

**GIURISPRUDENZA PENALE  
TRIMESTRALE**



**1, 2021**

## ***Giurisprudenza Penale Trimestrale***

### **Editore e Direttore Editoriale**

**Guido Stampanoni Bassi**

### **Direttore Responsabile**

**Lorenzo Nicolò Meazza**

### **Vice Direttori**

**Lorenzo Roccatagliata**

**Riccardo Lucev**

### **Comitato di redazione**

Marzia Aliatis, Lucilla Amerio, Mario Arienti, Gloria Bordanzi, Giulia Borgna, Chiara Bosacchi, Lorenzo Brizi, Stefania Carrer, Stefania Ciervo, Maria Francesca Cucchiara, Filippo Lombardi, Veronica Manca, Nicola Menardo, Mattia Miglio, Giovanni Morgese, Gaetano Stea, Stefania Treglia.

### **Comitato scientifico**

Fulvio Baldi, Roberto Bartoli, Renato Bricchetti, Pasquale Bronzo, Silvia Buzzelli, Nicola Canestrini, Federico Cappelletti, Lina Caraceni, Stefania Carnevale, Fabio Salvatore Cassibba, Massimo Ceresa-Gastaldo, Laura Cesaris, Roberto Chenal, Giulio Corato, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Ombretta Di Giovine, Corrado Ferriani, Fabio Fiorentin, Roberto Flor, Giuseppe Fornari, Marco Gambardella, Guglielmo Giordanengo, Katia La Regina, Giuseppe Losappio, Luigi Ludovici, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Antonella Massaro, Antonia Menghini, Enrico Mezzetti, Bruno Nascimbene, Michele Panzavolta, Nicoletta Parisi, Daniele Piva, Maurizio Riverditi, Alessandra Rossi, Andrea Saccucci, Ciro Santoriello, Francesco Sbisà, Alessio Scarcella, Irene Scordamaglia, Nicola Selvaggi, Paola Spagnolo, Giorgio Spangher, Nicola Triggiani, Giuseppe Vaciago, Daniele Vicoli, Roberto Zannotti.

### **Codice Cineca**

E255848

### **Contatti**

redazione@giurisprudenzapenale.com

Fascicolo trimestrale n. **1, 2021** chiuso in data **12 maggio 2021**.

### **Criteri di citazione dei contributi**

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 4, 2020, pp. xx e ss.

In alternativa, è possibile citare la Rivista con l'indicazione "*Giur. Pen. Trim.*" o "*GPT*".

### **Criteri di pubblicazione dei contributi**

I contributi pubblicati nel fascicolo trimestrale sono stati selezionati, da parte del comitato direttivo della Rivista, sulla base dell'approfondimento scientifico svolto dall'Autore e della attualità dell'argomento oggetto di analisi.

## EDITORIALE

### Il sistema penale italiano è forse a una svolta?

Nonostante la persistente incombenza della pandemia, la vita quotidiana del sistema penale non si arresta: anche nei mesi appena trascorsi il “formante giurisprudenziale” ha prodotto significativi momenti di trasformazione o assestamento del nostro diritto penale. La Corte di cassazione, specie nel suo massimo organo di nomofilachia, è stata spesso chiamata a continuare l’opera del legislatore (come, ad esempio, in materia di attività di gestione del gioco lecito e peculato, su cui v. *infra* il contributo di Urciuoli e Politi sulla sentenza S.U. n. 6087/2021), ovvero a completarla e perfezionarla (come è accaduto, ad esempio, con la sentenza S.U. n. 10381/2021 sull’applicazione analogica dell’art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*). E la Corte costituzionale, poi, sembra ormai avviata ad una più costante e penetrante opera di riallineamento del sistema a Costituzione, senza con ciò disconoscere le prerogative del legislatore (come, ad esempio, è avvenuto da ultimo con l’ordinanza con cui, accertata la incompatibilità costituzionale dell’ergastolo ostativo, ha dato termine al legislatore per adeguare la disciplina, secondo il nuovo modello di provvedimento di “incostituzionalità accertata e non dichiarata” o di incostituzionalità differita, inaugurato con il famoso caso Cappato: su tutto ciò, v. *infra* il contributo di Bellini e Procopio). Anche l’Europa continua a costituire un fattore di forte sollecitazione per il nostro ordinamento, sospingendolo verso forme sempre più strette di cooperazione implicantanti spesso vere e proprie rivoluzioni ordinamentali e istituzionali (come è accaduto, in particolare, per l’istituzione del cosiddetto Pubblico ministero europeo, su cui v. *infra* il contributo di Guagliardi, ma anche in materia di contrasto al riciclaggio transnazionale e di mandato d’arresto europeo, su cui v. *infra*, rispettivamente, i contributi di Gianfelici e Siena e di Scollo).

Ma la vicenda forse più significativa dei mesi appena passati si colloca sul fronte del “formante legislativo” o, per meglio dire, sul fronte della progettazione politica che prelude – con fortuna non sempre certa – all’innovazione legislativa. Alludiamo al fatto che nel mese di marzo scorso, dopo la costituzione del nuovo governo Draghi, la ministra della giustizia Marta Cartabia ha tracciato delle *linee*

*programmatiche* decisamente in discontinuità col recente passato, specialmente nel settore della giustizia penale che qui interessa. Se quelle linee trovassero attuazione, anche solo in parte, indubbiamente si potrebbe parlare di un “svolta” impressa al sistema. E la svolta sembrerebbe coinvolgere più il versante sostanziale, e segnatamente sanzionatorio, che quello processuale: e anche questo è un dato significativo. Anzi, raccogliendo i moniti ripetutamente formulati dalla dottrina, le linee programmatiche affermano espressamente che «una riforma del processo penale deve pure poggiare su meditati interventi di *deflazione sostanziale*, cui può giungersi, tra l’altro, intervenendo sui meccanismi di procedibilità, incrementando il rilievo delle condotte riparatorie ed ampliando l’operatività di istituti che si sono rivelati nella prassi particolarmente effettivi, come la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato e la non punibilità per particolare tenuità del fatto». Già queste indicazioni, oltre a porsi in chiara discontinuità con ancora recenti interventi legislativi tendenti ad esempio ad ampliare il novero dei reati esclusi dalla causa di non punibilità di cui all’art. 131 *bis* c.p., sono tali da delineare un orizzonte di riforma decisamente ampio. Ma le linee programmatiche si proiettano ben oltre, verso traguardi realmente “di sistema”, quando s’impegnano in una «seria riflessione sul sistema sanzionatorio penale». E l’auspicio non può che essere che alla riflessione possano seguire i fatti, visto e considerato che da molti anni invero quella riflessione si protrae.

I punti di forza di questo programma di revisione del sistema sanzionatorio sono sostanzialmente tre. In primo luogo, in vista dell’obiettivo finale di ridurre l’incidenza complessiva della carcerazione, si prospetta la valorizzazione di alternative al carcere, *già quali pene principali* e, dunque, mediante un ampliamento del catalogo sanzionatorio oggi attestato nell’art. 17 c.p. unicamente sulla pena detentiva e su quella pecuniaria (oltre che sull’ergastolo). In secondo luogo, ci si impegna per «restituire effettività alle *pene pecuniarie*»: il che significa, ovviamente, trarre la pena pecuniaria dalla sua posizione ancillare nei confronti tanto della

carcerazione quanto, dall'altro lato, della sanzione pecuniaria amministrativa. In terzo luogo, sulla scorta delle numerose sollecitazioni provenienti dalle istituzioni europee ed internazionali, si fa proprio l'impegno a dare ampio spazio alla *giustizia riparativa*, rendendo le relative pratiche e programmi «accessibili in ogni stato e grado del procedimento penale, sin dalla fase di cognizione». Tre indicazioni programmatiche di grande momento che da molti anni la cultura penalistica non si stanca di proporre al legislatore senza peraltro grande successo. Vale la pena di notare incidentalmente al riguardo come, in casuale ma significativa coincidenza con le dichiarazioni programmatiche della ministra, hanno visto la luce i risultati dei lavori di due gruppi di ricerca che, su sollecitazione dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, hanno formulato proposte di riforma sugli istituti sospensivo-probatori e sulle pene alternative edittali<sup>1</sup>.

Grande dovrà essere l'impegno del legislatore per dare corpo alle riforme prospettate nel programma governativo. Quanto alle pene alternative, oltre alle scontate resistenze politiche alla riduzione della carcerazione, occorrerà affrontare preliminarmente la scelta di fondo se privilegiare soluzioni già in qualche modo conosciute dall'ordinamento come quella della *detenzione domiciliare* oppure avventurarsi su sentieri più impegnativi quali sono quelli delle *pene prescrittive*. Certamente queste ultime sono dotate di potenzialità rieducative maggiori della prima, ma sono anche più "impegnative" e onerose per l'ordinamento e per lo Stato: non è insensato chiedersi se sia più produttivo dispiegare questo sforzo rispetto a fasce di criminalità di modesta rilevanza criminologica, specie in tempi di risorse limitate. Oppure se convenga, piuttosto, concentrare l'investimento economico nel miglioramento profondo delle *condizioni di vita penitenziaria*, che sono oggetto delle «costanti preoccupazioni della ministra», come del resto è testimoniato dal suo precedente impegno come giudice e presidente della Corte costituzionale.

