

# SP

**SISTEMA  
PENALE**

**FASCICOLO**

**2/2021**

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

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

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*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. Il testo completo del codice etico è consultabile su <https://sistemapenale.it/it/codice-etico>

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 (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della 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)*, 1/2021, p. 5 ss.

## INDICE DEI CONTRIBUTI

|                                                                                                                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| D. TEGA, <i>La traiettoria delle rime obbligate</i> .....                                                                                                                                                          | 5   |
| S. DE FLAMMINEIS, <i>Distrazione e riciclaggio di fondi europei. I progetti riciclatori tra emergenza economica e tutela penale degli interessi finanziari dell'UE</i> .....                                       | 33  |
| M. DANIELE, <i>L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori</i> ...                                                                                                                       | 53  |
| M. ARANCI, <i>Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia</i> .....                                                                                               | 73  |
| A. GATTO, <i>Alle Sezioni unite i «limiti temporali» della confisca «allargata» ex art. 240-bis c.p. disposta in fase esecutiva</i> .....                                                                          | 99  |
| R. APRATI, <i>Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?</i> .....                                                                                                                      | 131 |
| A. MELCHIONDA, <i>La recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la Cassazione si avvicina alla "chiusura del cerchio"</i> .....                                                                           | 143 |
| G. RAPELLA, <i>Concorso omissivo dei sindaci nella bancarotta (semplice) degli amministratori: la Cassazione torna a precisare gli accertamenti necessari per l'affermazione della responsabilità penale</i> ..... | 165 |

\*\*\*

### SCHEDA

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. FRAGASSO, <i>Aggressioni ai danni del personale sanitario: di fronte all'allarme sociale, la legge 113/2020 inasprisce le pene</i> ..... | 179 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|



## LA TRAIETTORIA DELLE RIME OBBLIGATE

*Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*

di Diletta Tega

*Il contributo affronta le ragioni della nascita e dell'aggiornamento della dottrina costituzionale delle cd. rime obbligate in seguito alle pronunce adottate dalla Corte costituzionale nel periodo 2016-2020. L'ottica prettamente costituzionalistica dello studio offre ai lettori di Sistema penale una riflessione d'insieme sulle tre ragioni di sistema che hanno spinto il Collegio ad innovare una delle sue più longeve costruzioni interpretative: i) la natura per così dire fluida delle dottrine costituzionali; ii) la capacità della Corte di adattarsi al contesto giuridico, politico, storico e sociale e ai suoi mutamenti; iii) la costante ricerca e conservazione di legittimazione, al pari di tutte le grandi istituzioni democratiche del nostro ordinamento.*

SOMMARIO: 1. Perché la Corte costituzionale considera le proprie *dottrine* modificabili. – 2. Perché la Corte costituzionale ha creato la dottrina delle cd. rime obbligate. – 2.1 Il germe trasformativo del ruolo della Corte. – 2.2 L'itinerario scientifico di Vezio Crisafulli. – 2.3 Lo sviluppo della dottrina. – 3. Perché la Corte costituzionale aggiorna la dottrina delle cd. rime obbligate in quella dei cd. versi sciolti. – 4. In conclusione: una rimeditazione in nome della garanzia della coerenza legislativa.

### 1. Perché la Corte costituzionale considera le proprie *dottrine* modificabili.

Molto scalpore ha suscitato una serie di pronunce della Corte costituzionale, adottate tra il 2016 e il 2020, che sono sembrate prefigurare una sorta di superamento della tradizionale dottrina delle cd. rime obbligate. I lettori di *Diritto penale contemporaneo* e poi di *Sistema penale* hanno potuto seguire questo ultimo sviluppo della classica teoria crisafulliana, attraverso un approccio soprattutto penalistico<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mi riferisco, per esempio, alle riflessioni di D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, pp. 48 ss.; F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, pp. 61 ss.; A. GALLUCCIO, [La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018, pp. 1 ss.; R. BARTOLI, [La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via](#), in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, pp. 150 ss.; C. BRAY, [Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019, pp. 1 ss.; G. LEO, [Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2019, p. 1 ss.; C. CUPELLI, [Il Parlamento decide di](#)

Questo scritto propone una riflessione costituzionalistica d'insieme sulle ragioni di sistema che hanno spinto il Collegio ad innovare una delle sue più longeve costruzioni interpretative.

Una prima ragione alla base dell'agire della Corte ha a che fare con la possibilità, in caso di necessità, di aggiornare le sue *dottrine*. Una seconda ragione è legata alla capacità di adattamento della Corte al *contesto* nel quale si trova ad operare: al mutare del primo, può conseguire anche un adattamento dell'operare del Collegio. La terza e, in ultima analisi, principale ragione, è la perenne ricerca di *legittimazione* perseguita dalla Corte.

Per *dottrine* della giurisprudenza costituzionale intendo quelle costruzioni interpretative, intermedie tra il diritto positivo e i singoli casi, che stanno al centro delle decisioni, e che risentono anche del *contesto* in cui la Corte opera, del ruolo che essa assume al suo interno, ma anche della consapevolezza che il giudice costituzionale viene a maturare nel tempo<sup>2</sup>. Si tratta di teorie molto simili, se si vuole, a quelle elaborate dalla dottrina nel campo della interpretazione scientifica, ma poiché non sono create in sede di interpretazione scientifica, bensì in sede di applicazione giudiziaria del diritto operano in modo peculiare: se si vuole, meno dogmatico e sistematico, più pragmatico e talora persino empirico. A tal proposito mi sembra molto significativo ricordare quanto scriveva Paul Freund, esperto di giustizia costituzionale e maestro americano di Antonio La Pergola, «The Courts are the sub-stations that transform the high-tension charge of the philosophers into the reduced voltage of a serviceable current»<sup>3</sup>. Calzante, a questo riguardo, è certamente anche la distinzione che Gustavo Zagrebelsky ha tracciato tra come opera e pensa uno studioso di diritto costituzionale e come opera e pensa un giudice costituzionale<sup>4</sup>: la sua ipotesi di una differenza di natura tra il diritto nella dimensione teorica e il diritto nella dimensione pratica mi pare trovi conferma nella genesi della dottrina delle cd. rime obbligate che la stagione giurisprudenziale odierna, anche definita del cd. ri-accentramento<sup>5</sup>, ha aggiornato. In riferimento allo sviluppo della

---

[non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa](#), in questa *Rivista*, 2019, 12, pp. 33 ss.; F. CONSULICH, [Così è se vi pare. Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile](#), in questa *Rivista*, 10 aprile 2020; M. DONINI, [Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male](#), in questa *Rivista*, 10 febbraio 2020, pp. 1 ss.

<sup>2</sup> Mi trovo d'accordo con quanto scrive M. DONINI, [Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto](#), in questa *Rivista*, 20 dicembre 2019, pp. 1 ss., in part. p. 27: «Dottrina vs. giurisprudenza non equivale a interpretazione vs. diritto. La giurisprudenza fa dottrina e fa diritto, al pari dello studioso. Con una differenza principale: che produce in documenti pubblici un diritto casistico nel segno della divisione dei poteri, mentre il raccordo dei casi col ius non è opera solo giudiziale. Il vero potere giudiziale non è di costruire regole generali, ma regole concretizzate, adattando al caso regole rilette dentro e attraverso un ius che non appartiene a una singola istituzione».

<sup>3</sup> P.A. FREUND, *The Supreme Court of the United States*, Meridian Books, 1961, p. 114. Riporto l'efficace traduzione che ne fece La Pergola, abilissimo conoscitore della lingua anglosassone, «il giudice deve saper ridurre l'alta tensione delle sue riflessioni e convinzioni teoriche al voltaggio che gli serve per poter risolvere la concreta controversia di cui è investito», in ID., *L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno*, *Rivista di diritto europeo*, 1994, 4, pp. 651 ss., in part. pp. 660-664.

<sup>4</sup> ID., *La Corte costituzionale italiana*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Giuffrè, 2009, pp. 65-68.

<sup>5</sup> Sia consentito rinviare per un'analisi delle caratteristiche dell'attuale stagione del cd. ri-accentramento al

giurisprudenza costituzionale più recente – all’incirca dal 2011, e con maggiore chiarezza dal 2014 – contrassegnata da una serie di scelte inedite che hanno riguardato tanto il merito quanto il rito, utilizzo appunto il termine ri-accentramento in un duplice significato. Innanzitutto, intendo che la Corte costituzionale ha assunto o ri-assunto compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, aveva “lasciato” o al legislatore o all’autorità giudiziaria. In questa accezione il cd. ri-accentramento indica un’espansione della giurisdizione attraverso sia una sorta di produzione giurisprudenziale della norma, sia il ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico, sia una contrazione della valorizzazione dei momenti di diffusione, nel senso di attribuzioni riconosciute all’autorità giudiziaria. Mentre il significato tecnico allude, ovviamente, ad un rafforzamento dei profili di accentramento nel sistema di giustizia costituzionale. Numerosi indici confermano il superamento di filoni giurisprudenziali ben consolidati.

Tali *dottrine* elaborate dal giudice costituzionale (spesso *a posteriori*) costituiscono dunque una modalità di rinnovazione costante della *legittimazione* dell’organo in un *contesto* istituzionale e sociale in cambiamento. Anche quando si tratta di *dottrine* processuali – teoricamente, tutte interne a un settore neutro, tecnico, separato del diritto costituzionale, quale dovrebbe appunto essere il processo costituzionale – esse hanno spesso risvolti sostanziali, istituzionali o comunque di sistema, nei quali si avverte con chiarezza l’influenza dei fattori di cui sopra. Poiché tale tipo di *imprinting* condiziona la vita delle teorie elaborate dalla Corte, può capitare che, di fronte a casi nuovi o a contesti mutati, queste costruzioni evolvano.

Dall’esperienza storica che caratterizza la nostra Corte, emerge chiaramente che tutto, o quasi, sia stato lasciato alle sue *doctrines*, sin dall’inizio del suo operato nel 1956: più in generale, cruciali si sono rivelate le capacità dei giudici costituzionali, di volta in volta presenti nel Collegio, di riempire di significato le scarse e insufficienti disposizioni normative ad essa dedicate<sup>6</sup>. La Corte crea e adatta le proprie *dottrine* adeguandosi alle

---

mio studio sull’argomento, D. TEGA, *La Corte nel contesto*, BUP, 2020, in part. pp. 23 ss. Usa il termine con accezione molto critica, descrivendo un «forte rigurgito di ‘riaccentramento’ del sindacato presso la Consulta», A. RUGGERI, *Giudice o giudici nell’Italia postmoderna*, in *Giustizia insieme*, 2019. Sono ricorsi a tale espressione anche G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, 2017, in part. pp. 310 ss.; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all’«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, cc. 2227 ss.; 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*, n. 2/2019, pp. 644 ss.; R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Giappichelli, 2020, pp. 13 ss. Non è del resto una casualità che il Seminario del 2018 del Gruppo di Pisa sia stato intitolato *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, e che il titolo del Convegno del 2019 di Federalismi (rimandato poi al 13 novembre 2020) sia stato ancor più esplicito, *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*.

<sup>6</sup> Si pensi alla latitudine con la quale la Corte esercitò il potere regolamentare, ben oltre il dettato della legge n. 87 del 1953, per adottare le norme integrative del 1956, a dimostrazione della concezione che i primi giudici costituzionali avevano del significato e delle caratteristiche delle funzioni che essa avrebbe esercitato e della consapevolezza delle innovazioni che stavano introducendo. In sostanza, il primo Collegio arrivò nel giro di poche settimane ad integrare direttamente la legge n. 87, risultata frammentaria e incompleta anche dal punto processuale. È già a questo momento che può essere fatta risalire la disinvoltura con cui il giudice

mutazioni del *contesto* sia esso giuridico, istituzionale, storico o sociale. *Contesto*, in questo frangente, può significare molte cose: il tipo di domande rivolte alla Corte da una società che è sempre più insoddisfatta delle risposte della politica e si rivolge agli organi di garanzia, chiedendo loro di intervenire a tutela, ad es., delle libertà civili e sociali, della famiglia, del lavoro, del processo, in sostituzione temporanea o talora addirittura definitiva del legislatore<sup>7</sup>; i rapporti della Corte con le altre istituzioni di garanzia e con quelle di governo, alla luce dei rispettivi modi di funzionare (o di non funzionare...); l'affermazione di nuovi paradigmi giuridici – penso soprattutto a quelli sovranazionali – che, se non rivendicano esplicitamente una natura costituzionale, sicuramente influenzano il costituzionalismo nazionale.

E così, per esempio, l'attuale stagione giurisprudenziale del cd. ri-accentramento, per quanto interessa in questa sede, si può interpretare anche come una reazione a un *contesto* caratterizzato da molteplici e ben noti *tradimenti* della legalità<sup>8</sup>, in particolare da un crescente disordine normativo, dovuto a una legislazione spesso *impulsiva* (si pensi a questo riguardo alle scelte di politica criminale venute di populismo penale<sup>9</sup>) e mal coordinata con l'ordinamento costituzionale; dal cd. fenomeno della decodificazione del diritto penale che, nel privilegiare interventi settoriali, ha portato ad un affastellarsi ipertrofico e confuso di fattispecie penali, inserite in testi legislativi disorganici<sup>10</sup>; dall'incapacità del Parlamento di perseguire un coerente e generale ripensamento della politica criminale, come dimostra in maniera marchiana la mancata riforma del codice penale del 1930; dall'abuso della riserva di legge intesa come riserva di fonte (e non di

---

delle leggi è abituato a fare uso del processo costituzionale

<sup>7</sup> Così, per esempio, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici dell'Italia repubblicana*, Laterza, 2012, p. 57. A tal proposito vale la pena ricordare le parole del Presidente emerito Silvestri: «Tra una Corte amante del quieto vivere, che spende il suo ingegno a trovare buone motivazioni per non decidere su questioni di grande rilevanza etico-sociale, civile e politica, e una Corte che si sforza – anche eccedendo, talvolta! – di non frustrare l'aspettativa di giustizia di cittadini che ad essa si rivolgono fiduciosi, preferisco nettamente la seconda», ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 13 novembre 2020, p. 15.

<sup>8</sup> Così li definisce F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 3, pp. 4 ss., in part. p. 5. Il tema è oggetto di numerose riflessioni, sia ad opera della dottrina penalistica che di quella costituzionalistica, che non possono essere qui richiamate in modo esaustivo. Si ricordano, fra i contributi più recenti, almeno V. MANES, V. NAPOLEONI, *Le legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019; G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale tra principi e democrazia*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Convegno scientifico organizzato dalla Corte costituzionale 19-20 maggio 2016, Giuffrè, 2017, pp. 325 ss., in part. pp. 358 ss.; e ancora il dibattito ospitato in *Criminalia* 2011. In riferimento alla dottrina costituzionalistica si rinvia a M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, 4, pp. 1 ss., in part. pp. 3 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Franco Angeli, 2015; F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, 2012.

<sup>9</sup> Sul tema si veda almeno, S. ANASTASIA, M. ANSELMi, D. FALCINELLI (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2015; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in [questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 1, 2019, pp. 1 ss.

<sup>10</sup> A tal proposito si ricorda l'introduzione nel codice penale della cd. riserva di codice, cfr. C. RUGA RIVA, *Riserva di codice o di legge organica: significato, que sostioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 1, pp. 206 ss.; M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia e normative e principi costituzionale. Apertura di un dibattito*, in *Legislazione penale*, 20 novembre 2018, pp. 1 ss.

organo) che, nella prassi, si è reso necessario, ma ha concorso a produrre norme di qualità davvero modesta<sup>11</sup>; dalla tendenza a ricorrere a fonti secondarie per completare i precetti penali; dagli spazi offerti (anche a causa della scadente qualità della normazione) all'interpretazione giurisprudenziale, ben oltre entro i limiti di una chiara *regula iuris*<sup>12</sup>; nonché dalla dilatazione del ruolo di altre istanze di garanzia dei diritti – Corte EDU, Corte di giustizia, giudici comuni anche in relazione al diritto CEDU e UE e attraverso l'interpretazione conforme – che però hanno caratteristiche differenti, in particolare una minore (o nulla) prospettiva sistemica<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Si tratta di «leggi affrettate, che nella stessa materia si succedono senza dare modo all'interpretazione di affinarsi e stabilizzarsi; articoli composti a volte da centinaia di commi eterogenei; sequenze di commi che si aggiungono nel tempo come *bis*, *ter*, *quater* e così via», cfr. G. LATTANZI, [Intervento del Presidente della Scuola Superiore della Magistratura all'incontro del Presidente della Repubblica con i magistrati ordinari in tirocinio](#), Roma, 26 febbraio 2020, in questa Rivista. Si è scritto esplicitamente di un odierno imbarbarimento del diritto penale, cfr. F. GIUNTA, *Note minime su politica criminale e controllo di costituzionalità*, in *disCrimen*, 2019, pp. 1 ss., in part. p. 6; si è denunciato, in particolare: «il deperimento della *lex parlamentaria*, soppiantata da un “diritto vivente” che privilegia anche gli spazi liberi suggeriti dalle fonti e dalle giurisprudenze sovranazionali; l'infoltirsi della coorte dei teorici dell'interpretazione, fino ad infrangere le barriere dell'analogia; una funzione di governo dei conflitti affidata immediatamente al potere giudiziario e alle élite che da esso provengono», così, ricordando Franco Bricola, G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 2019, 2, pp. 25 ss., in part. p. 26; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 2. Più in generale, N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 317 ss. Sugli effetti negativi che un legislatore populista ha sulla funzione di equilibrio che la legge parlamentare è chiamata a svolgere tra pluralismo sociale e unità dell'ordinamento giuridico, si veda l'interessante riflessione di N. LUPO, *Populismo legislativo?: continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana*, in *Ragion pratica*, 2019, 1, pp. 251 ss.; ancora G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Giappichelli, 2019, pp. 60-64. Dura a questo proposito è stata la reazione della Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 32 del 2014 in cui si è raccomandato di seguire, in occasione di riforme pervasive, le procedure del procedimento legislativo ordinario. Ma già in altre decisioni il medesimo auspicio era stato espresso.

<sup>12</sup> Così F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, pp. 1 ss., in part. p. 38. Spazi che possono connotarsi per ambiguità, imprevedibilità e autoritarismo ben intenzionato, termine coniato agli inizi degli anni '80 del secolo scorso da Pulitanò e ripreso recentemente ID., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1, pp. 29 ss. Sul fatto che il sistema penale sia caratterizzato da una ormai generalizzata sovrapposizione di un tipo giurisprudenziale a quello legale cfr. F. CONSULICH, *Così è se vi pare. Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, cit. (anche per riferimenti dottrinali).

<sup>13</sup> Sulla diversa prospettiva sistemica e sulle difficoltà del dialogo tra giudici, sia permesso rinviare a D. TEGA, *I diritti in crisi*, Giuffrè, 2012. Si tratta del cd. europeismo giudiziario come lo definisce, per esempio, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, p. 47. Sulle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali cfr. AA.VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 4; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012; C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2012. Sottolinea che l'attivismo giudiziario, cresciuto all'ombra del confronto tra Corti nazionali e sovranazionali, ha dilatato la discrezionalità dell'interprete e l'incertezza G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, II, pp. 2351 ss. Vanno poi considerate le difficoltà ulteriori collegate a posizioni diametralmente opposte rispetto a medesimi problemi talvolta sostenute dalle Corti UE e CEDU, da ultimo evidenziate con riferimento alla distinzione tra libertà personale e di circolazione dei richiedenti asilo trattenuti in zone di transito, da S. ZIRULIA, [Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no](#):

A che cosa rispondono, in ultima analisi, la continua costruzione di *dottrine* e il costante adeguamento al *contesto* se non proprio all'approvvigionamento perenne di legittimazione? In ultima analisi, alla base di questa sorta di fluidità e di mutare degli orientamenti giurisprudenziali, a fronte di una normativa che non è cambiata nel tempo<sup>14</sup>, sta il costante tentativo di approvvigionarsi del massimo possibile di *legittimazione*: come scriveva Leopoldo Elia, la Corte, al pari di tutti gli istituti delle democrazie moderne, ha bisogno di una continua ri-legittimazione ed occorre soddisfare tale bisogno<sup>15</sup>.

A mio modo di vedere proprio la perenne ricerca e conservazione della *legittimazione* costituiscono l'impulso sotterraneo con cui il giudice costituzionale si confronta costantemente e che lo porta talora ad assumere posizioni che possono apparire – e possono essere legittimamente criticate – come imprecise, oscillanti e talora come veri e propri sconfinamenti in campi altrui. In questa ottica, la ricerca di *legittimazione* è la più convincente motivazione alla base dell'agire del Collegio costituzionale e, di conseguenza, della attuale configurazione del ruolo della Corte.

## 2. Perché la Corte costituzionale ha creato la dottrina delle cd. rime obbligate.

Tuttavia, prima di entrare nel merito di come, dal 2016 in poi, le cd. rime obbligate siano diventate cd. versi sciolti, può essere utile ritornare sull'intreccio che ho evidenziato: e cioè come il *contesto* (inteso come anche come il segmento di storia politico-costituzionale) forgi, evolvendolo senza sosta, lo strumentario decisorio della giurisprudenza della Corte e come le stesse dottrine elaborate dal giudice costituzionale (spesso *a posteriori*) costituiscano anche una modalità di rinnovazione costante della *legittimazione* dell'organo in un contesto istituzionale e sociale in cambiamento.

Di tale intreccio sostengo che siano emblematiche le origini della teoria delle cd. rime obbligate: un caso esemplare di alleanza fra pragmatismo giurisprudenziale ed elaborazione scientifica, in cui la dottrina si fa letteralmente *amica curiae* e delinea il fondamento, la giustificazione e i limiti di quanto la Corte costituzionale si era trovata a fare. Superare lo iato tra la concretezza dei problemi giudiziari e le altezze dogmatiche è stato possibile, grazie all'intervento di Vezio Crisafulli, il cui metodo – secondo un'autorevole ricostruzione del suo lavoro scientifico sulla giurisprudenza costituzionale – è essenzialmente logico-sistematico<sup>16</sup>, ma guarda con attenzione alle esigenze pratiche e alle conseguenze delle costruzioni teoriche, nella convinzione che

---

[verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?](#), in questa *Rivista*, 25 maggio 2020, pp. 1 ss.

<sup>14</sup> La disciplina positiva sulla Corte costituzionale era, a dir poco, schematica e lacunosa – e tale in gran parte è rimasta ancora oggi, non essendo mai intervenuta una rimeditazione organica della legge n. 87 del 1953.

<sup>15</sup> L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, cit., p. 130.

<sup>16</sup> S. BARTOLE, *Introduzione al Convegno*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993, CEDAM, 1994, pp. 15 ss., in part. pp. 21-22.

debbero essere queste ultime ad adeguarsi «ai dati normativi della realtà, e non viceversa»<sup>17</sup>.

Il risultato di questa alleanza è stato imponente: le decisioni, che in base all'art. 136 Cost. avrebbero dovuto essere semplicemente di accoglimento o di rigetto<sup>18</sup>, si sono articolate negli anni, attraverso un vero e proprio effetto domino, in un efficace armamentario di tipologie multiple, che ancora di recente ha suscitato originali tentativi di classificazione<sup>19</sup>.

Qui serve, dunque, richiamare, da un lato, la situazione in cui la Corte si era trovata ad operare facendo leva sulla convinzione che si possa ragionare di essa e della sua attività in termini di stagioni giurisprudenziali e, dall'altro, l'itinerario scientifico di Crisafulli.

### 2.1. Il germe trasformativo del ruolo della Corte.

Nel primo periodo di attività, la Corte perseguì un duplice scopo: la necessaria autolegittimazione e la *bonifica* della legislazione pre-repubblicana – la cd. grande supplenza, giustificata dall'inerzia o comunque dalla lentezza del legislatore, ma anche accompagnata dal timore di aprire lacune nell'ordinamento.

Venendo al tema specifico di queste pagine<sup>20</sup>, tutto ha inizio con le sentenze nn. 3 e 8 del 1956. La prima riguarda la responsabilità penale del direttore di giornale e la questione se essa sia personale o per fatto altrui, se dunque richieda o meno la violazione almeno colposa (oltre cosciente e volontaria) di obblighi di vigilanza e controllo. La seconda sentenza riguarda la questione se l'art. 2 TULPS abiliti il Prefetto a vietare con ordinanza lo strilloneggiare e la vendita di giornali a domicilio (e in generale a limitare libertà costituzionalmente garantite). In entrambi i casi, pur consapevole delle possibilità di interpretazioni e applicazioni variegiate, la Corte si astiene dall'annullare le norme in questione e ne suggerisce una lettura che le adegui all'ordinamento repubblicano<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> F. MODUGNO, G. D'ALESSANDRO, *Il contributo di Vezio Crisafulli alla rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, 2006, pp. 560 ss., in part. p. 623.

<sup>18</sup> A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4, in part. pp. 3096 ss.

<sup>19</sup> C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della corte costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 105.

<sup>20</sup> Mi riferisco a dibattiti notissimi che hanno prodotto ampi e numerosi studi. Ci si limita, pertanto, a richiamare esemplarmente solo alcuni contributi: prime fra tutti, le voci di Crisafulli nell'*Enciclopedia del diritto* dedicate a *Atto normativo* (vol. IV, 1959), *Disposizione (e norma)* (vol. XIII, 1964) e *Fonti del diritto* (vol. XVII, 1968). Si tratta di testi fondamentali, che segnano il passaggio degli studi sulle fonti dal settore del diritto civile a quello del diritto costituzionale e costituiscono tuttora punti di riferimento, sia pure da discutere (cfr. A. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 2, pp. 351 ss., in part. pp. 354-355), sia pure in un contesto più movimentato e incerto. F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, 2007, pp. 51 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2ª ed., Cedam, 2012.

<sup>21</sup> Si vedano V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con*

Dunque, già in questo periodo la tipologia di decisioni si amplia: nei due casi menzionati alle sentenze interpretative di rigetto; poi alle simmetriche di accoglimento; poi ancora a quelle oggi comunemente chiamate manipolative (ablative, additive, sostitutive)<sup>22</sup>. Questa evoluzione fa scuola in Europa e pone le basi, su cui poi la Corte continuerà a costruire<sup>23</sup>, che le permetteranno di svolgere un ruolo cruciale nei periodi seguenti e più problematici della sua storia, quando dovrà valutare la legislazione repubblicana.

Sempre in questo periodo la Corte amplia i canali di accesso, estendendo le categorie di autorità giurisdizionale e di giudizio; cerca sostegno nell'opinione pubblica<sup>24</sup>; chiede collaborazione istituzionale da parte del Parlamento e del Governo, ma anche della magistratura<sup>25</sup>; sviluppa il giudizio di ragionevolezza, anche per quei tratti che caratterizzeranno, in seguito, il giudizio di razionalità<sup>26</sup>. Le critiche non mancano: del resto, quella della giustizia costituzionale era una pagina ancora quasi tutta da scrivere, sulla quale sin dal tempo dell'Assemblea costituente si erano avute ben note incertezze e dubbi<sup>27</sup>.

A cominciare dalla metà degli anni '60 del secolo scorso e poi con sempre maggior frequenza, la Corte iniziò a lavorare a ridosso della politica, spostando l'attenzione principalmente sulla legislazione repubblicana e servendosi degli strumenti a disposizione per svolgere una supplenza di tipo diverso dalla precedente. Questa

---

*l'interpretazione giudiziaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 929 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, pp. 351 ss.; E.T. LIEBMAN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, pp. 569 ss.

<sup>22</sup> L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, 1985, pp. 313 ss., 306-307. Per Elia, la prima sentenza additiva è stata la n. 168 del 1963, che annullò la legge istitutiva del CSM, nella parte in cui escludeva l'iniziativa dello stesso Consiglio per le deliberazioni di sua competenza (riservandola al Ministro della giustizia, in contrasto con quanto inizialmente proposto).

<sup>23</sup> Si veda l'analisi di A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, cit., in particolare pp. 3088-3104.

<sup>24</sup> Si vedano le parole del Presidente Sandulli in occasione dei primi dodici anni della Corte in A. SIMONCINI, *ibidem*, cit., p. 3081.

<sup>25</sup> Il riferimento classico è alla mozione conclusiva del convegno dell'Associazione nazionale magistrati (nella quale erano rappresentati solo magistrati di merito e non di Cassazione) di Gardone del 1965. Come si sa permane inizialmente, nonostante gli sforzi della Corte, una certa diffidenza di una parte consistente del mondo politico e delle magistrature più elevate. Cfr., almeno, A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO e R. ROMBOLI (a cura di), *Testi e questioni di Ordinamento giudiziario e forense*, Plus, 2002, p. 9; A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario in Italia*, il Mulino, 1974; ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, 1990, pp. 50 ss.

<sup>26</sup> Il riferimento immediato è a L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit.; G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia costituzionale*, il Mulino, 1988, p. 147 ss. Più in generale, cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001; ID., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, t. 2, Giuffrè, 2008, pp. 185 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000.

<sup>27</sup> Come magistralmente ricordato, il potere legislativo avverte che, con l'istituzione della Corte, qualcosa gli era tolto, mentre il potere giudiziario avverte che qualcosa non gli era stato dato che, in ipotesi, avrebbe potuto essergli dato, giacché il controllo sulla costituzionalità delle leggi sarebbe ovviamente spettato ai giudici comuni, se non si fosse istituito un organo apposito, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, pp. 1694 ss., in part. pp. 1698-1699.

seconda fase è certamente meno lineare perché come è stato puntualizzato, la Corte inizia a sindacare legislazioni adottate nella legislatura precedente o, addirittura, in quella in corso<sup>28</sup>.

In tutto questo, il Parlamento si dimostrò sostanzialmente acquiescente. Beninteso, reazioni critiche vi furono anche dalla politica. La legge n. 2 del 1967, nel modificare la disciplina per il rinnovamento della Corte costituzionale, aveva ridotto il mandato dei giudici da dodici a nove anni, e questo è stato letto<sup>29</sup> come un tentativo di restringerne l'indipendenza. Occasionalmente, i clamori politici furono anche insolitamente elevati: segnatamente con riguardo a episodi in cui le manipolazioni effettuate comportavano oneri a carico dell'erario<sup>30</sup>. Queste sono state però vicende solo episodiche: nella riflessione parlamentare sulle riforme costituzionali, soprattutto in seno alla Commissione Bozzi (costituita nella IX legislatura), qualcuno sollevò il problema delle sentenze manipolative, ma ciò non ebbe pressoché alcuna eco nemmeno nei documenti conclusivi dei lavori<sup>31</sup>.

È dunque essenzialmente la dottrina a interloquire con la Corte costituzionale su questo delicato passaggio, in cui è racchiuso il germe trasformativo del ruolo che la Corte è venuta ad acquisire sino ad oggi.

## 2.2. L'itinerario scientifico di Vezio Crisafulli.

Ed è Vezio Crisafulli ad avere un ruolo decisivo nell'elaborazione della teoria che lui stesso, come vedremo, definirà con la formula delle cd. rime obbligate. Conviene però fare un passo indietro, per ripercorrere sia pure in estrema sintesi il tratto anteriore del cammino scientifico di questo Autore<sup>32</sup>. Sin dagli anni '30, egli aveva guardato alla

<sup>28</sup> Per tutti, L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, 1982, p. 528; M. LUCIANI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA. VV., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Giuffrè, 1989; G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 2, pp. 273 ss.; se si vuole anche G. D'AMICO, D. TEGA, 1993-2013: *la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO (a cura di), *Vent'anni di costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, il Mulino, 2015, pp. 551 ss.

<sup>29</sup> Dallo stesso V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, 1966, pp. 83 ss.

<sup>30</sup> Il riferimento è alla questione dello stipendio dei professori universitari, sentenza n. 219 del 1975, citata anche da Crisafulli nel celebre scritto *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit.

<sup>31</sup> Cfr. ancora L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., pp. 313 ss., in part. p. 314-318. Analoghe le conclusioni di G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, pp. 61 ss., in part. pp. 89-90, con riguardo ai problemi delle coperture finanziarie delle sentenze: attraverso l'art. 7 della legge n. 362 del 1988 (che aggiunse l'art. 11-ter alla legge n. 468 del 1978, ivi cfr. comma 7), il Parlamento si fece sostanzialmente carico, insieme al Governo della responsabilità di trovare a posteriori le risorse necessarie, come negli altri casi di scostamenti rispetto alle previsioni di spese o entrate.

<sup>32</sup> Sul quale cfr. almeno AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale, Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993,

norma giuridica come fattore di innovazione sociale, estendendo la propria considerazione dal momento dell'approvazione legislativa sino a quello dell'interpretazione. Da qui la convinzione, nella polemica con Giuseppe Maranini, che in primo piano debba stare, piuttosto che la storia, l'ordinamento come sistema, la cui pura e semplice descrizione ordinata – intesa come sintesi delle relazioni strutturali e funzionali tra le varie disposizioni – è già essa stessa dogmatica<sup>33</sup>. Un ragionamento analogo, basato sulla considerazione sistematica dell'ordinamento, era proposto da Crisafulli anche in riferimento ai principi del diritto: dapprima nel noto dibattito del 1941 con Emilio Betti sull'opportunità di una loro codificazione; successivamente, in età repubblicana, ragionando sui mezzi giuridici per garantire l'operatività delle disposizioni costituzionali di principio, in reazione alle numerose resistenze e reticenze degli stessi organi dello Stato<sup>34</sup>. Come Costantino Mortati, anche Crisafulli era impegnato nel tentativo di dare forma giuridica a vaste aree che, altrimenti, sarebbero rimaste consegnate al politico<sup>35</sup>. Tuttavia, ha ricordato Livio Paladin, Crisafulli adottava una concezione interamente normativa di ciò che Mortati avrebbe chiamato «costituzione materiale» e ricostruito in termini giuridico-politologici: per Crisafulli, i principi fondamentali erano le norme di base desunte attraverso gradualità generalizzazioni dall'ordinamento vigente<sup>36</sup>. Sono evidenti già qui i rapporti non sempre univoci tra disposizioni e norme, mediati dall'estraneazione dei singoli atti normativi rispetto alla volontà storica dei loro autori e dall'integrazione delle norme nel sistema; recuperare la coerenza dell'ordinamento è poi compito dell'interpretazione, della dottrina e della giurisprudenza, tra le quali il rapporto è dialettico, fermo restando che la critica scientifica non può contestare, in presenza di più norme alternative desumibili dalle pertinenti disposizioni e tra loro incompatibili, i giudizi di valore con cui il giudice prende, come è suo dovere, posizione<sup>37</sup>.

Venendo più da vicino alla Costituzione repubblicana, ancora Livio Paladin<sup>38</sup> ricorda che Crisafulli (già componente della Commissione Forti, m non della Costituente) non negava in radice la distinzione fra norme precettive e programmatiche, ma era preoccupato di evitare che le seconde venissero estromesse dal novero delle norme giuridiche, lasciando libero il campo alle leggi ordinarie magari antecedenti al gennaio 1948, ed invertendo in tal modo il rapporto fra legislazione e costituzione.

---

CEDAM, 1994; M. SIRIMARCO, *Vezio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli*, Grafica editrice Romana, 2011.

<sup>33</sup> S. BARTOLE, *Introduzione al Convegno*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993*, cit., pp. 15 ss., in part. pp. 21-22.

<sup>34</sup> Una sintesi di questo percorso e tutti i riferimenti principali sono in A.A. CERVATI, *Vezio Crisafulli nella didattica e nello studio del diritto costituzionale*, in AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli*, cit., pp. 71 ss.

<sup>35</sup> M. SIRIMARCO, *Vezio Crisafulli*, cit., p. 17.

<sup>36</sup> L. PALADIN, *Gli anni della formazione*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., pp. 30 ss. sp. p. 32 e p. 34.

<sup>37</sup> A. D'ATENA, *Teoria delle fonti, teoria dell'atto e problematicismo nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., pp. 103 ss., in part. 105.

<sup>38</sup> L. PALADIN, *Saggi di storia costituzionale*, S. BARTOLE (a cura di), il Mulino, 2008, p. 184.

Ancora una volta, ciò che emerge dalle parole di Crisafulli «con cristallina chiarezza è la necessità per il giurista in genere (e per il costituzionalista in specie) di non perdere d’occhio il ricambio continuo tra sistema normativo e sistema sociale, dal quale si possono trarre, senza sconfinare nell’arbitrarietà decisionista, gli elementi per valutare i processi dinamici delle istituzioni e della società civile, viste nei loro rapporti reciproci»<sup>39</sup>. Come Crisafulli aveva osservato già nel 1940, gli studi di diritto costituzionale sono «sentinelle avanzate o guardie di frontiera tra diritto e non diritto»; la loro impostazione solidamente dogmatica non ha nulla di autoreferenziale, ma serve a «“captare” [...] le nuove idee e tendenze politiche al loro primo entrare nel mondo del diritto e, quindi, [ad] apprestare la base tecnica per le ulteriori esplicazioni ed applicazioni»<sup>40</sup>.

Come si è già detto, la giurisprudenza costituzionale tocca pressoché immediatamente alcuni dei problemi centrali per garantire piena giuridicità ai principi repubblicani: i difetti della legislazione, che la politica tardava a riformare; la possibilità di interpretazioni e applicazioni multiple, non tutte coerenti con la Costituzione; il rischio di conflitto con i giudici comuni e soprattutto con la Cassazione; la necessità di evitare che, a causa di tutto questo (delle possibili interpretazioni e applicazioni aberranti), fossero sconvolte parti dell’ordinamento di per sé suscettibili di impieghi per finalità costituzionalmente necessarie, plausibili o comunque non illegittime.

In questo frangente, si rivela decisiva la distinzione teorica tra disposizione e norma, che Crisafulli elaborò compiutamente nella omonima voce enciclopedica del 1964 e applicò all’analisi della giurisprudenza costituzionale in più occasioni. Già nel 1956 egli affermò che la Corte, almeno in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, «giudica di norme, e non di formulazioni astratte»<sup>41</sup>. Assistette con preoccupazione ai conflitti interpretativi che si aprono (in merito alle garanzie difensive nell’istruttoria sommaria) con la Cassazione<sup>42</sup> e registrò positivamente l’iniziale assestamento dell’idea che il rigetto determini una preclusione processuale per il giudice

<sup>39</sup> G. SILVESTRI, *Introduzione alla riedizione di Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, 2015, pp. LXXI ss., in part. LXXXVI.

<sup>40</sup> Ancora a proposito del metodo negli studi di diritto costituzionale, in *Stato e diritto*, 1940, p. 127. In merito, cfr. A. CARIOLA, *Il legame degli interessi di ricerca del “giovane” Crisafulli con il pensiero giuridico italiano del primo novecento*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., pp. 175 ss., p. 203. Sui nessi tra la teoria crisafulliana dei principi generali e quella dell’indirizzo politico, cfr. M. SIRIMARCO, *Vezio Crisafulli*, cit., p. 53.

<sup>41</sup> ID., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 929 ss. Qui il ragionamento si incentra sui rapporti reciproci tra i due ordini di interpretazioni: la conclusione è che quella della Corte costituzionale non è vincolata a quella del giudice rimettente, ma deve tenere conto di quest’ultima, possibilmente in termini espliciti nello stesso dispositivo (pp. 938 ss., dove, in questa fase, si ipotizza una vera e propria doppia pronuncia interpretativa, in parte di infondatezza e in parte di accoglimento). Vedi anche V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in *Archivio penale*, 13, I, 1957, pp. 449 ss., sp. pp. 454-455 (sulle sentenze nn. 3 e 8 del 1956) e pp. 459-465 (sui rapporti tra le decisioni interpretative e il loro seguito giudiziario).

<sup>42</sup> ID., *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, 1, pp. 91 ss.

a quo, ma non impedisca successivi interventi di accoglimento<sup>43</sup>. A quel punto gli era già chiaro, però, che il punto critico erano le sentenze di accoglimento parziale e interpretativo, specie quando venivano «rimanipolate» norme e disposizioni, in termini tali da suggerire interventi normativi, non semplicemente giurisdizionali o di controllo, del giudice delle leggi; ma la soluzione a questa difficoltà era che la modifica del testo o del significato normativo era solo il risultato mediato della dichiarazione di illegittimità costituzionale di altri significati o proposizioni, concorrenti a integrare la disposizione testuale<sup>44</sup>.

Nel 1968 Crisafulli divenne giudice costituzionale. L'anno dopo, fu relatore della sentenza n. 15: una vera e propria pronuncia manipolativa, più precisamente sostitutiva, con la quale si dichiarò incostituzionale la riserva alla discrezionalità del Ministro di grazia e giustizia, «anziché» alla Corte costituzionale, della potestà di concedere, o meno, l'autorizzazione a procedere in ordine al reato di vilipendio della Corte stessa<sup>45</sup>. Nella dottrina si levarono voci in tutto o in parte critiche. Ad esempio, Carlo Lavagna obiettò che una manipolazione poteva essere legittimamente additiva, solo nel senso di rimuovere una norma che ostacolava l'applicazione di un'altra norma (sia pure a titolo di analogia *legis* o *iuris*, o di applicazione diretta di norme costituzionali ove ciò fosse possibile), ma mai nel senso di creare norme nuove, quasi con una sorta di «potere di emendamento»<sup>46</sup>. Si fecero anche proposte innovative, in senso almeno in parte limitativo: Nicola Picardi, pur ammettendo che i giudici non fossero estranei rispetto al compito di integrare i concetti indeterminati e che, a tal fine, fosse talora plausibile e necessario usare argomenti non strettamente logico-giuridici, suggerì di ritenere vincolante *erga omnes* la sola parte (efficacia) demolitoria delle sentenze «integrative» e non quella ricostruttiva, che avrebbe avuto valore meramente interpretativo<sup>47</sup>.

Non è comunque necessario riassumere le critiche di quegli anni: già allora ne fu data una compiuta sistemazione, alle quali si può fare riferimento sia per i riferimenti, che per gli argomenti di un dibattito che già allora risultava «lungo e travagliato»<sup>48</sup>. In

<sup>43</sup> ID., *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema. Esperienze e prospettive*, in *Rivista diritto processuale*, 1966, XXI, pp. 206 ss., in part. pp. 224-225.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 230. Considerazioni simili compariranno in V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pp. 1 ss., in part. pp. 12 ss., pp. 14 ss., pp. 19 ss. (ove oltretutto si distinguono due tipi di annullamento parziale: quello che investe una parte di una disposizione, ossia parole, periodi, commi ecc.; e quello che investe la norma in senso proprio, anche nel caso di censura delle omissioni legislative).

<sup>45</sup> Cfr. PF. GROSSI, *Intervento*, in AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli*, cit., pp. 7 ss., il quale ricorda come dubbi di legittimità costituzionale sulla stessa disposizione siano stati sollevati altre tre volte dinanzi alla Corte, che li ha sempre dichiarati infondati, con relazioni dello stesso Crisafulli.

<sup>46</sup> ID., *Sulle sentenze «additive» della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1969, IV, pp. 145 ss., in part. p. 149.

<sup>47</sup> N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, IV, 1977, pp. 599 ss. Sullo sfondo stavano vicende come quelle che avevano fatto capo alle sentenze nn. 141 e 190 del 1970 (*ivi*, cfr. p. 629 e pp. 631 ss.), in relazione alla prima delle quali egli aveva inizialmente teorizzato questa proposta (ID., *La dichiarazione di fallimento, dal procedimento al processo*, Giuffrè, 1974, pp. 127 ss.).

<sup>48</sup> G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1684

estrema sintesi, la tesi centrale è che tutte le sentenze che oggi siamo soliti chiamare interpretative (di accoglimento o rigetto) e manipolative (sempre di accoglimento, additivo, sostitutivo ecc.) implicano sempre l'immissione nell'ordinamento di una norma nuova e, dunque, il rovesciamento dello schema di cui all'art. 136 Cost.: la Corte non elimina puramente e semplicemente le disposizioni illegittime, ma rivendica il potere di ricondurre a legittimità quelle viziate, mediante l'introduzione di correzioni. Alla base di questo, ulteriormente, sta l'idea che da una disposizione si può trarre una sola norma, in questo senso: le disposizioni esistono solo come norme, ossia come regole applicabili da determinati soggetti; anche se costoro possono ricostruirle secondo criteri e con esiti molteplici, una volta che l'operazione è stata compiuta la disposizione vive solo nei termini in cui la norma è stata ricostruita; nel giudizio incidentale, la Corte costituzionale ben può dissentire dalla ricostruzione normativa dell'ordinanza di rimessione, ma allora deve limitare il proprio giudizio a quell'unica norma che ha ritenuto di trarre dal testo. Diversamente, la Corte finisce per svolgere un ruolo di vera e propria attuazione positiva *erga omnes* della Costituzione, particolarmente evidente quando cerca di colmare lacune legislative; e la differenza tra essa e il legislatore, nonostante la formula delle cd. rime obbligate, finisce per essere quantitativa più che qualitativa, ancorché lo stesso sistema politico possa forse preferire di scaricare così una parte delle proprie responsabilità.

A fronte di tutto questo, Crisafulli non cambiò sostanzialmente la propria posizione: né da giudice costituzionale, né al termine del mandato, anche se negli scritti successivi alcune sfumature sembrano concedere qualcosa di più al riconoscimento della creatività insita in questo tipo di decisioni<sup>49</sup>. Come è noto, in risposta alle critiche, egli ribadì che, in realtà, la Corte non inventa alcunché: si limita a estendere, esplicitare o specificare qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo; è in questo contesto che il giudice e studioso coniò la brillante espressione «rime obbligate»<sup>50</sup>, peraltro riprendendola da studi precedenti<sup>51</sup>. È un modo per

---

ss. (anche negli *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, cit., pp. 755 ss.). Le citazioni nel testo sono alle pp. 1684-1685.

<sup>49</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, CEDAM, 1984, pp. 407-408.

<sup>50</sup> ID., *La Costituzione ha vent'anni*, cit., in part. p. 1707.

<sup>51</sup> L. PALADIN, *Gli anni della formazione*, cit., p. 35, ricorda come già in *In tema di Carta del lavoro e di principi generali del diritto*, in *Stato e diritto*, 1941, pp. 232 ss., Crisafulli avesse usato questa espressione – mutuata dal *Trattato di diritto civile italiano* di Francesco Ferrara (1921) – per descrivere il principio inespresso secondo il quale il giudice deve decidere secondo diritto, anche in assenza di una disciplina specifica della materia rilevante. Peraltro, C. PINELLI, *Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di A.A. Cervati*, Aracne, 2010, IV, pp. 67 ss., p. 72, richiama l'attenzione su V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 2/1940, pp. 193 ss., in part. pp. 198-199, laddove, nel sostenere la natura pienamente normativa dei principi generali, l'autore affermava che, altrimenti, data la pacifica applicabilità di tali principi (segnatamente per denunciarne la violazione ai fini della cassazione di sentenze), si sarebbe dovuto riconoscere all'interprete «un potere creativo, sia pure, come si dice, a rime obbligate», perché «sarebbe appunto l'interprete a formulare la norma per il caso concreto, traendola dal principio o dai principi latenti nel sistema». Interessante rilevare il nesso del concetto, da un lato, con i principi e, dall'altro, con la creatività dell'interprete: temi di grande delicatezza teorica, come è evidente già da questi approcci del tutto iniziali.

rimarcare la differenza tra le valutazioni del legislatore e quelle della Corte e per sottolineare, in queste ultime, l'importanza dell'argomentazione giuridica, che segna il piano proprio del giudice e sul quale questi deve fare di tutto per rimanere: ciò pure nella consapevolezza che il «confine tra legittimità e merito» può farsi «sottilissimo», soprattutto quando – e ciò potrebbe in un certo senso apparire paradossale – la Corte adotta un atteggiamento di *self-restraint* e si lascia guidare dalla preoccupazione di non aprire «vuoti» legislativi<sup>52</sup>. In ogni caso, nel pensiero e nell'opera di Crisafulli, «al limite, sembra prevalere su ogni altra [...] la preoccupazione della garanzia»<sup>53</sup>.

Che questa posizione sia poi prevalsa, è noto, come non occorre dilungarsi in esempi per ricordare che, malgrado tutti i tentativi di argomentare la ridotta innovatività delle sentenze manipolative, non sempre esse si sono contenute in limiti così ristretti e talora sono state «veri e propri terremoti che hanno investito un intero settore normativo»<sup>54</sup> (ad es. sentenza n. 68 del 1978).

### 2.3. Lo sviluppo della dottrina.

Riprendendo l'analisi della dottrina delle cd. rime obbligate e della sua storia, conviene osservare come, man mano che le relative tecniche di decisione si consolidavano nella giurisprudenza, si poneva anche il problema di inquadrarle in termini logico-giuridici.

Deve essere ricordato, a questo proposito, il contributo di Livio Paladin, allievo di Crisafulli, e Presidente della Corte costituzionale (1985-1986). Anche questo, come è ben noto, è l'esito di un lungo percorso, in cui Paladin supera la teoria dell'eccesso di potere legislativo, a favore di una ricostruzione incentrata sui vincoli teleologici che la Costituzione pone, con disposizioni variamente stringenti ma comunque non tali da escludere la libertà del legislatore di scegliere le finalità dei propri interventi e, comunque, di ridurre questa libertà in condizioni corrispondenti a quella della discrezionalità amministrativa<sup>55</sup>. L'art. 3, primo comma, Cost. è un esempio di quei parametri, i quali si aprono a valutazioni di sufficienza, congruità, adeguatezza e a criteri extragiuridici, anche di carattere morale, politico ed economico: su di esso si fonda il sindacato in merito alla fondamentale giustificatezza delle classificazioni normative<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in ID., *Stato Popolo Governo*, Giuffrè, 1985, pp. 236-240.

<sup>53</sup> A. CERRI, *La Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., 165 ss., in part. p. 167.

<sup>54</sup> C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, 1989, pp. 149 ss., in part. p. 168: si riferisce alla sentenza n. 68 del 1978, in materia di referendum abrogativo.

<sup>55</sup> ID., *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, 1956, pp. 993 ss.; ID., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1964, I, pp. 304 ss.

<sup>56</sup> Cfr. ancora L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'"utilità delle leggi"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, I, pp. 144 ss., in part. p. 147, nota 3. Il punto di arrivo del pensiero dell'autore è

Divenuto giudice costituzionale (e dopo essere stato relatore, tra l'altro, della già citata decisione n. 148 del 1983), Paladin formalizzò le istruzioni per l'uso per le questioni in cui sia invocato a parametro l'art. 3, comma 1, Cost.<sup>57</sup>. C'è chi ha visto, in questa fase, un allargamento delle maglie del giudizio, maggiormente orientato alla coerenza sistematica e ordinamentale<sup>58</sup>. Di sicuro, il capillare contatto con la giurisprudenza contribuisce a raffinare non poco lo schema logico, talora portato al massimo delle sue possibilità: ad es. quando una norma «di generalissima portata» sia considerata illegittima «perché estesa a regolare situazioni estranee alla sua *ratio* e diversamente riguardate dallo stesso ordinamento giuridico»; oppure quando il *tertium* sia una norma eccezionale, di cui appunto sia relativizzata in via interpretativa l'eccezionalità<sup>59</sup>. Può dunque accadere che la medesima disposizione produca sia il *tertium comparationis*, sia la norma sospetta. Ciò si avvicina pericolosamente al sindacato di ragionevolezza intrinseca. Tuttavia, resta fermo come il raffronto «non si esaurisca all'interno della disposizione in esame, ma coinvolga altri dati normativi esterni»<sup>60</sup>. Questo è dunque l'estremo appiglio in virtù del quale il controllo di coerenza, congruenza o non contraddizione resta ancorato all'ordinamento e si muove «per linee interne» ad esso, così potendo approdare a interventi additivi «a rime obbligate»<sup>61</sup>: il sindacato sulla giustificatazza avviene sempre in base alla *ratio legis* obiettivamente presente nel sistema, per quanto la sua identificazione possa determinare «gravi problemi, da risolvere attraverso scelte di valore»; in esito al giudizio, «la Corte non deve [...] escogitare nuove disposizioni normative, ma è sempre ed unicamente chiamata [...] ad estendere norme già vigenti»<sup>62</sup>.

---

compiutamente delineato in ID., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, 1965, in part. pp. 188-195 (eguaglianza come imperativo di giustificatazza delle leggi speciali o di eccezione) e pp. 202-204 (giudizio sulle classificazioni legislative alla luce del *tertium comparationis*).

<sup>57</sup> L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, *Scritti su la giustizia costituzionale*, cit.

<sup>58</sup> Lo osserva L. ELIA, *Livio Paladin studioso e giudice costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza, atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, CEDAM, 2002, pp. 25 ss., Elia ricorda come in Paladin l'attenzione agli schemi logici di giudizio derivasse dalla preoccupazione (in linea con il pensiero dell'altro suo maestro, Carlo Esposito, dalle cui ricostruzioni ancora più limitative in materia di art. 3 Cost., peraltro, si distaccò) che cadesse totalmente la distinzione tra merito e legittimità: un atteggiamento positivista, ma attento a prevenire il rischio di una crisi della giurisdizione costituzionale, destinato a divenire più elastico negli anni '80.

<sup>59</sup> L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., pp. 635-636.

<sup>60</sup> *Ibidem*, 636. Anche L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., pp. 303-304, sottolinea la possibilità che, in questo tipo di decisioni, la medesima disposizione legislativa somministri l'oggetto (l'implicita omissione), il parametro (nel senso di parametro interposto, o meglio di *tertium comparationis*, vale a dire le previsioni espresse), sia la rima obbligata per determinare (il *petitum* e) il dispositivo.

Sul *tertium* inteso come una sorta di parametro interposto cfr. P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Giappichelli, 1998.

<sup>61</sup> L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., p. 619.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 656, p. 660.

Peraltro, come pure è noto, la Corte non si è limitata a valutazioni triadiche di questo tipo e, per la verità, esse stesse sovente non sono affatto univoche: non è sempre facile distinguere i privilegi, da eliminare puramente e semplicemente, dai trattamenti di favore, suscettibili di estensione secondo la logica dell'art. 3 Cost.; né, in generale, le addizioni univocamente discendenti da un principio costituzionale e quelle che ne costituiscono solo una fra le molteplici virtualità attuative<sup>63</sup>.

Tornando alla materia penale, peraltro, le tecniche manipolative incontravano qui ostacoli aggiuntivi, incentrati non solo sul principio di rigorosa legalità, ma anche sulla *extrema ratio* e sulla riserva al Parlamento delle scelte di criminalizzazione. Lo riconosceva, anche se solo in parte, lo stesso Crisafulli<sup>64</sup>, ed è stato rimarcato dalla dottrina successiva. In estrema sintesi<sup>65</sup>: in linea generale, posto che il diritto penale è naturalmente frammentario e che i suoi interventi non sono mai, per definizione, costituzionalmente necessari, ma solo possibili negli stretti limiti in cui il legislatore li adotti, mancherebbe sempre il presupposto delle manipolazioni, ossia appunto la cd. rima obbligata; nei casi in cui l'esatta comprensione della decisione richiede l'esame della motivazione, sarebbe a rischio la logica della tassatività; con riguardo alle sanzioni, non è possibile isolarle dai precetti, quasi che si potesse intervenire sulle une senza ripercussioni sugli altri, né, comunque, trapiantarle da un reato all'altro senza l'impiego, inammissibile in questo settore, di ragionamenti sostanzialmente analogici e senza il rischio di creare a valle nuove disarmonie nel sistema.

Beninteso: questi indirizzi dottrinali non rinunciano affatto al ruolo di garanzia della giustizia costituzionale. Solo, con una variazione sul tema della dicotomia di Picardi (tra parte demolitoria e parte ricostruttiva delle sentenze manipolative<sup>66</sup>), ritengono che, in materia penale, data soprattutto la natura politica pregnante delle scelte che presiedono a tale ambito<sup>67</sup>, la Corte debba limitarsi ad ablazioni pure e semplici, lasciando al legislatore la decisione se, quando e come ripristinare i reati e le pene venuti meno. In altre parole, il suggerimento è di annullare senz'altro le norme

<sup>63</sup> Ancora L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., pp. 308 ss.

<sup>64</sup> Scrive V. CRISAFULLI «Ma è da chiedersi se veramente la riserva di legge dell'art. 25 Cost. debba dirsi in questi casi non rispettata. In fondo, nella norma oggetto della pronuncia erano originariamente ricomprese anche le ipotesi cui si riferiva la dichiarazione di illegittimità: togliendo qualcosa che era potenzialmente compreso nella norma (e nella relativa disposizione), la Corte non crea, perciò una nuova fattispecie penale, ma restringe la portata di una fattispecie legislativa già presente nell'ordinamento», in *La Corte ha vent'anni*, cit., p. 1707.

<sup>65</sup> Il problema delle manipolazioni ammissibili in materia penale è considerato anche in L. PALADIN, *Corte costituzionale Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., pp. 662-663; A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 6, pp. 4199 ss., in part. p. 4202; F. MODUGNO, R. D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? In margine alla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, IV, pp. 97 ss.

<sup>66</sup> Solo la prima, non la seconda, vincolante *erga omnes*, secondo l'Autore: vedi sopra, nota 47.

<sup>67</sup> Per tutti A. PUGIOTTO, *Sentenze normative*, cit. In teoria solo il processo legislativo di produzione è sotto il controllo dell'opinione pubblica e delle minoranze parlamentari e della stessa corte cost. va da sé l'esclusione di interventi manipolativi poiché essi si traducono in una invasione di campo rispetto alla sfera del politico cui spetta la scelta sul quando e sul *quomodo* del ricorso dello strumento penale.

penali che proteggono sì beni giuridici rilevanti, ma in modo costituzionalmente illegittimo: ne deriverebbe una lacuna nel sistema di tutela penale, la quale però non dovrebbe considerarsi troppo grave, visto che questo sistema è strutturalmente frammentario. E tuttavia è chiaro il costo che questo approccio comporta: il legislatore potrebbe non intervenire tempestivamente; comunque, si getterebbe un alone di incertezza su tutte le condotte aggressive tenute *medio tempore*, e anche su quelle anteriori, in termini che non è possibile qui approfondire appieno. Insomma, gli effetti dell'annullamento puro e semplice possono essere penetranti e non interamente controllabili, malgrado il rilievo dei beni giuridici in gioco.

È proprio il genere di problema di cui un giudice costituzionale, non può non essere acutamente preoccupato, molto più della dottrina.

### 3. Perché la Corte costituzionale aggiorna la dottrina delle cd. rime obbligate in quella dei cd. versi sciolti.

Alcune considerazioni svolte da Gaetano Silvestri, durante e dopo il suo servizio come componente (e poi Presidente) della Corte costituzionale, anticipano e spiegano l'ultimo tratto della parabola della teoria delle cd. rime obbligate.

In un ricordo di Vezio Crisafulli<sup>68</sup>, Silvestri ha riferito che, dopo la pubblicazione del suo saggio, già citato, del 1981, lo studioso genovese, allora giudice costituzionale, lo convocò a Roma e riconobbe che la critica teorica aveva del vero, ma che di quei pur discussi strumenti non si poteva fare a meno. La conclusione persuase Silvestri, il quale addivenne così a usare l'espressione liturgica di *felix culpa*<sup>69</sup> – qui impiegata nel sottotitolo del saggio – proprio per dare atto della necessità degli strumenti per bonificare l'ordinamento. L'autore riconobbe di avere ricevuto «una grande lezione scientifica e anche morale» da Crisafulli, la quale – ironia della sorte – gli fu utile allorché, nel 2007, divenuto a propria volta giudice costituzionale, partecipò all'approvazione di sentenza che, per risolvere una situazione particolarmente intricata, riesumava lo schema a lungo negletto dell'accoglimento interpretativo<sup>70</sup>. In questo modo – conclude Silvestri nelle pagine ora in esame – la Corte costituzionale ha assolto alla propria duplice responsabilità: sia verso l'ordinamento in generale, sia verso le parti dello

<sup>68</sup> ID., *Intervento*, in AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli*, cit., pp. 53 ss., in part. p. 54, ma già in G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, UTET, 1994, pp. 31 ss., in part. p. 32.

<sup>69</sup> L'espressione è presente anche in G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive*, cit., p. 96.

<sup>70</sup> Sentenza n. 78 del 2007. Si trattava di un caso in cui il diritto di un reo extracomunitario di accedere all'affidamento in prova ai servizi sociali, garantito dall'art. 27, terzo comma, Cost., era stato escluso dalla Cassazione, per la mancanza del permesso di soggiorno. Investito del conseguente principio di diritto, il giudice del rinvio si era rivolto alla Corte costituzionale, anche perché, nel frattempo, resolvendo un contrasto interno alla stessa Cassazione, le Sezioni unite si erano pronunciate in senso opposto. L'accoglimento interpretativo (dichiarazione di illegittimità costituzionale dei pertinenti articoli dell'ordinamento penitenziario, «ove interpretati nel senso» anzidetto) serve appunto ad affrancare il rimettente da un principio di diritto per lui vincolante, ancorché incostituzionale e già superato, senza mettere in discussione le disposizioni già rettificata in via interpretativa in sede nomofilattica.

specifico giudizio *a quo*. Si tratta di considerazioni che lo stesso autore ha confermato anche in seguito, riconoscendo che Crisafulli agiva guidato da un grande senso pratico e dalla chiara attenzione al chiaroscuro<sup>71</sup>.

Un mese prima della conclusione del suo mandato di Presidente della Corte costituzionale, intervenendo, nel carcere di Rebibbia, a un seminario sul seguito della sentenza Torreggiani<sup>72</sup>, Silvestri<sup>73</sup> è tornato sulla decisione assunta, a seguito di tale sentenza, dalla Corte costituzionale.

Questa notissima pronuncia<sup>74</sup> è una delle ultime classiche decisioni di inammissibilità: pur riconoscendo «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato [...] e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo», la Corte si era arrestata dinanzi alla «pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate; pluralità che [aveva fatto] escludere l'asserito carattere “a rime obbligate” dell'intervento additivo» richiesto dai tribunali rimettenti. La Corte si era limitata ad osservare che non sarebbe stato tollerabile «l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato»: monito analogo a quello lanciato in una precedente sentenza dello stesso anno, in materia processuale penale, della quale era stato relatore proprio Silvestri<sup>75</sup>.

Orbene, tornando su tutto questo, proprio alla fine dell'intervento citato<sup>76</sup> Silvestri ricorda la «sofferta» pronuncia costituzionale sul sovraffollamento – un «estremo atto di deferenza verso il legislatore» – e il monito in essa contenuto. E conclude con le seguenti parole: «[q]uando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*».

Il cerchio si chiude: il giovane studioso, che criticava la creatività solo in parte velata dalla dottrina delle cd. rime obbligate, trentatré anni dopo, al termine del suo servizio a Palazzo della Consulta, ribalta la critica nel senso opposto, per gli impacci eccessivi che questa stessa dottrina oppone alle possibilità di intervento del giudice costituzionale, dinanzi a patologie conclamate e troppo a lungo trascurate dal legislatore. Crisafulli trova la sua rivincita: o meglio, la logica del *magis ut valeat* fa apparire le cd. rime obbligate persino troppo costrittive.

Più in generale, il livello di guardia raggiunto dal diritto penale non è ignoto al Collegio che, tra il 2016 e il 2020, ha tentato di *affrontarlo* in maniera diversa rispetto al

---

<sup>71</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Introduzione alla riedizione di Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., ricorda che Crisafulli sosteneva che l'esigenza di bonificare un ordinamento costituzionale caratterizzato da una larga inattuazione della Costituzione faceva delle decisioni additive strumenti assolutamente necessari, pp. LXXXV-LXXXVII.

<sup>72</sup> Corte EDU, 8 gennaio 2013.

<sup>73</sup> ID., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento conclusivo del seminario *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU* tenutosi il 28 maggio 2014 nella Sala Teatro del carcere di Rebibbia, in [www.dirittopenitenziarioecostituzione.it](http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it).

<sup>74</sup> Sent. n. 279 del 2013.

<sup>75</sup> Sent. n. 23 del 2013, seguita dalla sent. n. 45 del 2015 (accoglimento).

<sup>76</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 6.

passato, più esplicita e frontale. Mi riferisco alle decisioni nn. 236 del 2016, 207, 222 e 233 del 2018, 40, 99, 112 e 242 del 2019, 113 e 156 del 2020<sup>77</sup>. Si è trattato, come è ben noto, di pronunce alla cui base spesso c'erano casi in cui venivano in esame limiti normativi alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena<sup>78</sup>, che lo vincolavano a infliggere pene ritenute manifestamente eccessive rispetto a classi di ipotesi situate ai gradini più bassi della scala di disvalore idealmente tracciabile all'interno del perimetro disegnato dalla fattispecie astratta.

L'approdo ai cd. versi sciolti pare essere rappresentato da sentenze con dispositivo manipolativo di tipo sostitutivo che, nella parte ricostruttiva, risultano sganciate da una soluzione *costituzionalmente obbligata* in nome dell'adequatezza e non arbitrarietà di quella indicata dal giudice *a quo* (o, in alcuni casi, "ricostruita" dalla stessa Corte!) perché *coerente* con i principi costituzionali<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Mentre va detto che la versione più tradizionale della dottrina delle cd. rime obbligate ha avuto una riemersione nella sentenza n. 253 del 2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. pen., nella parte in cui escludeva che, ai detenuti per i delitti ivi previsti, compresi quelli di criminalità organizzata, potessero essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia: per effetto di questa decisione manipolativa, ora i permessi possono essere concessi anche quanto la collaborazione è mancata, ma sono stati acquisiti altri elementi sufficienti a escludere che i collegamenti con la criminalità sussistano ancora o rischino di essere ripristinati. Qui però la pronuncia interessa nella sua ultima parte, dove la Corte si confronta con il problema – risolto nei termini anzidetti – di quali debbano essere le condizioni per la concessione dei permessi, se essi non possono venire negati per la pura e semplice assenza (o impossibilità, inesigibilità ecc.) di collaborazione con la giustizia. Per dare forma a questo regime, la Corte "pesca" i riferimenti all'interno dello stesso art. 4-bis: lì è affermata l'esigenza che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»; lì si includono tra i materiali istruttori, oltre alle relazioni dell'autorità penitenziaria, le dettagliate informazioni acquisite tramite il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica; lì si menziona il parere, potenzialmente preclusivo, del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale circa l'attualità di collegamenti criminali. Dunque, osserva la Corte, «l'acquisizione di stringenti informazioni in merito all'eventuale attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (a partire da quelli di natura economico-patrimoniale) non solo è criterio già rinvenibile nell'ordinamento (sentenze n. 40 del 2019 e n. 222 del 2018) – nel caso di specie, nella stessa disposizione di cui è questione di legittimità costituzionale (sentenza n. 236 del 2016) – ma è soprattutto criterio costituzionalmente necessario (sentenza n. 242 del 2019) per sostituire in parte qua la presunzione assoluta caducata». In breve, nel momento in cui è stata assunta una decisione particolarmente forte – perché riguarda una norma discussa e di frequentissima applicazione, e a maggior ragione perché investe anche i delitti più socialmente pericolosi, per i quali quella norma è stata congegnata – la Corte è tornata a fare appello alle cd. rime obbligate: non solo per rendere la motivazione più persuasiva, ma anche per rimarcare che prevenzione e repressione del crimine restano condizioni essenziali e imprescindibili – vincolanti anche per il legislatore, i giudici ecc. – pure nel contesto di una riscrittura e di un'applicazione più liberale delle norme penitenziarie. Il che, in un certo senso, chiarisce plasticamente un profilo di differenza tra la vecchia e la nuova dottrina: la prima, più della seconda, si presta a cristallizzare i punti di equilibrio fissati dal giudicato costituzionale, sottraendoli a ulteriori spostamenti legislativi (in questo caso, in senso ancora più liberale).

<sup>78</sup> Il tema è notoriamente arato, per un bilancio agli albori dell'aggiornamento della dottrina crisafullina si veda, per es., S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 1 ss.

<sup>79</sup> Così anche D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adequate"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 2, pp. 696 ss., che ricorda come, in base alla teorica delle 'rime obbligate', questa decisione si sarebbe risolta in una incostituzionalità accertata ma non dichiarata, p. 704-705; F. CONSULICH, *La*

Come si è ricordato, la Corte aveva sempre ritenuto di poter incidere sulla misura della pena solo se l'ordinamento offriva direttamente una norma di portata generale, in grado di riespandersi dopo l'annullamento della norma specifica giudicata illegittima, o in alternativa un *tertium comparationis* univocamente indicativo della norma da sostituire a quella dichiarata costituzionalmente illegittima<sup>80</sup>. Ciò evitava vuoti di tutela, rispettava la riserva di legge ex art. 25 Cost. e riduceva la creatività della Corte, vincolandola strettamente alla trama normativa tessuta dal legislatore. Ma tale scelta comportava anche di accettare che, se è univoca l'illegittimità costituzionale di una situazione normativa, ma non lo è altrettanto la correzione da apportare – segnatamente, perché il giudizio non ha carattere triadico o, comunque, la rimagliatura del tessuto normativo può avvenire in vari modi logicamente equivalenti – allora la correzione diventa impossibile.

Di questa problematica il giudice costituzionale è sempre stato consapevole. Tanto che, nella giurisprudenza 2016-2020 si assiste ad una sorta di torsione del criterio del *tertium comparationis*<sup>81</sup>. Coloro che son perplessi dallo sviluppo dei cd. versi liberi mettono in evidenza, tra gli altri, proprio i rischi, derivanti dall'aver posto la necessità dell'esplicitazione del *tertium* in secondo piano. Tali rischi vengono ricollegati non solo all'incertezza, dovuta ad apprezzamenti contingenti del Collegio, ma anche all'affidamento, in ultima analisi, della politica criminale alla *supplenza* del potere giudiziario costituzionale (e comune)<sup>82</sup>.

Gli approdi di questa giurisprudenza rileggono in senso evolutivo la brillante teoria crisafulliana, come del resto era stato preconizzato: la norma individuata dalla Corte deve essere in linea con l'ordinamento, ma il modo d'essere in linea è vario e, tra

---

*matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 D.P.R. N. 309 del 1990*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 2, pp. 1231 ss., p. 1237.

<sup>80</sup> Cfr. G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, cit. L'A. ricorda, come matura espressione di tale atteggiamento, la decisione n. 22 del 2007 nella quale, pur riconoscendosi che la normativa sull'immigrazione «[...] presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa», si ribadisce che «Il sindacato di costituzionalità, tuttavia, può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio (*ex plurimis*, tra le pronunce più recenti, sentenze n. 325 del 2005, n. 364 del 2004; ordinanze numeri 158 e 364 del 2004). Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore», p. 2.

<sup>81</sup> Così, se nella decisione n. 236 del 2016 il *tertium* era stato recuperato per sostituire il trattamento sanzionatorio dichiarato incostituzionale, nella sentenza n. 222 del 2018 pare superata anche la sua necessità, almeno nella fase di sostituzione della norma viziata, e nella pronuncia n. 233 del 2018 le plurime soluzioni possibili sono addirittura tra loro alternative.

<sup>82</sup> Sembra però che tali timori vadano ridimensionati un poco, considerata anche l'alea che presiede all'individuazione del *tertium*, che è pur sempre collegata a un'operazione valutativa, da parte del giudice *a quo*, rispetto alla fattispecie impugnata, come ricorda F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 2, pp. 376 ss.

questa varietà, c'è possibilità di scelta<sup>83</sup>. Con il susseguirsi delle stagioni si affinano, con incessante lavoro, le tecniche decisorie messe a punto dal 1956. Mentre la dottrina delle cd. rime obbligate risentirebbe della concezione originaria del controllo di costituzionalità delle leggi come raffronto astratto di norme, quella dei cd. versi sciolti sarebbe diretta conseguenza della scelta del giudizio in via incidentale, promosso in vista di una risposta che permetta la risoluzione del caso concreto, ma che richiede alla Corte, in considerazione della portata *erga omnes* della decisione, di tenere conto anche delle implicazioni che si possono dispiegare nell'ordinamento nel suo complesso<sup>84</sup>.

In questa prospettiva dunque, la giustificazione delle pronunce più recenti risiede i) nel carattere del giudizio incidentale, un giudizio che si sostanzia nella ricerca di una norma adeguata anche al caso che deve essere deciso in nome non solo di una tutela dei diritti che è integrata e non può essere frammentata<sup>85</sup>, ma anche di una risposta il più possibile "individualizzata" e calibrata sulla situazione del singolo condannato; ii) nella necessità di reagire al primato di scelte sanzionatorie *manifestamente arbitrarie o irragionevoli*; iii) nell'aver sempre precedentemente sollecitato un intervento legislativo, che non c'è stato e nel ritenere che l'inerzia del legislatore equivalga ad una *diminutio* delle garanzie apprestate dalla Costituzione<sup>86</sup>; iv) nella volontà di evitare che

<sup>83</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, pp. 393 ss., spec. p. 396.

<sup>84</sup> Come ricorda M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 499.

<sup>85</sup> Il riferimento è alla nota espressione contenuta, per esempio, nelle decisioni nn. 264 del 2012 e 85 del 2013, in quest'ultima nella motivazione sul cd. caso ILVA, si afferma che (Considerato in diritto § 9) «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Sugli elementi caratterizzanti tale approccio cfr. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta Online, 2020, pp. 1 ss.

