prevedono discipline diverse, e spesso assai restrittive, sui presupposti dello stato necessità; e che in ogni caso la sussistenza della causa di giustificazione dovrebbe essere accertata in un processo, con conseguente *chilling effect* nei confronti di qualunque analoga attività umanitaria.

La principale criticità riscontrabile nella proposta della Commissione è peraltro rappresentata dall'assenza di qualsivoglia riferimento a una causa di esclusione della responsabilità per le condotte umanitarie. Sotto questo profilo si assiste addirittura a un arretramento rispetto all'assetto attuale, posto che l'introduzione (o il mantenimento in vigore) di scriminanti umanitarie, non costituendo più una facoltà espressamente riconosciuta in capo agli Stati membri, potrebbe in linea di principio provocare l'avvio di procedure di infrazione per difettosa attuazione della direttiva.

7. La giornata mondiale del rifugiato potrebbe essere, in conclusione, l'occasione per avviare un'ampia riflessione, il più possibile interdisciplinare, sul senso e sui limiti della criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in Europa. Tenuto conto del parallelo dipanarsi della via giurisdizionale, tracciata dal caso *Kinsa*, e di quella normativa, avviata dalla proposta della Commissione europea, il contesto appare, invero, quanto mai propizio per formulare e condividere riflessioni concretamente in grado di incidere sugli sviluppi della legislazione penale in materia, nella direzione di un assetto completamente rinnovato e finalmente conforme alla Carta dei diritti fondamentali.

LA NUOVA DIRETTIVA DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI SEQUESTRO E CONFISCA

*Direttiva (UE) 2024/1260 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024
Riguardante il recupero e la confisca dei beni*

di Stefano Finocchiaro

1. È stata finalmente adottata la [nuova direttiva dell'Unione europea in materia di recupero e confisca di beni](#), alla quale gli Stati membri sono tenuti a conformarsi entro il 23 novembre 2026.

Le radici di tale direttiva risiedono in una proposta del Parlamento e del Consiglio del maggio 2022¹, poi sottoposta al vaglio del Parlamento nel maggio 2023².

Quella stessa proposta trae origine da una riflessione pluriennale circa la necessità di rinnovare l'impianto legislativo dell'Unione in materia di confisca, per introdurre norme comuni ulteriori rispetto a quelle di cui alla direttiva 42/2014³. Necessità, quest'ultima, che era poi stata ribadita in un report della Commissione del giugno 2020⁴, nel quale si segnalava che la ricchezza illecita generata da reati economici commessi in particolare dalla criminalità organizzata avesse assunto in Europa una portata preoccupante che superava già allora i cento miliardi di euro⁵.

Non è un caso, allora, che il primo considerando della nuova direttiva esordisca rappresentando che «[a]llimentata dagli ingenti introiti generati dalla criminalità organizzata, pari almeno a 139 miliardi di euro ogni anno e sempre più spesso riciclati

¹ A questo indirizzo può consultarsi la proposta: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0245>. Sul punto si veda A.M. Maugeri, *La proposta di una nuova direttiva per la confisca dei beni: l'armonizzazione e l'actio in rem contro il crimine organizzato e l'illecito arricchimento*, in questa Rivista, 3 aprile 2024 e, volendo, S. Finocchiaro, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso "Cavallotti"*, in questa Rivista, 7 novembre 2023.

² Cfr. Draft European Parliament Legislative Resolution, consultabile a questo indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0199_EN.html#section1

³ Si veda il documento del Consiglio n. 7329/1/14/REV 1 ADD 1, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union" (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%207329%202014%20REV%201%20ADD%201/EN/pdf>).

⁴ Report from the Commission to the European Parliament and the Council, Asset recovery and confiscation: Ensuring that crime does not pay, COM(2020) 217 final, p. 1. Già prima si veda Commission staff working document, Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union, SWD (2019) 1050 final.

⁵ Cfr. i dati forniti da Transcrime, From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe, 2015. Cfr. anche Europol, Does crime still pay? Criminal Asset Recovery in the EU – Survey of statistical information 2010-2014, 2016.

attraverso un sistema finanziario parallelo sotterraneo, la disponibilità di proventi di attività criminali rappresenta una minaccia significativa per l'integrità dell'economia e della società, che erode lo Stato di diritto e i diritti fondamentali».

2. L'armonizzazione cui ambisce la nuova direttiva passa anche dalla sostituzione ad ogni effetto di precedenti strumenti quali l'azione comune 98/699/GAI, le decisioni quadro 2001/500/GAI e 2005/212/GAI, la decisione 2007/845/GAI e la direttiva 2014/42/UE, fatti salvi gli obblighi di tali Stati membri relativamente ai termini per il recepimento di tali strumenti nel diritto nazionale (art. 36 della direttiva), mentre resta in vigore la direttiva 2019/1153 sull'uso di informazioni finanziarie e di altro tipo a fini di prevenzione, accertamento, indagine o perseguimento di determinati reati (art. 35 della direttiva), così come – naturalmente – il regolamento 2018/1805, che impone, con uno strumento direttamente vincolante, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca.

3. La direttiva si articola in otto capi, così suddivisi: I) Disposizioni generali (artt. 1-3); II) Reperimento e identificazione (artt. 4-10); III) Congelamento e confisca (artt. 11-19); IV) Gestione (artt. 20-22); V) Garanzie (artt. 23-24); VI) Quadro strategico per il recupero dei beni (artt. 24-27); VII) Cooperazione (artt. 28 e 31); VIII) Disposizioni finali (artt. 32-38).

In attesa di ospitare commenti analitici a questo nuovo provvedimento, può essere utile passarne cursoriamente in rassegna i contenuti principali.

4. Anzitutto, può evidenziarsi che – coerentemente con quella che è la sua base giuridica: gli artt. 82 § 2, 83 § 1 e § 2, 87 § 2, TFUE – la nuova direttiva stabilisce norme minime in materia di reperimento, identificazione, congelamento, confisca e gestione di beni «nel quadro di un procedimento in materia penale» (art. 1 §1), quale «concetto autonomo del diritto dell'Unione europea» (considerando n. 7), il cui contenuto non viene però esplicitato, così lasciando residuare i dubbi interpretativi che già avevano investito il regolamento 2018/1805⁶, ma comunque senza pregiudizio per le normative nazionali già esistenti che prevedono forme di sequestro e confisca «nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa» (art. 1 §2).

La «confisca» cui si fa riferimento è comunque solo quella «ordinata da un organo giurisdizionale in relazione a un reato» (art. 3) e il «congelamento» è un «divieto temporaneo» di disporre del bene, prodromico alla confisca stessa, come il sequestro.

Il considerando n. 21 della direttiva precisa, peraltro, che il congelamento e la confisca «sono concetti autonomi, che non dovrebbero impedire agli Stati membri di attuare la presente direttiva utilizzando strumenti che, in base al diritto nazionale, sarebbero considerati sanzioni o altri tipi di misure».

Interessante è anche la nozione di «bene», suscettibile di confisca, che può essere «di qualsiasi natura, materiale o immateriale, mobile o immobile, comprese le cripto-

⁶ Cfr. A.M. MAUGERI, *La proposta di una nuova direttiva*, cit., 3 aprile 2024.

attività, nonché atti giuridici o strumenti in qualsiasi forma, che attestano un titolo o un diritto su tale bene», innovando in tal senso la definizione che era racchiusa sia nella direttiva 2014/42 sia nel regolamento 2018/1805.