Quanto alla pena pecuniaria, generalizzato è ormai il consenso sul fatto che il recupero della sua effettività passa attraverso l'adozione del sistema c.d. per tassi o per quote (sulla falsariga di quanto già previsto dal modello della responsabilità degli enti, su cui v. *infra* i contributi di Venero, Artusi e Venero, nonché di

Tebaldi): in effetti, attraverso la commisurazione per quote è relativamente facile proporzionare la pena pecuniaria tanto alla gravità del reato e della colpevolezza quanto alle condizioni economiche del reo. A fronte di ciò, dovrà però essere preliminarmente superato il dilemma posto da chi ritiene che il potenziamento della pena pecuniaria favorirebbe il processo di bagatellizzazione del diritto penale, dovendosi invece preferire la più radicale soluzione dell'assorbimento dell'area coperta dalla pena pecuniaria in quella dell'illecito punitivo amministrativo.

Quanto poi alla più ampia utilizzazione dei percorsi di giustizia riparativa, alle grandi suggestioni esercitate da questo modello *radicalmente ed ideologicamente alternativo* di giustizia (da non confondere con le sanzioni meramente risarcitorie e ripristinatorie) si contrappongono non solo le difficoltà altrettanto ideologiche di concepire un altro modo di fare giustizia, ma anche quelle tecniche di riuscire a configurare normativamente un rapporto di irrinunciabile complementarità e coesistenza tra il modello tradizionale punitivo e quello riparativo. Comunque, sarà indispensabile accompagnare la riforma con la previsione di un serio sistema di formazione pubblica – non burocratico – degli operatori chiamati ad intervenire nei programmi di giustizia riparativa.

Nessuna di queste difficoltà è insormontabile, tutte essendo invece per così dire connaturali ad una svolta del sistema in senso finalmente moderno e coerente con gli obiettivi di politica criminale ormai internazionalmente condivisi. Piuttosto sono altre le difficoltà più insidiose. In primo luogo, si profila una difficoltà di natura essenzialmente tecnica. Pare, infatti, che l'azione riformatrice del governo si concretizzerà in forma di emendamenti al disegno di legge AC 2435 ("Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari presso le corti d'appello"), attualmente in discussione alla Camera: questa scelta, indubbiamente comprensibile, fa però intravedere un carattere necessariamente "novellistico" della riforma, fatto di interventi molto puntuali e circoscritti, probabilmente non facilmente conciliabili con l'esistente e comunque lontani dal respiro sistematico caratterizzante invece le linee programmatiche formulate dalla ministra della giustizia. È anche vero, però, che – soprattutto per

quanto concerne le modifiche del sistema sanzionatorio – molto probabilmente si procederà mediante delegazione legislativa: il che potrà rendere possibile il conferimento al governo di uno spazio di manovra adeguato a incidere in modo più ampio e coerente sul vecchio tessuto normativo.

La seconda difficoltà è, invece, di carattere più politico, legata molto alla prevedibile evoluzione della situazione politica italiana. Non c'è dubbio che siano stati impressi tempi molti stretti all'azione di riforma intrapresa, e non senza ragione. Non si tratta solo di sfruttare lo spirito di resilienza originato dalla pandemia, ma anche e soprattutto della consapevolezza che la scadenza della legislatura si avvicina, con tutte le incognite e le possibili cesure che essa potrebbe comportare. In tempi di elezioni, la competizione partitica non giova alla realizzazione di riforme in materia penale e sanzionatoria in particolare, da sempre naturalmente divisiva. O meglio: una materia, quella delle sanzioni penali, in cui le forze politiche, quasi indistintamente, osservano una grandissima cautela per la preoccupazione che qualunque presunto "allentamento" della repressione causi perdite di consenso elettorale. Dunque, mentre non c'è dubbio

che questo governo "tecnico-politico" sia il più adatto a intervenire sul nostro terreno, è altrettanto indubbio che il tempo a disposizione per una riforma di sistema sia davvero poco.

C'è però da considerare un fattore che potrebbe – o dovrebbe – giocare a favore dell'ambizioso programma di riforme: il fattore europeo. E' vero che del tutto comprensibilmente l'Europa guarda con speciale interesse alla giustizia civile, sulla quale in effetti dovranno essere concentrati i maggiori sforzi, ma non c'è dubbio che anche l'arretratezza di una giustizia penale non solo lenta, ma anche appesantita da un inveterato eccesso di penalizzazione e di carcerazione, contribuisce a dare all'Europa l'immagine di un Paese statico, incapace di stare al passo coi tempi e con gli altri *partner* europei. E, pertanto, un generale e profondo ammodernamento del sistema penale sarebbe la prova che finalmente l'Italia "s'è desta".

**Francesco Palazzo**

Professore emerito di Diritto penale

<sup>1</sup> I documenti su *La riforma del sistema sanzionatorio* sono reperibili nel sito dell'Associazione [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it)

## INDICE

### NOVITÀ

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo _____	7
Corte di Giustizia dell'Unione Europea _____	7
Corte Costituzionale _____	10
Corte di Cassazione – Sezioni Unite _____	12
Corte di Cassazione – Sezioni semplici _____	15
Legislazione _____	39

### CONTRIBUTI

E. NAPOLETANO, Condotta omissiva, evento-disastro, effetti dannosi: questioni di diritto penale intertemporale del disastro ambientale a cavallo tra la vecchia e la nuova fattispecie delittuosa__	41
S. P. PERRINO, Sulla configurabilità della rapina di ovociti _____	52
C. URCIUOLI – T. POLITI, I riflessi penali del sistema concessorio nel settore del gioco lecito: omesso riversamento del PREU e peculato alla luce delle Sezioni Unite n. 6087/2021 _____	63
A. MASSARO, Le catene di San Patrignano: il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità di fronte al "canto delle Sirene" dell'eroina _____	86
P. VERNERO – M. F. ARTUSI – L. VERNERO, Gruppi bancari e responsabilità 231. L'insidia della risalita del reato da controllata a controllante _____	98
M. TEBALDI, Responsabilità degli enti collettivi e reati tributari: evoluzioni in materia di confisca__	115
B. ANDÒ, Le intercettazioni del parlamentare e la competenza funzionale del Giudice per le indagini preliminari a formulare la richiesta di autorizzazione alla Camera _____	129
A. GATTO, Sospensione condizionale della pena e condanna infratriennale: vademecum operativo sui divieti cautelari imposti dall'art. 275, comma 2 <i>bis</i> , c.p.p. _____	143
G. BELLINI – F. PROCOPIO, L'ergastolo ostativo al vaglio della Consulta. Se non ora, quando? _____	174
F. GIANFELICI – F.A. SIENA, Il <i>legal framework</i> europeo di contrasto al riciclaggio transnazionale verso una svolta? Problemi attuali e prospettive di revisione organica _____	188
L. SCOLLO, La riforma del Mandato d'Arresto Europeo. Meno diritto e più diritti _____	207
G. GUAGLIARDI, Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura _____	218



## NOVITÀ

### CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

#### **Articolo 6 CEDU – Giudizio abbreviato – Sentenza di assoluzione in primo grado – Sentenza di condanna in appello – Omessa rinnovazione delle prove dichiarative ritenute decisiva – Assenza di violazioni del diritto al giusto processo.**

*Corte EDU, Sezione prima, Sentenza 25 marzo 2021, Di Martino e Molinari c. Italia, Ricorsi nn. 15931/15 e 16459/15*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte EDU, prima Sezione, è tornata a pronunciarsi in tema di rinnovazione in appello della prova decisiva in caso di assoluzione in primo grado.

Il tema, come è noto, è stato oggetto di plurime pronunce della Corte di Strasburgo (merita richiamare le sentenze Dan c. Moldavia, Lorefice c. Italia e Dan c. Moldavia n. 2), con le quali si è stabilito il principio secondo cui, nel caso di assoluzione in primo grado, il Giudice di appello non può condannare l'imputato senza violare il principio del giusto processo, a meno di disporre la rinnovazione delle prove dichiarative ritenute decisive per l'*overturning*.

Questo principio era stato recepito in Italia anzitutto per via pretoria, attraverso le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione Dasgupta (n. 27620/16), Patalano (n. 18260/17) e Troise (n. 14800/18).

In secondo luogo, il Parlamento era intervenuto nell'ambito della cd. Riforma Orlando (Legge n. 103/17), prevedendo una specifica ipotesi di rinnovazione obbligatoria dell'istruttoria dibattimentale *“nel caso di appello del pubblico*

*ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa”* (art. 603, comma 3 bis, c.p.p.).

Per ciò che in questa sede rileva, la citata sentenza Patalano aveva reso applicabile l'obbligo del Giudice di seconde cure di rinnovare la prova anche in caso di rito abbreviato, nel quale di regola non vi è attività istruttoria in alcun grado di giudizio (fanno evidentemente eccezione le ipotesi di abbreviato condizionato, ex art. 438 comma 5, o quelle in cui il Giudice disponga l'esame di un teste, ex art. 441, comma 5).

La sentenza in epigrafe si è occupata di una vicenda di questo tipo: i ricorrenti erano stati assolti in primo grado nell'ambito di un giudizio abbreviato e nel grado successivo erano stati condannati senza che il Giudice d'appello avesse rinnovato le prove ritenute decisive per la condanna.

Ebbene, la Corte ha ritenuto che non vi sia stata alcuna violazione dell'art. 6 della Convenzione. La mancata rinnovazione della prova in appello, infatti, costituiva in questo caso una naturale conseguenza della libera scelta degli imputati di rinunciare all'oralità del processo.