<sup>86</sup> Nell'ordinanza n. 207 del 2018 la frustrazione prodotta dai moniti caduti nel vuoto è deflagrata in modo eclatante (per quanto già emersa in tutte le decisioni ricordate): essa ha subordinato alla realizzazione del monito (con scadenza), nei termini precisamente indicati, il passo indietro della Corte. Se, in precedenza, "l'invito" al legislatore mirava a suscitare una reazione, magari corroborata anche mediante la "minaccia" di una possibile futura declaratoria di incostituzionalità, nell'ordinanza n. 207 esso sembra aver acquisito il significato di vincolo ad intervenire secondo le indicazioni contenutistiche e le tempistiche indicate dalla inusuale sospensiva, nonostante, in questo frangente, il legislatore avesse già esplicitamente deciso, solo un anno prima, di escludere il "suicidio assistito" dalle fattispecie affrontate nella legge n. 219 del 2017, cfr. in merito M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 4/2018, pp. 1323 ss. L'ordinanza n. 207 non è del resto rimasta un caso isolato, la Corte ha infatti adottato un secondo provvedimento – ordinanza n. 132 del 2020 – che invita il legislatore a rimodulare in un'ottica complessiva il delicato bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona in riferimento alla pena detentiva prevista per i delitti di diffamazione a mezzo stampa, anche per venire incontro alle indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e di numerosi documenti di organi politici del Consiglio d'Europa e della posizione espressa dalla Commissione di Venezia in riferimento al nostro Paese con il parere n. 715 del 2015. La Corte ha dunque rinviato la trattazione delle questioni al 22 giugno 2021, nel rispetto, si scrive, della leale collaborazione istituzionale, cfr. G. GATTA, [Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta 'lo schema Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno](#), in questa *Rivista*, 10 giugno 2020.

l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale, incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore<sup>87</sup>. La Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018 sintetizza in maniera mirabile l'urgenza che ha mosso il Collegio: «[...] è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una *rinnovata sensibilità* [corsivo nostro] impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati a cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale»<sup>88</sup>.

Il grimaldello grazie al quale poi la Corte finalizza la novità è dato dall'estrema elasticità con cui essa *maneggia* il processo costituzionale e in generale il giudizio in via incidentale. Tale giudizio permette infatti di tenere conto della *dinamica* dell'ordinamento costituzionale: vale a dire del fatto che vizi e criticità delle leggi emergono nel tempo; l'ordinamento muta e con esso i *tertia comparationis* del giudizio; cambia la situazione sociale e si determina un'evoluzione dell'interpretazione dei valori costituzionali; si allontana nel tempo un certo dibattito politico, permettendo alla Corte di tornare sui suoi passi<sup>89</sup>.

Infine, le occasioni (direi proprio le *spinte*) che si sono presentate alla Corte e che hanno agevolato in qualche modo questo *cambio di passo*, si possono così riassumere: i) le numerose e insistenti ordinanze di rimessione, dovute al *disagio* e alla perseveranza dei giudici comuni. Si è arrivati a dire, a questo proposito, che sia in atto una sorta di "cogestione giudiziaria della materia penale"; ii) le suggestioni provenienti da un certo tipo di giurisprudenza europea<sup>90</sup>; iii) la compresenza in seno al Collegio di giudici che

<sup>87</sup> Cfr. sentt. nn. 236 del 2016; 222 del 2018; 40 del 2019.

<sup>88</sup> Cfr. G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2019, pp. 1 ss., in part. pp. 15.

<sup>89</sup> Così scrive M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, I, 2016, pp. 481 ss., in part. p. 497, riferendosi, in parte, anche al pensiero di V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, Yale University press, 2009, p. 55.

<sup>90</sup> Non si può non richiamare la notissima pronuncia sulla cd. revisione europea, n. 113 del 2011: solo in seguito all'inerzia del legislatore, nonostante il pressante invito rivoltagli con una precedente pronuncia (la n. 129 del 2008), è stato ritenuto indispensabile, per riparare al *vulnus* costituzionale, introdurre la possibilità di una riapertura del processo quando sia necessario ai sensi dell'art. 46 della Cedu e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (tra le molte, Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia; Grande Camera, sentenza 1° marzo 2006, Sejdic contro Italia; Grande camera, sentenza 12 maggio 2005, Öcalan contro Turchia). La Corte costituzionale è stata chiara nell'affermare, da un lato, che è stata l'attesa invano dell'intervento del legislatore che ha 'autorizzato' il suo intervento e, dall'altro, a precisare che il legislatore resta libero di regolare con diversa disciplina il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, «come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali». Cfr. M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo per dare attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti: verso l'affermarsi di un nuovo modello*, in

appaiono in consonanza sul punto (talvolta anche in contraddizione con quanto avevano sostenuto prima di diventare giudici costituzionali)<sup>91</sup>.

#### 4. In conclusione: una rimeditazione in nome della garanzia della coerenza legislativa.

Il punto di arrivo della nuova *doctrine* dei cd. versi sciolti sembra confermare quanto scriveva Paolo Grossi, il «giudizio... incidentale continua a configurarsi, nell'esperienza, pur faticosa, che ne abbiamo, come l'occasione privilegiata di un permanente dialogo tra la Corte e i giudici comuni, nella ricerca e nella 'invenzione', se si può dire, e nei previsti limiti, del 'miglior diritto possibile'»<sup>92</sup>.

I progressi in termini di tutela costituzionale dell'attuale filone della stagione giurisprudenziale sembrano davvero essere significativi: si dà *giustizia* al caso singolo (anche se il giudizio in via incidentale non è mai *esclusivamente* incentrato su di esso), allentando la compressione delle garanzie costituzionali, valorizzando il finalismo risocializzante all'interno di un giudizio di proporzionalità intrinseca ed eliminando così scelte sanzionatorie spropositate<sup>93</sup>. La giurisprudenza sulla misura della pena pare basarsi su un bilanciamento nuovo in cui a prevalere non è più il principio di stretta legalità penale<sup>94</sup>. Almeno per il presente, e in assenza di criteri precisi di corrispondenza fra reato e pena, il Collegio ha deciso di provare a consolidare i canoni di una "nuova"

---

*Quaderni costituzionali*, 2011, 3, pp. 668 ss. Non a caso, questa decisione è stata richiamata dalla pronuncia di inammissibilità n. 179 del 2017, in cui la Corte, dopo aver reputato necessario, in assenza di un'univoca indicazione legislativa, lasciare il campo al legislatore (*rectius* «richiamare il legislatore alle proprie responsabilità»), ha avvertito che, in mancanza di un intervento, sarebbe stata successivamente «obbligata a intervenire, non mai in malam partem, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza». L'esempio portato è appunto la sentenza n. 113 del 2011.

La Corte, come ricorda G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012, pp. 344-345, in alcuni casi aveva già, dopo una prima decisione di inammissibilità, accolto la questione, ma solitamente con una decisione interpretativa, ad es. si veda le nn. 279 del 1987 e 284 del 1995, la prima di inammissibilità e la seconda di accoglimento. Cfr. anche M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e 'dialogo' tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, Jovene, 2017, pp. 97 ss., p. 110.

<sup>91</sup> Come rilevato anche da A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 2, pp. 785 ss., in part. p. 793. A proposito delle contraddizioni tra ciò che si è sostenuto da professore rispetto alle decisioni prese come componente (e in particolare come relatore) del Collegio si vedano le puntualizzazioni anche personali fatte da Zagrebelsky e ricondotte alla distinzione tra quello che è il "diritto accademico" e quello che è il "diritto giudiziario", ovvero alla distinzione tra teoria e pratica, ID., *La Corte costituzionale italiana*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, cit., pp. 65-68.

<sup>92</sup> ID., *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016, 2017*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), pp. 1 ss., in part. p. 15.

<sup>93</sup> Sempre più frequentemente la Corte costituzionale si è trovata di fronte alla necessità di mitigare la rigidità della legge per far spazio alle esigenze del caso concreto, assumendo all'occorrenza decisioni manipolative, additive o interpretative, anziché di accoglimento o rigetto puro M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 498.

<sup>94</sup> A. PUGIOTTO, *ibidem*, cit., p. 805.

ragionevolezza<sup>95</sup>, svolgendo per l'ennesima volta, nella sua storia, un ruolo di supplenza.

In definitiva, la Corte ha confermato, oggi più che mai, che è giudice dei principi, rivendicando la facoltà di dare piena attuazione alla Costituzione, potendo limitare la primazia del legislatore nell'individuazione del grado di reazione dell'ordinamento al cospetto della lesione di un determinato bene giuridico, tutte le volte in cui la normativa non risulti *coerente*. Una *discrezionalità condizionata* dunque quella del legislatore penale. *Condizionata* alla *coerenza* delle scelte già delineate a tutela di un determinato bene dal legislatore stesso, ma anche, come sembrano dimostrare le due decisioni sul cd. caso Antoniani/Cappato, *condizionata* al rispetto dei principi che la Corte trae dal dettato costituzionale (e maturi nella coscienza sociale)<sup>96</sup>.

Come valutare dunque questa "nuova stagione" di ripensamento esplicito della gabbia delle cd. rime obbligate e gli effetti che essa ha sul *riparto di competenze* tra giudice costituzionale e legislatore? Si può ancora sostenere che la riserva di legge precluda al giudice costituzionale di introdurre in via additiva nuovi reati, ampliando figure di reato già esistenti o aggravandone il trattamento sanzionatorio, abolendo reati o apprestando un trattamento più favorevole<sup>97</sup>?

È noto che le accuse di *funzione parallela di indirizzo legislativo*<sup>98</sup>, così come di *attività legislativa camuffata*<sup>99</sup> risalgono, come si è ricordato più sopra, al dibattito ormai storico sulla legittimità degli strumenti manipolativi-sostitutivi. In seguito, molti hanno continuato a evidenziare il rischio sia di uno *stemperamento* del ruolo che la Costituzione riconosce al legislatore, sia di una *sovra-valutazione* del ruolo del giudice tanto costituzionale quanto comune (a quest'ultimo non passa certo inosservata l'opera di individuazione del diritto vivente da parte del giudice delle leggi)<sup>100</sup>. Il sindacato costituzionale non si è mai davvero arrestato *ai confini* della discrezionalità legislativa in materia penale, ma si è svolto, soprattutto da un certo punto in avanti, *sui confini* della stessa. È stato sviluppato in maniera episodica, attraverso una varietà di percorsi, come è stato acutamente segnalato<sup>101</sup>, grazie al giudizio sulla ragionevolezza e alla

<sup>95</sup> D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont.* – *Riv. trim.*, 2017, 2, pp. 48 ss.

<sup>96</sup> In merito alle difficoltà di considerare la coscienza sociale come elemento di una teoria della giustizia costituzionale cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, pp. 1 ss., in part. pp. 12 ss.; lo stesso A. mette in guardia, in uno scritto precedente, dalla sovrapposizione fra principi e valori e dalla sovraesposizione della figura del giudice, ID., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 4, pp. 919 ss.

<sup>97</sup> G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 6, pp. 4160 ss., cit., p. 4160.

<sup>98</sup> F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di) *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., pp. 19 ss.

<sup>99</sup> L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit.

<sup>100</sup> E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005.

<sup>101</sup> G. LEO, *Politiche sanzionatorie*, cit.

giustificazione, fornita, a posteriori, dalla dottrina delle cd. rime obbligate. Più in generale le decisioni manipolative e la ragionevolezza sono state considerate, come si è già ricordato, sin dall'inizio del loro utilizzo tipici strumenti di "invasione" delle scelte del legislatore e conferme della natura politica della Corte. L'incidenza di tali strumenti venne criticata all'inizio della parabola delle cd. rime obbligate, così come lo è oggi nel momento del suo superamento o aggiornamento, se si preferisce.

Non c'è dubbio che il nuovo orientamento possa concorrere a perpetuare scontri istituzionali. Anzitutto con il legislatore, benché il Collegio nell'usuale temperamento finale non manchi mai di ribadire che quella scelta nelle pronunce è solo una delle possibili soluzioni, fra quelle già esistenti e che il legislatore è libero di intervenire. Rimane evidente che il regime ordinario di scelta della pena non sia rimessa alla giurisprudenza costituzionale.

In secondo luogo, in modo più implicito e dunque più rischioso, potrebbe accadere che il giudice comune ritenga di "poter fare da solo", in via integralmente interpretativa, ad esempio facendosi guidare da considerazioni teleologiche, costituzionalmente orientate, sia nel senso di ridurre il campo di applicazione di una certa norma, sia in quello di colmare la lacuna, così ravvisata, mediante l'estensione di altri elementi normativi, giudicati più appropriati. Evidentemente non è ciò cui mira la nuova dottrina dei cd. versi sciolti, ma non si devono dimenticare le dinamiche innestate, in passato, da dottrine come quella dell'interpretazione conforme o dell'integrazione dei sistemi nazionali e sovranazionali di tutela.

La stagione è positiva, al contrario, per chi valuta che la manipolazione editale, nel dare reale tutela al finalismo risocializzante, non sacrifichi che provvisoriamente e transitoriamente il monopolio legislativo: la scelta operata dal giudice costituzionale è recessiva rispetto alla futura opzione del legislatore, cui basterà esercitarla per ritornare ad appropriarsi della propria funzione legislativa<sup>102</sup>. C'è chi si spinge ad affermare che, per quanto ancora da precisare, tale indirizzo potrebbe anche rivelarsi in grado di migliorare ed aumentare il tasso di trasparenza delle politiche punitive e di arginare il montare del populismo penale<sup>103</sup>.

Comunque la si valuti, evidenti sono i progressi, più in generale, riguardo la rivitalizzazione della centralità del ruolo del sindacato in via incidentale. Almeno

---

C'è chi ha messo in evidenza che la pregressa giurisprudenza costituzionale è stata limitata, limitativa e limitante, si veda A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., in particolare p. 791.

<sup>102</sup> A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., p. 805.

<sup>103</sup> F. CONSULICH, *La matematica del castigo*, cit., p. 1244; A. PUGIOTTO per la rubrica di *Fuoriluogo*, su il Manifesto del 24 aprile 2019, ha scritto che, in un clima di temperie populistiche, inclini a esaltare la valenza taumaturgica del carcere quale unica risorsa per sedare il senso d'insicurezza che attanaglia la nostra collettività, la Corte costituzionale si conferma essere una sorta di «isola della ragione», in [www.fuoriluogo.it](http://www.fuoriluogo.it); E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, 2019; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi editore, 2019; e di E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, pp. 86 ss.; D. FALCINELLI, S. ANASTASIA, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, cit.

nell'ottica del cd. ri-accentramento dei poteri perseguito dalla Corte, un ulteriore risultato positivo è il sicuro aumento delle, già numerose, ordinanze di remissione. Invero, la prospettiva del superamento, o dell'aggiornamento, delle rime cd. obbligate ha trovato già condivisione presso i giudici comuni. In questo senso, la dottrina dei cd. versi sciolti, abbinata ad una conclamata necessità di riforme, potrebbe consentire, in un futuro prossimo, di ritornare su questioni che la Corte aveva dovuto accantonare per mancanza di una soluzione *obbligata*. Si pensi all'avvertimento già lanciato dal Presidente emerito Silvestri<sup>104</sup>, riprendendo quanto rilasciato dal collega Lattanzi: se il legislatore desistesse dal varare una riforma penitenziaria, ispirata ai principi costituzionali ed europei, ridiventerebbe attuale il monito, contenuto nella decisione n. 179 del 2013, aprendosi la prospettiva di una pronuncia di accoglimento, atta a trovare un rimedio effettivo e duraturo ad una situazione giudicata intollerabile alla luce dei più elementari principi di civiltà giuridica.

Per concludere: quella presente è una stagione in cui, come esemplarmente avviene nell'ambito in esame, la Corte riafferma la centralità propria e dell'istanza di legalità costituzionale, di cui essa si presenta come custode; e questa è una stagione diversa dalle altre, in cui l'atteggiamento prevalente era stato ben diverso. Le ragioni del cambiamento sono già state illustrate e dipendono soprattutto dal *contesto*: la crisi della legalità penale e delle politiche sanzionatorie interpellano fortemente i giudici comuni, in prima battuta, e, di conseguenza, quello costituzionale. In questo ambito, è evidente come ci si muova non solo al di fuori di regole positive stringenti, ma anche al cospetto di interpretazioni giurisprudenziali del modello processuale fluide e, dunque, opinabili e non del tutto esenti da aporie e contraddizioni, come del resto avveniva già con riguardo all'originaria dottrina delle cd. rime obbligate. Potrebbe risulterne indebolita la legittimazione del giudice costituzionale, in quanto essa si basi sull'applicazione di canoni costanti, sulla fedeltà ai precedenti e sull'elaborazione di dottrine interpretative il più possibile precise e prevedibili negli esiti? Forse. È infatti innegabile l'importanza del vincolo della Corte costituzionale ai precedenti e ai canoni processuali, così come è innegabile che i bruschi *revirements* mettono in discussione la reputazione della Corte e che i precedenti, anche processuali, meritano attenzione e anche osservanza.

Nondimeno, non ritengo di per sé precluso che, soprattutto nei casi più difficili e delicati, o di fronte a disfunzioni sistematiche manifestate dall'ordinamento repubblicano in determinate fasi della sua vita, la Corte si ponga il problema di rivedere le interpretazioni processuali date in precedenza, sulla base di considerazioni che guardano anche al di là dell'orizzonte propriamente processuale.

A contare è anche la capacità di dare effettività ai principi costituzionali, soprattutto quando la considerazione di questi ultimi da parte del sistema politico appare incerta ed erratica; contano, dunque, anche i fondamenti sostanziali ai quali le decisioni si appoggiano e la capacità di esse di sortire determinati risultati all'interno del sistema, in ciascun momento. In questa prospettiva, gli strumenti che, nonostante le loro

---

<sup>104</sup> G. SILVESTRI, *Corte costituzionale, sovranità popolare e "tirannia della maggioranza"*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, pp. 22 ss.; *Consulta e Carcere: intervista al Presidente Giorgio Lattanzi*, [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

imperfezioni teoriche, sono apparsi adatti in una stagione, possono rivelarsi difettosi in un'altra e richiedere la sperimentazione di tecniche nuove, sebbene anch'esse – forse a maggior ragione – opinabili.



## DISTRAZIONE E RICICLAGGIO DI FONDI EUROPEI. I PROGETTI RICICLATORI TRA EMERGENZA ECONOMICA E TUTELA PENALE DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UE

di Siro De Flammineis

*L'esigenza di tutela degli interessi finanziari nazionali e dell'UE si incrocia oggi con le problematiche connesse alla crisi economico-finanziaria generata dalla pandemia. Il diritto penale è chiamato, dunque, a presidiare e soddisfare queste esigenze, specie in previsione del verosimile arrivo in Italia, come in altri Stati membri, di un notevole flusso di fondi di provenienza europea. Bisogna fare i conti allora con lo strumentario normativo a disposizione degli operatori del diritto penale, per comprendere se tali strumenti siano idonei a fronteggiare le esigenze di incriminazione dei fenomeni criminali che si potranno manifestare. A tal proposito, un particolare riguardo deve essere dato alle condotte di distrazione dei fondi dal fine per cui vengono concessi, ed ai rapporti tra tali condotte ed i fatti di riciclaggio. Quest'ultima fattispecie di reato costituisce un presidio centrale per l'ordinamento nazionale ed europeo a tutela degli interessi finanziari.*

SOMMARIO: 1. Premessa: il bene giuridico in rilievo. – 2. Gli strumenti penalistici nell'evoluzione della normativa europea e nazionale, la direttiva P.I.F. ed il d.lgs. n. 75/2020. – 3. L'operatività dei delitti di riciclaggio ed autoriciclaggio nelle ipotesi di distrazione di fondi europei. – 3.1. Breve *excursus* del perimetro normativo europeo in materia di riciclaggio. – 3.2. Riciclaggio e distrazione di fondi europei: i progetti riciclatori. – 4. Conclusioni.

### 1. Premessa: il bene giuridico in rilievo.

La coesione tra gli ordinamenti penali degli Stati membri dell'UE si fonda primariamente sull'esigenza di tutela del valore giuridico degli interessi economico-finanziari; non vi sono altri beni nell'orizzonte della protezione normativa di tipo penale che gli Stati hanno deciso concordemente di porsi come obiettivo nell'ambito dell'Unione. Questa verità costituisce al contempo il punto di forza ed il punto di debolezza del sistema penale europeo: un punto di forza perché produce chiarezza, esprime coerenza e permette di concentrare gli sforzi normativi su di un unico obiettivo; ne rappresenta anche il limite perché manifesta l'incapacità di adottare scelte politiche condivise che mettano al centro valori di rango più elevato rispetto a quello economico

– quale soprattutto la persona – e che permeano il nucleo di tutti i sistemi penali nazionali<sup>1</sup>.

Ciò considerato, quello della tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione Europea è un tema che rientra in ogni caso tra quelli di notevole attualità, sia perché agganciato alle problematiche relative all’utilizzo degli esborsi economici che l’UE è in procinto di effettuare (il c.d. piano Next Generation EU<sup>2</sup>) in favore dei Paesi membri per il sostegno all’economia europea messa in ginocchio dalla crisi pandemica; sia in relazione ai fenomeni di riciclaggio (ed autoriciclaggio) dei medesimi fondi europei che si configurano come fatti gravemente (ed ulteriormente) lesivi dei valori e del patrimonio dell’UE.

Il punto di partenza necessario per ogni riflessione relativa alla tutela penale del patrimonio, quale bene giuridico di categoria in cui rientrano anche gli interessi finanziari dell’U.E., è l’interrogativo sul perimetro esatto dell’obiettivo, ovvero dell’oggetto di tutela. Nel contesto che ci occupa occorre avere un ampio orizzonte di analisi, da un punto di vista macrosistemico e macroeconomico gli interessi finanziari europei si agganciano agli interessi finanziari e economici nazionali definendo un ordine economico collettivo, che comprende anche il patrimonio dei singoli soggetti appartenenti a tale ordine; un bene giuridico complesso dunque, come altri valori già ricompresi nel nostro ordinamento<sup>3</sup>.

L’articolo due della c.d. direttiva P.I.F. (direttiva UE 2017/1371<sup>4</sup>) contiene la definizione degli interessi finanziari dell’Unione Europea; per “interessi finanziari dell’Unione” si intendono infatti tutte le entrate e le spese che sono coperte o acquisite oppure dovute in virtù: (a) del bilancio dell’Unione; (b) dei bilanci delle istituzioni, organi e organismi stabiliti a norma dei trattati o dei bilanci da questi gestiti e

<sup>1</sup> Sul diritto penale europeo, si veda da ultimo V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020.

<sup>2</sup> Il 27 maggio 2020, in risposta alla crisi senza precedenti causata dal coronavirus, la Commissione europea ha proposto lo [strumento temporaneo per la ripresa NextGenerationEU](#), dotato di 750 miliardi di euro, oltre ad un rafforzamento mirato del bilancio a lungo termine dell’UE per il periodo 2021-2027. Una descrizione del piano è disponibile sul sito della Commissione, a questo [link](#).

<sup>3</sup> Sui beni giuridici complessi, ovvero composti da diversi aspetti di valore si veda in generale M. DONINI, *Teoria del reato* (voce), in *Dig. pen.*, vol. XIV, 1999, § 6; A. FIORELLA, *Reato in generale* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 797 ss.; più di recente, con riferimento ai reati in materia economica, ID., *I principi generali del diritto penale dell’impresa*, in L. Conti, *Il diritto penale dell’impresa*, vol. XXV, Padova, 2001. Sul tema dell’analisi dei beni giuridici, sviluppata soprattutto attraverso la lente del principio di offensività, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005; F. RAMACCI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale* (Atti del seminario), Udine, Torino, 2009, XIX e ss. Per la materia del diritto penale dell’economia si veda ancora A. ALESSANDRI – S. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, vol. 1 (Principi generali), Torino, 2018; in materia di riciclaggio si veda V. MAIELLO – L. DELLA RAGIONE, *Riciclaggio e reati nella gestione dei flussi di denaro sporco*, Milano, 2017; F. SCAPELLATO, *Il fenomeno del riciclaggio e la normativa di contrasto*, Milano, 2013; A. M. DELL’OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Torino, 2018.

<sup>4</sup> Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, in G.U. U.E. L 198/29 del 28.7.2017.

controllati<sup>5</sup>. Con riguardo specifico alle spese, ovvero agli esborsi economici destinati dall'UE agli Stati membri, devono considerarsi in particolar modo *i fondi strutturali europei*; questi sono lo strumento principale della politica degli investimenti per la politica di coesione dell'Unione europea, funzionali allo scopo di favorire sia la crescita economica e occupazionale degli Stati Membri e delle loro regioni, sia la cooperazione territoriale europea. Tali fondi sono articolati in tre sottocategorie: Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), focalizzato su innovazione e ricerca, agenda digitale, sostegno alle piccole e medie imprese ed economia a basse emissioni di carbonio; Fondo sociale europeo (FSE), concentrato su occupazione, istruzione, formazione, inclusione sociale e capacità istituzionale e Fondo di coesione (FC), dedicato a trasporti e tutela dell'ambiente negli Stati membri meno sviluppati. Insieme al Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR, per la politica agricola comune) e al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca (FEAMP, per la politica comune della pesca) compongono l'insieme dei fondi strutturali e di investimento europei, che sono deliberati e attuati con cicli di programmazione settennali. Tutti i fondi, per i singoli cicli di programmazione, sono regolati dalle disposizioni comuni previste dal Regolamento UE 1303/2013, a cui si aggiungono norme a parte nei regolamenti specifici di ciascun fondo.

A tutto ciò si aggiungano i fondi straordinari, correlati, cioè, a situazioni eccezionali e quindi non stabili e continuative, come il c.d. Recovery Fund (Next Generation EU) ed il M.E.S. (Meccanismo Europeo di Stabilità)<sup>6</sup>.

Con riguardo, invece, alle entrate, le fonti di finanziamento dell'UE sono principalmente costituite da risorse proprie, che comprendono i contributi dei Paesi membri basati sul reddito (o prodotto) nazionale lordo, la percentuale della base imponibile IVA di ciascun Paese, i prelievi sulle importazioni di prodotti agricoli, i dazi all'importazione sui prodotti provenienti dall'esterno dell'Unione e le multe applicate alle imprese che non rispettano la normativa europea.

Se, dunque, gli interessi finanziari dell'UE sono composti, nel loro complesso, dagli elementi di spesa ed entrata sopra indicati in sintesi, bisogna intendersi che tale bilancio non rappresenta un'entità distante e divisa dall'ordine economico nazionale italiano (e degli altri Stati membri). Il patrimonio europeo, cioè, come qui inteso, non è un valore giuridico sovraordinato ma si integra ed interseca con gli interessi finanziari ed economici nazionali, di cui, in effetti, si nutre ed alimenta.

Questo aspetto è chiaramente definito nella stessa direttiva UE 2017/1371 (c.d. direttiva P.I.F.) sopra richiamata, che nel primo considerando stabilisce che: *“La tutela degli interessi finanziari dell'Unione riguarda non solo la gestione degli stanziamenti di bilancio, ma si estende a qualsiasi misura che incida o che minacci di incidere negativamente sul suo patrimonio e su quello degli Stati membri, nella misura in cui è di interesse per le politiche dell'Unione.”*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> In dottrina per un commento alla direttiva si veda E. BASILE, [Brevi note sulla nuova direttiva P.I.F.](#), in *Dir. pen. cont.*, 12/2017; A. VENEGONI, [La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di Direttiva PIF](#), in *Dir. pen. cont.*, 14.10.2016.

<sup>6</sup> La descrizione del Meccanismo europeo di stabilità (M.E.S.) è disponibile su *EurLex* a questo [link](#).

<sup>7</sup> Sul concetto di interessi finanziari in seno alla direttiva P.I.F. e sui beni giuridici protetti dalla normativa

Il ragionamento che cioè deve farsi avendo riguardo all'apparato penale che rivolge lo sguardo al patrimonio finanziario ed economico europeo è organico, complesso. Nel senso che la tutela penale degli interessi finanziari europei coinvolge anche la tutela penale di interessi economici nazionali posto che, come visto, sia le entrate che le spese del bilancio europeo sono formate, le prime, e sono rivolte, le seconde, dal e nei confronti del patrimonio economico nazionale. L'economia, specie quella che afferisce ad organismi compositi come l'Unione europea, non si posa sui confini nazionali ma viaggia e si conforma alle esigenze del mercato che è per l'appunto europeo (e, a dirla tutta, globale).

Similmente anche l'orizzonte dei valori giuridici in questione prende la stessa forma elasticamente più ampia: così il diritto penale è chiamato a fare uno sforzo importante e poco consono alle sue naturali attitudini, lanciare lo sguardo oltre il Rubicone, attraversarlo, e diventare *affaire communautaire*<sup>8</sup>.

Questa esigenza è oggi ancor più sentita se si pensa allo stato di crisi economica europea (e mondiale) generato dall'emergenza pandemica: tale situazione ha reso ancora più evidente quanto detto; le offese di alcuni valori giuridici, infatti, tra cui di certo l'ordine economico finanziario, benché riguardino in via primaria gli ordinamenti nazionali possono poi riflettersi e riverberare le proprie conseguenze ad un livello sovranazionale quale quello europeo<sup>9</sup>. Così anche la tutela che il diritto penale garantisce per tali valori deve abbracciare gli interessi economici nazionali ed europei congiuntamente, in una visione complementare ed organica, perché gli uni dipendono dagli altri e viceversa, rivolgersi solo ad una parte di essi sarebbe un esercizio parziale e fuori dalla realtà.

Portando queste riflessioni su basi concrete, tutto sta a capire come, nei fatti, il diritto penale deve compiere il suo "nuovo" compito di tutela richiesto dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea; non solo occorre individuare gli strumenti che il legislatore nazionale (ed europeo) ha tracciato per formare il sistema penale di tutela ma occorre anche capire quali sono le sfide criminali che questo compito deve affrontare, ovvero a quali realtà criminologiche si rivolge il diritto penale degli interessi finanziari dell'UE.

---

europea si veda C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007 e G. Grasso – R. Sicurella – F. Bianco – V. Scalia (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Pisa, 2018.

<sup>8</sup> Sull'intreccio tra diritto penale nazionale e fonti sovranazionali si veda V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>9</sup> Sui rapporti tra diritto penale e crisi economica si veda lo speciale sul Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale "Economia e Diritto penale nel tempo della crisi", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2014, con scritti, tra gli altri, di A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, 582; FOFFANI, *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una "nouvelle vague" dell'intervento giudiziario*, 754; N. ROSSI, *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, 627. Si veda anche S. SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 269.

## 2. Gli strumenti penalistici nell'evoluzione della normativa europea e nazionale, la direttiva P.I.F. ed il d.lgs. n. 75/2020.

Il primo degli aspetti sopra fissati: la casetta degli attrezzi normativa fornita al diritto penale per la tutela degli interessi finanziari dell'UE. Lo sforzo richiesto al diritto penale (*id est* ai legislatori nazionali) di strutturarsi di nuovi connotati, spogliandosi di nostalgiche resistenze nazionalistiche, per meglio adeguarsi alle nuove esigenze di tutela di valori si è risolto invero soprattutto in un progetto di armonizzazione delle norme penali degli Stati membri.

Così, le diverse disposizioni europee che si sono succedute in materia hanno indicato ai legislatori nazionali la strada principale da seguire per dotarsi di uno strumentario di norme idoneo a garantire la tutela degli interessi finanziari dell'UE (e di conseguenza anche degli interessi finanziari nazionali). Pertanto, all'armonizzazione intesa in prima battuta come complementarietà del bene giuridico, ovvero delle economie – nazionale ed europea – ha corrisposto un'armonizzazione della disciplina penalistica di tutela.

I primi elementi di diritto penale a tutela degli interessi finanziari dell'Unione sono stati introdotti nel 1995 mediante la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e relativi protocolli (c.d. Convenzione P.I.F.)<sup>10</sup>. La Convenzione PIF è stata successivamente ratificata ed attuata in diritto interno da quasi tutti gli Stati membri, in Italia attraverso la l.n. 300 del 29.9.2000<sup>11</sup>.

Sin da tale Convenzione il legislatore europeo ha focalizzato la propria attenzione sulla necessità di armonizzare le norme di diritto penale nazionale degli Stati membri che hanno ad oggetto il bene giuridico in questione; soprattutto in vista dell'adozione di una specifica direttiva sul punto, poi intervenuta il 5 luglio 2017 con la direttiva P.I.F. n. 2017/1371, che ha sostituito la Convenzione del 1995.

Inizialmente la proposta di adozione di tale direttiva si appoggiava sull'articolo 325, paragrafo 4, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Questo articolo sancisce la competenza dell'Unione europea ad adottare le misure necessarie nel campo della prevenzione e lotta contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, che "siano dissuasive". Il relativo paragrafo 4 stabilisce la procedura legislativa per l'adozione di tali misure necessarie al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente. Tuttavia, la direttiva P.I.F. è stata adottata sulla base dell'art. 83, par.2, del TFUE e dunque sono state stabilite, come espressamente indicato dall'art. 1 del medesimo testo, "*norme minime riguardo alla definizione di reati e di sanzioni*

<sup>10</sup> Si tratta della Convenzione del 26 luglio 1995 (GU C 316 del 27.11.1995) in materia di frode; dello stesso apparato normativo fanno parte: il primo protocollo del 27 settembre 1966 (GU C 313 del 23.10.1996, pag. 2), la Convenzione del 26 maggio 1997 (GU C 195 del 25.6.1997) in materia di corruzione; il protocollo del 29 novembre 1996 (GU C 151 del 20.5.1997, pag. 2) in materia di interpretazione della Corte; il secondo protocollo del 19 giugno 1997 (GU C 221 del 19.7.1997, pag. 12) in materia di riciclaggio di denaro.

<sup>11</sup> Pubblicata in G.U. del 25.10.2000, n. 250. In particolare, la legge 300 del 2000 introdusse la fattispecie di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'art. 316-ter c.p., il reato di cui all'art. 322-bis c.p., la confisca di cui all'art. 322-ter c.p. e all'art. 640-quater c.p. Per la dottrina si veda A. VENEGONI, *op. ult. cit.*

*in materia di lotta contro la frode e altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di rafforzare la protezione contro reati che ledono tali interessi finanziari, in conformità dell'acquis dell'Unione in questo settore".*

Poco dopo l'adozione della direttiva P.I.F. l'Unione europea si è dotata di un fondamentale strumento operativo: è stato adottato infatti il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO")<sup>12</sup>. Il Regolamento stabilisce (art. 4) che l'EPPO: "è competente per individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione previsti dalla direttiva (UE) 2017/1371 e stabiliti dal presente regolamento e loro complici". È attualmente in corso di definizione il decreto legislativo che renderà pienamente operante in Italia la normativa relativa alla Procura europea<sup>13</sup>; sul contenuto materiale della competenza di tale Autorità però si può già ragionare.

In effetti, elemento centrale per il funzionamento di tutto il sistema di tutela europea degli interessi finanziari è proprio la definizione di quali sono i reati, ovvero le condotte illecite da considerarsi offensive di tali valori giuridici.

In questa direzione, le "norme minime" sancite dalla direttiva P.I.F. (che permettono agli Stati quindi di adottare norme più rigorose secondo il 16° considerando della direttiva P.I.F.) hanno un elemento centrale comune: il concetto di frode. Il quarto considerando della direttiva P.I.F. indica infatti la necessità, per una efficace tutela degli interessi finanziari dell'UE, che gli Stati adottino una definizione comune di frode, che ricomprensione condotte che hanno ad oggetto tanto le entrate quanto le spese di interesse europeo.

Il raggiungimento di questo obiettivo essenziale di armonizzazione dei sistemi penali passa attraverso la ricomprensione nel concetto di frode delle condotte indicate dall'art. 3 della medesima direttiva. Tale articolo infatti elenca le condotte che sono da considerarsi frode lesiva degli interessi finanziari dell'UE, sia in materia di spese che di entrate: si fa in particolare riferimento, con riguardo alle spese, alle condotte di utilizzo o presentazione di dichiarazioni o documenti falsi (ovvero inesatti o incompleti) e di mancata comunicazione di un'informazione, cui consegua in tutti questi casi l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi; con riguardo alle entrate, invece, si indicano le medesime condotte che assumono rilievo penale qualora però consegua la diminuzione illegittima delle risorse del bilancio. Si aggiunge, poi, come terza ipotesi di condotta lesiva la *distrazione* di fondi o beni per fini diversi da quelli per

<sup>12</sup> Il Regolamento si può consultare su *EurLex* a questo [link](#). Per un commento in dottrina vd. L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017; A. BALSAMO, *Il coordinamento tra la Procura generale della Corte di Cassazione e la Procura Europea*, in *Sist. pen.*, 4.12.2019; A. VENEGONI – M. MINÌ, *I nodi irrisolti della nuova Procura europea*, in *Giur. pen.*, dicembre 2017;

<sup>13</sup> È in corso di discussione in Parlamento, per il previsto parere, lo schema di decreto legislativo, AG. 204, elaborato dal Governo in attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 4 della legge n. 117 del 2019 – delegazione europea 2018, con cui il Governo è stato delegato all'emanazione di uno o più decreti legislativi per l'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea – «EPPO». Il testo è disponibile sul sito del Senato a questo [link](#).

cui erano stati inizialmente concessi, con riferimento alle spese, ovvero la distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, con riferimento alle entrate.

Veniamo dunque subito a verificare come la direttiva P.I.F. è stata recepita nel nostro ordinamento attraverso il d.lgs. n. 75 del 14.7.2020<sup>14</sup>. In particolare, quest'ultimo decreto ha inteso intervenire modificando alcune fattispecie di reato previste dal codice penale, introducendo specifiche circostanze aggravanti qualora i fatti descritti dagli articoli 316, 316-ter e 319-*quater* offendano gli interessi finanziari dell'Unione europea e il danno o il profitto siano superiori ad euro 100.000,00. Anche la modifica all'art. 322-*bis* del codice penale realizza un'ulteriore estensione di punibilità per la categoria di persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito degli Stati non appartenenti all'Unione europea, quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione. Infine, la modifica all'art. 640, secondo comma, n.1, del codice penale estende la punibilità al fatto commesso in danno dell'Unione europea.

Ebbene, osservando queste modifiche pare potersi cogliere un aspetto che merita un approfondimento sul versante delle spese comunitarie<sup>15</sup>: se, infatti, le condotte di cui la direttiva P.I.F. richiede la punibilità afferenti all'utilizzo o presentazione di dichiarazioni o documenti falsi (inesatti o incompleti) ovvero all'omessa comunicazione di informazioni paiono essere state adeguatamente ricomprese nelle novelle apportate al codice penale, poiché vengono inserite in fattispecie di reato che già sancivano la rilevanza penale di tali fatti, anche con riguardo a fondi di provenienza europea<sup>16</sup>, diverso discorso pare doversi fare in ordine alla condotta di *distrazione dei fondi*.

Non è stata infatti introdotta alcuna specifica novità sul punto.

---

<sup>14</sup> Pubblicato nella G.U. n.177 del 15.7.2020; si veda anche la *Relazione illustrativa*, disponibile su *Sist. pen.*, a questo [link](#). In dottrina si veda, E. BASILE, [Riflessioni de lege ferenda sul recepimento della direttiva P.I.F.: la repressione delle frodi e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.](#), in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2019; ID., [Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l'"evergreen" art. 316-ter c.p.](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2020.

<sup>15</sup> Sotto il profilo delle entrate, infatti, il tema verte soprattutto sulle modifiche apportate alle fattispecie dei reati tributari: l'art. 2 del d.lgs. 75/2020 ha inteso modificare l'art. 6 del d.lgs. n. 74/2000 prevedendo espressamente la punibilità a titolo di tentativo delle condotte di rilievo penal-tributario quando "gli atti diretti a commettere i delitti di cui agli articoli 2,3 e 4 sono compiuti anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea, al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro". Per un commento si veda C. ELAMPINI, [A volte ritornano. Prime riflessioni sulla problematica reintroduzione del tentativo nei reati fiscali a seguito dell'attuazione della direttiva PIF](#), in *Sist. pen.*, 8 ottobre 2020. Sotto questo versante diventa inoltre centrale l'analisi dei sistemi di pianificazione fiscale aggressiva, congeniati e realizzati a livello europeo, sfruttando le debolezze di alcuni ordinamenti fiscali meno rigorosi; su questo tema, in generale, si veda A. Dragonetti – V. Picentini – A. Sfrondrini (a cura di), *Manuale di Fiscalità Internazionale*, Milano, 2019, VIII edizione, in particolare parti quinta e sesta.

<sup>16</sup> Nella stessa relazione al d.lgs. 75/20 si legge infatti che "il nostro ordinamento risulta in gran parte già allineato a quello che richiede la direttiva". Peraltro, il decreto rilancio n. 34 del 19 maggio 2020, all'art. 25, ha espressamente previsto l'applicabilità dell'art. 316-ter c.p. alle condotte aventi ad oggetto il contributo a fondo perduto erogabile dallo Stato a beneficio degli operatori economici colpiti dall'emergenza; sull'argomento, in dottrina, G.L. GATTA, [COVID-19: novità penalistiche nel "decreto rilancio" \(d.l. n. 34/2020\). Sospensione dei termini per la querela, sanatoria per l'emersione del lavoro irregolare, nuova disciplina in materia di delitti di falso e di indebita percezione di erogazioni pubbliche](#), in *Sist. pen.*, 22 maggio 2020.

La relazione illustrativa al d.lgs. n. 75/20 indica le ragioni della novella: si è optato per non redigere una norma definitoria contenente un’elencazione di reati da considerare lesivi degli interessi finanziari dell’UE ai sensi dell’art. 3 della Direttiva. Si è ritenuto, quindi, salvo le modifiche espresse prima richiamate, di rinviare genericamente alle categorie di reato già presenti nell’ordinamento, ritenute sufficientemente comprensive delle esigenze di tutela penale rappresentate dalla Direttiva. Non si è scelto, pertanto, di precisare per le singole condotte descritte dalla Direttiva quali reati dovrebbero ritenersi corrispondenti nell’ambito dell’ordinamento italiano: la relazione fa riferimento generico ad una serie di categorie di reati che verrebbero in rilievo in questo caso.

Venendo allo specifico tema della distrazione, nella relazione introduttiva non si specificano i reati da ritenersi configurabili in presenza di tali condotte, si indicano in proposito genericamente una serie di fattispecie di reato; si può provare dunque a scandagliare queste ipotesi per verificare quali potrebbero risultare maggiormente congruenti (ed efficienti) rispetto alle esigenze di contrasto a tali condotte distrattive.

Innanzitutto, in caso di condotte consumate da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, la relazione fa riferimento ai delitti di abuso d’ufficio, peculato e ai delitti di corruzione (per queste ultime due categorie è stata operata l’estensione di punibilità di cui all’art. 322-bis c.p.). Tuttavia, queste fattispecie soffrono di due limiti di applicabilità: *in primis* trattandosi di reati propri deve intervenire l’illecito esercizio di una funzione pubblica o di un pubblico servizio; in secondo luogo tali reati appaiono maggiormente centrati sulle “distrazioni appropriative” ovvero sulle ipotesi di accaparramento di somme di danaro piuttosto che di utilizzo di tali somme per finalità altre e diverse. Evidentemente, anche l’appropriazione illecita di tali somme costituisce *lato sensu* una forma di distrazione ovvero di destinazione di esse a scopi diversi da quelli previsti ma il fine che sorregge tali condotte è rappresentato prevalentemente dall’appropriazione, dal raggiungimento di un profitto per sé o per altri. È il dolo di profitto, cioè, quello che sorregge principalmente le fattispecie in esame; il meccanismo illecito non è propriamente e primariamente quello della deviazione diretta del contributo dal fine primario per cui veniva concesso. Inoltre, tali reati appaiono per lo più ancillari rispetto al fatto dell’ottenimento di finanziamenti europei e della loro spendita, la corruzione cioè diventa soprattutto il mezzo per raggiungere lo stanziamento dei fondi ovvero per poterli spendere distraendoli dal loro fine primario. Ancora, nelle fattispecie di corruzione i fondi europei possono anche diventare mezzo di scambio (corpo di reato, si direbbe) per realizzare il mercimonio della funzione pubblica. Dunque, con riguardo a tali reati, l’aggiunta della dicitura “quando il fatto offende gli interessi finanziari dell’Unione”, non sposta i termini della tipologia e della natura di condotta punita; in entrambe le ipotesi sopra indicate non si tratta, in altri termini, di un utilizzo distorto del contributo europeo di per sé, ovvero di condotte principalmente dirette a sviare il fine della contribuzione ottenuta.

Allo stesso modo può dirsi per il delitto di peculato, quale appropriazione *uti dominus* di somme indisponibili.

Resterebbe, in questa categoria, la fattispecie di abuso d’ufficio, che potrebbe in concreto configurarsi in caso di destinazione illecita di fondi europei; tale reato, tuttavia,

soffre di naturali deficit di determinatezza e, nella prassi, di note problematiche di efficacia applicativa<sup>17</sup>.

Venendo, similmente, ai delitti di truffa (truffa aggravata e truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche forniture), anche in questo caso l'offesa pare insistere non tanto nella distrazione dei fondi dal fine quanto dall'utilizzo di un meccanismo fraudolento per l'ottenimento a monte dei fondi; di certo a questo solo momento è dedicata la fattispecie di cui all'art. 640-*bis* c.p. Artifici e raggiri riguardano, infatti, situazioni relative soprattutto al momento della richiesta di contributi europei: viene messa in piedi una falsa realtà, una falsa rappresentazione per raggiungere il fine dell'illecito ottenimento dei fondi, con conseguente danno agli interessi finanziari dell'Unione. Appare arduo ipotizzare che possa essere ottenuto mediante strumenti leciti, ad esempio, un finanziamento europeo finalizzato nella sua origine alla realizzazione di una certa attività e solo in una fase successiva vengano messi in atto artifici (o tantomeno raggiri) per deviare tale finanziamento verso altro fine; in tale ipotesi con ogni probabilità la finalità fraudolenta sorregge la condotta sin dall'inizio, ovvero sin dalla fase della richiesta ed ottenimento delle somme, laddove il fine diverso era già preordinato. E, dunque, in questi casi il raggiungimento di un fine diverso diventa esclusivamente la fase esecutiva di un disegno già confezionato *ab origine*<sup>18</sup>.

Non può del tutto escludersi comunque, che la truffa *ex art.* 640 c.p. attenga esclusivamente alla fase esecutiva della destinazione di fondi europei, anche se ciò pare limitato a residuali ipotesi; in questi casi l'artificio messo in piedi dovrebbe essere limitato a tale momento della gestione dei fondi europei, senza che siano stati adottati artifici in fasi antecedenti. In ogni caso, la sola apposizione dei fondi europei verso attività non originariamente contemplate non si può considerare di per sé un artificio e si tratta di condotta punita specificatamente dal reato di cui all'art. 316-*bis* c.p. Dunque, per aversi artificio quale elemento costitutivo del reato di truffa è richiesto qualcosa di più; nel qual caso, verosimilmente, il meccanismo artificioso potrebbe coinvolgere anche altre fasi della gestione dei fondi.

---

<sup>17</sup> Peraltro, la giurisprudenza riduce molto gli spazi di operatività in questo settore del delitto di peculato, si veda *ex multis* Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2012, n. 3724, Rv. 254432 secondo cui: "In tema di appalto pubblico di servizi, non è configurabile il delitto di peculato, ma eventualmente quelli di truffa o malversazione, nella condotta di indebita gestione e destinazione, da parte dell'appaltatore, di somme di provenienza pubblica, la cui ricezione costituisca il pagamento, da parte dell'appaltante soggetto pubblico, del corrispettivo per l'attività di fornitura di un servizio pattuito".

<sup>18</sup> In materia di aiuti comunitari nel settore agricolo deve ricordarsi la fattispecie, residuale rispetto a quella di cui all'art. 640-*bis* c.p. di cui all'art. 2 L. 23 dicembre 1986, n. 898 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 ottobre 1986, n. 701, recante misure urgenti in materia di controlli degli aiuti comunitari alla produzione dell'olio di oliva. Sanzioni amministrative e penali in materia di aiuti comunitari nel settore agricolo. Pubblicata nella G.U. 27 dicembre 1986, n. 299). Secondo tale norma: "Ove il fatto non configuri il più grave reato previsto dall'articolo 640-bis del codice penale, chiunque, mediante l'esposizione di dati o notizie falsi, consegue indebitamente, per sé o per altri, aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi o altre erogazioni a carico totale o parziale del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Quando la somma indebitamente percepita è pari od inferiore a 5.000 euro si applica soltanto la sanzione amministrativa di cui agli articoli seguenti".

In effetti, il concetto di distrazione che qui si intende enucleare, attiene soprattutto alla situazione in cui determinati contributi europei vengono ottenuti lecitamente – ovvero anche illecitamente – ma poi nel loro utilizzo concreto si realizza una totale o parziale fuoriuscita, uno sviamento, dalla finalità per cui venivano concessi. È una porzione ben precisa di disvalore, che deve trovare un’allocazione geografica nel panorama penalistico italiano.

Nella relazione al d.lgs. 75/20 in esame, si fa ancora riferimento ai delitti di malversazione, alla frode nelle pubbliche forniture e soprattutto ai delitti di riciclaggio ed autoriciclaggio.

Analizzando tali fattispecie si possono verificare le attinenze con la condotta in analisi.

Il reato di malversazione a danno dello Stato di cui all’art. 316-*bis* c.p., non modificato dalla novella, attiene sicuramente all’ipotesi di distrazione di sovvenzioni o finanziamenti europei, qualora però essi siano destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse. Si tratta, dunque, di un’oggettività giuridica piuttosto circoscritta alle deviazioni rispetto ad un fine di rilevanza pubblica: la fattispecie non potrà trovare applicazione in caso di distrazione di fondi destinati allo svolgimento di attività di privato interesse.

Qualora la frode attenga sia al momento del conseguimento del finanziamento che a quello della sua destinazione potranno concorrere i delitti di cui agli artt. 316-*bis* e 640-*bis* c.p.<sup>19</sup>; per la consumazione del delitto di malversazione, inoltre, non è necessario aver messo in piedi un particolare sistema di frode (o, appunto, di artificio), è sufficiente l’avverarsi della scadenza entro la quale il finanziamento doveva essere utilizzato ovvero la semplice mancata destinazione del finanziamento al suo scopo<sup>20</sup>.

Nella fattispecie di frode nelle pubbliche forniture di cui all’art. 356 c.p. si fa riferimento alle violazioni relative all’esecuzione ed all’adempimento di contratti di fornitura ovvero degli altri obblighi contrattuali derivanti da tali rapporti. La norma potrebbe senz’altro ricomprendere casi di distrazione di fondi europei per finalità estranee; anche in questo caso però l’oggettività giuridica è ristretta al fatto relativo alle pubbliche forniture, ovvero a contratti che hanno ad oggetto, in virtù dell’espresso richiamo all’art. 355 c.p., cose od opere che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio.

Resta uno spazio vuoto di tutela degli interessi finanziari dell’Unione, resta cioè da capire come punire allora, in mancanza di un’ipotesi di truffa *in executivis*, la distrazione di fondi europei destinati alla realizzazione di opere private, ovvero di quelle risorse, eventualmente “filtrate” da un intermediario finanziario, finalizzate a sostenere l’imprenditoria privata e la realizzazione di impieghi privi di interesse pubblico.

Invero, la qualificazione giuridica di tali condotte illecite non rileva per il legislatore europeo laddove sia garantita dal singolo Stato membro efficacia nella tutela

<sup>19</sup> Cfr. Cass., SSUU, 23 febbraio 2017, n. 20664, Rv. 269667.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 03 giugno 2010, n. 40830, Rv. 248787.

degli interessi finanziari europei: il Regolamento EPPO stabilisce infatti all'art. 22 che – ai fini della competenza della Procura europea – non importa la qualificazione giuridica del fatto di reato che si ritiene lesivo degli interessi finanziari dell'Unione ai sensi del diritto nazionale.

Si può passare ora a ragionare sugli spazi di operatività, nelle ipotesi in esame, delle fattispecie di riciclaggio ed autoriciclaggio.

### 3. L'operatività dei delitti di riciclaggio ed autoriciclaggio nelle ipotesi di distrazione di fondi europei.

Il primo “altro” reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione indicato dalla Direttiva P.I.F. all'art. 4, non per un caso, è il riciclaggio di denaro – come descritto dall'art. 1, par. 3, della Direttiva (UE) 2015/849 – quando riguarda beni provenienti dai reati rientranti nell'ambito di applicazione della medesima Direttiva.

Prima di affrontare la rilevanza di questo delitto (e del delitto di autoriciclaggio) nell'ambito delle fattispecie di distrazione dei fondi europei, e la particolare attinenza criminologica che oggi tale delitto esprime rispetto a queste fattispecie, occorre affrontare un breve *excursus* del perimetro normativo europeo (e globale) relativo a tale reato.

#### 3.1. Breve excursus del perimetro normativo europeo in materia di riciclaggio.

Sin dalla adozione della Convenzione di Strasburgo del 1990 del Consiglio d'Europa, e poi anche con l'istituzione del G.A.F.I. nel 1989<sup>21</sup> e l'adozione delle progressive raccomandazioni, il riciclaggio ha costituito un riferimento centrale per il contrasto ai meccanismi di lesione al patrimonio europeo (e globale) mediante frode.

Posto che, come visto, il valore giuridico di interesse primario per l'ordinamento europeo è rappresentato dagli interessi finanziari, il legislatore europeo ha costruito un importante reticolo di disposizioni sul tema della prevenzione del riciclaggio; in particolare, gli assetti normativi adottati all'interno dell'Unione in tale materia si sono concentrati molto sulla definizione degli obblighi di vigilanza e di trasparenza per gli intermediari finanziari, ovvero sugli “obblighi rafforzati di adeguata verifica della clientela”.

Si sono succedute nella specie cinque direttive: la prima (1991/308/CE) fissava gli obblighi di identificazione, registrazione e segnalazione di operazioni sospette,

---

<sup>21</sup> Il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (G.A.F.I.) o Financial Action Task Force (F.A.T.F.) è un organismo intergovernativo, sorto nel 1989 in occasione del G7 di Parigi, il cui scopo è la promozione di politiche per il contrasto del riciclaggio di denaro di origine illecita, del finanziamento al terrorismo e del finanziamento della proliferazione di armi di distruzione di massa. Il Segretariato del G.A.F.I. è ospitato presso l'OCSE mentre la presidenza, di durata annuale, è assegnata a funzionari di livello apicale espressi dagli Stati membri.

ponendoli a carico dei soli enti creditizi e finanziari; dieci anni dopo la seconda (2001/97/CE) estendeva l'ambito di applicazione anche ai professionisti; la terza (2005/60/CE) applicava al contrasto del terrorismo internazionale le metodologie e gli obblighi già sperimentati contro il riciclaggio del denaro ed, infine, la quarta (2015/849/UE) – facendo seguito alle nuove Raccomandazioni GAFI del 2012 – recava importanti novità di sistema quali l'obbligo di criminalizzare i reati fiscali facendone così presupposto del riciclaggio e l'istituzione di un registro nazionale dei "beneficiari effettivi" (*beneficial owners*).

La quinta direttiva ha fatto seguito di soli tre anni alla precedente, cui apporta modifiche su profili specifici; quest'ultima direttiva non è stata preceduta da una nuova versione delle Raccomandazioni del GAFI ed ha posto un termine di recepimento, diciotto mesi, più breve di quello previsto in precedenza.

Entrando maggiormente nel dettaglio di alcune di queste disposizioni.

La direttiva 2005/60/CE sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminoso aveva come obiettivo quello di prevenire l'uso dei settori finanziari e non finanziari a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminoso e di finanziamento del terrorismo, in linea con gli standard globali del G.A.F.I. La direttiva prevedeva misure volte a stabilire la vera identità dei clienti, introducendo requisiti e garanzie aggiuntivi (ovvero gli "obblighi rafforzati di adeguata verifica della clientela") per situazioni che presentano un rischio più elevato di riciclaggio, nonché misure volte a segnalare operazioni sospette e ad istituire sistemi di prevenzione nell'ambito delle organizzazioni.

A giugno 2015, l'UE ha adottato la direttiva 2015/849 (c.d. quarta direttiva), relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che ha abrogato la direttiva 2005/60/CE a decorrere dal 26 giugno 2017; tale direttiva è stata attuata in Italia con il d.lgs. n. 90 del 25 maggio 2017. Nella direttiva del 2015 si fa espresso richiamo all'importanza di un coordinamento ed alla particolare considerazione che l'azione dell'Unione europea deve avere delle raccomandazioni del G.A.F.I. in materia di riciclaggio e finanziamento del terrorismo (quarto considerando); si sottolinea altresì l'opportunità che le misure preventive previste nella medesima direttiva "affrontino il mascheramento di fondi provenienti da forme gravi di criminalità e la raccolta di beni o di denaro a scopo di finanziamento del terrorismo" (quinto considerando).

La direttiva, quindi, fissa la necessità di identificare le persone fisiche che sono titolari ovvero esercitano il controllo di soggetti giuridici (dodicesimo considerando); a tal fine si opta per un approccio basato sul rischio: il che implica "processi decisionali basati sull'evidenza fattuale, al fine di individuare in maniera più efficace i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che gravano sull'Unione e su coloro che vi operano" (ventiduesimo e successivi considerando, nonché art. 4).

Sulla base di questa impostazione metodologica di individuazione ed analisi del rischio, la direttiva rimette agli Stati membri l'adozione di una serie di misure volte, per l'appunto, a selezionare e controllare i rischi che l'utilizzo delle entità giuridiche venga fatto con finalità illecite; si dispone che "ciascuno Stato membro adotta opportune misure per individuare, valutare, comprendere e mitigare i rischi di riciclaggio e di

finanziamento del terrorismo” (art. 7). Alla Commissione europea, invece, viene affidato il compito di effettuare una valutazione dei rischi di riciclaggio e del finanziamento del terrorismo che gravano sul mercato interno e relativi alle attività transfrontaliere (art. 6 e seguenti).

La direttiva, poi, disegna il quadro dei soggetti obbligati a corrispondere alle misure di controllo dei rischi; a tali soggetti si rivolge la stessa direttiva, (art. 2) ed agli stessi devono essere indirizzate le sanzioni penali (ed amministrative) che gli Stati membri sono chiamati ad adottare per le ipotesi di violazione delle disposizioni nazionali che recepiscono la direttiva (art. 58 e seguenti). Di certo, le sanzioni devono riguardare le violazioni dei principali obblighi individuati dalla direttiva per il controllo dei rischi (art. 59): gli obblighi di adeguata verifica della clientela, gli obblighi di segnalazione (delle operazioni sospette), gli obblighi di conservazione dei documenti e di controllo interno.

L’ultima direttiva n. 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018 (c.d. quinta direttiva)<sup>22</sup>, entrata in vigore il 9 luglio 2018, modifica la direttiva 2015/849 cui ha fatto seguito in soli tre anni. La quinta direttiva antiriciclaggio reca modifiche alla precedente direttiva solo su alcuni aspetti specifici ed è finalizzata ad accrescere ulteriormente la trasparenza generale del contesto economico e finanziario dell’Unione concentrandosi soprattutto sui profili problematici delle valute virtuali, il cui anonimato ne consente il potenziale uso improprio per scopi criminali (nono considerando).

In particolare, nel secondo considerando della quinta direttiva viene posto l’accento sulle nuove tendenze “con cui i gruppi terroristici finanziano e svolgono la loro attività” e sul fatto che “taluni servizi basati sulle moderne tecnologie stanno diventando sempre più popolari come sistemi finanziari alternativi” in quanto al di fuori del diritto dell’Unione o perché beneficino di “deroghe all’applicazione di obblighi giuridici che potrebbero non essere più giustificate”. Se ne fa conseguire la necessità di garantire la maggiore trasparenza delle operazioni finanziarie, delle società, dei trust e degli istituti giuridici affini e più in generale del contesto economico e finanziario dell’Unione.

In Italia la quinta direttiva antiriciclaggio è stata recepita con il Decreto Legislativo n. 125 del 4 ottobre 2019, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il successivo 26 ottobre ed entrato in vigore l’11 novembre 2019; il testo introduce modifiche e integrazioni al precedente D.lgs. n. 231/2007 come modificato dal D.lgs. 90/2017 che, solo due anni prima, aveva recepito la quarta direttiva.

### 3.2. Riciclaggio e distrazione di fondi europei: i progetti riciclatori.

Se questo è il quadro in sintesi della disciplina europea in materia di riciclaggio, per lo più concentrata come visto sulla fissazione degli obblighi di controllo dei rischi delle operazioni finanziarie e sul principio di massima trasparenza, in uno con quanto

---

<sup>22</sup> La Direttiva è disponibile su *EurLex* a questo [link](#).

sopra evidenziato con riguardo alla direttiva P.I.F., occorre a questo punto verificare l'adeguatezza del sistema rispetto alle sfide che il fenomeno criminale dell'illecito utilizzo dei fondi europei e della loro distrazione pone per gli ordinamenti degli Stati europei.

Come detto in premessa la situazione attuale di crisi economica generalizzata, innescata da ultimo dall'emergenza pandemica, mette in risalto l'esigenza di effettuare un tagliando sulle disposizioni vigenti, in particolar modo si intende qui verificare la rispondenza del dettato normativo della direttiva P.I.F. e del sistema normativo antiriciclaggio di matrice europea, così come recepiti nell'ordinamento italiano, alle domande di prevenzione e repressione che provengono dalla richiamata situazione di crisi.

La crisi economica generale, infatti, facilita e funge da straordinario acceleratore per la creazione di "diverse" forme di criminalità, ovvero per la selezione di diverse modalità di realizzazione di fatti di rilievo penale; la prospettiva di novità che appare delinearsi nel prossimo futuro e su cui ci si intende qui concentrare riguarda in particolare il versante delle spese di origine europea, ovvero la gestione delle risorse provenienti dall'Unione stanziata al fine di sostenere le economie degli Stati membri e nella specie le imprese colpite dalla crisi.

Dunque, questo pare essere l'*humus* delle prospettiche forme di offesa degli interessi finanziari dell'Unione europea: la valanga di fondi di provenienza europea che dovrebbe investire le economie nazionali richiederà una struttura organizzativa nazionale all'altezza e, soprattutto, meccanismi di controllo efficaci volti a prevenire l'accaparramento illecito dei fondi e quindi a garantire il rispetto delle finalità progettuali legate al rilascio degli stessi.

Nell'ambito delle tipologie di frodi realizzabili in questo contesto, l'aspetto maggiormente connesso con le ipotesi di riciclaggio risulta essere quello relativo alle condotte di *distrazione* delle risorse già ottenute; diverso, invece, è l'aspetto relativo alle frodi realizzate per ottenere illecitamente tali risorse.

Se pertanto, con riguardo a queste ultime ipotesi di frodi non paiono scorgersi all'orizzonte nuove possibili manifestazioni di condotte illecite, ed in ogni caso le fattispecie penali in vigore nel nostro ordinamento paiono sufficientemente ricomprendere una vasta gamma di situazioni, in aderenza alle richieste di tutela derivanti dalle direttive europee, più problematica potrebbe essere invece l'analisi delle condotte di distrazione di fondi già stanziati.

È invero il contrasto alle distrazioni dei fondi europei la prossima fondamentale sfida della tutela degli interessi finanziari europei, perché tali condotte sono strettamente connesse ai fenomeni di riciclaggio.

Come detto, il reticolato normativo penale italiano contempla numerosi strumenti di incriminazione delle condotte di frode legate alle risorse europee. In relazione alle frodi legate all'ottenimento, con modalità illecite, di tali risorse, l'apparato normativo penale appare adeguato e corrispondente alle esigenze di tutela del fenomeno; con riguardo, invece, alla distrazione dei fondi europei già ottenuti, bisogna operare delle distinzioni.

Bisogna in particolare distinguere tra le distrazioni di fondi lecitamente ottenuti e la distrazione di fondi illecitamente acquisiti.

Nella prima ipotesi, la condotta di distrazione rientra nel reato di malversazione previsto dall'art. 316-*bis* c.p.; la distrazione *tout court* dei fondi europei, intesa come destinazione degli stessi per finalità estranee rispetto a quelle per cui venivano stanziati, costituisce un fatto criminale già conosciuto nella sua generalità. Il nostro ordinamento, come visto, prevede l'art. 316-*bis* c.p., non modificato dalla recente novella, che ha il limite di riferirsi alle sole opere o attività di pubblico interesse. Inoltre, la sola distrazione di fondi nulla ha a che vedere con una eventuale finalità decettiva rispetto all'origine delle risorse, posto che l'origine di tali fondi è in questa ipotesi lecita; il reato di riciclaggio dunque non trova spazio in queste situazioni. Tutt'al più, si potrebbe configurare un'ipotesi di riciclaggio in concorso con il delitto di malversazione allorché, oltre alla distrazione dei fondi, vi sia un'ulteriore condotta che produca un impiego "di secondo livello" dei medesimi fondi; solo in questo caso, pertanto, il delitto di cui all'art. 316-*bis* c.p. diverrebbe il reato presupposto del delitto di riciclaggio (o autoriciclaggio) e troverebbero applicazione entrambe le fattispecie.

Tra la mera malversazione e la malversazione aggiunta ad una ulteriore condotta di riciclaggio vi sarebbe da ragionare su di una terza ipotesi "di mezzo": residua cioè da chiedersi cosa accade se la finalità diversa di destinazione delle risorse sia illecita, ovvero se la distrazione di risorse lecite oltre al solo fine distrattivo porti con sé anche una finalità decettiva, un progetto di nascondimento, ma prima di affrontare il caso si deve procedere un passo alla volta.

Se, invece, passando alla seconda ipotesi prima formulata, i fondi vengono illecitamente ottenuti ma poi sono utilizzati per la stessa finalità per cui venivano, illecitamente, richiesti, la fattispecie sarebbe ricompresa nell'alveo degli artt. 316-*ter* o 640-*bis* c.p. a seconda dei casi. In nessuno di questi casi si configurerebbe il delitto di riciclaggio poiché l'utilizzo dei fondi costituirebbe un *post factum* non punibile, ovvero la semplice prosecuzione del reato originario, non aggiungendo alla fattispecie un disvalore non ricompreso nelle norme citate.

Rispetto a queste due ipotesi principali di realizzazione di fatti di rilievo penale devono aggiungersi, a questo punto, come preannunciato, ulteriori manifestazioni in cui viene in rilievo anche il delitto di riciclaggio.

In effetti, di certo, in caso di conseguimento illecito di risorse europee che poi vengano utilizzate anche per realizzare finalità estranee rispetto alle ragioni del rilascio, realizzando così un impiego volto ad ostacolare l'identificazione della loro origine, l'ulteriore condotta di impiego potrebbe configurare un'ipotesi di riciclaggio (o autoriciclaggio) in presenza di un reato presupposto ben definito dalle norme che sanzionano l'illecito ottenimento di fondi europei.

Del pari, però, e questa appare la situazione più insidiosa che richiederà un'attenzione profonda delle Autorità nel prossimo futuro, il reato di riciclaggio (o autoriciclaggio) potrebbe configurarsi anche in caso di conseguimento lecito di risorse europee in presenza di quelli che potrebbero definirsi *progetti riciclatori*. Questi ultimi sono identificabili nelle situazioni in cui la richiesta di risorse europee – ed il loro ottenimento lecito – funge in realtà da stampella per la realizzazione di investimenti

illeciti. In altri termini, si fa riferimento ai casi in cui la richiesta di finanziamenti europei dissimula la progettazione di impiego di fondi illeciti nel medesimo investimento. Il finanziamento europeo in queste situazioni serve da aggregato lecito di un progetto in realtà criminale, veste di un abito anche parzialmente consentito un programma che è invece carico di disvalore. In queste situazioni, la richiesta (ed il conseguimento) di risorse europee legittime facilita il processo riciclatorio, agevola il fine decettivo ed il nascondimento dell'identificazione della provenienza illecita degli altri fondi utilizzati per il medesimo progetto.

A ben vedere, queste ipotesi sono tutt'altro che isolate o minori sia nella realtà ma soprattutto non devono considerarsi tali nello scenario futuro della criminalità in evoluzione.

Al netto, infatti, delle fattispecie totalmente criminali dove sia l'origine dei fondi che il loro utilizzo sono contrari alla normativa penale, l'intersecarsi di situazioni lecite con situazioni illecite produce una realtà al contempo più insidiosa per l'analista e più efficace, nella prospettiva di raggiungere il risultato riciclatorio, per l'autore delle condotte vietate. Ecco perché, il previsto aumento di stanziamenti di origine europea per le imprese private e per soggetti qualificati nelle economie nazionali per la spendita di tali risorse, potrà amplificare queste ibridazioni, potrà cioè canalizzare al meglio le progettualità di compimento di fatti illeciti, e nella specie di investimenti con finalità di riciclaggio (ed autoriciclaggio).

La porzione regolare di finanziamento lecito di provenienza europea, ancora, favorisce la confusione dei due piani, il lecito e l'illecito; non solo, garantirsi tali risorse lecitamente agevola il superamento di eventuali controlli degli operatori poco attrezzati e fornisce un'apparenza di legalità al tutto. Nella mole importante di fondi che arriveranno in Italia il rischio di confusione è senz'altro concreto.

Ebbene, a questo punto resta da ragionare dell'abito giuridico da attribuire a tali condotte. Innanzitutto, in presenza di iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, strumentalmente utilizzate per "pulire" un impiego riciclatorio, la destinazione di fondi europei lecitamente ottenuti per completare tale progetto illecito integra il delitto di malversazione nella misura in cui sia raggiunta la prova della distrazione per l'esecuzione di tale progetto che, in ogni caso, in quanto illecito non può essere considerato come ricompreso nell'ambito delle ragioni per cui venivano rilasciati i fondi. Inoltre, qualora si acquisisca la prova che la stessa condotta di distrazione sia una parte di un più ampio progetto riciclatorio, la medesima distrazione potrebbe configurare un'ipotesi di riciclaggio, in questo caso però l'oggetto del reato sarebbero i fondi di provenienza illecita e non quelli di provenienza europea. Quando, dunque, le risorse europee di origine legittima vengono destinate a foraggiare un impiego di riciclaggio, tale destinazione costituisce una forma di distrazione illecita delle somme configurando così il delitto di cui all'art. 316-bis c.p.; la stessa distrazione diventa poi anche una forma di esecuzione del delitto di riciclaggio (o autoriciclaggio) che riguarda sempre risorse di provenienza illecita ovvero provento di un determinato reato presupposto.

In queste situazioni di mescolamento tra uso di fondi leciti e uso di fondi illeciti la condotta di distrazione dei primi potrebbe produrre un doppio disvalore,

allontanando le risorse lecite dal fine originario, per il disvalore coperto dal delitto di cui all'art. 316-*bis* c.p., e facilitando l'operazione di riciclaggio (o autoriciclaggio) per quanto concerne l'offesa al patrimonio. Si tratta in definitiva di una doppia frode consumata mediante la stessa condotta e tale frode consiste nell'utilizzo di fondi europei per legittimare lo svolgimento di attività che in realtà sono già alimentate o verrebbero alimentate anche da fondi di provenienza illecita.

In caso, invece, di iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di interesse privato, alimentate da risorse di origine europea veicolate da un ente ovvero da un operatore finanziario italiano, si potrebbe ragionare allo stesso modo di quanto sopra ma ipotizzando il concorso tra il delitto di truffa *ex art.* 640 c.p. ed il delitto di riciclaggio (ed autoriciclaggio).

Creandosi in questi casi sopra tracciati una connessione tra "reato base" che lede gli interessi finanziari dell'UE (316-*bis* c.p., ovvero 640 e 640-*bis* c.p.) e delitto di riciclaggio (o autoriciclaggio) resterebbe da comprendere se anche quest'ultimo reato possa essere attratto nella competenza della Procura europea secondo l'art. 22 del Regolamento EPPO. L' "indissolubile connessione" tra reati, indicato come criterio di competenza della Procura europea dalla norma citata, potrebbe generare in concreto problematiche interpretative e conflitti di competenza con le Procure nazionali che procedono per i reati presupposto del delitto di riciclaggio (o autoriciclaggio) – si pensi soprattutto ai delitti di criminalità organizzata -, il quale è risultato collegato ad un altro delitto che lede gli interessi dell'UE.

#### 4. Conclusioni.

Il meccanismo di frode sopra tracciato pare rappresentare, sulla base delle ultime esperienze investigative e processuali che dimostrano l'accresciuto pericolo di inquinamento dell'economia nazionale derivante da investimenti di danaro di provenienza illecita delle organizzazioni criminali e non solo<sup>23</sup>, più che una mera prospettiva criminale. L'arrivo dei miliardi europei rende più concretamente attuabili progetti riciclatori ed investimenti in cui immettere danari provento di reato. L'appetibilità deriva dalla prospettiva di facile mascheramento della provenienza delle risorse utilizzate per gli impieghi, qualora si riescano ad ottenere anche legittimamente i fondi europei. Si tratterebbe di una frode più difficile da accertare e quindi più subdola.

Questi meccanismi sono candidati a diventare una "diversa" modalità più sofisticata ma più efficace di realizzazione dei reati di riciclaggio ed autoriciclaggio grazie alla sommatoria dei patrimoni – lecito e illecito – che confonde ed allontana i sospetti sull'identificazione della provenienza delle risorse.