5. Di grande rilievo è senz'altro l'attenzione che viene rivolta al rafforzamento delle tecniche di reperimento e identificazione dei beni suscettibili di sequestro e confisca. Si tratta di un aspetto nevralgico dell'attuale sistema di contrasto economico della criminalità organizzata: per evitare che provvedimenti di sequestro disposti a seguito di faticose e dispendiose indagini penali rimangano mere affermazioni astratte, prive di qualsivoglia effettività concreta, è indispensabile che le autorità giudiziarie e le forze di polizia giudiziaria dispongano di strumenti in grado di rintracciare (rapidamente) i patrimoni personali trasferiti all'estero, siano essi depositati su conti correnti, investiti in attività imprenditoriali o utilizzati per acquisti immobiliari.

A tal riguardo è senza dubbio essenziale che sia assicurato il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca (direzione nella quale si è da ultimo mosso il regolamento 2018/1805), ma è parimenti indispensabile che quei provvedimenti, una volta emessi e riconosciuti dallo stato estero, possano anche essere proficuamente eseguiti, recuperando effettivamente i beni: in questo senso si muove la disciplina della nuova direttiva, con un nutrito novero di disposizioni contenute negli artt. 4-10.

A questo fine, la direttiva implementa il ruolo degli Uffici per il recupero dei beni (Asset recovery Offices: A.R.O.) la cui istituzione in ciascuno Stato membro era stata prevista già dalla decisione quadro 2007/845/GAI, e che in Italia già sono istituiti presso il Servizio per la Cooperazione Internazionale di Polizia, strutturalmente incardinato presso il Ministero dell'Interno⁷.

Essi dovrebbero essere in grado di reperire e identificare beni, cooperando e scambiando informazioni con gli Uffici di altri stati, con l'EPPO e con altre autorità nazionali competenti (cfr. art. 5 della direttiva)

Caratteristica, e limite, di questa forma di cooperazione è spesso che tali informazioni sono in concreto reperibili a condizione che siano contenute in banche dati o registri centralizzati o interconnessi detenuti da autorità pubbliche degli Stati a cui è rivolta la richiesta di informazioni, il che non sempre avviene. Prendendo atto di ciò, la direttiva stabilisce che gli Stati membri devono adottare le misure necessarie per garantire che gli uffici per il recupero dei beni possano rapidamente ottenerle dagli enti pertinenti con altri mezzi in modo semplificato e standardizzato (cfr. artt. 6, 7 e 8 della direttiva).

Più nel dettaglio è l'art. 9 ad occuparsi delle modalità con cui deve avvenire lo scambio di informazioni tra Stati membri: i dati che deve contenere la richiesta (§2) – tra cui anche il collegamento fra il procedimento e lo Stato membro – e i possibili motivi di

⁷ A tale organismo possono essere rivolte eventuali richieste di attivazione del network europeo di asset recovery, secondo le modalità previste dalla decisione quadro 2006/960/GAI, attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 54/2015.

rifiuto (§5), tra cui quello secondo cui la comunicazione appaia palesemente sproporzionata o irrilevante per lo scopo per cui è stata richiesta.

Tale scambio di informazioni ambisce poi a essere particolarmente celere, in linea con le esigenze investigative e la necessità di eseguire anche provvedimenti urgenti. I termini infatti sono fissati: a) in sette giorni, per tutte le richieste non urgenti; b) in otto ore per le richieste urgenti di informazioni di cui all'articolo 6 che sono contenute in banche dati e registri a cui tali uffici per il recupero dei beni hanno accesso diretto; c) in tre giorni per le richieste urgenti fuori dai casi precedenti.

6. Al congelamento e alla confisca sono invece dedicati gli artt. da 11 a 19, del capo III.

Il congelamento (*"freezing"*), comprende sia le *"azioni immediate"* da intraprendere, ove necessario (ed eventualmente anche da parte degli A.R.O.), al fine di conservare i beni fino all'emissione di un provvedimento di congelamento, sia il congelamento in senso stretto, essenzialmente corrispondente al nostro sequestro preventivo, volto ad assicurare l'apprensione e la conservazione temporanea dei beni suscettibili di successiva confisca, rispetto alla quale è strumentale (cfr. art. 11 della direttiva).

Le ipotesi di confisca contemplate dalla nuova direttiva sono quattro, contemplate agli artt. 12-16.

- i. *"Confiscation"*. L'art. 12 descrive anzitutto la confisca tradizionale fondata sulla condanna definitiva, già prevista dall'art. 4 § 1 della direttiva UE/42/2014, ora come allora declinata sia nella sua forma diretta sia – in via alternativa o sussidiaria – nella forma per equivalente. Ha ad oggetto beni strumentali e di proventi di reato.

Si precisa inoltre che la confisca può colpire anche terzi, purché non in buona fede, e cioè che sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento nei loro confronti o l'acquisizione aveva lo scopo di evitare la confisca (cfr. art. 13 della direttiva).

- ii. *"Extended confiscation"*. L'art. 14 prevede poi la confisca *"estesa"*, già contemplata dall'art. 5 della direttiva UE/42/2014, che – come noto – è assimilabile alla nostrana confisca *"allargata"*, introdotta originariamente nell'art. 12-sexies d.l. 306/1992 e oggi disciplinata dall'art. 240-bis c.p. Tale confisca consente di utilizzare il dato della sproporzione patrimoniale rispetto al reddito lecito quale indizio, tra altri eventualmente sussistenti, per stabilire che determinati beni derivino da condotte criminose⁸, e quindi sottoporli a sequestro

⁸ L'art. 240-bis, con cui si chiude il Libro I del codice penale, prevede che *"nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti [dalla disposizione medesima] è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica"*.

nell'ambito del procedimento penale per un reato lucrogenetico e poi a confisca a seguito della sentenza di condanna penale.

- iii. *"Non-conviction based confiscation"*. All'art. 15 è contemplata invece una confisca senza condanna, per così dire, "tradizionale" in quanto già prevista dall'art. 4 § 2 della direttiva UE/42/2014, il cui ambito applicativo viene però oggi ampliato. Si tratta di una norma che, nella sostanza, permette di procedere alla confisca di cui all'art. 12 anche nel caso in cui non sia possibile concludere il processo penale in corso e giungere a una sentenza definitiva di condanna per ragioni tassativamente indicate. Tali ipotesi, nella direttiva 42/2014 erano solo le ipotesi di malattia o fuga dell'indagato, casi dunque evidentemente marginali⁹, mentre nella nuova direttiva si aggiungono le ipotesi di decesso e – soprattutto – decorso dei termini di prescrizione, quando inferiori a 15 anni (non compaiono più invece i casi immunità e amnistia che erano stati introdotti nell'originaria proposta della Commissione). La concreta applicabilità della confisca viene in queste ipotesi altresì subordinata alla condizione che "il procedimento penale pertinente avrebbe potuto portare a una condanna penale perlomeno per i reati che possono produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole", e che l'organo giurisdizionale nazionale sia "convinto che i beni strumentali, i proventi o i beni da confiscare derivino dal reato in questione o siano ad esso connessi direttamente o indirettamente" (cfr. § 2 dell'art. 15).
- iv. *"Confiscation of unexplained wealth linked to criminal activities"*. L'art. 16, infine, introduce la previsione di una confisca "nuova" rispetto a quanto sino ad oggi previsto nella direttiva UE/42/2014: una confisca senza condanna prevista come residuale rispetto alle misure di cui agli articoli da 12 a 15 (cioè applicabile quando queste ultime non possano essere applicate), e che ha ad oggetto "beni identificati nel contesto di un'indagine connessa a un reato purché l'organo giurisdizionale nazionale sia convinto che i beni identificati derivino da condotte criminose commesse nel quadro di un'organizzazione criminale e tali condotte possano produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole".