I Giudici di Strasburgo, inoltre, hanno rilevato l'opposto orientamento delle Sezioni Unite cristallizzato nella sentenza Patalano, ed hanno chiarito che nulla vieta agli Stati di adottare interpretazioni più garantiste di quelle offerte dalla Corte.

### CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

#### **Articoli 6 §1, 8, §1, lett. c), Decisione Quadro 2002/584 – Mandato di arresto europeo – Autorità competente per l'emissione – Requisiti per l'emissione.**

*Corte GUE, Sezione Terza, Causa C-414/20 Sentenza 13 gennaio 2021*

L'autorità giudiziaria bulgara aveva sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

*“1) Se sia conforme all'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 una legge nazionale secondo cui il mandato d'arresto europeo e la*

*decisione nazionale sulla cui base quest'ultimo è stato emesso sono adottati dal solo pubblico ministero, senza possibilità per il giudice di parteciparvi o di esercitare un controllo previo o a posteriori.*

*2) Se sia conforme all'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro 2002/584 un mandato d'arresto europeo emesso sulla base dell'atto di imputazione nei confronti della persona ricercata, senza che tale atto riguardi il collocamento in detenzione di quest'ultima.*

*3) In caso di risposta negativa: se, nel caso in cui un giudice non abbia partecipato all'emissione del mandato d'arresto europeo, né al controllo della sua legittimità e detto mandato sia stato emesso sulla base di un provvedimento nazionale che non prevede il collocamento in detenzione della persona ricercata, tale mandato d'arresto europeo sia stato effettivamente eseguito e la persona ricercata sia stata consegnata, si debba riconoscere alla persona ricercata un diritto di ricorso effettivo nell'ambito del medesimo procedimento penale in cui è stato emesso detto mandato d'arresto europeo. Se il diritto a un ricorso effettivo implichi che la persona ricercata sia messa nella posizione in cui si sarebbe trovata se la violazione non si fosse verificata".*

Con riferimento alla prima questione pregiudiziale la Corte ritenuto che il Pubblico Ministero possa essere qualificato come "autorità giudiziaria emittente", ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, alla luce della sua partecipazione all'amministrazione della giustizia penale e della sua indipendenza nell'esercizio delle funzioni inerenti all'emissione del MAE. La Corte ha altresì precisato che l'esistenza di un sindacato giurisdizionale sulla decisione di emettere un mandato d'arresto europeo adottata da un'autorità diversa da un organo giurisdizionale non rappresenta una condizione affinché tale autorità possa essere qualificata come "autorità giudiziaria emittente", ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584.

In relazione alla seconda questione pregiudiziale la Corte ha richiamato il principio di riconoscimento reciproco sul quale si fonda il sistema del MAE, secondo cui tra gli Stati Membri vige una fiducia reciproca sul fatto che i sistemi giuridici nazionali siano in grado di fornire una protezione equivalente ed efficace dei diritti fondamentali riconosciuti a livello dell'Unione ed in particolare dalla Carta di Nizza.

Secondo la giurisprudenza della Corte sopra richiamata, il sistema del mandato d'arresto europeo comporta "una tutela su due livelli dei diritti in materia procedurale e dei diritti fondamentali di cui deve beneficiare la persona ricercata, in quanto alla tutela giudiziaria prevista al primo livello, in sede di adozione di una decisione nazionale, come un mandato d'arresto nazionale, si aggiunge quella che deve essere garantita al secondo livello, in sede di emissione del mandato d'arresto europeo, la quale può eventualmente intervenire in tempi brevi, dopo

l'adozione della suddetta decisione giudiziaria nazionale".

La Corte ha quindi concluso affermando che un MAE emesso sulla base di un atto di imputazione - che produce unicamente l'effetto giuridico di notificare ad una persona le accuse a suo carico e di darle la possibilità di difendersi fornendo spiegazioni o proponendo offerte di prove, senza costituire un ordine di ricerca e di arresto di tale persona - non è conforme a quanto previsto dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro 2002/584 e di conseguenza pregiudica la validità del mandato d'arresto europeo.

La terza questione pregiudiziale è stata esaminata dalla Corte su due livelli.

In primo luogo, la Corte ha affrontato la questione della competenza del giudice di rinvio di esaminare la validità del MAE. La Corte ha richiamato l'importanza del summenzionato doppio livello di tutela dei diritti istituito dal sistema MAE e ha ribadito che, sebbene non sia espressamente menzionato nella decisione quadro 2002/584, lo Stato membro emittente ha l'obbligo di predisporre uno o più mezzi di ricorso effettivi al fine di consentire un controllo giurisdizionale delle condizioni per l'emissione di un MAE emesso da un'autorità che, come nel caso di specie, pur partecipando all'amministrazione della giustizia di tale Stato membro, non è essa stessa un organo giurisdizionale. Tale obbligo deriva dal sistema istituito da tale decisione quadro conformemente ai requisiti dell'articolo 47 della Carta di Nizza. Pertanto, se il diritto processuale dello Stato membro emittente non prevede un ricorso distinto che consenta il controllo giurisdizionale delle condizioni di emissione del mandato d'arresto europeo e della sua proporzionalità, prima o contemporaneamente alla sua adozione o successivamente, la decisione quadro 2002/584, letta alla luce del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, deve essere interpretata nel senso che un giudice chiamato a pronunciarsi in una fase del procedimento penale successiva alla consegna della persona ricercata deve poter controllare, in via incidentale, le condizioni di emissione di tale mandato quando la validità di quest'ultimo è contestata dinanzi ad esso.

In secondo luogo la Corte ha affrontato la questione della revoca della detenzione preventiva in conseguenza della contestazione della validità del MAE. I giudici hanno affermato che né la decisione quadro 2002/584 né l'art. 47 della Carta impongono



al giudice nazionale di liberare la persona oggetto di una misura di sicurezza qualora constati l'invalidità del mandato d'arresto europeo che ha portato alla sua consegna. Di conseguenza, spetta unicamente al giudice nazionale competente verificare se una misura nazionale che comporta una privazione della libertà sia stata adottata nei confronti della persona perseguita, conformemente al diritto nazionale dello Stato membro di emissione. Inoltre, spetta a tale giudice determinare, alla luce del diritto nazionale dello Stato membro emittente, quali conseguenze possa avere l'assenza di un valido mandato d'arresto nazionale sulla decisione di custodia cautelare e, successivamente, di mantenimento in custodia di una persona sottoposta a procedimento penale.

**Articoli 14, para. 3, Direttiva 2003/6/CE, 30, para. 1, lett. b), Regolamento 2014/596/UE – Procedimenti amministrativi per abusi di mercato – Diritto al silenzio.**

*Corte GUE, Grande Sezione, Causa C-481/19, Sentenza 2 febbraio 2021*

In tema di procedimenti presso la Consob per illeciti finanziari, con ordinanza n. 117/2019, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, la Consulta aveva operato il seguente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

*“Se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE (...), e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014:*

*- debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura ‘punitiva’;*

*- in caso di risposta negativa a tale prima questione, siano compatibili con gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura ‘punitiva’.*

la Corte UE ha riconosciuto l'esistenza di un diritto al silenzio, tutelato dagli articoli 47, comma 2, e 48 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), nell'ambito dei procedimenti pendenti a

carico di persone fisiche innanzi alla Consob per illeciti amministrativi di abuso di mercato.

Inoltre, i Giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che la Direttiva 2003/6/CE e il Regolamento (UE) n. 596/2014 in tema di abusi di mercato permettono agli Stati membri di rispettare tale diritto nell'ambito di un'indagine suscettibile di portare all'accertamento della responsabilità della persona per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale ovvero della sua responsabilità penale.

Più in dettaglio, gli articoli 14, paragrafo 3, della Direttiva 2003/6/CE e 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014, in tema di abusi di mercato, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

**Articolo 15, para. 1, Direttiva 2002/58/CE – Acquisizione e utilizzazione dei tabulati telefonici e telematici – Mancata circoscrizione a procedimenti per forme gravi di criminalità o per la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica – Competenza del Pubblico Ministero – Diritto alla riservatezza personale – Violazione.**

*Corte GUE, Grande Sezione, Causa C-746/18, Sentenza 2 marzo 2021*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Giustizia, Grande Sezione si è pronunciata in merito ad un rinvio pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione della normativa europea in tema di trattamento dei dati personali, con specifico riguardo alle procedure di acquisizione ed utilizzazione dei tabulati telefonici e telematici nell'ambito di un procedimento penale. In dettaglio, la Corte ha affermato i seguenti principi.

1) *L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche),*

come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme

gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo.

2) L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale.

## CORTE COSTITUZIONALE

### Questioni decise

**Articolo 76, comma 4 ter, d.P.R. n. 115/2002 – Automatica ammissione al patrocinio a spese dello Stato della persona offesa per determinate categorie di reati – Violazione del principio di uguaglianza – Infondatezza.**

Corte Costituzionale, Sent. 3 dicembre 2020 - 11 gennaio 2021, n. 1

Presidente ed Estensore Coraggio

Con la sentenza in epigrafe la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal GIP del Tribunale di Tivoli, dell'art. 76, comma 4-ter, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)", nella parte in cui determina l'automatica ammissione al patrocinio a spese dello Stato della persona offesa dai reati indicati nella norma medesima (reati di cui agli artt. 572, 583-bis, 609-bis, 609-quater, 609-octies e 612-bis, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli artt. 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-quinquies e 609-undecies del codice penale).