Ed ecco la chiusura del cerchio rispetto a quanto evidenziato in premessa: la considerazione dell'esistenza di bene giuridico complesso, composto da interessi

---

<sup>23</sup> Si vedano per esempio le recenti interviste rilasciate da C. DERAHO, Procuratore della Direzione Nazionale Antimafia, su *La Stampa*, il 2.12.2020, dal titolo "*Le mafie cercano aziende sane per riciclare soldi e fare affari*" e del 16.12.2020 su *La Repubblica* dal titolo "*L'economia è fragile questo può diventare il supermarket dei clan*".

economico-finanziari nazionali ed europei, fa il paio con la prospettazione della sua offesa derivante da una condotta illecita integrata. Patrimonio nazionale ed europeo si fondono e vengono destinati alla realizzazione di una finalità illecita, di un progetto riciclatorio; così come si aggrega il disvalore realizzato si devono considerare integrati i beni giuridici, vengono lesi congiuntamente gli interessi finanziari dell'UE e quelli nazionali.

È questa la modernità che ci si dovrà aspettare dalle fenomenologie criminali.

Ed allora la risposta a questa fenomenologia si posa, come sempre, sulla vigenza di regole chiare ed efficaci relative alla trasparenza ed ai controlli e sul rispetto delle regole da parte degli operatori. In effetti, saranno gli enti pubblici<sup>24</sup> ma anche gli operatori del settore privato, quali soprattutto le banche e gli intermediari finanziari, a veicolare il nuovo flusso di denaro di provenienza europea; quindi, mai come in questo caso il rispetto degli obblighi di adeguata verifica della clientela diventa cruciale per non disperdere le risorse dell'UE o, peggio, per non farle confluire in progetti di riciclaggio. L'attenzione andrà posta oltre che, in prima battuta, sull'analisi delle domande e dei progetti presentati per le richieste di finanziamento, soprattutto su tutti gli indicatori di anomalie rilevabili dall'attività delle imprese ed entità giuridiche dopo che hanno già ottenuto i fondi (indicatori quali, ad esempio: evasione di imposte e contributi dovuti, dichiarazioni dei redditi irrisorie, assunzione di personale in nero, gravi carenze sotto il profilo sanitario e di sicurezza, vita commerciale breve ed altro). La rilevazione di anomalie può consentire di attivare i poteri di controllo e verifica e la segnalazione di operazioni sospette; occorre però un'attenzione qualificata non solo nella fase delle verifiche iniziali sulla concedibilità del finanziamento ma anche in quella successiva del riscontro sull'utilizzo delle risorse.

Non basta, in effetti, aumentare o definire meglio gli obblighi di adeguata verifica della clientela (e le sanzioni) e quindi il numero delle segnalazioni derivante dal rispetto di questi obblighi, se poi la filiera del controllo presenta delle falle che consentono ai meccanismi di frode di penetrare il sistema<sup>25</sup>.

Invero, sicuramente è importante la costruzione di un reticolato di norme efficaci volte alla tutela degli interessi finanziari dell'UE ed al contrasto dei fenomeni di

---

<sup>24</sup> Si pensi, ad esempio, all'AGEA, si tratta di un Ente di diritto pubblico non economico, istituito con decreto legislativo n. 165 del 27/5/1999, integrato dal successivo decreto legislativo n. 188 del 15/06/2000 e dalla legge 21 dicembre 2001, n. 441. Essa è sottoposta alla vigilanza del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali. All'Agenzia sono attribuite le funzioni di Organismo di coordinamento e di Organismo pagatore di cui al regolamento (CE) n. 1290/2005 relativo al finanziamento della politica agricola comune

<sup>25</sup> Si pensi alle risultanze emerse dalle indagini svolte sul Parco dei Nebrodi in Sicilia, relativa alla c.d. "mafia dei campi". Da tale indagine è emerso il meccanismo attraverso il quale venivano ottenuti e gestiti illecitamente i fondi di provenienza europea sfruttando il regolamento UE n. 73/2009 relativo ai regimi di sostegno diretto agli agricoltori. Il meccanismo consisteva, in estrema sintesi, in: creazione di un'impresa finta con intestazione catastale, formazione di atti notarili compiacenti sull'intestazione o usucapione anche senza titolo del terreno (tali atti recepiscono semplicemente il dichiarato di alienante ed acquirente), raccolta delle domande di sostegno da parte dei centri di assistenza territoriale di agricoltura (i quali peraltro dispongono di accesso alle banche dati e possono anche individuare le aree scoperte da una richiesta di fondi suggerendo l'informazione a persone vicine), invio di tali domande all'AGEA che liquidava i fondi senza alcun controllo.

riciclaggio che offendono tali interessi; in prospettiva sarebbe auspicabile sul punto raggiungere la definizione di un codice unico che raccolga le discipline via via adottate a livello europeo. A tal proposito, deve cogliersi con favore la comunicazione della Commissione europea del 7 maggio 2020 (accolta positivamente anche dal Consiglio UE) relativa a un piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo, che istituisce un codice unico dell'UE in materia di antiriciclaggio e antiterrorismo, realizza a livello UE la vigilanza in queste materie e istituisce un meccanismo di cooperazione e di sostegno per le Unità di Informazione Finanziaria (FIU)<sup>26</sup>. Allo stesso modo, deve apprezzarsi l'intenzione della stessa Commissione di trasferire parti della direttiva antiriciclaggio in un regolamento direttamente applicabile per consentire condizioni di parità nel mercato comune e un'applicazione uniforme delle disposizioni in tutta l'Unione.

E però, l'apparto normativo sulla carta adeguato richiede poi una corrispondente adeguata applicazione; dal piccolo operatore sino ai grandi gruppi di intermediari finanziari l'attenzione massima deve focalizzarsi sui richiedenti le risorse e sui beneficiari effettivi dei futuri finanziamenti (c.d. *beneficial owners*)<sup>27</sup>.

Così, l'attività di polizia giudiziaria (a partire dall'esercizio dei poteri amministrativi di polizia valutaria previsti dagli artt. 8 e 53 del d.lgs. 231/2007, unitamente al potere di accesso all'Anagrafe dei rapporti di cui art. 7, comma 6, D.P.R. n. 605/1973, per l'approfondimento di S.O.S. e per lo svolgimento di ispezioni/controlli antiriciclaggio) ed il futuro compito prossimo della Procura europea, in collaborazione con le altre istituzioni anche europee<sup>28</sup>, avrà come obiettivo principale proprio questo, ovvero l'analisi accurata sia dei profili dei concessionari dei finanziamenti sia soprattutto l'analisi della gestione in concreto di tali fondi.

Si rileva, infine, che nella cassetta degli attrezzi degli operatori di giustizia si è aggiunto da ultimo anche il Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018<sup>29</sup> relativo al riconoscimento reciproco dei

---

<sup>26</sup> Si tratta della comunicazione della Commissione relativa a un piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo, Bruxelles, 7.5.2020 (ST 7870/20). Anche il Consiglio dell'UE, nel progetto di conclusioni del Consiglio in materia di antiriciclaggio e di contrasto del finanziamento del terrorismo, preparato dal Comitato economico e finanziario il 22 ottobre 2020 (Bruxelles, 22 ottobre 2020, 12249/20), invita la Commissione a dare priorità ai lavori sul codice unico dell'UE, presentando una proposta specifica, e, sulla base di questo, all'istituzione di un'Autorità di vigilanza a livello dell'UE in materia di AML/CFT e al meccanismo di coordinamento e di sostegno per le FIU.

<sup>27</sup> Cfr, sul tema, in dottrina, C. Bernasconi – F. Giunta (a cura di), *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, Milano, 2011.

<sup>28</sup> Tra cui ad esempio l'OLAF (Ufficio europeo per la lotta antifrode) che indaga in via amministrativa sui casi di frode ai danni del bilancio dell'UE e sui casi di corruzione e grave inadempimento degli obblighi professionali all'interno delle istituzioni europee; elabora inoltre la politica antifrode per la Commissione europea.

<sup>29</sup> Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della UE in data 28 novembre 2018, sostituisce le Decisioni Quadro 2003/577/GAI (D.Lgs. 35/2016) per quanto riguarda il congelamento di beni, e la Decisione Quadro 2006/783/GAI (D.Lgs. 137/2015) in materia di confisca.

provvedimenti di congelamento e di confisca, finalizzato a facilitare il recupero transfrontaliero dei beni e a velocizzare e semplificare il congelamento (sequestro) e la confisca dei beni di origine criminosa in tutta l'Unione Europea. Tale regolamento, entrato in vigore il 19 dicembre 2020, sarà senza ombra di dubbio uno straordinario strumento per favorire l'intervento tempestivo dell'Autorità giudiziaria nel contrasto ai fenomeni di distrazione e riciclaggio dei fondi europei; tale strumento, peraltro, consentirà di intervenire sia in caso di provvedimenti legati ad una condanna sia per quelli emessi in assenza di condanna (si pensi alle nostre misure di prevenzione), purché si tratti di decisioni emesse nell'ambito di un procedimento in materia penale (*proceeding in criminal matter*).

## L'IMMEDIATEZZA IN CRISI. MUTAZIONI PERICOLOSE ED ANTICORPI ACCUSATORI

di Marcello Daniele

*L'immediatezza è in crisi, inutile negarlo. La ragione è l'incapacità del sistema di assicurare che i dibattimenti avvengano ad una non eccessiva distanza dalla commissione dei fatti, si concludano in tempi ragionevoli e siano il luogo principale della formazione delle prove. Senza questi prerequisiti, dell'immediatezza resta solo l'involucro, e le interpretazioni eversive della giurisprudenza guadagnano terreno. Ancora più preoccupanti i rimedi che si delineano all'orizzonte: una concezione elastica dell'immediatezza, con la possibilità di praticarla o no a seconda delle peculiarità di ciascun caso; ovvero la sua sostituzione con il surrogato digitale delle videoconferenze. Se davvero si intende preservarla, è giunto il momento di creare le condizioni perché sia in grado di attecchire, rinunciando a certe garanzie vestigiali che con il modello accusatorio hanno poco da spartire.*

SOMMARIO: 1. Il processo accusatorio a pieno regime. – 2. Il simulacro dell'immediatezza e le eversioni giurisprudenziali. – 3. L'immediatezza 2.0: due eccezionali *upgrade*. – 4. a) L'immediatezza flessibile. – 4.1. Le impalpabili "esigenze" o "ragioni" per la riassunzione orale. – 4.2. La pretesa quantificazionista delle garanzie compensative. – 5. b) La sirena dell'oralità digitale. – 5.1. L'illusione ottica della presenza. – 6. L'urgenza di anticorpi accusatori. – 6.1. La fluidità del transito al dibattimento. – 6.2. Il giusto dosaggio delle impugnazioni. – 7. Il sistema ad un bivio.

### 1. Il processo accusatorio a pieno regime.

Piaccia o no, il nostro è un codice imperniato sull'immediatezza<sup>1</sup>. La ragione, se ancora ci fosse bisogno di ribadirlo, è che l'immediatezza esalta il processo accusatorio. Valorizzando al massimo l'apporto cognitivo dell'esame incrociato, giustifica il divieto di formare le prove nella fase anteriore al dibattimento, come invece pretenderebbe la logica inquisitoria tipica del processo misto tuttora in vigore in altri Stati europei.

Perfino la Corte europea dei diritti dell'uomo e, di rimando, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, pur avendo a che fare con ordinamenti nazionali che non necessariamente identificano il diritto di interrogare i testimoni con il contraddittorio

---

<sup>1</sup> Intesa come quella declinazione dell'oralità che consiste nella diretta percezione da parte del giudice di merito dell'escussione delle fonti di prova dichiarativa: cfr. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981, p. 283 ss.; più di recente, R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*

nella formazione della prova<sup>2</sup>, includono l'immediatezza (*immediacy*) fra i tratti distintivi dell'equità processuale. La "valutazione dell'attendibilità di un testimone" – osservano i giudici di Strasburgo – è un "compito complesso", che "non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni"<sup>3</sup>.

Si tende a dire che con l'avvento delle prove scientifiche, l'immediatezza e, più in generale, lo stesso contraddittorio dibattimentale starebbero perdendo la propria rilevanza, ma è un'affermazione valida fino ad un certo punto. È verissimo che le prove scientifiche spesso sono generate da attività non ripetibili espletate nel corso delle indagini, magari sulla stessa scena del crimine. Ma ciò non significa che l'immediatezza, qui, non abbia voce in capitolo. In quanto capace di creare un rapporto diretto con la fonte di prova, essa mantiene tutta la sua importanza per la migliore ponderazione delle dichiarazioni con cui gli esperti chiamati a deporre nei processi descrivono i metodi scientifici impiegati, rendendoli intellegibili per il giudice<sup>4</sup>.

È, insomma, un valore con cui il processo penale avrà ancora a lungo a che fare, perlomeno fino a quando l'umanità non sarà interamente sostituita da entità sintetiche guidate da un'intelligenza artificiale ed incapaci di esprimersi a parole.

## 2. Il simulacro dell'immediatezza e le eversioni giurisprudenziali.

Ribadita la centralità dell'immediatezza nel nostro sistema, si deve, con onestà, anche riconoscerne lo stato di difficoltà. Ciò tanto più quanto più se ne sia convinti sostenitori: nulla indebolisce maggiormente un valore che fingere di non vederne la crisi.

È una crisi che, naturalmente, non emerge dalla mera lettura delle norme vigenti, in cui l'immediatezza figura come regola a cui si accompagnano poche eccezioni perlopiù sorrette da comprensibili giustificazioni<sup>5</sup>. È alla realtà operativa che bisogna guardare, laddove troppe volte accade che l'immediatezza non sia in grado di apportare nessun valore aggiunto o, addirittura, risulti dannosa. Una disfunzione dovuta, principalmente, all'incapacità del nostro ordinamento di assicurare i prerequisiti fondamentali di qualunque sistema accusatorio<sup>6</sup>: lo svolgimento dei dibattimenti penali ad una non eccessiva distanza temporale dalla commissione dei fatti, la loro conclusione

<sup>2</sup> Tanto è vero che la Corte europea offre una nozione minimale del diritto al confronto *ex art. 6 § 3 lett. d CEDU*, identificandolo con l'"occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di esaminarne l'autore, al momento della deposizione o in seguito" (e, quindi, non necessariamente attraverso l'esame incrociato del dichiarante). V, fra le molte, Corte eur., 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*, § 58 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 33; v. anche Id., 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*, § 38. Nello stesso senso Corte giust., 29 luglio 2019, *Gambino*, C-38/18, § 42 ss.

<sup>4</sup> Lo ha ben chiarito Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, *Pavan*, la quale ha ricompreso gli esami dei periti e dei consulenti tecnici nell'area applicativa della regola della rinnovazione in appello statuita dall'art. 603 comma 3 *bis* c.p.p.

<sup>5</sup> Si pensi all'uso probatorio dei verbali degli esami incrociati svolti negli incidenti probatori (art. 392 ss. c.p.p.), o degli esami incrociati svolti in altri processi (art. 238 c.p.p.).

<sup>6</sup> Cfr. G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2018, vol. 4, n. 2, p. 547, 553.

entro termini ragionevoli e la riassunzione orale delle prove solo in casi eccezionali. Nefaste le conseguenze per la capacità non solo dei dichiaranti di ricordare gli eventi, ma anche dei giudici di ricordare gli esami dei dichiaranti. Senza dimenticare il pericolo, nelle situazioni in cui l'esame orale debba essere reiterato, della prescrizione del reato. Lo ha stigmatizzato fin troppo chiaramente la sentenza n. 132 del 2019 della Corte costituzionale<sup>7</sup>, ricordando come la realtà dei processi spesso sia assai "lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore", e l'immediatezza venga ridotta ad un "simulacro".

Inutile andare alla ricerca di un colpevole. Il fallimento dell'immediatezza dipende dai fattori più diversi: non solo i difetti tuttora insiti nella architettura normativa del nostro sistema, ma anche, a seconda dei casi, le carenze operative imputabili agli organi inquirenti o giudicanti, e le condotte difensive motivate da intenti dilatori. Quello che è certo è che si tratta di una situazione che stimola interpretazioni eversive, in sé considerate difficilmente accettabili in un sistema che vorrebbe essere improntato ai canoni accusatori. Gli esempi sono molteplici<sup>8</sup>, e se possono menzionare almeno tre.

(i) *Neutralizzazione della "regola d'oro"*. Non è infrequente che, esaminato in giudizio parecchio tempo dopo la commissione dei fatti e pungolato con le contestazioni *ex art. 500 c.p.p.*, il testimone attesti in forma condizionale la veridicità delle dichiarazioni già rese nel corso delle indagini agli organi inquirenti ("se all'epoca ho detto così, allora è vero"). Si può ritenere che un'affermazione del genere, in quanto resa in dibattimento, di per sé fuoriesca dall'ambito operativo della regola di esclusione prevista dall'art. 500 comma 2 c.p.p.<sup>9</sup>. Tuttavia, in assenza di una chiara assunzione di responsabilità da parte del testimone circa l'attendibilità delle precedenti dichiarazioni<sup>10</sup>, dovrebbe essere difficile porla alla base di un giudizio di colpevolezza. Eppure non sono mancate occasioni in cui la giurisprudenza l'ha pensata diversamente, accontentandosi di una conferma "anche in termini laconici" di quanto detto nel corso delle indagini<sup>11</sup>. Un approccio che rischia di giustificare condanne affette da macroscopici vizi di motivazione in merito al vaglio di attendibilità dei testimoni, di fatto consentendo di eludere la regola d'oro<sup>12</sup> di separazione tra le fasi.

(ii) *Primato delle dichiarazioni scritte in memoriam*. Comprensibilmente, è consentito ad alcune tipologie di testimoni di avvalersi in dibattimento di loro eventuali

<sup>7</sup> Chiamata a pronunciarsi sullo spinoso problema della rinnovazione degli esami testimoniali in caso di mutamento del collegio giudicante.

<sup>8</sup> Cfr. L. ZILLETI, *Il potere dei più buoni e altre sconvenienze*, Mimesis, 2020, p. 109 ss.

<sup>9</sup> La quale, letteralmente parlando, concerne le "dichiarazioni lette per la contestazione", e quindi già rese e verbalizzate prima del giudizio. Nel senso, invece, dell'inutilizzabilità v. F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 718; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, agg., vol. VIII, Treccani, 2001, p. 7 ss.

<sup>10</sup> In questi termini P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Giappichelli, 2017, p. 163.

<sup>11</sup> Così, ad esempio, Cass., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 9849. V., al riguardo, le giuste critiche di M. BUSETTO, [Le contestazioni alla deriva](#), in *archiviopenale.it*, 2019, n. 1, p. 1 ss.

<sup>12</sup> L'espressione è di P. FERRUA, *La Corte costituzionale promuove la 'regola d'oro' del processo accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 401 ss.

scritti per ravvivare la memoria e rendere una più accurata deposizione orale: si pensi alle querele delle persone offese (art. 499 comma 5 c.p.p.), alle relazioni di servizio dei poliziotti (art. 514 comma 2 c.p.p.) e alle relazioni tecniche dei periti e dei consulenti (art. 501 comma 2 c.p.p.).

La legge è sufficientemente chiara sul fatto che scritti del genere dovrebbero possedere un mero valore integrativo. Tuttavia, riferendosi ad attività magari avvenute mesi o anni prima, come è facile immaginare nella prassi spesso divengono il fulcro dell'apporto cognitivo del dichiarante, mentre l'esame orale assume una funzione vicaria<sup>13</sup>.

(iii) *Limiti alla rinnovazione orale in caso di mutamento del collegio giudicante*. In caso di mutamento di uno dei membri del collegio giudicante, il rigoroso rispetto del canone dell'immediatezza – come affermato nel 1999 dalla sentenza *Iannasso* delle Sezioni Unite<sup>14</sup> – imporrebbe di rinnovare le escussioni dei testimoni. Vi è, però, un prezzo: il rischio di un eccessivo allungamento dei tempi e della scadenza dei termini di prescrizione, magari a fronte di nuovi esami tali da concretizzarsi in una mera conferma delle dichiarazioni già rese. Di qui un nuovo intervento delle Sezioni Unite nel 2019 con la sentenza *Bajrami*, la quale ora pretende che l'interessato "indichi" "specificamente" le "ragioni" tali da imporre la rinnovazione<sup>15</sup>.

Di per sé, subordinare la ripetizione orale delle testimonianze a condizioni più precise – un aspetto lasciato nell'ombra dalla sentenza *Iannasso* – non è irragionevole. L'approccio della sentenza *Bajrami*, però, mal si concilia con un ordinamento imperniato sull'immediatezza<sup>16</sup>. Riesce difficile scorgere un'autentica differenza fra le "specifiche ragioni" da essa richieste e le "specifiche esigenze" postulate dall'art. 190 *bis* c.p.p. ai fini della rinnovazione. Quest'ultima è, evidentemente, una prescrizione eccezionale. La sentenza *Bajrami* sortisce l'effetto di allargarla in modo eccessivo, sovvertendo la scelta che il codice aveva effettuato a suo tempo.

### 3. L'immediatezza 2.0: due eccezioni upgrade.

Le interpretazioni eversive dell'immediatezza non vanno solo stigmatizzate. Bisogna anche cercare di comprenderne le cause e, se possibile, rimuoverle. La sentenza n. 132 del 2019 della Corte costituzionale ha invocato, a questo riguardo, l'intervento del

<sup>13</sup> Cfr. Cass., sez. IV, 7 maggio 2009, n. 26387, in rapporto alla querela, secondo cui non sarebbe consentito "riscontrare alcuna differenziazione tra il concetto di aiuto totale o aiuto parziale della memoria nel ricordo di un fatto".

<sup>14</sup> Cfr. Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, *Iannasso*.

<sup>15</sup> V. Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, *Bajrami*. Cfr. al riguardo, fra i molti, M. BARGIS, [Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo](#), in questa *Rivista*, 6 aprile 2020, p. 41 ss.; A. DE CARO, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 293 ss.

<sup>16</sup> Cfr. R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza*, cit.

legislatore, affinché introduca “ragionevoli deroghe” volte a prevenire “il possibile uso strumentale e dilatorio” dell’immediatezza<sup>17</sup>.

Certo, abbiamo a che fare con un valore che, pur non espressamente nominato dall’art. 111 Cost., rappresenta anche esso una condizione di equità processuale, considerato che si tratta del più potente amplificatore dei benefici cognitivi del contraddittorio<sup>18</sup>.

Si può, nondimeno, individuare una fondamentale differenza fra l’immediatezza e il contraddittorio, che consiste nel fatto che il secondo fruisce di una considerazione privilegiata: è lo stesso art. 111 Cost., al comma 5, ad individuarne con precisione le ipotesi di deroga, così manifestando l’intento di limitarne i possibili bilanciamenti legislativi<sup>19</sup>. Al di là di queste eccezioni, una compressione del metodo dialettico sarebbe ipotizzabile solo qualora mirasse a tutelare interessi di pari importanza<sup>20</sup>, tra cui di certo non rientra l’efficienza<sup>21</sup>.

Più cedevole è l’immediatezza, in rapporto alla quale la Costituzione non restringe il novero dei possibili valori antagonisti. Ciò significa che, assicurato l’esame incrociato perlomeno in modalità scritta, sarebbe possibile rinunciare non solo nei casi indicati dall’art. 111 comma 5 o a favore di valori di pari importanza, ma in presenza di qualunque altra solida giustificazione fornita di copertura costituzionale<sup>22</sup>. Quest’ultima potrebbe essere identificata perfino con l’efficienza<sup>23</sup> – un valore comunque supportato dall’esigenza di ragionevole durata del processo *ex* art. 111 comma 2 – nelle situazioni in cui l’immediatezza figurasse come una garanzia svuotata, un involucro suscettibile di generare attività processuali inutili o, addirittura, dannose.

Come, però, un *trade-off* del genere possa concretamente avvenire è ancora tutto da chiarire. A questo fine stanno emergendo, a vari livelli, due strategie distinte. Una mira a far diventare l’immediatezza più flessibile, in modo da renderla facilmente adattabile a ciascuna situazione concreta. L’altra vorrebbe addirittura sostituirla con un surrogato tecnologico: un’operazione inconcepibile anche solo pochi anni fa, ma che

<sup>17</sup> V. anche Corte cost., n. 205 del 2010; Id., n. 318 del 2008; Id., n. 67 del 2007.

<sup>18</sup> Se ne può, comunque, ricavare un riferimento implicito nell’art. 111 comma 3 Cost., nella parte in cui prevede la facoltà per l’accusato di interrogare i testimoni a carico davanti “al giudice”; non, quindi, di fronte ad “un” giudice qualsiasi, magari diverso dal giudice del dibattimento, come invece si evince dalla corrispondente formulazione dell’art. 6 § 1 CEDU («un tribunale indipendente e imparziale»): v. O. Mazza, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, ann. VII, Giuffrè, 2014, p. 270 ss.

<sup>19</sup> Lo stesso vale per il diritto alla libertà personale, rispetto a cui è, parimenti, una norma sovraordinata – contenuta nell’art. 5 § 1 CEDU – ad individuare le possibili ipotesi di restrizione.

<sup>20</sup> Si pensi alle modifiche alle cadenze ordinarie dell’esame incrociato dei minorenni e dei testimoni vulnerabili, previste dall’art. 499 commi 4 ss. c.p.p. per ragioni di tutela dei dichiaranti.

<sup>21</sup> Sarebbe infatti illegittima una norma che, per ragioni di economia, limitasse la durata dell’esame incrociato.

<sup>22</sup> Di qui la copertura costituzionale dell’incidente probatorio, che assicura un contraddittorio senza immediatezza al fine di evitare una successiva perdita totale del metodo dialettico, o allo scopo di proteggere il dichiarante.

<sup>23</sup> In senso diverso, cfr. O. MAZZA, [Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale](#), in *archiviopenale.it*, 2019, n. 2, p. 6 ss.

oggi potrebbe essere favorita dalla crescente diffusione delle piattaforme di videoconferenza digitale.

Si tratta di due approcci non alternativi fra loro, che potrebbero anche essere adottati insieme. Entrambi, però, come ora vedremo, sono insoddisfacenti.

#### 4. a) L'immediatezza flessibile.

La prima strategia riguarda le situazioni in cui si debba procedere alla ripetizione dell'audizione di un dichiarante già precedentemente esaminato di fronte a giudici in tutto o in parte diversi<sup>24</sup>. L'obiettivo è ridimensionare il diritto alla rinnovazione orale delle prove che discende dall'immediatezza<sup>25</sup>, attraverso la previsione di eccezioni formulate non più – come avviene attualmente – in termini ben delineati, ma in modo elastico. L'immediatezza diverrebbe, in questo modo, flessibile, ancorata a presupposti operativi di tipo discrezionale e, come tale, modulabili caso per caso<sup>26</sup>.

*L'ampliamento dell'art. 190 bis c.p.p.* In questa direzione, una possibile configurazione è quella della riassunzione orale solo in presenza di "specifiche esigenze" (secondo la terminologia dell'art. 190 bis c.p.p.) o "ragioni" (come le chiama la più sopra menzionata sentenza *Bajrami*)<sup>27</sup>. A questo risultato punta anche il progetto di legge di riforma del processo penale presentato dal Governo Conte *bis* nel marzo del 2020, il quale vorrebbe estendere le prescrizioni dell'art. 190 bis a tutti i casi di mutamento della composizione dell'organo giudicante<sup>28</sup>.

Sono le stesse Sezioni Unite ad indicarne alcune possibilità applicative, laddove esigono che gli interessati allegghino le "circostanze" "in ordine alle quali esaminare nuovamente il dichiarante", o gli "elementi dai quali desumere la sua inattendibilità (anche se limitatamente ad alcuni punti della deposizione resa), e la conseguente necessità che egli venga nuovamente esaminato". Non basterebbe, a questo fine, postulare la "pedissequa reiterazione dell'esame già svolto" "sulle stesse circostanze già compiutamente oggetto del precedente esame". Né, tendenzialmente, si potrebbe domandare la rinnovazione quando il dichiarante, nel corso del precedente esame, avesse chiesto di "consultare in aiuto alla memoria gli atti a sua firma", avesse "palesato

<sup>24</sup> Si pensi alla già considerata eventualità del mutamento del collegio giudicante, nonché alla rinnovazione in dibattimento degli esami svolti in incidente probatorio o in altri processi, e alla rinnovazione in appello degli esami svolti in primo grado.

<sup>25</sup> Su cui v. P. FERRUA, *Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*, in *studiosiprocessopenale.it*, p. 13 ss.

<sup>26</sup> A favore di questa prospettiva v. R. GERMANO, *L'immediatezza e le sue contraddizioni: perché i principi non sono dogmi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 152 ss.

<sup>27</sup> Cfr. *supra*, § 2.

<sup>28</sup> D.d.l. C-2435, presentato il 13 marzo 2020, art. 5, in *sistemapenale.it*, 21 aprile 2020, il quale postula che "la regola di cui all'articolo 190-bis, comma 1, del codice di procedura penale sia estesa, nei procedimenti di competenza del tribunale, anche ai casi nei quali, a seguito del mutamento della persona fisica di uno dei componenti del collegio, è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 del codice di procedura penale e queste hanno già reso dichiarazioni nel dibattimento svolto innanzi al collegio diversamente composto, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate".

cattivo ricordo dei fatti” o, comunque, dovesse “essere riesaminato dopo ampio lasso di tempo dal verificarsi dei fatti in ipotesi a sua conoscenza”<sup>29</sup>.

*Le garanzie compensative.* Un'altra via per rendere flessibile l'immediatezza è, invece, mostrata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, pur ritenendola un elemento rilevante dell'equità processuale, ammette, a seconda delle peculiarità di ciascun caso, la possibilità di rinunciare in presenza di misure capaci di controbilanciarne la compressione: garanzie compensative che, perlopiù, i giudici di Strasburgo finiscono per identificare con il peso conoscitivo delle dichiarazioni.

La Corte europea ha, così, affermato che, in caso di mutamento del collegio giudicante, la riassunzione orale non sarebbe necessaria quando la testimonianza non fosse sufficientemente “importante”<sup>30</sup>. In rapporto al giudizio di appello, analogamente, i giudici di Strasburgo tendono a subordinare la ripetizione orale delle testimonianze alla condizione che si tratti di prove “decisive”<sup>31</sup>. Un approccio recepito anche dalla giurisprudenza italiana<sup>32</sup>, sebbene la rinnovazione sia prevista in termini perentori dall'art. 603 comma 3 *bis* c.p.p.<sup>33</sup>.

Che cosa dire di queste possibili metamorfosi? È chiaro che, assumendo una conformazione elastica, l'immediatezza sarebbe in grado di adattarsi a ciascun caso concreto, con la possibilità di rinunciare in tutte le situazioni in cui non fosse in grado di apportare un valore aggiunto. Ciò, però, avverrebbe ad un costo ben maggiore: l'eccessiva discrezionalità che ne deriverebbe per i giudici, un tratto per certi versi in potenziale conflitto con la stessa Costituzione e, in ogni caso, pericolosa per la parità di trattamento e per le stesse esigenze cognitive del processo.

#### 4.1. Le impalpabili “esigenze” o “ragioni” per la riassunzione orale.

Il parametro delle “esigenze” (art. 190 *bis* c.p.p.) o “ragioni” (sentenza *Bajrami*) ai fini della riassunzione orale è suscettibile di entrare in rotta di collisione con il principio di legalità processuale che, stando all'art. 111 comma 1 Cost., dovrebbe informare le norme processuali, specie se mirate a comprimere le garanzie fondamentali. Nella sua totale genericità, esso potrebbe essere declinato nei modi più diversi, rischiando di

<sup>29</sup> V. Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, *Bajrami*, cit.

<sup>30</sup> Cfr. Corte eur., 6 marzo 2017, *Škaro c. Croazia*, § 24; Id., 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*, § 61.

<sup>31</sup> Cfr. Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 31, la quale parla di prove di “grande importanza per la decisione del caso”; Id., 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, § 41 (“fatti decisivi per la determinazione della colpevolezza del ricorrente”). Più di recente, Id., 22 ottobre 2020, *Tondo c. Italia*, § 38 ss.; Id., 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia II*, § 53 ss., la quale ha richiamato al riguardo anche il *test* dei fattori di controbilanciamento elaborato in rapporto ai casi di assenza dei testimoni in dibattimento (Id., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 107 ss., e Id., 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 107 ss.)

<sup>32</sup> V. Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, *Pavan*; Id., sez. V, 22 luglio 2020, n. 25949. In precedenza, prima dell'introduzione dell'art. 603 comma 3 *bis* da parte della legge Orlando, Id., sez. un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*.

<sup>33</sup> Il quale la prescrive in tutti i casi di “appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa”.

generare discriminazioni o, comunque, di addossare alla parte interessata una *probatio* diabolica, azzerando nella sostanza il diritto all'oralità<sup>34</sup>.

Volendo specificarlo meglio, si dovrebbe perlomeno indicare lo scopo della rinnovazione, così da permettere agli interessati di comprendere come calibrare le ragioni della richiesta.

A questo fine, non ci potrebbe limitare a postulare che il nuovo esame abbia ad oggetto fatti diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni. Tale parametro, già ora indicato dall'art. 190 *bis* c.p.p., e invocato da alcune sentenze della Corte europea nel caso del mutamento del collegio giudicante<sup>35</sup>, non terrebbe conto del fatto che la rinnovazione dovrebbe principalmente servire a recuperare gli *input* conoscitivi derivanti dall'immediatezza a beneficio dei nuovi giudici in rapporto alle medesime circostanze fattuali già esplorate in precedenza. Diversamente perderebbe la sua ragion d'essere, tramutandosi in una mera attività di integrazione probatoria mirata a colmare le lacune istruttorie del primo esame<sup>36</sup>.

La legge dovrebbe perlomeno chiarire che – *novum* a parte – bisognerebbe indicare i motivi per cui la rinnovazione risulterebbe indispensabile per valutare l'attendibilità del dichiarante<sup>37</sup>. In questo modo si identificherebbe ciò che conta davvero, ossia l'effettiva necessità di riattivare i canali della comunicazione orale ai fini della migliore resa cognitiva della testimonianza a beneficio del nuovo giudice.

È fortemente dubbio, però, che una soluzione del genere sia in grado di assicurare un sufficiente margine operativo alla ripetizione orale dell'esame. È difficile che dal verbale della precedente deposizione emergano specifici segnali dell'esigenza di riascoltare le domande e le risposte attraverso la viva voce degli interessati, e ciò proprio perché la scrittura e l'oralità sono due mezzi espressivi che viaggiano su binari diversi. La prima decontestualizza il linguaggio, recidendo ogni contatto diretto con l'autore delle dichiarazioni, ed azzerando qualunque apporto cognitivo che non sia il significato delle espressioni utilizzate<sup>38</sup>. Che la riassunzione orale possa davvero servire ai fini di una migliore valutazione di una testimonianza scritta, in linea di massima, non è pronosticabile *a priori*, ma solo dopo averla praticata.

<sup>34</sup> Lo dimostra, del resto, l'attuale prassi applicativa relativa all'art. 190 *bis* c.p.p., tale da renderlo difficile da accettare persino se limitato ai procedimenti per determinati reati: cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 125.

<sup>35</sup> Cfr. Corte eur., 10 febbraio 2005, *Graviano*, cit., § 39, secondo cui l'interessato dovrebbe indicare "in che cosa", i "nuovi interrogatori" potrebbero "apportare elementi nuovi e pertinenti" per la decisione.

<sup>36</sup> V. D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *archiviopenale.it*, 2019, n. 2, p. 5.

<sup>37</sup> In questo senso v. la proposta della Commissione Gratteri per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata, p. 49, in *unitelmasapienza.it*. In precedenza, v. già P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, 2008, p. 302, secondo cui «la rinnovazione dovrebbe imporsi ogniqualvolta, in considerazione delle caratteristiche della persona esaminanda, delle circostanze oggetto di esame ovvero di altre situazioni esterne, apparisse necessario consentire al giudice deliberante di cogliere in via diretta, dal comportamento del soggetto-fonte, elementi utili ai fini della decisione».

<sup>38</sup> Cfr. W. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, trad. it., Il Mulino, 1986, p. 119 ss.

Ben altro ausilio verrebbe dalla sostituzione della verbalizzazione con la videoregistrazione della precedente deposizione, capace di offrire anche una rappresentazione dei tratti extralinguistici della testimonianza<sup>39</sup>. Ma si deve essere consapevoli che, consentendo l'impiego di quest'ultima, si metterebbe una pietra tombale sulla rinnovazione orale, sostituendola con una modalità cognitiva di qualità inferiore: anche impiegando le tecnologie più avanzate, l'artificiale riproduzione audiovisiva, per forza di cose confinata alle inquadrature e alle scelte di montaggio effettuate dall'autore delle videoriprese, non potrebbe mai competere con la percezione fisica.

#### 4.2. La pretesa quantificazionista delle garanzie compensative.

Parimenti criticabili risultano i parametri dell'"importanza" e della "decisività" della testimonianza, in cui, come si è detto, perlopiù si traducono le garanzie compensative richieste dalla Corte europea ai fini del rispetto dell'equità processuale. Si tratta di criteri dal significato controverso, suscettibile di assumere sfumature diverse a seconda del contesto<sup>40</sup>.

L'"importanza" è rapportata dai giudici di Strasburgo agli indici più diversi<sup>41</sup>, quali la porzione di fatto tipico oggetto delle dichiarazioni già raccolte<sup>42</sup>, l'effettiva possibilità per i nuovi giudici di comprenderne comunque il valore grazie alle tecniche di documentazione utilizzate<sup>43</sup>, oppure la grandezza del numero dei giudici sostituiti<sup>44</sup>. E comunque non va dimenticato che essa, se è impiegata dalla Corte europea per giudicare *ex post* l'equità complessiva del processo nonostante l'avvenuto mutamento del collegio giudicante, a livello nazionale verrebbe in gioco prima della pronuncia della sentenza di primo grado. Non potrebbe, dunque, che essere focalizzata sulle singole prove dichiarative considerate isolatamente dal resto del materiale probatorio, assumendo un margine di arbitrarietà ancora più grande.

<sup>39</sup> Così accogliendo uno dei suggerimenti della sentenza n. 132 del 2019 della Corte costituzionale. Analogamente, la videoregistrazione degli esami dibattimentali potrebbe essere utilizzata anche dai giudici di appello per decidere in merito alla necessità di riassumere le testimonianze raccolte in primo grado.

<sup>40</sup> Sulla ambiguità dei criteri individuati dalla Corte europea v., in particolare, M.L. DI BITONTO – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *In difesa del dibattimento penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 1125 ss.

<sup>41</sup> V., in generale, V. AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3747 ss.; R. CASIRAGHI, *Mutamento del giudice, diritto alla prova e adattamento dell'Al-Khawaja test*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1617 ss.

<sup>42</sup> Ad esempio, l'elemento soggettivo del reato (Corte eur., 2 dicembre 2014, *Cutean*, cit., § 61 ss.), o la condotta materiale (Id., 6 marzo 2017, *Škaro*, cit., § 24 ss.).

<sup>43</sup> V. Corte eur., 25 luglio 2019, *Svanidze c. Georgia*, § 32 ss.

<sup>44</sup> Così, la riassunzione orale delle prove dovrebbe essere disposta quando il mutamento riguardasse tutti i giudici (Corte eur., 2 dicembre 2014, *Cutean*, cit., § 61 ss.) e non, invece, quando concernesse solo un giudice su nove (Id., 10 febbraio 2005, *Graviano*, cit., § 39) o un giudice su cinque (Id., 6 marzo 2017, *Škaro*, cit., § 24 ss.). Così però resterebbe dubbia, perlomeno nel nostro ordinamento, la situazione più frequente, ossia quella del mutamento di un giudice su tre: una variazione di cui sarebbe impossibile misurare la concreta incidenza sull'esito del giudizio.

Non meno ambiguo il criterio della “decisività” invocato nel caso della riassunzione delle testimonianze in appello, nonostante che esso, intervenendo dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, consentirebbe di considerare la prova nell’economia di tutto il materiale istruttorio. Secondo la sentenza *Dasgupta* delle Sezioni Unite, sarebbero decisive le prove dichiarative che, “pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura”, risultassero di per sé “potenzialmente incisive” o anche solo “rilevanti” ai fini della valutazione di colpevolezza o innocenza; non, invece, le prove che ricevessero un “significato risolutivo” solo dalle fonti di prova di diversa natura<sup>45</sup>.

Dovrebbe essere chiaro il difetto di fondo che affligge una prospettazione del genere, basata sull’erronea convinzione di riuscire a quantificare e a comparare il peso di ciascuna prova. I canoni induttivi che governano l’accertamento storico nel processo penale – fondati non sull’aritmetica, ma sulla capacità logico-argomentativa delle prove di cucire le reti inferenziali a sostegno dei fatti da provare – non contemplano tale possibilità, se non al prezzo di un’ipocrisia.

Evidente, inoltre, il paralogismo di inversione causale che ne discende. La determinazione del valore delle prove, che dovrebbe essere il risultato dell’immediatezza, diventerebbe invece la ragione dell’adozione di quest’ultima.

## 5. b) La sirena dell’oralità digitale.

Un’altra strategia è addirittura volta a sostituire l’immediatezza con un surrogato di tipo tecnologico: la riproduzione delle parole con le piattaforme digitali di videoconferenza, capaci di connettere in tempo reale persone situate in luoghi diversi attraverso la trasmissione sincrona di immagini e suoni. Una modalità che, in linea teorica, potrebbe essere impiegata per esaminare o riesaminare qualunque dichiarante che non si trovi fisicamente nel luogo dell’udienza.

È una possibilità suscettibile assumere due declinazioni distinte: quella dell’esame di un dichiarante in un dibattito completamente virtuale, al quale tutti i partecipanti sono videocollegati a distanza; e quella dell’esame a distanza di un dichiarante in un’udienza tradizionale.

(i) *Dibattimento virtuale*. La prima è un’eventualità che comporta la rottura più totale delle normali coordinate spaziali e sensoriali delle udienze<sup>46</sup>. Come tale, potrebbe essere adottata solo nelle situazioni di emergenza, in forza di un’espressa indicazione legislativa. È quello che si è verificato, come ben sappiamo, con la crisi sanitaria scatenata

---

<sup>45</sup> Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*, cit. Non molto diversa la nozione di “decisività” prospettata da Corte eur., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, cit., § 131, sia pure nel diverso contesto dell’uso probatorio delle dichiarazioni raccolte dai testimoni assenti in dibattimento. Stando ai giudici di Strasburgo, essa sarebbe inversamente proporzionale al valore degli elementi di riscontro: quanto più elevato fosse quest’ultimo, tanto più non si tratterebbe di prove decisive.

<sup>46</sup> Cfr. S. LORUSSO, *Il cigno nero del processo penale*, in questa *Rivista*, 11 maggio 2020, p. 2 ss.; F. ALONZI – F. PETRELLI, *La privatizzazione (e la privazione) del processo*, in *dirittodidifesa.eu*, 26 aprile 2020, p. 1 ss.

dal Covid-19, la quale ha portato il Governo Conte *bis* ad intervenire d'urgenza con il d.l. n. 18 del 2020 (decreto "Cura Italia") durante la prima ondata della pandemia<sup>47</sup> e, più di recente, con i d.l. n. 137 del 2020 (decreto "Ristori")<sup>48</sup> e n. 149 del 2020 (decreto "Ristori *bis*")<sup>49</sup>.

Sono norme di non agevole lettura, evidentemente redatte in modo frettoloso. È, nondimeno, consentito ricavarvi che, salvo il consenso delle parti<sup>50</sup>, la modalità virtuale non potrebbe essere adottata per le udienze aventi ad oggetto la raccolta di prove dichiarative<sup>51</sup>.

Tale scelta denota la consapevolezza del fatto che l'assenza di fisicità non è senza conseguenze negative per la corretta esplicazione degli effetti dell'oralità. Ciò non toglie che, qualora l'emergenza sanitaria fosse qualificabile come "pericolo pubblico" tale da "minacciare la vita dello Stato", l'art. 15 CEDU consentirebbe una sospensione anche del diritto all'equità processuale, legittimando la raccolta delle prove dichiarative in un dibattimento virtuale pure a prescindere dal consenso delle parti. Volendo, però, rispettare il criterio di stretta necessità imposto da tale prescrizione<sup>52</sup>, il legislatore dovrebbe perlomeno indicare le ragioni per cui si tratterebbe di una misura indispensabile, non risultando praticabili alternative meno problematiche per l'oralità in grado di fronteggiare ugualmente i pericoli di contagio<sup>53</sup>.

(ii) *Esame a distanza*. L'esame a distanza di un dichiarante in un dibattimento tradizionale è, invece, un istituto già presente da tempo nel nostro sistema. Lo prevede l'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., come strumento eccezionale per tutelare le persone in una concreta situazione di pericolo per la propria incolumità (è il caso dei collaboratori di giustizia) o integrità psico-emotiva (ad esempio, le vittime di reati sessuali), oppure nelle ipotesi di impossibilità oggettiva dell'esame in presenza<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> Su cui v., fra i molti, F. RUGGIERI, [Il processo penale al tempo del Covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi](#), in [lalegislazionepenale.eu](#), 18 maggio 2020.

<sup>48</sup> Cfr. G. BORGIA, [Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria](#), in [osservatorioaic.it](#), 2020, n. 6, p. 181 ss.

<sup>49</sup> Cfr. J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in [processopenaleeggiustizia.it](#), 2021, n. 1, p. 226 ss.

<sup>50</sup> Riguardo al decreto Ristori, nel senso che le parti potrebbero acconsentire alla modalità virtuale anche per le udienze istruttorie, considerato che l'art. 23 comma 5 riferisce l'eventualità del consenso, genericamente, alle "udienze dibattimentali", v. M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, [D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla "giustizia virtuale" servono maggiore cura e consapevolezza](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2020, § 7.

<sup>51</sup> Ossia, nella terminologia legislativa, le "udienze nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti" (artt. 12 *bis* d.l. Cura Italia, e 23 comma 5 d.l. Ristori).

<sup>52</sup> Cfr. R. LUGARÀ, [Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali](#), in [osservatorioaic.it](#), 2020, n. 3, p. 358 ss.

<sup>53</sup> Ad esempio, un'udienza in un luogo ben areato e senza la presenza del pubblico: cfr. E. AMODIO – E.M. CATALANO, [La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio](#), in questa *Rivista*, 2020, n. 5, p. 279 ss. In senso, invece, radicalmente contrario alle udienze virtuali istruttorie, perfino se con il consenso delle parti, v. [L'Unione delle Camere Penali Italiane alle consultazioni del Senato sul 'Decreto Ristori'](#), in [camerepenali.it](#), 10 novembre 2020, p. 3 ss.

<sup>54</sup> Si pensi a serie difficoltà di movimento, oppure al fatto che il dichiarante si trovi all'estero e le competenti autorità straniere non ne permettano l'audizione *in loco* con modalità rispettose del contraddittorio. Il comma 5 dell'art. 147 *bis* consente, poi, di adottarlo in caso di "gravi difficoltà" ad assicurare la comparizione

Così limitato, è un uso ragionevole dello strumento, considerato che bilancia in modo proporzionato l'immediatezza con l'esigenza di proteggere valori della massima importanza. Il problema è che, per vari fattori, potrebbero aprirsi delle breccie in questa costruzione.

Si pensi, anzitutto, alle ipotesi di esame a distanza introdotte dalla legge Orlando nel corpo dell'art. 146 *bis* disp. att.<sup>55</sup>: la videoconferenza, ora, può essere adottata anche per esaminare gli imputati di uno dei gravi delitti indicati dagli artt. 51 comma 3 *bis* e 407 comma 2 lett. a n. 4 c.p.p., detenuti o liberi, nonché le persone a qualunque titolo in stato di detenzione. Situazioni, come si vede, in cui essa potrebbe essere giustificata anche solo da ragioni di mera efficienza, senza la necessità di un reale pericolo per il dichiarante.

Il rischio di un ulteriore e ben più largo varco è rappresentato dalla crescente familiarizzazione con le piattaforme di videoconferenza, favorita dalla crescente diffusione della tecnologia digitale e, di recente, forzata dalla pandemia di Covid-19. Tale uso obbligato, trasformandosi in un'abitudine, rischia di accreditare l'idea che l'esame a distanza sia del tutto simile a quello in presenza, e possa essere convertito da eccezione a regola. Un mutamento che, tutto sommato, a molti non dispiacerebbe, considerato che consentirebbe di ovviare agli inconvenienti pratici – ben noti a chi frequenta le aule giudiziarie – legati alla comparizione fisica dei dichiaranti.

### 5.1. *L'illusione ottica della presenza.*

Lo sdoganamento dell'oralità digitale potrebbe sembrare un passaggio indolore specie in considerazione del fatto che essa, a differenza della scrittura, non elimina la possibilità d'interazione con l'autore delle dichiarazioni: collegato a distanza in modo sincrono, quest'ultimo, sia pure solo virtualmente, figura come presente, e può essere interpellato<sup>56</sup>.

Tanto è vero che i suoi sostenitori spesso si appellano all'affermazione con cui la sentenza n. 342 del 1999 della Corte costituzionale aveva giustificato la possibilità di impiegare le videoconferenze per la partecipazione a distanza al dibattimento degli imputati di associazione mafiosa in stato di detenzione: conterebbe solo l'"effettiva partecipazione personale e consapevole" degli interessati alle attività procedurali e, dunque, la capacità dei mezzi tecnici impiegati di realizzare tale risultato<sup>57</sup>.

---

fisica del dichiarante; ma si deve ritenere che tale clausola di chiusura non ne permetterebbe l'impiego al di fuori delle evenienze appena menzionate. Per questa ricostruzione, v. M. DANIELE, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in D. Negri – R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, 2017, p. 134 ss.

<sup>55</sup> Il quale riguarda, invece, la partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento, un istituto che coinvolge il diritto di difesa ex art. 24 Cost considerato nel suo complesso.

<sup>56</sup> Cfr. J.C. DEMPSEY, *The Theory of Virtuality Culture and Technology-Mediated Human Presence*, in M.J. Spector-B.B. Lockee-M.D. Childress (a cura di), *Learning, Design, and Technology*, Springer, 2017, p. 5 ss.

<sup>57</sup> Cfr. S. NAPOLITANO, [Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale](#), in questa *Rivista*, 6 luglio 2020, p. 46 ss. Seguono questa logica gli artt. 83 comma 12 *bis* d.l. Cura Italia e 23 comma 5 d.l. Ristori, secondo cui la

Peccato, però, che si tratti di un'illusione ottica. La presenza digitale, *"in imagine"*, è ontologicamente diversa da quella *"in corpore"*<sup>58</sup>. Denota un'esperienza percettiva contaminata da un'alterazione dei naturali canali di comunicazione intersoggettiva<sup>59</sup>, purtroppo non priva di conseguenze sulla forza euristica dell'esame incrociato. Anche potendo avvalersi delle più avanzate tecnologie, la riproduzione digitale dei volti, dei corpi e dei suoni sconta un insopprimibile margine di artificiosità. Le distorsioni cognitive che ne risultano – di cui ancora non vi è ancora piena consapevolezza neppure a livello scientifico – producono un profondo impatto sulla capacità di comunicazione e di ascolto<sup>60</sup>, distorcendo gli indici di credibilità delle testimonianze<sup>61</sup>.

In linea teorica, l'impiego dell'oralità digitale per rendere il processo penale più efficiente sarebbe prospettabile solo nelle situazioni in cui fosse consentito prevedere in astratto che l'esame incrociato in presenza non sarebbe capace di produrre un valore aggiunto. Si tratta, però, di un requisito non facilmente soddisfabile. Sarebbe davvero arduo per la legge prestabilire a priori con sufficiente precisione le ipotesi in cui l'esame a distanza non determinerebbe nessuna perdita cognitiva, potendo essere adottato senza pregiudizio per l'immediatezza<sup>62</sup>. Tutto dipende dal caso concreto, in base a condizioni – la distanza temporale dalla commissione dei fatti, le capacità mnemoniche di quello specifico dichiarante, il livello di complessità degli eventi da riferire, la qualità della tecnologia di videoconferenza utilizzabile – non preventivabili *ex ante*.

Né si potrebbe graduare l'uso dell'immediatezza, riservando la modalità in presenza solo a certe tipologie di esami<sup>63</sup>. Così ragionando, si cadrebbe nella già menzionata fallacia di inversione causale fra l'immediatezza e il valore delle prove: laddove dovrebbe esserne l'effetto, il secondo diventerebbe la ragione di adozione della prima, pur venendo determinato a monte dal giudice sulla scorta di una base epistemologica incompleta<sup>64</sup>.

Diverso il discorso qualora le parti, al di là dei casi attualmente previsti dagli artt. 146 e 147 *bis* disp. att. c.p.p., concordassero sull'uso della videoconferenza per esaminare un dichiarante: un'evenienza che, attualmente non contemplata dalla legge, sarebbe opportuno introdurre. Per l'imputato, tale facoltà sarebbe legittimata dall'eccezione del

---

videoconferenza dovrebbe "salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti".

<sup>58</sup> Cfr. E. FRAGASSO JR., [Il processo penale a distanza, la costituzione ed i provvedimenti emergenziali contro la covid 19](#), in *discrimen.it*, 22 giugno 2020, p. 13 ss.: se è vero che l'informatica ha cambiato il mondo, non è, nel frattempo, ancora "cambiato l'uomo".

<sup>59</sup> Cfr. J.C. DEMPSEY, *The Theory of Virtuality Culture*, cit., p. 13 ss.

<sup>60</sup> V.K. MURPHY, *Why Zoom is Terrible*, in *nytimes.com*, 29 aprile 2020.

<sup>61</sup> Cfr. O. MAZZA, [Distopia del processo a distanza](#), in *archiviopenale.it*, 2020, n. 1, p. 9 ss.; E.M. MANCUSO, [La dematerializzazione del processo al tempo del CODIV-19](#), in *giurisprudenzapenale.com*, 10 maggio 2020, p. 7.

<sup>62</sup> Cfr. [Giustizia all'angolo: 7 domande sulla fase 2 e sul dopo. Dialogo con l'avv. prof. Oliviero Mazza](#), in *dirittodidifesa.eu*, p. 10 ss.

<sup>63</sup> In questo senso, invece, S. RECCHIONE, [L'oralità \(ir\)rinunciabile nel processo penale](#), in *giustiziainsieme.it*, 3 giugno 2020, § 3, la quale cita, a titolo di esempio, "l'esame del perito sulle parti della relazione poco comprensibili o contestate dai tecnici di parte; degli ufficiali di polizia giudiziaria sulle parti non chiare o incomplete degli atti che hanno stilato; dei sanitari sui dati non refertati, ma rilevanti (come ad esempio le condizioni psichiche della persona curata)".

<sup>64</sup> Cfr. *supra*, § 4.2.

consenso *ex art.* 111 comma 5 Cost. (la quale, prevista per il contraddittorio nella formazione della prova, può valere anche per l'immediatezza, che del metodo dialettico rappresenta la migliore declinazione operativa)<sup>65</sup>. L'esigenza del consenso dell'accusa, dal canto suo, si spiega con il fatto che il pubblico ministero dovrebbe sempre potersi opporre ad una modalità tale da inibire il miglior accertamento dei fatti.

L'esame a distanza su accordo delle parti, del resto, non sarebbe nulla di rivoluzionario in un sistema che contempla il patteggiamento e il giudizio abbreviato, permettendo alle parti di contrattare sull'entità della pena e, addirittura, all'imputato di chiedere di essere giudicato sulla base di atti di indagine scritti.

## 6. L'urgenza di anticorpi accusatori.

Se le strategie di rimodulazione dell'immediatezza fin qui considerate si rivelano impraticabili, che cosa fare? Altro non resta che provare a mutare angolo visuale, riconoscendo che il problema non sta nell'immediatezza in sé – la quale non potrebbe essere mutata geneticamente se non al costo di depotenziarla – bensì nel contesto in cui essa è chiamata ad operare. Volendo preservarla come regola soggetta ad eccezioni delimitate in modo sufficientemente preciso, appare ineludibile ripristinare pienamente la grammatica del sistema accusatorio, recuperando la centralità del dibattimento.

A questo fine bisognerebbe avere il coraggio di affrontare una volta per tutte i difetti sistemici che tuttora affliggono il processo penale italiano, il quale vorrebbe assicurare l'immediatezza impiantandola su un terreno incapace di consentirne il corretto sviluppo. Difetti ascrivibili a vizi di progettazione di cui magari non si poteva cogliere la portata al momento della compilazione del codice, ma che non si possono più ignorare a ben più di trenta anni dall'entrata in vigore delle norme vigenti.

Volendo seriamente rimuoverli, è urgente introdurre alcuni anticorpi che possano fermare e, sperabilmente, invertire l'attuale processo degenerativo. Senza pretesa di completezza, è consentito individuare almeno due possibili linee di intervento, relative a quelli che si potrebbero definire l'*input* e l'*output* del dibattimento: vale a dire, il transito dalle indagini al giudizio e le impugnazioni delle decisioni dibattimentali.

### 6.1. La fluidità del transito al dibattimento.

Riguardo all'*input*, va fatto tutto il possibile per realizzare il prerequisite fondamentale di qualunque sistema accusatorio, indispensabile affinché il contraddittorio orale funzioni al meglio: lo svolgimento del dibattimento ad una ragionevolmente breve distanza di tempo dalla commissione dei fatti.

---

<sup>65</sup> Cfr. G. BORGIA, *Dibattimento a distanza*, cit., p. 191 ss., anche se in riferimento alla normativa emergenziale.

A questo riguardo, emerge l'evidente problema dell'eccessiva durata delle indagini, nel corso delle quali, stando alle statistiche, si verifica la maggioranza delle prescrizioni<sup>66</sup>. Molti propongono di risolverlo fissando termini ancora più stringenti per la loro conduzione. Il già menzionato progetto del Governo Conte *bis* di riforma del processo penale, in particolare, vorrebbe predisporre un termine specifico entro cui il pubblico ministero, subito dopo la loro conclusione, decida se esercitare l'azione penale o domandare l'archiviazione. Si vorrebbe, altresì, prevedere un controllo giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato, in modo da evitare che, ritardando quest'ultima, i termini per investigare siano indebitamente allungati<sup>67</sup>.

Tuttavia l'esperienza dell'attuale disciplina in materia – in rapporto a cui operano le più variegate tecniche di elusione – rende lecito dubitare che si tratterebbe di soluzioni vincenti. È molto difficile, del resto, ipotizzare un valido apparato di sanzioni per il mancato rispetto dei tempi imposti dalla legge<sup>68</sup>. Più in generale, un sistema rigido di termini non è conciliabile con un'attività per definizione elastica, la cui durata, dipendendo dai carichi di lavoro delle procure e dalla complessità del singolo caso, è imprevedibile a priori a prescindere dalla gravità del reato. In un sistema accusatorio ortodossamente costruito, la previsione di termini rigidi per indagare rappresenta una "pseudogaranzia" che non dovrebbe neppure avere cittadinanza<sup>69</sup>.

*Abolizione dell'udienza preliminare.* Nell'ottica di velocizzare il passaggio al dibattimento, sarebbe auspicabile una mossa ben più coraggiosa: arrivare ad abolire l'udienza preliminare, muovendo dalla constatazione che, alla prova dei fatti, il vaglio preliminare dell'accusa non è in grado di svolgere un'apprezzabile funzione di filtro<sup>70</sup>. Le risorse dedicate ad un controllo che, storicamente, aveva un senso in rapporto all'azione penale svolta dai privati, ma che oggi ha perso ogni ragion d'essere, potrebbero essere più proficuamente destinate ad altre attività.

Si tratta di una prospettiva avversata da chi preferirebbe per contro un rafforzamento dell'udienza preliminare, invertendo il *thema probandum* e il criterio decisorio che ne discende rispetto a quello ad oggi previsto dall'art. 425 c.p.p. Anche il progetto di riforma del governo Conte *bis* si colloca in quest'ultima ottica, laddove vorrebbe che il rinvio a giudizio venisse pronunciato solo quando fosse possibile formulare una prognosi di probabile condanna all'esito del dibattimento (in modo da convertire l'attuale canone dell'*in dubio pro actione* nell'opposto criterio dell'*in dubio pro reo*<sup>71</sup>).

<sup>66</sup> V. G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, in [cortedicassazione.it](http://cortedicassazione.it), p. 29 ss.

<sup>67</sup> D.d.l. C-2435, cit., art. 3.

<sup>68</sup> Cfr. G. GARUTI, [Il "d.d.l. Bonafede": riformata \(timidamente\) la durata delle indagini](#), in [archiviopenale.it](http://archiviopenale.it), 6 novembre 2020, p. 8 ss.

<sup>69</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 811 ss.

<sup>70</sup> Per questa proposta, v. M. DANIELE, [L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio](#), in questa *Rivista*, 27 gennaio 2020. Nello stesso senso, M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, [Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi \(e giusti\) serve un cambio di passo](#), in questa *Rivista*, 21 aprile 2020, p. 160 ss.

<sup>71</sup> D.d.l. C-2435, cit., art. 3, secondo cui si dovrebbe "escludere il rinvio a giudizio nei casi in cui gli elementi acquisiti risultano insufficienti o contraddittori o comunque non consentono una ragionevole previsione di

Si vorrebbe, in questo modo, indurre il giudice dell'udienza preliminare ad un controllo ben più approfondito, senza però accorgersi che così si rafforzerebbero le pulsioni inquisitorie già presenti nel sistema, valorizzando ancora di più le indagini a scapito del giudizio. In una logica di naturale compensazione, più il vaglio preliminare è completo ed esaustivo, più c'è da aspettarsi che il dibattimento perda la sua centralità<sup>72</sup>.

*Videoconferenze investigative.* Pur con tutte le sue carenze, non è realistico pensare che la tecnologia digitale continui a rimanere completamente al di fuori del processo penale anche per il futuro e al di là dell'emergenza determinata dalla pandemia. Sarebbe una posizione di retroguardia, in un contesto in cui essa pervade sempre di più tutti gli aspetti della nostra vita<sup>73</sup>.

Non sarebbe del resto scandaloso, in un sistema accusatorio come il nostro, ricavarle uno spazio operativo nella fase delle indagini<sup>74</sup>, nel momento in cui gli uffici giudiziari riuscissero a dotarsi di piattaforme di videoconferenza in grado di funzionare in modo adeguato.

Certo, in molti casi l'uso della modalità a distanza non consentirebbe di risparmiare tempo. Vi sono, nondimeno, delle situazioni in cui permetterebbe di ovviare a certi problemi logistici o a situazioni di urgenza senza pregiudicare le esigenze difensive. Basti pensare all'assunzione di dichiarazioni da persone informate sui fatti che vivessero in luoghi geograficamente lontani dagli uffici degli organi inquirenti; oppure all'interrogatorio di garanzia da svolgere nella circoscrizione di un altro tribunale, che, grazie al collegamento in videoconferenza, si potrebbe evitare di delegare ad un giudice per le indagini preliminari ignaro della vicenda<sup>75</sup>.

Nei casi in cui fosse realmente in grado di accorciare i tempi, poi, la videoconferenza potrebbe essere utilizzata per attività a ridotto tasso di oralità, quali le udienze di convalida degli arresti e dei fermi, di opposizione alle archiviazioni, di patteggiamento o di messa alla prova<sup>76</sup>.

A chi obietta che in questo modo si disumanizzerebbe il processo penale, privandolo della presenza fisica degli interessati<sup>77</sup>, si può replicare che è proprio legittimando un uso mirato e proporzionato della modalità digitale si riuscirebbe ad impedire che essa venisse impiegata laddove rischierebbe di produrre danni.

---

accoglimento della prospettazione accusatoria nel giudizio".

<sup>72</sup> Cfr. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffè, 1963, p. 203.

<sup>73</sup> Cfr. S. LORUSSO, *Il cigno nero*, cit., p. 10 ss. V. anche J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza*, cit., p. 259 ss.

<sup>74</sup> V. L. PONIZ, [Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento](#), in *giurisprudenzapenale.com*, 10 maggio 2020, p. 9.

<sup>75</sup> L'esempio è di L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 924.

<sup>76</sup> In questo senso, ma con riferimento al solo periodo di emergenza determinato dalla pandemia, v. le [Proposte per assicurare livelli di efficienza degli Uffici giudiziari e la tutela dei diritti di difesa nel tempo della pandemia. Il confronto tra i Procuratori della Repubblica e l'Unione delle Camere Penali Italiane](#), 27 ottobre 2020, in *camerepenali.it*.

<sup>77</sup> Cfr. G. SANTALUCIA, [La tecnica al servizio della giustizia penale. Attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto "cura Italia"](#), in *giustiziainsieme.it*, 10 aprile 2020, § 8.

Né va trascurato che il suo utilizzo non solo determinerebbe benefici in termini efficienza, ma permetterebbe anche un miglior controllo della genuinità degli atti. Sarebbe sufficiente, a questo proposito, prevedere l'obbligo di integrale videoregistrazione delle attività a distanza compiute: una modalità di documentazione ben più trasparente dei classici verbali scritti, e che, peraltro, dovrebbe essere imposta anche per gli atti di indagine in presenza<sup>78</sup>.

## 6.2. Il giusto dosaggio delle impugnazioni.

Riguardo all'*output*, la legge dovrebbe, con onestà, riconoscere che il sistema delle impugnazioni è rimasto pressoché identico a quello del codice del 1930, continuando a riflettere il *favor* inquisitorio per le garanzie di natura verticale anziché orizzontale.

La logica accusatoria prediligerebbe, in particolare, un uso moderato dell'appello. Da noi, invece, quest'ultimo è un rimedio generalizzato, e – per quanto l'art. 603 comma 3 *bis* c.p.p. abbia resa obbligatoria la riassunzione delle prove dichiarative ai fini della riforma del proscioglimento in una condanna – allo stesso tempo dotato di un'immediatezza inevitabilmente depotenziata: in secondo grado, i dichiaranti vengono perlopiù riesaminati ad una notevole distanza dalla commissione dei fatti, senza l'effetto-sorpresa dell'originaria escussione<sup>79</sup> e con il rischio che rendano dichiarazioni difformi dalle precedenti<sup>80</sup>.

Per razionalizzare l'appello le soluzioni sarebbero molteplici, e se ne discute da decenni. Una via potrebbe essere quella di introdurre un più stringente vaglio di ammissibilità, tale da consentire anche un controllo di non manifesta infondatezza dei motivi presentati. Sarebbe preferibile non lasciare tale opzione alla sola gestione della giurisprudenza, la quale, prima con la sentenza *Galtelli*<sup>81</sup> e poi in forza dell'ambiguo onere di specificità inserito nell'art. 581 c.p.p. ad opera della legge Orlando, ha già cominciato a muoversi in questo senso.

A fronte di un appello consentito solo in caso di motivi ben costruiti e non pretestuosi, si determinerebbero le condizioni per un'altra riforma di segno autenticamente accusatorio, e questa volta a favore della difesa: il divieto di appello del proscioglimento, che la l. n. 46 del 2006 aveva già tentato di introdurre, ma che era caduto sotto la scure della sentenza n. 26 del 2007 della Corte costituzionale.

<sup>78</sup> Ad esempio, la videoregistrazione dell'assunzione di dichiarazioni da parte degli organi inquirenti, utilizzabile come prova in caso di impossibilità oggettiva dell'esame dibattimentale ai sensi dell'art. 512 c.p.p., permetterebbe di valutare con maggiore accuratezza l'affidabilità cognitiva delle dichiarazioni, non formate dialetticamente. Similmente, la videoregistrazione degli interrogatori potrebbe essere un utile deterrente contro eventuali abusi, mentre la videoregistrazione delle operazioni della polizia sulla scena del crimine consentirebbe il miglior controllo sulla corretta adozione delle *best practices* scientifiche.

<sup>79</sup> V. R. GERMANO, *L'immediatezza e le sue contraddizioni*, cit., p. 162 ss.

<sup>80</sup> La questione è approfondita da V. AIUTI, *L'immediatezza presa sul serio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 111 ss.

<sup>81</sup> Cfr. Cass., sez. un., 22 febbraio 2017, *Galtelli*.

Tale divieto eliminerebbe alla radice il rischio della condanna per la prima volta in appello senza la piena operatività di tutte le garanzie previste per la decisione di primo grado, prevenendo la violazione del diritto al riesame nel merito delle decisioni di condanna stabilito dall'art. 14 comma 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>82</sup>.

L'appello, in questo modo, assumerebbe il ruolo che dovrebbe essergli proprio: quello di rimedio eminentemente difensivo, con la possibilità per il pubblico ministero di avvalersene solo in ipotesi eccezionali (ad esempio, qualora sopravvenissero nuove prove a carico). Essendo, al contempo, un rimedio attivabile per la difesa solo in presenza di solide ragioni, verrebbe meno l'argomento, a suo tempo addotto dalla Corte costituzionale, secondo cui il divieto di appellare il proscioglimento determinerebbe una sproporzione eccessiva con i poteri dell'accusa.

Il progetto di riforma del Governo Conte *bis*, tuttavia, è orientato diversamente. L'idea è di ridurre, più che il numero degli appelli, il numero dei giudici di appello necessari per ciascun procedimento: un risultato conseguibile attribuendo i gravami nei confronti delle sentenze pronunciate dai tribunali monocratici a corti di appello parimenti composte da un giudice unico<sup>83</sup>. Inutile dire che sarebbe una riforma ispirata al più spinto efficientismo, eliminando *in toto* la collegialità – già assente in primo grado – per i procedimenti relativi ad un numero non certo ridotto di reati. Ma è tutto da dimostrare che, per la difesa, il diritto incondizionato di usufruire di appelli meno garantiti sia davvero preferibile ad un vaglio preliminare più rigoroso sulla reale consistenza dei motivi di gravame presentati.

## 7. Il sistema ad un bivio.

Può essere che si decida di non provare a rimuovere le incrostazioni inquisitorie che continuano a pervadere il nostro sistema. Bisogna, però, essere consapevoli delle implicazioni della conservazione dello *status quo*. Continuando nell'attuale direzione, sarebbe sempre più difficile bloccare il processo di erosione della centralità del dibattimento. Anche perché sono sempre più insistenti le voci a favore di un radicale ripensamento del modello. Vi è infatti chi, pur senza rinunciare all'esame incrociato (una mossa che sarebbe, ovviamente, incostituzionale), vorrebbe irrobustire le garanzie nella fase delle indagini<sup>84</sup> e, magari, trasformare il giudizio abbreviato nel rito ordinario<sup>85</sup>, con

<sup>82</sup> Una fonte che, trasposta nel nostro sistema con la l. n. 81 del 1977, integra un limite alla potestà legislativa ai sensi dell'art. 117 comma 1 Cost., non potendo essere derogata dalla legge ordinaria: v. O. MAZZA, [L'appello necessario](#), in [dirittodidifesa.eu](#), 16 marzo 2020, p. 2 ss.

<sup>83</sup> D.d.l. C-2435, cit., art. 7.

<sup>84</sup> In questo senso v. S. LORUSSO, [Il fascino indiscreto della "mediatezza"](#), in questa *Rivista*, 23 novembre 2020, § 4, il quale si interroga sull'utilità della creazione di un "giudice della prova" nella fase delle indagini, che magari "che si occupi della formazione del materiale cognitivo la cui proiezione dibattimentale appare incerta o problematica".

<sup>85</sup> In questo senso v. M. TERZI, [Osservazioni sullo stato della fase dibattimentale di primo grado dei Tribunali Ordinari](#), in [giustiziainsieme.it](#), 13 febbraio 2019, § 7.

il contraddittorio dibattimentale declassato a mero metodo di controllo *ex post* di un accertamento già svolto.

Sarebbe, evidentemente, un ritorno alla logica del processo misto. Si tratterebbe, per certi versi, di un sistema paradossalmente più in linea con le caratteristiche della società contemporanea, nella quale la globalizzazione e la diffusione dell'informatica hanno condotto alla frantumazione spaziale e temporale delle attività e delle interazioni personali ad ogni livello: un connotato con cui proprio la filosofia inquisitoria – fondata per l'appunto sulla dilatazione delle attività istruttorie lungo tutto l'arco del procedimento – si concilierebbe meglio dell'ideale accusatorio della concentrazione. Senza trascurare che, ovviamente, non verrebbe meno l'esigenza di rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale inibirebbe taluni *deficit* di tutela che contraddistinguevano il codice del 1930.

C'è, naturalmente, da sperare che una restaurazione del processo misto non avvenga. Se, però, non si sarà disposti ad affrontare senza preconcetti il tema dell'efficienza del processo, rinunciando a certe garanzie che con il sistema accusatorio hanno poco da spartire, è un destino a cui non sarà facile sottrarsi per il nostro processo penale. E questa, come purtroppo la storia ci ha insegnato, sarebbe solo l'ultima di una lunga serie di sconfitte per il modello accusatorio<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 1, p. 12 ss.



## DIRITTO AL SILENZIO E ILLECITO AMMINISTRATIVO PUNITIVO: LA RISPOSTA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Nota a [\*CGUE, sent. 2 febbraio 2021, C-481/19, Consob\*](#)

di Matteo Aranci

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il viaggio del diritto al silenzio: dalla Cassazione alla Consulta e dalla Consulta a Lussemburgo. – 3. Il diritto al silenzio nelle fonti nazionali e sovranazionali. – 4. Le conclusioni dell'avvocato generale. – 5. La pronuncia della Corte di giustizia. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

### 1. Premessa.

Con la sentenza del 2 febbraio 2021<sup>1</sup>, la Corte di giustizia si è pronunciata sui quesiti pregiudiziali che le erano stati rivolti dalla Corte costituzionale nel maggio 2019<sup>2</sup> e riguardanti un tema di particolare delicatezza, ovvero la compatibilità delle sanzioni amministrative pecuniarie – irrogate nei confronti di chi ometta di collaborare con le autorità amministrative indipendenti nel corso di un procedimento per l'accertamento

---

<sup>1</sup> Corte giust., sent. 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84. Per una prima lettura, v. E. BASILE, [La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"](#), in questa *Rivista*, 3 febbraio 2021; G. MILIZIA, *"Il silenzio è d'oro, avvalitene" anche nei processi per insider trading innanzi alla Consob*, in *Diritto e giustizia*, 3 febbraio 2021.