La norma stabilisce altresì che nel determinare se tali beni debbano essere confiscati si tiene conto di "tutte le circostanze del caso, compresi gli elementi di prova disponibili e i fatti specifici che possono comprendere:

- a. il fatto che il valore dei beni è considerevolmente sproporzionato rispetto al reddito legittimo dell'interessato;
- b. il fatto che non vi è una fonte lecita plausibile dei beni;

⁹ Il considerando n. 15 della direttiva 42/2014, spiega peraltro: "Qualora la confisca in base a una condanna definitiva non sia possibile, in determinate circostanze dovrebbe essere comunque possibile confiscare beni strumentali e proventi da reato, almeno in caso di malattia o di fuga dell'indagato o dell'imputato. Tuttavia, in tali casi di malattia e di fuga, l'esistenza di un procedimento in contumacia negli Stati membri dovrebbe essere sufficiente per adempiere a tale obbligo. In caso di fuga dell'indagato o dell'imputato, gli Stati membri dovrebbero adottare ogni misura ragionevole e possono disporre affinché il soggetto in questione sia chiamato a comparire nel procedimento di confisca o sia informato di tale procedimento".

- c. il fatto che l'interessato è collegato a persone connesse a un'organizzazione criminale.

A differenza di quanto era stato originariamente proposto dalla Commissione, non è invece indispensabile che i beni siano congelati nel contesto di un'indagine relativa a un reato commesso nel quadro di un'organizzazione criminale, presupposto questo che l'art. 16 §5 indica come meramente facoltativo, con scelta rimessa agli Stati membri.

La disposizione precisa poi che i reati-presupposto della misura (*"the notion of criminal offence"*), sono solo quelli elencati all'art. 2 §1-3 della direttiva stessa, qualora punibili con una pena privativa della libertà di durata massima non inferiore a quattro anni.

La norma prevede quindi un'ipotesi di ablazione patrimoniale che appare evidentemente ispirata ai modelli di confisca di prevenzione italiana e a quelli di *civil forfeiture* di matrice anglosassone.

Nondimeno, si legge nel considerando n. 35 che "l'oggetto della presente direttiva è limitato ai procedimenti in materia penale e pertanto la presente direttiva non si applica alle misure di confisca nei procedimenti in materia civile che gli Stati membri potrebbero aver attuato".

La ragione della necessità di introdurre una simile misura veniva ad ogni modo spiegata efficacemente nel considerando n. 28 della proposta di direttiva avanzata dalla Commissione, ove si faceva riferimento all'esigenza di approntare uno strumento in grado di recuperare gli arricchimenti illeciti anche quando, «data la natura intrinsecamente opaca della criminalità organizzata, non è sempre possibile collegare i beni derivanti da attività criminali a uno specifico reato e confiscare tali beni». Tale esigenza viene però temperata con l'esigenza di rispetto del principio di proporzionalità e, tal fine, il considerando n. 33 precisa che nell'applicare le norme nazionali di attuazione della presente direttiva, le autorità competenti nazionali possono scegliere di non ordinare o eseguire la confisca di patrimonio ingiustificato qualora, nel caso in questione, l'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva sia manifestamente irragionevole o sproporzionata. Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da tali condotte criminose".

7. La direttiva comprende poi una disciplina di principio in punto di gestione dei beni sequestrati e confiscati e, in particolare delle imprese (art. 20), con previsione altresì di una vendita anticipata rispetto alla confisca (art. 21); gestione da affidare anche agli "Uffici per la gestione" e, ove opportuno, agli "Uffici per il recupero", con la predisposizione inoltre di registri centralizzati (art. 22 e 27).

Sono inoltre dedicate alcune disposizioni specificamente rivolte alle garanzie in tema di adeguata comunicazione e motivazione dei provvedimenti (art. 23) e di predisposizione di mezzi di ricorso effettivi, implicanti anche diritti di accesso, alla traduzione degli atti e a una difesa effettiva durante tutto il procedimento (art. 24)

Vengono infine dedicati alla cooperazione con gli organismi e le agenzie dell'UE e con Paesi terzi gli artt. 29-31. Anzitutto si prevede che la Commissione istituisca

una rete di cooperazione per il recupero e la confisca dei beni per facilitare la cooperazione tra gli uffici per il recupero dei beni e gli uffici per la gestione dei beni e con Europol in relazione all'attuazione della direttiva, nonché per fornire consulenza alla Commissione e consentire lo scambio delle migliori pratiche in relazione all'attuazione della direttiva. Inoltre gli uffici per il recupero dei beni degli Stati membri, nei limiti delle rispettive competenze e conformemente al quadro giuridico applicabile, dovranno cooperare strettamente con l'EPPO, oltre che con Europol ed Eurojust, conformemente ai settori di loro competenza, nonché con i loro omologhi nei paesi terzi, fatto salvo il quadro giuridico applicabile in materia di protezione dei dati, il tutto per agevolare l'identificazione di beni strumentali, proventi, o beni che sono o potrebbero diventare oggetto di un provvedimento di congelamento o confisca.

**FATTURE PER OPERAZIONI A SPECCHIO
E DOLO SPECIFICO DI EVASIONE:
NOTE A MARGINE DI UNA PRONUNCIA DEL TRIBUNALE DI BRESCIA**

Trib. Brescia, sent. n. 1571 del 15 dicembre 2022, dep. 21 febbraio 2023

di Luca Franzetti

1. Il tema delle fatture per operazioni a specchio, nonostante l'indubbio fascino che offre al penalista per i suoi molteplici punti di contatto con le anse del diritto penale (non solo tributario) è tuttavia stato oggetto di sparute riflessioni dottrinali, oltre che – e soprattutto – di un numero davvero esiguo di pronunciamenti giurisprudenziali. Tra queste è da segnalarsi la pronuncia che qui si annota del Tribunale di Brescia, la quale si interroga su questo tema in relazione al delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. 74/2000).

L'eccezionale singolarità di questa pronuncia, che peraltro si connota di indubbia chiarezza sistematica con riferimento alle questioni *lato sensu* penal-tributarie, tocca alcuni “nervi scoperti” della Parte Generale del diritto penale – specialmente i rapporti tra dolo e movente – che meritano, dunque, un approfondimento.

2. I fatti di causa e la tesi difensiva. Ma si proceda per ordine. I fatti anzitutto. La vicenda prende l'abbrivio da una serie di attività di verifica espletate nei confronti di una s.p.a. e di una s.r.l., riconducibili rispettivamente a padre e figlio. In particolare, l'analisi dei rapporti commerciali intercorrenti tra le due società testé menzionate faceva emergere un copioso numero di compravendite aventi ad oggetto, natura e quantità di beni del tutto coincidenti.

Numerose erano le incongruenze riscontrate dagli organi accertatori a seguito dell'analisi dei movimenti di magazzino. Emergeva, infatti, come il materiale (siderurgico) acquistato dalla s.p.a. presso la s.r.l. non era iscritto in magazzino; inoltre, non era dato rinvenire alcuna giustificazione per i continui passaggi da un magazzino all'altro del medesimo materiale. A ciò si saldava il fatto che nel periodo d'imposta 2016 la s.p.a. aveva commissionato ad un professionista indipendente una perizia estimativa del magazzino, da cui emergeva come la maggior parte dei codici delle merci elencati non trovasse alcun riscontro nel magazzino.

Del tutto speculari gli accertamenti e – di conseguenza – le contestazioni nei confronti della s.r.l. Ad essa veniva, infatti, contestata la pedissequa annotazione nelle dichiarazioni fiscali delle relative annualità di fatture per prestazioni oggettivamente inesistenti. Contestualmente, alla s.p.a. veniva contestata la ricezione e annotazione di fatture aventi ad oggetto fatture per operazioni oggettivamente inesistenti (emesse dalla

s.r.l.) nonché, per l'appunto, l'emissione di fatture parimenti inesistenti (nei confronti della s.r.l.) per medesimi valori e in relazione ai medesimi documenti.