La scelta effettuata dal Legislatore con la disposizione in esame rientra "nella piena discrezionalità del legislatore e non appare né irragionevole né lesiva del principio di parità di trattamento, considerata la vulnerabilità delle vittime dei reati indicati dalla norma medesima oltre che le

esigenze di garantire al massimo il venire alla luce di tali reati".

Nel nostro ordinamento giuridico e specialmente negli ultimi anni "è stato dato grande spazio a provvedimenti e misure tesi a garantire una risposta più efficace verso i reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, considerati di crescente allarme sociale, anche alla luce della maggiore sensibilità culturale e giuridica in materia di violenza contro le donne e i minori. Di qui la volontà di approntare un sistema più efficace per sostenere le vittime, agevolandone il coinvolgimento nell'emersione e nell'accertamento delle condotte penalmente rilevanti".

È evidente, dunque, che "la ratio della disciplina in esame è rinvenibile in una precisa scelta di indirizzo politico-criminale che ha l'obiettivo di offrire un concreto sostegno alla persona offesa, la cui vulnerabilità è accentuata dalla particolare natura dei reati di cui è vittima, e a incoraggiarla a denunciare e a partecipare attivamente al percorso di emersione della verità. Valutazione che appare del tutto ragionevole e frutto di un non arbitrario esercizio della propria discrezionalità da parte del legislatore".

**Articolo 131 bis, comma 2, c.p. – Speciale tenuità del fatto – Inapplicabilità a determinate categorie di reati – Violazione del principio di uguaglianza – Infondatezza.**

*Corte Costituzionale, Sent. 10 febbraio - 5 marzo 2021, n. 30*

*Presidente Coraggio, Relatore Petitti*

Il Tribunale di Torino, con ordinanza del 5 febbraio 2020, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 *bis*, comma 2, ultimo periodo, c.p. per contrasto con l'art. 3, comma 1, Cost, con l'art. 3 in relazione all'art. 27, comma 3, Cost. e con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella parte in cui dispone che *“l'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità (...) nei casi di cui agli articoli (...), 337 e (...), quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni”*.

Analoga questione era stata sollevata dal Tribunale di Torre Annunziata, in composizione monocratica, con ordinanza del 16 giugno 2020.

Con la sentenza in epigrafe, la Corte Costituzionale – dopo aver riunito ricordato come, per giurisprudenza costante, *“le cause di non punibilità costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, sicché la loro estensione comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono da un lato la norma generale e dall'altro la norma derogatoria, giudizio che appartiene primariamente al legislatore”* – ha osservato come *“la scelta legislativa di escludere dal campo di applicazione dell'esimente di tenuità il reato di resistenza a pubblico ufficiale non è manifestamente irragionevole, poiché viceversa corrisponde all'individuazione discrezionale di un bene giuridico complesso, ritenuto meritevole di speciale protezione”*. Così, la Corte Costituzionale ha dichiarato:

- 1) inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 *bis*, secondo comma, del codice penale, come modificato dall'art. 16, comma 1, lettera b), del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53 (Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 2019, n. 77, sollevata dal Tribunale ordinario di Torino, in composizione monocratica, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007;
- 2) non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 131 *bis*, secondo comma, cod.

pen., come modificato dall'art. 16, comma 1, lettera b), del d.l. n. 53 del 2019, come convertito, sollevate dal Tribunale ordinario di Torino, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.;

3) non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, lettera b), del d.l. n. 53 del 2019, come convertito, sollevate dal Tribunale ordinario di Torre Annunziata, in composizione monocratica, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, e 77, secondo comma, Cost.

**Articolo 8 d. lgs. n. 35/2012 - Reati di particolare gravità o commessi contro la pubblica amministrazione – Sospensione automatica dalla carica pubblica – Violazione del diritto di voto attivo e passivo – Infondatezza.**

*Corte Costituzionale, Sent. 9 febbraio - 11 marzo 2021, n. 35*

*Presidente Coraggio, Relatore De Pretis*

Con ordinanza del 27 dicembre 2019, il Tribunale ordinario di Genova aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190) nella parte in cui prevede la sospensione automatica dalla carica di chi sia stato condannato in via non definitiva per reati di particolare gravità o commessi contro la pubblica amministrazione.

Con la sentenza n. 35 del 2021, la Corte Costituzionale dichiara le questioni non fondate.

La sospensione automatica *“non contrasta con l'articolo 3 del Protocollo addizionale alla CEDU sulla tutela del diritto di voto attivo e passivo, come interpretato dalla Corte di Strasburgo”*, in quanto, in base alla giurisprudenza della Corte EDU, *“i legislatori nazionali godono di un ampio margine di apprezzamento nella disciplina del diritto di elettorato passivo, in particolare quando viene in gioco la peculiare esigenza di garantire stabilità ed effettività di un sistema democratico nel quadro del concetto di ‘democrazia capace di difendere se stessa’”*.

È questo il caso *“della disposizione censurata che, con la previsione di determinati requisiti di onorabilità degli eletti, mira a garantire l'integrità del processo democratico nonché la trasparenza e la tutela dell'immagine dell'amministrazione. Pertanto, la*

previsione dell'applicazione automatica della misura non contrasta con il citato articolo 3 del Protocollo CEDU solo perché non affida ai giudici nazionali il potere di individualizzarla. In base alla giurisprudenza di Strasburgo, infatti, gli Stati contraenti possono

scegliere se affidare al giudice la valutazione sulla proporzionalità della misura o incorporare questo apprezzamento nel testo della legge, attraverso un bilanciamento a priori degli interessi in gioco".

## Questioni sollevate

**Articolo 438, comma 1 bis, c.p.p. – Rito abbreviato - Reato astrattamente punibile con la pena dell'ergastolo – Accertata incapacità di intendere e di volere – Impossibilità di accedere al rito – Violazione del principio di ragionevole durata del processo – Questione di legittimità.**

*Tribunale di Rimini, Ufficio del Giudice dell'Udienza Preliminare, Ordinanza, 19 gennaio 2021  
Giudice dott.ssa Benedetta Vitolo*

In tema di giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo, con l'ordinanza in epigrafe il

GUP del Tribunale di Rimini ha sollevato questione di legittimità costituzionale - per contrasto con il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111, comma 2, Cost. - dell'art. 438, comma 1 bis, c.p.p., introdotto dalla legge 12 aprile 2019, n. 33, laddove non prevede che l'imputato infermo di mente, riconosciuto incapace di intendere e di volere al momento del fatto, con perizia accertata in sede di incidente probatorio, possa chiedere di definire il processo con giudizio abbreviato nel caso di reato astrattamente punibile con la pena dell'ergastolo.

## CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE

### Questioni decise

**Articolo 582 c.p.p. – Impugnazione cautelare – Luogo di presentazione dell'atto – Cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 14 gennaio 2021 (ud. 24 settembre 2020), n. 1626*

*Presidente Cassano, Relatore Sarno*

La Corte di Cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se il ricorso per cassazione avverso la decisione del tribunale del riesame o, in caso di ricorso immediato, del giudice che ha emesso la misura debba essere presentato esclusivamente presso la cancelleria del tribunale o, comunque, dell'organo giudiziario che ha emesso il provvedimento impugnato ovvero possa essere presentato dal difensore dell'interessato anche presso le cancellerie degli organi giudiziari, o presso l'agente consolare, dei luoghi di cui all'art. 582 c. 2 c.p.p."

Con sentenza numero 1626, depositata il 14 gennaio 2021, le Sezioni Unite hanno affermato che "il ricorso cautelare per cassazione avverso la decisione del tribunale del riesame o, in caso di ricorso immediato, del giudice che ha emesso la misura, deve essere presentato esclusivamente presso la cancelleria del tribunale che ha emesso la decisione o, nel caso indicato dall'art. 311, comma 2, cod. proc. pen., del giudice che ha emesso l'ordinanza, ponendosi a carico del ricorrente il rischio che l'impugnazione, presentata

ad un ufficio diverso da quello indicato dalla legge, sia dichiarata inammissibile per tardività, in quanto la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività è quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo".