<sup>2</sup> Si tratta di Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, ECLI:IT:COST:2019:117. Essa rappresenta la quarta ordinanza di rinvio pregiudiziale da parte della Consulta in un giudizio in via incidentale, ma costituisce la prima circostanza in cui una questione pregiudiziale non sia solo interpretativa, bensì anche di validità. Per i profili che qui interessano, per i primi commenti all'ordinanza, cfr. C. BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione "punitiva" impone il due process of law*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 1448; G. CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 579; S. CONFALONIERI, [Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti. Riflessioni a margine di Corte cost., ord. n. 117 del 2019](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2020, p. 108; G. FARES, [Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia](#), in *dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 57; G. LASAGNI, [Prendendo sul serio il diritto al silenzio. Commento a Corte cost. ord. n. 117 del 10 maggio 2019](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2020, p. 135; I. OTTAVIANO, *Rapporto tra sanzioni amministrative "punitiva" e diritto al silenzio: questioni correlate alla doppia pregiudiziale*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2020, p. 121. Per quanto riguarda, invece, i profili più strettamente inerenti al tema del rapporto tra le Corti e la questione della doppia pregiudizialità, v. *ex multis* N. LUPO, [Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema 'a rete' di tutela dei diritti in Europa](#), in *Federalismi*, 17 luglio 2019; G. SCACCIA, [Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019](#), in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5 novembre 2019, p. 166.

di taluni illeciti in materia di abusi di mercato – con il principio *nemo tenetur se detegere*. Numerosi sono i profili di interesse che erano sottesi a questa pronuncia e alla complessa vicenda giurisprudenziale: la tensione tra esigenze di effettività del diritto dell’Unione europea e tutela dei diritti fondamentali, la progressiva estensione dello statuto garantistico penale alle sanzioni amministrative punitive, la questione della doppia pregiudizialità e, in generale, del dialogo tra le Corti. Tanti spunti di riflessione che, non a caso, sono stati offerti, oggi come nel recente passato, dalla disciplina punitiva in tema di abusi di mercato<sup>3</sup>: un settore che esemplifica al meglio l’influenza che il diritto dell’Unione europea può esercitare sulle scelte sanzionatorie nazionali<sup>4</sup>, che ha dato vigore alla riflessione sull’applicazione principio del *ne bis in idem*<sup>5</sup> in caso di doppio binario sanzionatorio e che, almeno a livello interno, ha stimolato la progressiva estensione di alcune garanzie costituzionali anche a illeciti formalmente non penali<sup>6</sup>.

## 2. Il viaggio del diritto al silenzio: dalla Cassazione alla Consulta e dalla Consulta a Lussemburgo.

La vicenda<sup>7</sup> da cui ha tratto origine il rinvio pregiudiziale – e prima ancora ha dato luogo alla questione di legittimità costituzionale<sup>8</sup> – concerneva il ricorso di un

<sup>3</sup> Le disposizioni rilevanti in *subiecta materia* sono collocate nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF).

<sup>4</sup> L. FOFANI, [Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2014, p. 66 osserva che gli interventi del legislatore europeo nella materia degli abusi di mercato fa sì che questa possa «essere a buon diritto assunta al rango di vero e proprio paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario».

<sup>5</sup> V., per tutti, F. MUCCIARELLI, [Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2018, p. 174; F. VIGANÒ, [Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani](#), in *Dir. pen. cont.*, 1/2016, p. 186; S. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, p. 203.

<sup>6</sup> Si possono in proposito richiamare le recenti pronunce della Corte costituzionale sent. 5 dicembre 2018, n. 223, ECLI:IT:COST:2018:223, sul divieto di applicazione retroattiva; sent. 21 marzo 2019, n. 63, ECLI:IT:COST:2019:63, sul principio di retroattività *in mitius*; sent. 10 maggio 2019, n. 112, ECLI:IT:COST:2019:112, sul principio di proporzionalità della sanzione amministrativa punitiva (la questione di costituzionalità proprio da questa vicenda, come si dirà, ha avuto origine). Su questi profili, v. S. CONFALONIERI, *Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti*, cit., p. 117 ss. Quanto all’opera di estensione delle garanzie, si può menzionare, seppure in settore diverso da quello del market abuse ma con medesimi argomenti a fondamento, una recente ordinanza con cui il Tribunale di Milano (Trib. Milano, ufficio GIP, ord. 4 febbraio 2020, giud. Crepaldi, in *Penale – Diritto e procedura*) ha sollevato incidente di costituzionalità rispetto all’art. 30, co. 4, legge 87/1953, nella misura in cui tale disposizione non si applica alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali: questione ritenuta infondata nel 2017 (Corte cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 43, ECLI:IT:COST:2017:43), ma oggi riproposta dal giudice milanese proprio alla luce dei «mutamenti della stessa giurisprudenza costituzionale» successivi.

<sup>7</sup> Cass. Civ., ord. 24 gennaio 2018, n. 3831/18, in *DeJure*. La pronuncia è nota anche come “ordinanza Bolognesi”, dal nome del soggetto sottoposto al procedimento Consob e successivamente ricorrente avverso il provvedimento amministrativo sanzionatorio. Sull’ordinanza, per un approfondimento relativo alla questione del diritto al silenzio, v. G.L. GATTA, [“Nemo tenetur se detegere” e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F.](#), in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, p. 156.

<sup>8</sup> La questione di legittimità è stata formulata anche con riferimento all’art. 187-sexies TUF; sul punto, però, la Corte costituzionale si è pronunciata – dichiarando l’illegittimità costituzionale di tale disposizione, tanto

soggetto avverso una decisione della Consob, con cui l'autorità aveva irrogato severe sanzioni amministrative pecuniarie per alcuni fatti puniti dagli artt. 187-bis ss. TUF<sup>9</sup>. In particolare, nei confronti del socio e consigliere di amministrazione di una società quotata, la Consob aveva irrogato sia una sanzione pecuniaria in relazione all'illecito di *insider trading* (art. 187-bis, co. 1, lett a), con riguardo all'acquisto di azioni effettuate sulla base del possesso di informazioni privilegiate relative all'imminente lancio di un'OPA per *delisting* sulla società, da costui promossa, nonché un'ulteriore sanzione pecuniaria in relazione all'art. 187-*quinqüiesdecies* TUF<sup>10</sup> a causa del comportamento dilatorio tenuto dal ricorrente, il quale aveva in primo luogo ritardato la propria audizione dinanzi a Consob e, quindi, una volta presentatosi, aveva rifiutato di rispondere ai quesiti posti<sup>11</sup>. Erano state, inoltre, disposte sia la sanzione accessoria di cui all'art. 187-*quater* TUF (ovvero la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità), sia la confisca per equivalente in forza dell'art. 187-*sexies* TUF. L'interessato, attinto dalle sanzioni, ha proposto opposizione, rigettata dalla Corte d'Appello di Roma e, avverso tale pronuncia, ricorso per Cassazione.

Con le proprie doglianze, il ricorrente ha *inter alia* sollecitato la Suprema Corte a promuovere l'incidente di costituzionalità rispetto all'art. 187-*quinqüiesdecies* TUF, in quanto l'obbligo di presentarsi all'autorità amministrativa e di rendere dichiarazioni – vincolo sottoposto a sanzione pecuniaria dai connotati severi – sarebbe incompatibile con le garanzie offerte dalla Costituzione e dalla CEDU; parimenti, censure di illegittimità erano state sollevate in merito alla disposizione (l'art. 187-*sexies* TUF) in materia di confisca, che consentiva di sottoporre a misura ablativa non soltanto il profitto dell'operazione illecita, ma l'intero prodotto della stessa.

La Corte di Cassazione ha ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate entrambe le questioni – tanto quella concernente la sanzione per l'omessa collaborazione, quanto quella riguardante la confisca – e si è, di conseguenza, rivolta al giudice delle leggi, attraverso un'ordinanza ricca di argomentazioni.

Per quanto concerne la questione che si pone alla base della sentenza della Corte di giustizia in esame, il collegio – agevolmente dimostrata, nel caso di specie, la rilevanza dell'art. 187-*quinqüiesdecies* TUF, in quanto l'illecito ivi descritto punisce “chiunque” e

---

nella versione preesistente, quanto in quella vigente – con sent. 112/2019 cit. La censura, in quel caso, concerneva l'oggetto della confisca.

<sup>9</sup> Si tratta del corpo di disposizioni che, all'interno del TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), prevede le sanzioni amministrative per i c.d. abusi di mercato.

<sup>10</sup> L'art. 187-*quinqüiesdecies* TUF, nella versione applicabile *ratione temporis*, prevedeva una sanzione amministrativa pecuniaria tra diecimila e duecentomila euro per chiunque non ottemperasse alle richieste della Consob o ne ritardasse l'attività.

<sup>11</sup> L'addebito formulato da Consob, riportato nell'ordinanza 3831/18, aveva il seguente tenore: «In ragione del fatto che la S.V. 1) nel corso delle indagini si sia presentata presso gli uffici della CONSOB per essere sottoposta ad audizione il 3/12/2010, circa cinque mesi dopo la convocazione, avvenuta con lettera del 1/7/2010, posticipando più volte il momento in cui sarebbe stata disponibile e fornendo, al riguardo, generiche motivazioni concernenti presunti impegni dei quali non ha fornito evidenza; 2) nel corso della stessa audizione non abbia inteso rilasciare dichiarazioni. La S.V. ha mancato di ottemperare nei termini alle richieste della CONSOB e provocato ritardo all'esercizio delle sue funzioni». La sanzione pecuniaria per tale illecito era stata quantificata in cinquantamila euro.

non esclude in alcun modo i soggetti personalmente sottoposti al procedimento – ha ritenuto che la norma censurata potesse presentare motivi di frizione con più di un parametro costituzionale, in particolare gli artt. 24, 111, 11 e 117 Cost.

Rispetto alle ultime due disposizioni, il richiamo all'art. 117 Cost., a propria volta, trova triplice declinazione, rispetto all'art. 6 CEDU, all'art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 47 CdfUE; con riguardo alla Carta, si aggiunge necessariamente l'art. 11 Cost., il quale costituisce il «sicuro fondamento»<sup>12</sup> dei rapporti tra ordinamento nazionale e Unione europea.

Proprio rispetto alla potenziale incompatibilità della norma nazionale censurata con la Carta, la Suprema Corte prospetta che, nel caso di specie, ricorresse una delle ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità<sup>13</sup> e, di conseguenza, ha scelto di attenersi al *modus procedendi* ricavabile «dalla precisazione offerta dalla Corte costituzionale»<sup>14</sup> nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017<sup>15</sup> e, quindi, di promuovere prioritariamente l'incidente di costituzionalità<sup>16</sup>.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulle due questioni sollevate con l'unico provvedimento sin qui richiamato, ha separato i due giudizi e con sentenza<sup>17</sup> ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* TUF (sia nella previgente, sia

<sup>12</sup> Corte cost., sent. 24 giugno 2010, n. 227, ECLI:IT:COST:2010:227.

<sup>13</sup> Sulla c.d. doppia pregiudizialità la letteratura è assai ampia: cfr., per tutti, C. AMALFITANO, [Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017](#), in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2019; EAD., [Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale](#), in Rivista AIC, 18 febbraio 2020; S. CATALANO, [Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale](#), in Federalismi, 22 maggio 2019; A. COSENTINO, [Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee](#), in Questione giustizia, 6 febbraio 2020; F. DONATI, [La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti](#), in Federalismi, 27 gennaio 2021; G. REPETTO, "Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità", in Giurisprudenza costituzionale, 2017, p. 2958; L.S. ROSSI, [Il 'triangolo giurisdizionale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana](#), in Federalismi, 1° agosto 2018; F. SPITALERI, [Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali](#), in Dir. Un. eur., 2019, p. 729.

<sup>14</sup> Cass., ord. 3831/18 cit., p. 23.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269, ECLI:IT:COST:2017:269.

<sup>16</sup> Non mancano, nell'ordinanza, alcune sfumature critiche rispetto all'impianto suggerito dalla Corte costituzionale, in particolare evocando la Cassazione un contrasto con quanto aveva già indicato la Corte di giustizia (Corte giust., sent. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985) e così sollecitando, dal giudice delle leggi, un chiarimento in materia (Cass., ord. 3831/18 cit., p. 26), stimolando anche l'impiego del rinvio pregiudiziale alla Corte lussemburghese.

<sup>17</sup> Corte cost., sent. 10 maggio 2019, n. 112, ECLI:IT:COST:2019:112. La confisca amministrativa è stata ritenuta, per il grado di afflittività, sostanzialmente penale e così assoggettata al principio di proporzionalità, il quale esige – tanto alla luce di parametri costituzionali quanto europei – che la risposta sanzionatoria non ecceda il disvalore del fatto e non comporti un sacrificio eccessivo per gli interessati. La Consulta ha ritenuto la norma illegittima in quanto estendeva in modo irragionevole la confisca all'intero "prodotto" del reato e non limitandosi al solo profitto. Per un commento, v. E. AMATI, *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, in *Giur. comm.*, 6/2019, p. 1293; V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. cost.*, 6/2019, p. 3343.

nell'attuale versione), mentre con una separata ordinanza ha deciso di interrogare, in via pregiudiziale, la Corte di giustizia.

La Consulta, richiamate alcune proprie pronunce che già *medio tempore* avevano temperato le indicazioni della sentenza 269/2017<sup>18</sup> e avendone condiviso il contenuto, scandisce l'interrogativo che si poneva al fondo dell'ordinanza della Cassazione: ovvero se sia costituzionalmente legittimo sottoporre alla sanzione di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* TUF chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità per gli illeciti amministrativi in tema di *market abuse*. Il giudice delle leggi ricorda, sin da uno dei primi snodi argomentativi, che il diritto di tacere merita tutela in quanto tale, ma esclude che lo *ius tacendi* vieti la previsione di un obbligo, in capo all'accusato, di presentarsi puntualmente alle audizioni richieste *ex lege* dall'autorità amministrativa<sup>19</sup>.

Come già aveva sottolineato la Corte di Cassazione, si osserva che il tenore letterale dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF non consentirebbe di escludere, dai propri margini applicativi, le ipotesi in cui la violazione dell'obbligo collaborativo sia ascritta al soggetto nei cui confronti Consob stia procedendo come potenziale autore dell'illecito. Nella legislazione applicabile ai fatti – così come in quella attuale, pur modificata dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129 – non è stabilita alcuna facoltà di non rispondere per i soggetti che, pur sottoposti agli accertamenti, siano chiamati per un'audizione dinanzi ai funzionari.

La Consulta ritiene quindi che, in assenza di una specifica disciplina che preservi l'interessato da obblighi di *self-incrimination*, occorra domandarsi se, anche nei procedimenti sanzionatori di natura punitiva, sia necessario tutelare il diritto al silenzio nei confronti del presunto autore degli illeciti.

A tale quesito, la Corte costituzionale fornisce una risposta positiva: essa, infatti, ritiene – in continuità con la progressiva estensione delle garanzie, nazionali e convenzionali, alle sanzioni sostanzialmente punitive<sup>20</sup> – che il *nemo tenetur se detegere* debba trovare spazio anche nei procedimenti volti all'irrogazione di tali misure.

La natura intrinsecamente penale – e non meramente amministrativa – degli illeciti previsti dalla legislazione italiana in tema di *market abuse* è stata affermata sia dalla

<sup>18</sup> Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20, ECLI:IT:COST:2019:20; sent. 63/2019, cit.

<sup>19</sup> Del resto, basti richiamare nell'ordinamento italiano, la previsione dettata dall'art. 376 c.p.p., a tenore del quale qualora si tratti di procedere all'interrogatorio o al confronto, il PM dispone, previa autorizzazione del giudice, l'accompagnamento coattivo dell'indagato. In questo senso è quindi evidente che l'ordinamento non legittima la condotta dilatoria dei soggetti sottoposti a indagini, né ammette che costoro si sottraggano *tout court* agli adempimenti imposti *ex lege*.

<sup>20</sup> Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223, ECLI:IT:COST:2018:223; sent. 63/2019, cit.; sent. 112/2019, cit. Ancor di recente, la Consulta ha puntualizzato (Corte cost., sent. 18 gennaio 2021, n. 5, ECLI:IT:COST:2021:5) «che, secondo l'ormai costante giurisprudenza di questa Corte, le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. si applicano anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo». Sulle forme di ampliamento delle garanzie costituzionali e convenzionali verso gli illeciti sostanzialmente penali, v. diffusamente L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

Corte Edu<sup>21</sup>, sia dalla Corte di giustizia<sup>22</sup> e, di conseguenza, l'estensione della garanzia indicata a queste misure sembrerebbe pienamente giustificata. La Corte costituzionale richiama, a suffragio del proprio convincimento, alcune sentenze del giudice di Strasburgo in cui si è affermato che il *privilege against self-incrimination* esigesse applicazione anche nei casi di infrazioni di carattere amministrativo<sup>23</sup>.

Tuttavia, se da queste considerazioni si sarebbe potuta trarre, come ragionevole conseguenza, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata – almeno nella parte in cui risultava applicabile anche ai “sospetti” autori degli illeciti –, la Consulta osserva che una simile declaratoria rischierebbe di porre l'ordinamento nazionale nella condizione di non ottemperare a specifici vincoli dettati dal diritto derivato europeo, con la potenziale esposizione a una procedura di infrazione *ex art.* 258 TFUE. Infatti, l'art. 187-*quinqüiesdecies* TUF è stato introdotto in sede di trasposizione della direttiva 2003/6/CE<sup>24</sup> e, attualmente, il medesimo obbligo di sanzione dei comportamenti non collaborativi con l'autorità è imposto dal regolamento (UE) n. 596/2014<sup>25</sup>, atto che ha abrogato la precedente direttiva e stabilito un regime amministrativo comune a tutti gli Stati membri quanto ai fenomeni abusivi sui mercati. Il combinato disposto degli artt. 12, par. 2, lett. b) e 14, par. 4, direttiva 2003/6/CE e le previsioni di cui agli artt. 23, par. 2, lett. b) e 30, par. 1, lett. b), regolamento (UE) n. 596/2014 richiedono all'ordinamento nazionale di sanzionare l'omessa collaborazione alle indagini da parte di chiunque – senza distinzioni soggettive – sia stato sottoposto a richieste di informazioni. Perciò, come nota la Consulta, il diritto derivato dell'Unione europea parrebbe imporre il «dovere di sanzionare il silenzio serbato in sede di audizione»<sup>26</sup> da parte dei presunti autori degli illeciti.

Tuttavia, quest'obbligo risulta, ad avviso della Corte costituzionale, in potenziale frizione con due previsioni della Carta dei diritti fondamentali, ovvero gli artt. 47 e 48 CdfUE, al cui rispetto le istituzioni – nell'esercizio delle rispettive competenze – sono tenute. La Consulta, dopo aver menzionato la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritto al silenzio<sup>27</sup> – maturata in relazione alle sole ammende irrogate alle imprese nel diritto *antitrust* –, ritiene tuttavia che l'approdo cui il giudice lussemburghese è giunto non sia *sic et simpliciter* esportabile alle sanzioni individuali di

<sup>21</sup> Corte Edu, sent. 4 marzo 2014, ric. nn. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, *Grande Stevens e a. c. Italia*, CE:ECHR:2014:0304JUD001864010. Nel caso specifico, l'illecito amministrativo rilevante era quello sanzionato dall'art. 187-*ter* TUF, e non dall'art. 187-*bis* TUF, come nell'ipotesi di odierno interesse; tuttavia, l'omogeneità dell'apparato sanzionatorio e la comune *ratio* sottesa ad entrambe le previsioni legittimano a ritenere pacificamente estensibile all'art. 187-*bis* TUF gli esiti cui la Corte Edu è giunta.

<sup>22</sup> Corte giust., sent. 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e 597/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192.

<sup>23</sup> Da ultimo, Corte Edu, sent. 5 aprile 2012, ric. 11663/04, *Chambaz c. Svizzera*, pt. 50-58, CE:EHCR:2012:0405JUD001166304.

<sup>24</sup> Direttiva 2003/6/CE, in *GUUE*, 12 aprile 2003, L 96, p. 16, trasposta in Italia con legge 18 aprile 2005, n. 62.

<sup>25</sup> Regolamento (UE) n. 596/2014, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 1. Ancorché il regolamento sia (art. 288 TFUE) direttamente applicabile, in talune ipotesi l'atto normativo europeo può prevedere un meccanismo – non dissimile da una direttiva – con cui esige dal legislatore nazionale l'inserimento di specifiche norme nel proprio ordinamento: è questo il caso dell'art. 30, regolamento (UE) n. 596/2014.

<sup>26</sup> Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 8.2.

<sup>27</sup> Su cui v. *infra*, par. 2.

carattere punitivo. La Consulta sembra persuasa che la Corte di giustizia possa – e in questo viene sollecitata – condividere l’approccio più garantista manifestato dalla Corte Edu, in forza della clausola di omogeneità di cui all’art. 52, par. 3, CdfUE, e così assicurare piena tutela al diritto al silenzio.

Perciò, la Corte costituzionale, prima di pronunciarsi, ha ritenuto preferibile «sollecitare un chiarimento» da parte del giudice lussemburghese, considerando la propria richiesta come espressiva di quello spirito di leale collaborazione teso a garantire la «definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali»<sup>28</sup> di cui già si trovava traccia nel sopra menzionato *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017.

Due sono i quesiti pregiudiziali: il primo ha carattere interpretativo, il secondo, invece, di validità. Dapprincipio, la Corte costituzionale domanda se le disposizioni rilevanti della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014, applicabili ciascuno *ratione temporis*, siano interpretabili nel senso che si possa escludere dal novero dei soggetti sanzionabili per omessa cooperazione coloro i quali, in virtù delle proprie risposte, potrebbero rivelare informazioni *contra se*. In questo senso, ad avviso della Consulta, potrebbe deporre la clausola – contenuta in entrambi gli atti succedutisi – per cui le sanzioni discusse dovrebbero essere disposte in conformità con l’ordinamento nazionale: locuzione da cui la Corte costituzionale deriverebbe la possibilità di tutelare i più elevati standard garantistici nazionali. Se questa fosse la risposta, la declaratoria di illegittimità costituzionale sarebbe possibile senza derivarne alcuna conseguenza quanto all’omesso rispetto dei vincoli europei.

In secondo luogo – e in caso di una risposta di segno contrario – si dubita che eventuali obblighi di sanzione nei confronti dei soggetti sottoposti a procedimento dinanzi all’autorità amministrativa per illeciti sostanzialmente penali possano essere compatibili con lo *ius tacendi*, che si ritiene tutelato dagli artt. 47 e 48 CdfUE, nonché ricavabile come principio generale inferibile dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

### 3. Il diritto al silenzio nelle fonti nazionali e sovranazionali.

Il diritto al silenzio, attorno al quale gravitavano le questioni poste dalla Consulta e su cui la Corte lussemburghese si è pronunciata, costituisce un canone «ormai definitivamente acquisito dalla civiltà giuridica occidentale»<sup>29</sup>, che – a partire dalla storica consacrazione nel V emendamento della Costituzione statunitense nel 1791 – si è affermato anche in tutti gli ordinamenti giuridici europei, di cui riflette una scelta assiologica irrinunciabile<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 10

<sup>29</sup> P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 1080.

<sup>30</sup> G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 21; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 9.

Pur a fronte di un condiviso e radicato riconoscimento dello *ius tacendi*, soltanto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 si rinviene un'espressa consacrazione di questo diritto: l'art. 14, par. 3, lett. g) del citato Patto prevede infatti che a ciascun individuo accusato di un reato è assicurata la garanzia di non essere costretto a deporre *contra se* o a confessarsi colpevole.

A livello continentale, un'esplicita affermazione del principio difetta tanto nella CEDU, quanto nella CdfUE e, del resto, anche alcune Carte costituzionali – come accade per quella italiana – presentano un *deficit* sotto questo profilo: mancanza che, tuttavia, non si traduce affatto in una rinuncia alla tutela del *nemo tenetur se detegere*, in virtù dell'opera esegetica della giurisprudenza, sia a livello nazionale, sia nel contesto convenzionale. Alle pronunce della Corte costituzionale, così come alle sentenze della Corte Edu, occorre porre attenzione per ricostruire fondamenti e contenuti dello *ius tacendi* nella dimensione interna e continentale. Per quanto concerne la giurisprudenza del giudice del Kirchberg, si era sviluppata – prima della pronuncia in esame – nel solo contesto delle sanzioni per le imprese autrici di illeciti anticoncorrenziali, le cui peculiarità impongono qualche *caveat* derivante dal settore considerato e dalla qualità soggettiva dei destinatari delle misure in esame.

Perciò, posto che i tre “livelli” – quello nazionale, quello convenzionale, quello “comunitario” – sono coinvolti e si intersecano in questa vicenda – secondo l'ormai nota metafora del sistema reticolare<sup>31</sup> – occorre brevemente soffermarsi sui contorni che, in ciascuno di questi contesti, il diritto al silenzio assume.

Nell'ordinamento italiano, il *nemo tenetur se detegere* è ascritto al rango di essenziale corollario dell'inviolabilità del diritto di difesa, di cui all'art. 24 Cost.: sul punto, vi è unanime consenso sia nella giurisprudenza della Consulta<sup>32</sup>, sia nella dottrina che si è occupata del tema<sup>33</sup>.

Sebbene nella giurisprudenza costituzionale – maturata in prevalenza con riferimento alle disposizioni del codice di rito penale sulla capacità dell'imputato di assumere l'ufficio di testimone – non manchi la continua menzione dello *ius tacendi*, si è osservato che talvolta la Corte costituzionale non ha chiarito in modo specifico l'esatta estensione del diritto, in particolare quanto alla possibile applicazione in una dimensione ulteriore – quella c.d. reale o materiale – rispetto ai soli atti dichiarativi<sup>34</sup>. Del resto, con riferimento alla (mai del tutto ben delineata) portata del diritto al silenzio, la Corte di Cassazione ha affermato che – pur costituendo un essenziale presidio a tutela dell'imputato, al quale non può essere domandato alcun apporto conoscitivo o probatorio – non deve intendersi come una garanzia assoluta, poiché il contegno silente

<sup>31</sup> S. CONFALONIERI, *Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti*, cit., p. 131. La metafora della rete è stata efficacemente proposta da V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, p. 20.

<sup>32</sup> Corte cost., sent. 20 novembre 2002, n. 485, ECLI:IT:COST:2002:485; ord. 26 giugno 2002, n. 291, ECLI:IT:COST:2002:291; ord. 12 novembre 2002, n. 451, ECLI:IT:COST:2002:451; ord. 28 giugno 2004, n. 202, ECLI:IT:COST:2004:202.

<sup>33</sup> Per tutti, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., p. 46; P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato*, cit., p. 1083; V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 81.

<sup>34</sup> G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio*, cit., p. 147.

o reticente può essere considerato nella valutazione degli elementi a carico, alla stregua di un riscontro ulteriore rispetto a quanto già in altro modo ricostruito<sup>35</sup>.

E, proprio quanto alla latitudine del *nemo tenetur se detegere*, si pone l'essenziale questione relativa alla possibilità di dilatare l'ambito di copertura della garanzia costituzionale in esame ai procedimenti amministrativi che, pur formalmente estranei alla materia penale, sono destinati a sfociare nell'irrogazione di sanzioni in sostanza punitive. Quesito al quale la Corte costituzionale ritiene (al pari della Cassazione nell'ordinanza con cui è stata promossa la questione di legittimità) di offrire una risposta positiva, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte Edu; a questo proposito, però, in passato lo stesso giudice delle leggi aveva escluso l'incostituzionalità di una disposizione che, in materia tributaria, prevedeva una sanzione pecuniaria a carico di chi, sottoposto ad accertamenti da parte degli enti impositori, non avesse ottemperato agli inviti a comparire da parte degli stessi<sup>36</sup>.

L'attrazione del diritto al silenzio nell'alveo dell'art. 24 Cost. offre lo spunto per una considerazione di centrale rilievo nella vicenda in esame, ovvero il fatto che tale disposizione della Costituzione è stata costantemente ritenuta dal giudice delle leggi come appartenente a quel novero di principi fondamentali e diritti irrinunciabili per l'ordinamento nazionale: proprio l'art. 24 Cost. ha assunto, in due notissime pronunce<sup>37</sup>, le vesti del controlimit<sup>38</sup>, a presidio di un elemento assiologico ritenuto imprescindibile. Sebbene poi il dialogo tra le Corti abbia, almeno nella vicenda qui in esame, sortito esiti pienamente positivi, è evidente che lo stesso richiamo a quelle sentenze abbia costituito, già *ictu oculi*, il segnale di una netta presa di posizione da parte della Consulta quanto all'irrinunciabilità del diritto al silenzio nell'ordinamento nazionale.

Nel panorama costituzionale italiano non mancano tuttavia ulteriori disposizioni della Carta fondamentale di cui il diritto al silenzio possa ritenersi corollario. In primo luogo, la presunzione di non colpevolezza – consacrata dall'art. 27, co. 2, Cost. – delinea un modo di strutturare l'attività di raccolta degli elementi a carico dell'accusato che si

<sup>35</sup> Cass. Pen., sent. 12 febbraio 2020, n. 16036/20, in *DeJure*. Il Supremo Collegio afferma che il giudice non solo non può ricavare dal silenzio dell'imputato prova della di lui colpevolezza, ma neppure può negare benefici quali la sospensione condizionale o la non menzione della condanna nel casellario penale per il solo fatto che sia stato esercitato lo *ius tacendi* (Cass. Pen., 17 gennaio 2020, n. 17232/20; 14 settembre 2017, n. 57703/17, entrambe in *DeJure*).

<sup>36</sup> Corte cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 33, ECLI:IT:COST:2002:33, richiamata da G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio*, cit., p. 147.

<sup>37</sup> Corte cost., sent. 2 febbraio 1982, n. 18, ECLI:IT:COST:1982:18 e 22 ottobre 2014, n. 238, ECLI:IT:COST:2014:238. Peraltro, anche nella sentenza Corte cost., sent. 21 aprile 1989, n. 232, ECLI:IT:COST:1989:232 (nota come sentenza *Fragd*) la Consulta aveva evocato la frizione tra il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e la giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva stabilito, nel caso di specie, l'invalidità di taluni atti sottoposti al proprio giudizio, ma, in virtù della possibilità di modulare gli effetti delle proprie pronunce, aveva escluso che l'invalidità operasse già nella fattispecie concreta.

<sup>38</sup> Sui controlimiti, specie all'esito del celebre *affaire Taricco*, la letteratura giuridica è assai ampia, basti qui richiamare, per tutti, C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018. Si ricordi che il termine è stato coniato da autorevole dottrina già a fine anni Sessanta (BARILE P., *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. VI, Firenze, 1969, p. 48) ed è ormai impiegato anche dalla Corte costituzionale (per tutte, v. Corte cost., sent. 238/2014, cit., pt. 3.2).

impernia sull'attribuzione dell'*onus probandi* all'autorità pubblica e sull'assenza di qualsivoglia obbligo di cooperazione in capo al soggetto interessato<sup>39</sup>. Ancora, l'art. 111 Cost., nella sua formulazione attuale, ricorda che canone essenziale della giurisdizione è il giusto processo, il quale impone, *inter alia*, che l'accusato e l'accusatore operino in un contesto di parità, senza che il primo possa essere indotto – se non addirittura costretto – a rivelare al secondo elementi dai quali possa desumersi una propria responsabilità<sup>40</sup>.

Inoltre, l'intensa tutela apprestata dalla Costituzione alla libertà personale – intesa come prerogativa individuale di determinarsi senza subire coazioni esterne – si pone come ulteriore perno fondativo del diritto al silenzio, da intendersi, in quest'ulteriore accezione, come necessaria estrinsecazione dell'art. 13 Cost.<sup>41</sup>.

Il richiamo agli ulteriori canoni costituzionali sin qui evocati sembra evidenziare la centralità dello *ius tacendi* in qualsiasi tipologia di procedimento – sia esso amministrativo o giudiziario – cui sia sottesa la realizzazione di un interesse pubblicistico: del resto, è autorevole insegnamento quello secondo cui il principio personalistico impone di considerare che «non l'uomo è in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in funzione dell'uomo, nel senso che suo fine è di assicurare lo svolgimento della persona umana»<sup>42</sup>. Ciò induce a ritenere che un accusato non può essere mai «considerato quale depositario di una verità da carpire a ogni costo [bensì] è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo»<sup>43</sup>.

Quanto al contesto convenzionale, il *nemo tenetur se detegere* ha trovato ampio risalto nella giurisprudenza della Corte Edu, alla quale si deve la consacrazione del diritto al silenzio in assenza di un'esplicita configurazione nella CEDU. Secondo il giudice di Strasburgo, il privilegio contro l'autoincriminazione trova fondamento non soltanto nella presunzione d'innocenza, ma – in modo più significativo – nel principio del giusto processo, di cui all'art. 6 CEDU<sup>44</sup>. Anzi, il diritto al silenzio costituisce, della *fairness* processuale, uno degli elementi cruciali, come la Corte Edu ha avuto modo di precisare in diverse occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sullo *ius tacendi*<sup>45</sup>.

Sebbene la Corte Edu abbia continuamente posto l'accento sull'importanza del *nemo tenetur se detegere*, si può riscontrare, a dispetto del «solenne proclama riscontrabile in numerose decisioni»<sup>46</sup>, qualche elemento di incoerenza<sup>47</sup> nella giurisprudenza in

<sup>39</sup> G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative*, cit., p. 63 e ulteriore dottrina ivi citata.

<sup>40</sup> O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 63; P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato*, cit., p. 1083.

<sup>41</sup> P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato*, cit., p. 1082.

<sup>42</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, p. 146.

<sup>43</sup> G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 193.

<sup>44</sup> Da ultimo, v. Corte Edu, sent. 13 settembre 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, *Ibrahim e a c. Regno Unito*, CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, pt. 252.

<sup>45</sup> Corte Edu, sent. 25 febbraio 1993, ric. n. 10588/83, *Funke c. Francia*, CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, pt. 44; sent. 8 febbraio 1996, ric. 18731/91, *Murray c. Regno Unito*, CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, pt. 45; sent. 29 giugno 2007, ric. n. 15809/02, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, pt. 45; sent. 5 aprile 2012, ric. n. 11663/04, *Chambaz c. Svizzera*, pt. 52.

<sup>46</sup> V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 251.

<sup>47</sup> G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio*, cit., p. 141, ritiene la giurisprudenza «non troppo

materia, in particolare legata al fatto che il privilegio contro l'autoincriminazione non costituirebbe una garanzia di carattere assoluto, ma – ad alcune condizioni – sarebbero legittime alcune forme di sollecitazione, da parte dell'autorità pubblica, nei confronti del soggetto accusato affinché questi possa rivelare elementi a proprio svantaggio.

A questo proposito, si suole richiamare la distinzione, introdotta nella sentenza *Murray c. Regno Unito*<sup>48</sup> e poi progressivamente consolidata, tra ipotesi di coercizione propria e impropria: soltanto le forme coattive riconducibili alla seconda categoria costituirebbero una violazione dell'art. 6 CEDU. In particolare, secondo la più recente giurisprudenza della Corte Edu<sup>49</sup>, si verificherebbe una *improper compulsion* in tre fattispecie, ovvero (i) l'obbligo di rendere dichiarazioni sotto l'obbligo di sanzioni, (ii) l'esercizio di pressioni fisiche o psichiche, spesso intese in correlazione ai trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU e (iii) l'impiego di strumenti decettivi o ingannatori per carpire dall'accusato informazioni altrimenti non rivelate.

Anche nella giurisprudenza relativa alla produzione di elementi di prova reali<sup>50</sup>, la Corte Edu – in modo ritenuto, pur in questo caso, non del tutto lineare e coerente<sup>51</sup> – ha affermato che non è preclusa la possibilità, per gli ordinamenti nazionali, di prevedere mezzi di prova o di ricerca della prova che si connotino per l'impiego della coercizione nei confronti dell'accusato: tra questi, si ricordano i prelievi di materiale biologico, come per i test del DNA o per gli accertamenti circa l'assunzione di sostanze psicotrope<sup>52</sup>.

Il diritto al silenzio, nei termini sanciti dalla giurisprudenza – seppur intrinsecamente legata al caso concreto e, fors'anche per questo, non del tutto coerente – della Corte Edu, si estende a tutti quei procedimenti cui si applica l'art. 6 CEDU. Secondo la nota concezione sostanzialistica della nozione di illecito penale, inaugurata dalla celebre sentenza *Engel c. Paesi Bassi*<sup>53</sup>, il *nemo tenetur se detegere* deve quindi ampliare il proprio spettro applicativo oltre il perimetro del processo penale, per ricomprendervi tutte quelle procedure che possono concludersi con l'irrogazione di una sanzione *in*

---

coerente”.

<sup>48</sup> Corte Edu, sent. *Murray c. Regno Unito*, cit., pt. 48 ss.

<sup>49</sup> Corte Edu, sent. *Ibrahim c. Regno Unito*, cit., pt. 267 ss. Per una complessiva ricostruzione delle tre ipotesi e ulteriori riferimenti a precedenti pronunce della Corte, v. V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, p. 252.

<sup>50</sup> Riguardano questo specifico aspetto alcune pronunce tra cui Corte Edu, sent. *Funke c. Francia*, cit., pt. 44 o Corte Edu, sent. 17 dicembre 1996, ric. 19187/91, *Saunders c. Regno Unito*, CE:ECHR:1996:1217JUD001918791. In quest'ultima sentenza, la Corte ha rilevato che il *nemo tenetur se detegere* non sia estensibile alle ipotesi in cui la prova da raccogliere esista indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo, come nel caso di campioni di sangue o urina, che possano essere acquisiti in forza di un regolare mandato. Diversamente, nella successiva pronuncia Corte Edu, sent. *Chambaz c. Svizzera*, cit., i giudici di Strasburgo hanno esteso la garanzia in esame all'esibizione di documenti in caso di procedimenti di carattere amministrativo-tributario.

<sup>51</sup> V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 252.

<sup>52</sup> G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio*, cit., p. 146; V. ZACCHÉ, *Nemo tenetur se detegere vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1615.

<sup>53</sup> Corte Edu, sent. 8 giugno 1976, ric. 5100/71, *Engel c. Paesi Bassi*, CE:ECHR:1976:0608JUD000510071. Per un approfondimento relativo alla rivoluzione che i criteri Engel hanno prodotto, v. V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988.

*substantia* penale. In questo senso, si rinvencono già sentenze della Corte Edu in cui lo *ius tacendi*, rispetto alla prova tanto dichiarativa, quanto materiale, è stato riconosciuto come garanzia operante anche in procedimenti amministrativi o tributari: così è accaduto per gli accertamenti condotti dall'amministrazione delle dogane<sup>54</sup>, dalle autorità fiscali<sup>55</sup>, dalle commissioni parlamentari d'inchiesta<sup>56</sup>.

Per quanto concerne il diritto dell'Unione europea, l'indagine dei contenuti e della latitudine applicativa del *nemo tenetur se detegere* impone di considerare da un lato il diritto positivo – in particolare, gli artt. 47, par. 2 e 48 CdfUE nonché la direttiva (UE) 2016/343<sup>57</sup> sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza –, dall'altro la giurisprudenza della Corte di giustizia maturata, come già accennato, con riferimento agli illeciti anticompetitivi sanzionati dalla Commissione.

Quanto al primo aspetto, si può osservare che nella Carta dei diritti fondamentali – al pari di quanto detto per la CEDU – difetta un'esplicita affermazione della garanzia in esame; tuttavia, gli artt. 47, par. 2 e 48 CdfUE consacrano il diritto al *fair trial* (art. 47 CdfUE), così come la presunzione d'innocenza (art. 48, par. 1) e il diritto di difesa (par. 2), nel cui alveo si innesta, solitamente, il presidio offerto dallo *ius tacendi*.

E che il privilegio contro l'autoincriminazione possa rientrare nel più generale contesto degli artt. 47 e 48 CdfUE – prima ancora dell'avallo che ha fornito la Corte di giustizia nella sentenza in esame – lo conferma la lettura delle Spiegazioni relative a tali disposizioni, da cui si evince come i diritti ivi garantiti vadano intesi come aventi, alla luce dell'art. 52, par. 3, CdfUE, significato e portata identici a quelli delineati all'art. 6 CEDU: la clausola di omogeneità suggerisce dunque che gli artt. 47 e 48 CdfUE comprendano anche la tutela del diritto al silenzio.

Un ulteriore spunto in questa direzione si ricava dalla già richiamata direttiva del 2016, la quale costituisce, secondo la tabella di marcia adottata dal Consiglio nel 2009<sup>58</sup>, uno degli strumenti attraverso cui viene data concreta attuazione agli artt. 47 e 48 CdfUE e che contiene un'espressa affermazione dello *ius tacendi*. Attraverso questo atto di diritto derivato, il legislatore europeo ha inteso promuovere un rafforzamento di alcune garanzie proprie del procedimento penale, entro cui si collocano – nel più generale perimetro della presunzione di innocenza – il diritto al silenzio e a non autoincriminarsi (art. 7, direttiva (UE) 2016/343).

La direttiva, tuttavia, non manca di qualche «passaggio meno limpido»<sup>59</sup>, frutto della delicatezza della materia e, come sovente accade quando gli atti di diritto derivato incidono sul procedimento o sul diritto penale, dell'esigenza di evitare dell'esigenza di

<sup>54</sup> Corte Edu, sent. *Funke c. Francia*, cit.

<sup>55</sup> Corte Edu, sent. *Chambaz c. Svizzera*, cit.,

<sup>56</sup> Corte Edu, sent. 19 marzo 2015, ric. nn. 7494/11, 7493/11, 7989/11, *Corbet e a. c. Francia*, CE:ECHR:2015:0319JUD000749411.

<sup>57</sup> In *GUUE*, 11 marzo 2016, L 65, p. 1. Per un'analisi, v. S. LAMBERIGTS, *The Directive on the Presumption of Innocence*, in *EU Crim*, 1/2016, p. 36; M.L. VILLAMARIN LÓPEZ, *The presumption of innocence in Directive 2016/343/EU of 9 March 2016*, in *ERA Forum*, 3/2017, p. 335.

<sup>58</sup> Pubblicata in *GUUE*, 4 dicembre 2009, C 295, p. 1.

<sup>59</sup> V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 254.

provvedere a forme di armonizzazione non invasive rispetto alla legislazione degli Stati membri<sup>60</sup>.

Nel testo dell'art. 7, declinato in sei paragrafi, all'affermazione del diritto al silenzio e di non autoincriminarsi rispetto al capo d'accusa formulato (parr. 1 e 2) segue la previsione (par. 3) per cui a ciò non osta che le autorità giudiziarie possano raccogliere elementi di prova esistenti «indipendentemente dalla volontà» dell'interessato, in ossequio a specifiche disposizioni normative. Si fa riferimento a quegli strumenti che, nei codici di rito, consentono di acquisire risultanze probatorie, specie di carattere reale, anche senza la disponibilità dell'accusato: la legittimità di questi strumenti, pur oggetto di discussione in dottrina, è stata ritenuta legittima anche dalla Corte Edu.

I parr. 4 e 5 disciplinano la rilevanza che l'autorità giudicante può attribuire all'esercizio del diritto al silenzio: se da un lato si può valorizzare a favore del reo il comportamento collaborativo, dall'altro lato si afferma che non si può impiegare la condotta silente ai fini di dimostrare la responsabilità dell'accusato.

Alcuni spunti si traggono dalla lettura della motivazione posta in esordio alla direttiva<sup>61</sup>. Seppur non vincolanti, le indicazioni ivi collocate costituiscono uno strumento utile per interpretare il testo dell'articolato, in cui invece si declinano gli obblighi gravanti sui destinatari dell'atto. In questo caso, i considerando suggeriscono che l'ambito applicativo, in senso oggettivo, delle garanzie vada ristretto ai soli procedimenti penali, con esclusione degli accertamenti amministrativi, ancorché suscettibili di definirsi con l'irrogazione di una sanzione: tra questi, si annoverano proprio le procedure relative ai «servizi finanziari» (considerando n. 11). Tuttavia, con un'apposita clausola di salvezza, si ricorda che la nozione di procedimento penale va intesa alla luce della giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di giustizia: quest'ultima, del resto, sin dalla sentenza *Bonda*<sup>62</sup> ha condiviso l'orientamento sostanzialistico quanto alla qualificazione di un illecito (e, di conseguenza, della procedura di accertamento) come penale.

Quanto ai destinatari del diritto in esame, i considerando nn. 12 e 13 affermano che, *ratione personae*, le garanzie dettate dalla direttiva si intendono applicabili alle sole persone fisiche, in quanto rispetto agli enti la declinazione di queste tutele avverrebbe in termini differenti.

I considerando nn. 24 e seguenti, riferiti nello specifico al diritto al silenzio e a non autoincriminarsi, ribadiscono nella sostanza quanto l'art. 7 indica in modo vincolante, con la precisazione che la violazione del *nemo tenetur se detegere* andrebbe ravvisata sulla base degli orientamenti della Corte Edu (considerando n. 27).

Per quel che concerne la giurisprudenza della Corte di giustizia, come ravvisato in dottrina e confermato dall'avvocato generale nelle proprie conclusioni nel caso in esame, le sole pronunce che si sono soffermate sullo *ius tacendi* attengono ai

<sup>60</sup> Sul punto, v. le interessanti riflessioni di H. NOWELL-SMITH, *Behind the Scenes in the Negotiation of EU Criminal Justice Legislation*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2012, p. 381

<sup>61</sup> Sull'obbligo e sulla funzione della motivazione degli atti di diritto derivato dell'Unione europea, v. A. MAFFEO, [L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea](#), in *Federalismi*, 31 gennaio 2018.

<sup>62</sup> Corte giust., sent. 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*, ECLI:EU:C:2012:319, pt. 37.

procedimenti sanzionatori condotti dalla Commissione per gli illeciti *antitrust*. Come noto, alla luce del regolamento (CE) n. 1/2003<sup>63</sup>, l'istituzione guardiana dei trattati può avviare, nei confronti delle imprese, accertamenti volti a reprimere le violazioni dei divieti imposti dagli artt. 101 e 102 TFUE, in particolare attraverso l'irrogazione di ammende, delle quali la Corte di giustizia<sup>64</sup> – contrariamente alla Corte Edu<sup>65</sup> – ha negato la natura sostanzialmente penale, in virtù dell'espressa negazione di tale contrassegno da parte dello stesso art. 23, par. 5, regolamento (CE) n. 1/2003.

In questi procedimenti, ai sensi degli artt. 18 ss. regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione può richiedere informazioni alle imprese e procedere ad accertamenti anche nei locali dell'impresa: in entrambi i casi, i destinatari delle domande e delle verifiche sono obbligate a fornire la propria cooperazione (art. 20, par. 4, regolamento (CE) n. 1/2003) e, ai sensi del successivo art. 23, possono essere sanzionati nel caso in cui si sottraggano a tali adempimenti.

Invero, il delicato bilanciamento tra le previsioni che rendono obbligatoria la cooperazione – anche con rischi di autoincriminazione – e la tutela del diritto di difesa ha formato oggetto di non poche pronunce della Corte di giustizia, tra cui si suole ricordare, come vero e proprio *leading case*, la sentenza *Orkem*<sup>66</sup>.

Il giudice del Kirchberg ha osservato che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento che possa concludersi con l'irrogazione di sanzioni (ivi incluse ammende pecuniarie) costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione europea, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa. Perciò, per quanto gli artt. 18 ss. regolamento (CE) n. 1/2003 (al pari delle disposizioni, di analogo tenore, contenute nel regolamento 17/62<sup>67</sup> previgente) legittimino la Commissione a richiedere informazioni e documenti anche all'impresa sottoposta al procedimento, tali obblighi non possono tramutarsi in sollecitazioni volte a far «ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla

<sup>63</sup> In *GUCE*, 4 gennaio 2003, L 1, p. 1.

<sup>64</sup> Corte giust., sent. 17 giugno 2010, causa C-413/08 P, *Lafarge*, ECLI:EU:C:2010:346, pt. 75; dello stesso avviso, anche la giurisprudenza amministrativa italiana (da ultimo, TAR Lazio, sent. 20 febbraio 2020, n. 2245, in *DeJure*, pt. 13.2 e *ivi* ulteriori richiami).

<sup>65</sup> Corte Edu, sent. 27 settembre 2011, ric. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, pt. 38. Concordano sulla natura "sostanzialmente penale" anche alcuni autori, sia in Italia, sia all'estero. Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 507; M. FURSE, *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US*, Cheltenham, 2012, p. 220.

<sup>66</sup> Corte giust., sent. 18 ottobre 1989, causa C-374/87, *Orkem*, ECLI:EU:C:1989:387, pt. 35; tale pronuncia è stata poi pressoché sempre citata da ogni ulteriore sentenza che abbia trattato analoghe questioni. Si possono ricordare Trib., 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren*, ECLI:EU:T:2001:61, pt. 65; Corte giust., sent. 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, ECLI:EU:C:2006:432, pt. 42; sent. 25 gennaio 2007, causa C-407/04 P, *Dalmine c. Commissione*, EU:C:2007:53, pt. 34; sent. 24 settembre 2009, cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank AG e al. c. Commissione*, pt. 271. Sul punto, per un approfondimento, v. M. VEENBRINK, *The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, p. 119; W. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition: Law and Economic Review*, 2003, p. 567.

<sup>67</sup> In *GUCE*, 21 febbraio 1962, p. 204. Il regolamento *de quo* è stato sostituito dal più recente (CE) n. 1/2003.

Commissione»<sup>68</sup>. Di conseguenza, i quesiti rivolti non devono provocare, a carico dell'impresa che ne sia destinataria, l'ostensione di elementi idonei a dimostrare la propria infrazione dei divieti imposti dai trattati; se, al contrario, non ne può derivare un simile detrimento (talvolta si definiscono i quesiti "di mero fatto"), allora l'ente non può sottrarsi alle iniziative della Commissione. Si tratta di un approccio che non è sfuggito a qualche censura, specie alla luce della giurisprudenza della Corte Edu di cui già si è fatto cenno<sup>69</sup>.

In generale, ciò che si trae dall'analisi, pur sintetica, delle fonti – sia interne, sia sovranazionali – è la persistenza di un margine di incoerenza tra nette affermazioni di principio, relative alla natura irrinunciabile e fondamentale del diritto a non autoincriminarsi, e le declinazioni pratiche di questa garanzia, la cui compressione deriva talvolta da malcelate esigenze di effettività dei meccanismi di accertamento della responsabilità degli interessati.

#### 4. Le conclusioni dell'avvocato generale.

Prima di considerare la pronuncia della Corte di giustizia, è opportuno dar conto delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Pikamäe nell'ottobre 2020<sup>70</sup>.

L'avvocato generale, considerate ricevibili le questioni pregiudiziali, rimodella i quesiti formulati dalla Consulta – pur non alterandone la struttura e l'oggetto – e ne offre una triplice scansione<sup>71</sup>: in primo luogo, occorre verificare se il diritto al silenzio debba essere esteso ai procedimenti amministrativi come quelli che si svolgono in Italia dinanzi a Consob e destinati alla potenziale irrogazione di sanzioni penali<sup>72</sup>. L'interrogativo si sposta, quindi, sulla possibilità di interpretare le disposizioni controverse – contenute tanto nella direttiva del 2003 quanto nel regolamento del 2014 – in termini coerenti con il diritto al silenzio<sup>73</sup>. Da ultimo, l'avvocato generale ritiene doveroso soffermarsi sulla portata del diritto al silenzio, come desumibile dagli artt. 47 e 48 CdfUE<sup>74</sup>.

Nella prima parte della propria analisi, l'avvocato generale – pur rilevando che né nella CdfUE, né nella CEDU vi è alcuna consacrazione espressa del diritto al silenzio – ritiene tuttavia che la garanzia del *nemo tenetur se detegere* debba trovare applicazione, come elemento strutturale del giusto processo, in tutti i procedimenti che abbiano a oggetto una «accusa penale», secondo i già citati criteri espressi nelle sentenze *Engel* e

<sup>68</sup> Corte giust., sent. *Orkem*, cit., pt. 35.

<sup>69</sup> W. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement*, cit., p. 577 e ulteriore dottrina citata.

<sup>70</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, 27 ottobre 2020, causa C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2020:861.

<sup>71</sup> Il quesito viene di fatto rimodulato in questi termini: «se, alla luce della formulazione dell'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e dell'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, tali disposizioni *possano* essere interpretate conformemente ai diritti fondamentali e, in particolare, al diritto al silenzio, quale si desumerebbe dagli articoli 47 e 48 della Carta, ovvero se una siffatta interpretazione sia invece *contra legem*» (pt. 46).

<sup>72</sup> Conclusioni dell'avvocato generale, 27 ottobre 2020, cit., pt. 49-61.

<sup>73</sup> *Ivi*, pt. 62-84.

<sup>74</sup> *Ivi*, pt. 85-117.

Bonda. Qualora l'illecito da accertare rientri nella *matière pénale*, tutte le garanzie connesse al *fair trial* devono trovare completa, automatica applicazione e, quindi, anche il diritto al silenzio.

Ciò premesso, le conclusioni si soffermano sul secondo profilo, ovvero la possibilità che le disposizioni controverse – ovvero quelle da cui, ad avviso della Consulta, deriverebbe l'obbligo per il legislatore di sanzionare le condotte non collaborative dell'accusato – siano interpretate in modo compatibile con lo *ius tacendi*. Secondo l'avvocato generale, gli artt. 14, par. 3, direttiva 2003/6/CE e 30, par. 1, lett. b), regolamento (UE) n. 596/2014 impongono agli Stati membri di sanzionare chiunque non collabori all'attività di accertamento da parte dell'autorità amministrativa, non essendovi alcuna esplicita sottrazione, dall'ambito di applicazione *ratione personae*, per i soggetti accusati. Tuttavia, come si evidenzia in un successivo passaggio, spetta ai legislatori nazionali definire la tipologia e l'intensità delle misure punitive per la violazione dell'obbligo di cooperazione e, così, trovare il punto di equilibrio tra i vincoli imposti dalle fonti sovranazionali e i diritti fondamentali, tra cui quello – desumibile dagli stessi artt. 47 e 48 CdfUE – al silenzio. Ad avviso dell'avvocato generale, si potrebbe giungere per via interpretativa all'esclusione dell'irrogazione delle sanzioni verso gli accusati, qualora ciò derivi dall'esigenza di tutela di garanzie individuali: si deve infatti «interpretare l'obbligo di sanzionare l'omessa collaborazione con l'autorità di vigilanza conformemente al diritto al silenzio, quale si desume dagli articoli 47 e 48 della Carta, che deve essere riconosciuto ogniqualvolta un procedimento può sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura penale»<sup>75</sup>.

Tuttavia, l'avvocato prosegue rivolgendo un significativo *caveat*: lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali da impiegare ai fini dell'accennata ponderazione non è quello scandito dall'ordinamento nazionale<sup>76</sup>, bensì quello definito dall'Unione europea, poiché – come già indicato chiaramente nella sentenza *Melloni*<sup>77</sup> – il principio del primato, nonché quello dell'effettività del diritto sovranazionale, finirebbero per essere irrimediabilmente compressi. Perciò, le autorità nazionali sarebbero certo autorizzate, in virtù di quanto stabilito dalla stessa Corte di giustizia nell'accennata giurisprudenza, a elevare i propri livelli di tutela interni, ma senza che ciò possa ostacolare l'applicazione uniforme ed efficace del diritto dell'Unione europea.

Dopo aver chiarito che le disposizioni controverse possono essere interpretate in modo compatibile con il diritto al silenzio – seppur con un'inversione logica che potrebbe essere, almeno sotto il profilo argomentativo, poco lineare –, l'avvocato generale esamina la portata dello *ius tacendi* ai sensi degli artt. 47 e 48 CdfUE. Sin dalle primissime battute<sup>78</sup>, le conclusioni sembrano orientate a ritenere non estensibili alle

<sup>75</sup> *Ivi*, pt. 79.

<sup>76</sup> Come, invece, sembrerebbe evocare la Corte costituzionale al pt. 10.1. dell'ordinanza di rinvio, ad avviso della quale sia l'art. 14, direttiva 2003/6/CE, sia l'art. 30, par. 1, regolamento (UE) n. 596/2014 conterrebbero «incisi che parrebbero far salva in ogni caso la necessità di rispettare gli standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, nell'ipotesi in cui essi fossero più elevati».

<sup>77</sup> Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

<sup>78</sup> Conclusioni dell'avvocato generale, 27 ottobre 2020, cit., pt. 86 e 88-96.

persone fisiche gli approdi cui la Corte di giustizia era giunta nelle proprie pronunce relative ai procedimenti *antitrust*: al contrario, in forza della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, CdfUE, lo sguardo viene rivolto alla giurisprudenza della Corte Edu. Il giudice di Strasburgo, al contrario di quello lussemburghese, si è sempre e solo occupato di scrutinare l'applicazione dello *ius tacendi* nei confronti delle persone fisiche e, per questa ragione, l'avvocato generale considera questo il proprio termine di riferimento per delineare il contenuto del diritto al silenzio nel sistema della tutela delle garanzie dell'Unione europea. In particolare, le conclusioni condividono l'approccio – evocato anche dalla dottrina italiana e manifestato dalla Commissione nelle proprie osservazioni nella causa in esame – secondo cui il diritto al silenzio deve intendersi connesso al rispetto della persona e alla tutela della libertà individuale, come presidio a fronte di qualsiasi coercizione da parte dell'autorità pubblica: questa considerazione giustifica quindi la più intensa tutela del *nemo tenetur se detegere* quando si riferisca alle persone fisiche.

Tuttavia, ad avviso dell'avvocato generale, il diritto al silenzio non ha una portata assoluta, ma vi sono circostanze nelle quali la richiesta di informazioni all'accusato può dirsi legittima e non abusiva: in particolare, lo *ius tacendi* esclude che possano essere posti quesiti su fatti o circostanze dalle quali possa derivare l'ammissione di colpevolezza. Al contrario, il diritto di tacere non sarebbe inficiato nella misura in cui l'autorità pubblica si limitasse a domandare elementi fattuali, inidonei a incidere sulla decisione o sulla misura della sanzione.

L'avvocato generale esclude infine che la garanzia in esame possa essere applicata in modo temperato, come suggerito dalla Commissione sulla base di una pronuncia della Corte Edu<sup>79</sup> e di alcune sentenze del Tribunale dell'Unione europea<sup>80</sup>. Il fatto stesso che il diritto al silenzio costituisca una componente nevralgica della *fairness* processuale ne postula l'irrinunciabilità nei casi in cui l'accusa formulata abbia natura penale.

In estrema sintesi, l'avvocato generale propone alla Corte di giustizia di rispondere ai quesiti pregiudiziali posti dalla Consulta nel senso che il diritto al silenzio si estende ai procedimenti volti ad accertare illeciti amministrativi sostanzialmente penali, e che le disposizioni sovranazionali considerate possono essere interpretate in termini compatibili con il diritto al silenzio, poiché non viene imposto di sanzionare i soggetti che, a causa delle loro risposte ai quesiti dell'autorità, potrebbero autoincriminarsi. La portata dello *ius tacendi* andrebbe in ogni caso mutuata dalla giurisprudenza della Corte Edu e, nello specifico, dal *dictum* di una delle più recenti pronunce del giudice di Strasburgo, ovvero *Corbet c. Francia*.

<sup>79</sup> Corte Edu, sent. 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*, pt. 43.

<sup>80</sup> Trib., sent. 13 luglio 2011, causa T-138/07, *Schindler Holding e a. / Commissione*, EU:T:2011:362, pt. 52.

## 5. La pronuncia della Corte di giustizia.

Con la sentenza del 2 febbraio 2021, la Corte di giustizia, nella sua più autorevole composizione (la Grande Sezione) ha fornito la propria risposta ai quesiti pregiudiziali.

Vi ha provveduto con una pronuncia che si apprezza per la sintetica esposizione – escluse le indicazioni di rito sul diritto applicabile e sulla vicenda, l'intero *iter* argomentativo occupa soli trenta punti – e per la chiarezza con cui viene affrontato lo snodo cruciale su cui le questioni si appuntavano, ovvero la portata applicativa del diritto al silenzio per le persone fisiche.

In linea con l'opinione espressa dall'avvocato generale, le domande poste dalla Corte costituzionale sono state ritenute pienamente ricevibili, in quanto anche il segmento del quesito relativo al regolamento (UE) n. 596/2014 (considerato inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie) sarebbe rilevante in virtù delle potenziali ricadute derivanti dalla dichiarazione di illegittimità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, tutt'oggi disposizione attraverso la quale l'Italia dà attuazione ai vincoli sovranazionali e che sarebbe passibile, da parte della Consulta, di una declaratoria di illegittimità, i cui effetti sarebbero prodotti anche rispetto all'attuazione degli obblighi imposti dall'attuale regolamento<sup>81</sup>.

Per quanto concerne l'esame del merito, la Corte di giustizia – diversamente dall'avvocato generale – non procede ad alcuna rimodulazione dei quesiti e segue, nell'esame degli stessi, l'ordine con cui il giudice del rinvio li aveva posti, pur operandone un esame congiunto, derivante dall'insuperabile connessione tra le due questioni.

Il primo snodo argomentativo è dedicato dalla Corte lussemburghese all'identificazione delle disposizioni nelle quali, nell'ordinamento dell'Unione europea, si possa ritenere cristallizzato il diritto al silenzio, ovvero gli artt. 47, par. 2 (il diritto al giusto processo) e 48 CdfUE (la presunzione d'innocenza). Queste due previsioni della Carta – come si apprende dalla lettura delle Spiegazioni ad esse relative – assumono, in forza della clausola di omogeneità dettata dall'art. 52, par. 3, CdfUE, un significato corrispondente all'art. 6, parr. 1-3, CEDU, disposizioni nel cui alveo la Corte Edu ha collocato, in via interpretativa, come ricordato, il riconoscimento e la tutela dello *ius tacendi*. Pur ribadita la (nota) l'estraneità della CEDU all'ordinamento "comunitario", è a quest'ultima che la Corte di giustizia guarda quando è chiamata a pronunciarsi in tema di diritti fondamentali: una correlazione che opera sia nel caso in cui si ricostruisca una garanzia individuale come principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea, sia qualora occorra dare consistenza interpretativa a una disposizione della Carta<sup>82</sup>.

Vi è, però, un'importante precisazione: quello identificato dalla CEDU (e dalla giurisprudenza di Strasburgo) è il livello minimo di tutela dei diritti fondamentali,

<sup>81</sup> Corte giust., sent. *Consob*, cit., pt. 28-33.

<sup>82</sup> Sulla rilevanza e il valore della CEDU nell'ordinamento giuridico dell'Unione dopo Lisbona, anche alla luce della clausola di omogeneità di cui nel testo, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. AMALFITANO, *General Principles of EU law and the protection of fundamental rights*, Cheltenham, 2018, spec. il capitolo secondo.

potendo la Corte di giustizia elevare lo *standard* di protezione rispetto a quanto già previsto in sede convenzionale.

Premesse queste considerazioni di ordine generale, il successivo passaggio è rappresentato dall'affermazione del diritto al silenzio, di cui la Corte di giustizia condivide la collocazione «al centro della nozione di equo processo»<sup>83</sup> e che s'impenna su un fondamento assiologico imprescindibile, ovvero tutelare la libera determinazione dell'accusato. Da questo presupposto, deriva il ripudio di qualsiasi forma di coercizione e, così, si scongiura il rischio che le risultanze istruttorie nei procedimenti siano inquinate dall'esercizio di indebite coazioni verso l'imputato stesso. In quest'ottica, quindi, il diritto al silenzio risulta violato qualora un soggetto sottoposto a indagini o a processo sia minacciato dalla possibile irrogazione di sanzioni nel caso in cui si rifiuti di deporre, con il rischio che – ove voglia sottrarsi a questa misura – sia così costretto a offrire un contributo dichiarativo. E, come bene precisa la Corte di giustizia, la portata dello *ius tacendi* non può limitarsi alla confessione di illeciti o dall'ammissione di elementi dai quali possa inferirsi un diretto coinvolgimento o responsabilità dell'accusato nei fatti da accertare, ma deve estendersi a tutte le questioni di mero fatto, le cui risposte potrebbero essere impiegate dall'accusa per pronunciare la condanna dell'imputato o giustificare la sanzione. Si sottolinea poi, in linea con quanto già la Consulta aveva affermato, che il diritto in esame non consente all'accusato di sottrarsi *tout court* alle attività dell'autorità inquirente: egli deve quindi sottoporsi alle audizioni richieste – ferma la garanzia del silenzio nei termini di cui s'è detto – e non può tenere comportamenti dilatori al fine di sottrarsi agli adempimenti necessari. In questi casi, l'impiego di forme coattive o sanzionatorie deve dunque ritenersi ammissibile.

Dopo aver riconosciuto i fondamenti e la portata del diritto al silenzio, la Corte di giustizia esamina la possibilità di estendere la garanzia *de qua* oltre i suoi tradizionali confini, ovvero il procedimento penale. In questo senso, dopo aver richiamato i criteri sostanzialistici impiegati per qualificare la natura di un illecito, il giudice lussemburghese conclude nel senso che, pur fatta salva ogni valutazione da parte del giudice nazionale, alle violazioni (e relative sanzioni) di cui Consob si occupa si deve riconoscere natura penale, in ragione tanto della finalità repressiva, quanto dell'elevato grado di severità delle misure irrogabili verso gli interessati.

Ma v'è di più. Dopo aver chiarito che lo *ius tacendi* deve essere riconosciuto in procedimenti amministrativi a definizione “punitiva”, la sentenza precisa che, pur escludendosi in astratto il carattere penale dell'illecito *de quo*, il diritto al silenzio dev'essere garantito in tutti quei casi in cui gli elementi raccolti all'autorità procedente siano suscettibili di essere impiegati in sede penale. Perciò, qualora in un accertamento di stampo meramente amministrativo sia possibile esigere dall'interessato un proprio contributo collaborativo anche *contra se*, ma gli elementi siano suscettibili astrattamente di essere impiegati in un procedimento penale, si imporrebbe in ogni caso, già dinanzi alla prima autorità, il rispetto del diritto al silenzio<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Corte giust., sent. Consob, cit., pt. 38.

<sup>84</sup> Corte giust., sent. Consob, cit., pt. 44.

La *summa* di queste premesse è condensata nel punto 45 della sentenza: sia l'Unione europea, sia gli Stati membri debbono rispettare il diritto al silenzio, come sancito dalla Carta, e dev'essere garantito all'accusato in ogni procedura che possa concludersi con l'irrogazione di una misura sostanzialmente punitiva o le cui risultanze possano essere impiegate in un procedimento penale.

Il successivo aspetto che la Corte di giustizia considera è il rapporto tra il *nemo tenetur se detegere* come sin qui ricostruito e la propria – già richiamata – giurisprudenza maturata nel contenzioso derivante dall'irrogazione, da parte della Commissione, di ammende alle imprese per violazione dei divieti *antitrust*. Con una fondamentale operazione di *distinguishing*, già suggerita dall'avvocato generale, la sentenza esclude che i principi espressi in quel filone giurisprudenziale possano essere applicati anche alle persone fisiche. Invero, l'*iter* argomentativo pecca – e, ad avviso di chi scrive, è forse l'unico neo della pronuncia – per sintesi, poiché la Corte di giustizia si limita ad affermare che quella giurisprudenza non è analogicamente applicabile alla vicenda in esame, senza tuttavia approfondire le ragioni fondative dell'eterogenea declinazione dello *ius tacendi* per le persone fisiche e per quelle giuridiche.

Ricostruiti in questi termini il diritto al silenzio per gli individui, la Corte di giustizia si sofferma ad esaminare l'esegesi da assegnare alle disposizioni controverse, oggetto dei quesiti pregiudiziali.

Essa muove da una considerazione di fondo – ben radicata nella giurisprudenza lussemburghese – per cui lo scrutinio delle norme di diritto derivato viene effettuato in modo da preservarne, attraverso un'attenta ricostruzione interpretativa, la validità<sup>85</sup>. Operazione che, in questa fattispecie, consiste nella verifica della compatibilità delle due norme in esame con il diritto fondamentale al silenzio consacrato dalla Carta. In questo senso, la Corte di giustizia sottolinea due profili alla luce dei quali lo sforzo dell'interprete può condurre all'esito favorevole alla validità dei due atti. In primo luogo, nel preambolo tanto della direttiva 2003/6/CE quanto del regolamento (UE) n. 596/2014 si riconosce che tali testi normativi rispettano i diritti fondamentali. Inoltre, le disposizioni censurate richiedono che sia sanzionato chiunque ometta di collaborare con le autorità incaricate di accertare le condotte abusive sui mercati: se è vero che non è *per tabulas* prevista un'esclusione per i casi in cui il soggetto chiamato a cooperare sia l'accusato stesso, è altrettanto innegabile che nessun indice testuale impone che anche costoro siano sottoposti ad un obbligo di deposizione. Di queste norme è possibile, ad avviso della Corte di giustizia, fornire un'interpretazione coerente con la tutela del diritto al silenzio: la collaborazione con le autorità è imposta a chiunque, ivi incluso il soggetto sottoposto ad accertamenti, ma quest'ultimo è (e deve essere) sottratto a qualsiasi sanzione per la propria scelta di tacere quegli elementi conoscitivi che potrebbero comportare, anche solo astrattamente, un detrimento per la propria posizione.

---

<sup>85</sup> Si tratta di un orientamento assolutamente consolidato nella giurisprudenza della Corte: di recente, v. Corte giust., sent. 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17, C-78/17, *M. e a.*, ECLI:EU:C:2019:403, pt. 77 e ulteriori sentenze ivi richiamate.

Nella misura in cui è possibile fornire un'interpretazione di questo tipo, ogni dubbio di validità risulta superato, a favore della piena compatibilità della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 con gli artt. 47 e 48 CdUE.

L'impianto motivazionale della Corte di giustizia si chiude con un'ultima precisazione. Qualora gli Stati membri siano chiamati all'adempimento di obblighi loro imposti dal diritto derivato – ciò accade sia nel caso della trasposizione di una direttiva, sia nell'ipotesi di un regolamento che rinvii egualmente al legislatore nazionale l'adozione di misure attuative – essi debbono impiegare il potere discrezionale loro accordato in modo conforme ai diritti fondamentali. Sono perciò le autorità nazionali a dover garantire che gli accusati in un procedimento volto ad accertare un'accusa (sostanzialmente) penale siano destinatari di adeguata tutela quanto al diritto di tacere.

## 6. Alcune considerazioni conclusive.

La sentenza in esame offre numerosi spunti d'interesse in relazione a tutti quegli aspetti già accennati in apertura. Dopo i travagliati trascorsi legati alla vicenda *Taricco*, costituisce un sollievo per l'interprete poter, almeno per questa volta, affermare che siano sostanzialmente tutti risolti di segno positivo.

Il primo profilo meritevole di attenzione concerne la proficuità del dialogo tra le Corti come strumento utile a definire e consolidare un diritto fondamentale nello spazio giuridico europeo. La Consulta, come ricordato in premessa, aveva evocato, pur a fronte di un'ordinanza dai contenuti assolutamente netti, la centralità dello «spirito di leale cooperazione» quale elemento imprescindibile per la progressiva affermazione di un livello omogeneo di tutela delle garanzie che tanto le Costituzioni nazionali quanto le Carte sovranazionali intendono presidiare.

La Corte di giustizia non si è lasciata sfuggire l'*assist* e, anzi, pare aver pienamente condiviso e valorizzato l'impianto argomentativo della Consulta per affermare, con chiarezza, la natura irrinunciabile dello *ius tacendi* come diritto fondamentale degli individui sottoposti ad un procedimento potenzialmente destinato a concludersi con l'irrogazione di una sanzione *in substantia* penale.

La sentenza del giudice lussemburghese si può apprezzare perché non si è limitata all'affermazione di quanto, in sostanza, la Corte costituzionale aveva chiesto di sancire. Nel pur sintetico tessuto argomentativo della pronuncia esaminata ci sono infatti alcuni passaggi che segnalano ulteriori passi avanti nella tutela del *nemo tenetur se detegere*.

In primo luogo – a differenza di qualche tentennamento segnalato dalla Corte Edu nella propria giurisprudenza – il giudice del Kirchberg sancisce che il diritto al silenzio non si limita alle sole circostanze in cui i quesiti rivolti all'individuo sottoposto al procedimento siano tesi all'ammissione della propria responsabilità, ma si estende a ogni domanda – anche vertente su profili meramente fattuali – le cui risposte potrebbero essere utilizzate a sostegno dell'accusa. In questo modo, cade quell'artificioso *discrimen* tra i quesiti di “mero fatto” – per cui era ammissibile un obbligo cooperativo – e quelli rivolti al fine di provocare l'autoincriminazione: in sostanza, all'accusato è e deve essere

riconosciuto il pieno e più ampio diritto di tacere a fronte di qualsiasi questione che possa concernere la propria posizione. Di conseguenza, per chi decida di rimanere silente, nessuna sanzione può per ciò solo essere prevista, né dal diritto derivato di fonte sovranazionale, né dal legislatore nazionale.