L'assoluta ed obiettiva inesistenza delle prestazioni riportate nella documentazione contabile appariva, peraltro, incontestabile anche agli stessi imputati nel procedimento *de quo*, i quali avevano presentato istanza di accertamento con adesione per definire la controversia insorta con l'Erario.

Non essendo dunque controversa la materialità del fatto, la linea difensiva prospettata dagli imputati prende le pieghe dalla contestazione del fatto *sub* artt. 2 e 8 d.lgs. 74/2000, ma affermandone la penale irrilevanza in ragione o del difetto del necessario elemento soggettivo (i.e. il dolo specifico) o in ragione dell'inoffensività della condotta.

Quanto all'elemento soggettivo, infatti, la difesa degli imputati rappresenta come costoro abbiano agito non al fine di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni tributarie, bensì allo scopo di ottenere un'anticipazione di liquidità dalle banche – secondo un “rodato” meccanismo di anticipo sulle fatture, assimilabili a mutui a breve termine¹ – pur in assenza del presupposto oggettivo che avrebbe dovuto costituirne valido titolo.

Venendo invece all'elemento oggettivo, gli imputati sostengono che il complesso di operazioni poste in essere non avrebbe cagionato alcun danno all'Erario. Secondo la difesa, infatti, il riepilogo delle operazioni c.d. “oggettivamente inesistenti” dimostra come l'IVA dovuta all'Erario corrisponda sostanzialmente all'IVA deducibile (quindi a credito) di conseguenza non vi sarebbe stata alcuna evasione d'imposta. In buona sostanza, la reciprocità delle operazioni commerciali indicate come fittizie (le c.d. “operazioni a specchio”), sarebbe stata tale da annullare qualsivoglia vantaggio fiscale e comunque avrebbe escluso il dolo specifico che deve caratterizzare i reati tributari contestati.

Così impostata la questione, prima di poter procedere all'analisi delle motivazioni che hanno portato al rigetto della tesi difensiva da parte del Tribunale di Brescia, giova premettere alcune glosse in merito al delitto previsto dall'art. 2 del d.lgs. 74/2000.

3. Alcune puntualizzazioni sul reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

3.1. Sul versante oggettivo. Come noto, già con la riforma del 2000, il legislatore penal-tributario ha inteso congedarsi dal c.d. modello del reato prodromico, tipico della famigerata legge “Manette agli evasori” (l. n. 516/1982), affermando la centralità del momento dichiarativo e declinando, dunque, fattispecie connotate da una rilevante offensività. All'interno delle fattispecie dichiarative, dunque, un ruolo indubbiamente

¹ Si tratta di una pratica ampiamente invalsa nella prassi commerciale, specie in situazioni di carenza di liquidità. Con l'anticipo delle fatture (inquadrate tra i finanziamenti a breve termine) un'azienda può infatti ottenere liquidità da parte di un istituto di credito, cedendo i crediti commerciali vantati verso altre aziende da fatture con scadenza futura.

centrale compete al reato di “Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti”, disciplinato all’art. 2 del decreto citato. Detta norma punisce con la reclusione da quattro ad otto anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi passivi fittizi. La norma chiarisce poi, al secondo comma, che il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fini di prova nei confronti dell’Amministrazione Finanziaria².

Per quel che interessa all’economia dello scritto, sul versante oggettivo, la fattispecie *de quo* si perfeziona con la presentazione della dichiarazione fiscale, secondo le rime – note negli schemi normativi delle fattispecie penal-tributarie – dello schema bifasico³. Affinché risulti integrato l’elemento oggettivo della fattispecie *sub* art. 2 occorre, infatti, una prima fase preparatoria, in cui la condotta ha natura propedeutica e strumentale, caratterizzata dalla registrazione nelle scritture contabili obbligatorie o dalla detenzione a fini di prova di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. Vi è poi una seconda e successiva fase in cui si richiede che le fatture o documenti per operazioni inesistenti ovvero che il falso contabile e la condotta fraudolenta che lo ha accompagnato si traducano, per avere rilevanza penale, nella indicazione, in una delle dichiarazioni dei redditi o dell’IVA, di elementi attivi inferiori od elementi passivi fittizi. L’indicazione mendace nella dichiarazione costituisce il momento di perfezionamento e di consumazione del reato, che ha natura istantanea. Apprestando una struttura bifasica,

² Per un approfondimento sul tema cfr. A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Milano, 2020, 344 ss.; G. RUTA, *La dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, Torino, 2017, 192 ss.; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2016, 111 ss.; E. BASSO-A. VIGLIONE, *Diritto penale tributario*, Torino, 2021, 39 ss.; A. ACETO, *La dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in A. SCARCELLA (a cura di), *La disciplina penale in materia d’imposte dirette e I.V.A.*, Torino, 2019, 29 ss.; F. CAGNOLA, *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in C. NOCERINO-S. PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari*, Torino, 2015, 25 ss.; F. CAGNOLA-A. LA ROSA, *Reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2, d.lgs. n. 74/2000)*, in L. SALVINI-F. CAGNOLA (a cura di), *Manuale professionale di diritto penale tributario*, Torino, 2022, 415 ss.; A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs ‘illecito penale personale’. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 49 ss.; G.L. SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2023, 107 ss.

³ In questo senso v., in dottrina, A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 357; G. RUTA, *La dichiarazione fraudolenta*, cit., 185; E. CORUCCI, *Il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in A.L. GIARDA-A. PERINI-G. VARRASO (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, Milano, 2016, 194; L. PISTORELLI, *Quattro figure contro il contribuente infedele*, in *Guida dir.*, 2000, 62; V. NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, 58 (che parla di condotta a «struttura complessa»); F. CAGNOLA, *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, cit., 30; E. BASSO-A. VIGLIONE, *Diritto penale tributario*, cit., 42; A. ACETO, *La dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, cit., 56; F. CAGNOLA-A. LA ROSA, *Reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, cit., 437; G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., 115. Pacifica la giurisprudenza di legittimità sul punto: Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2000, n. 27; Cass. pen., sez. III, 7 febbraio 2007, n. 12284; Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2008, n. 14718; Cass. pen., sez. III, 20 maggio 2014, n. 52752; Cass. pen., sez. III, 24 novembre 2011, n. 48498; Cass. pen., sez. III, 18 giugno 2015, n. 32348.

il legislatore del 2000 ha dunque inteso evidenziare, nella stessa struttura del fatto tipico, l'inossidabile vincolo che lega i due comportamenti, i quali, solamente se letti sinergicamente, realizzano quell'accentuato e denso disvalore meritevole di una sanzione penale⁴. Da quanto detto, se ne ricava di conseguenza che il comportamento di "utilizzazione" si configura come mero *ante factum* (non punibile) strumentale e prodromico per la realizzazione dell'illecito.

3.2. Sul versante soggettivo. Ben più complessa – e di tale complessità sembra farsi carico anche l'organo giudicante nella pronuncia in commento – la questione dell'elemento soggettivo della fattispecie di cui all'art. 2. La norma in commento è inequivoca nel richiedere che la condotta sia tenuta col «**fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto**», da leggersi in combinato disposto con la definizione fornita dall'art. 1 lett. d) del decreto secondo cui «il "fine di evadere le imposte" e il "fine di consentire a terzi l'evasione" si intendono comprensivi, rispettivamente, anche del fine di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta, e del fine di consentirli a terzi». Atteso il particolare orientamento finalistico e le formule lessicali utilizzate dal legislatore, non pare potersi revocare in dubbio la natura di dolo specifico dell'elemento soggettivo in parola. Ora, le questioni da affrontare con riferimento a tale elemento del reato, seguendo le cadenze del giudice bresciano, sono essenzialmente due: (i) anzitutto, verificare se il fine d'evasione possa concorrere – e in quali limiti – con altre ed ulteriori finalità perseguite dall'agente (c.d. dolo multiplo); (ii) in secondo luogo, in una visione più ampia di politica criminale, valutare l'astratta compatibilità delle fattispecie a dolo specifico con il principio di offensività.