**Articolo 624 c.p.p. – Annullamento parziale della sentenza di condanna – Rinvio limitatamente al trattamento sanzionatorio – Esecuibilità della sentenza – Condizioni.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 27 gennaio 2021 (ud. 29 ottobre 2020), n. 3423*

*Presidente Cassano, Relatore Caputo*

La Corte di cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se, e a quali condizioni, possa darsi esecuzione alla sentenza di condanna in ordine alla quale la Corte di Cassazione, pronunciando l'annullamento con rinvio limitatamente a profili che attengono al trattamento sanzionatorio, abbia determinato, ai sensi dell'art. 624 cod. proc. pen., la formazione della cosa giudicata sulla affermazione di responsabilità e sulle parti che hanno connessione essenziale con la parte annullata". Con sentenza n. 3423/2021, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "in caso di annullamento parziale (art. 624 cod. proc. pen.), è eseguibile la pena principale irrogata in relazione a

*un capo (o a più capi) non in connessione essenziale con quelli attinti dall'annullamento parziale per il quale abbiano acquisito autorità di cosa giudicata l'affermazione di responsabilità, anche in relazione alle circostanze del reato, e la determinazione della pena principale, essendo questa immutabile nel giudizio di rinvio e individuata alla stregua delle sentenze pronunciate in sede di cognizione. La Corte di cassazione, con la sentenza rescindente o con l'ordinanza di cui all'art. 624, comma 2, cod. proc. pen., può solo dichiarare, quando occorre, quali parti della sentenza parzialmente annullata sono diventate irrevocabili".*

**Articolo 649 bis c.p. – Reati contro il patrimonio – Aggravanti ad effetto speciale – Procedibilità d'ufficio – Recidiva qualificata.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 29 gennaio 2021 (ud. 24 settembre 2020), n. 3585*

*Presidente Cassano, Relatore Verga*

Con ordinanza n. 5555 pronunciata in data 14 gennaio 2020 e depositata in data 12 febbraio 2020, la Sezione seconda della Cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se il riferimento alle aggravanti ad effetto speciale, contenuto nell'art. 649-bis cod. pen. ai fini della procedibilità d'ufficio per taluni reati contro il patrimonio, vada inteso come riguardante anche la recidiva qualificata di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 dello stesso codice".

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: "il riferimento alle aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649-bis, cod. pen., ai fini della procedibilità d'ufficio, per i delitti menzionati nello stesso articolo, comprende anche la recidiva qualificata – aggravata, pluriaggravata e reiterata – di cui all'art. 99, secondo, terzo e quarto comma cod. pen."

**Articolo 83, comma 3 bis, d.l. n. 18 del 2020 – Prescrizione del reato – Sospensione per Covid-19 – Pendenza presso la Corte di cassazione – Operatività della sospensione.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 10 febbraio 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 5292*

*Presidente Cassano, Relatore Pistorelli*

In tema di sospensione della prescrizione del reato in ragione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 (art. 83, d.l. n. 18/2020, "Cura Italia"), le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere la seguente questione di

diritto: "Se la sospensione della prescrizione di cui all'art. 83, comma 3-bis, d.l. n. 18 del 2020, conv. nella L. n. 27 del 2020, operi con riferimento ai soli procedimenti che, tra quelli pendenti dinanzi alla Corte di cassazione, siano pervenuti alla cancelleria della stessa nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, ovvero con riferimento a tutti i procedimenti comunque pendenti in detto periodo, anche se non pervenuti alla cancelleria tra le date suddette".

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: "la sospensione della prescrizione di cui all'art. 83 comma 3-bis, d.l. n.18 del 2020, conv. nella L. n. 27 del 2020 opera esclusivamente con riferimento ai procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione e che siano pervenuti alla cancelleria della stessa nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020".

**Articoli 314 c.p., 110, commi 6 e 7, TULPS – Gestore degli apparecchi da gioco leciti – Impossessamento della imposta PREU – Peculato – Configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 16 febbraio 2021 (ud. 24 settembre 2020), n. 6087*

*Presidente Cassano, Relatore Di Stefano*

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite hanno affermato che "integra il reato di peculato la condotta del gestore o dell'esercente degli apparecchi da gioco leciti di cui all'art. 110, sesto e settimo comma, TULPS, che si impossessi dei proventi del gioco, anche per la parte destinata al pagamento del "PREU" (prelievo unico erariale), non versandoli al concessionario competente".

**Articolo 35 ter ord. penit. – Detenzione in carcere – Trattamenti inumani e degradanti – Spazio minimo disponibile – Nozione.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 19 febbraio 2021 (ud. 24 settembre 2020), n. 6551*

*Presidente Cassano, Relatore Rocchi*

La Corte di cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite le seguenti questioni di diritto:

– se i criteri di computo dello "spazio minimo disponibile" per ciascun detenuto – fissato in tre metri quadrati dalla Corte EDU e dagli orientamenti costanti della giurisprudenza della Corte di legittimità – debbano essere definiti considerando la superficie netta della stanza e detraendo, pertanto, lo spazio occupato da mobili e strutture tendenzialmente fisse ovvero includendo gli arredi necessari allo svolgimento delle attività quotidiane di vita;

– se assuma rilievo, in particolare, lo spazio occupato dal letto o dai letti nelle camere a più posti, indipendentemente dalla struttura di letto “a castello” o di letto “singolo” ovvero se debba essere detratto, per il suo maggiore ingombro e minore fruibilità, solo il letto a castello e non quello singolo;

– se, infine, nel caso di accertata violazione dello spazio minimo (tre metri quadrati), secondo il corretto criterio di calcolo, al lordo o al netto dei mobili, possa comunque escludersi la violazione dell’art. 3 della CEDU nel concorso di altre condizioni, come individuate dalla stessa Corte EDU (breve durata della detenzione, sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella con lo svolgimento di adeguate attività, dignitose condizioni carcerarie) ovvero se tali fattori compensativi incidano solo quando lo spazio pro capite sia compreso tra i tre e i quattro metri quadrati. Con la sentenza numero 6551/2021, le Sezioni Unite hanno affermato i seguenti principi di diritto:

– nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall’art. 3 della CEDU, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello;

– i fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della

cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono nella valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all’istanza presentata ai sensi dell’art. 35-ter ord. pen.

**Articolo 442 c.p.p. – Contravvenzioni – Rito abbreviato – Riduzione della pena per il rito – Giudizio di appello – Operatività della riduzione.**

*Cass. pen., Sez. Un., Sent. 26 febbraio 2021 (ud. 17 dicembre 2020), n. 7578*

*Presidente Cassano, Relatore Zaza*

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato il seguente principio di diritto: “il giudice di appello, investito dell’impugnazione del solo imputato che, giudicato con il rito abbreviato per reato contravvenzionale, lamenti l’illegittima riduzione della pena ai sensi dell’art. 442 cod. proc. pen. nella misura di un terzo anziché della metà, deve applicare detta diminuzione nella misura di legge, pur quando la pena irrogata dal giudice di primo grado non rispetti le previsioni edittali, e sia di favore per l’imputato”.

**Questioni rimesse**

**Articolo 416 bis c.p. – Associazione per delinquere di stampo mafioso – Affiliazione ad una associazione storica mediante rito di iniziazione – Integrazione della fattispecie.**

*Cass. pen., Sez. I, Ord. 9 febbraio 2021 (ud. 28 gennaio 2021), n. 5071*

*Presidente Boni, Relatore Centonze*

Con l’ordinanza in epigrafe, la prima sezione penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “se la mera affiliazione da una associazione a delinquere di stampo mafioso cd. storica, nella specie ‘Ndrangheta’, effettuata secondo il rituale previsto dalla associazione stessa, costituisca fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione, tenuto conto della formulazione

dell’art. 416-bis c.p. e della struttura del reato dalla norma previsto”.

**Articolo 321 c.p.p. – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca del prezzo o del profitto di reato – Denaro depositato su conto corrente bancario – Prova della derivazione lecita del denaro – Qualificazione diretta o per equivalente della confisca.**

*Cass. pen., Sezione VI, Ord. 23 febbraio 2021 (ud. 17 novembre 2020), n. 7021*

*Presidente Fidelbo, Relatore Silvestri*

Con l’ordinanza in epigrafe, la sesta sezione penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “se il sequestro delle somme di denaro giacenti su conto corrente bancario debba sempre qualificarsi finalizzato alla

*confisca diretta del prezzo o del profitto derivante dal reato, anche nel caso in cui la parte interessata fornisca la “prova” della derivazione del denaro da un titolo lecito”.*

**Articolo 282 ter c.p.p. – Divieto di avvicinamento alla persona offesa – Ordinanza di applicazione della misura – Obbligo del giudice di determinare specificamente i luoghi oggetto di divieto.**

*Cass. pen., Sez. VI, Ord. 1° marzo 2021 (ud. 28 gennaio 2021), n. 8077*

*Presidente Bricchetti, Relatore Villoni*

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “*se nel disporre la misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa, ex art. 282-ter c.p.p., il giudice deve necessariamente determinare specificamente i luoghi oggetto di divieto”.*

**Articolo 321, comma 2, c.p.p. – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca – Presupposti.**

*Cass. pen., Sez. V, Ord. 8 marzo 2021 (ud. 2 marzo 2021), n. 9335*

*Presidente Vessicchelli, Relatore Belmonte*

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha rimesso alle Sezioni Unite una questione di diritto relativa all'obbligo (o meno) di motivazione sul periculum in mora, in caso di sequestro di beni costituenti il profitto di reato finalizzato alla confisca facoltativa.

Risulta controverso nella giurisprudenza di questa Corte – si legge nell'ordinanza – “*se il sequestro preventivo ex art. 321, comma 2, cod. proc. pen., strumentale alla confisca, costituisca figura specifica e autonoma rispetto al sequestro preventivo regolato dal primo comma dello stesso articolo, per la cui*

*legittimità non occorre, dunque, la presenza dei requisiti di applicabilità previsti per il sequestro preventivo ‘tipico’, essendo sufficiente il presupposto della confiscabilità; oppure se, con specifico riferimento al sequestro finalizzato alla confisca ‘facoltativa’, il giudice debba comunque dare conto del ‘periculum in mora’ che giustifica l'apposizione del vincolo, dovendosi escludere qualsiasi automatismo che colleghi la pericolosità alla mera confiscabilità del bene oggetto di sequestro”.*

**Articoli 61 n. 5, 624, 625, c.p. – Furto commesso in tempo di notte – Applicabilità dell'aggravate dell'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa.**

*Cass. pen., Sez. V, Ord. 19 marzo 2021 (ud. 12 marzo 2021), n. 10778*

*Presidente De Gregorio, Relatore Tudino*

In merito all'ambito di operatività della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p. (l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa), con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “*se il furto commesso in tempo di notte debba ritenersi solo per questo aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 5 cod. pen.*”.