Piena consonanza con la Corte costituzionale si riscontra anche rispetto alla non estensione dello *ius tacendi* a comportamenti dilatori o al rifiuto di presentarsi dinanzi all'autorità che provvede agli accertamenti o alle indagini<sup>86</sup>: pertanto, è logico ritenere che tanto l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, quanto altre disposizioni previste dall'ordinamento nazionale allo scopo di sanzionare l'intralcio o l'ostacolo<sup>87</sup> delle funzioni degli organi pubblici competenti possono ritenersi, almeno sotto questo profilo, legittime. Il *nemo tenetur se detegere* opera soltanto nel momento in cui si dia inizio all'audizione, o comunque in qualsiasi fase del procedimento possa richiedersi all'accusato un proprio contributo informativo.

Altrettanto limpida è la considerazione circa l'ambito applicativo dello *ius tacendi* in base alla tipologia di procedimento. Seguendo la prospettazione della Corte costituzionale e i rilievi dell'avvocato generale, la sentenza in commento afferma che il rispetto del diritto al silenzio si impone senza alcun dubbio in presenza di un'accusa penale e, dunque, ove la sanzione abbia carattere *in substantia* penale, secondo i noti criteri *Engel*, ormai ben consolidati nella giurisprudenza lussemburghese. Circostanza che la Corte di giustizia ritiene verificarsi rispetto agli illeciti disciplinati dal TUF e oggetto degli accertamenti di Consob, sulla cui natura già si era soffermata<sup>88</sup>.

E, ancora una volta, la sentenza promuove uno sviluppo ulteriore. Siccome, in ultima istanza, la qualificazione del tipo di illecito compete all'autorità nazionale e dipende da criteri valutativi non formalistici, si potrebbe profilare, almeno in astratto, l'ipotesi di una diversa valutazione: se, infatti, si affermasse lo statuto meramente amministrativo di una sanzione (e del relativo procedimento applicativo), si potrebbe evitare l'applicazione della garanzia in esame. A questo proposito, la Corte di giustizia ha cura di precisare che lo *ius tacendi* si impone come garanzia anche in queste procedure, qualora gli elementi ivi raccolti possano poi trasmigrare in un successivo procedimento penale ed essere usati al fine di dimostrare la commissione di un reato. La sentenza in esame sviluppa uno snodo argomentativo della Consulta<sup>89</sup>, in cui si faceva cenno al rischio che la stretta interconnessione tra procedimento penale e amministrativo in

<sup>86</sup> Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 4; Corte giust., sent. *Consob*, cit., pt. 41.

<sup>87</sup> Il riferimento, in materia di diritto penale "economico", è senz'altro rivolto agli artt. 170-bis TUF e all'art. 2638 c.c., precetti sanzionatori volti a punire, peraltro con sanzione anche formalmente penale, l'ostacolo o l'impedimento delle funzioni dell'autorità di vigilanza. Per una valutazione critica quanto alla legittimità di questo tipo di reati rispetto alla teoria del bene giuridico e al principio di offensività, v. da ultimo D. FEDERICI, *L'art. 2638 c.c. dalla protezione di beni alla tutela di funzioni: prodotto del diritto penale moderno o erede dei délits obstacle?*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2735; in giurisprudenza, per una recente applicazione dell'art. 2638 c.c. e alcune riflessioni relative anche al rapporto con l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, v. *Cass. Pen.*, sent. 29 maggio 2019, n. 29377/19, in *DeJure*.

<sup>88</sup> Corte giust., sentenze 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson*, ECLI:EU:C:2018:193; causa C-596/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192.

<sup>89</sup> Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 7.1.

materia di *market abuse* potesse comportare, in caso di omessa tutela del silenzio dinanzi alla Consob, un detrimento per l'accusato dinanzi alla giurisdizione ordinaria. Invero, la Corte di giustizia sgombra il campo da qualsiasi equivoco: se dall'accertamento amministrativo si può ricavare qualsiasi elemento utile in un successivo procedimento penale, anche nel primo si deve osservare in pienezza il *nemo tenetur se detegere*. Questa precisazione, contenuta nella sentenza in esame, potrebbe fungere da strumento interpretativo ai fini di un'esegesi dell'art. 220, disp. att. c.p.p.<sup>90</sup> – norma relativa alle garanzie da applicare nei procedimenti amministrativi in cui si possano raccogliere fonti di prova impiegabili in sede processuale – più ampia di quella fornita tradizionalmente dalla Corte di Cassazione: la giurisprudenza del Supremo Collegio, facendo leva sul tenore linguistico della disposizione, ne ha sovente circoscritto l'impiego, pur a fronte di procedimenti amministrativi in cui possono essere raccolte anche dichiarazioni autoaccusatorie, poi considerate impiegabili in sede penale<sup>91</sup>.

La convinta affermazione, da parte della Corte di giustizia, dell'estensione delle garanzie individuali maturate nel (e per il) procedimento penale agli accertamenti dinanzi alle autorità amministrative abilitate a irrogare sanzioni punitive potrebbe produrre risvolti fondamentali nell'ordinamento italiano, in cui la Corte costituzionale si sta rendendo protagonista di una espansione dei principi che definiscono il «volto costituzionale»<sup>92</sup> dello *ius puniendi* verso gli illeciti sostanzialmente penali<sup>93</sup>. La sentenza in esame, infatti, prospetta come automatica e ineludibile questa osmosi delle garanzie, non essendo neppure presa in considerazione – come invece aveva fatto l'avvocato generale – la possibilità di un diverso livello di declinazione dei principi correlati al giusto processo a seconda della tipologia di procedimento e di sanzione.

Questo profilo potrebbe assumere rilevanza non soltanto dinanzi alle autorità amministrative nazionali, ma – ovviamente – anche rispetto all'attività di organismi operanti nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Se, nel corso di queste verifiche, dovessero essere sentiti gli interessati – per i quali potrebbe poi aprirsi un procedimento penale a seguito della trasmissione degli atti alle autorità nazionali – questi ultimi devono essere pienamente tutelati, quanto alla loro facoltà di tacere, qualora sottoposti ad audizione<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> A tenore del quale «quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice».

<sup>91</sup> Per un recente esempio, v. Cass. Pen., sent. 18 settembre 2018, n. 51766/18, in *DeJure*, in cui si è ritenuto che l'art. 220 disp. att. c.p.p. non ostasse all'impiego, da parte del giudice penale, di dichiarazioni rese dall'imputato nel corso di una verifica ispettiva interna a Poste italiane s.p.a., finalizzata all'individuazione di irregolarità nei servizi di cassa.

<sup>92</sup> Fortunata espressione con cui, a partire da Corte cost., sent. 14 aprile 1980, n. 50, ECLI:IT:COST:1980:50, si identificano le caratteristiche che l'illecito penale deve presentare per essere conforme al dettato costituzionale. La stessa locuzione si rinviene anche in recentissime pronunce, tra cui si può ricordare Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 222, ECLI:IT:COST:2018:222.

<sup>93</sup> Cfr. *supra*, nota n. 6.

<sup>94</sup> Si pensi al caso delle indagini di OLAF, ovvero l'Ufficio europeo per la lotta antifrode: pur svolgendo attività marcatamente amministrativa, le risultanze delle verifiche effettuate possono poi essere trasmesse all'autorità giudiziaria per l'esercizio dell'azione penale. Il regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013, che

Residua qualche considerazione, quanto alla portata applicativa della garanzia in esame, rispetto alla possibile estensione alle persone giuridiche. La Corte di giustizia – come già accennato – si è limitata ad affermare che la giurisprudenza inaugurata dal caso *Orkem* fosse caratterizzata da tratti di eterogeneità rispetto alla fattispecie in esame tali da escluderne la rilevanza applicativa. Due sono gli elementi discretivi: (i) il soggetto sottoposto a procedimento, in quanto diritto *antitrust* europeo ha per destinatarie le sole imprese e (ii) la tipologia di sanzione, in quanto le ammende irrogate dalla Commissione sono qualificate come non penali dalla Corte di giustizia, alla luce dell’espressa definizione dettata dall’art. 23, par. 5, regolamento (CE) n. 1/2003. Per quanto la sentenza in esame abbia gioco facile nel superare, *incidenter tantum*, la questione relativa alle ragioni per cui la giurisprudenza *Orkem* non possa essere applicata (del resto, il quesito pregiudiziale concerneva un individuo coinvolto in un procedimento para-penale), è in ogni caso evidente che la legittimità di obblighi collaborativi quali quelli imposti alle imprese dal regolamento (CE) n. 1/2003 potrebbe ricavarsi dall’affermazione della Corte di giustizia per cui il *nemo tenetur se detegere* non si estende agli accertamenti di carattere meramente amministrativo e inidonei ad offrire elementi rilevanti in sede penale. Infatti, sono pochi gli Stati membri che prevedono sanzioni per gli individui materialmente autori degli illeciti anticoncorrenziali<sup>95</sup> e, quand’anche costoro potessero lamentare che le autorità giudiziarie nazionali fossero agevolate, nell’accertamento della responsabilità, dagli elementi raccolti nell’istruttoria della Commissione, si potrebbe in ogni caso sottolineare che i due procedimenti riguarderebbero soggetti diversi, ovvero una persona giuridica (l’impresa) e una fisica (il manager autore del cartello o dell’abuso di posizione)<sup>96</sup>.

La Corte di giustizia potrebbe però essere sollecitata – attraverso un futuro quesito pregiudiziale – a chiarire se il *nemo tenetur se detegere* debba essere garantito alle imprese sottoposte a un procedimento (quale quello delineato in Italia dal d.lgs. 231/2001) che abbia un intrinseco connotato penale. Alla luce di quanto indicato nella sentenza in esame – per cui l’estensione del diritto al silenzio si fonda, in sostanza, sulla matrice penalistica dell’accusa – è prospettabile l’affermazione dell’ampliamento del perimetro applicativo del diritto al silenzio.

Un secondo ordine di considerazioni attiene all’evidente condivisione, da parte della Corte di giustizia, di quello spirito di leale collaborazione che era stato evocato dalla Consulta. Quel dialogo che, nella vicenda *Taricco*, era apparso forzato e artificioso, oggi si atteggia a strumento utile per definire *standard* comuni di tutela dei diritti

---

disciplina l’azione di OLAF, si limita a prevedere, in punto di garanzie (art. 9, par. 2), che ogni persona sentita ha il diritto di non autoaccusarsi, senza tuttavia specificare, in modo ulteriore, l’ampiezza di questa garanzia (ovvero, se abbia in ogni caso il dovere di riferire, ad esempio, sui quesiti di mero fatto). La sentenza in esame può quindi essere utile a chiarire che l’interessato ha il dovere di sottoporsi all’audizione ma deve poter rimanere silente a fronte di qualsiasi quesito.

<sup>95</sup> Per una ricognizione sulle scelte sul punto, v. A. STEPHAN, *Four Key Challenges to the Successful Criminalization of Cartel Laws*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, p. 333, spec. la cartina a p. 335.

<sup>96</sup> Criterio impiegato dalla Corte di giustizia per affermare che l’irrogazione, a fronte di un medesimo fatto, di due sanzioni, l’una all’ente, l’altra ai suoi legali rappresentanti non viola il divieto di *bis in idem*: Corte giust., sent. 5 aprile 2017, cause riunite C-217/15 e C-350/15, *Baldetti e Orsi*, ECLI:EU:C:2017:264.

fondamentali nello spazio europeo comune. E ciò si apprezza non soltanto nella misura in cui a Lussemburgo si accoglie la sollecitazione ad “alzare l’asticella” verso livelli di tutela più elevati, ma anche nel passaggio in cui sentenza in esame ricorda agli Stati membri che questi debbono far impiego del margine discrezionale loro riservato nell’adempimento ai vincoli europei in modo da assicurare piena tutela dei diritti fondamentali, quale obiettivo e fondamento comune dell’azione delle istituzioni sovranazionali e interne.

La Corte di giustizia sembra – almeno nel caso di specie – abbandonare quell’approccio (manifestato icasticamente dalle sentenze *Melloni* o *Taricco*) nelle quali emergeva la necessità di ponderare la tutela dei diritti con l’esigenza di primato e effettività del diritto dell’Unione europea, per accogliere una prospettiva che pone in primo piano le garanzie dell’individuo. In questo caso, il giudice del Kirchberg ha ritenuto recessive – nemmeno di fatto evocandole – le esigenze di assicurare piena efficacia al diritto sovranazionale, a favore della piena affermazione di un diritto che lo stesso ordinamento giuridico dell’Unione europea intende presidiare e il cui *standard* di tutela viene desunto tanto dalla giurisprudenza della Corte Edu quanto (forse in modo ancor più intenso) dalle tradizioni costituzionali comuni, di cui la Consulta si era fatta interprete.

La Corte di giustizia pare altresì volersi riappropriare di quel ruolo propulsivo quanto alla tutela dei diritti fondamentali che, specie in materia penale, aveva già felicemente assunto: basti pensare al principio della retroattività della *lex mitior*<sup>97</sup>, che anche grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia si è affermato nell’ordinamento italiano<sup>98</sup>, o al canone della proporzionalità della pena *ex art. 49 CdfUE*<sup>99</sup>.

Un’ultima riflessione riguarda la verifica dell’efficacia di un sistema che si fondi, nei casi di c.d. doppia pregiudizialità, sulla paventata priorità dell’incidente di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>100</sup>. In casi come quello che ha originato la vicenda in esame, questo meccanismo ha il pregio di condurre a un risultato *erga omnes*, in quanto la dichiarazione di illegittimità costituzionale, *in parte qua*, dell’art. 187-*quinquiesdecies* TUF (ben messa in chiaro dalla Consulta come esito del proprio scrutinio) comporterà la rimozione dall’ordinamento della norma censurata e ciò eviterà in radice che possano essere irrogate sanzioni quali quelle che, nel caso in esame, furono applicate. Inoltre, è senz’altro possibile ritenere che la Corte costituzionale possa, in caso di doppia pregiudizialità, costituire il miglior interlocutore per la Corte di giustizia, essendo capace di illustrare in modo approfondito e autorevole i connotati del diritto fondamentale di volta in volta rilevante secondo l’ordinamento nazionale.

<sup>97</sup> Corte giust., sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*, ECLI:EU:C:2005:270.

<sup>98</sup> Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 236, ECLI:IT:COST:2011:236, spec. pt. 11.

<sup>99</sup> Corte giust., sent. *Garlsson*, cit. e *Di Puma*, cit.

<sup>100</sup> Il temperamento progressivo dell’*obiter dictum* della sentenza 269/2017 è evidente anche nell’ordinanza di rinvio della Consulta, in cui si specifica che resta fermo il dovere dei giudici di merito «ricorrendone i presupposti, di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 2).

Si tratta, tuttavia, di un modello rispetto al quale la Corte di Cassazione – pur uniformandosi – aveva avanzato qualche dubbio e, proprio per questo, aveva richiesto alla Consulta di fornire gli opportuni chiarimenti al giudice comune, al quale si prospettino, come alternative, il rinvio pregiudiziale o l'incidente di costituzionalità.

Appare tuttavia evidente che, in casi come quello in esame, il medesimo risultato avrebbe potuto essere raggiunto in tempi più celeri, assicurando al meglio l'effettività del diritto attribuito al singolo: la Corte di Cassazione avrebbe infatti potuto rivolgersi al giudice del Kirchberg per ottenere l'interpretazione degli artt. 47 e 48 CdfUE e, così confortata, disapplicare la norma interna che fosse risultata incompatibile con il diritto al silenzio<sup>101</sup>. In questo modo, il ricorrente – la cui sanzione era stata irrogata da Consob e confermata dalla Corte d'appello di Roma – avrebbe ottenuto in tempi ben più rapidi l'annullamento del provvedimento contestato. Perciò, sebbene la vicenda sin qui esaminata abbia condotto a un virtuoso dialogo tra Corti – il cui pregevole risultato è l'affermazione di un elevato *standard* di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo in caso di accusa penale –, è altrettanto innegabile che esso manifesta la necessità di trovare un assetto, nei rapporti tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale, che possa assicurare una tutela (anche) più tempestiva nella fattispecie concreta.

---

<sup>101</sup> C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale*, cit., p. 319.

**ALLE SEZIONI UNITE I “LIMITI TEMPORALI”  
DELLA CONFISCA “ALLARGATA”  
EX ART. 240-BIS C.P. DISPOSTA IN FASE ESECUTIVA**

Nota a [Cass., ord. 18 settembre 2020 \(dep. 9 novembre 2011\), n. 31209, Pres. Santalucia, rel. Magi, ric. Crostella e altri](#)

di Antonio Gatto

*È stata sottoposta all’esame delle Sezioni unite la questione attinente al «limite temporale» che vincola il giudice dell’esecuzione, qualora questi, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, sia chiamato a disporre la confisca «allargata» di cui all’art. 240 bis c.p. In particolare, si contrappongono due orientamenti: secondo il primo, l’ablazione disposta in fase esecutiva può avere ad oggetto solo i beni di cui il condannato aveva la disponibilità (diretta o indiretta) al momento della «emissione» della sentenza di condanna; ad avviso del contrapposto indirizzo ermeneutico, invece, occorre tener conto del momento in cui la sentenza diviene «irrevocabile». Nel contributo, dopo aver ricostruito i sistemi normativi che disciplinano la confisca «estesa» nelle distinte fasi di cognizione ed esecuzione, si illustrano i due differenti filoni giurisprudenziali, prospettando la soluzione che si ritiene maggiormente fondata alla luce di considerazioni di carattere teleologico e sistematico.*

SOMMARIO: 1. La questione sottoposta all’esame delle Sezioni unite. – 2. Le origini della confisca «per sproporzione» e la «riserva di codice». – 3. I presupposti applicativi. – 3.1. La condanna per uno dei reati sorgente. – 3.2. La sproporzione patrimonio-reddito. – 3.3. La mancata giustificazione. – 4. La confisca in fase di cognizione. – 5. La confisca in fase di esecuzione. – 6. La «linea di arresto» temporale: pronuncia o irrevocabilità della sentenza? – 7. I poteri istruttori del giudice dell’esecuzione in tema di confisca «estesa». – 8. Conclusioni.

## 1. La questione sottoposta all’esame delle Sezioni unite.

Con l’ordinanza n. 31209/2020<sup>1</sup>, la Sezione I della Suprema Corte ha rimesso alle Sezioni unite, ai sensi dell’art. 618 c.p.p., il seguente quesito di diritto: «In tema di

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 31209 del 18/09/2020 – dep. 09/11/2020, Crostella ed altri, commentata da: S. FINOCCHIARO, *Sui limiti temporali della confisca «allargata»: la parola alle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 2, p. 225 ss.; L. CAPRIELLO, *La confisca allargata e il limite temporale di operatività della misura in executivis*, in *Arch. pen.*, 2020, 3; sulla confisca «allargata»: F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240-bis c.p.)*, Milano, 2019, p. 937 ss.; G.A.R. PACILLI, *La confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992*

confisca estesa (art. 240-*bis* cod. pen.) disposta in fase esecutiva, se il potere di emettere la statuizione ablativa possa essere esercitato in riferimento ai beni esistenti, e riferibili al condannato, sino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna o se, invece, debba limitarsi a quelli esistenti al momento della emissione della indicata sentenza, salva l'esistenza in tale seconda ipotesi, di evidente reimpiego di disponibilità finanziarie esistenti al momento della emissione della sentenza».

Il quesito posto attiene, dunque, al particolare caso in cui la confisca «allargata», non adottata dal giudice della cognizione, venga disposta, dal giudice dell'esecuzione, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna per un reato-spia. Esso riguarda, in particolare, il limite temporale a cui il giudice deve attenersi nel disporre il provvedimento ablativo: il momento della pronuncia della sentenza che avrebbe dovuto disporre la confisca (secondo un orientamento) oppure il momento del passaggio in giudicato della sentenza (secondo altra opzione ermeneutica).

La questione assume evidentemente peculiare rilievo atteso che tra i due momenti (pronuncia della sentenza e data di irrevocabilità della stessa) intercorre tutto il tempo necessario all'espletamento dei giudizi di impugnazione, spesso, dunque, anni.

Occorre verificare, pertanto, se i beni confiscabili per sproporzione in fase esecutiva siano solo quelli posseduti dall'imputato, anche per interposta persona, al momento della emissione della sentenza o, se invece, siano aggredibili anche i beni acquisiti successivamente, fino al passaggio in giudicato della pronuncia, fermo restando che saranno certamente ablabili beni e utilità acquisiti dall'imputato dopo l'emissione della sentenza che definisce il giudizio di merito e fino all'irrevocabilità della sentenza, con risorse finanziarie di cui già disponeva prima della pronuncia della condanna.

Prima di addentrarsi nel merito del quesito posto al Supremo Collegio, appare opportuno operare una breve premessa in ordine all'origine della confisca «estesa», alla sua natura e all'individuazione dei presupposti applicativi.

## 2. Le origini della confisca «per sproporzione» e la «riserva di codice».

La genesi della confisca «allargata» può essere rinvenuta nel secondo comma dell'art. 12 *quinquies* D.L. 306/1992<sup>2</sup>, conv. in L. 356/1992.

---

*alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Iustitia*, 2018, 3, p. 335 ss.; F. SCUDIERO, *La confisca allargata. Caratteristiche e limiti di configurabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 10, p. 1272 ss.; G. PICCIOTTO, *La confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992*, in *Giur. merito*, 2009, 1, 3, p. 202 ss.; R. ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12-sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 2, p. 251 ss.; per un confronto con la confisca di prevenzione: A.M. MAUGERI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, [La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria \(C. cost. 24/2019\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2019, p. 90 ss.; G. LINARES – G. ANNICCHIARICO – F. MESSINA, [La confisca di prevenzione: tra finalità preventive, effetti neutralizzatori ed esigenze ripristinatorie](#), in questa *Rivista*, 11 settembre 2020.

<sup>2</sup> D.L. 8 giugno 1992, n. 306, intitolato «Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa».

La legge di conversione di detto decreto, infatti, ha introdotto nel citato articolo un'ulteriore fattispecie incriminatrice, accanto a quella già prevista dal primo comma, rappresentata dal trasferimento fraudolento di valori.

Si tratta del possesso ingiustificato di valori, che sanzionava la disponibilità di un patrimonio sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati o all'attività economica svolta da parte di chi avesse in corso un procedimento penale per alcuni specifici delitti (partecipazione ad associazione mafiosa, estorsione, ricettazione, usura, traffico illecito di sostanze stupefacenti ed altri) o fosse stato proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione.

Tale disposizione, tuttavia, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 48/1994<sup>3</sup>, per contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost.. Essa fondava, infatti, sulla qualità di indagato o di imputato il presupposto che rendeva punibile un determinato fatto – la sproporzione non giustificata fra beni posseduti e reddito – che altrimenti non sarebbe stato perseguibile. Per cui, l'indiziato o l'imputato era, solo in base a questa sua qualificazione, assoggettato a pena per una condotta che, ove posta in essere da qualunque altro soggetto, sarebbe stata penalmente irrilevante.

Con il D.L. 399/1994, conv. in L. 501/1994, preso atto della pronuncia della Consulta, il legislatore introduceva l'art. 12 *sexies* al medesimo D.L. 306/1992, disposizione che disciplina la confisca «estesa».

In particolare, rispetto alla vecchia previsione del secondo comma dell'art. 12 *quinquies*, il nuovo intervento normativo, da un lato, non prevedeva più una fattispecie di reato, ma una nuova forma di confisca, dall'altro, in ossequio a quanto disposto dalla Corte costituzionale, il presupposto soggettivo dell'ipotesi ablatoria non era più costituito dalla mera «pendenza» di un procedimento penale o di prevenzione, bensì dall'intervenuta condanna passata in giudicato per uno dei delitti-spia.

La disposizione in esame è stata più volte sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, la quale ne ha costantemente affermato la conformità ai principi della Carta fondamentale.

Particolare rilievo assume la sentenza n. 18/1996<sup>5</sup>. Secondo il giudice remittente, la confisca in esame renderebbe inoperante «lo stesso ordinario parametro di legittimità del sequestro preventivo, consistente nella immediata correlazione tra beni e reato contestato», con conseguente illegittima «aggressione giuridica» di beni protetti dall'art. 42 della Costituzione, in quanto non posti – come nelle ordinarie ipotesi di confisca – in rapporto di stretta correlazione con il reato oggetto di accertamento. La Consulta replicava che il legislatore ha «non irragionevolmente ritenuto di presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non

---

<sup>3</sup> Corte cost., n. 48 del 09/02/1994 – dep. 17/02/1994, commentata da: M. CICALA, *Possesso ingiustificato di beni: interviene la Consulta*, in *Corr. giur.*, 1994, 4, p. 450 ss.; B. SANTACROCE, *Ingiustificato possesso di valori: viene cancellata la fattispecie di reato e nasce una nuova ipotesi di confisca obbligatoria*, in *Giur. it.*, 1995, 1, I, p. 23 ss.; M.C. SPALLAROSSA, *Possesso ingiustificato di valori: cronaca di una morte annunciata*, in *Dir. prat. trib.*, 94, 3, II, p. 466 ss.

<sup>4</sup> D.L. 20 giugno 1994, n. 399, rubricato «Disposizioni urgenti in materia di confisca di valori ingiustificati».

<sup>5</sup> Corte cost., n. 18 del 22/01/1996 – dep. 29/01/1996.

possa giustificare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o alla attività economica del condannato stesso».

In altra pronuncia di declaratoria di inammissibilità, sempre in ordine all'art. 12 *sexies* D.L. 306/1992, la Corte costituzionale ha ribadito che «le evidenti peculiarità che contraddistinguono i presupposti, la struttura e la funzione della ipotesi di confisca obbligatoriamente da disporre a norma del citato art. 12-*sexies* D.L. 306/1992, valgono a configurarla come istituto profondamente diverso, per taluni anche sotto il profilo della relativa natura giuridica, dalla confisca facoltativa prevista come misura di sicurezza patrimoniale dall'art. 240, primo comma, cod. pen.»<sup>6</sup>.

Dal 1994, anno dell'introduzione dell'art. 12 *sexies* nel D.L. 306/1992, fino al 20177, la norma ha subito una serie di interventi che, conservando la struttura portante della confisca «per sproporzione», ne hanno incrementato notevolmente il novero dei delitti-sorgente.

Si giunge così al D.Lgs. 21/2018<sup>8</sup>, con il quale l'art. 12 *sexies* D.L. 306/1992, in ossequio alla prevista «riserva di codice», viene inserito, senza sostanziali ulteriori modificazioni, all'interno del codice penale, con il nuovo art. 240 *bis*.

### 3. I presupposti applicativi.

La confisca «allargata» postula tre presupposti applicativi, uno di carattere soggettivo e gli altri due di carattere oggettivo (uno positivo e uno negativo):

- a) l'intervenuto passaggio in giudicato di una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta *ex* art. 444 c.p.p. per uno dei delitti-spia, fatti salvi i limitati casi di confisca senza condanna;
- b) il possesso di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato ai fini fiscali o all'attività economica svolta dal condannato;
- c) la mancata giustificazione, da parte dell'interessato, della provenienza lecita di detti beni.

#### 3.1. La condanna per uno dei reati-sorgente.

Il legislatore collega la confisca «per sproporzione» alla condanna o alla sentenza di applicazione della pena su richiesta per i «delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis*, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 517-*ter* e 517-*quater*, nonché dagli articoli 452-*quater*, 452-*octies*, primo comma, 493-*ter*, 512-*bis*, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*,

<sup>6</sup> Corte cost., n. 378 del 11/11/1998 – dep. 20/11/1998.

<sup>7</sup> Le ultime modifiche vengono introdotte dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161.

<sup>8</sup> D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21, «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103».

primo e secondo comma, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinqüies*, 603-*bis*, 629, 644, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1, dall'articolo 2635 del codice civile, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale» (art. 240 *bis* comma 1, primo periodo, c.p.).

La confisca scatta, inoltre, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di cui agli artt. 617-*quinqüies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinqüies* quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi (art. 240 *bis* comma 1, secondo periodo, c.p.).

L'art. 6 D.Lgs. 21/2018 sulla «riserva di codice», oltre ad aver introdotto il nuovo art. 240 *bis* c.p., ha previsto due specifici richiami a detta norma, contenente la disciplina della confisca «estesa»: uno all'art. 85 *bis* D.P.R. 309/1990, per «i delitti previsti dall'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5» (reati di spaccio di sostanze stupefacenti, con esclusione del fatto di «lieve entità»); l'altro all'art. 301 comma 5 *bis* «per taluno dei delitti previsti dall'articolo 295, secondo comma» D.P.R. 23/01/1973, n. 43 (delitti di contrabbando aggravato)<sup>9</sup>.

Le Sezioni unite della Suprema Corte hanno chiarito che la confisca allargata va disposta anche qualora il reato-presupposto sia stato perpetrato nella forma del tentativo, purché ricorra l'aggravante del metodo mafioso o dell'agevolazione mafiosa, attualmente prevista dall'art. 416 *bis*.1 c.p. (in cui è stato trasfuso l'art. 7 D.L. 152/1991, conv. in L. 203/1991)<sup>10</sup>.

In relazione al reato previsto dall'art. 73 comma 5 D.P.R. 309/1990, invece, può procedersi alla confisca del denaro, trovato in possesso dell'imputato, solo quando ricorrono le condizioni generali previste dall'art. 240 c.p. e non ai sensi dell'art. 12 *sexies* D.L. 306/1992, conv. in L. 356/1992 (oggi art. 240 *bis* c.p.)<sup>11</sup>.

Va ricordato che ancor più recentemente la confisca «allargata», mediante un esplicito richiamo dell'art. 240 *bis* c.p., è stata estesa ai reati tributari<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 47062 del 21/09/2017 - dep. 13/10/2017, P.G., Discetti e altri, Rv. 271048 - 01.

<sup>10</sup> Cass. pen., Sez. U, n. 40985 del 19/04/2018 - dep. 24/09/2018, Di Maro e altro, Rv. 273752 - 01; la sentenza è commentata da: B. ROSSI, *Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 12-sexies D.L. n. 306/1992 può essere disposto anche per i delitti tentati aggravati dal metodo mafioso*, in Cass. pen., 2019, 2, 2, p. 547 ss.; G. RAPELLA, *Le Sezioni unite riconoscono l'applicabilità della confisca «allargata» in caso di delitto tentato aggravato ai sensi dell'art. 7 L. 203/91*, in Dir. pen. cont., 16 ottobre 2018.

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 40912 del 19/09/2016 - dep. 30/09/2016, Ka, Rv. 267900 - 01, in applicazione di tale principio, la Corte ha annullato senza rinvio la confisca del denaro disposta con sentenza di patteggiamento in assenza di un collegamento eziologico tra il denaro e il reato di detenzione illecita di sostanze stupefacenti contestato all'imputato; negli stessi termini: Sez. 2, n. 41778 del 30/09/2015 - dep. 16/10/2015, Scivoli, Rv. 265247 - 01; Sez. 4, n. 4199 del 11/12/2007 - dep. 28/01/2008, Perotto, Rv. 238432 - 01.

<sup>12</sup> Si fa riferimento all'art. 12 *ter*, inserito nel D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, dall'art. 39, comma 1, lett. q), D.L. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla L. 19 dicembre 2019, n. 157; sul tema: M. BONTEMPELLI, *La confisca o le confische da illecito (penale) tributario?*, in questa Rivista, 4 dicembre 2019; S. FINOCCHIARO, *In vigore la «riforma fiscale»: osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti*, in questa Rivista, 7 gennaio 2020; G. VARRASO, *Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il «decreto fiscale» n. 124 del 2019*, in questa Rivista, 8 settembre 2020.

### 3.2. La sproporzione patrimonio-reddito.

La differenza fondamentale tra la confisca «allargata» e quella «classica», prevista dall'art. 240 c.p., è che la prima non richiede il requisito della «pertinenzialità», dunque, l'accertamento di un nesso eziologico tra il reato e i beni, dal momento che opera una presunzione legislativa di illecita accumulazione. Non rileva, dunque, che detti beni derivino o meno dal reato per il quale è stata inflitta la condanna<sup>13</sup>, con la conseguenza che la confisca «per sproporzione» può avere ad oggetto beni acquisiti in epoca anteriore o successiva al reato per cui è intervenuta condanna e che abbiano un valore superiore al provento del medesimo reato<sup>14</sup>.

Presupposto oggettivo fondamentale della confisca «estesa» è, dunque, la sproporzione che deve sussistere tra il «denaro», i «beni» e le «altre utilità» di cui il condannato dispone, anche per interposta persona, e il «reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito» o la «propria attività economica».

Sul punto, è stato chiarito che la comparazione non va effettuata, una volta per tutte, ponendo a confronto il patrimonio del condannato con i suoi redditi leciti nel momento in cui la confisca viene disposta, ma va invece operata, al momento di ciascun acquisto, verificando se, in quel frangente, l'interessato disponeva o meno di risorse finanziarie lecite tali da potergli consentire l'operazione compiuta.

Le Sezioni unite Montella, sul punto, hanno precisato che, al fine di disporre la confisca conseguente a condanna per uno dei reati-sorgente, è necessario che sia provata l'esistenza di una sproporzione tra il reddito dichiarato dal condannato o i proventi della sua attività economica e il valore dei beni da confiscare e non risulti una giustificazione credibile circa la provenienza di essi. Ai fini della «sproporzione», i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, devono essere fissati nel reddito dichiarato o nelle attività economiche non al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel momento dei singoli acquisti rispetto al valore dei beni di volta in volta acquisiti. La «giustificazione» credibile consiste nella prova della positiva liceità della loro provenienza e non in quella

---

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 8404 del 15/01/2009 - dep. 25/02/2009, Bellocchio e altri, Rv. 242863 - 01; così successivamente anche Sez. 6, n. 26832 del 24/03/2015 - dep. 25/06/2015, Simeoli e altro, Rv. 263931 - 01.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 18951 del 14/03/2017 - dep. 20/04/2017, Napoli e altro, Rv. 269657 - 01; tra le tante nello stesso senso: Sez. 5, n. 19358 del 21/02/2013 - dep. 06/05/2013, Rao, Rv. 255381 - 01; Sez. 6, n. 22020 del 22/11/2011 - dep. 07/06/2012, Notarangelo e altro, Rv. 252849 - 01; Sez. 1, n. 11269 del 18/02/2009 - dep. 13/03/2009, Pelle e altro, Rv. 243493 - 01; Sez. 3, n. 38429 del 09/07/2008 - dep. 09/10/2008, Sforza, Rv. 241273 - 01.

negativa della loro non provenienza dal reato per cui è stata inflitta condanna<sup>15</sup>. Sono ininfluenti favorevoli vicende economiche successive<sup>16</sup>.

L'elemento della «sproporzione» deve, dunque, essere accertato, al momento dei singoli acquisti, attraverso una «ricostruzione storica» della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato, il quale può esporre fatti e circostanze specifiche e rilevanti, indicando puntualmente le proprie giustificazioni<sup>17</sup>.

Come si è già posto in evidenza, in tema di confisca «allargata», essendo irrilevante il requisito della «pertinenzialità» dei beni rispetto al reato per cui si è proceduto, l'ablazione non è esclusa per il fatto che questi siano stati acquisiti in epoca anteriore o successiva al reato per cui è intervenuta condanna o che il loro valore superi il provento del medesimo reato.

Tuttavia, si è ormai consolidato, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, un criterio che pone degli argini temporali alla possibilità di procedere alla confisca.

Si afferma costantemente, infatti, che la presunzione di illegittima acquisizione deve essere circoscritta in un ambito di «ragionevolezza temporale», dovendosi dar conto che i beni non siano *ictu oculi* estranei al reato perché acquistati in un periodo di tempo eccessivamente antecedente la sua commissione<sup>18</sup>.

La presunzione di illecita accumulazione, dunque, sebbene non richieda che i beni siano collegati da un nesso pertinenziale con il reato per il quale è stata inflitta la condanna e prescinda dall'epoca dell'acquisto, non deve però risalire ad un'epoca talmente precedente la commissione del reato da far venir meno, *ictu oculi*, la presunzione che la loro disponibilità sia riconducibile a quell'attività delittuosa<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Cass. pen., Sez. U, n. 920 del 17/12/2003 - dep. 19/01/2004, Montella, Rv. 226491 - 01; il principio affermato dalle Sezioni unite è stato costantemente ribadito dalla giurisprudenza successiva: Sez. 1, n. 54156 del 27/04/2018 - dep. 04/12/2018, Costanzo Zammataro, Rv. 274550 - 01; il medesimo assunto è affermato da: Sez. 3, n. 38009 del 10/05/2019 - dep. 13/09/2019, Assisi, Rv. 278166 - 01; Sez. 6, n. 5452 del 12/01/2010 - dep. 11/02/2010, Mancin e altro, Rv. 246083 - 01; Sez. 6, n. 721 del 26/09/2006 - dep. 16/01/2007, Nettuno, Rv. 235607 - 01.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 47567 del 20/11/2013 - dep. 29/11/2013, P.M. in proc. Balducci Rv. 258030 - 01.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 21357 del 13/05/2008 - dep. 28/05/2008, Esposito, Rv. 240091 - 01.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 21711 del 28/02/2018 - dep. 16/05/2018, Betti, Rv. 272988 - 01, in applicazione del principio la Corte ha ritenuto privo di motivazione il provvedimento del giudice del merito che non aveva verificato «la ragionevolezza temporale» della prossimità dell'acquisto del bene oggetto di sequestro, avvenuto nel 2003, alle condotte illecite commesse dal 2011 al 2013 dal compagno della madre della ricorrente; così anche Sez. 2, n. 52626 del 26/10/2018 - dep. 22/11/2018, Grillo, Rv. 274468 - 01, in cui la Suprema Corte ha annullato con rinvio la confisca disposta con sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., in relazione ad alcuni beni acquistati dall'imputata in epoca di gran lunga anteriore rispetto ai contestati delitti di intestazione fittizia; negli stessi termini: Sez. 1, n. 36499 del 06/06/2018 - dep. 30/07/2018, Quattrone e altro, Rv. 273612 - 01; Sez. 1, n. 41100 del 16/04/2014 - dep. 03/10/2014, Persichella, Rv. 260529 - 01, fattispecie in cui la Corte ha ritenuto rispettato il requisito della «ragionevolezza temporale» in relazione ad un acquisto effettuato un anno prima rispetto al formale inizio dell'attività criminosa; Sez. 4, n. 35707 del 07/05/2013 - dep. 28/08/2013, D'Ettore, Rv. 256882 - 01, in cui la Cassazione ha ritenuto legittimo il sequestro di immobili acquistati in epoca assai risalente rispetto al *tempus commissi delicti* ma ristrutturati ed immessi nel circuito alberghiero nel corso degli anni successivi con investimenti risultati non giustificati dai redditi dichiarati; Sez. 1, n. 2634 del 11/12/2012 - dep. 17/01/2013, Capano e altro, Rv. 254250 - 01.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 11049 del 05/02/2001 - dep. 21/03/2001, Di Bella, Rv. 226051 - 01.

Il principio ha recentemente trovato consacrazione anche nell'ambito della giurisprudenza costituzionale.

La Consulta, infatti, con la sentenza n. 33/2018<sup>20</sup>, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 *sexies* comma 1 D.L. 306/1992, conv. in L. 356/1992, nella parte in cui include il delitto di ricettazione tra quelli per i quali, in caso di condanna o applicazione della pena su richiesta, è sempre disposta la speciale confisca «allargata» prevista dall'articolo censurato.

La Corte giunge a tale conclusione osservando che la norma censurata richiama una serie di delitti che, al pari della ricettazione (la quale, dunque, contrariamente all'assunto del giudice remittente, non rappresenta un *unicum*), possono essere perpetrati in contesti del tutto avulsi dalla criminalità organizzata, rilevando inoltre che la presunzione di illecita accumulazione è circoscritta in un ambito di «ragionevolezza temporale» tra il momento di acquisizione del bene e quello di realizzazione del reato-spia.

È stato, in ogni caso, precisato che la presunzione di illegittima acquisizione dei beni da parte dell'imputato condannato per delitti rivelatori di illecito arricchimento ha un ambito temporale più esteso laddove alla commissione del reato corrisponda un periodo di nullafacenza e di irregolare permanenza del predetto sul territorio, in palese contrasto con l'entità delle risorse accumulate dallo stesso in detto periodo<sup>21</sup>.

Lo spettro di «ragionevolezza temporale» subisce un ampliamento anche in ipotesi di acquisto di beni con «pagamento rateale».

La Suprema Corte ha, infatti, rilevato che l'acquisto di un bene senza un immediato esborso di denaro, bensì con pagamenti differiti nel tempo, non ne esclude la presunzione di illegittima acquisizione al patrimonio dell'imputato, ai fini della confisca «allargata», dovendo applicarsi, per l'onerosità dell'impegno finanziario, un più ampio margine di ragionevolezza temporale tra il momento di commissione del reato e la realizzazione dell'incremento patrimoniale<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Corte cost., n. 33 del 08/11/2017- dep. 21/02/2018, commentata da: G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri «reati-matrice»*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, p. 307 ss.; E. APRILE, *La confisca «allargata» ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 è costituzionalmente legittima anche se il reato «presupposto» è quello di ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 5, p. 1567 ss.; S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, p. 131 ss.; B. LIBERALI, *La «ragionevolezza temporale» della c.d. confisca allargata e un nuovo monito al legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, p. 317 ss.; M. PICCARDI, *Legittima la confisca «allargata» nel caso di condanna per ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 9, p. 2816 ss.; F. SCARIATO, *Perplexità e preoccupazioni: la Corte costituzionale ritorna sulla confisca antimafia*, in *Riv. pen.*, 2018, 5, p. 451 ss.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 33330 del 07/10/2016 - dep. 10/07/2017, Nure, Rv. 271105 - 01, in una fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione impugnata che aveva rigettato l'opposizione al provvedimento di confisca di somme di denaro giudicate di illegittima provenienza in ragione della condizione del condannato di costante disoccupazione, correlata alla illegale permanenza nel territorio dello Stato, nei cinque anni intercorsi tra la commissione del reato e il sequestro del denaro.

<sup>22</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 52055 del 03/10/2017 - dep. 15/11/2017, Monterisi e altro, Rv. 272420 - 01, in un caso in cui la Cassazione ha ritenuto legittimo il provvedimento di confisca di un immobile, acquistato quattro anni prima della commissione del reato per il quale era intervenuta condanna, mediante il versamento di un minimo acconto e l'accollo di un mutuo trentennale, con ratei semestrali di diecimila euro, per il residuo;

La presunzione relativa di illecita accumulazione, prevista nella speciale ipotesi di confisca «allargata», non opera nel caso in cui il cespite sequestrato sia formalmente intestato ad un terzo ma si assume si trovi nella effettiva titolarità della persona condannata per uno dei reati-sorgente. In tal caso, incombe sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi di una discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene, in modo che possa affermarsi con certezza che il terzo intestatario si sia prestato alla titolarità apparente al solo fine di favorire la permanenza dell'acquisizione del bene in capo al condannato e di salvaguardarlo dal pericolo della confisca. Il giudice ha, a sua volta, l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, adducendo non solo circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma anche elementi fattuali che si connotino della gravità, precisione e concordanza, tali da costituire prova indiretta del superamento della coincidenza fra titolarità apparente e disponibilità effettiva del bene<sup>23</sup>.

La presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale non opera, dunque, qualora i beni siano formalmente intestati a terzi, giacché in relazione a questi ultimi, siccome soggetti estranei al rapporto processuale penale, trova applicazione la regola generale che pone l'onere probatorio a carico del pubblico ministero<sup>24</sup>.

La Cassazione ha dunque chiarito che la presunzione di fittizietà degli atti di trasferimento compiuti – a titolo oneroso o gratuito – dal proposto in favore di determinate categorie di persone, prevista in tema di misure di prevenzione patrimoniale dall'art. 26 D.Lgs. 159/2011, non si applica al sequestro penale finalizzato alla confisca «allargata». Nell'affermare tale principio, la Cassazione ha tuttavia ritenuto che costituiscono indizi gravi, precisi e concordanti dell'interposizione fittizia di beni dell'indagato ad un terzo la natura giuridica e le modalità dell'atto dispositivo (nella specie, donazione), il rapporto di stretta parentela tra le parti dell'atto dispositivo (nella specie, padre e figlio), la vicinanza temporale tra l'atto di disposizione e la commissione da parte del dante causa di un reato per il quale è prevista la confisca dei beni, la destinazione del bene, le qualità personali dell'avente causa (nella specie, la giovane età), l'oggetto dell'atto dispositivo (nella specie, una ingente somma di denaro)<sup>25</sup>.

---

medesimo principio si rinviene anche in Sez. F, n. 56596 del 03/09/2018 - dep. 17/12/2018, P.G. in proc. Balsebre, Rv. 274753 - 03.

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 53449 del 16/10/2018 - dep. 28/11/2018, Huang, Rv. 275406 - 01, in applicazione del principio, la Corte ha annullato la decisione del Tribunale del riesame che aveva omesso di motivare sulla fittizietà dell'intestazione dei beni al terzo ricorrente e aveva valutato il requisito della sproporzione con riferimento ai redditi dichiarati in epoca prossima al provvedimento, senza confrontarsi con le allegazioni difensive concernenti la capacità reddituale dell'interessato al momento degli acquisti; lo stesso assunto è ribadito in: Sez. 2, n. 3990 del 10/01/2008 - dep. 24/01/2008, Catania e altro, Rv. 239269 - 01; Sez. 5, n. 13084 del 06/03/2017 - dep. 17/03/2017, Carlucci, Rv. 269711 - 01; Sez. 1, n. 44534 del 24/10/2012 - dep. 15/11/2012, Ascone e altro, Rv. 254699 - 01; Sez. 1, n. 11049 del 05/02/2001 - dep. 21/03/2001, Di Bella, Rv. 226053 - 01; Sez. 6, n. 42717 del 05/11/2010 - dep. 01/12/2010, Noviello, Rv. 248929 - 01; Sez. 1, n. 27556 del 27/05/2010 - dep. 15/07/2010, Buompane, Rv. 247722 - 01; Sez. 5, n. 10123 del 28/05/1998 - dep. 25/09/1998, Di Pasquale e altri, Rv. 211832 - 01.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 6137 del 11/12/2013 - dep. 10/02/2014, Soriano, Rv. 259308 - 01.

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 15829 del 25/02/2014 - dep. 09/04/2014, Podestà e altro, Rv. 259538 - 01.

Con specifico riferimento all'ipotesi in cui intestatario dei beni sia il coniuge (o comunque uno stretto congiunto) del condannato, la giurisprudenza di legittimità statuisce pacificamente che la presunzione relativa circa l'illecita accumulazione patrimoniale, prevista per la confisca «allargata» opera, oltre che in relazione ai beni del condannato, anche in riferimento ai beni intestati al coniuge dello stesso, qualora la sproporzione tra il patrimonio nella titolarità del coniuge e l'attività lavorativa svolta da quest'ultimo, confrontata con le altre circostanze che caratterizzano il fatto concreto, appaia dimostrativa della natura simulata dell'intestazione<sup>26</sup>.

### 3.3. La mancata giustificazione.

Altro requisito oggettivo (questa volta, negativo) della confisca «estesa» è la mancata giustificazione.

Il condannato per un delitto-sorgente, infatti, pur in presenza di una (apparente) sproporzione tra il denaro, i beni e le altre utilità possedute e il reddito dichiarato ai fini fiscali o comunque scaturente dalla propria attività economica, è ammesso a provare che i beni nella sua disponibilità sono stati acquistati con risorse finanziarie lecite (la presunzione di illecita locupletazione è *iuris tantum*, dunque relativa, non assoluta).

Come si è detto, la confisca «allargata» non postula alcun nesso di pertinenzialità rispetto al delitto-spia per il quale è intervenuta condanna, pertanto, la «prova contraria» che il condannato è chiamato a fornire non attiene alla dimostrazione che i beni non derivano dal reato-sorgente, circostanza che sarebbe comunque insufficiente ad evitare la confisca, ma che essi sono stati acquistati con proventi pienamente leciti, dunque, avulsi da qualsiasi attività illegale, non soltanto da quella strettamente connessa al reato presupposto.

È stato, invero, affermato che, ai fini della confisca «estesa», la prova circa la sproporzione, rispetto alla capacità reddituale lecita del soggetto, del valore economico

---

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 3620 del 12/12/2013 - dep. 24/01/2014, Patanè, Rv. 258790 - 01; Sez. 6, n. 39259 del 04/07/2013 - dep. 23/09/2013, Purpo e altro, Rv. 257085 - 01, in cui si afferma che sussiste a carico del titolare apparente dei beni (nella specie, il figlio e la madre dell'indagato) una presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, in forza della quale è sufficiente dimostrare che tale soggetto non svolge un'attività tale da procurargli il bene acquisito per imporre, a suo carico, l'onere di dimostrarne la legittima provenienza e l'effettività della propria posizione di titolare; Sez. 2, n. 4479 del 03/12/2008 - dep. 02/02/2009, Lo Bianco, Rv. 243278 - 01; Sez. 2, n. 1178 del 26/11/2008 - dep. 13/01/2009, Trovato, Rv. 242718 - 01; Sez. 6, n. 31895 del 01/04/2008 - dep. 30/07/2008, Stefanel, Rv. 240856 - 01, in una fattispecie relativa alla confisca di un'autovettura di lusso di proprietà della convivente di un'imputato dichiarato colpevole del reato previsto dall'art. 73 D.P.R. 309/1990; Sez. 1, n. 31663 del 08/07/2004 - dep. 20/07/2004, Pettograsso, Rv. 229300 - 01, in cui la Corte ha ritenuto congrua la motivazione del giudice di merito, che, in sede di sequestro preventivo, aveva ritenuto sussistente la sproporzione, in quanto era stato accertato che la moglie del prevenuto non svolgeva alcuna attività lavorativa, se non il lavoro domestico il quale non costituisce fonte di reddito autonomo; Sez. 6, n. 3889 del 24/10/2000 - dep. 22/11/2000, Boglioni, Rv. 217488 - 01, in cui si afferma che è sufficiente dimostrare che il titolare apparente (nella specie: coniuge dell'indagato), non svolge un'attività tale da procurargli il bene, per invertire l'onere della prova ed imporre alla parte di dimostrare da quale reddito legittimo proviene l'acquisto e la veritiera appartenenza del bene medesimo.

dei beni da confiscare grava sull'accusa e, una volta fornita tale prova, sussiste una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale, superabile solo attraverso specifiche e verificate allegazioni dell'interessato<sup>27</sup>.

Ai fini dell'assolvimento di tale onere, da un lato, non è sufficiente che sia fornita la prova di un rituale acquisto, essendo necessario che i mezzi impiegati per il relativo negozio derivino da legittime disponibilità finanziarie; dall'altro, non si richiede che gli elementi allegati siano idonei ad essere valutati secondo le regole civilistiche sui rapporti reali, possessori od obbligazionari, ma solo che essi, valutati secondo il principio della libertà della prova e del libero convincimento del giudice, dimostrino una situazione diversa da quella presunta, il che certamente non implica sufficienza di prospettazioni meramente plausibili, ma neppure coincide con un concetto di rigorosa prova<sup>28</sup>.

La speciale ipotesi della confisca «estesa» ha introdotto, dunque, una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale, trasferendo sul soggetto, che ha la disponibilità dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica esercitata, l'onere di giustificarne la provenienza, con l'allegazione di elementi che, pur senza avere valenza probatoria civilistica in tema di diritti reali, possessori e obbligazionari, siano idonei a vincere tale presunzione<sup>29</sup>.

Quest'ultima può, pertanto, essere superata dall'interessato, specialmente nel caso di confusione tra risorse di provenienza lecita e illecita, sulla base di specifiche e verificate allegazioni, dalle quali si possa desumere la legittima provenienza del bene confiscato, attingendo al patrimonio legittimamente accumulato<sup>30</sup>. È stato anche sottolineato che l'imputato, in considerazione del principio della cd. «vicinanza della prova», può acquisire o quantomeno fornire, tramite l'allegazione, tutti gli elementi per dimostrare il fondamento della tesi difensiva<sup>31</sup>, fornendo la prova che l'acquisto è avvenuto con redditi ulteriori rispetto a quelli regolarmente dichiarati (quali, ad esempio, lasciti ereditari, vincite di gioco o redditi provenienti da attività lecita prima della scadenza del termine per la dichiarazione), a condizione che si tratti di provviste lecite e tracciabili<sup>32</sup>.

È stato, altresì, precisato che l'interessato non può dimostrare la proporzione tra redditi disponibili e valore degli acquisti o degli investimenti attraverso la mera indicazione e produzione degli attestati di riscossione di somme vinte al gioco in un concorso a pronostico che, in quanto rilasciati sulla base di presentazione di ricevute non

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 45700 del 20/11/2012 - dep. 22/11/2012, Di Marzio, Rv. 253816 - 01.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 1087 del 26/03/1998 - dep. 08/05/1998, Bosetti ed altro, Rv. 211955 - 01; nello stesso senso anche Sez. 5, n. 27656 del 03/05/2001 - dep. 09/07/2001, Corso G. ed altri Rv. 220228 - 01.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 11049 del 05/02/2001 - dep. 21/03/2001, Di Bella, Rv. 226052 - 01.

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 51331 del 13/09/2018 - dep. 12/11/2018, S. Rv. 274052 - 01; così anche Sez. 2, n. 29554 del 17/06/2015 - dep. 10/07/2015, Fedele e altri, Rv. 264147 - 01, fattispecie nella quale la Cassazione ha ritenuto immune da censure la motivazione con cui il giudice del merito aveva ritenuto insoddisfacenti le allegazioni del ricorrente a sostegno della liceità dell'acquisto dei beni sequestrati.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 6734 del 30/01/2020 - dep. 20/02/2020, Bruzzese, Rv. 278373 - 01; Sez. 2, n. 3883 del 19/11/2019 - dep. 29/01/2020, Pomilio, Rv. 278679 - 03; Sez. 2, n. 43387 del 08/10/2019 - dep. 23/10/2019, Novizio, Rv. 277997 - 04.

<sup>32</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 10765 del 06/02/2018 - dep. 09/03/2018, Barba, Rv. 272719 - 01.

nominative, certificano la sola percezione della somma, ma non il giocatore vincente che potrebbe averle cedute, anche dietro corresponsione di denaro, a chiunque avesse necessità di far apparire la liceità di una provvista<sup>33</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha tradizionalmente insegnato che, ai fini della confisca «estesa», il riferimento, quale parametro di accertamento presuntivo della legittima provenienza dei beni oggetto di ablazione, alla proporzione tra i valori delle utilità acquisite letti in raffronto al binomio tra il reddito dichiarato dall'interessato ai fini fiscali o alla propria attività economica, non va inteso in senso alternativo ma concorrente<sup>34</sup>.

Di conseguenza, è stato ripetutamente affermato che la presunzione di illegittima provenienza delle risorse patrimoniali oggetto di ablazione deve escludersi in presenza di fonti lecite e proporzionate di produzione, sia che esse siano costituite dal reddito dichiarato ai fini fiscali sia che provengano dall'attività economica svolta benché non evidenziata, in tutto o in parte, nella dichiarazione dei redditi ed il giudice ha l'obbligo di prendere in considerazione tutta la documentazione prodotta, in merito dalla difesa, fornendo adeguata motivazione in ordine alle giustificazioni addotte dagli interessati circa la lecita provenienza dei beni<sup>35</sup>.

Sicché, qualora l'imputato dimostri in modo serio la titolarità di un'attività economica che superi di fatto l'immagine reddituale rappresentata al fisco, il giudice deve tenere conto di tale realtà nel suo libero convincimento<sup>36</sup>, dovendo prendere in considerazione tutte le attività economiche svolte, produttive di reddito imponibile, pur nell'assenza o incompletezza di una dichiarazione dei redditi, ciò in quanto la *ratio* della confisca «estesa» mira a colpire i proventi di attività criminose, non a sanzionare la condotta di infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche previsioni in materia tributaria<sup>37</sup>.

La Cassazione, infatti, ha osservato che, opinando diversamente, si finirebbe per penalizzare il soggetto sul piano patrimoniale non per la provenienza illecita delle risorse accumulate, ma per l'evasione fiscale posta in essere, che esula dalla *ratio* e dal piano operativo della confisca «allargata»<sup>38</sup>.

Tale scenario è stato però letteralmente ribaltato dall'entrata in vigore della L. 161/2017 che, modificando il testo dell'art. 12 *sexies*<sup>39</sup> D.L. 306/1992 (nella stesura poi

<sup>33</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 35646 del 12/07/2018 - dep. 26/07/2018, Lo Russo e altro, Rv. 273467 - 01.

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 49876 del 28/11/2012 - dep. 21/12/2012, Scognamiglio, Rv. 253956 - 01.

<sup>35</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 49498 del 11/11/2014 - dep. 27/11/2014, Pucillo e altro, Rv. 261046 - 01; Sez. 1, n. 9678 del 05/11/2013 - dep. 27/02/2014, Creati e altri, Rv. 259468 - 01; Sez. 1, n. 13425 del 21/02/2013 - dep. 21/03/2013, Coniglione, Rv. 255082 - 01; Sez. 1, n. 6336 del 22/01/2013 - dep. 08/02/2013, Mele e altro, Rv. 254532 - 01.

<sup>36</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 39048 del 25/09/2007 - dep. 23/10/2007, Casavola e altri, Rv. 238216 - 01.

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 29926 del 31/05/2011 - dep. 26/07/2011, Tarabugi e altro, Rv. 250505 - 01.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 21265 del 15/12/2011 - dep. 01/06/2012, P.G., Bianco e altri, Rv. 252855 - 01; sul tema si veda anche C. SANTORIELLO, *Redditi sottratti all'imposizione fiscale e possibilità di confisca dei beni ai sensi dell'art. 12-sexies del D.L. n. 306/1992*, in *Il fisco*, 2012, 2, p. 199 ss.

<sup>39</sup> Si fa riferimento, in particolare, al primo comma, come sostituito dall'art. 31, comma 1, lett. a), L. 17 ottobre

confluita nell'art. 240 *bis* c.p.), ha sancito l'opposto principio in virtù del quale «in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge»<sup>40</sup>.

Il provvedimento che dispone la confisca «allargata» deve essere sempre motivato in relazione alla sussistenza dei presupposti normativamente previsti (in particolare, in ordine a sproporzione e mancata giustificazione), anche nell'ipotesi in cui l'ablazione venga disposta con sentenza di applicazione della pena su richiesta, ontologicamente caratterizzata da stringatezza motivazionale.

Si è, infatti, reiteratamente ribadito che la sinteticità della motivazione tipica del «patteggiamento» non può estendersi all'applicazione della misura di sicurezza della confisca allargata, sicché il giudice che dispone l'ablazione obbligatoria di denaro o di beni a tal fine, ha l'obbligo di motivare sia sulle ragioni per cui non ritiene attendibili le giustificazioni eventualmente addotte in ordine alla provenienza del denaro o dei beni confiscati, sia sull'esistenza di una sproporzione tra i valori patrimoniali accertati ed il reddito dell'imputato o la sua effettiva attività economica<sup>41</sup>.

#### 4. La confisca in fase di cognizione.

Come si vedrà meglio nel successivo paragrafo, con la sentenza delle Sezioni unite Derouach del 2001, nello statuire che è possibile disporre la confisca «per sproporzione» anche in fase esecutiva, risolvendo il contrasto giurisprudenziale preesistente sul punto, la Cassazione rileva come, secondo una parte della dottrina, sarebbe proprio la fase esecutiva la sede più opportuna per adottare il provvedimento ablativo, una volta divenuta irrevocabile la pronuncia sulla colpevolezza in ordine al reato-spia.

In particolare, nell'importante arresto della Suprema Corte a composizione allargata, si legge: «In relazione alla disciplina contenuta nell'art. 12 *sexies* commi 1 e 2, parte della dottrina ha sostenuto che proprio la fase dell'esecuzione sarebbe la sede elettiva per affrontare la questione della confisca e deciderla nel contraddittorio delle

---

2017, n. 161, poi ulteriormente modificato dall'art. 13-ter, comma 1, D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172.

<sup>40</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 1778 del 11/10/2019 - dep. 17/01/2020, Ruggieri, Rv. 278171 - 02; la sentenza è commentata da A.M. MAUGERI, [Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione](#), in questa Rivista, 22 aprile 2020.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 11497 del 21/10/2013 - dep. 10/03/2014, Musaku, Rv. 260879 - 01; tra le altre: Sez. 2, n. 3247 del 18/09/2013 - dep. 23/01/2014, Gambacorta, Rv. 258546 - 01; Sez. 4, n. 27935 del 02/05/2012 - dep. 12/07/2012, Anibaldi, Rv. 253556 - 01; Sez. 6, n. 17266 del 16/04/2010 - dep. 06/05/2010, Trevisan, Rv. 247085 - 01; Sez. 6, n. 2703 del 20/11/2008 - dep. 21/01/2009, Forcari, Rv. 242688 - 01; Sez. 6, n. 42804 del 25/09/2008 - dep. 17/11/2008, Garritano, Rv. 241875 - 01; Sez. 4, n. 43943 del 22/09/2005 - dep. 02/12/2005, Orenze, Rv. 232733 - 01.

parti in un momento successivo al realizzarsi del requisito soggettivo di “condannato” (in senso lato) per uno dei delitti indicati dalla norma, apparendo la più aderente ai principi costituzionali, col superamento del momento di valenza della presunzione di non colpevolezza e per la garanzia più completa del concreto esercizio del diritto di difesa. Ciò in quanto nella fase di cognizione l'imputato ha tutto l'interesse a dimostrare la propria estraneità ai reati dei quali è chiamato a rispondere, anche per le implicazioni derivanti dalla condanna (o dall'applicazione della pena) in termini di confisca antimafia. La strategia difensiva potrebbe non collimare con l'esigenza di esporre situazioni che potrebbero ripercuotersi negativamente sull'accertamento della responsabilità in ordine ai reati oggetto del processo a suo carico».

In realtà, pur comprendendo le apprezzabili finalità del ragionamento della Corte, entrambi i codici, sostanziale e processuale, affermano chiaramente che la *sedes materiae* per disporre la confisca sia costituita dal giudizio di cognizione e il provvedimento impositivo debba essere, almeno in linea di principio, la sentenza.

Numerosissime sono, infatti, le disposizioni sostanziali e processuali, che prevedono come il giudice del processo di merito non «possa», ma «debba» disporre la confisca con la sentenza (di primo grado) a seguito di un'attività di propulsione del pubblico ministero e di istruzione probatoria da espletarsi in fase di cognizione.

Ribadito, in ordine alla natura del provvedimento ablatorio, che la confisca «allargata» è giustamente considerata dalla giurisprudenza di legittimità, come una «misura di sicurezza patrimoniale atipica» ed evidenziato che, infatti, il legislatore, nell'inserirla nel codice penale all'art. 240 *bis* c.p., l'ha collocata tra le misure di sicurezza patrimoniali (Libro I, Titolo VIII, Capo II), subito dopo la confisca «classica» di cui all'art. 240 c.p., è agevole osservare che:

- ai sensi dell'art. 236 comma 2 c.p., si applicano alle misure di sicurezza patrimoniali alcuni fondamentali principi previsti dal legislatore per le misure di sicurezza personali, tra cui, in particolare, la prima parte dell'art. 205 c.p. («Le misure di sicurezza sono ordinate dal giudice nella stessa sentenza di condanna o di proscioglimento») e il n. 3 del capoverso del medesimo articolo («Possono essere ordinate con provvedimento successivo (...) in ogni tempo, nei casi stabiliti dalla legge»); la «regola» è dunque che la misura di sicurezza debba essere disposta con la sentenza, mentre è solo una «eccezione» («nei casi stabiliti dalla legge») l'ipotesi in cui possa essere applicata con un provvedimento diverso e in un momento successivo;
- l'obbligo per il giudice della cognizione di disporre le misure di sicurezza con la sentenza che definisce il giudizio di primo grado è ribadito dalle disposizioni del codice di rito in tema di sentenza: in virtù di quanto statuito dall'art. 533 comma 1 c.p.p., infatti, «con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza»;
- il medesimo assunto, limitatamente alla confisca, si rinviene, in ipotesi di applicazione della pena su richiesta: invero, l'art. 445 comma 1 c.p.p. conferma che «la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né

l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale»; occorre ricordare che l'art. 240 *bis* comma 1 c.p. equipara totalmente la sentenza di condanna alla sentenza di applicazione della pena su richiesta ai fini dell'adozione della confisca «allargata»;

- in ordine ai requisiti della sentenza, l'art. 546 comma 1 c.p.p. impone che il provvedimento debba contenere la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, anche con riguardo alle «misure di sicurezza» (lett. e, punto n. 1);
- d'altro canto, nella fase propedeutica al giudizio di primo grado, al pubblico ministero viene imposta «l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge» (così l'art. 417 comma 1, lett. b, c.p.p., per la richiesta di rinvio a giudizio; con i medesimi termini si esprime l'art. 429 comma 1, lett. c, c.p.p., in ordine al decreto che dispone il giudizio; così come l'art. 552 comma 1, lett. c, c.p.p. per il decreto di citazione diretta a giudizio da parte del pubblico ministero);
- sotto il profilo istruttorio, poi, non v'è dubbio che i presupposti applicativi delle misure di sicurezza rientrino a pieno titolo nel novero dei fondamentali temi di prova del processo di cognizione; secondo l'art. 187 comma 1 c.p.p., infatti, «sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza»; nell'ipotesi in cui l'istruttoria dibattimentale non sia riuscita a fornire tutti gli elementi probatori necessari ai fini della decisione, anche in tema di misure di sicurezza, il giudice può disporre, anche d'ufficio, ove assolutamente necessario, l'ammissione di nuove prove (art. 507 c.p.p.);
- in ordine ai mezzi di impugnazione, l'art. 579 c.p.p., dopo aver affermato che è ammessa l'impugnazione anche per ciò che concerne le misure di sicurezza, se l'impugnazione è proposta per un altro capo della sentenza che non riguardi esclusivamente gli interessi civili, prevede una disciplina differenziata qualora «le disposizioni della sentenza» in materia di misure di sicurezza vengano impugunate autonomamente: se si tratta di statuizioni attinenti alla confisca, si utilizzano i medesimi mezzi di impugnazione previsti per i capi penali; in tutti gli altri casi di misure di sicurezza, invece, il gravame va formulato al Tribunale di sorveglianza;
- una previsione particolare è stata recentemente introdotta proprio in tema di confisca «allargata» con l'inserimento nel tessuto codicistico dell'art. 578 *bis* c.p.p., secondo cui, quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240 *bis* c.p. e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'art. 322 *ter* c.p., il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono

sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato<sup>42</sup>;

- le misure di sicurezza sono soggette al principio devolutivo e al divieto di *reformatio in peius* di cui all'art. 597 c.p.p., con la conseguenza che il giudice di appello potrà disporre la confisca non prevista dalla sentenza di primo grado solo qualora appellante sia il pubblico ministero, mentre tale provvedimento «integrativo» gli è precluso qualora il gravame sia stato formulato dal solo imputato; con specifico riferimento alla confisca «allargata», la giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato, invero, che, il provvedimento ablatorio è subordinato all'accertamento di merito della sproporzione dei beni rispetto ai redditi posseduti e della mancata giustificazione della loro provenienza, pertanto, qualora il giudizio di primo grado si sia concluso senza l'applicazione della predetta misura, e non sia stata proposta impugnazione dal pubblico ministero in relazione a tale punto della decisione, il giudice di appello non può disporre il sequestro e la confisca «estesa», in quanto, altrimenti, la misura ablatoria sarebbe ordinata in violazione del principio devolutivo e del divieto di *reformatio in peius*<sup>43</sup>; ciò in applicazione della regola secondo cui, «quando appellante è il solo imputato, il giudice non può (...) applicare una misura di sicurezza nuova o più grave» (art. 597 comma 3 c.p.p.).

La confisca «allargata» va, dunque, disposta con la sentenza, a conclusione del giudizio di cognizione.

Si discute se la statuizione ablatoria possa essere adottata, dal giudice di merito, con un provvedimento autonomo, successivo alla sentenza, di correzione della stessa ai sensi dell'art. 130 c.p.p.

L'orientamento ampiamente maggioritario della giurisprudenza di legittimità è nel senso di ritenere «abnorme» il provvedimento con cui il giudice della cognizione dispone la confisca in un momento successivo a quello della pronuncia della sentenza, perché alle eventuali omissioni di questa è possibile porre rimedio solo con l'impugnazione, o, in caso di formazione del giudicato, con lo strumento previsto dall'art. 676 c.p.p., specificamente dettato per l'ipotesi di beni oggetto di ablazione obbligatoria<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Articolo inserito dall'art. 6, comma 4, D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21. Successivamente l'art. 1, comma 4, lett. f) l. 9 gennaio 2019, n. 3, in vigore dal 31 gennaio 2019, ha inserito le seguenti parole: «o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale» dopo le parole: «e da altre disposizioni di legge».

<sup>43</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 39911 del 04/06/2014 - dep. 26/09/2014, P.G. in proc. Scuto e altro, Rv. 261587 - 01; negli stessi termini in precedenza: Sez. 6, n. 13049 del 05/03/2013 - dep. 21/03/2013, Spinelli, Rv. 254882 - 01; Sez. 6, n. 10346 del 07/02/2008 - dep. 06/03/2008, Della Ventura e altri, Rv. 239087 - 01; Sez. 6, n. 26268 del 28/06/2006 - dep. 27/07/2006, Gagliardi e altri, Rv. 235080 - 01; Sez. 6, n. 10353 del 15/01/2001 - dep. 13/03/2001, Profeta, Rv. 219130 - 01.

<sup>44</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 25602 del 27/05/2020 - dep. 09/09/2020, Zerri, Rv. 279572 - 01; Sez. 6, n. 52007 del 16/10/2018 - dep. 16/11/2018, Ammerti, Rv. 274578 - 01; Sez. 5, n. 26481 del 04/05/2015 - dep. 23/06/2015, Cannone, Rv. 264004 - 01; Sez. 6, n. 10623 del 19/02/2014 - dep. 05/03/2014, Laklaa, Rv. 261886 - 01; Sez. 6, n. 49071 del 06/11/2013 - dep. 05/12/2013, Santamaria, Rv. 258359 - 01; Sez. 2, n. 21420 del 20/04/2011 - dep. 27/05/2011, De Angelis, Rv. 250264 - 01; non mancano, comunque, pronunce favorevoli all'integrazione postuma della sentenza, come: Sez. 3, n. 39081 del 17/05/2017 - dep. 10/08/2017, De Giudice, Rv. 270793 - 01,

Il quadro delineato, che evidenzia l'assoluta centralità del giudizio di cognizione in materia di confisca «allargata», è ulteriormente corroborato dal principio che vieta al giudice dell'esecuzione la revoca della confisca disposta dal giudice di merito, fatta salva l'unica eccezione dell'incidente di esecuzione proposto da un terzo rimasto estraneo al giudizio di cognizione.

La giurisprudenza di legittimità ha, infatti, costantemente affermato che la statuizione, contenuta in una sentenza divenuta irrevocabile, con cui sia stata disposta la confisca fa stato nei confronti dei soggetti che hanno partecipato al procedimento di cognizione, con la conseguenza che solamente i terzi che non abbiano rivestito la qualità di parte nel predetto giudizio sono legittimati a richiedere la revoca della confisca in sede esecutiva<sup>45</sup>.

È stato chiarito pertanto che, allorché la confisca sia stata disposta con sentenza irrevocabile, il giudice dell'esecuzione non può ordinare la restituzione delle cose confiscate al condannato che ne vanta la proprietà, non potendo la relativa statuizione essere più posta in discussione a causa della preclusione del giudicato; in sede esecutiva può farsi questione sulla formazione del titolo esecutivo, sull'applicazione della confisca obbligatoria non disposta in sede di merito, sulla proprietà delle cose confiscate se non appartenenti al condannato o se rivendicate da un terzo, sulla estensione e modalità esecutive della confisca stessa, ma non può riconoscersi al giudice dell'esecuzione il potere di vanificare il giudicato stesso rimuovendo, in favore del condannato, il provvedimento di confisca non più soggetto a impugnazione<sup>46</sup>.

Se tale è l'impianto codicistico in materia di misure di sicurezza, in generale, e di confisca «allargata», in particolare, può certamente affermarsi che è proprio il giudizio di cognizione a rappresentare la sede eletta dal legislatore ai fini dell'adozione del provvedimento ablatorio.

Tale conclusione, a parere di chi scrive, gioca un ruolo fondamentale nella definizione e delimitazione dei poteri cognitori e decisorii affidati al giudice dell'esecuzione, con importanti riverberi in ordine alla specifica questione affidata all'esame delle Sezioni unite.