3.2.1. Concorrenza di altre finalità nel dolo specifico d'evasione. La prima delle questioni evocate non sembra involgere soverchie problematiche, tuttavia necessita una corretta perimetrazione, al fine di evitare pericolose presunzioni di dolo ed estroflessioni del fine evasivo dal tipo criminoso. Sul punto, si è andato consolidando – tanto in giurisprudenza⁵, quanto in dottrina⁶ – l'orientamento per cui la finalità evasiva può ben concorrere con altri fini (anche extra-fiscali) perseguiti dall'agente, non necessariamente in via prioritaria o principale. È tuttavia necessario che il fine "non-evasivo" si contenga e non sopravvanti i confini dello scopo evasivo: in questi casi, infatti, compete al giudice un onere di "misurazione" del fine che risulta prevalente rispetto a quello soccombente, alla stregua degli elementi di prova raccolti. Ci si avvede sin da subito come i confini con l'arbitrio delle pure valutazioni sia molto labile, sicché «in giudizio dovrà essere

⁴ L. PISTORELLI, *Quattro figure contro il contribuente infedele*, cit., 62; R. PISANO, *La dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti* (Art. 2), in A. DI AMATO (dir. da), *Trattato di diritto penale dell'impresa. I reati tributari*, VII, Padova, 2002, 384 ss.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. III, 21 aprile 2022, n. 22812; Cass. pen., sez. III, 24 maggio 2019, n. 39316; Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2018, n. 49190; Cass. pen., sez. III, 15 ottobre 2013, n. 44665; Cass. pen., sez. III, 17 marzo 2010, n. 17525; Cass. pen., sez. III, 15 marzo 2006, n. 13244.

⁶ Cfr. essenzialmente gli autori citati in nota 3.

accertata l'effettiva finalità perseguita dall'agente, perché il dolo richiesto del reato di cui all'art. 2 non è *in re ipsa*; tale accertamento risulta spesso assai difficile in costanza di una possibile pluralità di scopi animatori della condotta. Quando la condotta è correlabile a una pluralità di fini e si contesta l'integrazione di più reati, l'elemento psicologico è rappresentato da un dolo multiplo e l'accusa non è esonerata dal provare la direzione del dolo, dovendo dimostrare che, nell'ambito delle finalità che l'imputato avrebbe potuto perseguire, è ricompresa anche quella di aver voluto evadere le imposte avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti⁷. D'altronde l'esigenza di un rigoroso accertamento del fine è richiesta, oltre che da basilari principi di ordine costituzionale che regolano la materia penale (e processual-penale), anche dalla norma stessa: il legislatore, infatti, ha inteso selezionare tra gli innumerevoli fini che può perseguire l'agente – rendendolo tipico – uno solo degli scopi che questi anela con la sua condotta, ossia il fine d'evasione. In questo senso, lo scopo diviene parte integrante della fattispecie tipica⁸. E se, dunque, il legislatore ha voluto evidenziare esclusivamente questo fine specifico, sì da connotare la fattispecie di un più denso disvalore, è giocoforza ritenere che il succedaneo accertamento dovrà anzitutto verificare, nella selva dei diversi obiettivi, la sussistenza – sia pur *in nuce* – del fine evasivo. Mancando, infatti, anche quel minimo richiesto per l'integrazione del fine evasivo non potrà dirsi configurabile il reato *sub* art. 2. E se poi concorreranno altri fini, come accade non di rado nella prassi, spetterà al giudice verificare, in seconda battuta, che il fine evasivo sia quantomeno concorrente con la finalità extra-fiscale.

Di questa scansione nell'accertamento dell'elemento soggettivo sembra essere ben consapevole il giudice nella sentenza in commento. Nelle motivazioni del provvedimento si richiamano, infatti, evocando la stabilità esegetica di siffatto approdo, numerosi precedenti di legittimità in materia penal-tributaria che riconoscono la sussistenza dell'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2 anche laddove questo concorra, non per forza in via principale, con altre finalità extra evasive⁹.

Tanto premesso, l'organo giudicante procede dunque a sconfessare la tesi difensiva. Come si ricorderà, l'assunto difensivo poggiava sul fatto che gli imputati avessero agito, mediante un giro di fatturazioni "a specchio", non mossi da finalità evasive, bensì spinti dall'esigenza di un'anticipazione di liquidità dalle banche mediante anticipo sulle fatture. Contrariamente a ciò, si è osservato, però, che la condotta dell'imputato – pur improntata all'ottenimento di anticipi sulle fatture – era comunque accompagnata da una serie di operazioni ancillari e "speculari" da parte della società del

⁷ Così G. DI MATTEO-C. ANNUNZI, *Processo Mediaset: finalità concorrenti con l'evasione fiscale e integrazione del reato ex art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000*, in *Il Fisco*, 2013, 6068.

⁸ Si rimanda alle illuminanti riflessioni di M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, 153 ss. Sulla funzione tipizzante del dolo specifico (tesi oramai grandemente invalsa nella dottrina maggioritaria) v. anche G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, 428 ss.; L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, 471 ss.; G. FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 176 ss.; C. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 336; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 370.

⁹ Trib. Brescia, sent. 1571 del 15 dicembre 2022, 5.

secondo imputato: operazioni, a ben vedere, per nulla necessarie ai fini del perseguimento dell'obiettivo principale (l'indebito utilizzo di un mutuo a breve termine) e pertanto poste in essere al solo fine di azzerare il debito fiscale («“compensando” l'imposta sui redditi calcolata su di un ricavo, con un corrispondente ed opposto costo portato in deduzione, e quella sul valore aggiunto dovuta, con un contro-credito posto in detrazione»¹⁰).

Secondo il Tribunale, dunque, è proprio la “specularità” delle operazioni a fornire l'indice dirimente per disvelare il dolo d'evasione. Sul punto, si richiama l'unico precedente che è dato ravvisare sui rapporti tra operazioni a specchio e reati tributari¹¹, originato nell'ambito di un procedimento cautelare penale relativo alle vicende di una nota squadra calcistica. In quell'occasione – ritenuta del tutto analoga al caso di specie sottoposto all'attenzione del Tribunale – il dirigente di una società calcistica era stato accusato di aver utilizzato fatture relative ad operazioni inesistenti nelle dichiarazioni fiscali presentate in tale veste, nonché di aver emesso, nel corso del medesimo periodo, fatture aventi ad oggetto operazioni oggettivamente inesistenti. Anche in quel caso, si osserva, la linea difensiva aveva fatto leva proprio sulla reciprocità delle operazioni con conseguente annullamento di qualsiasi vantaggio fiscale o, in via riconvenzionale, insussistenza dell'elemento soggettivo (*sub* artt. 2 e 8 d.lgs. 74/2000). Linea difensiva non accolta però dalla III Sezione della Cassazione, la quale, ribadendo come il fine d'evasione ben potesse concorrere con altre finalità (in questo caso compiere operazioni di *maquillage* contabile), soggiungeva poi che «proprio la reciprocità del meccanismo delle fittizie cessioni consentiva ai soggetti che se ne giovavano di realizzare le plusvalenze, le quali diversamente sarebbero state foriere di imposizione tributaria, neutralizzandole sul medesimo piano fiscale con i costi connessi alle avvenute acquisizioni del diritto alle prestazioni sportive di altri calciatori»¹².