Se secondo una prima e più risalente opzione interpretativa la commissione del reato in ora notturna integra di per sé gli estremi dell'aggravante della minorata difesa – si legge nell'ordinanza – altro, maggioritario, orientamento esclude che, ai fini della configurabilità della minorata difesa, il tempo di notte ex se possa realizzare automaticamente l'aggravante in disamina.

## CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI SEMPLICI

**Articoli 166, d. lgs. n. 58/1998, 640 c.p. – Esercizio abusivo di intermediazione finanziaria – Reato di pericolo – Truffa – Reato di danno – Concorso di reati – Configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 5 gennaio 2021 (ud. 24 novembre 2020), n. 155*

*Presidente De Gregorio, Relatore Scordamaglia*

Con la pronuncia in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata sulla natura del reato di abusivismo finanziario (art. 166, d. lgs. n.

58/1998) e sui rapporti di questa fattispecie con il reato di truffa (art. 640 c.p.).

La Corte ha anzitutto ricordato che “*in tema di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria, è incontrastato approdo interpretativo quello secondo il quale integra la fattispecie delittuosa di cui all'art. 166 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 la raccolta di denaro presso privati risparmiatori, senza autorizzazione amministrativa e senza l'iscrizione dell'intermediario nell'apposito albo (...), in funzione della conclusione*

*di contratti aventi ad oggetto operazioni su strumenti finanziari per conto dei clienti sottoscrittori: ciò a condizione che l'attività, anche se in concreto realizzata per una cerchia ristretta di destinatari, sia rivolta ad un numero potenzialmente illimitato di soggetti e sia svolta professionalmente, ovvero in modo continuativo e non occasionale”.*

Ha poi ulteriormente chiarito il Collegio che “[non] rileva, agli stessi fini, l'effettivo impiego di quanto versato dal cliente nello strumento finanziario prospettato dal promotore abusivo, posto che ciò costituisce un post factum estraneo alla struttura del reato in questione (...): viene in rilievo, infatti, un reato di pericolo, con la conseguenza che, una volta che i risparmi del risparmiatore siano immessi nel mercato mobiliare dal soggetto non abilitato - e, quindi da soggetto idoneo a ledere l'interesse dell'investitore, del complessivo interesse del mercato mobiliare e dei singoli operatori - non ha rilevanza in quale modo - fedele o infedele - sia avvenuta la gestione dei risparmi dell'investitore (...)].”

Sul punto, infine, ha affermato la Corte che “*integra il delitto di esercizio abusivo dell'attività di intermediazione finanziaria anche l'attività di consulenza, prestata al fine di reperire un proficuo programma di investimento, accompagnata dal mandato del cliente, atteso che questa non è prodromica all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, consentita solo ai soggetti debitamente autorizzati, ma ne è parte integrante e come tale è disciplinata (...).*”

Sui rapporti con il reato di truffa, ha chiarito il Collegio che “*il reato di abusivismo, previsto dall'art. 166 d. lgs 24 febbraio 1998, n. 58 può concorrere con il reato di truffa, stante la sostanziale differenza esistente tra le due fattispecie, in quanto l'abusivismo è reato di pericolo, inteso a tutelare l'interesse degli investitori a trattare soltanto con soggetti affidabili nonché l'interesse del mercato mobiliare, nel suo complesso e nei suoi singoli operatori, ad escludere la concorrenza di intermediari non abilitati; la truffa, invece, è reato di danno, che, per la sua esistenza, richiede l'effettiva lesione del patrimonio del cliente, per effetto di una condotta consistente nell'uso di artifici o raggiri e di una preordinata volontà di gestire il risparmio altrui in modo infedele”.*

**Articoli 216, 217, 223 L.F., 2621 c.c. – False comunicazioni sociali – Bancarotta fraudolenta impropria mediante false comunicazioni sociali – Bancarotta fraudolenta documentale –**

**Bancarotta semplice documentale – Distinzione – Pene accessorie – Commisurazione.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 7 gennaio 2021 (ud. 3 dicembre 2020), n. 323*

*Presidente Palla, Relatore Scordamaglia*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha tracciato la linea di demarcazione fra le fattispecie di bancarotta che si manifestano attraverso la commissione di un fatto di false comunicazioni sociali. La Corte ha inoltre affrontato l'applicazione della disciplina delle pene accessorie per la bancarotta fraudolenta, alla luce dei recenti interventi della Consulta e delle Sezioni Unite.

Sulla distinzione tra i reati di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.), bancarotta fraudolenta impropria mediante false comunicazioni sociali (223, co. 2, n. 1, L.F.), bancarotta fraudolenta documentale (216, co. 1, n. 2, L.F.), la Corte ha chiarito che “*l'ipotesi di falso in bilancio seguito da fallimento della società, di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, L.F., costituisce un'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria e si distingue sia dal falso in bilancio previsto dall'art. 2621 cod. civ., che è reato sussidiario punito a prescindere dall'evento fallimentare, sia dalla bancarotta documentale propria concernente ipotesi di falsificazione di libri o di altre scritture contabili. Pertanto, verificatosi il fallimento, il fatto di cui all'art. 2621 cod. civ. è assorbito nel reato di bancarotta impropria, mentre concorre con i delitti di bancarotta propria documentale di cui all'art. 216, comma 1, n. 2, L.F., ove integrate da condotte diverse dalla falsificazione (...).*”

Sulla distinzione tra i reati di bancarotta fraudolenta documentale (216, co. 1, n. 2, L.F.) e bancarotta semplice documentale (art. 217, co. 2, L.F.), ha statuito il Collegio che “*i delitti di bancarotta fraudolenta documentale e di bancarotta semplice documentale divergono già sul piano oggettivo: infatti, mentre il delitto di bancarotta fraudolenta documentale riguarda tutti i libri e le scritture contabili genericamente intesi, ancorché non obbligatori, ed è un reato di evento, che è integrato dall'impedimento della ricostruzione del volume d'affari o del patrimonio del fallito (...), la bancarotta semplice documentale si riferisce alle sole scritture obbligatorie ed è un reato di mera condotta, che si consuma con la mera mancata tenuta o con la tenuta irregolare o incompleta dei libri e delle altre scritture contabili prescritti dalla legge, nei tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata”.*



Infine, in tema di commisurazione delle pene accessorie per il reato di bancarotta fraudolenta (art. 216, co. 4, L.F.), la Corte ha anzitutto ricordato che *“con sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma di cui all'art. 216, ultimo comma, L.F. quanto alla previsione di pene accessorie di durata fissa decennale (l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità di esercitare uffici direttivi nelle imprese) per tutti coloro che siano condannati per bancarotta fraudolenta e le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza n. 28910 del 28/02/2019, Suraci, Rv. 276286, hanno stabilito che le pene accessorie previste dall'art. 216 L.F., nel testo riformulato dalla sentenza n. 222/2018 della Corte Costituzionale, così come le altre pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.”.*

Sulla base di questo rilievo, nel caso di specie, la Corte ha disposto l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice di merito *“poiché nella sentenza impugnata le pene accessorie fallimentari sono state applicate nella misura fissa prevista dall'art. 216, comma 4, L.F. prima che questo venisse dichiarato incostituzionale e poiché la loro rideterminazione secondo i criteri di cui all'art. 133 cod. pen. implica valutazioni di merito precluse al giudice di legittimità”.*

**Articolo 10 quater, d. lgs. n. 74/2000 – Indebita compensazione – Condotta tipica – Compensazione di debiti previdenziali e assistenziali – Configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 8 gennaio 2021 (ud. 18 settembre 2020), n. 389*

*Presidente Andrezza, Relatore Andronio*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, ha risolto la questione di diritto se integra la fattispecie di indebita compensazione (art. 10 quater, comma 2, d. lgs. n. 74/2000) il fatto di compensare con crediti inesistenti debiti di natura previdenziale e assistenziale.