## 5. La confisca in fase di esecuzione.

A fronte dell'inequivoco tenore letterale delle disposizioni appena citate in relazione al vero e proprio «obbligo», in presenza dei presupposti applicativi

---

in cui il giudice aveva ommesso di disporre la confisca obbligatoria per equivalente ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p.p.; Sez. 6, n. 2944 del 12/11/2009 - dep. 22/01/2010, Rubino, Rv. 246131 - 01, in relazione alla confisca del prezzo del reato; Sez. 1, n. 2881 del 13/06/1994 - dep. 23/08/1994, P.G. in proc. Smaldone, Rv. 198945 - 01, sempre in tema di confisca.

<sup>45</sup> Tra le tante: Cass. pen., Sez. 1, n. 4096 del 24/10/2018 - dep. 28/01/2019, Lacatus, Rv. 276163 - 01; Sez. 3, n. 29445 del 19/06/2013 - dep. 10/07/2013, Principalli e altro, Rv. 255872 - 01; Sez. 3, n. 7036 del 18/01/2012 - dep. 22/02/2012, Aharens, Rv. 252022 - 01; Sez. 1, n. 3311 del 11/11/2011 - dep. 26/01/2012, Lonati e altri, Rv. 251845 - 01; Sez. 5, n. 34705 del 11/07/2001 - dep. 24/09/2001, Manisco, Rv. 219862 - 01.

<sup>46</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 2552 del 20/04/2000 - dep. 10/05/2000, El Yamini e altro, Rv. 216491 - 01.

normativamente previsti, di disporre la confisca «allargata» in sede di cognizione, fino alla fine degli anni '90, si è registrato un contrasto, in seno alla giurisprudenza della Cassazione, in ordine alla possibilità o meno di adottare il provvedimento ablatorio nella successiva fase di esecuzione.

L'orientamento prevalente dei Giudici di legittimità si era espresso nel senso dell'ammissibilità di un provvedimento di confisca «per sproporzione» adottato in fase esecutiva, qualora l'ablazione, pur in presenza dei presupposti di legge, non fosse stata disposta dal giudice della cognizione.

In particolare, è stato affermato che l'esigenza di disporre il sequestro preventivo può verificarsi in ogni fase e grado del procedimento e, pertanto, anche nella fase esecutiva. E poiché tale misura cautelare può essere disposta pure quando la cosa è suscettibile di confisca (art. 321 comma 2 c.p.p.), ciò può avvenire anche nel procedimento *ex art. 12 sexies* D.L. 306/1992. In tal caso il giudice è tenuto ad una serie di accertamenti e valutazioni – per verificare se sussistono le condizioni della misura da applicare – che consistono in un giudizio di merito<sup>47</sup>.

La Cassazione ha così affermato che l'esigenza di disporre tanto il sequestro preventivo quanto la confisca può verificarsi in ogni fase e grado del procedimento e quindi anche in sede esecutiva, cosicché, per la specifica disposizione dell'art. 12 *sexies* del D.L. 306/1992, tali provvedimenti possono essere disposti dal giudice dell'esecuzione<sup>48</sup>.

Nell'ambito di tale indirizzo ermeneutico, è stato altresì precisato che il giudice della fase esecutiva può provvedere in ordine alla confisca obbligatoria, sia nei casi in cui la medesima possa essere disposta *de plano*, sia in quelli che comportano, nel contraddittorio delle parti, accertamenti in ordine ai presupposti e alle condizioni per provvedere in tal senso<sup>49</sup>.

In motivazione, la Corte ha osservato che, a fronte del chiaro tenore letterale dell'art. 676 comma 1 («il giudice dell'esecuzione è competente a decidere in ordine (...) alla confisca»), non esiste alcun supporto normativo per una interpretazione, secondo la quale in sede esecutiva può essere disposta la confisca obbligatoria soltanto nell'ipotesi in cui il giudice debba provvedere *de plano* e non quando debba effettuare attività istruttoria al fine di accertare la sussistenza delle condizioni di legge per applicare detta misura di sicurezza patrimoniale.

Sicché si è ritenuto che la confisca «allargata» ha natura obbligatoria e deve pertanto essere sempre disposta dal giudice della cognizione in caso di condanna o di applicazione di pena *ex art. 444* c.p.p., quando ne ricorrano i presupposti; ove tuttavia questi non vi abbia provveduto è competente a disporla il giudice dell'esecuzione a norma dell'art. 676 c.p.p., non potendosi operare una distinzione a tal fine tra la confisca generale di cui all'art. 240 c.p. e quella speciale prevista dal D.L. 306/1992<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 3292 del 21/06/1995 - dep. 05/09/1995, Limonetti, Rv. 202469 - 01.

<sup>48</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 3818 del 18/09/1997 - dep. 26/11/1997, Cavallari ed altri, Rv. 209042 - 01.

<sup>49</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 3599 del 16/05/2000 - dep. 09/08/2000, Nevi e altri, Rv. 216751 - 01.

<sup>50</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 2743 del 11/07/2000 - dep. 09/10/2000, Spierto, Rv. 217467 - 01.

Sul fronte opposto, si è sostenuto che la competenza del giudice dell'esecuzione a disporre la confisca obbligatoria è limitata ai casi previsti dall'art. 240 c.p., non bisognevoli di particolari accertamenti di merito, e non si estende a quella prevista dall'art. 12 *sexies* D.L. 306/1992, conv. in L. 356/1992, in materia di contrasto alla criminalità mafiosa, subordinata all'accertamento, che può essere fatto solo dal giudice di merito, della mancata giustificazione della provenienza delle cose da sottoporre alla misura di sicurezza e del loro valore sproporzionato al reddito del condannato<sup>51</sup>.

Correlativamente, è stato affermato che il sequestro preventivo di beni disposto in previsione della confisca «estesa», è illegittimo se non è più possibile una pronuncia sul punto del giudice di merito. Infatti, tale confisca è subordinata all'accertamento di precise condizioni, da verificare nella sede di merito, ed è applicabile solo con la sentenza che definisce il giudizio: nella specie la Corte ha annullato il sequestro preventivo disposto dopo la sentenza di primo grado (che ometteva di disporre la confisca) non impugnata dal pubblico ministero<sup>52</sup>.

In conclusione, in virtù di tale orientamento ermeneutico, l'art. 12 *sexies* D.L. 306/1992 prevede una confisca obbligatoria (in aggiunta a quanto stabilito, in via generale, dell'art. 240 c.p.), che deve essere ordinata previo accertamento della sussistenza di tutte le condizioni indicate nel citato articolo. Detto accertamento può essere compiuto soltanto in sede di giudizio di cognizione e la confisca può essere disposta soltanto con la sentenza che tale giudizio definisce. Non è legittimo, quindi, disporre la misura in argomento con provvedimento autonomo e distinto dalla sentenza di condanna che abbia deciso in merito. Secondo la Corte, non può diversamente ritenersi in base al disposto di cui all'art. 676 c.p.p. che attribuisce poteri, in materia di confisca obbligatoria, al giudice della esecuzione. Ciò perché tale articolo riguarda i casi di confisca obbligatoria indicati nel secondo comma dell'art. 240 c.p. adottabili *de plano* senza necessità di particolari accertamenti di fatto. Ne consegue l'illegittimità del sequestro preventivo prodromico a una confisca che non può essere disposta<sup>53</sup>.

A dirimere il conflitto insorto nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, è intervenuta la pronuncia delle Sezioni unite Derouach del 2001, con la quale la Suprema Corte ha statuito che la confisca dei beni patrimoniali dei quali il condannato per determinati reati non sia in grado di giustificare la provenienza, prevista dall'art. 12 *sexies* D.L. 306/1992, convertito in L. 356/1992, può essere disposta anche dal giudice dell'esecuzione che provvede *de plano*, a norma degli artt. 676 e 667 comma 4 c.p.p., ovvero all'esito di procedura in contraddittorio a norma dell'art. 666 dello stesso codice, salvo che sulla questione non abbia già provveduto il giudice della cognizione, con conseguente preclusione processuale<sup>54</sup>.

Con la citata sentenza, la Cassazione rileva che il principale argomento dell'opposto orientamento poggia sulla complessità dei penetranti accertamenti che, ai fini dell'applicazione della confisca allargata, devono essere compiuti dal giudice,

<sup>51</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 2011 del 08/07/1997 - dep. 18/11/1997, Montenegro, Rv. 210095 - 01.

<sup>52</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 2015 del 08/07/1997 - dep. 03/12/1997, Caracciolo, Rv. 209454 - 01.

<sup>53</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 2016 del 08/07/1997 - dep. 03/12/1997, Montenegro, Rv. 209061 - 01.

<sup>54</sup> Cass. pen., Sez. U, n. 29022 del 30/05/2001 - dep. 17/07/2001, Derouach, Rv. 219221 - 01.

soprattutto in ordine alla giustificazione della sproporzione tra il valore dei beni posseduti e il reddito dichiarato ai fini fiscali o comunque derivanti dalla attività economica svolta.

Sul punto, la Corte replica che la procedura *de plano* in fase esecutiva, prevista dall'art. 667 comma 4 c.p.p., postula una semplicità nell'accertamento, con la conseguenza che essa sarà adottabile in tutti i casi in cui i risultati da ricercare, emersi in sede di merito, siano contenuti nella sentenza di condanna o di patteggiamento.

Adottato il provvedimento *de plano*, l'interessato può, con l'opposizione innanzi al medesimo giudice dell'esecuzione, attivare il procedimento di esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p. che garantisce la piena attuazione del contraddittorio (comma 4) e la possibilità di completa acquisizione probatoria (comma 5 e art. 185 disp. att. c.p.p.), con la possibilità di procedere, senza formalità, anche all'esame di testimoni e all'espletamento di perizia.

In ogni caso – osserva ancora la Corte – nulla vieta al giudice dell'esecuzione di disporre, sin dall'inizio, il procedimento di esecuzione, azionando direttamente il meccanismo del contraddittorio ai fini di un immediato accertamento probatorio.

Ad avviso dei Giudici di legittimità, tale conclusione è pienamente conforme ai dettami costituzionali, in quanto:

- l'art. 24 comma 2 Cost. (diritto di difesa) non viene violato essendo prevista, ai sensi dell'art. 666 c.p.p., la pienezza del contraddittorio e la possibilità di acquisizione probatoria; si rileva, inoltre, che il diritto di difesa si atteggia in maniera diversa a seconda che l'accertamento da espletare riguardi la colpevolezza dell'imputato o la semplice applicazione di una misura di sicurezza patrimoniale, inoltre, il «contraddittorio differito» fa parte del sistema processuale essendo previsto anche in altri casi, mentre il «doppio grado di giudizio di merito» non ha copertura costituzionale;
- quanto al diritto al silenzio, esso attiene al momento dell'accertamento della responsabilità penale, sicché non assume rilievo in presenza di una condanna, restando così superata la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.);
- infine, la presunzione relativa sottesa alla disposizione in materia di confisca allargata è da considerarsi legittima, corrispondendo a norme di comune esperienza e al criterio di ragionevolezza in riferimento alla sproporzione fra redditi leciti e patrimoni ingiustificatamente posseduti in quanto esorbitanti dalle proprie capacità economiche, le quali a seguito di condanna per determinati reati si colorano, secondo la legge, di significatività negativa; in tal senso, la Corte considera pienamente rispettato il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), attesa l'evidente differenza esistente tra il comune cittadino e colui che abbia subito una condanna o abbia patteggiato la pena per uno dei reati-spia.

In conclusione – secondo la Cassazione – va affermato il principio che la confisca prevista dall'art. 12 *sexies* D.L. 306/1992, conv. in L. 356/1992, «può essere disposta dal giudice dell'esecuzione sul patrimonio del soggetto al momento della condanna o del patteggiamento per uno dei reati indicati da detta norma».

La successiva giurisprudenza di legittimità ha costantemente confermato il principio sancito dalle Sezioni unite nel 2001 in ordine alla possibilità, per il giudice dell'esecuzione, di adottare il provvedimento di confisca «allargata», così come l'eventuale propedeutico provvedimento di sequestro<sup>55</sup>.

Occorre, peraltro, rilevare che le «garanzie difensive» previste per la procedura di esecuzione, cui fa riferimento la pronuncia Derouach, si sono, nel frattempo, allargate e consolidate.

Invero, con la sentenza n. 109/2015<sup>56</sup>, la Corte costituzionale ha statuito che sono costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., in riferimento all'art. 6 paragrafo 1 della CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, gli artt. 666 comma 3, 667 comma 4 e 676 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica.

Secondo quanto affermato dalla Consulta, la pubblicità del giudizio – specie di quello penale – rappresenta, infatti, un principio connaturato ad un ordinamento democratico, la cui limitazione può avvenire solo in presenza di particolari ragioni giustificative, purché obiettive e razionali, e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale. In particolare, nel procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca, non sono ravvisabili ragioni atte a giustificare una deroga generalizzata e assoluta al principio di pubblicità delle udienze, atteso che il procedimento medesimo è finalizzato all'applicazione di una misura distinta ed ulteriore rispetto a quelle adottate in sede cognitiva: misura che incide su un diritto, ossia quello di proprietà, munito di garanzia convenzionale ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU.

Il percorso storico della confisca allargata in fase esecutiva si conclude con la piena positivizzazione del principio statuito nel 2001 dalle Sezioni unite Derouach.

La L. 161/2017, infatti, ha inserito il comma 4 *sexies*<sup>57</sup> nel testo dell'art. 12 *sexies* del D.L. 306/1992, conv. in L. 356/1992, prevedendo espressamente la competenza del giudice dell'esecuzione a disporre la confisca «allargata», a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

<sup>55</sup> In tal senso: Cass. pen., Sez. 6, n. 27343 del 20/05/2008 - dep. 04/07/2008, Ciancimino, Rv. 240585 - 01; Sez. 1, n. 22752 del 09/03/2007 - dep. 11/06/2007, Billeci, Rv. 236876 - 01; Sez. 5, n. 45709 del 25/06/2003 - dep. 26/11/2003, Bossi ed altri, Rv. 226738 - 01.

<sup>56</sup> Corte cost., n. 109 del 15/04/2015 - dep. 15/06/2015, commentata da: E. APRILE, *La pubblicità dell'udienza dinanzi al Tribunale di sorveglianza ed al giudice dell'esecuzione in caso di opposizione alla confisca*, in Cass. pen., 2015, 9, p. 3011 ss.; F. DEL SOLDATO, *La Corte costituzionale apre le porte dell'udienza in camera di consiglio in conformità ai principi del giusto processo garantito dalla CEDU*, in Ord. int. dir. um., 2015, p. 565 ss.; F. GIUNCHEDI, *La Consulta fornisce le passwords per l'accesso alla pubblica udienza nel procedimento di esecuzione de plano... ma solo in sede di opposizione*, in Dir. pen. proc., 2015, 10, p. 1283 ss.

<sup>57</sup> Comma aggiunto dall'art. 31, comma 1, lett. f), L. 17 ottobre 2017, n. 161.

La disposizione in esame, poi, con il D.Lgs. 21/2018, è confluita nel nuovo art. 183 *quater* delle disposizioni di attuazione del codice di rito, con la rubrica «Esecuzione della confisca in casi particolari»<sup>58</sup>.

Nello specifico, ai sensi del primo comma della disposizione in esame: «Competente a emettere i provvedimenti di confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240 *bis* del codice penale o da altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto».

Da tale previsione si ricava, dunque, che:

- sebbene il giudice della cognizione, come si è rilevato, «debba», in presenza dei presupposti applicativi normativamente previsti, disporre la confisca allargata, qualora non abbia provveduto con la sentenza che definisce il giudizio di merito, una volta divenuta irrevocabile quest'ultima, la competenza ad emettere il provvedimento ablativo passa al giudice dell'esecuzione, determinato ai sensi dell'art. 665 c.p.p.;
- superando un precedente contrasto giurisprudenziale sul punto, il legislatore statuisce chiaramente che la possibilità di disporre la confisca è subordinata al «principio della domanda»: è il pubblico ministero che deve assumere l'iniziativa, chiedendo al giudice dell'esecuzione il sequestro e la contestuale confisca dei beni; l'eventuale ablazione in assenza di apposita domanda da parte del pubblico ministero determina, dunque, una nullità assoluta ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. b) e 179 comma 1 c.p.p., in quanto concernente l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale; trattasi di nullità insanabile, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento;
- la domanda del pubblico ministero è di «sequestro e contestuale confisca», con la conseguenza che il provvedimento emesso dal giudice in questa fase, disponendo (anche) il sequestro preventivo, atto «a sorpresa» adottato in assenza di contraddittorio, è da considerarsi immediatamente esecutivo in relazione al sequestro, mentre, le statuizioni in ordine alla confisca, seguono il principio generale in virtù del quale i provvedimenti adottati dal giudice dell'esecuzione *ex* art. 667 comma 4 c.p.p. non sono immediatamente esecutivi; lo sono, invece, quelli emessi a seguito dell'instaurazione del contraddittorio, secondo quanto disposto dall'art. 666 comma 7 c.p.p.<sup>59</sup>;

<sup>58</sup> Articolo inserito dall'art. 6, comma 3, lett. b), D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21, a decorrere dal 6 aprile 2018.

<sup>59</sup> In particolare, Cass. pen., Sez. 1, n. 36754 del 18/06/2015 - dep. 10/09/2015, Aciri e altro, Rv. 264704 - 01, proprio riguardo alla confisca «allargata», ha statuito che, in materia di provvedimenti del giudice dell'esecuzione, non è configurabile un principio generale di immediata esecutività, dovendo distinguersi tra ordinanze adottate all'esito dell'instaurazione del contraddittorio tra le parti, immediatamente esecutive – in virtù della previsione contenuta nell'art. 666 comma 7 c.p.p., che deroga al principio generale di cui all'art. 588 comma 1 c.p.p. – ed ordinanze adottate *de plano* che, salvo i casi di immediata esecutività espressamente previsti dalla legge o comunque specificamente desumibili dal sistema normativo, diventano

- il giudice provvede sulla richiesta, senza formalità, con provvedimento comunicato al pubblico ministero e notificato all'interessato (art. 667 comma 4 c.p.p.); è opportuno rilevare che il legislatore prevede l'utilizzo del provvedimento *de plano*, sempre e comunque, indipendentemente dalla complessità del caso concreto, statuendo che il procedimento possa dischiudersi alla pienezza del contraddittorio tra le parti solo in un momento successivo, a seguito dell'eventuale opposizione da parte dell'interessato;
- a differenza della disposizione di carattere generale di cui all'art. 667 comma 4 c.p.p., la forma del provvedimento di sequestro e confisca è quella del decreto (non dell'ordinanza) e il termine per proporre opposizione non è di quindici giorni, bensì di trenta; il legislatore sembra, dunque, prendere in considerazione la complessità delle questioni che possono porsi in relazione alla necessità di giustificare la rilevata sproporzione tra il valore dei beni e delle utilità possedute e il reddito dichiarato ai fini fiscali o scaturente dall'attività economica svolta dall'interessato, con la conseguente necessità, talvolta, di fare ricorso ad articolati accertamenti tecnici;
- avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione – sia che questi abbia deciso correttamente *de plano* ai sensi dell'art. 667 comma 4 c.p.p., sia che abbia provveduto irritualmente nelle forme dell'udienza camerale *ex art. 666 c.p.p.* – è prevista solo la facoltà di proporre opposizione, sicché come tale deve essere riqualficato l'eventuale ricorso per cassazione proposto avverso il suddetto provvedimento, nel rispetto del principio generale della conservazione degli atti giuridici e del *favor impugnationis*, con conseguente trasmissione degli atti al giudice competente; in caso contrario, l'interessato si vedrebbe privato della piena cognizione di «riesame» da parte del giudice dell'esecuzione<sup>60</sup>.

## 6. La «linea di arresto» temporale: pronuncia o irrevocabilità della sentenza?

Chiarito quanto precede ed evidenziato che la confisca allargata «deve» essere disposta con la sentenza nel giudizio di cognizione e che, solo qualora così non sia stato,

---

esecutive, in caso di mancata opposizione, allo scadere del termine previsto dall'art. 667 comma 4 c.p.p.: in motivazione, la Corte ha evidenziato che il diverso regime di esecutività delle ordinanze emesse *de plano* rispetto a quelle pronunciate all'esito di contraddittorio, oltre che coerente con il dettato normativo, trova giustificazione nella mancata previsione dell'esercizio del diritto di difesa da parte del destinatario del provvedimento.

<sup>60</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 49317 del 27/10/2015 - dep. 15/12/2015, Clark e altro, Rv. 265538 - 01; così anche: Sez. 3, n. 39515 del 27/06/2017 - dep. 29/08/2017, Tre Emme Auto Srl, Rv. 271460 - 01; Sez. 5, n. 16018 del 18/02/2015 - dep. 16/04/2015, Vilela Serrano, Rv. 263437 - 01; Sez. 5, n. 503 del 11/11/2014 - dep. 08/01/2015, Viti, Rv. 262166 - 01; Sez. 3, n. 48495 del 06/11/2013 - dep. 04/12/2013, Gabellone e altro, Rv. 258079 - 01; Sez. 1, n. 33007 del 09/07/2013 - dep. 30/07/2013, Compagnone, Rv. 257006 - 01; Sez. 6, n. 16594 del 12/03/2013 - dep. 12/04/2013, Prysmian Spa e altro, Rv. 256144 - 01; Sez. 1, n. 4083 del 11/01/2013 - dep. 25/01/2013, Tabbì, Rv. 254812 - 01; Sez. 6, n. 35408 del 22/09/2010 - dep. 01/10/2010, Mafrica, Rv. 248634 - 01; Sez. 4, n. 23901 del 20/05/2009 - dep. 10/06/2009, Ichim, Rv. 244221 - 01.

scatta la competenza del giudice dell'esecuzione, è possibile procedere ora all'esame della specifica questione assegnata alla decisione delle Sezioni unite.

Come si è detto, essa attiene all'individuazione del momento che segna il «limite di confiscabilità» dei beni del condannato e, nello specifico, se occorra fare riferimento al momento della «emissione» della sentenza di condanna per il reato-sorgente o se, invece, debba aversi riguardo al momento del «passaggio in giudicato» della medesima sentenza.

Alcuni arresti della Suprema Corte affermano che sono confiscabili denaro, beni e utilità acquisiti dal condannato fino alla data della «irrevocabilità» della sentenza di condanna per il delitto-spia, rilevando che solo con il passaggio in giudicato della sentenza viene a determinarsi l'esistenza del presupposto soggettivo della confisca estesa (condanna per il reato presupposto), con la conseguenza che l'irrevocabilità del provvedimento di condanna segna anche il limite temporale della confisca allargata.

È stato, in particolare, affermato che «è del tutto ragionevole affermare che la presunzione d'illecita accumulazione, introdotta dall'art. 12 *sexies* D.L. n. 306/1992, trova il proprio fondamento nell'accertamento, definitivo, della commissione di uno dei delitti indicati nel medesimo articolo, tanto che, in quest'ottica, assume carattere assorbente l'epilogo della vicenda processuale: soltanto l'irrevocabilità della sentenza di condanna determina il momento fino al quale opera la presunzione. Deve, quindi, ritenersi che il giudice dell'esecuzione possa disporre la confisca prevista dall'art. 12 *sexies* D.L. 8 giugno 1992, n. 306, dei beni acquistati o comunque entrati nella disponibilità del condannato fino alla data di passaggio in giudicato della sentenza di condanna, giacché fino a tale momento opera la presunzione d'illecita accumulazione del patrimonio»<sup>61</sup>.

Anche dopo l'emissione dell'ordinanza che ha rimesso la questione all'esame delle Sezioni unite, è stato ribadito che «la confisca non può essere disposta in relazione a beni acquistati dal condannato dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo che essi siano stati acquistati con risorse finanziarie risultanti nella disponibilità del condannato prima di tale momento»<sup>62</sup>.

Secondo altro orientamento interpretativo, ferma restando la necessità di una sentenza di condanna passata in giudicato, ai fini della confisca estesa, il segmento temporale da prendere in considerazione è quello che si protrae fino alla «emissione» della sentenza di condanna, con esclusione, quindi, di tutta la durata dei giudizi di impugnazione in fase di cognizione.

Si è precisato, comunque, che sono confiscabili anche i beni e le utilità pervenuti al condannato dopo la pronuncia della sentenza di condanna, purché si dimostri che essi sono stati acquistati utilizzando risorse finanziarie di cui l'imputato già disponeva al momento dell'emissione della sentenza.

---

<sup>61</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 51 del 19/12/2016 - dep. 02/01/2017, Cecere; negli stessi termini: Sez. 1, n. 35856 del 17/05/2019 - dep. 08/08/2019, Iannò; alla «data di passaggio in giudicato della sentenza di condanna» fa riferimento anche Sez. 1, n. 36499 del 06/06/2018 - dep. 30/07/2018, Quattrone e altro, che aggiunge che ci si può spingere oltre tale data «se si dimostri in modo specifico ed incontrovertito che l'acquisto sia avvenuto con mezzi ottenuti prima della condanna».

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 35580 del 25/11/2020 - dep. 11/12/2020, Rebeshi.

In questa prospettiva è stato sostenuto che «la confisca (...) non può essere disposta per beni acquistati dal condannato dopo la sentenza di condanna, giacché, altrimenti, da un lato, si vanificherebbe ogni distinzione fra la disciplina della confisca in questione e quella relativa alle misure di prevenzione e, dall'altro, si caricherebbe il giudice dell'esecuzione di compiti di accertamento tipici del giudizio di cognizione. Si deve, quindi, ritenere che la pronuncia della sentenza di condanna sia il punto finale di riferimento temporale per la confisca dei beni, fino a quel momento acquisiti»<sup>63</sup>.

In altra pronuncia si evidenzia come «il sequestro debba essere ordinariamente emesso nel corso del giudizio di cognizione ed in vista del suo esito; sicché, ove, per una qualsiasi ragione, lo si emetta da parte del giudice di esecuzione dopo la sentenza di condanna, non per tale modalità può modificarsi la prospettiva temporale, che è anche prospettiva funzionale, connessa a tale misura e alla confisca rispetto a cui il sequestro è strumentale. E, proprio perché il giudice dell'esecuzione è abilitato a compiere esclusivamente l'attività che avrebbe potuto svolgere il giudice della cognizione, rispetto a cui egli interviene in via surrogatoria, per stabilire l'anteriorità o posteriorità dell'acquisto deve aversi riguardo alla data della sentenza del grado del giudizio di merito nel quale si è perfezionato l'accertamento della responsabilità penale, presupposto dalla confisca»<sup>64</sup>.

Il medesimo principio viene ribadito in altra sentenza, in cui è stato precisato che «residua giusto l'ipotesi (...) in cui il bene sia stato acquistato successivamente alla sentenza, ma con risorse finanziarie che risultino essere state in possesso del condannato prima di essa, e che si sarebbero dunque esse stesse potute e dovute confiscare in cognizione, cui può logicamente equipararsi l'ipotesi del bene, che si identifichi con il denaro o che abbia diretta natura finanziaria, preesistente alla sentenza e solo successivamente scoperto o rinvenuto; ipotesi che tuttavia esigono specifica allegazione e adeguato sostegno probatorio»<sup>65</sup>.

In altro arresto si osserva come «occorra avere riguardo alla data della sentenza con la quale è stata accertata la responsabilità penale del condannato in relazione ai reati elencati nella citata norma e non alla data della sua irrevocabilità», argomentando che «il giudice dell'esecuzione (...) può esclusivamente compiere l'attività che avrebbe potuto compiere il giudice della cognizione»<sup>66</sup>.

Così sintetizzati i due orientamenti ermeneutici che si confrontano in seno alla giurisprudenza di legittimità, a giudizio di chi scrive, appare maggiormente condivisibile quello che individua nella «emissione» della sentenza di condanna, e non nel suo «passaggio in giudicato», il limite temporale cui parametrare la confisca allargata in sede di esecuzione.

---

<sup>63</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 12047 del 11/2/2015 - dep. 23/03/2015, Nikolla; medesime espressioni vengono usate in precedenza da Sez. 2, n. 46291 del 06/11/2012 - dep. 28/11/2012, Polinti.

<sup>64</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 36592 del 28/03/2017 - dep. 24/07/2017, Barresi.

<sup>65</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 9984 del 23/01/2018 - dep. 5/03/2018, Ousmane.

<sup>66</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 17539 del 21/10/2016 - dep. 06/04/2017, Consiglio.

L'argomento principale in questa direzione va rinvenuto proprio nel carattere «sostitutivo» del potere riconosciuto, prima dalla giurisprudenza di legittimità e poi da apposita norma codicistica, al giudice dell'esecuzione.

Nel quarto paragrafo del presente contributo sono state richiamate le numerose norme che «impongono» al giudice di merito di disporre la confisca per sproporzione, con la sentenza, nell'ambito del giudizio di cognizione.

Non v'è dubbio, dunque, che il legislatore abbia affidato, in via prioritaria proprio al giudice della cognizione il compito di disporre il provvedimento ablativo qualora ne ricorrano i presupposti di legge, determinando, in tal modo, la «contestualità» tra condanna per il reato-spia e accertamento dei presupposti oggettivi della sproporzione tra valore dei beni posseduti dall'imputato e redditi dichiarati o, comunque, attività economica svolta, nonché la mancanza di giustificazione da parte dell'interessato, chiamato a dimostrare, sempre nel giudizio di merito, la legittima provenienza del denaro, dei beni e delle utilità di cui dispone, anche per interposta persona.

Proprio la natura «sostitutiva» del potere riconosciuto al giudice dell'esecuzione induce a ritenere che esso debba essere esercitato esattamente entro i limiti e i termini in cui avrebbe dovuto esercitarlo il giudice della cognizione, senza possibilità di riconoscere al giudice della fase esecutiva il potere di disporre la confisca per sproporzione su un novero di beni più ampio di quello aggredibile dal giudice di merito.

Tale piena «sovrapponibilità cognitoria e decisoria» deriva, oggi, dalla lettera dell'art. 183 *quater* disp. att. c.p.p., secondo cui, «dopo l'irrevocabilità della sentenza», il potere (il medesimo potere) di «emettere i provvedimenti di confisca» ai sensi dell'art. 240 *bis* c.p., spetta al giudice dell'esecuzione: si tratta, pertanto, di una semplice «traslazione di competenze», senza che tale trasferimento modifichi connotati e limiti del potere ablatorio di cui si discute.

Il giudice dell'esecuzione incontra, dunque, i medesimi limiti temporali e oggettivi che circoscrivono la potestà ablativa del giudice di merito:

- quanto al periodo antecedente la commissione del reato-spia, dovrà trovare applicazione il principio della «ragionevolezza temporale», più volte affermato dagli arresti di legittimità ed oggi confermato anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale;
- in ordine al periodo successivo alla perpetrazione del delitto-sorgente, pur operando comunque il criterio della «ragionevolezza», il *discrimen* di riferimento «ultimo» non può che essere segnato dalla pronuncia della sentenza di condanna, atteso che quello sarebbe stato il medesimo vincolo imposto al potere ablativo del giudice di merito, qualora questi, osservando diligentemente i molteplici disposti normativi sul punto, lo avesse esercitato nella sede precipuamente destinata a tale scopo: quella del processo di cognizione.

In fase esecutiva, non è consentito, dunque, al giudice attingere, con il provvedimento impositivo del sequestro preventivo e della confisca estesa, denaro, beni e utilità non facenti parte del patrimonio del condannato già al momento della pronuncia della sentenza di condanna per il reato-spia, salvo che – come condivisibilmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità – non si tratti di beni acquistati con risorse

finanziarie di cui egli già disponeva al momento dell'emissione della sentenza di condanna, circostanza che ovviamente postula un adeguato riscontro probatorio.

L'emissione della sentenza di condanna è la pronuncia che pone fine alla «cognizione» del giudice di merito, dunque anche alla «conoscibilità» da parte del giudice dell'esecuzione.

A giudizio di chi scrive, accogliere l'opposto orientamento, secondo cui il potere ablatorio del giudice dell'esecuzione può essere spinto fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il delitto presupposto, rischia di prestare il fianco a censure di legittimità costituzionale, sotto i profili dell'uguaglianza e della ragionevolezza (art. 3 Cost.). Invero, accedendo a tale prospettazione – fatta propria da diverse sentenze della Suprema Corte – il condannato per il reato-spia risulta assoggettato a conseguenze ablatorie significativamente differenti semplicemente a seconda che il giudice della cognizione abbia diligentemente disposto la confisca allargata in fase di cognizione, così come normativamente impostogli, ovvero il provvedimento di confisca venga adottato solo in fase di esecuzione, con un conseguente rilevante ampliamento – in tesi – dei cespiti patrimoniali aggredibili, che non sarebbero più soltanto quelli posseduti dall'imputato al momento della pronuncia di condanna, bensì quelli (potenzialmente accresciuti, anche significativamente) di cui dispone al momento del passaggio in giudicato del provvedimento.

L'imputato sarebbe esposto, dunque, a conseguenze assai diverse in ordine al lasso temporale nell'ambito del quale operare l'ablazione, facendolo dipendere esclusivamente dalla diligenza del giudice della cognizione (tenuto a provvedere con sentenza, con i limiti temporali di accertamento segnati dalla pronuncia di quest'ultima), con ablazione disposta, in alternativa, dal giudice dell'esecuzione (con provvedimento autonomo e uno spettro cognitivo esteso fino al passaggio in giudicato della sentenza).

L'indirizzo ermeneutico che individua il limite temporale di riferimento nella data di irrevocabilità della sentenza, anziché in quella della sua emissione, determina dunque un'estensione della presunzione di illecita locupletazione patrimoniale su cui si fonda la confisca allargata *ex art. 240 bis c.p.*

Tale estensione, tuttavia, è soggetta ad un'alea del tutto incontrollabile e imprevedibile, perché tali sono i tempi necessari ai fini del compiuto espletamento delle procedure di impugnazione (magari anche con giudizi di rinvio) nell'ambito del processo di cognizione.

Detta estensione risulta del tutto svincolata da criteri di ragionevolezza, proprio perché scaturente da eventi totalmente indipendenti dalla volontà e responsabilità del condannato, così come dalla gravità del delitto-sorgente in relazione al quale interviene la sentenza di condanna.

L'estensione della peculiare presunzione su cui si articola la confisca allargata dipenderebbe, dunque, esclusivamente dalla durata dei giudizi di impugnazione, talvolta anche anni.

Essa sarebbe determinata unicamente dalla semplice durata delle procedure di impugnazione, il cui protrarsi, una volta formulato l'atto di gravame, è totalmente svincolato dalla volontà o anche solo dalla possibilità di incidenza da parte dell'imputato, dipendendo invece da fattori imperscrutabili, imprevedibili e soprattutto

del tutto estranei a quest'ultimo (complessità del procedimento, carico di lavoro dei giudici dell'impugnazione, persino una pandemia con conseguente rallentamento dei giudizi di gravame verrebbe «addebitata» all'imputato, con correlativa estensione del novero dei cespiti confiscabili).

Considerando l'ipotesi «classica» della sentenza di condanna intervenuta in primo grado (senza statuizione sulla confisca allargata, pur in presenza dei relativi presupposti), con successive impugnazioni interposte dal solo imputato, la semplice formulazione del gravame amplierebbe, di per sé, lo spettro dei beni del (futuro) «condannato» passibili di confisca nelle peculiari forme e con le specifiche presunzioni previste per la confisca estesa, traducendosi, in tal modo, in un'insolita forma di *reformatio in peius*: pur in presenza di impugnazioni formulate da parte del solo imputato nel giudizio di cognizione, infatti, si amplierebbe lo spettro dei beni di quest'ultimo suscettibili di ablazione in fase esecutiva.

Occorre, inoltre, considerare che, per un consolidato principio giurisprudenziale, anche qualora venga contestato un delitto-sorgente permanente con «contestazione aperta», dunque senza indicazione della data di cessazione della condotta illecita, quest'ultima s'intende cessata proprio con la pronuncia della sentenza di condanna, non con il passaggio in giudicato del provvedimento.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato, in particolare, che, in tema di reato associativo, laddove la contestazione sia formulata senza specificazione del termine finale della condotta, la pronuncia della sentenza di primo grado segna il termine ultimo e invalicabile della protrazione della permanenza del reato, in quanto la condotta futura dell'imputato trascende necessariamente l'oggetto del giudizio<sup>67</sup>.

L'accertamento contenuto nella sentenza di condanna, dunque, delimita la protrazione temporale della permanenza del reato con riferimento alla data finale cui si riferisce l'imputazione ovvero alla diversa data ritenuta in sentenza, o, nel caso di contestazione «aperta», alla data della pronuncia di primo grado, sicché la successiva prosecuzione della medesima condotta illecita oggetto di accertamento può essere valutata esclusivamente quale presupposto per il riconoscimento del vincolo della continuazione tra i vari episodi<sup>68</sup>.

Peraltro, è stato anche precisato che, in presenza di un reato permanente nel quale la contestazione sia stata effettuata nella forma cosiddetta «aperta» o a «consumazione in atto», senza indicazione della data di cessazione della condotta illecita, la regola di «natura processuale» per la quale la permanenza si considera cessata con la pronuncia della sentenza di primo grado non equivale a presunzione di colpevolezza fino a quella data, spettando all'accusa l'onere di fornire la prova a carico dell'imputato in ordine al protrarsi della condotta criminosa fino all'indicato ultimo limite processuale<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 13085 del 03/10/2013 - dep. 20/03/2014, Amato e altri, Rv. 259482 - 01.

<sup>68</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 680 del 19/11/2019 - dep. 10/01/2020, D'Alessandro, Rv. 277788 - 01; il medesimo principio è ribadito da Sez. 6, n. 3054 del 14/12/2017 - dep. 23/01/2018, P.G. in proc. Olivieri e altri, Rv. 272138 - 01.

<sup>69</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 23343 del 01/03/2016 - dep. 06/06/2016, Ariano e altri, Rv. 267080 - 01.

Pertanto, a seguito della pronuncia di condanna di primo grado, «rivive» integralmente, per il periodo successivo, la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.), che impone di ritenere che sia cessata, anche in ipotesi di reato permanente con «contestazione aperta», l'attività illecita posta in essere dall'imputato.

## 7. I poteri istruttori del giudice dell'esecuzione in tema di confisca «estesa».

Rilevato che – secondo la tesi che qui si sostiene – il giudice dell'esecuzione, nel disporre la confisca allargata, incontra due precisi paletti «temporali», uno *ante delictum* (il criterio della «ragionevolezza temporale») e l'altro *post delictum* (la data di pronuncia della sentenza di condanna), è necessario affrontare un'ulteriore questione, di carattere eminentemente probatorio.

In alcune pronunce della Suprema Corte, infatti, si afferma che il potere istruttorio del giudice dell'esecuzione nel disporre la confisca «allargata» sarebbe «vincolato» o almeno «limitato» dalle emergenze probatorie acquisite nel giudizio di cognizione.

In particolare, è stato sostenuto che «l'ammissione delle verifiche e dei poteri decisionali di sequestro e confisca in sede di esecuzione (...) va circoscritta a quelle disponibilità la cui individuazione, pur in mancanza di tutti i dati identificativi, risulti già in sede di cognizione, non potendosi spingere le indagini, dopo il passaggio in giudicato, ad accertamenti di carattere inedito del tutto estranei all'ambito della cognizione»<sup>70</sup>.

Ad avviso della Corte, la tesi contraria non trova conferma nella possibilità di disporre la confisca allargata in sede esecutiva anche con riferimento a beni acquistati successivamente alla sentenza, allorquando essi risultino frutto del reimpiego di risorse precedentemente nella disponibilità del condannato. Ed infatti, si tratterebbe pressappoco del medesimo genere di confisca, di valore equivalente, ora espressamente previsto dal secondo comma dell'art. 240 *bis* c.p., «che presuppone però pur sempre la precedente individuazione del denaro, dei beni e delle altre utilità sui quali avrebbe potuto operare la decisione».

Si sostiene, ancora, che, in tal caso, «non si ci muove nella sfera delle funzioni del giudice dell'esecuzione compatibili con l'integrazione di una decisione che avrebbe potuto investire presupposti già tracciati secondo le prospettazioni preesistenti, ma (...) si avviano non previste indagini patrimoniali dando impulso a iniziative meramente esplorative che non hanno una reale continuità con la cognizione».

L'assunto è condiviso e richiamato in una successiva recentissima pronuncia della Suprema Corte, in cui si sottolinea che ammettere di poter disporre la confisca in sede esecutiva, «anche al di là della piattaforma su cui si è basato il giudizio di merito», darebbe luogo ad una totale confusione e sovrapposizione tra il giudizio penale e quello di prevenzione, non potendosi individuare un reale discrimine applicativo tra la confisca

---

<sup>70</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 22820 del 12/04/2019 - dep. 23/05/2019, P.M.T. in proc. Panfilì.

allargata *ex art. 240 bis c.p.* e la confisca di prevenzione di cui agli artt. 16 e segg. D.Lgs. 159/2011<sup>71</sup>.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte opera un ulteriore distinguo, rilevando che «il ravvisato limite cognitivo, derivante dalla piattaforma su cui si è basato il giudizio di cognizione che ha portato alla condanna irrevocabile (...) per usura, era incompleto, non già a causa dell'inerzia del pubblico ministero e del giudice che non si sarebbero attivati per individuare i beni da sottoporre a confisca in sede di cognizione, quanto piuttosto perché l'imputato aveva architettato e posto in essere una complessa serie di operazioni, anche all'estero, per occultare e celare il proprio patrimonio» (il bene confiscato risultava, infatti, fittiziamente intestato ad una società).

Ad avviso della Cassazione, dunque, «in questo caso, il differente panorama conoscitivo di cui disponeva il giudice della cognizione non dipende (...) dall'inerzia dell'autorità procedente, ma piuttosto dal comportamento dell'imputato, sicché la scoperta di beni occultati nella sua disponibilità, resa possibile soltanto in sede esecutiva a seguito di indagini sviluppate sulla base di ulteriori acquisizioni informative, non costituisce una illegittima estensione della piattaforma conoscitiva posta a base della decisione di merito, ma unicamente la rimozione di un ostacolo illecitamente opposto dall'imputato alla compiuta ricostruzione del suo patrimonio. Si consideri, infine, che l'imputato è piuttosto tenuto a dichiarare la verità all'autorità giudiziaria in merito alle proprie consistenze patrimoniali, come stabilito dall'art. 21 disp. att. cod. proc. pen., sicché il silenzio ovvero l'artificioso occultamento del patrimonio non può costituire ostacolo all'individuazione, in qualunque tempo, dei beni suscettibili di confisca».

Secondo le citate sentenze, dunque, ai fini della delimitazione dell'ambito oggettivo di accertamento probatorio del giudice dell'esecuzione, occorre non soltanto distinguere tra prove assunte e prove non acquisite nel giudizio di cognizione, ma anche tra prove non assunte per negligenza del pubblico ministero o del giudice del merito e prove non acquisite per condotta fraudolenta posta in essere dell'imputato.

La tesi, tuttavia, a parere di chi scrive, non convince.

In primo luogo, essa non sembra trovare un adeguato addentellato normativo, atteso che, ai sensi dell'art. 666 commi 4 e 5 c.p.p., nonché dell'art. 185 disp. att. c.p.p., il giudice dell'esecuzione può acquisire qualsiasi tipo di prova, scritta o orale, costituita o costituenda, ivi compresi esami testimoniali e perizie tecniche, oggi anche in udienza pubblica, con garanzie analoghe, se non sovrapponibili a quelle dibattimentali, senza che il «campo di osservazione» risulti in alcun modo circoscritto dalle emergenze istruttorie già acquisite (o non acquisite) in fase di cognizione.

Inoltre, se non si dà al giudice dell'esecuzione la possibilità di «andare oltre» gli accertamenti patrimoniali compiuti nell'ambito del giudizio di merito, non sarà mai possibile scoprire se vi sono altri cespiti aggredibili e se la loro mancata individuazione in fase di cognizione sia dipesa da scarsa diligenza del pubblico ministero o del giudice o se, invece, sia stata causata da una preordinata condotta di occultamento o intestazione fittizia posta in essere ad opera del condannato.

---

<sup>71</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 35547 del 28/10/2020 - dep. 11/12/2020, Brugnoli.

La stessa Cassazione, peraltro, nell'ultima delle sentenze citate, osserva che «non si vede, del resto, perché, fermi restando i presupposti previsti per procedere all'ablazione dei beni in sede esecutiva *ex art. 240-bis cod. pen.*, si debba premiare l'imputato che, nel corso del giudizio di merito, sia riuscito ad occultare i propri beni, intestandoli a terzi o in altro modo schermandoli alle indagini penali»<sup>72</sup>.

Accogliere la tesi che circoscrive i poteri probatori del giudice dell'esecuzione alle emergenze istruttorie già evidenziate dalla fase di cognizione, inoltre, risulterebbe particolarmente pregiudizievole in tutte le ipotesi in cui la confisca allargata venga disposta, non sulla base di una sentenza di «condanna», bensì di «applicazione della pena su richiesta», a conclusione del relativo giudizio speciale, ontologicamente contraddistinto da un accertamento istruttorio a carattere sommario, con una decisione adottata «allo stato degli atti», senza l'articolato approfondimento assicurato dal giudizio dibattimentale.

Quanto alla differenza con le misure di prevenzione, in primo luogo, il problema riguarda anche gli accertamenti espletabili in fase di cognizione: anche in quella sede, infatti, si dovrebbero «limitare» gli accertamenti patrimoniali per non renderli eccessivamente «simili» o «sovrapponibili» a quelli praticabili in sede di prevenzione; in secondo luogo, al di là dell'ampiezza delle investigazioni patrimoniali compiute o assentibili, resta comunque la rilevante differenza «soggettiva» tra confisca allargata, che riguarda il condannato con sentenza passata in giudicato per un determinato reato-spia, e confisca di prevenzione, che attinge, invece, il soggetto socialmente pericoloso, senza necessità di una contestazione formalmente cristallizzata.

Condivisibile appare, dunque, l'orientamento giurisprudenziale, espresso proprio in tema di confisca estesa, che evidenzia: «Il processo di esecuzione presenta una sua autonomia rispetto al giudizio di cognizione e proprio la norma di cui all'art. 666, comma 5, cod. proc. pen. – come correttamente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte – smentisce l'assunto difensivo secondo cui il quadro probatorio addotto a sostegno della richiesta di confisca debba coincidere necessariamente con quello esistente al momento della definizione del giudizio di cognizione con la sentenza di applicazione della pena»<sup>73</sup>.

In conclusione, una volta stabilito il «limite temporale» nell'ambito del quale il giudice dell'esecuzione può agire, rappresentato dalla pronuncia della sentenza di condanna, argine ulteriormente definito e circoscritto, *ante e post delictum*, dal principio della «ragionevolezza temporale», non vi è alcun motivo – a parere di chi scrive – per

<sup>72</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 35547 del 28/10/2020 - dep. 11/12/2020, Brugnoli cit.

<sup>73</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 20021 del 11/03/2016 - dep. 13/05/2016, Magnera e altro, in cui la difesa sosteneva che il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto decidere valutando esclusivamente la documentazione a disposizione del giudice della cognizione che aveva applicato la pena nei confronti del ricorrente ai sensi dell'art. 444 c.p.p. e non anche quella acquisita nel corso del dibattimento a carico di altri imputati, non utilizzabile in sede esecutiva; secondo la tesi difensiva - respinta dalla Corte - sarebbe incompatibile con un giudizio definito con «patteggiamento» irrevocabile ogni ulteriore attività istruttorie che sia volta a modificare o integrare il quadro probatorio che ha costituito il presupposto dell'accordo stesso tra le parti, con la conseguenza che la confisca andrebbe disposta esclusivamente sulla base degli elementi acquisiti nel giudizio di merito.

ritenere che, entro il segmento cronologico così determinato, i poteri istruttori del giudice dell'esecuzione incontrino ulteriori limiti, scaturenti dagli accertamenti compiuti (e, soprattutto, non compiuti) in fase di cognizione.

Estremizzando la tesi contraria, si potrebbe arrivare a sostenere che, nell'assoluta assenza (per qualunque ragione) di accertamenti probatori operati, sul piano patrimoniale, nel processo di merito, il giudice dell'esecuzione sarebbe totalmente privato di qualsiasi potere istruttorio e, a quel punto, dello stesso potere-dovere di disporre la confisca allargata.

In ogni caso, la possibilità di confiscare sarebbe incisivamente amputata da fattori del tutto aleatori, come la perizia e la diligenza palesate da pubblico ministero e giudice della cognizione, o, ancor peggio, dal comportamento fraudolento e distrattivo perpetrato dall'imputato nell'ambito del giudizio di merito, senza alcuna possibilità di «recupero» e «disvelamento» in sede esecutiva.

## 8. Conclusioni.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, pare potersi conclusivamente affermare che, in fase esecutiva, il potere di disporre la confisca «allargata» possa essere esercitato in riferimento ai beni esistenti, e riferibili al condannato, sino al momento della emissione della sentenza di condanna, ferma restando la possibilità di confiscare anche beni che, pur acquisiti in un momento successivo, costituiscono il reimpiego di disponibilità finanziarie esistenti al momento della pronuncia della sentenza.

In ogni caso, deve essere rispettato il criterio della «ragionevolezza temporale», che trova dunque applicazione sia *ante* che *post delictum*, con la data di emissione della sentenza di condanna che, in epoca successiva al reato, segna il «confine ultimo» della confiscabilità.

Stabiliti i predetti limiti temporali, non sembra potersi sostenere che il giudice dell'esecuzione sia sottoposto ad ulteriori limitazioni quanto ai mezzi istruttori esperibili e ai temi di prova scandagliabili, ivi compresa la ricerca e l'individuazione di beni eventualmente rimasti sconosciuti al giudizio di merito, a condizione che venga assicurata la pienezza del contraddittorio tra pubblica accusa e soggetto interessato.

## IL DISTANZIAMENTO SOCIALE: UN NUOVO PARADIGMA PER IL PROCESSO PENALE?

di Roberta Aprati

*Lo scritto propone una riflessione sul principio di immediatezza. L'analisi si incentra sulla possibilità di bilanciare diversamente il principio, attraverso una nuova modulazione del rapporto fra le regole che lo attuano e le deroghe che lo sacrificano, tramite il sussidio di due inediti fattori: le videocomunicazioni e le verbalizzazioni tramite videoregistrazioni.*

SOMMARIO: 1. *Incipit*. – 2. Un'ipotesi di lavoro: da un binomio verso un trinomio. – 3. La capacità epistemica dei verbali videoregistrati e del processo a distanza. – 4. Sette proposte tutte da verificare. – 5. Verso un nuovo tassello delle prerogative difensive.

### 1. *Incipit*.

La crisi sanitaria mondiale causata dal virus SARS-Co-V2 ha stravolto qualsiasi cosa, sembra che nulla sia come prima, nella vita individuale e in quella collettiva; e questo radicale mutamento ha visto come protagonista assoluto il diritto e quindi anche il diritto processuale penale. Una alluvionale normazione emergenziale ha prodotto in un attimo tale cambiamento.

Non si discuterà qui delle misure processuali temporali anti covid-19<sup>1</sup>, quanto piuttosto della possibilità di modulare diversamente il principio di immediatezza. A tal

---

<sup>1</sup> Su cui cfr., fra i numerosissimi contributi apparsi, E. AMODIO, E. CATALANO, [La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio](#), in questa Rivista, 5/2020, p. 267 ss.; J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020; C. DI BUGNO, [L'amministrazione della giustizia alla prova della pandemia: brevi riflessioni sul \(difficile\) rapporto tra misure a tutela della salute e processo penale](#), in *lalegislazionepenale.eu*, 17 maggio 2020; F. GIANARIA, A. MITTONE, [Nuovi riti, vecchi miti: il processo penale da remoto](#), in *Quest. giust.*, 14 maggio 2020; L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 920; E. IULIANO, [L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche](#), in *Arch. pen. Web*, 2020, n. 1; V. MAIELLO, [La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà](#), in *Arch. pen. Web*, 2020, n. 1; E.M. MANCUSO, [La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19](#), in *Giur. pen. Web*, 2020, n. 5; V. MANES, L. PETRILLO, G. SACONE, [Processo penale da remoto: prime riflessioni sulla violazione dei principi di legalità costituzionale e convenzionale](#), in *Diritto di difesa*, 6 maggio 2020; G. MARINARI, [L'udienza penale in videoconferenza](#), in *Quest. giust.*, 24 aprile 2020; O. MAZZA, [Giustizia all'angolo: 7 domande sulla fase 2 e sul dopo. Dialogo della Camera penale di Brescia](#), in *Diritto di difesa*, 28 giugno 2020; S. NAPOLITANO, [Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale](#), in questa Rivista, 7/2020, p. 25 ss.; F. RUGGIERI, [Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione](#)

fine si prendono le mosse da una riflessione più generale inerente le politiche degli attuali governi. Ebbene, «oggi le regole di governo sono date sempre rispetto le emergenze (terrorismo, immigrazione, sicurezza), ma poi si normalizzano e quindi si trasformano in paradigmi»<sup>2</sup> ovvero in ‘modelli ordinari’, sicché nel futuro non va escluso che «il distanziamento sociale finirà per definire la nuova struttura delle relazioni fra gli uomini»<sup>3</sup>.

Se questa è la direzione verso cui andrà la società contemporanea – ovvero stabilizzazione del lavoro a distanza come della didattica, nonché dell’attività parlamentare e di governo, così come di quella medica, ludica, sportiva, culturale – non si può pensare che il processo penale non sarà coinvolto da questa nuova organizzazione della società. È un tale risparmio di risorse, per le strutture pubbliche come per le imprese private, che sarebbe troppo ingenuo ignorare il problema: nel mondo contemporaneo la tecnica è lo scopo della società<sup>4</sup> e il distanziamento sociale rappresenta in questo momento il nuovo picco raggiunto della tecnica.

Bisogna allora attrezzarsi, apprestando una riflessione realistica sul tema. Il compito del giurista è quello di «coltivare onestà intellettuale, sforzandosi umilmente di cogliere con maggior obiettività possibile il senso e la portata dei cambiamenti in atto»<sup>5</sup>, affinché poi possa scegliere se sarà suo dovere ‘resistere’ a tale mutamento<sup>6</sup>, o se invece sarà suo dovere ‘accoglierlo’, almeno su alcuni aspetti.<sup>7</sup>

---

[della crisi](#), in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 18 maggio 2020; L. SEMERARO, [Il pragmatismo dei giuristi e la sacralità del processo](#), in *Quest. giust.*, 4 maggio 2020; V. SPIGARELLI, [Fuori dai denti: sul processo da remoto. Il bivio della giustizia penale alla prova della pandemia](#), in *Quest. giust.*, 28 aprile 2020; A. TRAVERSI, *Processo da remoto: un “vulnus” temporaneo o con postumi permanenti?*, in *Altalex*, 5 giugno 2020; L.G. VELANI, [Gestione dell'emergenza COVID-19 e processo penale: un prodotto discutibile destinato a imporsi stabilmente?](#), in [lalegislazionepenale.eu](http://lalegislazionepenale.eu), 7 maggio 2020; L. PONIZ, [Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento](#), in *Giur. pen. Web*, 2020, n. 5.

<sup>2</sup> G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020.

<sup>3</sup> G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 14.

<sup>4</sup> U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 37.

<sup>5</sup> R. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R. Kostoris, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 17.

<sup>6</sup> O. MAZZA, [Distopia del processo a distanza](#), in *Archivio penale web*, 2020, n. 1; V. MANES, M. TERZI, [Processo penale online: opinioni a confronto](#), in [www.dirittodidifesa.eu](http://www.dirittodidifesa.eu), 1° maggio 2020; G. SANTALUCIA, [La tecnica al servizio della giustizia penale. Attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto “cura Italia”](#), in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 10 aprile 2020.

<sup>7</sup> S. LORUSSO, [Il cigno nero del processo penale](#), in questa *Rivista*, 11 maggio 2020; M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, [D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza rispetto proprio al tema dell'immediatezza](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2020; M. BIANCHI, *La distanza nel processo. Appunti preparatori*, in *Cass. pen.* 2019, p. 4389; S. SOTTANI, [Opportunità e sfide per la giurisdizione in epoca di emergenza sanitaria](#), in *Quest. Giust.*, 29 aprile 2020; S. RECCHIONE, [L'oralità \(ir\)rinunciabile nel processo penale](#), in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 3 giugno 2020.

## 2. Un'ipotesi di lavoro: da un binomio verso un trinomio.

Per iniziare a capire 'se' e in 'quale misura' sia possibile (dal punto di vista del diritto) e sia utile (dal punto di vista pratico) l'introduzione nel processo penale di regole volte a prendere a prestito qualcosa dal 'modello *sociale* del distanziamento sociale'<sup>8</sup>, appare necessario fare un passo indietro e avviare nuovamente una riflessione sui principi che conformano o possano conformare il processo penale.

A tal fine si può provare a formulare – ma solo in ipotesi – un piano di lavoro audace, nel quale al 'binomio' composto dai principi di '*oralità/scrittura*', sostituiamo il 'trinomio' composto dai principi di '*oralità/scrittura/videocomunicazione*'; e, ancora, al 'binomio' composto dai principi di '*immediatezza/mediazione*', sostituiamo il 'trinomio' composto dai principi di '*immediatezza/mediazione attraverso un verbale scritto/mediazione attraverso un verbale videoregistrato*'.

Spieghiamoci meglio.

È noto come si è soliti ragionare, nel costruire un sistema processuale reale, su modelli processuali ispirati a principi contrapposti.

In ogni dibattito relativo a come dovrebbe essere conformato il processo penale si fa sempre riferimento a dei binomi, in cui i termini che li formano consistono in principi che si oppongono fra loro: 'contraddittorio/formazione unilaterale della prova', 'principio dispositivo/principio inquisitorio', 'pubblicità/segretezza', 'presunzione di innocenza/presunzione di colpevolezza', e potremmo continuare a lungo su questa lista.

Di conseguenza, dopo che vengono selezionati i principi su cui si vuole fondare un determinato sistema processuale, per darvi attuazione si formulano regole processuali attuative dei principii prescelti, ma, nel contempo, si introducono anche deroghe alle regole, deroghe che fanno applicazione, in particolari circostanze, dei principi opposti.

Verifichiamo allora in che misura tale modo di procedere (dai principi prescelti alle regole, dalle regole alle deroghe, dalle deroghe ai principi opposti) ha visto come protagonisti i contrapposti principi di '*oralità/scrittura*', di '*immediatezza/mediazione*', di '*identità/fungibilità*' del giudice, di '*concentrazione/frammentazione*' delle udienze.

Ebbene, è noto come si è scelto di realizzare i principi indicati nei primi termini dei vari binomi appena citati (a discapito dei secondi) al fine di collocare al centro del processo la 'ricostruzione del fatto' e dunque per valorizzare il libero convincimento 'razionale' del giudice: oralità, immediatezza, identità, concentrazione sono strumentali all'attività di valutazione dei fatti.

La parola chiave è 'l'osservazione'.

Tutto era già stato detto da Socrate : «La scrittura è in una strana condizione, simile veramente a quella della pittura. I prodotti cioè della pittura ci stanno davanti come se vivessero; ma se li interroghi, tengono un maestoso silenzio. Nello stesso modo si comportano le parole scritte: crederesti che potessero parlare quasi che avessero in

---

<sup>8</sup> E non del 'modello *sanitario* del distanziamento sociale', introdotto per far fronte alla crisi pandemica. Sul tema della politica della bio-sicurezza v. P. ZYLBERMAN, *Tempêtes microbiennes*, Gallimard, Paris, 2013, nonché, sulla genesi della biopolitica, M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, 2004.

mente qualcosa; ma se tu, volendo imparare, chiedi loro qualcosa di ciò che dicono esse ti manifestano una cosa sola e sempre la stessa»<sup>9</sup>.

Lo hanno affermato poi i romani: «*alias est auctoritas praesentia testitium, alia testimoniorum que recitari solent*»<sup>10</sup>.

Dopo lo hanno ripetuto Pagano<sup>11</sup>, Bentham<sup>12</sup>, Mittermaier<sup>13</sup>, Nicolini<sup>14</sup>, Chiovenda<sup>15</sup>, Carnelutti<sup>16</sup> e più di recente Nobili<sup>17</sup>. All'unisono si sottolinea come l'abbandono del sistema delle prove legale in favore del principio del libero convincimento implichi anche l'abbandono della lettura dei verbali in favore dell'ascolto dei dichiaranti da parte del giudice che dovrà emettere la decisione.

Oggi lo ribadisce ancora la Corte costituzionale<sup>18</sup>, la Corte edu<sup>19</sup> e la Corte di Cassazione<sup>20</sup>.

<sup>9</sup> PLATONE, *Fedro*, in *Opere*, vol. I, Laterza, Bari, 1967, p. 790 ss.

<sup>10</sup> *De testibus*, in *Digesto*, XXII, V, 3.4, in *Copus inuris civilis*, I, Weidmannos, Berolini, 1908, p. 328.

<sup>11</sup> F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, ed. Il Mulino, Bologna, 2010, p. 113 ss.

<sup>12</sup> J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie*, traduz. italiana di B.V. Zambelli, Tipografia della società belgica, Bruxelles, 1842, p. 103 ss.

<sup>13</sup> K.J.A. MITTERMAIER, *L'oralità*, Stuttgart, 1845, pp. 83 ss., 251 ss., 405 ss.

<sup>14</sup> N. NICOLINI, *Quistioni di diritto*, Nicola Jovene, Napoli, 1870, I, p. 63 ss.

<sup>15</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1936, II, p. 382 ss.

<sup>16</sup> P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1965, I, p. 450 ss.

<sup>17</sup> M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Gufrè, Milano, 1974, p. 94.

<sup>18</sup> Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1543, su cui v. M. BARGIS, [Il principio di immediatezza, nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo](#), in questa Rivista, 4/2020, p. 41 ss.; M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1551; P. FERRUA, [Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore](#), in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2; ID., *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 1; O. MAZZA, [Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale](#), in *Arch. Pen. web*, 2019, n. 2; D. NEGRI, [La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti](#), in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2; C. SCACCIANOCCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 175; G. SPANGHER, *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in *www.ilpenalista.it*, 11 giugno 2019.

<sup>19</sup> Corte edu, 2 dicembre 2014, Cutean c. Romania; Corte edu, 6 dicembre 2016, Skaro c. Croazia (sulla quale v. L. PRESSACCO, *Equo processo ed immutabilità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 356); Corte edu, 2 maggio 2019, Famulyak c. Ucraina (sulla quale v. V. AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3747), Corte edu, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia; Corte edu, 4 dicembre 2003, Milan c. Italia; Corte edu, 27 settembre 2007, Reiner c. Romania; nonché Corte edu, 9 luglio 2002, P.K. c. Finlande e Corte edu, 9 marzo 2004, Pitkänen c. Finlande secondo le quali «The Court considers that an important element of fair criminal proceedings is also the possibility of the accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the case. Such a principle of immediacy is an important guarantee in criminal proceedings in which the observations made by the court about the demeanour and credibility of a witness may have important consequences for the accused. Therefore, normally a change in the composition of the trial court after the hearing of an important witness should lead to the rehearing of that witness».

<sup>20</sup> Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, Bajrami, in *C.E.D. Cass.*, n. 276754/01/02/03/04, su cui cfr. G. ALTIERI, *È ancora garantito il principio di oralità nel processo penale?*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2020, f. 3, p. 232; A. CALIGARIS, *Quando l'immediatezza soccombe all'efficienza: un discutibile (ma annunciato) sviluppo giurisprudenziale in tema di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1030; S. DI PAOLA, *Mutamento del*

«Lo strumento più raffinato e sicuro d'indagine è l'osservazione diretta delle persone, per poi trarne delle valutazioni»<sup>21</sup>: questa rimane ancora 'adesso' la giustificazione elettiva di tali principi. Non a caso per i greci 'persona' – πρόσωπον – è colui che vediamo davanti a noi<sup>22</sup>.

Tuttavia l'oralità, l'immediatezza, l'identità e la concentrazione – sebbene si è voluto con forza che fossero i principi ispiratori dell'attuale assetto processuale<sup>23</sup> – ci appaiono oggi altamente contaminati.

Nell'osservare il rapporto che intercorre fra regole e deroghe, queste ultime risultano così diffuse e pervasive, che ci danno la triste consapevolezza della debolezza dei principi che volevamo realizzare. Va preso atto della crisi dei principi che abbiamo prescelto, che si stanno dissolvendo a favore dei principi opposti: sia dal punto di vista della loro reale esistenza nell'apparato normativo, sia nella loro pratica realizzazione, sia – e questo è quello che deve suscitare maggiore allarme – nel raggiungimento dei loro obiettivi.

In termini di presenza nell'impianto codicistico, sono così numerosi i casi in cui è consentito l'impiego nella decisione di prove assunte da altri giudici, che l'oralità, l'immediatezza e l'identità risultano principi quasi concorrenti alla pari con gli opposti principi della scrittura, della mediazione e della sostituzione.

In termini di realizzazione pratica, la concentrazione del processo è solo un'aspirazione<sup>24</sup> e la sostituzione del giudice è senza dubbio fin troppo praticata<sup>25</sup>.

---

giudice, rinnovazione del dibattimento e consenso delle parti dell'utilizzazione delle prove già assunte: il tramonto di un "mito"?, in *Foro it.*, 2020, f. 3, p. II, p. 185; M.G. GALLUCCIO, *Sezioni unite e ideale accusatorio: una relazione in crisi*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1030; L. MAGI, intervista P. FERRUA, C. INTRIERI, F. CASCINI e N. RUSSO, [Tramonto dell'immediatezza o sano realismo? Le Sezioni Unite Bajrami e il novum processuale](#), in *giustiziasinsieme.it*, 30 ottobre 2019; A. MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus inefficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 151; A. NATALINI, *Nuovo dibattimento con collegio diverso: riassunzione limitata*, in *Guida dir.*, 2019, f. 46, p. 64; G. PECCHIOLI, *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità del giudice: una "quadratura del cerchio"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 1219; F. PORCU, *Mutamento della composizione del giudice e nuova semantica (preagonica) del principio di immediatezza*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1218; G. SPANGHER, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattimento nel solco delle divisioni*, in *Guida dir.*, 2019, f. 47, p. 13.

<sup>21</sup> G. CHIOVENDA, *op. cit.*, I, p. 127.

<sup>22</sup> In greco πρόσωπον è composto dalla preposizione πρό (davanti) e dal suffisso -ωπον', legato alla radice 'ωπ' del verbo politematico 'οραω' (vedere).

<sup>23</sup> Per un inquadramento di tali principi nell'assetto del nuovo c.p.p. v. P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, Torino, 2008; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>24</sup> Sulla incapacità del sistema di realizzare la concentrazione delle udienze emblematica è la Corte Cost. (Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, cit.), la quale osserva che «l'esperienza maturata in trent'anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce, peraltro, una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore. I dibattimenti che si concludono nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni, come emblematicamente illustra l'odierno giudizio a quo».

<sup>25</sup> Sulle procedure relative alla sostituzione di un giudice nel corso del dibattimento v. Circolare CSM 20 giugno 2018, Disposizioni in materia di supplenze, assegnazioni, applicazioni e magistrati distrettuali per assicurare il regolare svolgimento della funzione giurisdizionale in presenza di difficoltà organizzative; più in generale sul sistema tabellare v. Circolare CSM 21 luglio 2020, Formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti.

In termini di obiettivi da raggiungere, è così diluito il tempo che passa da un'udienza all'altra, che il giudice dimentica ciò che ha osservato e di fatto valuta i verbali scritti; del pari, la riassunzione delle prove – nel tentativo di recuperare oralità e immediatezza – trasforma le dichiarazioni da testimonianze dei fatti percepiti in testimonianze delle testimonianze, minando a monte la credibilità dei testi osservati direttamente dal secondo giudice<sup>26</sup>.

In questo quadro già da tempo sono arrivate due novità: la possibilità di rivedere i verbali, e non più leggerli (con le videoregistrazioni); la possibilità di vedere e parlare con il giudice, pur non essendo più dinanzi ad esso (con le videoconferenze<sup>27</sup>).

Si tratta allora di capire pregiudizialmente che tipo di conoscenza ci forniscono questi strumenti, ovverosia se possano essere qualificati come 'osservazione', o se invece siano 'muti' come la scrittura, o se invece siano incomparabili con le forme di comunicazioni che conosciamo, perché ne sono una terza e inedita forma: così che dobbiamo iniziare a pensare – nel comparare e scegliere fra i diversi principi – a dei 'trinomi', e non più a dei 'binomi'.

### 3. La capacità epistemica dei verbali videoregistrati e del processo a distanza.

«Se la 'tecnica' è il fine della società contemporanea, perché oggi la tecnica è condizione per qualsiasi scopo e di conseguenza diviene lo scopo primo, è lo scopo stesso, perché la tecnica è il massimo dello scopo con il minimo dei mezzi (di tempo, di spazio, di costi)»<sup>28</sup>, è chiaro che in un dibattito che abbia ad oggetto il processo penale tale paradigma contemporaneo deve essere messo da parte: nel processo il fine non può essere la tecnica, ma deve rimanere il '*giusto accertamento*' ex art. 111 Cost., e dunque la tecnica deve tornare ad essere solo uno strumento e non già un fine.

È necessario allora verificare cosa possano offrire al giusto accertamento processuale i verbali videoregistrati e le udienze a distanza, ovverosia capire in che modo tali mezzi possano concorrere al fine di 'valutare' i dichiaranti.

Allo stato attuale della nostra esperienza di giuristi, credo però che ancora ci sfugga la 'misura effettiva' della capacità epistemica di una videoregistrazione o di un colloquio a distanza.

Possiamo intanto avviare una riflessione sul tema ragionando per 'comparazione', ovverosia su come i 'benefici' dell'oralità e dell'immediatezza – che conosciamo bene – si manifestano rispetto la visione di una videoregistrazione e rispetto la delocalizzazione delle persone che partecipano al giudizio.

Non a caso i grandi giuristi del passato hanno sempre ragionato per comparazione: paragonando scrittura e oralità. Da Socrate in poi si è fatto l'elogio dell'oralità rispetto la scrittura.

<sup>26</sup> R. APRATI, *Una nuova modulazione del principio di immediatezza: la proposta Gratteri*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3533.

<sup>27</sup> Sulle quali v. D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>28</sup> U. GALIMBERTI, *op. cit.*, p. 680 ss.

Ebbene: oralità e immediatezza consentono – a differenza della scrittura – la valutazione delle comunicazioni non verbali.

Tuttavia oggi esiste una vera e propria disciplina scientifica che studia tali temi<sup>29</sup>, dalla quale abbiamo appreso che per valutare i messaggi del corpo e l'atteggiamento emotivo sono necessarie competenze, i dati significativi sfuggono all'occhio del non esperto<sup>30</sup>. Insomma, è un po' ingenuo pensare che il giudice possieda queste competenze<sup>31</sup>. Diversi sono il semplice 'imbarazzo', 'la reticenza', la 'preconfezione' di una dichiarazione, che possono certo essere colte da chiunque<sup>32</sup>, ma anche a distanza o attraverso una videoregistrazione.

L'oralità e l'immediatezza, poi, danno efficacia all'esame e al controesame e permettono di compararne meglio gli esiti.

La scoperta della menzogna è frutto della contestualità delle domande, del loro incedere serrato, della presenza fisica di tutte le persone coinvolte nell'escussione incrociata<sup>33</sup>. Tre, in definitiva, sono i fattori che esaltano l'attività maieutica: unità di tempo, unità di luogo, rapidità dell'azione.

Da questi tre punti di vista, appare evidente che i tempi in cui viaggiano le comunicazioni a distanza, per quanto veloci, non sono comparabili con quelli delle comunicazioni in presenza: e già quegli attimi di ritardo tolgono qualcosa. Senza contare, poi, che l'assenza fisica – il filtro dello schermo – rende il dichiarante meno sensibile alle sollecitazioni. Sicché nella comparazione fra oralità e videoconferenza, senza dubbio la prima risulta più efficace della seconda.

Però non va nemmeno sottovalutato che l'esame e il controesame incalzanti a volte drammatizzano troppo la scena, e questo in certe circostanze non assicura la bontà del risultato epistemico a cui si tende<sup>34</sup>. Pensiamo alle cautele per i testimoni deboli, sicuramente finalizzate ad evitare quei processi di vittimizzazione secondaria, ma che mirano anche a garantire meglio l'attendibilità del teste. Non si può però escludere che un singolo testimone – e non già una classe di dichiaranti – necessiti di un filtro per raggiungere una tranquillità emotiva che lo metta nella condizione psicologica di condividere a pieno le sue conoscenze sui fatti<sup>35</sup>. Banalmente la lontananza fisica e la maggiore lentezza oggettiva di tutta la scena in videoconferenza, impone un *fair play* di

<sup>29</sup> Uno dei primi studiosi delle espressioni fu C. DARWIN, *L'espressione delle emozioni nell'uomo e negli animali*, a cura di P. Elkman, Bollati Boringhieri, Torino, 2012.

<sup>30</sup> A. MEHRABIAN, *Nonverbal Communication*, Aldine Transaction, New Brunswick (U.S.A.) and London (U.K.), 1972; P. EKMAN, W. V. FRIESEN, *Giù la maschera. Come riconoscere le emozioni dall'espressione del viso*, Giunti Editore, Firenze, 2007; P.E. RICCI BITTI, B. ZANI, *La comunicazione come processo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1983; G. GULLOTTA, *Trattato di psicologia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 1987; L. DE CATALDO, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>31</sup> A. VRIJ, L. CASO, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa*, Il Mulino, Bologna, 2009, 143 ss.; F. PERUSSIA, *Psicologia del giudizio interpersonale*, in *Trattato di psicologia*, cit., p. 997.