In breve: per risultare effettivamente vantaggiosa per gli interessati, l'operazione “a specchio” in parola necessitava di un meccanismo che impedisse il sorgere del debito fiscale o, comunque, ne azzerasse l'oggetto. Diversamente, sarebbe risultato irrazionale (oltre che antieconomico) per i due imputati nel procedimento *de quo* corrispondere onerosi tributi a fronte dell'ottenimento immediato di liquidità da parte delle banche.

3.2.2. Il continuo rapporto di tensione con il canone di offensività. Venendo, invece, alla seconda questione evocata sul fronte dell'elemento soggettivo dalla sentenza in parola, l'attenzione si sposta sull'astratta compatibilità tra i reati a dolo specifico e il canone – costituzionalmente presidiato¹³ – di offensività. Nel giudizio *de quo*, come si

¹⁰ *Ivi*, 6.

¹¹ Cass. pen., sez. III, 18 settembre 2020, n. 32734.

¹² *Ivi*, 4.

¹³ Sulla copertura “costituzionale” di tale principio cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 82 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 55 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 445 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, 629 ss.; G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, III, Milano, 1984, 1700 ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene*

ricorderà, la difesa degli imputati poggiava sulla totale assenza di un danno effettivo e concreto in capo all'Erario: la loro condotta, infatti, se guardata nel suo complesso (quindi con riferimento alle due società e alle posizioni fiscali delle plurime annualità venute in rilievo), non avrebbe generato un debito superiore a quello effettivamente adempiuto. Ciò in ragione del fatto – si legge nella sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Brescia pronunciata nel merito delle contestazioni fiscali – che «ai fini delle imposte sui redditi, ad un costo dedotto si è contrapposto un ricavo regolarmente assoggettato ad imposizione e, ai fini IVA, all'esercizio del diritto alla detrazione dell'IVA da parte del cessionario si è contrapposto il regolare versamento della corrispondente IVA da parte del soggetto cedente». Tale conclusione non convince del tutto, quantomeno con riferimento all'imposta sul valore aggiunto. In ragione del c.d. principio di cartolarità, posto alla base del sistema impositivo dell'IVA, l'imposta in parola è dovuta ogni qual volta la fattura sia emessa, anche se inerente ad un'operazione inesistente. In tal caso, viene in soccorso la disposizione di cui all'art. 21, comma 7 del d.p.r. 633/1972, ove si statuisce che «se il cedente o prestatore emette fattura per operazioni inesistenti, ovvero se indica nella fattura i corrispettivi delle operazioni o le imposte relative in misura superiore a quella reale, l'imposta è dovuta per l'intero ammontare indicato o corrispondente alle indicazioni della fattura». Si comprende bene, dunque, come in ipotesi di fatture per operazioni oggettivamente inesistenti, l'imposta risulta dovuta a titolo di sanzione, in ragione – come accennato poc'anzi – della cartolarità dell'operazione: così, mentre l'IVA è dovuta da chi ha emesso la falsa fattura, il ricevente non ha diritto di detrarre l'imposta¹⁴. Si tratta di un principio pienamente permeato anche nelle anse del diritto penale tributario, laddove ad esempio, si ritiene

giuridico e riforma della parte speciale, Napoli, 1985, 134 ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 793 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 467 ss.; G. INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte costituzionale sull'art. 1, VI comma, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 726 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 61 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 278 ss.; E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 259 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 18 ss., 25 ss., 45 s., 117 ss., 140 ss.; F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 74; Id., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; V. MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, Napoli, 2006, 283 ss.; D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, Torino, 2009, 59 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.

¹⁴ Cfr. F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, Milano, 2020, 463. Pacifica la giurisprudenza civilistica sul punto, per cui v. Cass. civ., sez. V, ord. 2 febbraio 2023, n. 3149; Cass. civ., sez. VI, ord. 27 ottobre 2022, n. 31710; Cass. civ., sez. V, ord. 1 marzo 2022, n. 6627 (la quale peraltro precisa che in ipotesi di operazioni oggettivamente inesistenti la buona fede non scusi mai, al fine di eliminare il rischio di perdita di gettito fiscale conseguente al diritto di detrazione); Cass. civ., sez. V, ord. 12 marzo 2020, n. 7080.

configurabile il delitto di omessa dichiarazione ai fini IVA anche nel caso in cui siano state emesse fatture per operazioni inesistenti, in quanto, secondo la disciplina tributaria, l'imposta sul valore aggiunto è dovuta anche per tali fatture, indipendentemente dal loro effettivo incasso (e conseguente obbligo di presentare relativa dichiarazione)¹⁵.

Ciò nonostante, rientrando nelle questioni prettamente penalistiche affrontate dalla sentenza in commento, si soggiunge poi un ulteriore argomento che, prescindendo dalle questioni meramente tributaristiche, permette di dimostrare la sussistenza nel caso concreto del dolo specifico in capo agli imputati. In particolare, la motivazione del giudice bresciano prende qui le mosse da quella tesi, elaborata in dottrina, che equipara i reati a dolo specifico (quantomeno nell'ipotesi in cui l'oggetto della volizione sia un evento lesivo di beni giuridici) ai delitti tentati¹⁶. Partendo dal presupposto per cui nelle fattispecie contrassegnate dal dolo specifico non è richiesto che venga a prodursi l'evento perseguito, al fine di evitare possibili punizioni della mera intenzionalità del soggetto agente si richiede l'accertamento della necessaria idoneità (in concreto)¹⁷ degli atti compiuti a cagionare l'evento dannoso o pericoloso avuto di mira. Così, ad esempio, nel sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) non sarebbero idonei quegli atti (idonei) posti in essere al fine di sequestrare un ricco possidente, ma che si rivela poi essere uno spiantato. Seguendo, pertanto, queste cadenze argomentative, nei reati a dolo specifico - in cui l'oggetto della volizione sia un evento lesivo di beni giuridici, come nell'art. 630 c.p. - non troverebbe applicazione la disciplina del tentativo, in ragione dei principi di materialità e offensività: tornando all'esempio del sequestro a scopo di estorsione, se il sequestratore, spingendo la vittima nella propria vettura, inizia a privarla momentaneamente della libertà (con lo scopo di chiedere successivamente un riscatto), ma la vittima riesce a sottrarsi al sequestro, il primo risponderà di tentativo di sequestro di persona (art. 605 c.p.), e non di tentativo di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.).

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. III, 24 settembre 2008, n. 39177.

¹⁶ Riferimenti rinvenibili già in G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, cit., 132. Nello stesso senso cfr. M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 795; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 577 ss.; A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, 91; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 87; L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, 84 e 265; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 370 ss.; M. GELARDI, *Il dolo specifico*, cit., *passim*; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 170 ss. Ci pare dello stesso avviso, quantomeno con riferimento alla categoria dei reati di scopo bifasici incompiuti (quale ad esempio il 416 c.p.), anche C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, 112. Si tratta, poi, di assimilazione fatta propria della prevalente dottrina che si è occupata di tematiche della parte speciale del diritto penale, così ad esempio con riferimento ai reati associativi (F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, *passim*; G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 91 ss.), al settore penal-commerciale (F. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, 2016; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018, 510), ai reati animati da finalità di terrorismo (L.D. CERQUA, *La nozione di "condotte con finalità di terrorismo" secondo le fonti internazionali e la normativa italiana*, in *Rev. bras. estud. pol.*, 2007, 107; G. MARINO, *Il "filo di arianna". Dolo specifico e pericolo nel diritto penale della sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2018). Contra L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 511 ss.

¹⁷ Richiede, invece, l'idoneità in astratto F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Milano, 1983, 115 ss.