Sul punto, la Corte ha anzitutto ricordato che *“l'orientamento prevalente di questa Corte, richiamato come tale anche nella sentenza n. 35 del 2018 della Corte costituzionale, ha ritenuto che il reato di indebita compensazione possa configurarsi sia in caso di compensazione ‘verticale’, riguardante crediti e debiti afferenti alla medesima imposta, sia in caso di compensazione ‘orizzontale’, concernente crediti e debiti di imposta di natura diversa, in quanto*

*può avere ad oggetto tutte le somme dovute che possono essere inserite nell'apposito modello F24, incluse quelle relative ai contributi previdenziali e assistenziali. Tale giurisprudenza ravvisa la ratio della disposizione in esame nella necessità di punire tutti quei comportamenti che si concretizzano in realtà nell'omesso versamento del dovuto e nel conseguimento di un indebito risparmio di imposta mediante l'indebito ricorso al meccanismo della compensazione tributaria, ossia attraverso la materiale redazione di un documento ideologicamente falso, idoneo a prospettare una compensazione che non avrebbe potuto avere luogo, o per la non spettanza o per l'inesistenza del credito”.* In questa prospettiva, ha ritenuto la Corte che *“risponde, dunque, del reato ex art. 10 quater del d. lgs. n. 74 del 2000 non solo, come è pacifico, chi omette di versare imposte dirette o l'IVA utilizzando indebitamente in compensazione crediti concernenti altre imposte o crediti di natura previdenziale, ma anche chi si avvalga di analogo artificio per evitare di corrispondere tali ultime imposte ovvero contributi dovuti ad enti di previdenza. La norma in esame, in altri termini, si presta a reprimere l'omesso versamento di somme di denaro attinente a tutti i debiti, sia tributari, sia di altra natura, per il cui pagamento deve essere utilizzato il modello di versamento unitario, con la conseguenza che sono sottoposti a tale disciplina sia le compensazioni di debiti Iva o imposte sui redditi con altri tributi e contributi dovuti sia le compensazioni di questi ultimi tributi e contributi con crediti Iva e imposte dirette, potendo venire in rilievo, sul lato attivo o passivo del rapporto obbligatorio, qualunque tributo o contributo che possa essere opposto in compensazione secondo le norme generali”.*

**Articolo 323 c.p. – Riforma dell'abuso di ufficio – Violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità – Parziale abolitio criminis.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 8 gennaio 2021 (ud. 9 dicembre 2020), n. 442*

*Presidente Fidelbo, Relatore Giorgi*

In tema di abuso d'ufficio, con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha affermato che la modifica intervenuta con l'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha sostituito le parole *“di*

norme di legge o di regolamento” con quelle “di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”, ha ristretto l’ambito di operatività dell’art. 323 cod. pen. determinando una parziale “abolitio criminis” in relazione alle condotte commesse prima dell’entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità.

**Articolo 216, L.F. – Pagamento di somme al socio – A titolo di rimborso di versamenti in conto capitale – Condotta distrattiva – A rimborso di versamenti a titolo di mutuo – Condotta preferenziale.**

*Cass. pen., Sent. 12 gennaio 2021 (ud. 20 novembre 2020), n. 852*

*Presidente Miccoli, Relatore Belmonte*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione si è pronunciata, in tema di reati fallimentari, sulla corretta qualificazione dei trasferimenti di denaro dalla società, successivamente fallita, al socio.

Più in dettaglio, nel caso di specie la condotta contestata al ricorrente era consistita nell’aver ceduto, in qualità di amministratore di fatto della società fallita, a un prezzo largamente inferiore al suo valore reale, gli unici cespiti di proprietà della società, già socia ed amministratrice della società ed ex moglie del ricorrente. La compravendita era avvenuta oltre un anno prima del fallimento.

Tale cessione era avvenuta in compensazione con un credito vantato, nei confronti della società, dalla acquirente, in ragione di un finanziamento soci, poi postergato in bilancio, di cui era stata chiesta la restituzione, a distanza di oltre dieci anni, anche presentando ricorso per decreto ingiuntivo, il quale non venne mai opposto dalla società.

I Giudici del merito avevano qualificato il fatto secondo la fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione.

La Corte ha ritenuto contraddittoria la motivazione della sentenza impugnata e ne ha disposto l’annullamento e il rinvio, dopo aver rilevato che “manca una specifica indicazione circa la effettiva natura di tale versamento, con conseguenti riflessi in punto di qualificazione giuridica del fatto distrattivo, alla luce dell’indirizzo giurisprudenziale che, a proposito della natura dei finanziamenti dei soci in

favore della società, distingue, quanto agli effetti penali, tra l’ipotesi in cui l’indebita restituzione ai soci abbia riguardato finanziamenti effettuati dai medesimi nel corso della vita della società in conto capitale, dal caso della restituzione di versamenti effettuati a titolo di mutuo”.

Mutuando principi stabiliti dalla giurisprudenza civilistica, la Corte ha ritenuto che “i versamenti operati dai soci in conto capitale (o con altra analogo dizione indicati), pur non incrementando immediatamente il capitale sociale, e pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale (onde non occorre che siano conseguenti ad una specifica deliberazione assembleare di aumento dello stesso), hanno, tuttavia, una causa che, di norma, è diversa da quella del mutuo ed è assimilabile a quella del capitale di rischio, sicché essi non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società, e possono essere chiesti dai soci in restituzione solo per effetto dello scioglimento della società, e nei limiti dell’eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione, fermo restando che tra la società ed i soci può viceversa essere convenuta l’erogazione di capitale di credito, anziché di rischio, e che i soci possono effettuare versamenti in favore della società a titolo di mutuo (con o senza interessi), riservandosi in tal modo il diritto alla restituzione anche durante la vita della società”.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio ha concluso che “il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con analogo dizione) integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società; al contrario, il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie di bancarotta preferenziale”.

**Articoli 61 n. 5, 640 c.p. – Truffa online – Aggravante della minorata difesa – Condizioni per la configurabilità.**

*Corte di cassazione, Sez. II, Sent. 13 gennaio 2021 (ud. 14 ottobre 2020), n. 1085*

*Presidente Verga, Relatore Recchione*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, si è pronunciata sulla configurabilità dell’aggravante della minorata difesa (art. 61, n. 5, c.p.) con riguardo alla fattispecie di truffa nelle vendite di prodotti online.

Dando seguito al proprio consolidato orientamento, ha chiarito la Corte che “*sussiste l'aggravante della minorata difesa, con riferimento alle circostanze di luogo, note all'autore del reato e delle quali egli, ai sensi dell'art. 61, n. 5, cod. pen., abbia approfittato, nell'ipotesi di truffa commessa attraverso la vendita di prodotti 'on-line', poiché, in tal caso, la distanza tra il luogo ove si trova la vittima, che di norma paga in anticipo il prezzo del bene venduto, e quello in cui, invece, si trova l'agente, determina una posizione di maggior favore di quest'ultimo, consentendogli di schermare la sua identità, di non sottoporre il prodotto venduto ad alcun efficace controllo preventivo da parte dell'acquirente e di sottrarsi agevolmente alle conseguenze della propria condotta*”.

Ha poi specificato la Corte che “*tale condivisa giurisprudenza identifica le condizioni della minorata difesa nella 'costante' distanza tra venditore ed acquirente che gestiscono trattative che si svolgono interamente sulle piattaforme web: tale modalità di contrattazione pone l'acquirente in una situazione di debolezza in quanto è costretto ad affidarsi alle immagini che non consentono una verifica della qualità del prodotto; a ciò si aggiunge che la trattativa telematica consente di vendere (ed acquistare) sotto falso nome rendendo difficile anche l'identificazione del contraente e difficile il controllo sulla sua affidabilità*”.

In sintesi “*la compravendita online richiede un particolare affidamento del contraente alla buona fede dell'altro, dato che le trattative si svolgono integralmente a distanza, senza che sia possibile verificare la identità e la qualità del prodotto*”.

Tuttavia, diverso deve ritenersi il caso in cui “*la trattativa prenda avvio dall'ostensione di un bene su una piattaforma telematica, ma poi si sviluppi attraverso contatti telefonici - oggi in gran parte sostituiti dalla messagistica istantanea - ed incontri in presenza*”. In questo caso l'aggravante non è configurabile, perché “*non può dirsi che i contraenti versino in una condizione di particolare vulnerabilità; gli stessi risultano esposti a ordinarie azioni fraudolente, che non risultano agevolate dalla condizione di minorità in cui è posta la vittima di truffe contrattuali che si consumano attraverso trattative svolte interamente 'a distanza', su piattaforme web*”.

**Articolo 612 bis c.p. – Atti persecutori – Condotta tipica – Ingiurie rivolte dall'agente alla persona offesa in luoghi pubblici o alla presenza di terzi.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 13 gennaio 2021 (ud. 16 novembre 2020), n. 1172*

*Presidente Palla, Relatore Settembre*

In tema di stalking, con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha affermato che, ai fini della valutazione in ordine alla configurabilità del delitto di atti persecutori, legittimamente sono annoverabili tra le condotte rilevanti le ingiurie rivolte dall'agente alla persona offesa in luoghi pubblici o alla presenza di terzi, qualora le stesse, considerate nel complesso, assumano consistenza, ripetitività ed incidenza tali da conferire loro una connotazione molesta, idonea a determinare, unitamente ad altre condotte aggressive contemplate dall'art. 612 bis cod. pen., uno degli eventi tipici del reato.

**Articolo 10 ter, d. lgs. n. 74/2000 – Omesso versamento IVA – Legale rappresentante della società debitrice – Assunzione della carica dopo l'insorgenza del debito fiscale e prima della scadenza per il versamento – Configurabilità del reato.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 15 gennaio 2021 (ud. 23 novembre 2020), n. 1729*

*Presidente Sarno, Relatore Gai*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito alla responsabilità per il fatto di omesso versamento dell'IVA (art. 10 ter, d. lgs. n. 74/2000) in capo al legale rappresentante della società debitrice, che abbia assunto tale carica dopo l'insorgenza del debito e prima della scadenza del termine per il versamento.