<sup>32</sup> Cfr. E. FLORIAN, *Delle prove penali*, II, Vallardi, Milano, 1924, p. 293 ss., il quale, dopo aver tracciato la storia della psicologia della testimonianza, avverte che «bisogna ben guardarsi così come dalle facili generalizzazioni come dell'improvvisare regole».

<sup>33</sup> P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, Giappichelli, Torino, 2015, p. 109.

<sup>34</sup> Cfr. A. VRIJ, L. CASO, *Op. cit.*, p. 45 ss.

<sup>35</sup> Cfr. A. VRIJ, L. CASO, *Op. cit.*, p. 51 ss.

chi conduce l'esame, così che si potrebbero anche valutare i benefici di tale modo di procedere rispetto l'intensità emotiva delle domande in presenza: perché ci sono testimoni e testimoni.

Del pari, oralità e immediatezza immergono i dichiaranti nella cornice del "rito processuale", suscitando quell'atteggiamento di serietà, importanza, consapevolezza dell'ufficio che si sta ricoprendo<sup>36</sup>. Ma anche da questo punto di vista, non va sottovalutato che un testimone in un ambiente meno formale, come è di fatto il video-collegamento, possa essere più sereno, lasciarsi andare, rendendo una dichiarazione più autentica, rispetto al contesto formalizzato del tribunale<sup>37</sup>.

Di contro però l'inquadratura, lo sfondo, i rumori, la qualità del collegamento, influiscono sull'osservazione, che risulta falsata, distratta, ridotta rispetto alla presenza fisica, ma non già rispetto alla lettura di un verbale scritto. Ma da questo punto di vista, non possiamo dimenticarci che nel futuro – magari non prossimo, ma più remoto – si costruiranno programmi di realtà virtuale, che consentiranno ai protagonisti del processo di essere dentro un'ambiente comune. È sufficiente un personal computer e un occhiale interattivo. Facciamo un'ipotesi: avete mai provato un gioco di realtà virtuale? Si è insieme agli altri, nel vero senso della parola<sup>38</sup>.

Oralità e immediatezza permettono al giudice di esercitare i suoi poteri di escussione integrativa, e qui – è evidente – nulla cambia. Da una parte la videoregistrazione, come la scrittura, rimane 'muta'; dall'altra il dichiarante risponde alle sollecitazioni del giudice tanto in presenza quanto a distanza.

Si tratta, in conclusione, di temi da approfondire, perché nulla può essere dato per scontato. Però – già solo ragionando per 'comparazione' di benefici – inizia ad emergere che anche i verbali videoregistrati e le videoconferenze, almeno in alcune circostanze – possano offrire qualcosa al fine (comune all'oralità e all'immediatezza) di aumentare la razionalità del libero convincimento del giudice.

#### 4. Sette proposte tutte da verificare.

Proviamo allora a formulare delle ipotesi di lavoro, in cui inseriamo questi nuovi fattori.

1) Nel caso in cui siano rispettati i principi di oralità, di immediatezza e identità, potrebbe prevedersi che nella fase istruttoria il verbale sia sempre una riproduzione audiovisiva (intervenendo dunque sugli artt. 134-142 c.p.p.), e ci sia l'obbligo di portarla (e se del caso visionarla) in camera di consiglio (ex art. 528 c.p.p.), così che il problema del ricordo svanito a causa della distanza temporale fra udienza e decisione possa in parte essere attenuato, attraverso un recupero parziale del rapporto diretto fra giudice e dichiarante.

<sup>36</sup> Cfr. G. GULLOTTA, *Psicologia della testimonianza*, in *Trattato di psicologia*, cit., p. 533 ss.

<sup>37</sup> Cfr. T. HALL, *La dimensione nascosta. Cos'è la prossemica?*, Bompiani, Milano, 1968, *passim*.

<sup>38</sup> Cfr. E. MORIN, *Sull'estetica*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2019, p. 73.

2) In tutti i numerosi casi di deroga all'immediatezza – si pensi agli artt. 190 *bis*, 238, 48, 26, 33 c.p.p., ma anche alle ipotesi di mutamento del giudice secondo le regole tabellari –, potrebbe prevedersi che sia obbligatorio rivedere in dibattimento i verbali redatti tramite videoriprese (e non già leggere i verbali scritti ex art. 511 c.p.p.), anche qui con la regola del dato visto. E lo stesso dovrebbe valere per il giudice in camera di consiglio. In tal modo consentiremmo una miglior 'osservazione' rispetto alla lettura dei verbali scritti<sup>39</sup>.

3) In tutti i casi di rinnovazione dell'istruttoria per mutamento del giudice, potrebbe prevedersi che prima si 'riveda' la prova già acquisita (ribaltando così la sequenza prevista dall'art. 511 c.p.p. rispetto le letture) e dopo si deliberi sulla ri-acquisizione, così che quest'ultima possa essere valutata in base ad un criterio di ammissione che abbia come termine di relazione la prova già assunta e non più l'imputazione. Si potrebbe così introdurre un criterio più stringente di quello offerto dal 190 c.p.p.: un criterio positivo e non già negativo, non più l'inutilità, ma piuttosto l'utilità. L'uso di un criterio positivo – e non già negativo – non ci deve però sembrare distonico rispetto al sistema, in quanto esso è già rinvenibile nel codice in altre situazioni: nell'ammissione anche d'ufficio alla fine della fase acquisitiva (art. 507 c.p.p.); nel supplemento istruttorio del giudizio abbreviato condizionato (art. 438 c.p.p.); nell'integrazione probatoria in udienza preliminare (art. 422); nella rinnovazione dibattimentale in appello (art. 603 c.p.p.). A ben vedere è previsto in tutti i casi in cui le prove da assumere vanno ad aggiungersi a prove già assunte, e le prime concorreranno insieme alle seconde alla decisione. E la stessa Corte edu ci ha detto in un'occasione che le parti devono indicare il motivo per cui richiedono di ripetere gli interrogatori: dunque anche a livello sovranazionale si profila come normale una valutazione positiva di utilità<sup>40</sup>. In tal modo ragionevole durata del processo e principio di identità del giudice troverebbero un nuovo assetto: la ragionevole durata cede il posto all'immediatezza, se la prova è utile; ma l'immediatezza lascia il passo alla ragionevole durata, se la prova è inutile. Viene quindi configurato un diverso bilanciamento fra i due principi, che probabilmente rientra fra quelle scelte ragionevoli riservate al potere legislativo<sup>41</sup>.

Del pari una siffatta regola non si porrebbe in contrasto con la Convenzione, la quale ammette deroghe al principio di immediatezza esplicitamente: non vi sarebbe quindi una violazione di sistema. Anzi, in tutti i casi in cui il giudice mal eserciterà i poteri di selezione delle prove, si potranno configurare delle violazioni dell'equo processo nel singolo caso, perché è stata male applicata la regola della riassunzione della

<sup>39</sup> Potremmo poi spingerci oltre, e ipotizzare che si debbano rivedere anche gli atti di indagine nei casi in cui, in deroga al principio del contraddittorio, possano essere usati ai fini della decisione.

<sup>40</sup> Corte edu 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia, secondo cui «il ricorrente non aveva indicato in che cosa gli interrogatori dei testimoni, da lui richiesti, avrebbero potuto apportare degli elementi nuovi e pertinenti».

<sup>41</sup> Sulla riforma dell'art. 190 *bis* c.p.p., in discussione in parlamento, v. M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, [Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi \(e giusti\) serve un cambio di passo](#), in questa Rivista, 4/2020, p. 179 ss.; M. BARGIS, *op. cit.*, p. 41 ss.

prova. Ma questo è un rischio che si corre di fronte a qualsiasi norma male applicata e costituisce l'espressione elettiva dei controlli sull'equità del processo da parte della Corte edu: a Strasburgo non si controlla l'equità della legge, ma si controlla l'equità del singolo processo.

Anche in tal caso, infine, vi sarebbe una minor contaminazione delle finalità del principio di immediatezza: la prova pre-acquisita entrerebbe nella decisione tramite la sua videoregistrazione, non importa poi se da sola o in coppia con la sua riassunzione.

4) In tutti i casi in cui debba essere sentito un dichiarante, potrebbe prevedersi che l'esame dello stesso possa svolgersi a distanza su richiesta del difensore che ha formulato la richiesta di ammissione. In pratica il difensore potrebbe rinunciare unilateralmente alla presenza fisica della sua fonte di prova, in cambio della presenza in video-collegamento, con il consenso però delle altre parti contrapposte (ad imitazione dell'art. 495 comma 4 *bis* c.p.p.).

Accanto ad una regola generale di tale consistenza, potrebbero poi affiancarsi due previsioni speciali nell'art. 502 c.p.p. e nell'art. 512 *bis* c.p.p., sempre condizionate alla scelta difensiva.

In tal modo nelle ipotesi previste dall'art. 502 c.p.p. si aggiungerebbe una alternativa rispetto all'esame svolto nel luogo dove si trova il dichiarante.

Ed anche rispetto all'art. 512 *bis* c.p.p. si verrebbe a configurare una terza via rispetto la presenza del dichiarante al dibattimento: rogatoria; rogatoria in videoconferenza secondo quanto dispone l'art. 729 *quater* c.p.p.; videoconferenza semplificata nella modalità esecutiva qualora il difensore richieda il collegamento a distanza e il dichiarante acconsenta ad intervenire in tal modo<sup>42</sup>. In tale ipotesi, in pratica, si può valutare se si possa superare l'acquisizione attraverso la rogatoria, magari nei soli casi in cui il dichiarante sia cittadino italiano. In ogni caso vale la pena aprire una riflessione sulla necessità o meno di utilizzare gli strumenti della cooperazione giudiziaria qualora un soggetto aderisca alla richiesta di partecipare ad un procedimento penale dello Stato in video-collegamento<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Cass., S.U., 25 novembre 2010, n. 27918, Martusciello, in *C.E.D. Cass.* n. 250197, secondo ai fini dell'acquisizione mediante lettura dibattimentale, ex art. 512 *bis* c.p.p., delle dichiarazioni rese, nel corso delle indagini, da persona residente all'estero, è necessario preliminarmente accertare l'effettiva e valida citazione del teste non comparso – secondo le modalità previste dall'art. 727 c.p.p. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria – verificandone l'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni. Occorre, inoltre, che l'impossibilità di assumere in dibattimento il teste sia assoluta ed oggettiva, e, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo, occorre che risulti assolutamente impossibile la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

<sup>43</sup> Per fare un parallelismo, anche se azzardato, si può pensare a come le intercettazioni telefoniche non richiedano più la rogatoria qualora la conversazione registrata, se pur avvenuta all'estero, avvenga attraverso un operatore italiano. *Ex plurimis*, Cass., Sez. I, 4 marzo 2009, n. 13972, Barbaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 243138, secondo cui in tema d'intercettazioni telefoniche, il ricorso alla procedura dell'istradamento, è cioè il convogliamento delle chiamate in partenza dall'estero in un nodo situato in Italia (e a maggior ragione di quelle in partenza dall'Italia verso l'estero, delle quali è ceto che vengono convogliate a mezzo di gestore

5) In tutti i casi in cui il difensore e l'imputato possano o debbano partecipare ad un contesto processuale, si potrebbe prevedere che su richiesta del difensore, possano essere collegati a distanza; non solo quindi qualora vogliano evitare e superare un legittimo impedimento (*ex art 420 ter c.p.p.*), ma più in generale ogniqualvolta preferiscano – per qualsiasi ragione – collegarsi da remoto.

6) In tutti i casi in cui sono previste udienze non partecipate con contraddittorio cartolare, si potrebbe prevedere che il difensore possa chiedere di essere collegato in videoconferenza al solo fine e per il tempo necessario ad illustrare quanto indicato nelle carte (emblematiche in tal senso le numerose ipotesi previste dall'art. 611 c.p.p.).

7) Infine, su iniziativa del giudice, ma con la possibilità dei difensori di opporsi, potrebbero essere celebrati in videoconferenza – quindi qui si fa riferimento ad una partecipazione a distanza di tutti i soggetti coinvolti – tutti i momenti processuali diversi sia da quelli in cui si acquisiscono le prove, sia da quelli in cui si discute per poi formulare e illustrare le conclusioni in vista dei provvedimenti conclusivi delle diverse fasi che compongono i variegati procedimenti processuali. In pratica, mentre il difensore potrebbe chiedere di essere collegato in videoconferenza in qualsiasi situazione (ipotesi 6), al giudice sarebbe vietato di proporre una videoconferenza nelle fasi in cui si assumono le prove o per le udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio.

## 5. Verso un nuovo tassello delle prerogative difensive.

Le ipotesi di lavoro proposte, tutte da verificare, vanno lette congiuntamente, come legate assieme da un unico filo conduttore: tentare di ribaltare il comune sentimento di pericolo che suscitano le udienze a distanza e le videoregistrazioni, in quanto mezzi oggettivamente lesivi del diritto di difesa.

Se la 'tecnica' deve tornare ad essere 'un mezzo' e non già un 'fine', dobbiamo con forza iniziare nuovamente a concepirla come 'neutra' e dunque orientarla verso gli obiettivi che di volta in volta pre-selezioniamo<sup>44</sup>.

---

sito nel territorio nazionale) non comporta la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, in quanto in tal modo tutta l'attività d'intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate viene interamente compiuta nel territorio italiano, mentre è necessario il ricorso all'assistenza giudiziaria all'estero unicamente per gli interventi da compiersi all'estero per l'intercettazione di conversazioni captate solo da un gestore straniero.

<sup>44</sup> M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi*, Mursia, Milano, 1976: «Ciò che è veramente inquietante non è che il mondo si trasformi in un completo dominio della tecnica. Di gran lunga più inquietante è che l'uomo non è affatto preparato a questo radicale mutamento del mondo. Di gran lunga più inquietante è che non siamo ancora capaci di raggiungere, attraverso un pensiero meditante, un confronto adeguato con ciò che sta realmente emergendo nella nostra epoca».

Si può allora provare a immaginare un sistema dove le nuove tecnologie vengano destinate alla difesa: basta cambiare prospettiva e iniziare a guardare ai possibili vantaggi che tali mezzi possono offrire al fine di compensare la fisiologica disparità di posizioni fra le due contrapposte parti processuali.

A tal fine già sarebbe sufficiente costruire la partecipazione a distanza come una prerogativa per lo più difensiva, come un diritto disponibile del difensore, anche se di volta in volta diversamente modulato: a volte esercitabile di sua esclusiva iniziativa, a volte di sua iniziativa ma senza l'opposizione del p.m., a volte ad iniziativa del giudice ma con diritto di opposizione. In tal modo si consentirebbe alla difesa di misurarsi con lo strumento così che possa iniziare a impiegarlo e foggiarlo sulle sue esigenze: strategie processuali, tattiche temporali, valutazioni economiche.

Del pari, anche l'obbligo di rivedere i verbali videoregistrati dovrebbe essere letto come ulteriore attributo difensivo.

Non va infatti trascurato che l'immediatezza, se pur è in primo luogo un principio di natura oggettiva/cognitiva, partecipa anche (non dissimilmente dal diritto al contraddittorio nella formazione della prova) di una natura soggettiva/difensiva.

Nel nostro sistema processuale va configurato il diritto dell'imputato 'ad una decisione di merito fondata su prove *osservate* dal giudice deliberante'<sup>45</sup>: se dunque si permette il recupero dei verbali, allora vanno recuperati i verbali audiovisivi e non già quelli scritti.

In conclusione, l'invito è ad essere visionari ed iniziare a ragionare non più sui classici binomi quanto piuttosto sui nuovi e controvertibili trinomi:

- *oralità - scrittura – videopartecipazione*
- *immediatezza - mediazione tramite verbale scritto - mediazione tramite verbale videoregistrato.*

---

<sup>45</sup> Cfr. Corte Cost., 10 giugno 2010, n. 205, secondo cui: «all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere» – diritto che, in base alla ricordata giurisprudenza di questa Corte, la parte esercita nel chiedere la rinnovazione dell'esame del dichiarante – si raccorda, almeno per quanto attiene all'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111, comma 3, Cost., nella parte in cui riconosce alla «persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» e «di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa».

## **RECIDIVA REITERATA E PREGRESSO STATUS DEL RECIDIVO: LA CASSAZIONE SI AVVICINA ALLA “CHIUSURA DEL CERCHIO”**

*Riflessioni a margine di [Cass., Sez. II, sent. 26 novembre 2020 \(dep. 22 dicembre 2020\), n. 37063, Pres. Cammino, Rel. Messini D’Agostini, ric. K.S.](#)*

di Alessandro Melchionda

*La Cassazione fornisce una nuova soluzione interpretativa al problema del controverso rapporto tra la disciplina della “recidiva reiterata” ed il pregresso riconoscimento dello status di recidivo, limitandone lo spazio di applicabilità ai soli casi di nuovo reato commesso dopo il passaggio “in giudicato” di precedente condanna definitiva. La decisione rappresenta un ulteriore ed importante avvicinamento alla diversa soluzione accolta dalla dottrina prevalente, ma lascia aperti i margini di un contrasto interpretativo, che ancora condiziona il completo e più coerente inquadramento sistematico della “nuova recidiva” nata con la riforma dell’anno 2005.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. Il dubbio interpretativo sul rapporto tra “recidiva reiterata” ed il pregresso accertamento di altra ipotesi di recidiva. – 2. Lo “stato dell’arte” precedente alla riforma dell’anno 2005. – 3. Le caratteristiche di fondo della “nuova recidiva” introdotta con la legge n. 251/2005 nelle prime interpretazioni della dottrina. – 4 La “nuova recidiva” nell’interpretazione della giurisprudenza: i tratti essenziali del progressivo abbandono delle passate posizioni. – 5. I residui termini del contrasto circa il rapporto tra “recidiva reiterata” ed il pregresso riconoscimento dello *status* di recidivo. – 6. La nuova risposta fornita dalla Cassazione: la “recidiva reiterata” presuppone la commissione di un illecito successivo ad una precedente condanna definitiva. – 7. La ribadita rilevanza del pregresso *status* (sostanziale) di recidivo per l’integrazione della “recidiva reiterata”. – 8. Considerazioni conclusive. La “riscoperta” rilevanza della recidiva agli effetti della procedibilità d’ufficio quale nuovo spazio di problematicità interpretativa.

### **1. Premessa. Il dubbio interpretativo sul rapporto tra “recidiva reiterata” ed il pregresso accertamento di altra ipotesi di recidiva.**

La riforma della disciplina sulla recidiva emanata con legge 5 dicembre 2005 n. 151 ha, come è noto, dato avvio ad un percorso di profonda revisione interpretativa, sia rispetto agli orientamenti consolidatisi nella vigenza della precedente disciplina

generale, sia, ovviamente, con riguardo a quanto ha contrassegnato il nuovo testo dell'art. 99 c.p.<sup>1</sup>.

A distanza di quindici anni dall'entrata in vigore di quella riforma la Cassazione prende oggi nuova posizione su di una questione apparentemente marginale, ma di notevole incidenza pratica nella quotidiana applicazione dell'istituto. Ed è questione rilevante anche perché, per certi versi, rappresenta ancora il punto di più evidente divergenza interpretativa rispetto ad un quadro di profonda rivisitazione dell'istituto, che fu subito prospettato in dottrina sin dai primi commenti alla riforma del 2005.

Il passaggio è importante e si incentra sulla disciplina della c.d. "recidiva reiterata", così come fissata al quarto comma dell'art. 99 c.p., laddove si stabilisce che: *«Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi»*. Nella specie, il problema di fondo attiene al significato che appare corretto riconoscere all'espressione "recidivo" che il legislatore ha inserito in questa disposizione: ci si chiede, cioè, se i maggiori aumenti di pena previsti dal quarto comma dell'art. 99 c.p. per il c.d. "recidivo reiterato" possano essere applicati rispetto a chiunque abbia già commesso almeno due reati, oppure solo nei confronti di chi sia già stato riconosciuto quale "recidivo" (ovvero abbia già avuto modo di vedere applicati i relativi effetti aggravanti) in occasione di una precedente sentenza di condanna.

Con la recente sentenza, che offre lo spunto per le presenti considerazioni<sup>2</sup>, la Cassazione opta per una soluzione in parte diversa ed afferma che: *«È preclusa l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata (art. 99 c.p., comma 4) nel caso in cui in un precedente processo non sia mai stata applicata la recidiva (semplice, aggravata o pluriaggravata) in quanto mancava il presupposto formale costituito dall'anteriorità della data di irrevocabilità della precedente sentenza rispetto a quella di commissione del nuovo fatto»*.

Rispetto alle diverse alternative sopra indicate, il principio in diritto così affermato si pone, quindi, in posizione intermedia e necessita certamente di essere meglio chiarito. Sul piano pratico rappresenta, infatti, soluzione che, oltre a risultare sicuramente innovativa rispetto agli orientamenti precedenti, trova riscontro nell'ambito di una decisione che, pur lasciando spazio a qualche esplicito segnale di maggiore apertura per la diversa conclusione ritenuta più coerente e fondata in ambito dottrinale, si mantiene ancora su posizione distinta da quest'ultima.

Questa nuova soluzione merita, allora, di essere meglio approfondita, proprio perché, come detto, al di là della apparente limitatezza del dubbio interpretativo, richiama l'attenzione su di una questione senz'altro rilevante, sia per le innegabili differenze applicative che conseguono rispetto a tutte le soluzioni precedentemente affermate, sia perché consente in concreto di riapprezzare, con ancora maggiore

---

<sup>1</sup> Lo studio di questa riforma ha formato oggetto di numerosissimi contributi. Ferme le ulteriori indicazioni di seguito riportate, per un aggiornato quadro d'insieme rinviamo in generale al recente ed approfondito studio monografico di F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, 2020.

<sup>2</sup> V. Cass., Sez. II, sentenza 26 novembre 2020 (dep. 22 dicembre 2020), n. 37063, Pres. Cammino, Rel. Messina D'Agostini, ric. K.S.

evidenza, la profonda trasformazione dell'istituto, che si è determinata con gli esiti (in parte forse solo "preterintenzionali") della riforma legislativa del 2005.

## 2. Lo "stato dell'arte" precedente alla riforma dell'anno 2005.

Come è certamente noto a chiunque abbia avuto modo di seguire l'articolato sviluppo interpretativo che ha fatto seguito alla riforma introdotta con la legge 5 dicembre 2005 n. 151, le tappe di questo percorso possono essere scandite seguendo uno schema di sintesi, che necessita tuttavia di partire proprio dalle specifiche premesse che avevano contraddistinto l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi durante la vigenza della precedente disciplina.

Al momento dell'entrata in vigore della riforma del 2005, infatti, nell'interpretazione giurisprudenziale l'istituto della recidiva era caratterizzato da questi punti di fondo:

a) innanzi tutto, era fermo il riconoscimento della recidiva quale "circostanza del reato", con conseguente assoggettamento dell'istituto a tutte le regole previste per questa specifica categoria di elementi del reato e con la sola esclusione della sua rilevanza ai fini della eventuale modifica del regime di procedibilità del reato;

b) in quest'ottica, in particolare, si riconosceva trattarsi di "circostanza inerente alla persona del colpevole" (secondo la classificazione prevista dall'art. 70 c.p.) basata sulla sussistenza di due soli requisiti costitutivi, nella specie consistenti (I) nell'avvenuta pronuncia di una precedente sentenza condanna per un qualunque reato e (II) nella successiva condanna per la commissione di altro reato;

c) a seguito e per effetto della modifica normativa introdotta nell'anno 1974 alla originaria disciplina del 1930, si affermava, altresì, trattarsi di circostanza c.d. "facoltativa", nel senso che, ferma la sussistenza della recidiva in ragione dei due soli requisiti costitutivi sopra indicati, si riteneva rimessa alla libera discrezionalità del giudice la decisione in ordine alla applicabilità, o meno, dei relativi riflessi aggravanti;

d) si escludeva la necessità di una motivazione specifica in ordine a quest'ultimo profilo di discrezionalità;

e) ed infine si attribuiva una valenza meramente "dichiarativa", e non già "costitutiva", a tale riconoscimento giudiziale della recidiva: si riteneva, cioè, che, anche in assenza di qualunque connesso aggravamento della pena, la mera sussistenza dei due citati requisiti comportasse già l'automatico riconoscimento della recidiva (e dello *status* soggettivo di recidivo) anche ai fini di ogni altro effetto da ciò conseguente<sup>3</sup>.

Rispetto a questo quadro giurisprudenziale, la posizione della dottrina era in parte diversa e certamente più articolata<sup>4</sup>. Mantenendo un analogo modello illustrativo di stretta schematicità, i principali aspetti di differenziazione erano soprattutto due:

<sup>3</sup> Per indicazioni specifiche su tutti questi punti fermi della giurisprudenza precedente alla riforma del 2005 v. le precise citazioni contenute in M. ROMANO, in M. Romano – G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 2005, 89 ss.

<sup>4</sup> Per un quadro generale del dibattito precedente alla riforma del 2005, v. per tutti E.M. AMBROSETTI, *Recidiva*

a) la qualificazione dell'istituto come "circostanza del reato" era, infatti, tendenzialmente condivisa dall'opinione maggioritaria, ma non mancavano voci anche autorevoli in disaccordo con tale classificazione<sup>5</sup>;

b) il più importante motivo di divergenza riguardava, tuttavia, proprio il segnalato riconoscimento del carattere meramente "facoltativo" degli effetti aggravanti, sia perché, così inteso, veniva giudicato espressione di uno spazio di vera e propria "sovranità giurisdizionale"<sup>6</sup> in contrasto con lo stesso principio di legalità<sup>7</sup>, sia perché si riteneva più corretto interpretare quel margine di discrezionalità, non già quale forma di mero arbitrio indulgenziale, bensì quale indice di un ulteriore requisito sostanziale della recidiva: a questo riguardo si sosteneva, infatti, che la sussistenza di quest'ultima non fosse riducibile al mero riscontro di una sequela di condanne, ma fosse subordinata ad una più attenta verifica di quei presupposti di maggior colpevolezza, secondo alcuni<sup>8</sup>, o di maggior pericolosità, secondo altri<sup>9</sup>, che, se accertati in concreto dal giudice, obbligavano al riconoscimento della recidiva ed alla applicazione dei conseguenti riflessi aggravanti<sup>10</sup>; anche per questo, quindi, si tendeva ad attribuire una valenza "costitutiva", e non già meramente "dichiarativa", a tale riconoscimento giudiziale della recidiva, con parallela segnalazione dell'obbligo di puntuale motivazione che si riteneva imposto al giudice in ragione di tale specifico spazio di discrezionalità<sup>11</sup>.

### 3. Le caratteristiche di fondo della "nuova recidiva" introdotta con la legge n. 251/2005 nelle prime interpretazioni della dottrina.

A fronte di questo iniziale "stato dell'arte", vista a distanza di tre lustri la riforma introdotta nel dicembre 2005 pare avere sortito un effetto singolare: da un lato, portando ad un esito interpretativo forse molto diverso da quello che aveva animato gli intenti legislativi sottesi a quest'ultima riforma; e, dall'altro, favorendo un progressivo e significativo riavvicinamento giurisprudenziale alle posizioni della dottrina prevalente.

Perno della nuova disciplina è stata, ovviamente, la riformulazione del testo dell'art. 99 c.p., così come introdotto dall'art. 4 della legge n. 251/2005, che ha portato

---

e recidivismo, Padova, 1997, 1 ss. e, più di recente, F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 29 ss.

<sup>5</sup> Per tutti v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova, 4<sup>a</sup> ed., 2001, 678 (con opinione mantenuta anche in seguito: v. 10<sup>a</sup> ed., 2017, 641).

<sup>6</sup> Questa la nota definizione di P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 336.

<sup>7</sup> Sugli argomenti che, a nostro parere, fondavano questa tesi ci permettiamo rinviare a quanto già precisato in A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 72 ss.

<sup>8</sup> V. ad esempio M. ROMANO, *Commentario*, cit., 91.

<sup>9</sup> V. ad esempio F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 4<sup>a</sup> ed., 2001, 678 (e ora 10<sup>a</sup> ed., 2017, 641).

<sup>10</sup> Fondamentale, in questa linea di pensiero, fu certamente l'iniziale presa di posizione di C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 303. Per ulteriori riferimenti v. E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 1 ss.; P. PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 365; e più di recente F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 53 ss.

<sup>11</sup> V. M. ROMANO, *Commentario*, cit., 91.

all'immediato riconoscimento di alcune evidenti innovazioni. In massima sintesi, i riflessi più rilevanti furono subito colti:

1) nella previsione di una modifica dello stesso ambito di rilevanza della recidiva, in precedenza esteso alla considerazione di qualunque "reato" ed oggi circoscritto alla solo sfera dei "delitti non colposi";

2) nel parziale ritorno al regime originario del codice del 1930, mediante la reintroduzione di casi di "obbligatorietà" del riconoscimento della recidiva;

3) nella fissazione di un innalzamento e/o di un irrigidimento di alcuni degli effetti correlati alle varie tipologie di recidiva, sia sul piano del *quantum* dei relativi aumenti di pena, sia con riguardo ad altri riflessi collaterali, in concreto riferiti alla applicazione delle circostanze attenuanti generiche, al c.d. bilanciamento delle circostanze, alla disciplina in tema di reato continuato e di prescrizione, nonché ad altri effetti nel settore della esecuzione della pena<sup>12</sup>.

A parte il primo dato di novità, in concreto ravvisabile quale unica variazione più favorevole della nuova disciplina<sup>13</sup>, nella prospettiva del legislatore dell'epoca la riforma era stata sicuramente pensata nella prospettiva di apportare un forte e drastico irrigidimento delle scelte di politica-criminale avverso il fenomeno del recidivismo. Così, in particolare, nell'illustrazione dell'originaria proposta di legge n. 2055 presentata alla Camera dei Deputati il 29 novembre 2001 ed avente quale primo firmatario e relatore l'On. Edmondo Ciriell, fu espressamente sottolineato l'obiettivo di introdurre «nei casi di recidività del reo un inasprimento del regime della pena e della concessione di misure alternative e di benefici, come richiesto dalla pubblica opinione e in conformità a quanto tutti gli schieramenti politici hanno promesso in campagna elettorale»<sup>14</sup>.

In linea con questa esplicita rappresentazione della "*voluntas legislatoris*" una autorevole parte della dottrina prospettò subito una lettura più drastica e rigida delle nuove disposizioni, riconoscendo effetti obbligatori ed automatici in tutti i casi di recidiva diversi da quella c.d. semplice<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Per un quadro di massima di questi primi riscontri sia qui consentito rinviare al commento della nuova disciplina che pubblicammo nel gennaio 2006, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma: v. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 ss.

<sup>13</sup> Per le immediate ragioni di critica a questa delimitazione, pur più favorevole rispetto alla disciplina precedente, v. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier mensile n. 1, 33; L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier mensile n. 1, 62.

<sup>14</sup> Durante i lavori avanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la discussione su questo progetto di legge fu estesa anche all'esame di altro precedente progetto (n. 1400 presentato il 24 luglio 2001 dall'On. Luciano Dussin ed altri, ed in seguito ritirato), nell'ambito del quale pure si proponeva un deciso inasprimento della disciplina della recidiva. All'epoca, sui profili "politico-criminali" delle iniziali scelte in tema di recidiva, v. le osservazioni di S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre volte e sei fuori"?*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2006, 79 ss.; v. E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 515 ss.; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 15 ss.

<sup>15</sup> Per questa prima impostazione v. soprattutto T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit, 32, secondo il quale, a parte la specifica ipotesi del nuovo quinto comma dell'art. 99 c.p., «al vincolo dell'obbligatorietà si sottraggono ora soltanto la recidiva semplice e quella monoaggravata». Opinione

Alla luce del quadro emergente dal pregresso approfondimento dottrinale e di quanto concretamente apprezzabile in relazione ad alcuni aspetti specifici della nuova normativa, apparve tuttavia possibile proporre una soluzione interpretativa profondamente diversa. Secondo questa più specifica linea interpretativa, il punto saliente del nuovo quadro normativo è stato colto proprio in quel profilo di discrezionalità, che connota la disciplina di base della recidiva, laddove, per l'appunto, il legislatore attribuisce al giudice il "potere di sottoporre" ad un aumento di un terzo della pena «*chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro*»<sup>16</sup>.

Muovendo da una rinnovata valorizzazione di questo primo elemento di fondo è stato, quindi, nuovamente precisato che, anche per ragioni di necessaria conformità ai principi costituzionali (ed in specie, al principio di riserva di legge e di tassatività), il riconoscimento di quel "potere" non può essere inteso quale spazio di mera facoltatività indulgenziale, ma "deve" essere interpretato quale riferimento ad un "dovere" del giudice di procedere ad un vaglio discrezionale direttamente incentrato sull'accertamento, in concreto, di quanto possa dirsi posto a fondamento sostanziale dell'aggravamento di pena che viene previsto nei confronti del recidivo e con parallelo obbligo del giudice di dare contezza del proprio giudizio nella motivazione della sentenza. Ferma, quindi, la ribadita possibilità, a questo riguardo, di fare riferimento concreto ad indici esplicativi di una maggiore pericolosità, o di una maggiore colpevolezza, che il giudice è chiamato a verificare nella commissione del nuovo reato da parte del reo, si è ulteriormente confermato il diverso quadro strutturale che, su queste basi, viene così a legittimare il riconoscimento della recidiva: nella specie, in particolare, si è perciò ritenuto trattarsi di circostanza aggravante, che risulta fondata, non già sui due soli requisiti costitutivi, consistenti (I) nell'avvenuta pronuncia di una precedente sentenza condanna per un delitto non colposo e (II) nella successiva condanna per altro delitto non colposo, bensì anche (III) su di un *quis pluris* di maggiore colpevolezza e/o pericolosità, che spetta al giudice verificare nel caso concreto, attraverso quel vaglio discrezionale che viene espressamente stabilito al primo comma dell'art. 99 c.p., laddove, per l'appunto, il legislatore precisa la generica "possibilità" del previsto aumento di pena.

Sulla base di questa premessa di fondo si è così ritenuto di poter fornire risposta coerente e razionale anche a tutti gli ulteriori problemi interpretativi, che sono stati colti nella nuova formulazione dell'art. 99 c.p. In particolare:

a) innanzi tutto, è stata confermata la correttezza della classificazione di questa aggravante quale circostanza del reato inerente alla persona del colpevole;

---

analoga fu espressa anche da G.M. SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, *ibid.*, 47. Nel senso di una "obbligatorietà" anche della recidiva reiterata v. D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Dir. & Giust.*, 2005, fasc. n. 46, 105. A favore di una rigidità dei soli aumenti di pena v. invece L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità*, *cit.*, 62. e A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle "circostanze"*, *ibid.*, 40.

<sup>16</sup> Per le ragioni poste a fondamento di questa diversa possibilità di interpretazione, nonché per maggiore dettaglio dei riflessi di seguito indicati, ci permettiamo di rinviare a quanto all'epoca precisato in A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, *cit.* 178 ss.

b) a fronte della segnalata valenza “costitutiva” del vaglio discrezionale rimesso al giudice, è stato poi rimarcato il triplice requisito strutturale della recidiva, così direttamente ancorato, sul piano formale, all’esistenza di un precedente giudiziale per “delitto non colposo” seguito da un nuovo analogo giudizio di responsabilità e, sul piano sostanziale, all’accertamento giudiziale, in concreto, di un *quid pluris* di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del reo;

c) in forza del rapporto di genere a specie sussistente tra l’ipotesi base della c.d. “recidiva semplice” e tutte le ulteriori varianti previste dall’art. 99 c.p., è stata poi posta in evidenza la possibilità di riconoscere una identica valenza costitutiva di questo giudizio di accertamento discrezionale anche in relazione a tutte queste ultime figure “speciali” di recidiva, con l’ulteriore peculiarità apprezzabile nell’ipotesi di cui all’originario quinto comma, nella quale, per l’appunto, proprio l’espressa puntualizzazione legislativa di un riflesso aggravante di stretta “obbligatorietà” (e quindi, ad effetto “automatico”) rendeva manifesta la portata meramente presuntiva assunta in questo caso dal segnalato requisito di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del reo.

Parallelamente, questo quadro d’insieme ha altresì consentito di trovare più razionale e coerente soluzione anche con riguardo ai molteplici riflessi sistematici introdotti in tema di recidiva dalla riforma del 2005. E così, sia nel caso degli effetti previsti in tema di “attenuanti generiche”, sia con riguardo alla mutata disciplina del c.d. “bilanciamento” delle circostanze concorrenti eterogenee, sia in relazione agli effetti della recidiva sul calcolo della pena nel “reato continuato”, all’incidenza sulla prescrizione ed a tutti gli ulteriori riflessi previsti sul piano di vari istituti riferiti alla fase esecutiva della pena, è stata ulteriormente acclarata la necessità di subordinare e condizionare anche tutti questi effetti e riflessi, non già al semplice riscontro “formale” di una o più precedenti condanne per delitto non colposo, ma alla diretta verifica discrezionale del dato costitutivo sostanziale della recidiva: vale a dire, alla verifica giudiziale del già menzionato requisito di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del reo che il giudice “deve” accertare in concreto tenendo conto di una valutazione complessiva di quanto portato a sua conoscenza dal nesso tra il nuovo (o comunque l’ultimo) reato commesso dal reo ed il precedente caso (od i precedenti casi) di condanna per delitto non colposo.

Conseguenza logica e coerente di queste premesse interpretative è stato, pertanto, anche il riconoscimento di una valenza sostanzialmente “costitutiva” dell’accertamento giudiziale della recidiva anche con riguardo allo stesso *status* soggettivo di “recidivo”, atteso che, come detto, solo a seguito di esito positivo della verifica discrezionale operata dal giudice è apparso corretto qualificare come “recidivo” il soggetto concretamente giudicato.

Il quadro dei problemi interpretativi suscitati dalla nuova disciplina sulla recidiva introdotta nel 2005 è certamente più ampio ed articolato di quanto non sia stato possibile rappresentare con questo veloce schema di sintesi.

Ulteriori dubbi sono stati, infatti, apprezzati anche nella determinazione quantitativa degli stessi aumenti di pena, sia in relazione ai casi c.d. di “recidiva aggravata” (o “speciale, o “qualificata”) di cui al secondo comma dell’art. 99 c.p. (e,

quindi, con riguardo ai c.d. casi di “recidiva specifica”, “infraquinquennale”, “aggravata vera” ed “aggravata finta”), sia con riferimento all’ipotesi della c.d. “recidiva pluriaggravata” e della stessa “recidiva reiterata”. E così, ancora, particolarmente dubbia e controversa è subito apparsa anche la formulazione della nuova disciplina in tema di “reato continuato”, laddove la determinazione di un aumento minimo ed obbligatorio, pari ad un terzo della pena stabilita dal giudice per il reato più grave, risulta prevista per i casi nei quali i reati in concorso siano commessi da «soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall’articolo 99, quarto comma»<sup>17</sup>.

Senza indugiare oltre anche su questi aspetti, su alcuni dei quali, peraltro, sarà comunque necessario ritornare, è sicuramente opportuno ricordare che, nel contempo, questa diversa ricostruzione interpretativa della nuova disciplina ha anche consentito di denunciare subito alcuni evidenti profili di conseguente illegittimità costituzionale, che si ritenne di cogliere alla base dell’ipotesi prevista al quinto comma dell’art. 99 c.p., l’unica così riconosciuta come caratterizzata da un regime di vera e propria “automaticità” (più che di “obbligatorietà”) di effetti aggravanti: apparve subito chiaro, infatti, che, a fronte della rilevata integrazione e sussistenza della recidiva solo in presenza di un connotato soggettivo di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del reo che spetta al giudice verificare nel caso concreto, l’automatismo di effetti aggravanti legislativamente imposto per tale specifica ipotesi di recidiva si traduceva, di fatto, in una sorta di mera presunzione di questi requisiti concreti<sup>18</sup>. E proprio per questa ragione si ebbe così motivo di formulare la seguente considerazione: «Nel ridare vita a riflessi obbligatori della recidiva il legislatore italiano ripropone, tuttavia, anche una sorta di ritorno a vere e proprie forme di tipologie soggettive di autore valorizzate in chiave presuntiva. E se da un lato è vero che, anche di recente, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità per il legislatore di attribuire peso ai precedenti penali negativi del recidivo al fine, ad esempio, di stabilire preclusioni da eventuali benefici od istituti di maggior favore<sup>19</sup>, è però anche vero che più volte i Giudici della Consulta hanno ribadito l’assoluta illegittimità di ogni reazione sanzionatoria diretta, che risulti essere fondata solo su presunzioni *juris et de jure* di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità. Ed in questo quadro di contrasti e di opinioni divergenti, ci è ancora di conforto e di guida l’insegnamento di Franco Bricola: ogni reazione sanzionatoria che venga rigidamente ed obbligatoriamente basata su forme di tipologia soggettiva deve ritenersi in pieno contrasto con quell’esigenza di adeguamento della pena alla personalità del reo, che è sancita dall’art. 27 comma 3 Cost.»<sup>20</sup>.

In quel momento, si trattava certamente di considerazioni di valore ancora relativo, in quanto sviluppate a pochi giorni dall’entrata in vigore di una disciplina

<sup>17</sup> Per un quadro d’insieme di tutte le questioni emerse nel corso di questo dibattito, oltre a quanto già precisato nel nostro scritto innanzi citato, v. più ampiamente R. BARTOLI, *Recidiva*, in *Enc. del dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 890 ss.; G. CARUSO, *Recidiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg. IV, t. II, Torino, 2008, 1045 ss.; F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 157 ss.

<sup>18</sup> Il punto fu efficacemente sottolineato anche da T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 34.

<sup>19</sup> Il riferimento era a Corte cost., ordinanza 13 dicembre 2004, n. 421.

<sup>20</sup> A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit. 188, richiamando così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 359 s.

completamente rinnovata e foriera di tante incertezze. Nel corso successivo del dibattito dottrinale gli interventi e le argomentazioni a favore di questa lettura interpretativa hanno tuttavia continuato a registrare sempre più numerosi consensi ed è certo questa l'impostazione che, in seguito, è stata condivisa dall'opinione largamente prevalente<sup>21</sup>.

#### 4. La "nuova recidiva" nell'interpretazione della giurisprudenza: i tratti essenziali del progressivo abbandono delle passate posizioni.

Come era inevitabile, i molteplici profili di novità della riforma del 2005 hanno subito posto la giurisprudenza di fronte alla necessità di prendere esplicita posizione su tutte le questioni sopra elencate.

Pur a fronte di una iniziale tendenza a riproporre soluzioni genericamente riaffermative del precedente quadro interpretativo, nel giro di un paio di anni ha preso avvio un percorso di radicale ripensamento ed innovazione, in concreto favorito anche dalle parallele prese di posizione che la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di esplicitare a seguito delle numerose eccezioni di illegittimità che furono sollevate da molti giudici, proprio traendo spunto dalle indicazioni interpretative fornite nei primi commenti dottrinali.

Il lasso di tempo che si è reso necessario per questo mutamento interpretativo è stato certamente collegato all'impossibilità di dare immediata applicazione retroattiva alle nuove norme più sfavorevoli previste dalla riforma del 2005. Non è quindi casuale, che le prime occasioni di applicazione diretta della nuova disciplina si registrarono in sede esecutiva, ambito all'epoca ancora ritenuto aperto al principio del "*tempus regit actum*", con precipuo riferimento alle più rigide limitazioni previste nei confronti di soggetti "recidivi". In questa fase iniziale, tuttavia, la Corte costituzionale riconobbe profili di illegittimità, che si fondarono soprattutto sulla violazione della funzione rieducativa della pena (ex art. 27, comma 3, Cost.) e non si pronunciò, pertanto, su aspetti più direttamente incentrati sulla interpretazione della nuova disciplina di base dell'istituto<sup>22</sup>. Ma già nei commenti a queste prime decisioni cominciava a prendere corpo la sensazione di un possibile cambio di prospettiva.

La svolta si registrò poco tempo dopo, ed in particolare a partire dall'anno 2007, allorquando, grazie anche ad alcuni nuovi interventi della Consulta, l'evoluzione giurisprudenziale seguita dalla Corte di Cassazione ha effettivamente portato ad un

<sup>21</sup> Oltre a tutti i riferimenti di seguito indicati, per maggiore dettaglio su questa ormai diffusa impostazione, v. in generale R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1695 ss.; G. LEO, *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, in *Libro dell'anno del diritto* 2012, Roma, 2012, p. 173 ss.; V. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, 41 ss.; F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 182 ss.

<sup>22</sup> V. Corte cost., ordinanza 4 luglio 2006, n. 257 (relativa all'art. 30 quater l. 26 luglio 1975 n. 354), in *Giur. cost.*, 2006, 2713 ss., con nota di G. LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, e Corte cost., ordinanza 16 marzo 2007, n. 79 (relativa all'art. 58 quater l. 26 luglio 1975 n. 354), in *Giur. cost.*, 2007, 767 ss., con nota di C. CESARI, *Un nuovo esercizio di equilibrio della Consulta nel perenne confronto tra rieducazione ed emergenza*.

progressivo e sempre più marcato allineamento all'impostazione dottrinale sopra ricordata.

Le tappe sono note e non necessitano di essere qui ripercorse e richiamate con dettaglio analitico<sup>23</sup>.

Un primo importante segnale fu fornito da alcune iniziali sentenze della Cassazione, che per la prima volta si attestarono su posizioni favorevoli alla segnalata possibilità di rilettura interpretativa della nuova disciplina.

Perno fondamentale di queste decisioni fu certamente l'espresso riconoscimento della centralità "costitutiva", che si ritenne corretto attribuire al giudizio discrezionale sulla sussistenza della recidiva: si riconobbe, così, che, in forza di questo requisito essenziale, l'accertamento della recidiva non può più dirsi rimesso ad una verifica meramente formale di precedenti condanne, ma si fonda su di una valutazione concreta di quegli indici di maggiore pericolosità sociale del reo in assenza dei quali non trova alcuna giustificazione e legittimazione la previsione legislativa di un effetto di aggravamento della pena<sup>24</sup>.

Vista la maggiore rilevanza sistematica che l'ipotesi della "recidiva reiterata" ha assunto con la riforma del 2005, non è certo casuale il fatto che la condivisione di questi principi abbia trovato diretto e principale riscontro proprio con riguardo a questa specifica ipotesi di recidiva ed ai connessi riflessi in tema di "bilanciamento delle circostanze": in queste sentenze si è così riconosciuto che, «pur dopo la novella introdotta dalla l. n. 251 del 2005, la recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p., non determina obbligatoriamente l'aumento di pena, spettando al giudice verificare se essa sia in concreto indice di maggiore pericolosità sociale, con la conseguenza che, ove l'aumento di pena non sia operato, la recidiva reiterata non fa operare, nel giudizio di comparazione, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti»<sup>25</sup>.

Degna di nota, sempre in questa prima fase, fu poi un'ulteriore importante decisione della stessa Corte costituzionale, anch'essa incentrata su di una questione relativa ai riflessi della "recidiva reiterata" sul piano del giudizio di "bilanciamento" delle circostanze, con la quale, pur senza prendere esplicita posizione sul dibattito più generale, fu dato atto della possibilità di seguire la soluzione così già accolta sia dalla dottrina, che da tali prime decisioni della Cassazione, quale interpretazione "costituzionalmente conforme" delle nuove disposizioni in tema di recidiva<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Per un quadro d'insieme v. ancora R. BARTOLI, *Lettura funzionale*, cit., 1695 ss.; G. CARUSO, *Recidiva*, cit., 1045 ss.; F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 182 ss.

<sup>24</sup> Per la dovizia degli approfondimenti e delle argomentazioni sviluppate, primaria importanza fu colta, soprattutto, in due iniziali pronunce della Quarta Sezione della Corte di Cassazione: Cass, Sez. IV, 11 aprile 2007, n.16750, est. Novarese (a commento della quale v. G. MESSINA, *La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell'"autore recidivo" rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 870 ss.; F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4097 ss.) e Cass., Sez. IV, 19 aprile 2007, n. 26412, est. Brusco, in *Cass. pen.*, 2008, 3721.

<sup>25</sup> Cass., Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750.

<sup>26</sup> V. Corte cost., sentenza 14 giugno 2007, n. 192, in *Foro it.*, 2007, 12, I, 3357, con nota di A. TESAURO, e in *Guida dir.*, 2007, 26, 77, con nota di R. BRICCHETTI. A commento di questa decisione della Consulta v. altresì

Sulla base di questo assunto centrale, e con il fondamentale avallo della stessa Corte costituzionale, la giurisprudenza ha progressivamente rivisto e risolto molti altri dubbi interpretativi, dubbi che non hanno comunque mancato di dare luogo anche a forti contrasti, con conseguente intervento di plurime pronunce delle Sezioni Unite.

In questo senso notevole rilievo ha avuto nell'anno 2010 una importante pronuncia delle Sezioni Unite, con la quale è stato ulteriormente chiarito, che l'assenza di effetti della recidiva, laddove non concretamente accertata dal giudice, vale anche con riguardo ai limiti di ammissibilità del c.d. "patteggiamento allargato": si è così precisato che, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, la recidiva va obbligatoriamente contestata dalla pubblica accusa, ben potendo pertanto determinare un iniziale effetto preclusivo alla ammissibilità del "patteggiamento", ma perde automaticamente ogni effetto laddove il giudice, in seguito, non ne abbia rilevato la concreta sussistenza. E proprio in occasione di questa importante pronuncia delle Sezioni Unite è stato definitivamente affermato che, in presenza di una formale contestazione della circostanza aggravante della recidiva il giudice è tenuto a «verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto ... della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali»<sup>27</sup>.

Successivamente, principi analoghi sono quindi stati affermati anche in relazione ad altri riflessi: in particolare, con riguardo agli effetti sulla applicazione delle

---

F. ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 325 ss.; C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, 1861 ss.; A.M. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 68 ss.; R. VINCENTI, *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2008, 532 ss. Il precedente è importante e degno di particolare considerazione, anche perché la questione di legittimità costituzionale, che con grande sensibilità ed intelligenza fu sollevata in quella occasione (v. Trib. Ravenna, ordinanza 12 gennaio 2006, in *Giur. merito*, 2006, 1990 ss.), trovò fonte in una eccezione proposta dal medesimo magistrato (Piero Messini D'Agostini), all'epoca giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Ravenna, che è oggi estensore della sentenza che fornisce lo spunto per le presenti osservazioni

<sup>27</sup> Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2010, con nota di M. PANZARASA, [Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata](#); nonché in *Cass. pen.*, 2011, 2103 ss., con nota di F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*

circostanze attenuanti generiche<sup>28</sup>, al giudizio di bilanciamento delle circostanze<sup>29</sup>, agli effetti sulla prescrizione<sup>30</sup> e rispetto ad altre ricadute in tema di esecuzione della pena<sup>31</sup>.

Altro importante passaggio è stato poi quello relativo all'interpretazione del quinto comma dell'art. 99 c.p., vale a dire dell'unico caso di recidiva, in relazione al quale il legislatore ha fatto espressa menzione di riflessi "obbligatori". Come già visto, in effetti, sin dai primi commenti alla nuova riforma fu subito segnalato che, se considerata alla luce di lontane precisazioni di una autorevole dottrina<sup>32</sup>, la formula è tecnicamente inesatta, atteso che, anche nel caso di accertamento rimesso alla discrezionalità del giudice, laddove questo abbia esito positivo, i conseguenti effetti della recidiva sono comunque vincolanti ed obbligatori, salvo il solo caso di un possibile freno determinato dal giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti concorrenti. La precisazione rese quindi evidente che, dietro a tale inesattezza lessicale, si celava solo la previsione di una vera e propria presunzione *juris et de jure* della sussistenza della recidiva, con conseguente presunzione assoluta proprio di quegli indici di maggior pericolosità sociale che, in tutti gli altri casi, spetta al giudice verificare attraverso il vaglio del caso concretamente giudicato. Ed anche con riguardo a questa particolare ipotesi di recidiva, pur dopo alcune iniziali divergenze d'opinione, la Cassazione è giunta ad un ulteriore allineamento con quanto fu subito segnalato nei primi commenti alla nuova riforma, condividendo quei rilievi critici di conformità costituzionale, che hanno poi portato alla sentenza di illegittimità pronunciata dalla stessa Consulta nell'anno 2015<sup>33</sup>.

Di notevole rilievo appare, infine, anche quanto affermato sull'onere di motivazione del giudizio relativo alla sussistenza della recidiva. Dopo un lungo periodo

<sup>28</sup> V. Corte cost., sentenza 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. cost.*, 2011, 2375 ss., con nota di G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*. Su questa pronuncia v. anche G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità*, in *Arch. pen.*, 2011, 1 ss.

<sup>29</sup> Fondamentali sul punto anche ulteriori interventi della Consulta: in particolare Corte cost., sentenza 15 dicembre 2012, n. 251, sulla quale v. C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, pag. 4057 ss.; G. CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 6 ss.; D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755 ss. V. anche Corte cost., sentenza 17 luglio 2017, n. 205, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, 136 ss., con nota di G. LEO, [Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti](#). Nella giurisprudenza di legittimità v. altresì Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 16628.

<sup>30</sup> V. Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 16628. In argomento v. anche Cass., Sez. V, 13 luglio 2018, n. 45341, con la precisazione che, in caso di recidiva reiterata, il prolungamento del termine di prescrizione è sempre di due terzi, ai sensi dell'art. 161, comma 2, c.p.

<sup>31</sup> V. Cass., Sez. I, 1 marzo 2011, n. 36704, in relazione al divieto di sospensione dell'esecuzione della pena previsto dall'art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p. Nonché Corte cost., ordinanza 7 aprile 2016, n. 74 (in relazione ai limiti del giudizio di bilanciamento rispetto alla attenuante della collaborazione di cui all'art. 73, comma 7 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), sulla quale v. A. MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora "privilegiato"?*, in *Giur. cost.*, 2016, 680 ss.

<sup>32</sup> C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività*, cit., 303.

<sup>33</sup> V. Corte cost., sentenza 23 luglio 2015, n. 185, in *Cass. pen.*, 2016, 22 ss., con nota di D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciale di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva; a commento di questa importante pronuncia v. altresì M. PELISSERO, L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 1412 ss.

di resistenze e tentennamenti<sup>34</sup>, la Cassazione ha infatti ulteriormente valorizzato l'importanza dell'accertamento discrezionale della recidiva, giungendo espressamente a riconoscere anche l'obbligo, per il giudice, di fornire puntuale ed adeguata motivazione delle ragioni che lo abbiano portato a dare applicazione del relativo aumento di pena<sup>35</sup>.

Nel corso di questo processo di progressiva evoluzione interpretativa, la Cassazione ha fornito anche soluzioni innovative, che denotano segnali di piena consapevolezza del particolare fondamento così diversamente riconosciuto alla disciplina della recidiva. Questo è stato ben dimostrato in tempi recenti, allorquando, dopo aver condiviso la necessità di tenere conto degli effetti della recidiva (nella specie considerati rispetto alla disciplina sulla continuazione) anche nel caso in cui la stessa sia stata giudicata in rapporto di equivalenza con altre attenuanti<sup>36</sup>, con un'altra importante e ben motivata sentenza pronunciata dalla Sezioni Unite nell'anno 2018 si è giunti ad affermare, che l'esclusione di questi riflessi ulteriori della recidiva (in questo caso considerati con riguardo alla disciplina sulla interruzione della prescrizione) debba essere riconosciuta ogni qual volta la relativa applicazione non si traduca in un effettivo aumento di pena; e, quindi, anche quando la sussistenza della recidiva, pur discrezionalmente apprezzata e così concretamente accertata dal giudice, sia stata poi ritenuta "subvalente" ex art. 69 c.p. rispetto ad altre attenuanti<sup>37</sup>.

## 5. I residui termini del contrasto circa il rapporto tra recidiva reiterata ed il pregresso riconoscimento dello *status* di recidivo.

Come già precisato, il punto più esplicito di mantenuta differenza tra la segnalata impostazione dottrinale e la successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione attiene proprio alla disciplina della c.d. "recidiva reiterata" con riguardo alla necessità, o meno, che quest'ultima possa trovare riconoscimento solo nei confronti di soggetto che già abbia subito gli effetti conseguenti ad un precedente accertamento positivo della recidiva.

A fronte della espressa formulazione del quarto comma dell'art. 99 c.p., che per l'appunto circoscrive la possibilità di ravvisare gli estremi della "recidiva reiterata" solo

<sup>34</sup> Per l'assenza di obbligo di motivazione, v. Cass., Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 13923; Cass., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 711; Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 22038; Cass., Sez. II, 19 giugno 2012, n. 40218; Cass., Sez. II, 17 settembre 2015, n. 39743; Cass., Sez. II, 26 aprile 2016, n. 20205; Cass., Sez. VI, 27 aprile 2016, n. 20271; Cass., Sez. VI, 14 marzo 2018, n. 14937. Singolare la posizione di Cass., Sez. IV, 2 luglio 2009, n. 36915, che invece ha ritenuto doverosa la motivazione, ma solo in caso di esclusione della recidiva.

<sup>35</sup> V. Cass., Sez. II, 26 aprile 2016, n. 20205; Cass., Sez. VI, 28 giugno 2016, n. 34670; Cass., Sez. V, 27 novembre 2017, n. 17914.

<sup>36</sup> In questo senso Cass. Sez. un., 23 giugno 2016, n. 31669.

<sup>37</sup> Cass. Sez. un., 25 ottobre 2018, n. 20808, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 84 ss., con nota di E.M. AMBROSETTI, *Le Sezioni Unite chiariscono il rapporto fra l'accertamento della recidiva e i suoi effetti. A commento di questa sentenza* v. anche E. MATTEVI, *Il riconoscimento della recidiva e i suoi effetti: opportune precisazioni delle Sezioni Unite e nuove aperture*, in *Giur. it.*, 2020, 671. ss.

nei confronti del “recidivo”, già nei primi commenti alla riforma del 2005 fu subito ritenuto coerente con il dettato legislativo ancorare la sussistenza della “recidiva reiterata” ad una pregressa affermazione dello *status* di recidivo<sup>38</sup>.

Conclusione radicalmente difforme è stata, invece, affermata dalla giurisprudenza, che per lunga data ha sempre recisamente escluso tale lettura interpretativa, così ribadendo che: «La recidiva reiterata può essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice»<sup>39</sup>.

Alla base di questa impostazione era certamente riconoscibile il richiamo di un passato orientamento, che già prima della riforma dell’anno 2005 riteneva che il termine “recidivo” contenuto nella disposizione in tema di “recidiva reiterata” dovesse considerarsi usato dal legislatore solo «per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel comma 1 dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata»<sup>40</sup>. Appoggiandosi a questa passata puntualizzazione, anche la giurisprudenza successiva all’entrata in vigore della legge n. 251/2005 ha così ribadito l’irrilevanza, rispetto al riconoscimento della “recidiva reiterata”, di un pregresso riconoscimento giudiziale della “recidiva semplice”<sup>41</sup>.

Principi del tutto identici sono stati, invero, affermati dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione anche in occasione di quella importante pronuncia dell’anno 2010, che pure aveva escluso la possibilità di fondare l’accertamento della recidiva sul mero riscontro formale di uno o più precedenti penali e che, al contrario, aveva definitivamente dato atto della necessità di ancorare la sussistenza della recidiva all’esito positivo di quel giudizio discrezionale, mediante il quale il legislatore ha rimesso al giudice l’onere di procedere ad un vaglio del caso concreto alla ricerca di elementi che consentano di apprezzare nella reiterazione dell’illecito un effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità. Ciò non ostante, in questa stessa sentenza fu riaffermato che la presenza della espressione “recidivo” nella disposizione che fissa la disciplina della “recidiva reiterata” «non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa “dichiarazione” giudiziale della recidiva»; al riguardo si è anzi aggiunto che trattasi di circostanza aggravante che «può solo essere “ritenuta” ed “applicata” per i reati in relazione ai quali è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un’apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> V. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., 182.

<sup>39</sup> V. Cass., Sez. II, 7 maggio 2010, n. 18701. Nello stesso senso Cass., Sez. II, 6 maggio 2003, n. 24023; Cass., Sez. V, 25 settembre 2008, n. 41288; Cass., Sez. VI, 18 giugno 2009, n. 31546; Cass., Sez. I, 8 ottobre 2009, n. 40605; Cass., Sez. II, 5 luglio 2012, n. 30445; Cass., Sez. II, 5 marzo 2019 n. 21451.

<sup>40</sup> Cass., Sez. III, 20 maggio 1993, n. 624; Cass., Sez. I, 6 maggio 2003, n. 24023.

<sup>41</sup> Cass., Sez. V, 25 settembre 2008, n. 41288; Cass., Sez. II, 7 maggio 2010, n. 18701.

<sup>42</sup> V. ancora Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

## 6. La nuova risposta fornita dalla Cassazione: la recidiva reiterata presuppone la commissione di un illecito successivo ad una precedente condanna definitiva.

Come accennato, la questione è stata oggi riesaminata da una nuova interessante sentenza, con la quale la Corte ha puntualmente ripercorso i punti essenziali del dibattito<sup>43</sup>.

L'esigenza di una rinnovata valutazione della problematica è stata certamente favorita anche dal rilevato riscontro di alcune difformi pronunce, già emerse nel quadro della giurisprudenza di merito, con le quali si è giunti a conclusioni diverse da quelle da sempre affermate in sede di legittimità. Così, in particolare, degna di espressa menzione è apparsa una precipua pronuncia della Corte di Appello di Ancona, con la quale è stato osservato che, «se nel certificato dell'imputato risultano più condanne senza alcun riferimento alla aggravante della recidiva deve ritenersi che i giudici che si sono pronunciati (dopo la prima condanna), l'hanno esclusa, valutando insussistente il presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo. Capovolgere tale valutazione in occasione di successive affermazioni di penale responsabilità (e cioè ritenere recidivo, nei sensi di cui sopra, un soggetto che nessun giudice ha ritenuto di qualificare tale) oltre ad apparire arbitrario (in difetto di elementi valutativi idonei a sostituire la valutazione effettuata dal primo giudice causa cognita), appare una violazione *contra reum* del giudicato formatosi sul punto». Si è quindi coerentemente concluso affermando, che «la recidiva non individua una situazione che attiene allo *status* soggettivo dell'imputato; recidivo non è colui che avendo riportato una iniziale condanna per delitto non colposo commetta altro delitto non colposo, ma solo colui rispetto al quale vi sia stato l'accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il reato commesso che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale. Ne consegue che, per contestare la recidiva reiterata, che presuppone la qualità di recidivo, è necessario che in precedenza sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice»<sup>44</sup>.

Pur manifestando positiva sensibilità per le ragioni così poste a fondamento di quest'ultima decisione (ragioni di fatto corrispondenti a quelle prospettate dalla stessa dottrina favorevole a tale identica conclusione), anche in occasione di questa più recente pronuncia i giudici della Cassazione non hanno ritenuto di recepire tale esplicita limitazione del riconoscimento della "recidiva reiterata". Il motivo del dissenso pare essere stato colto nella ritenuta "improprietà" del «persistente riferimento ad uno *status* per indicare quella che, di volta in volta, è invece l'applicazione (facoltativa) di una circostanza aggravante»<sup>45</sup>. Da questo punto di vista, pare, infatti, che anche con questa

<sup>43</sup> V. Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

<sup>44</sup> Corte di Appello di Ancona, 22/10/2013 n. 3381, in *Riv. pen.*, 2014, 1, 75.

<sup>45</sup> Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

nuova pronuncia siano state condivise le segnalate riserve con le quali è stata letta l'espressione "recidivo" contenuta nel quarto comma dell'art. 99 c.p., già in precedenti decisioni indicata come imprecisa sotto il profilo tecnico e ritenuta utilizzata dal legislatore solo «per ragioni di semplificazione semantica» in raccordo con altre situazioni soggettive che, in quanto «attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»<sup>46</sup>.

Nel contempo si è, tuttavia, anche precisato che, «se anche si ritiene irrilevante la precedente applicazione della recidiva semplice, non vi è dubbio che quella della recidiva reiterata richiede pur sempre una verifica pregnante circa la significatività del nuovo fatto-reato»<sup>47</sup>, così come evidenziata dalle Sezioni unite anche in tutte le sentenze in precedenza richiamate.

Traendo spunto proprio da quanto ulteriormente precisato in alcune di queste ultime decisioni, in questa nuova occasione di analisi della problematica in parola la Cassazione ha giustamente dato peso anche ad altri principi che hanno parallelamente trovato più esplicito riconoscimento. Muovendo, quindi, dalla considerazione di quanto affermato dalle Sezioni unite, circa la necessità di una previa "applicazione" della recidiva ai fini della conseguente applicazione anche dell'aumento minimo previsto come obbligatorio in caso di reato continuato<sup>48</sup>, è stato ricordato che, «secondo il diritto vivente, in ragione del tenore letterale della disposizione, detto aumento minimo presuppone non solo l'applicazione della recidiva nel processo del cui trattamento sanzionatorio si discute, ma anche che l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una sentenza definitiva emessa antecedentemente alla data di commissione dei reati per i quali si procede»<sup>49</sup>.

Effettivamente, dall'esame del nuovo caso sottoposto al vaglio della Cassazione risultava l'impossibilità di una pregressa contestazione ed applicazione della recidiva, «in quanto i reati ivi giudicati erano stati commessi in data anteriore al passaggio in giudicato delle precedenti sentenze»<sup>50</sup>.

Si è quindi considerato lecito utilizzare «l'improprio riferimento allo *status*», per affermare «che non può avere lo *status* di recidivo reiterato chi non poteva avere *ab origine*, per la mancanza di un indefettibile presupposto formale (commissione del reato dopo la data di irrevocabilità della sentenza sulla quale si fonderebbe la recidiva), lo *status* di recidivo». Pur senza giungere ad ammettere che la recidiva reiterata presuppone una pregressa applicazione effettiva della recidiva, ci si è pertanto limitati ad enunciare il principio di diritto che già si è ricordato in premessa e si è affermato che: «È preclusa l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata nel caso

<sup>46</sup> Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

<sup>47</sup> Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

<sup>48</sup> Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

<sup>49</sup> Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063. Lo stesso principio aveva trovato espressa affermazione anche in altri precedenti: v. ad esempio Cass., Sez. II, 27 settembre 2013, n. 41806; Cass., Sez. III, 25 settembre 2018, n. 57983.

<sup>50</sup> Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

in cui in un precedente processo non sia mai stata applicata la recidiva (semplice, aggravata o pluriaggravata) in quanto mancava il presupposto formale costituito dall'anteriorità della data di irrevocabilità della precedente sentenza rispetto a quella di commissione del nuovo fatto»<sup>51</sup>.

## 7. La ribadita rilevanza del pregresso *status* (sostanziale) di recidivo per l'integrazione della "recidiva reiterata".

Il principio così affermato è certamente corretto e coerente con il quadro della più recente giurisprudenza di legittimità in tema di recidiva.

Ed è anche principio pienamente condivisibile, in quanto riconosce necessaria rilevanza ad un requisito, che appare senz'altro idoneo a fornire adeguata giustificazione di quanto posto a fondamento della disciplina sulla recidiva reiterata. I riflessi di più marcata gravità sanzionatoria, che il legislatore ricollega all'eventualità che il riconoscimento discrezionale della recidiva possa essere apprezzato in un caso di pregressa già accertata responsabilità, ben si prestano, infatti, ad essere ancorati alla commissione di un nuovo reato che a sua volta faccia seguito ad un giudizio già definitivo di condanna.

Ma le ragioni della diversa impostazione accolta dalla dottrina prevalente appaiono ancora più convincenti. Se il riconoscimento della recidiva presuppone una concreta ed individualizzata verifica di maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza del reo, il maggiore aggravamento della pena previsto per il c.d. recidivo reiterato appare più logicamente giustificabile solo nei confronti di soggetto, che già in un precedente giudizio sia stato oggetto di analogo accertamento positivo di maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza.

Come visto, in effetti, secondo l'interpretazione oggi condivisa, sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza, l'attuale disciplina sulla recidiva dettata dall'art. 99 c.p. non è fondata sulla mera verifica formale di una generica reiterazione criminosa, ma, al contrario, valorizza un vaglio discrezionale di maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza, che il giudice è tenuto ad effettuare ogni qual volta colui che viene accertato come responsabile di un delitto non colposo sia già stato condannato per un precedente delitto non colposo. E solo in caso di esito positivo di questo giudizio (oltre alla concreta integrazione della circostanza aggravante della "recidiva") quel soggetto potrà essere qualificato come "recidivo"<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Cass., Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

<sup>52</sup> Come è stato molto puntualmente segnalato da F. ROCCHI, *Il patteggiamento*, cit., 2103, questa valenza "sostanziale" dello *status* di recidivo trova oggi un diretto avallo nella stessa impostazione emergente da plurime decisioni della Corte costituzionale, tra le quali, in particolare, oltre alla già citata sentenza 14 giugno 2007, n. 192, si segnala anche Corte cost., sentenza 8 luglio 2010, n. 249, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, c.p., e nell'ambito della quale la Consulta ha ancor più esplicitamente ribadito che la previsione della circostanza aggravante della recidiva, «ovvero di una norma "costitutiva" di uno *status* soggettivo, quello di soggetto più colpevole e più pericoloso per definizione, per avere dei precedenti giudiziari e perciò meritevole di un aggravamento sanzionatorio e di tutte le limitazioni

Volendo allora ulteriormente sottolineare l'attuale significato dei concetti, oggi l'espressione "recidiva reiterata" non significa, perciò, "reiterazione nel crimine", ma "reiterazione nella recidiva": in questo senso, cioè, il "recidivo reiterato" è soggetto che non si identifica con chi è altrimenti definibile quale "pregiudicato plurimo", ma è colui che, dopo essere già stato giudicato come "recidivo", viene nuovamente qualificato come "recidivo".

Da questo punto di vista l'espressione contenuta nel quarto comma dell'art. 99 c.p. esprime allora un concetto preciso e tecnicamente corretto. Né appare convincente il diverso assunto giurisprudenziale, secondo il quale, come visto, tale espressione sarebbe «imprecisa sotto il profilo tecnico», in quanto si ritiene che la stessa sia «stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»<sup>53</sup>.

In questo caso è proprio il raffronto tra istituti diversi che non pare corretto. In effetti, a differenza di queste ultime situazioni soggettive, che trovano disciplina in disposizioni, che richiedono sicuramente una espressa "dichiarazione giudiziale" delle corrispondenti qualifiche normative, la recidiva è circostanza aggravante che non deve essere formalmente "dichiarata", ma, per l'appunto, come afferma la stessa Corte di Cassazione, «può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai quali è contestata»<sup>54</sup>: deve cioè essere "sostanzialmente" accertata. Nello stesso tempo, però, è anche solo nel caso in cui la recidiva sia stata così "ritenuta" ed "applicata", che il soggetto destinatario dei conseguenti effetti aggravanti potrà essere qualificato (senza necessità di apposita "dichiarazione" formale) come "recidivo". Non appare pertanto corretta la lettura giurisprudenziale, che nega la possibilità di riconoscere uno *status* di recidivo: a ben vedere, anzi, l'errore di fondo consiste proprio nella inesatta considerazione di questa qualifica che, in contrasto con la valenza sostanziale che la stessa giurisprudenza riconosce oggi nella disciplina dettata dall'art. 99 c.p., viene ancora ricollegata al mero requisito formale della "reiterazione criminosa"<sup>55</sup>.

---

previste nel suo percorso rieducativo, è costituzionalmente compatibile fintanto che il suo accertamento sia lasciato al potere discrezionale del giudice, senza costituire dunque una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità».

<sup>53</sup> Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

<sup>54</sup> Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738.

<sup>55</sup> Cass. Sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798. Da questo punto di vista, la nozione di *status* di recidivo che viene ancora utilizzata dalla giurisprudenza risente forse del retaggio derivante da concetti consolidatisi durante la vigenza della disciplina originaria del Codice penale, allorquando la mera reiterazione criminosa era certamente idonea e sufficiente ad integrare la sussistenza della "recidiva". Su questa originaria valenza del concetto v. per tutti E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 26 ss. Talvolta, questa incertezza lessicale si coglie anche nella dottrina successiva alla riforma del 2005: v. ad esempio R. BARTOLI, *Lettura funzionale*, cit., 1703 ss. Distinzione più chiara emerge invece in D. NOTARO, *La fine ingloriosa*, cit., 1755, che bene evidenzia la stretta connessione che unisce il concetto attuale di *status* di recidivo con la valenza "sostanziale" dei requisiti di integrazione della recidiva fissati dalla disciplina di base dell'art. 99 c.p.

È quindi sicuramente corretto affermare, che «non è conforme ai principi generali di un moderno diritto penale espressivo dei valori enunciati dalla Carta fondamentale una concezione della recidiva quale *status* soggettivo correlato al solo dato formale della ricaduta nel reato dopo una previa condanna passata in giudicato che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione»<sup>56</sup>; ed è altrettanto corretto precisare, che «la recidiva è, piuttosto, una circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale». Come, tuttavia, è bene messo in rilievo da queste stesse considerazioni, secondo l'attuale disciplina dell'istituto, lo *status* di recidivo non è più una qualifica di tipo meramente formale, ma è qualifica di valore sostanziale che esprime proprio questo raggiunto accertamento positivo di maggiore colpevolezza e/o pericolosità, ed il suo riconoscimento (non già la sua "dichiarazione") viene espresso dal giudice dando applicazione al conseguente aumento della pena; quello stesso aumento di pena che, essendo così rappresentativo dell'avvenuto riconoscimento della recidiva, funge a sua volta da presupposto, dal quale possono poi conseguire tutti gli altri riflessi ulteriormente previsti per legge.