Così, dopo aver menzionato brevemente le linee essenziali che colorano la teoria che assimila i reati a dolo specifico ai delitti tentati, l'organo giudicante procede – per l'appunto – a verificare se la condotta dell'imputato fosse concretamente idonea a raggiungere lo scopo (i.e. evasione). Viene così sviluppato un giudizio *ex ante* a base tendenzialmente totale¹⁸, riportandosi idealmente al momento in cui il soggetto agente ha intrapreso l'azione e verificando se in quel momento preciso sussistesse la probabilità di verificazione dell'evento lesivo. Nel caso di specie, in particolare, soggiunge l'organo giudicante, la risposta all'interrogativo sull'idoneità in concreto «non può che essere positiva, poiché [...] l'emissione della pure fittizia fattura faceva sorgere un debito erariale che non era possibile onorare attraverso una “compensazione” con il reciproco credito IVA; né risulta in alcun modo – e il tema nemmeno è stato allegato dalla difesa – che [i due imputati, n.d.r.] avessero escogitato e posto in essere delle “contromisure” per scongiurare l'evasione fiscale»¹⁹.

Nelle trame della motivazione, inoltre, si sottolinea come sia del tutto inconferente la circostanza – enfatizzata dalla difesa – per cui le condotte degli imputati non avrebbero ingenerato alcun danno all'Erario. Nelle fattispecie a dolo specifico non è affatto richiesto che il fine sia poi effettivamente perseguito dall'agente (i.e., nel caso di specie, l'evasione d'imposta) sia conseguito dall'agente. Da questo punto di vista – evidenzia il giudice – le condotte “speculari” poste in essere dai due imputati hanno certamente messo in pericolo i beni giuridici tutelati dagli artt. 2 e 8 del d.lgs. 74/2000 e ciò risulta sufficiente ad integrare la tipicità penale dei fatti oggetto di imputazione.

4. Conclusioni: è “realisticamente” possibile distinguere lo scopo dal movente?

4.1. Operazioni a specchio e prova del dolo (specifico). Conclusivamente, la sentenza in parola si lascia apprezzare per il rigore concettuale che la connota, nel contesto di una casistica (quella delle c.d. operazioni a specchio) ampiamente diffusa nella prassi, ancorché scarsamente oggetto di disamina da parte dei giudici di merito e di ultimo grado (tanto lo dimostra il fatto che si registra, ad oggi, una sola pronuncia di

¹⁸ Come richiesto dalla dottrina maggioritaria in punto di giudizio di probabilità dell'idoneità degli atti (nel tentativo) o con riferimento alla prognosi da effettuarsi nei reati a pericolo concreto. Sul punto, *ex plurimis*, cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994, 97 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 177; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 561; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 211; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 379 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 701; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, 268 ss. Nella dottrina tedesca cfr. H. ALWART, *Strafwürdiges Versuchen. Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts*, Berlin, 1982, 172 ss. (con riferimento al tentativo inidoneo); W. GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, in H. LÜTTGER-H. BLEI-P. HANAU (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, Berlin, 1972, 177 (con riferimento ai reati di pericolo); C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in E. BARTH (Hrsg.), *Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, 139 (con riferimento all'accertamento del criterio del c.d. aumento del rischio nella sua nota tesi dell'imputazione oggettiva).

¹⁹ Trib. Brescia, sent. 1571, cit., 11.

legittimità sul tema). Per quanto risulti di particolare interesse, in tal senso, la puntuale scansione che il Tribunale ha prospettato nell'analisi dell'elemento soggettivo, la messa al bando di ogni presunzione *in re ipsa* di dolo che traspare dalle pagine della sentenza sembra però infrangersi inesorabilmente contro l'amaro dato della realtà delle fatturazioni a specchio. Come detto, si tratta di operazioni reciproche che avvengono tra due società senza che però vi sia un reale spostamento di denaro.

Così, ad esempio, nella vicenda "calcistica" richiamata dal Tribunale di Brescia, si trattava di operazioni di cessione di giovani giocatori (provenienti dal vivaio) ad altra società (cessionaria), che a sua volta ripeteva poi l'operazione inversa, così da scambiare la posta attiva di bilancio nel breve periodo, con esposizione di valori patrimoniali più alti rispetto a quelli effettivi (ma senza un reale passaggio di denaro sottostante). Non dissimile la vicenda oggetto di attenzioni da parte del Tribunale bresciano. Qui, infatti, si è accertato che i due imputati avevano posto in essere un meccanismo di fatturazioni reciproche aventi ad oggetto materiali siderurgici. Anche qui la materialità dei fatti non è stata eccepita da parte della difesa degli imputati.

In ambedue i casi, come visto, si è eccepita, piuttosto, la carenza del fine specifico d'evasione. Questo perché, rimanendo sul mero piano oggettivo, le operazioni a specchio sono essenzialmente sempre da considerarsi oggettivamente inesistenti (verrebbe da dire che l'inesistenza qui è *in re ipsa*): non pare, pertanto, di potersi ravvisare ipotesi in cui operazioni di tal fatta non abbiano generato un pericolo per gli interessi dell'Erario alla corretta percezione dei tributi. Tuttalpiù, si ripeta, la questione potrà vertere sull'elemento soggettivo. Così, tornando alla vicenda calcistica, si potrebbe obiettare che lo scopo principale di queste operazioni era quello di ridurre perdite societarie nel breve periodo al fine di osservare il vincolo del pareggio di bilancio imposto dalla UEFA. Del pari, nella vicenda che qui si annota, la difesa ha obiettato come i due imputati avessero agito allo scopo di ottenere anticipazione di liquidità dalle banche.

4.2. Dolo specifico e movente: diversi ma inscindibilmente uniti. Ma queste altre finalità che, in concreto, potrebbero costituire le mire dell'agente sono da ascrivere alla categoria del dolo specifico o del movente? La risposta a tale quesito presuppone, necessariamente, l'esatta individuazione dei confini tra dolo specifico e movente (o motivo).

Come noto, la questione non è affatto nuova, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Secondo una risalente impostazione, debitrice dell'elaborazione dogmatica tedesca²⁰, la distinzione tra scopo (nel dolo) e movente poggerrebbe

²⁰ Già nell'800 infatti emergeva nella dogmatica tedesca la distinzione tra *Absicht* (intenzione) e *Zweck* (scopo). Sul punto cfr., ad esempio, A.F. BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857, 145 («Die Absicht verkörpert sich in dem Erfolge. Sie löset sich auf diese Weise ganz von der Innerlichkeit des Subjektes. [...] Der Zweck ist dagegen etwas ganz Innerliches, durchaus Individuelles und Unsichtbares») e F. VON LISZT, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, in *ZStW*, 1896, 476 ss. ora anche in Id., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band 2 1892 bis 1904, Berlin, 1905, 170 ss. (in particolare 180).

esclusivamente sull'esteriorità dell'uno e sulla soggettività dell'altro²¹. Tale inquadramento, sia pur suggestivo, si risolve però, a ben vedere, in una mera superfetazione: come è stato osservato, infatti, è solo per mezzo dell'attività legislativa che possiamo distinguere cosa è fine e cosa è movente, tralasciando l'ontologia del dato pre-giuridico²².

Ciò che realmente importa, al penalista, è la distinzione tra finalità tipiche e finalità atipiche. In questo senso, è il legislatore l'unico cui compete, come già visto in precedenza, di distinguere, nella molteplicità dei possibili fini che possono guidare l'azione dell'uomo, quell'unico fine rilevante per tipizzare la fattispecie astratta. Così facendo, dunque, il legislatore trasforma un "semplice" movente in un fine tipico, o – meglio – un "movente tipico", ossia il perseguimento di un interesse che motiva la condotta volontaria e la rende conforme alla fattispecie tipica²³. Fare riferimento al concetto di "esteriorizzazione" appare, invece, sovrabbondante, perché – di per sé – tutti gli elementi essenziali della fattispecie necessitano di essere esteriorizzati. Che, in contrapposto al fine, il movente sia "interiore" non risulta verificabile. «L'impulso motivante può essere interiore, e rimanere tale, celato nella psiche dell'agente, può tuttavia manifestarsi ed esteriorizzarsi, anzi il più delle volte si manifesta ed esteriorizza in quegli stessi fatti fenomenici dai quali il giudice trae il convincimento di reità. E allora ciò che rimane di questa distinzione è la necessaria esteriorità del fine, in contrapposto alla eventuale esteriorità del movente; ma la necessità di esteriorità non è altro che tipicità, sicché la distinzione vera riposa non già sull'esteriorità, bensì sulla tipicità»²⁴.

La tipicità, pur essendo il più importante degli elementi utili per discernere lo scopo dal movente, non è certamente l'unico. A tal proposito, pare di potersi condividere quell'impostazione che rileva, quale ulteriore attributo necessario del dolo specifico, la sua "trascendenza", il che sta a significare che la finalità dell'agente deve essere proiettata verso un *quid* di esterno e aggiuntivo rispetto alla condotta

tipica e all'evento, oggetto del dolo generico²⁵. Se così non fosse e, dunque, se la finalità fosse meramente immanente, si proietterebbe verso lo stesso oggetto del dolo generico.

²¹ Cfr., *ex multis*, nella dottrina italiana A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, 28; B. ALIMENA, *Principii di diritto penale*, Napoli, 1910, 301; E. ALTAVILLA, *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli, 1932, 129; G.D. PISAPIA, *Reato continuato*, Napoli, 1938, 122; G. MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939, 198; R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, 1936, 335.

²² M. GILARDI, *Il dolo specifico*, cit., 152. Nello stesso senso anche L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 521.

²³ *Ivi*, 154.

²⁴ *Ivi*, 156.

²⁵ Da ultimo, ci sembra sia rilevato lo iato rispetto al dolo generico da C. PIERGALLINI, *Il fatto tipico doloso*, in C.E. PALIERO (a cura di), *Il sistema penale*, Torino, 2024, 266 ss. («È però da rilevare che, in alcuni casi, il legislatore arricchisce il dolo del fatto di una particolare coloritura, enfatizzando la specifica tendenza soggettiva che muove l'autore, attraverso la tipicizzazione espressa dei motivi che sorreggono l'azione, che, per questa via, si issano ad elementi costitutivi del fatto, ancorché espressivi di un particolare disvalore di intenzione. Si allude alla categoria del dolo specifico, semanticamente riconoscibile, nel Tipo, per il ricorso alle seguenti espressioni letterali: "allo scopo di", "al fine di", "per". In tali casi, il legislatore accorda speciale rilievo al movente/scopo che deve assistere la condotta»).

Da ultimo, poi, viene in soccorso, ai fini della presente analisi, l'attributo dell'elettività: lo scopo deve essere elettivo, in quanto scelto – dall'agente – nel novero dei fini possibili e assunto – per altro verso – dal legislatore come condizione essenziale del reato (tipicità). Il fine è esclusivo, proprio in quanto elettivo: la scelta del legislatore di "tipizzarlo" esclude la rilevanza penalistica degli altri fini possibili.

Dal canto suo, anche la giurisprudenza di legittimità si è talvolta interrogata sulla distinzione tra movente e dolo specifico, senza però fornire indicazioni univoche. Più in generale, e, dunque, non solo con riferimento al settore penale-tributario, si afferma²⁶ – pur nella varietà lessicale delle definizioni – che, mentre il movente (o motivo o scopo) costituisce lo scopo ultimo, l'impulso ad agire, quel fatto psichico senza il quale l'agente non avrebbe operato, diversamente lo scopo (nel dolo specifico) presuppone il passaggio alla fase volitiva e la precisa determinazione del contenuto della volontà con affinamento della spinta (motivazionale) iniziale²⁷.

Non si tratta di un tema propriamente "nuovo" tantomeno nello specifico panorama penale-tributario. Già con riferimento ad altre ipotesi delittuose previste dal d.lgs. 74/2000 i giudici di legittimità hanno tracciato l'*actio finium regundorum* rispetto al movente. Così, ad esempio, si è precisato che, mentre «il movente dell'azione è la causa diretta che spinge una persona a compiere una determinata azione, perlopiù criminosa o illecita, diversamente il fine dell'azione è lo scopo cui è preordinata la commissione di un determinato illecito»²⁸. Nella specie, trattandosi di reato a dolo specifico è irrilevante il movente che può aver spinto l'imputato alla condotta (nel caso citato, di occultamento e distruzione di documenti contabili, la difesa eccepiva l'insussistenza del dolo specifico

²⁶ In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. II, 22 marzo 2016, n.15680 («ai fini del delitto di ricettazione è irrilevante il movente, ossia la causa psichica che ha indotto l'agente ad agire, potendo il medesimo essere preso in considerazione ai soli fini del trattamento sanzionatorio»); Cass. pen., sez. I, 18 marzo 1982 (in tema di blocco stradale); Cass. pen., sez. II, 25 ottobre 2023, n. 46097. Più di recente cfr. la criticabile nozione di dolo specifico – in relazione al movente – offerta da Cass., Sez. Un., 25 maggio 2023, n. 41570 in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2024 con nota di M. NICOLINI, *Le Sezioni Unite sul dolo specifico di profitto nel furto: esso può avere anche natura non patrimoniale* ove viene definito come «[...] movente qualificato, che si colloca al di là della coscienza e volontà del fatto».

²⁷ «Solo nella tipizzazione del fine specifico, infatti, la legge descrive e dà rilievo giuridico all'anticipata rappresentazione, da parte dell'agente, di un determinato contenuto esterno (l'oggetto dello scopo), che certo lo deve «muovere» all'azione tipica, con efficacia anche causale sul piano psichico-soggettivo, ma che è previamente significativo su quello oggettivo-funzionale, poiché individua l'evento o risultato specifico o anche l'attività «ulteriori», la cui realizzazione soltanto -attraverso la condotta strumentale - produce l'oggettivo soddisfacimento dell'interesse dell'agente considerato dalla legge, così puntualizzando – come si è visto - il fatto tipico, nella sua dimensione di conflitto di interessi, realmente esistente al di fuori dell'animo dell'agente. Altrettanto non può dirsi nel caso del «motivo», rispetto a cui il legislatore si disinteressa della stessa possibilità di descrivere e, dunque, di dar rilevanza allo sviluppo o risultato ulteriore della condotta, che ne possa garantire il soddisfacimento, essendo solo l'azione già tipica, in cui si manifesta, riguardata quale sua attuazione o «prodotto». Ne consegue, che mentre nelle ipotesi di dolo specifico è definibile normativamente il momento del raggiungimento del fine, come dato distinto dalla consumazione formale del reato, nel caso del movente il reato si consuma, ma anche si esaurisce, in termini giuridici, con il compimento della condotta o con il verificarsi dell'evento già oggettivamente tipizzati, in quanto - per definizione legale - l'individuazione del fatto, pur considerato manifestazione di quella presupposta eziologia psichica, non ne è direttamente condizionata» (L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 528 ss.).

²⁸ Cass. pen., sez. VII, 6 dicembre 2019, n. 9439.

poiché l'intento perseguito dall'agente era quello di truffare i propri clienti), rilevando esclusivamente il fine dell'azione, ossia il fine specifico di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di consentire l'evasione fiscale di terzi.

Posta in questi termini la discussione, la strada per una strategia difensiva che faccia perno sull'elemento soggettivo si sviluppa in salita. Come visto, e riprendendo gli esempi fatti poc'anzi, la volontà di perseguire con le proprie condotte speculari il pareggio di bilancio oppure la volontà di ottenere pronta liquidità mediante anticipo sulle fatture, finiscono per essere assorbiti, piuttosto, nell'ambito del movente che ha spinto l'agente all'azione criminosa.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**