Parallelamente, posto che, a norma di quanto stabilito dal quarto comma dell'art. 99 c.p., solo "il recidivo" potrà essere destinatario dei più gravi aumenti di pena previsti per la "recidiva reiterata", quest'ultima ipotesi sottintende e presuppone a sua volta che quel soggetto venga nuovamente accertato quale "recidivo", così pienamente acquisendo il diverso e più grave *status* di "recidivo reiterato". Perché solo la commissione di un nuovo reato da parte di chi è già stato giudicato in via definitiva quale "recidivo" potrà esprimere quel maggiore grado di colpevolezza o di pericolosità che legittima e giustifica il massimo rigore che la legge riconosce a questa forma particolarmente qualificata di "recidiva".

#### **8. Considerazioni conclusive. La "riscoperta" rilevanza della recidiva agli effetti della procedibilità d'ufficio quale nuovo spazio di problematicità interpretativa.**

Rivista a distanza di tre lustri dall'avvento della contestata e controversa riforma del 2005, la "nuova" disciplina della recidiva appare sempre più vicina a registrare un notevole allineamento interpretativo nel vitale processo di reciproca integrazione tra il c.d. "formante dottrinale" ed il parallelo "formante giurisprudenziale".

Come visto, sullo sfondo residuano ancora punti di parziale divergenza. Ma questo è anche dovuto alle molte peculiarità di una disciplina, che il legislatore ha sempre più caricato di rilevanza intrasistematica e che ancora risente di incrostazioni interpretative che certamente nuocciono alla definitiva coerenza del quadro d'insieme.

---

<sup>56</sup> Cass. Sez. un., 24 febbraio 2011, n. 20798.

Recentissima è, ad esempio, anche un'ulteriore presa di posizione delle Sezioni Unite con la quale, ribaltando una passata soluzione, sempre a Sezioni Unite, del 1987<sup>57</sup>, rimasta in seguito ferma ed immutata<sup>58</sup>, si è ora ammessa la possibilità di ancorare alla sussistenza della recidiva anche eventuali riflessi sul regime di procedibilità del reato (nella specie considerati in relazione alla disciplina prevista all'art. 649-bis c.p.). Le ragioni di questa diversa conclusione vengono motivate proprio in ragione della nuova natura attribuita alla recidiva, non più suscettibile di essere intesa quale *status* meramente soggettivo inidoneo ad incidere sul "fatto-reato", ma quale «circostanza pertinente al reato, che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il fatto, che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale»<sup>59</sup>. Nella sostanza, il principio di diritto affermato si limita così ad osservare che, essendo ormai pacifico ed assodato che la recidiva integra una vera e propria circostanza aggravante, non vi è motivo per escludere identici effetti sulla procedibilità parimenti ammessi per tutte le altre circostanze.

Con tutto il rispetto per quest'ultima decisione del più alto organo di legittimità, l'assunto non pare condivisibile. Come già da tempo evidenziato proprio a commento di quella passata decisione, a fronte della accettata natura "discrezionale" del giudizio sul quale il legislatore ha fondato il concreto accertamento della sussistenza della recidiva, questo connotato di discrezionalità è del tutto incompatibile con il principio di obbligatorietà dell'azione penale dettato all'art. 112 Cost. e con la rigida tassatività che la Costituzione così impone nella considerazione di tutto ciò che può assumere rilevanza per la determinazione del regime di procedibilità di un determinato reato<sup>60</sup>. Ed è proprio in questo profilo di incompatibilità strutturale, che si coglie la ragione profonda della precedente esclusione della recidiva dall'insieme delle circostanze aggravanti suscettibili di poter assumere rilevanza ai fini del mutamento del regime di procedibilità<sup>61</sup>.

Ma tant'è. Il dibattito evidentemente continuerà. Non ostante i tanti momenti di condivisione ed allineamento interpretativo, che è stato possibile cogliere nel corso del confronto successivo alla riforma del 2005, la profonda incertezza che da sempre

---

<sup>57</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 1987, n. 3152, in *Foro it.*, 1987, II, 633 ss., con nostra nota di commento: *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*.

<sup>58</sup> Per un quadro aggiornato del successivo orientamento giurisprudenziale v. la nota di F. VITARELLI, [Rimessa alle Sezioni unite la questione relativa all'inclusione della recidiva qualificata tra le aggravanti che ex art. 649-bis c.p. rendono procedibili d'ufficio taluni reati contro il patrimonio dopo il d.lgs. 36/2018](#), in *Sist. pen.*, 1° aprile 2020, a commento di Cass., Sez. II, ord. 12 febbraio, n. 5555, ordinanza che ha portato alla recente nuova decisione delle Sezioni Unite.

<sup>59</sup> [Cass. Sez. un., 24 settembre 2020, n. 3585](#), in *Sist. pen.*, 1 febbraio 2020.

<sup>60</sup> Anche su questo aspetto è d'obbligo il richiamo al fondamentale insegnamento di F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 279.

<sup>61</sup> Per ogni più precisa argomentazione sia qui consentito rinviare a quanto a suo tempo sostenuto in A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, cit., 72 ss. Ad ulteriore sostegno di questa conclusione v. anche l'autorevole voce di M. ROMANO, *Commentario*, cit., 95.

caratterizza l'applicazione della disciplina sulla recidiva pare davvero incapace di favorire una pur auspicata ed opportuna "chiusura del cerchio".

Di certo, sullo sfondo, tutto questo non fa che rilanciare le aspettative di una rinnovata riflessione legislativa anche sulle ragioni di effettiva plausibilità politico-criminale della disciplina ancora oggi vigente. Argomenti a sostegno di questa esigenza non mancano<sup>62</sup>. Ma si tratta, forse, di aspettative ispirate solo dalla "ragione", che appaiono però destinate a rimanere ancora a lungo disattese a fronte della oggettiva conoscenza della "realtà".

---

<sup>62</sup> Per una argomentata ed aggiornata illustrazione dell'attuale stato del dibattito politico-criminale rinviamo ancora al recente studio di F. ROCCHI, *La recidiva*, cit., 259 ss.



**CONCORSO OMISSIVO DEI SINDACI  
NELLA BANCAROTTA (SEMPLICE) DEGLI AMMINISTRATORI:  
LA CASSAZIONE TORNA A PRECISARE GLI ACCERTAMENTI  
NECESSARI PER L’AFFERMAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE**

Nota a [Cass., Sez. V, sent. 21 settembre 2020 \(dep. 19 ottobre 2020\),  
n. 28848, Pres. Miccoli, Rel. Borrelli](#)

di Giacomo Rapella

*La sentenza in commento si confronta con uno dei temi classici del diritto penale commerciale, vale a dire la responsabilità dei sindaci per i reati di bancarotta commessa dagli amministratori. Indicando analiticamente i differenti passaggi logico-giuridici che il giudice del merito è tenuto a compiere nell’accertamento dell’eventuale responsabilità penale dei controllori, la Corte di cassazione sembra assumere un approccio garantista, che – ove seguito – potrebbe rendere più difficoltoso chiamare gli stessi a rispondere dei delitti loro ascritti. Dopo aver analizzato le principali considerazioni esposte all’interno della motivazione, l’articolo si propone di evidenziare le maggiori criticità che ancora permangono rispetto al modulo della responsabilità omissiva dei gatekeepers all’interno degli enti collettivi. Nel fare ciò, si confronterà la posizione dei sindaci con quella di un’altra categoria di soggetti a cui sono affidate funzioni di controllo, ovvero gli amministratori non esecutivi, sottolineando le differenze ricavabili dalla disciplina civilistica e le loro ricadute in ambito penale.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso di specie. – 3. Le soluzioni giuridiche offerte dalla Suprema Corte. – 4. Alcuni spunti di riflessione. – 4.1. I poteri e doveri attribuibili ai sindaci. – 4.2. La differente posizione degli amministratori privi di delega. – 5. Le difficoltà nella ricostruzione del nesso causale. – 6. Conclusioni.

## 1. Premessa.

Il tema della responsabilità penale dei soggetti titolari di poteri e funzioni di controllo all’interno delle compagini sociali per i delitti commessi dagli amministratori rappresenta una delle questioni maggiormente dibattute all’interno del c.d. diritto penale commerciale<sup>1</sup>. Numerosi sono infatti i profili problematici: dall’individuazione

---

<sup>1</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività: A. CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell’amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Le Soc.*, 6, 2009, pp. 1419-1433; ID., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1999, pp. 1147-1167; F. CENTONZE, *Controlli*

dei poteri attribuiti ai sindaci e agli amministratori non esecutivi, posti a fondamento delle rispettive posizioni di garanzia, alla ricostruzione del nesso causale tipico del concorso mediante omissione, passando per l'accertamento del profilo soggettivo, che si configura come particolarmente delicato specie in relazione a quelle fattispecie costruite alla stregua di reati necessariamente dolosi.

In un simile contesto, la sentenza in commento ha il pregio di dettagliare l'articolato percorso motivazionale cui il giudice del merito deve attenersi nel vagliare la responsabilità dei sindaci accusati di aver concorso nel delitto di bancarotta – nel caso di specie semplice – commessa dagli amministratori di società, sviluppando considerazioni che si ritiene possano ben essere estese, *mutatis mutandis*, anche alle più gravi fattispecie sempre disciplinate dalla legge fallimentare. In particolar modo, la Cassazione precisa che si tratta di un iter “*piuttosto complesso*”, che “*si articola in una serie di verifiche l'una conseguenziale all'altra*”, la cui illustrazione – su cui ci si soffermerà *infra* – viene utilizzata dal collegio quale premessa teorica per la successiva trattazione delle censure sollevate dai ricorrenti.

Nel complesso, può anticiparsi che dalla pronuncia sembra emergere un approccio garantista della Suprema Corte al tema della responsabilità omissiva dei sindaci per i delitti commessi dai componenti dell'organo gestorio. Tale interpretazione, ove seguita da futuri arresti tanto di merito quanto di legittimità, potrebbe rendere maggiormente complesso ritenere gli stessi penalmente responsabili dei reati di bancarotta loro ascritti, trattandosi di un'impostazione che condivisibilmente rifugge qualsiasi automatismo tipico di una responsabilità di posizione<sup>2</sup> – in aperto contrasto con i principi costituzionali di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale – e che, per poter addivenire ad una condanna degli imputati, impone al giudice del merito uno sforzo motivazionale non indifferente, fortemente incentrato sulla valorizzazione degli elementi di fatto propri della specifica vicenda di volta in volta in esame.

Giova, allora, richiamare brevemente il caso da cui ha preso origine la pronuncia per poi soffermarsi sugli aspetti maggiormente significativi che ne caratterizzano la motivazione.

---

*societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009; ID., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. Soc.*, 2-3, 2012, pp. 317-356; I. MERENDA, *Sulla responsabilità degli amministratori privi di delega. Alcune considerazioni dopo la riforma di diritto societario*, in *Cass. pen.*, 3, 2011, pp. 1182-1195; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003; F. STELLA, D. PULITANO, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 553 e ss.

<sup>2</sup> Per una critica alla prassi giurisprudenziale – ormai superata – di ascrivere a sindaci ed amministratori non esecutivi una responsabilità “di posizione” o “per fatto altrui” si veda M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 981 e ss. A livello giurisprudenziale, ha assunto particolare rilevanza Cass. pen., Sez. V, sent. 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, con nota di A. INGRASSIA, [La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2013, pp. 173-181.

## 2. Il caso di specie.

La posizione dei due ricorrenti – sindaci di tre società appartenenti al medesimo gruppo, tutte dichiarate fallite tra il 2009 e il 2010 – si inserisce all’interno di un più ampio procedimento nei confronti anche di altri soggetti e concernente numerose altre ipotesi di reato, tra cui fattispecie tributarie, societarie e di truffa ai danni dello Stato.

Ciò che qui rileva è la contestazione di aver concorso nel delitto di bancarotta semplice impropria *ex art. 224, comma 1, n. 1)* in relazione all’*art. 217, comma 1, n. 4) l. fall.* con gli amministratori delle predette società, evitando di assumere le necessarie iniziative. In particolar modo – nella prospettiva accusatoria, confermata nella sostanza dalle sentenze di merito<sup>3</sup> – si imputava ai sindaci di aver contribuito ad aggravare il dissesto delle società, a fronte dell’inerzia dei primi nel richiederne il fallimento, attraverso alcune omissioni: si evidenziava, in primo luogo, la mancata convocazione dell’assemblea dei soci al fine di denunciare le gravi irregolarità commesse dagli amministratori *ex art. 2406, comma 2, c.c.*; in secondo luogo, l’omessa denuncia al Tribunale a cui richiedere, previa revoca del *management*, la nomina di un amministratore giudiziario, secondo quanto previsto dall’*art. 2409, comma 7, c.c.*

I ricorsi dei due imputati si articolano in numerosi motivi e censure alla sentenza di appello, tra cui è possibile menzionare: *i)* l’assenza di irregolarità da portare all’attenzione del Tribunale, non essendo emersi indici di dissesto o di insolvenza né essendosi verificate ipotesi di riduzione del capitale sociale ovvero cause di scioglimento di diritto della società e, al contrario, avendo il sistema bancario continuato a fare credito alle imprese; *ii)* l’assenza dell’obbligo in capo ai sindaci di promuovere il giudizio *ex art. 2409, comma 7, c.c.*, poiché, trovandosi in quel momento la società sotto ispezione della Guardia di Finanza ed essendo decaduto il C.d.A. in seguito alle dimissioni di un suo componente, gli effetti che avrebbero potuto derivarne si erano in altro modo già realizzati; *iii)* la mancata motivazione ed erronea applicazione delle disposizioni che fondano la responsabilità concorsuale omissiva dei sindaci, con particolare riferimento all’apporto causale alla commissione dei reati; *iv)* l’illogicità e la contraddittorietà della motivazione quanto al coefficiente soggettivo della colpa in capo ai componenti del collegio sindacale.

## 3. Le soluzioni giuridiche offerte dalla Suprema Corte

Come evidenziato in premessa, la sentenza in commento si segnala per la precisione con cui identifica i passaggi motivazionali attraverso cui accertare la penale

---

<sup>3</sup> Occorre precisare che la Corte di Appello di Venezia aveva dichiarato prescritti i reati imputati agli attuali ricorrenti, confermando però l’impianto accusatorio ai fini degli effetti civili della pronuncia. Il terzo componente dei collegi sindacali, condannato in primo grado, era stato invece mandato assolto dal giudice del gravame con la formula “*perché il fatto non costituisce reato*”, per difetto dell’elemento soggettivo.

responsabilità dei componenti dell'organo di controllo, nonché i diversi elementi di fatto che avrebbero dovuto guidare tale verifica.

Nello specifico, affinché possa dirsi integrata la fattispecie complessa del concorso omissivo nel reato di bancarotta semplice impropria risulta necessario suddividere l'accertamento cui il giudice è chiamato in due "macro-momenti", *in primis* vagliando la sussistenza oggettiva e soggettiva della fattispecie "base" prevista dall'art. 217 l. fall., per poi soffermarsi sul ruolo dei sindaci, quali titolari di una posizione di garanzia fondata sull'attribuzione di meri poteri di controllo e non di attivazione diretta.

Con riferimento al primo profilo, la Corte di Cassazione, dopo aver individuato il punto di partenza dell'indagine nella verifica circa la sussistenza di una situazione di insolvenza rilevante *ex art. 5 l. fall.*<sup>4</sup> quale presupposto indefettibile per la richiesta di autofallimento, da parte degli amministratori delle società, che si assume essere stata omessa, sviluppa considerazioni maggiormente significative con riferimento alla struttura del delitto di bancarotta semplice impropria.

In particolare, viene ribadito che sul piano oggettivo l'omessa dichiarazione di fallimento deve determinare quantomeno un aggravamento del dissesto delle società, che si configura come l'evento del reato e che deve intendersi *"non tanto quale una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che [...] può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori"*<sup>5</sup>.

Allo stesso tempo, il collegio pone l'accento sull'elemento soggettivo che deve sorreggere il ritardo nella dichiarazione di fallimento. Difatti, la formulazione dell'art. 217, comma 1, n. 4), che punisce l'imprenditore (e per effetto dell'art. 224 l. fall. tutti gli altri soggetti *ivi* indicati) che, *fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa*, aveva dato luogo a due possibili interpretazioni: da un lato, si sarebbe potuto sostenere che tale coefficiente soggettivo fosse insito nello stesso ritardo nel presentare la richiesta di fallimento, con la conseguenza che l'omissione avrebbe costituito una presunzione assoluta di colpa grave; dall'altro, che quest'ultima dovesse essere oggetto di specifico accertamento, non solo per le condotte diverse dalla mancata richiesta di fallimento, bensì anche con riferimento alla medesima.

Sul punto la pronuncia in esame, nello sposare la seconda delle tesi ora richiamate, si pone in continuità con numerose sentenze precedenti, sottolineando la circostanza che, essendo assolutamente eterogenee le dinamiche gestionali che possono aver indotto l'imprenditore a ritardare la richiesta di autofallimento, risulta improponibile una loro automatica sussunzione nella più intensa dimensione della colpa, dipendendo tale carattere dalle scelte che lo hanno determinato<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Come noto, l'art. 5 l. fall. definisce lo stato di insolvenza come quella situazione che *"si manifesta attraverso inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"*.

<sup>5</sup> § 4.3. del Considerato in diritto. Nello stesso senso si veda Cass. pen., Sez. V, sent. 25 maggio 2011, n. 32899.

<sup>6</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 12 marzo 2018, n. 18108; Cass. pen., Sez. V, sent. 15 luglio 2015, n. 38077; Cass.

Conclude positivamente queste prime verifiche – prosegue la Corte – l’attenzione del giudice deve necessariamente porsi sulla figura dei sindaci, nei cui confronti viene ritenuto pacificamente sussistente un obbligo di impedire la commissione del reato altrui, al fine di verificare se i componenti dell’organo di controllo fossero in condizione di conoscere la reale situazione delle società, anche sulla base di segnali di allarme da loro percepibili. In particolare, questi ultimi – ove presenti – avrebbero dovuto indurli a comprendere che gli enti non stessero semplicemente attraversando una fase di crisi, ma che si trovassero in una vera e propria situazione di insolvenza rilevante ai sensi dell’art. 5 l. fall.

Qualora, poi, anche questa indagine dia esito positivo, si dovrebbe effettuare il giudizio controfattuale e verificare se, laddove le attività che si assumono omesse fossero state compiute, l’evento del reato (*i.e.* l’aggravamento del dissesto) si sarebbe egualmente verificato.

Di grande interesse è l’indicazione delle circostanze che, nella vicenda in esame, avrebbero dovuto guidare tali apprezzamenti, a cominciare dalla precisa delimitazione dell’arco temporale in cui si sarebbero manifestati gli indici di insolvenza che avrebbero dovuto allarmare il collegio sindacale, imponendogli di sporgere denuncia al Tribunale ovvero di convocare l’assemblea dei soci. Iniziativa, quest’ultima, poi effettivamente posta in essere, il che circoscrive ulteriormente il periodo in cui si sarebbero protratte le omissioni penalmente rilevanti. Ancora, assumono importanza le iniziative di informazione o di sollecitazione rispetto all’operato degli amministratori che si sono registrate in quel preciso arco temporale, così come un’attenta esegesi dei poteri e doveri di controllo attribuiti ai sindaci.

In conclusione, dunque, la Corte di Cassazione ritiene insufficiente – se non in alcune parti addirittura del tutto omessa – la motivazione del giudice del gravame in merito alle diverse questioni sopra richiamate e, conseguentemente, conclude per l’annullamento (ai soli effetti civili) della sentenza impugnata.

In particolar modo il collegio evidenzia, anzitutto, come la pronuncia di appello non abbia fornito adeguata risposta alle osservazioni relative alla sussistenza della condizione di insolvenza già più volte menzionata, pur a fronte delle specifiche censure mosse dalle difese nel proprio atto di gravame. Nel dettaglio, non era stata sufficientemente valutata la presenza di indicatori positivi circa la situazione economico-finanziaria delle società del gruppo ed il verificarsi di eventi favorevoli alle vicende societarie, che smentirebbero l’asserita condizione di insolvenza.

Secondariamente, viene ravvisata un’insufficiente analisi delle fonti di conoscenza accessibili ai sindaci, da cui questi ultimi avrebbero dovuto acquisire le informazioni necessarie ad assumere le iniziative di cui viene loro imputata l’omissione. La pronuncia della corte di merito viene definita sul punto “*sibillina*”, essendosi limitata ad una mera elencazione di atti da cui i sindaci avrebbero dovuto trarre indicazioni utili ad agire (i c.d. segnali di allarme), la quale, tuttavia, non può costituire un’effettiva risposta alle censure dei ricorrenti per un duplice ordine di ragioni: da un lato, perché

---

pen., Sez. V, sent. 25 settembre 2013, n. 43414.

essa comprende anche atti di cui il collegio sindacale poteva non essere necessariamente a conoscenza, poiché non indirizzati a quest'ultimo ovvero in quanto frutto di un'elaborazione successiva all'avvio delle procedure concorsuali e portatori di un patrimonio di conoscenze ricostruito a posteriori, mentre sarebbe stato necessario focalizzarsi esclusivamente sulla situazione conoscibile ai sindaci nei mesi incriminati. Dall'altro, perché l'elencazione in esame appare troppo generica, essendo compito del giudice evidenziare il motivo per cui ciascuna relazione (o verbale) proveniente dal C.d.A., dal collegio sindacale o dalla società di revisione fosse significativa in quanto portatrice di un segnale di allarme.

Né, in tale prospettiva, possono acquisire peso alcuno i dati dei bilanci, quali indicatori della sostanziale inadeguatezza della capitalizzazione di una neocostituita società operativa (anch'essa tra quelle dichiarate fallite). Avendo peraltro il Tribunale escluso l'esistenza di falsificazioni delle scritture contabili, reputando corretti i criteri redazionali adoperati, il giudice del gravame avrebbe dovuto compiere una specifica illustrazione – invero assente – di quali fossero gli espedienti contabili incriminati e come questi ultimi potessero essere ritenuti eloquenti, agli occhi dei sindaci, circa l'insolvenza delle società del gruppo.

Allo stesso tempo viene censurata l'assenza di un'adeguata motivazione rispetto alla valutazione delle iniziative concretamente assunte dal collegio sindacale, specie a fronte della ristrettezza dell'arco temporale lungo cui le omissioni si sarebbero protratte e delle attività di stimolo comunque rivolte all'organo amministrativo.

Da ultimo, emerge un *“radicale vuoto motivazionale”* circa il giudizio controfattuale, ritenuto invece imprescindibile per validare la tesi della contestata condotta omissiva dei sindaci rispetto all'aggravamento del dissesto delle società del gruppo.

#### 4. Alcuni spunti di riflessione.

Indipendentemente dalle peculiarità del caso concreto, la vicenda trattata offre il destro per sviluppare alcune riflessioni in merito al modulo della responsabilità concorsuale omissiva dei c.d. *gatekeepers* all'interno di organizzazioni complesse. La sentenza in commento, infatti, pur presentando numerose condivisibili riflessioni, appare carente rispetto ad alcune questioni meritevoli di approfondimento.

Nel fare ciò, si porrà l'attenzione non solo alla figura dei sindaci – specificamente oggetto di scrutinio nella presente decisione – ma anche a quella degli amministratori non esecutivi, presenza frequente all'interno dei consigli di amministrazione di società commerciali di dimensioni non particolarmente modeste, la cui posizione sembra far emergere criticità ulteriori e ancor più penetranti di quelle che connotano la penale responsabilità dei membri dell'organo di controllo. Tali soggetti sono accomunati, infatti, dall'essere privi di poteri decisionali e di diretta gestione delle attività sociali, essendo investiti, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, di un dovere di controllo sull'altrui comportamento da cui discenderebbe il preciso obbligo di intervento

nelle ipotesi in cui si renda necessario impedire che vengano realizzati illeciti da parte dei componenti dell'organo esecutivo<sup>7</sup>.

Due in particolare i temi di approfondimento: da un lato, la ricostruzione – anche sulla scorta della miglior scienza civilistica – dei poteri/doveri attribuiti dall'ordinamento rispettivamente a sindaci e amministratori non esecutivi, essenziali al fine di renderli titolari di una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.; dall'altro, le difficoltà concernenti il giudizio controfattuale, su cui anche la pronuncia di cui ci si è occupati non sembra fornire utili indicazioni.

#### 4.1. I poteri e doveri attribuibili ai sindaci.

Nell'analizzare la posizione dei sindaci, la Corte di Cassazione sembra dare per scontato la sussistenza in capo agli stessi di una posizione di garanzia, su cui viene fondata la relativa responsabilità penale in caso di omesso impedimento del reato commesso dagli amministratori.

In proposito, la sentenza prima afferma perentoriamente che i sindaci sono “*titolari di un potere di controllo e non di attivazione diretta*”<sup>8</sup> e successivamente ricorda come il collegio sindacale sia il tipico organo di controllo, chiamato a vigilare sull'amministrazione della società, con il compito di garantire l'osservanza della legge ed il rispetto dell'atto costitutivo nonché di verificare che la contabilità sia tenuta in maniera regolare<sup>9</sup>. Tuttavia, tale obbligo di vigilanza – proseguono gli ermellini – non può dirsi circoscritto al mero controllo contabile, ma deve estendersi anche al contenuto della gestione, così come attualmente prescritto dall'art. 2403 *bis* c.c. Pertanto, il controllo sindacale, per quanto non possa investire direttamente le scelte gestorie, affidate unicamente agli amministratori (e, tra loro, nello specifico ai delegati), non si risolve nemmeno in una mera verifica contabile limitata alla documentazione resa disponibile dagli amministratori, dovendo al contrario comprendere anche un minimo di riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile<sup>10</sup>.

Dovendosi tale attività svolgere non solo a tutela dell'interesse dei soci, ma anche di quello concorrente dei creditori sociali, la legge attribuisce ai sindaci specifici poteri, quali il compimento – anche individualmente – di atti di ispezione e di controllo; la richiesta agli amministratori di notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali e su determinati affari; lo scambio di informazioni sia con i correlativi organi delle società partecipate in merito all'andamento generale dell'attività sociale sia con i soggetti incaricati del controllo contabile<sup>11</sup>. Senza

<sup>7</sup> Cfr. C. SANTORIELLO, *Omesso esercizio dei poteri-doveri di controllo sul contenuto della gestione sociale*, nota a Cass. pen., Sez. V, sent. 18 febbraio 2019 (dep. 19 marzo 2019), n. 12186, in *ilFallimentarista.it*, 24 giugno 2019.

<sup>8</sup> § 4.4. del Considerato in diritto.

<sup>9</sup> § 4.6. del Considerato in diritto.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 22 marzo 2016 (dep. 7 aprile 2016), n. 14045 e Cass. pen., Sez. V, sent. 14 gennaio 2016 (dep. 6 maggio 2016), n. 18985.

<sup>11</sup> Nella dottrina sia commercialistica che penalistica, sul tema delle attribuzioni dei sindaci, si segnala S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*,

dimenticare, inoltre, il potere di impugnare le deliberazioni assembleari e quelle del Consiglio di Amministrazione, per concludere poi con i due specifici poteri oggetto di scrutinio da parte della sentenza annotata: la convocazione dell'assemblea dei soci, qualora vengano ravvisati fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia necessità di provvedere, e la denuncia al Tribunale<sup>12</sup>. Quest'ultima, in particolare, avrebbe ad oggetto non solo gli illeciti societari/fallimentari disciplinati dalla normativa civilistica, ma anche fattispecie previste dal Codice penale, allorché integrate da atti di gestione<sup>13</sup>.

Come sottolineato in più occasioni dalla dottrina<sup>14</sup>, solo una minima parte di questi poteri sembra appartenere alla categoria di quelli direttamente impeditivi, ossia in grado di generare, attraverso effetti vincolanti nei confronti dell'attività dei soggetti controllati, un dovere di conformazione in capo a questi ultimi<sup>15</sup>. In particolar modo, si tratterebbe del potere di impugnare le delibere del Consiglio di Amministrazione ai sensi dell'art. 2388 c.c. e di quello – esperibile all'interno del solo sistema dualistico da parte del consiglio di sorveglianza – di bloccare, di fatto, l'attività del consiglio di gestione, potendone revocare i componenti *ex art. 2409 terdecies*, comma 1, lett. a) c.c.<sup>16</sup>.

Le restanti attribuzioni effettuate dalla legge in favore dei sindaci sembrano potersi qualificare allora alla stregua di poteri indirettamente impeditivi, poteri cioè idonei ad avviare una sequenza procedimentale in cui la modifica diretta della realtà fattuale può determinarsi solamente in seguito al coinvolgimento, all'interno di una procedura predeterminata dalla legge, di soggetti diversi ed ulteriori rispetto a coloro che ne sono titolari, i quali potranno compiere le necessarie attività di neutralizzazione delle altrui condotte delittuose<sup>17</sup>.

---

P. ABBADESSA G.B. PORTALE (diretto da), vol. III, Torino, Utet, 2007, p. 44 e ss.; A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 3, 2000, pp. 47-86.

<sup>12</sup> Quest'ultimo potere, peraltro, è stato di recente attribuito anche all'organo di controllo – anche monocratico – delle società a responsabilità limitata, per effetto della modifica apportata all'art. 2477 c.c. dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

<sup>13</sup> D. ZINGALES, *Bancarotta commessa dall'amministratore e poteri impeditivi del collegio sindacale: a fronte di evidenti segnali di allarme, l'inerzia continua a costituire elemento indiziario della compartecipazione dolosa del sindaco di società di capitali*, nota a Cass. pen., Sez. V, sent. 18 febbraio 2019 (dep. 19 marzo 2019), n. 12186, in *Cass. pen.*, 2, 2020, p. 554.

<sup>14</sup> Si vedano, *ex multis*, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, cit., p. 339 e ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, cit., p. 67 e ss.

<sup>15</sup> F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento gli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, cit., p. 334, definisce impeditivo “quel potere giuridico che può astrattamente (secondo un modello di causalità generale) impedire, agendo su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, il verificarsi dell'illecito da parte del soggetto sottoposto al controllo”.

<sup>16</sup> Cfr. L. CARRARO, *Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori*, nota a Cass. pen., Sez. V, sent. 11 maggio 2018 (dep. 4 ottobre 2018) n. 44107, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2019, p. 188.

<sup>17</sup> A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009, p. 275 e ss.

Secondo una condivisibile prospettazione dottrinale<sup>18</sup>, ciò renderebbe i sindaci titolari non di un vero e proprio obbligo di garanzia, caratterizzato dall'attribuzione di poteri giuridici impeditivi, bensì di un mero obbligo di sorveglianza. Quest'ultimo si distingue proprio in ragione dei differenti poteri giuridici conferiti dall'ordinamento, ossia poteri di semplice vigilanza e di informazione sulla situazione di pericolo. A fronte di ciò, compito dei sindaci sarebbe esclusivamente quello di vigilare e di informare gli organi societari dei reati commessi all'interno della società, spettando a questi ultimi l'obbligo di intervenire allo scopo di interromperne la commissione.

Benché, dunque, la pronuncia in esame non si soffermi più di tanto sullo specifico profilo della posizione di garanzia, appare certamente condivisibile quantomeno il richiamo alla necessaria esegesi relativa all'ambito dei poteri e doveri di controllo attribuiti ai sindaci stessi<sup>19</sup>. In proposito, ulteriori riflessioni ed approfondimenti potrebbero derivare da un attento scrutinio delle nuove Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, di recente approvate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC)<sup>20</sup>. Nello specifico, si tratta di norme di deontologia professionale che nel contribuire a definire i criteri generali di svolgimento dell'attività dei professionisti cui fanno riferimento forniscono importanti indicazioni per la ricostruzione del paradigma della diligenza professionale loro richiesta. Calate in ambito penalistico, esse possono aiutare il giudice a riempire di contenuto – in relazione alle particolari circostanze del caso concreto – gli obblighi incombenti sui componenti del collegio sindacale e il conseguente dovere impeditivo rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.. Inoltre, potrebbero assumere rilevanza anche sul fronte della colpevolezza dell'agente, consentendo di meglio definire l'atteggiamento (doloso o colposo) con cui il sindaco si è rapportato con gli obblighi – inadempiti – a lui attribuiti<sup>21</sup>.

Appare infine apprezzabile l'aver circoscritto le contestazioni mosse ai sindaci al mancato esercizio di due specifici poteri/doveri: segnatamente, quello di convocazione dell'assemblea dei soci e quello di denuncia al Tribunale, discostandosi così da prassi poco commendevoli in cui agli stessi veniva genericamente e superficialmente imputato di non aver fatto ricorso ad alcuno dei poteri loro attribuiti, senza alcuna ulteriore precisazione.

---

<sup>18</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2000, pp. 337-352, in particolare p. 343.

<sup>19</sup> §4.6. del Considerato in diritto.

<sup>20</sup> Tali disposizioni, consultabili sul [sito del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili](#), sostituiscono le precedenti Norme di comportamento adottate nel 2015 e sono entrate in vigore il 1 gennaio 2021. Per completezza, si segnala che il CNDCEC ha adottato, nel 2018, analoghe norme di comportamento indirizzate ai sindaci di società quotate.

<sup>21</sup> R. FRASCINELLI, M. RIVERDITI, *Norme per i collegi sindacali delle non quotate di interesse per il giudice penale*, in *Eutekne.info*, 22 dicembre 2020.

#### 4.2. La differente posizione degli amministratori privi di delega.

Le criticità ora evidenziate si ripresentano, ancor più estesamente, davanti alle contestazioni mosse agli amministratori non esecutivi. Questi ultimi, infatti, sembrano essere titolari di poteri ancor meno incisivi di quelli attribuiti ai sindaci, ragion per cui la relativa posizione di garanzia – per quanto quasi mai messa seriamente in discussione dalla giurisprudenza, che tende ad approfondire maggiormente il tema del necessario elemento psicologico<sup>22</sup> – presenta dei contorni assai sfumati.

Sul punto, appare utile gettare uno sguardo alle riflessioni elaborate dalla dottrina civilistica, dal momento che è anzitutto muovendo dalle disposizioni dettate dal Codice civile che è possibile procedere ad una ricostruzione dei poteri e doveri che sembrano fondare l'obbligo giuridico di impedimento ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

Nel confronto con le attribuzioni di cui sono investiti i sindaci, può osservarsi in primo luogo come gli amministratori non esecutivi non abbiano poteri ispettivi ed informativi autonomi ed individuali né possano rivolgersi al resto della struttura aziendale, al di fuori del C.d.A., per ottenere le informazioni necessarie all'espletamento delle proprie funzioni<sup>23</sup>. Ne consegue che l'organo amministrativo può valutare il generale andamento della gestione sulla scorta delle informazioni contenute nelle relazioni predisposte dal/i delegato/i e solamente ove venga a conoscenza di fatti pregiudizievoli in base a tali flussi informativi manterrebbe il dovere di impedirne, eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Anche in questo caso, tuttavia, sembrerebbero riproporsi le medesime perplessità già sollevate con riferimento ai componenti dell'organo di controllo circa la titolarità di poteri direttamente impeditivi.

Infatti, l'attuale disciplina civilistica, quale risultante della riforma intervenuta nel 2003, circoscrive enormemente le ipotesi di autonoma iniziativa da parte del singolo amministratore privo di delega. Tra queste, le più significative appaiono essere, in primo luogo, la facoltà di sollecitare il Pubblico Ministero ad avviare il procedimento di controllo giudiziale sulla società di cui all'art. 2409 c.c., oggi peraltro limitato – da un punto di vista soggettivo – alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e potendo essere avviato, sotto il profilo oggettivo, solo in presenza di gravi irregolarità che possano arrecare danno alla società o a sue controllate. In secondo luogo e per i casi in cui la società di riferimento sia soggetto alla vigilanza di una qualche autorità di stampo pubblicistico, la possibilità di segnalare eventuali irregolarità all'autorità di controllo<sup>24</sup>. Inoltre, l'organo collegiale – e non, quindi, il singolo componente – potrebbe revocare la delega conferita, sostituendo il vecchio

<sup>22</sup> Si vedano, da ultimo, le considerazioni sviluppate da Cass. pen., Sez. I, sent. 9 marzo 2018 (dep. 3 aprile 2018), n. 14783, con nota e commento di E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2019, pp. 350-383.

<sup>23</sup> U. TOMBARI, *Riflessioni sulle "funzioni" degli amministratori "non esecutivi" e sull'"amministrazione" nella S.p.A. quotata*, in *Riv. dir. soc.*, 2, 2020, p. 328, cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>24</sup> Cfr. N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2015, p. 16.

amministratore delegato, oppure esercitare la c.d. competenza concorrente *ex art.* 2381, comma 3, c.c.<sup>25</sup>. Infine, ulteriori possibili interventi sono rappresentati dalla facoltà di impugnativa delle delibere consiliari, dalla richiesta di convocazione del Consiglio di Amministrazione, dall'annotazione nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del dissenso verso una specifica iniziativa gestoria (con relativa segnalazione al Presidente del Collegio Sindacale) e, in *extrema ratio*, dalle dimissioni dalla carica<sup>26</sup>.

È tuttavia lecito dubitare che specialmente queste ultime prerogative possano essere considerate alla stregua di veri e propri poteri impeditivi, apparendo piuttosto come meri poteri di impulso che, ove correttamente esercitati, potrebbero consentire al singolo amministratore non esecutivo di andare esente da responsabilità quantomeno in sede civile. Allo stesso tempo, però, lasciano dubbi irrisolti in merito alla loro generale idoneità ad impedire il verificarsi e/o il prolungarsi del fatto di reato, spesso rappresentando solamente il presupposto di un successivo, effettivo potere impeditivo, il cui esercizio richiede il coinvolgimento o l'iniziativa di un terzo soggetto (Pubblico Ministero, Presidente del CdA, Presidente del Collegio Sindacale).

In sintesi, l'amministratore non esecutivo sembra sostanzialmente privo, come singolo, di autonomia decisionale ovvero di alcun potere di investigazione o di iniziativa, a differenza, invece, di quanto previsto dall'art. 2403 *bis* c.c. per i componenti del collegio sindacale.

In un tale contesto, la giurisprudenza penale ha di recente compiuto qualche passo nella giusta direzione, chiarendo che è compito dell'interprete, innanzitutto, ricostruire la relazione tra i fatti di reato, la composizione ed il funzionamento del Consiglio di Amministrazione alla luce delle clausole di organizzazione delle funzioni gestorie rispettivamente recate dallo statuto sociale e, eventualmente, da successive deliberazioni di organizzazione della gestione societaria adottate dall'assemblea ovvero dal C.d.A.<sup>27</sup>, tenendo ben distinte le posizioni dei diversi amministratori privi di deleghe ed evidenziando puntualmente il contributo eventualmente apportato da ciascuno di essi, anche in virtù delle specifiche competenze di cui il singolo è titolare.

Se una tale precisazione è certamente condivisibile, rispondendo chiaramente al principio di personalità della responsabilità penale, l'approccio giurisprudenziale ha però mantenuto nel complesso un significativo *vulnus* rispetto all'individuazione e definizione dei poteri impeditivi concretamente esercitabili dall'imputato, poiché generalmente viene richiamato il solo potere/dovere di richiedere ulteriori informazioni *ex art.* 2381, comma 6, c.c., senza tuttavia specificare in che cosa, nel caso di specie, tale potere avrebbero dovuto concretizzarsi (né, come si approfondirà nel prossimo paragrafo, in che modo il suo esercizio avrebbe impedito il verificarsi dell'evento).

<sup>25</sup> In tal senso P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, nota a Cass. pen., sez. V, sent. 22 settembre 2009, n. 36595, in *Le Soc.*, 7, 2010, p. 891.

<sup>26</sup> Sul punto si rimanda a F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento gli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, cit., p. 336.

<sup>27</sup> In tal senso, di recente, si veda la già richiamata Cass. pen., Sez. I, sent. 3 aprile 2018, (dep. 3 aprile 2018), n. 14783, con nota e commento di E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta*, cit., relativamente ad un fatto di bancarotta fraudolenta per distrazione commesso dal presidente del consiglio di amministrazione, investito di deleghe gestorie.

Ben si comprende, quindi, la tensione con i principi di legalità e determinatezza, in ossequio ai quali una più attenta giurisprudenza ha ragionevolmente evidenziato la possibilità di superare tali criticità introducendo per via legislativa un preciso e dettagliato elenco dei poteri impeditivi connessi alla posizione di garanzia di cui sono investiti gli amministratori privi di deleghe gestorie, così da renderli *“ben determinati ed il loro esercizio normativamente disciplinato in guisa tale da poter ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l’evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente”*<sup>28</sup>.

## 5. Le difficoltà nella ricostruzione del nesso causale.

Una delle censure maggiormente significative, anche nei toni, che il Supremo collegio muove alla decisione del giudice di appello riguarda il *“radicale vuoto motivazionale quanto al giudizio controfattuale [...] necessario per validare la tesi dell’eziologia della contestata condotta omissiva dei sindaci rispetto all’aggravamento del dissesto delle società del gruppo”*<sup>29</sup>. Nonostante ciò, la Corte, a differenza di quanto fatto con riferimento ad altre lacune ravvisate nella decisione annullata, non fornisce alcuno spunto utile all’interprete o al giudice del rinvio.

Se da un lato tale mancanza potrebbe spiegarsi con il fatto che quest’ultimo venga individuato nel giudice civile, dall’altro essa appare emblematica delle difficoltà che anche la giurisprudenza più sensibile incontra nell’affrontare l’accertamento del nesso causale, che dovrebbe condursi – come noto – attraverso un giudizio di natura controfattuale, nel corso del quale verificare, in base a tutte le circostanze del caso concreto ed attraverso un procedimento di aggiunta mentale, se l’azione doverosa che l’imputato ha omesso di compiere avrebbe impedito la realizzazione del fatto *hic et nunc* verificatosi ovvero ne avrebbe determinato la realizzazione in un’epoca successiva o con minore intensità lesiva. Nel contesto in esame, ciò significa verificare, secondo il criterio dell’oltre ogni ragionevole dubbio, se laddove il sindaco (o l’amministratore privo di deleghe) avesse esercitato i poteri astrattamente impeditivi sopra richiamati, egli avrebbe neutralizzato, in quel particolare caso, il programma criminoso posto in essere dal delegato.

Ad essere onesti, deve riconoscersi che la prova del nesso presenta diverse criticità: in primo luogo, essa sconta la non ripetibilità della concreta situazione fattuale – di carattere sociale e non strettamente scientifico – di volta in volta in rilievo e, secondariamente, è ostacolata dall’oggettiva difficoltà del giudizio controfattuale cui è chiamato l’interprete, tanto che spesso non resta al giudice che rifugiarsi in non meglio definite massime di esperienza. Così facendo, tuttavia, si corre il rischio di equiparare

---

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. V, sent. 8 giugno 2012, n. 42519. Per un commento a tale pronuncia, si veda A. INGRASSIA, *la Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, cit. In dottrina, per considerazioni analoghe si veda G. MERCONE, *L’obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d’allarme*, in DPC, 2 febbraio 2012.

<sup>29</sup> § 9 del Considerato in diritto.

l'omessa attivazione in quanto tale al verificarsi del fatto illecito, senza passare da una previa rigorosa verifica dell'esistenza di un rapporto causale, nei termini propri della *condicio sine qua non*, tra l'omissione e l'evento, giungendo a trasformare un reato omissivo improprio in un reato omissivo proprio<sup>30</sup>.

Sarebbe auspicabile, quindi, che oltre alla puntuale descrizione della condotta impeditiva omessa il giudice di merito si sforzasse di descrivere con maggiore precisione il ragionevole sviluppo fattuale che l'intervento di sindaci o amministratori privi di deleghe sarebbe stato in grado di produrre.

Ciò appare necessario specie in presenza di pronunce che, consapevoli delle suddette difficoltà, hanno introdotto alcune peculiarità all'interno del giudizio controfattuale, produttive di effetti sfavorevoli nei confronti degli imputati. In particolar modo, prendendo atto della segnalata assenza di poteri concretamente impeditivi in capo ai sindaci e della mera titolarità di soli poteri di impulso, esse hanno affermato che il giudizio controfattuale implica accertare non che l'azione doverosa – ove realizzata – avrebbe impedito i fatti di reato contestati, ma che essa avrebbe potuto sollecitare l'adozione di comportamenti virtuosi e soprattutto improntati alla legalità da parte degli amministratori. Si tratta di un arresto che, come detto, produce evidenti effetti *in malam partem* nei confronti dei garanti, dal momento che una corretta interpretazione dell'art. 40, comma 2, c.p., richiederebbe l'esistenza di un potere che consenta loro di intervenire direttamente sulla fonte di rischio da neutralizzare<sup>31</sup>.

## 6. Conclusioni.

Come si è cercato di mettere in luce nelle considerazioni che precedono, la sentenza in commento può certamente annoverarsi tra le pronunce maggiormente rispettose dei principi costituzionali di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale, per lo sforzo compiuto nel delineare precisamente i passaggi logico-giuridici attraverso cui accertare la responsabilità concorsuale omissiva dei sindaci per il delitto di bancarotta semplice impropria imputata agli amministratori.

Sinteticamente, è quindi possibile ribadire l'importanza di: i) evidenziare dettagliatamente la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie "base" commessa da coloro a cui è affidata la gestione della società, siano essi reati fallimentari o societari o ulteriori fattispecie delittuose; ii) ricostruire i poteri e doveri astrattamente attribuibili ai garanti; iii) individuare, nel concreto, l'azione doverosa omessa ed il periodo in cui la stessa si è protratta; iv) compiere il giudizio controfattuale, verificando se – alla luce delle peculiarità della singola vicenda in esame – l'esercizio della specifica condotta omessa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento o, quantomeno, sposando un approccio meno rigoroso, ne avrebbe attenuato le conseguenze dannose; v) in punto di elemento soggettivo, elencare gli specifici documenti da cui i garanti avrebbero

<sup>30</sup> A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, cit., p. 6.

<sup>31</sup> D. ZINGALES, *Bancarotta commessa dall'amministratore e poteri impeditivi del collegio sindacale*, cit., p. 559.

dovuto cogliere l'esistenza di segnali di allarme e, ove presenti in maniera significativa, accertare se l'omissione loro imputabile sia tale da poterne desumere la volontaria adesione all'evento, quantomeno nella forma del dolo eventuale (per le fattispecie che non ammettono una versione colposa).

## AGGRESSIONI AI DANNI DEL PERSONALE SANITARIO: DI FRONTE ALL'ALLARME SOCIALE, LA LEGGE 113/2020 INASPRISCE LE PENE

di Beatrice Fragasso

1. Dopo un percorso parlamentare di quasi due anni, il 24 settembre 2020 è entrata in vigore la legge 14 agosto 2020, n. 113, recante "Disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell'esercizio delle loro funzioni". Il provvedimento presenta diversi profili di interesse per il penalista, avendo inasprito il quadro sanzionatorio per le aggressioni ai danni del personale sanitario: in particolare, il nuovo comma 2 dell'art. 583-*quater* c.p. prevede la reclusione da quattro a dieci anni per le lesioni gravi cagionate agli esercenti professioni sanitarie e sociosanitarie e la reclusione da otto a sedici anni per le lesioni gravissime; è stata inoltre introdotta una nuova circostanza aggravante comune all'art. 61 c.p. (n. 11-*octies*) per i delitti commessi – a danno dei medesimi soggetti – con violenza o minaccia, in presenza della quale i reati di lesioni e percosse sono sempre procedibili d'ufficio.

2. L'*humus* nel quale si è ambientata la riforma è costituito dal forte allarme sociale suscitato da alcuni episodi di cronaca che avevano visto medici e infermieri, specie di pronto soccorso, vittime di aggressioni da parte degli utenti e dei loro congiunti. Nella Relazione di Accompagnamento al disegno di legge S-867, poi sfociato nella l. n. 113/2020, si legge che «[i] fattori di rischio responsabili di atti di violenza diretti contro gli esercenti le professioni sanitarie sono numerosi, ma l'elemento peculiare e ricorrente è rappresentato dal rapporto fortemente interattivo e personale che si instaura tra il paziente e il sanitario durante l'erogazione della prestazione sanitaria e che vede spesso coinvolti soggetti, quali il paziente stesso o i familiari, che si trovano in uno stato di vulnerabilità, frustrazione o perdita di controllo, specialmente se sotto l'effetto di alcol o droga»<sup>1</sup>.

I dati INAIL<sup>2</sup> – quasi certamente sottostimati – danno effettivamente ragione delle preoccupazioni manifestate dal legislatore, fotografando, in ambito sanitario, un incremento degli infortuni sul lavoro dovuti ad aggressioni: nel quinquennio 2015-2019, sono stati quasi 11 mila i casi di aggressione nei confronti di personale sanitario, circa il 9% di tutti gli infortuni (contro un rapporto aggressioni/infortuni del 3% – di media – negli altri settori). Il 41% degli episodi è concentrato nell'Assistenza sanitaria (ospedali, case di cura, studi medici), il 31% nei Servizi di assistenza sociale residenziale (case di riposo, strutture di assistenza infermieristica, centri di accoglienza, ecc.) e il 28%

<sup>1</sup> La Relazione di accompagnamento al d.d.l. S-867 è disponibile sul sito del Senato a questo [link](#).

<sup>2</sup> INAIL, *Andamento degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali*, ottobre 2020, disponibile sul sito dell'INAIL a questo [link](#).

nell'Assistenza sociale non residenziale. Le aggressioni sono state perpetrate nel 90% dei casi da soggetti esterni alle strutture sanitarie. Si tratta di una linea di tendenza che accomuna l'Italia ad altri paesi e che da anni è oggetto di studi e ricerche<sup>3</sup>.

Non si può non considerare, inoltre, che la legge è stata approvata proprio nel corso dell'emergenza pandemica da Covid-19 e risente in qualche modo del sentimento di gratitudine – largamente diffuso in seno all'opinione pubblica – nei confronti del personale sanitario che, da quasi un anno ormai, lavora a pieno ritmo nella cura delle persone contagiate (e non solo). Tra i temi all'ordine del giorno, nel dibattito pubblico degli ultimi mesi, vi è stata infatti la "riscoperta" dell'importantissimo ruolo sociale svolto – non solo in tempi di crisi – da medici e infermieri e la conseguente necessità di approntare, nei loro confronti, una tutela rafforzata contro gli infortuni sul luogo di lavoro<sup>4</sup>.

3. Il campo di applicazione della l. 113/2020 è delineato dall'art. 1, che rinvia alle disposizioni contenute nella l. 11 gennaio 2018, n. 3 (c.d. legge Lorenzin) per le definizioni di professioni sanitarie e socio-sanitarie: svolgono professioni sanitarie coloro che appartengono agli Ordini «dei medici-chirurghi e degli odontoiatri, dei veterinari, dei farmacisti, dei biologi, dei fisici, dei chimici, delle professioni infermieristiche, della professione di ostetrica e dei tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione» (art. 4, l. n. 3/2018), nonché gli osteopati e chiropratici (art. 7), i chimici e i fisici (art. 8), gli psicologi (art. 9). Svolgono invece professioni socio-sanitarie gli assistenti sociali, i sociologi e gli educatori professionali (art. 5, l. n. 113/2020).

Resta in ogni caso salva la possibilità, per il Ministero della Salute, previo parere tecnico-scientifico del Consiglio superiore di sanità, di riconoscere nuove professioni sanitarie, in base al procedimento previsto dall'art. 6 – disposizione alla quale l'art. 1 l. 113/2020 rinvia, rendendo il campo di applicazione delle nuove disposizioni di fatto suscettibile di ampliamento<sup>5</sup>.

4. Innanzitutto, la legge 113/2020 interviene sul testo dell'art. 583-*quater* c.p., disposizione che era stata introdotta dall'art. 7, co. 1, d.l. n. 8 febbraio 2007, n. 8 (conv. con modificazioni in l. 4 aprile 2007, n. 41) e che prevede, al primo comma, che «[n]ell'ipotesi di lesioni personali cagionate a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, le lesioni gravi sono punite con la reclusione da quattro a dieci anni; le lesioni gravissime, con la reclusione da otto a sedici

<sup>3</sup> Ne dà atto diffusamente M. CAPUTO, [Nessuno tocchi Ippocrate. Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario](#), in *Archivio Penale*, 2020, 3, pp. 2-4.

<sup>4</sup> Dall'[ultimo monitoraggio dell'INAIL](#) (30 novembre 2020) sui dati sulle denunce di infortunio sul lavoro da Covid-19, risulta che il 68,7% delle denunce proviene dal settore della sanità e dell'assistenza sociale (ospedali, case di cura e di riposo, istituti, cliniche e policlinici universitari, residenze per anziani e disabili...); un terzo dei decessi denunciati all'INAIL riguarda personale sanitario e socio-assistenziale.

<sup>5</sup> Il rinvio pare compatibile con il carattere tendenzialmente assoluto del principio di riserva di legge in materia penale, stante la natura puramente tecnica delle integrazioni che sono rimesse alle valutazioni dell'organo esecutivo.

anni»: anche in quel caso la novella era stata approvata sull'onda emotiva scaturita da alcuni episodi di cronaca (in particolare, dalla morte dell'ispettore di polizia Filippo Raciti, avvenuta nel corso di disordini seguiti ad una partita di calcio). Per effetto del secondo comma, introdotto dall'art. 4 della legge 113/2020, tale inasprimento delle pene si applica anche «in caso di lesioni personali gravi o gravissime cagionate a personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio, nonché a chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, nell'esercizio o a causa di tali attività». Contestualmente viene modificata la rubrica dell'articolo, che ora reca "Lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, nonché a personale esercente una professione sanitaria o sociosanitaria e a chiunque svolga attività ausiliarie ad essa funzionali".

Con riferimento alla nuova disposizione, si pone la questione – già oggetto di dibattito con riferimento al primo comma – se la norma debba essere qualificata come figura autonoma di reato ovvero come circostanza aggravante, con le evidenti implicazioni che ne conseguono in ordine al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* e all'applicabilità del criterio di imputazione soggettiva di cui all'art. 59, c. 2, c.p. in luogo di quello previsto dall'art. 43 c.p.

Parte della dottrina si era espressa nel senso di riconoscere la natura di autonoma fattispecie alla disposizione di cui al primo comma, facendo leva sulla sua collocazione in un articolo diverso rispetto alla disciplina delle lesioni gravi e gravissime (art. 583 c.p.), sull'autonomo *nomen iuris* assegnato nella rubrica, nonché sulla *ratio* dell'intervento legislativo, da individuarsi proprio nella volontà di sottrarre l'aumento di pena al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*<sup>6</sup>. Tali considerazioni sembrano però non superare l'opposto – e decisivo – rilievo, fondato sul carattere speciale dell'art. 583-*quater* rispetto all'art. 583 c.p. – norma, quest'ultima, riconducibile nell'alveo delle circostanze aggravanti (rispetto alla fattispecie di lesioni personali, art. 582 c.p.) per esplicita qualificazione nella rubrica (e nel comma 2 dell'art. 582 c.p.) e per costante interpretazione giurisprudenziale<sup>7</sup>. Ebbene, l'art. 583-*quater* c.p. non descrive alcun fatto tipico, ma si limita a rinviare implicitamente all'art. 583 c.p. per le nozioni di "lesioni gravi" e "lesioni gravissime", sottraendo alla disciplina ivi contenuta le condotte che siano cagionate a determinate categorie di persone: a nostro avviso, tali ipotesi

<sup>6</sup> In questo senso vd. P. PISA, *Il "nuovo" reato di lesioni a pubblico ufficiale in occasione di manifestazioni sportive*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, fasc. 6, p. 737; S. CAMPANELLA – D. NOTARO, *Misure urgenti per la prevenzione e la repressione di fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche, nonché norme a sostegno della diffusione dello sport e della partecipazione gratuita dei minori alle manifestazioni sportive (d.l. 8.2.2007 n. 8, conv., con modif., in l. 4.4.2007 n. 41)*, in *Leg. pen.*, 2008, 237.

<sup>7</sup> Si vd. *ex multis* Cass., 3 aprile 2013, n. 34012, Fumisetto, CED 256527; Cass. 14 novembre 2012, n. 18490, Acerbis, CED 256239; Cass., 8 marzo 1994, n. 4130, Riva, CED 197987; in dottrina si vd. F. BASILE, *sub art. 583*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, IV ed., 2015, p. 180-181; L. MASERA, *Delitti contro l'integrità fisica. Lesioni personali*, in F. Viganò – C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, 2015, 99; *contra* G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, Zanichelli, 2013, 72.

mantengono dunque la natura circostanziale che avevano prima dell'introduzione dell'art. 583-*quater*<sup>8</sup>.

Affinché sia configurabile la nuova aggravante, le lesioni gravi o gravissime devono essere commesse "a causa o nell'esercizio" dell'attività sanitaria. Tale sintagma deve essere interpretato nel senso della necessaria sussistenza di un nesso funzionale tra la condotta di lesioni e l'attività sanitaria. Non potrà, dunque, applicarsi l'art. 583-*quater*, c. 2, c.p. quando un'aggressione, realizzata contestualmente all'esercizio dell'attività professionale del sanitario, sia determinata da motivi che esulano dall'attività stessa<sup>9</sup> (si pensi alle percosse cagionate ad un infermiere dal vicino di casa, che – per vendicare antichi dissapori – lo segua presso l'ambulatorio e lo aggredisca). In questi casi, infatti, non si riscontra la *ratio* della tutela rafforzata, che è quella di proteggere gli operatori sanitari dai rischi connessi alla costante relazione con una pluralità indeterminata di persone – talvolta in condizioni di stress emotivo – che si rapporta a medici e infermieri in assenza di alcun filtro.

Al contrario, rientreranno nel campo di applicazione dell'aggravante le lesioni gravi commesse al di fuori dei luoghi deputati all'esercizio della professione, che siano connesse all'attività medico-sanitaria svolta (è il caso del paziente che aggredisca il suo medico mentre questi sta facendo ritorno a casa).

5. L'art. 5 l. 113/2020 introduce poi una nuova aggravante comune all'art. 61 c.p., consistente nell'«avere agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività» (art. 61 c.p., n. 11-*octies*)<sup>10</sup>.

L'aggravante si applica ai soli delitti commessi con l'uso di violenza e minaccia: a tale nozione devono essere ricondotti sia i reati qualificati espressamente dalla violenza e dalla minaccia (violenza privata, minaccia, violenza sessuale etc.), sia i reati nei quali queste modalità della condotta sono implicite: si pensi alle percosse e alle lesioni

<sup>8</sup> Vd. più diffusamente G.L. GATTA, *sub 583-quater*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, cit.; in questo senso, in relazione al primo comma, si erano espressi L. Pistorelli, [D.l. 12 novembre 2010, n. 187 \(c.d. Decreto sicurezza\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 18.11.2010; F. CURI, «La fretta, che l'onestade ad ogni atto dismaga»: alcune osservazioni sulla recente legislazione in tema di violenza negli stadi, in *Cass. pen.*, 2007, fasc. 5, p. 259; in relazione al comma 2 vd. F.P. MODUGNO, *Misure di contrasto alla Violenza nei confronti degli Operatori Sanitari. La Camera approva il DDL all'unanimità e il testo ritorna al Senato in seconda lettura: l'ennesimo esempio di panpenalismo quale unica risposta dell'attuale legislatore ai fenomeni sociali*, in *Giur. pen.*, 6/2020, p. 7; G. AMATO, *Pene aumentate di un terzo e sanzione fino a 5mila euro*, in *Guida dir.*, 38, 2020, p. 28; contra M. CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate*, cit., p. 13; G. PAVICH, *La sicurezza del personale sanitario e la tutela penale contro le aggressioni: un nuovo strumento legislativo*, in *Il penalista*, 31.8.2020.

<sup>9</sup> G. AMATO, *Pene aumentate di un terzo e sanzione fino a 5mila euro*, cit., p. 29.

<sup>10</sup> La nuova circostanza – come evidenziato dalla citata Relazione di Accompagnamento, p. 4 – si pone in linea di ideale complementarietà con l'aggravante prevista al n. 11-*sexies* dell'art. 61 c.p., che aggrava i delitti non colposi commessi «in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture socio-sanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative», rispetto alla quale costituisce l'altra faccia della medaglia.

personali<sup>11</sup>, ma anche alla concussione (nonostante non sia questo il fenomeno che il legislatore si proponeva primariamente di contrastare).

Benché astrattamente rientranti nel campo di applicazione del n. 11-*octies*, le lesioni gravi o gravissime causate al personale sanitario non sono aggravate dalla norma in esame: in base al principio di specialità, in relazione ad esse sarà infatti applicabile la circostanza aggravante prevista dall'art. 583-*quater*, c. 2, c.p., che si riferisce specificamente a queste fattispecie di reato<sup>12</sup>. La circostanza non è inoltre applicabile, in base al principio espresso dall'art. 61, c. 1, c.p., ai reati dei quali rappresenti già un elemento costitutivo: si pensi alle fattispecie previste dagli artt. 336 e 337 c.p., se poste in essere in danno di sanitari qualificabili come "pubblici ufficiali" o "incaricati di pubblico servizio"<sup>13</sup>.

Quanto al significato da attribuire all'espressione "a causa o nell'esercizio", valgono le considerazioni svolte con riferimento all'aggravante di cui all'art. 583-*quater*, co. 2, c.p.

Va rilevato che la giurisprudenza era già solita aggravare la pena per i reati commessi nei confronti degli esercenti professioni socio-sanitarie, ritenendo applicabile l'aggravante dell'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio di cui all'art. 61, c.p., n. 10<sup>14</sup>. La nuova circostanza è comunque destinata a sovrapporsi soltanto parzialmente a quella di cui al n. 10, avendo quest'ultima un campo di applicazione da una parte più ampio – dal momento che si riferisce a tutte le figure di reato, comprese le contravvenzioni, e non solo ai delitti caratterizzati da violenza o minaccia – e, dall'altra, più ristretto, essendo circoscritto allo svolgimento di un servizio pubblico, laddove il n. 11-*octies* si applica anche qualora il sanitario non stia svolgendo attività che lo qualificano come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Qualora, tuttavia, nel caso concreto risultassero integrate entrambe le circostanze, si applicherà un solo aumento di pena, ai sensi dell'art. 68, co. 2, c.p.<sup>15</sup>.

6. La l. 113/2020 è intervenuta altresì sul regime di procedibilità delle percosse e delle lesioni, disponendo che, qualora ricorra l'aggravante prevista dall'art. 61, n. 11-*octies*, c.p., le percosse – in deroga alla disciplina ordinaria – siano procedibili d'ufficio

<sup>11</sup> Una conferma dell'applicabilità dell'aggravante in esame alle fattispecie di percosse e lesioni si ricava in ogni caso dall'art. 6, l. n. 113/2020, che – come si vedrà tra poco – incide sul regime di procedibilità di questi due reati, quando siano aggravati dall'art. 61, n. 11-*octies*, c.p.

<sup>12</sup> M. CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate*, cit., p. 16.

<sup>13</sup> Così G. AMATO, *Pene aumentate di un terzo e sanzione fino a 5mila euro*, cit., p. 29; M. CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate*, cit., p. 16.

<sup>14</sup> Trib. Napoli 15 novembre 2017, n. 10849, *DeJure*; sulla giurisprudenza che attribuisce al personale medico-sanitario la qualifica di pubblico ufficiale v. *ex multis* Cass., sez. V, 24 maggio 2019, n. 28052, *DeJure*; Cass., sez. VI, 5 marzo 2019, n. 13411, *DeJure*; Cass., sez. V, 20 giugno 2017, n. 37971, *DeJure*; Cass., sez. VI, 11 maggio 2017, n. 29788, *DeJure*.

<sup>15</sup> G. AMATO, *Pene aumentate di un terzo e sanzione fino a 5mila euro*, cit., p. 30; vd. anche F.P. MODUGNO, *Misure di contrasto alla Violenza nei confronti degli Operatori Sanitari*, cit., p. 10; M. CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate*, cit., p. 16.

(v. art. 581, c. 2, c.p.) e così le lesioni personali, anche quando da esse derivi una malattia di durata non superiore ai venti giorni (v. art. 582, c. 2, c.p.). Il legislatore ha inteso in questo modo garantire che la perseguibilità dei reati aggravati *ex art. 61, n. 11-octies*, c.p. sia svincolata dal coefficiente di gravità della condotta, nonché dalle valutazioni della vittima circa l'opportunità di querelare.

7. Il sistema sanzionatorio è poi completato dalla fattispecie di illecito amministrativo prevista dall'articolo 9 l. 113/2020, che così dispone: «Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque tenga condotte violente, ingiuriose, offensive o moleste nei confronti di personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria o di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso funzionali allo svolgimento di dette professioni presso strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche o private è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 500 a euro 5.000».

Stante l'assenza di qualsivoglia riferimento al nesso funzionale tra condotte di aggressione ed esercizio dell'attività sanitaria, si deve ritenere che l'irrogazione della sanzione dipenda esclusivamente dalla qualifica soggettiva della persona offesa<sup>16</sup>, con la conseguenza che potranno essere sanzionate a titolo di illecito amministrativo anche condotte inerenti soltanto alla sfera privata della vittima.

L'intento del legislatore è evidentemente quello di non lasciare impunita alcuna forma di aggressione nei confronti del personale sanitario. Se è difficile immaginare condotte violente, offensive o moleste che non costituiscono reato<sup>17</sup>, la depenalizzazione dell'art. 594 c.p. ad opera del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, sembrerebbe piuttosto aprire uno spazio di applicazione in relazione a fatti di ingiuria<sup>18</sup>. In tal caso, tuttavia, il cumulo tra sanzione pecuniaria civile prevista dall'art. 4 d.lgs. 7/2016<sup>19</sup> e nuovo illecito amministrativo potrebbe porre problemi di compatibilità con il principio del *ne bis in idem* sostanziale, per come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia<sup>20</sup>. La dottrina maggioritaria ritiene infatti che le sanzioni pecuniarie civili previste dal d.lgs. 7/2016 abbiano carattere punitivo e non meramente risarcitorio<sup>21</sup>:

<sup>16</sup> G. BATTARINO, *Le nuove disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie*, in *Questione Giustizia*, 14.9.2020; F.P. MODUGNO, *Misure di contrasto alla Violenza nei confronti degli Operatori Sanitari*, cit., p. 12.

<sup>17</sup> Sembra potersi escludere anche un'applicabilità della norma alle ipotesi colpose, stante la connotazione dolosa delle nozioni di violenza, ingiuria, offesa e molestia; così F.P. MODUGNO, *Misure di contrasto alla Violenza nei confronti degli Operatori Sanitari*, cit., p. 12.

<sup>18</sup> Così rileva anche il Dossier 207/1 elaborato dal Servizio Studi della Camera, p. 5, disponibile sul sito della Camera, a questo [link](#).

<sup>19</sup> La sanzione prevista dall'art. 4 d.lgs. 7/2016 va dai 100 agli 8000 euro; nel caso in cui l'offesa consista nell'attribuzione di un fatto determinato o sia commessa in presenza di più persone, la sanzione è aumentata (da 200 a 12.000 euro).

<sup>20</sup> G. PAVICH, *La sicurezza del personale sanitario e la tutela penale contro le aggressioni*, cit.

<sup>21</sup> Vd. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2020, Giuffrè, p. 204; A. GARGANI, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *Leg. pen.*, 3.12.2018, p. 6; F. MAZZACUVA, [L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014](#), in *Dir.*

deporrebbero in questo senso i criteri di commisurazione dettati dall'art. 5 d.lgs. 7/2016 – mutuati fondamentalmente dal disposto dell'art. 133 c.p.<sup>22</sup> – nonché l'intrasmissibilità della sanzione agli eredi (art. 9 del decreto) e la devoluzione dell'importo alla Cassa delle ammende (e non al danneggiato) ai sensi dell'art. 10 d.lgs. 7/2016. Alla stregua dei criteri Engel, le sanzioni pecuniarie civili di cui al d.lgs. 7/2016, tra cui quella relativa all'ingiuria, sarebbero dunque da considerarsi "sostanzialmente" penali, perciò soggette al divieto di *bis in idem*; lo stesso dovrebbe poter dirsi dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 9 l. 113/2020, avente anch'esso natura afflittiva e non riparatoria.

In ogni caso, stante la mancata identificazione dell'organo amministrativo preposto all'irrogazione della nuova sanzione, la norma sembra destinata ad una sostanziale inapplicazione<sup>23</sup>.

8. A completare il provvedimento vi è poi l'istituzione della Giornata nazionale di educazione e prevenzione contro la violenza nei confronti degli operatori sanitari e socio-sanitari (art. 8) e dell'Osservatorio nazionale sulla sicurezza degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie (art. 2 l. 113/2020). Quest'ultimo, istituito presso il Ministero della Salute, avrà il compito di monitorare gli episodi di violenza commessi ai danni del personale medico-sanitario e di promuovere la diffusione di buone prassi e lo svolgimento di corsi di formazione finalizzati alla prevenzione e alla gestione delle situazioni di conflitto e al miglioramento della comunicazione con gli utenti. L'art. 7, rubricato "misure preventive", stabilisce infine che «[a]l fine di prevenire episodi di aggressione o di violenza, le strutture presso le quali opera il personale di cui all'articolo 1 della presente legge prevedono, nei propri piani per la sicurezza, misure volte a stipulare specifici protocolli operativi con le forze di polizia, per garantire il loro tempestivo intervento».

\*\*\*

9. La legge in commento tenta di rispondere ad un'esigenza di sicurezza molto avvertita dal personale medico-sanitario, troppo spesso vittima privilegiata dello sfogo di rabbia e frustrazioni da parte degli utenti di strutture ospedaliere. Il problema, effettivamente, sussiste e i dati lo dimostrano. La soluzione data dal legislatore sembra

---

pen. cont. – Riv. Trim., 3/2015; p. 10; A. SCARPA, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di Cassazione*, in *Giustizia Insieme*, 28.2.2020; S. UCCI, [Le Sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?](#), in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, p. 174. Si esprime nello stesso senso, specificamente con riferimento al rapporto tra art. 9 l. 113/2020 e art. 4 d.lgs. 7/2016 vd. G. PAVICH, *La sicurezza del personale sanitario e la tutela penale contro le aggressioni*, cit.

<sup>22</sup> L'art. 5 d.lgs. 7/2016 dispone che: «[l']importo della sanzione pecuniaria civile è determinato dal giudice tenuto conto dei seguenti criteri: a) gravità della violazione; b) reiterazione dell'illecito; c) arricchimento del soggetto responsabile; d) opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito; e) personalità dell'agente; f) condizioni economiche dell'agente».

<sup>23</sup> M. CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate*, cit., p. 20; G. AMATO, *Pene aumentate di un terzo e sanzione fino a 5mila euro*, cit., p. 30; G. PAVICH, *La sicurezza del personale sanitario e la tutela penale contro le aggressioni*, cit.

tuttavia, ancora una volta, poco mirata, concentrata com'è sul *côté* repressivo – ben spendibile a fini elettorali, meno in termini di funzionalità del sistema – piuttosto che sul versante preventivo. Le scarse disposizioni in quest'ultimo senso, di certo condivisibili sul piano delle finalità, sembrano condannate *ab origine* all'inefficacia per insufficienza di fondi, stante la clausola di invarianza finanziaria che, immancabilmente, chiude il testo legislativo (art. 10)<sup>24</sup>. È difficile immaginare che un organismo con obiettivi ambiziosi qual è il neo-istituito Osservatorio nazionale sulla sicurezza degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie possa portare a qualche risultato in assenza di risorse. Gli stessi protocolli da stipulare con le forze dell'ordine necessitano di risorse che non tutte le strutture ospedaliere saranno in grado di reperire. Quanto poi al quadro sanzionatorio – senza addentrarci nell'ampio e variegato dibattito sul diritto penale simbolico<sup>25</sup> – basterà qui rilevare come l'inasprimento delle pene sembri ispirato più da finalità retributive che di prevenzione generale: impressione che non è di certo scalfita dalla lettura dei lavori preparatori, nei quali – tra le tante accorate prese d'atto sulla gravità del fenomeno – non vi è alcuna traccia di valutazioni sull'auspicato impatto deterrente<sup>26</sup>. L'approccio di *zero tolerance* fatto proprio dal legislatore rischia oltretutto di andare contro agli interessi dello stesso personale sanitario: ci si riferisce qui alla disposizione che introduce la procedibilità d'ufficio per i delitti di percosse e lesioni aggravati *ex art. 61, n. 11-octies, c.p.*, che sottrae al personale sanitario la possibilità di valutare autonomamente la gravità dell'aggressione ed, eventualmente, di non presentare querela, nella prospettiva di ricostituire un dialogo ed un rapporto con il paziente, o di evitare, invece, fenomeni di vittimizzazione secondaria<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> G. PAVICH, *La sicurezza del personale sanitario e la tutela penale contro le aggressioni*, cit.

<sup>25</sup> Si vd. il dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, i cui contributi sono poi stati raccolti nel documento [La società punitiva. populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista](#), in *Dir. pen. cont.*, 21.12.2016.

<sup>26</sup> I lavori preparatori possono leggersi sul sito del Senato a questo [link](#).

<sup>27</sup> M. CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate*, cit., p. 19.