Sul punto, la Corte ha rilevato che “*il reato di omesso versamento Iva è un reato omissivo proprio che si consuma al momento della scadenza prevista dalla legge (termine per il versamento dell'acconto per l'anno successivo) sulla base della dichiarazione Iva. L'imputato, al momento della scadenza del termine per compiere il versamento (...) era il legale rappresentante della società in questione, circostanza questa non contestata, né è contestato che egli avesse predisposto e sottoscritto la dichiarazione che esponeva il debito Iva (...), debito tributario che imponeva, come termine ultimo, il versamento della relativa somma entro il termine per il versamento dell'acconto per l'anno successivo (...), data nella quale egli era il soggetto tenuto in ragione della carica ricoperta la cui omissione integra il reato contestato. A nulla rileva, infatti, che fosse diverso il soggetto che*

*era legale rappresentante (...) quando si era formato il debito, dal momento che ciò che rileva è la circostanza che [il ricorrente], al momento della scadenza del termine per il versamento, era il soggetto su cui grava l'obbligazione tributaria la cui omissione integra il reato contestato".*

Il Supremo Collegio ha poi più in generale ricordato che *"nel caso di successione nella carica di amministratore di società/legale rappresentante in un momento successivo alla presentazione della dichiarazione di imposta e prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento dell'obbligo tributario di versamento, sussiste la responsabilità, per i reati tributari connessi all'omesso versamento di imposte dovute, di colui che succede nella carica dopo la presentazione della dichiarazione di imposta e prima del termine ultimo per il versamento della stessa (...), e ciò sul rilievo dell'assenza di compimento del previo controllo di natura prettamente contabile sugli ultimi adempimenti fiscali che comporta la responsabilità quantomeno a titolo di dolo eventuale".* Con specifico riguardo all'ambito fiscale, infatti, *"l'assunzione della carica di amministratore, per comune esperienza, comporta una minima verifica della contabilità, dei bilanci e delle ultime dichiarazioni dei redditi, per cui, ove ciò non avvenga, risponde dei reati tributari in materia di mancato versamento di imposte, colui che subentra nella carica sociale/legale rappresentanza in un momento successivo alla formazione del debito, in quanto con l'assunzione della carica si espone volontariamente a tutte le conseguenze che possono derivare da pregresse inadempienze".*

**Articoli 442, comma 3, 585, comma 1, lett. b), c.p.p., 25, comma 2, Cost., 7 CEDU – Mutamento giurisprudenziale sfavorevole – Divieto di applicazione retroattiva – Condizioni – Imprevedibilità del mutamento.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 15 gennaio 2021 (ud. 27 novembre 2020), n. 1731*

*Presidente Di Nicola, Relatore Di Stasi*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, ha affrontato il tema della applicabilità retroattiva di un orientamento giurisprudenziale sfavorevole.

In tema, la Corte ha preliminarmente rilevato che *"l'art. 7 della CEDU - così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU (...) - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma*

*penale nel caso in cui il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa (...). In altri termini, la Corte EDU non impedisce alla giurisprudenza nazionale di mutare il proprio orientamento nell'interpretazione di una norma legislativa, né in materia extrapenale né in materia penale. Si richiede, tuttavia, che tale mutamento sia ragionevolmente prevedibile dal destinatario della norma affinché lo Stato non incorra in una violazione dell'art. 6 (quanto alla materia extrapenale) e dell'art. 7 (in relazione alla materia penale)".*

Sul punto, ha poi ricordato la Corte che *"la questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite civili di questa Corte (...), che hanno affermato che il mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia (c.d. overruling), che porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, opera - laddove il suo significato non trovi origine nelle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale - come interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale 'ora per allora', nel senso di rendere irrituale l'atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all'orientamento precedente. Infatti, il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la lex temporis acti, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice".*

*"Ove però" - ha rilevato la Corte - "l'overruling sia connotato dal carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare. Ne consegue che - in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 Cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito - deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'overruling nei confronti della parte che abbia*

*confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo".*

Questo approdo è stato vieppiù precisato, nel senso che:

- *"affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo (...) devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso";*
- *"l'imprevedibilità non è ravvisabile in presenza di preesistenti contrasti interpretativi (...) o di incertezza interpretativa delle norme processuali ad opera della Corte di cassazione in assenza di un orientamento consolidato della stessa Corte (...) o nel caso in cui la parte abbia confidato nell'orientamento che non è prevalso (...)".*

Infine, il Collegio ha ricordato che *"anche la giurisprudenza penale di legittimità si è pronunciata nello stesso senso, precisando che l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l'imprevedibilità della decisione giudiziale che adotti una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria, e correlativamente esclude l'operatività del divieto di retroattività della relativa regola giurisprudenziale";* e ancora che *"l'overruling non consentito, perché non prevedibile per l'imputato, sia ravvisabile nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre debba essere esclusa qualora la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario".*

**Articolo 499 c.p.p. – Divieto di porre domande suggestive – Violazione – Conseguenze – Inutilizzabilità o nullità – Esclusione.**

*Cass. pen., Sez. II, Sent. 20 gennaio 2021 (ud. 10 dicembre 2020), n. 2388*

*Presidente Rago, Relatore De Santis*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, ha ribadito importanti principi in tema di utilizzabilità della prova dichiarativa, con specifico riguardo al divieto di porre domande suggestive ex art. 499 c.p.p.

Segnatamente, il Supremo Collegio ha rilevato che *"il divieto di porre domande suggestive di cui all'art. 499 c.p.p. non si applica alle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dalla persona informata sui fatti, in quanto la norma riguarda il dibattimento e non le indagini preliminari".*

In secondo luogo, la Corte ha chiarito che *"la violazione del divieto di porre domande suggestive non dà luogo né alla sanzione di inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p., né a quella di nullità, atteso che l'inosservanza delle disposizioni fissate dagli artt. 498, comma primo, e 499 c.p.p. non determina l'assunzione di prove in violazione dei divieti di legge ovvero la inosservanza di alcuna delle previsioni dettate dall'art. 178 c.p.p. e rileva soltanto sul piano della valutazione della genuinità della prova, che può risultare compromessa esclusivamente se la modalità incriminata inficia l'intera dichiarazione e non semplicemente la singola risposta fornita, ben potendo il giudizio di piena attendibilità del teste essere fondato sulle risposte alle altre domande".*

**Articoli 40, 590, c.p., 25 septies, 60, d. lgs. n. 231/2001 - Infortuni sul luogo di lavoro - Abnormità del comportamento del lavoratore - Esclusione della responsabilità del datore di lavoro - Condizioni - Reati colposi di evento - Interesse o vantaggio dell'ente - Configurabilità - Prescrizione del reato - Effetti sulla perseguibilità dell'illecito.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 25 gennaio 2021 (ud. 21 ottobre 2020), n. 2848*

*Presidente Piccialli, Relatore Dawan*

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione, Sezione quarta, ha ribadito alcuni importanti principi nella materia degli infortuni sul lavoro, con riguardo sia alla responsabilità penale del datore di lavoro, sia alla responsabilità amministrativa dell'ente.

In tema di responsabilità penale, La Corte ha ricordato che *"il datore di lavoro, e, in generale, il destinatario dell'obbligo di adottare le misure di prevenzione, è esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del dipendente sia abnorme, dovendo definirsi tale il comportamento imprudente del lavoratore che sia stato posto in essere*

da quest'ultimo del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidategli - e, pertanto, al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro - o rientri nelle mansioni che gli sono proprie ma sia consistito in qualcosa di radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nell'esecuzione del lavoro”.

Inoltre, “nessuna efficacia causale, per escludere la responsabilità del datore di lavoro e di coloro che rivestono una posizione di garanzia rispetto alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, può essere attribuita al comportamento negligente o imprudente del medesimo lavoratore infortunato, quando l'evento sia da ricondurre comunque alla insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare il rischio derivante dal richiamato comportamento imprudente. Sul punto, si è pure precisato che le norme antinfortunistiche sono destinate a garantire la sicurezza delle condizioni di lavoro, anche in considerazione della disattenzione con la quale gli stessi lavoratori effettuano le prestazioni”.

Sul fronte della responsabilità amministrativa, la Corte si è soffermata in particolare sui requisiti alternativi dell'interesse o del vantaggio dell'ente dalla commissione del reato. La Corte ha affermato che “in materia di responsabilità amministrativa con riguardo all'art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001, l'interesse e/o il vantaggio vanno letti, nella prospettiva patrimoniale dell'ente, come risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dello strumentario di sicurezza ovvero come incremento economico conseguente all'aumento della produttività non ostacolata dal pedissequo rispetto della normativa prevenzionale (...). In altri termini, nei reati colposi, l'interesse e/o vantaggio si ricollegano al risparmio nelle spese che l'ente dovrebbe sostenere per l'adozione delle misure precauzionali ovvero nell'agevolazione dell'aumento di produttività che può derivare, per l'ente, dallo sveltimento dell'attività lavorativa, ‘favorita’ dalla mancata osservanza della normativa cautelare, il cui rispetto, invece, ne avrebbe ‘rallentato’ i tempi”.

Da ultimo, merita rilevare il *dictum* della Corte con riguardo agli effetti della prescrizione del reato sull'illecito amministrativo. In tema, la Corte ha ricordato che “la dichiarazione di prescrizione del reato presupposto non incide sulla perseguibilità dell'illecito amministrativo già contestato [all'ente]. L'art. 60 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 è, infatti, chiaro

nel suo contenuto normativo e comporta che l'estinzione per prescrizione del reato presupposto impedisca unicamente all'accusa di procedere alla contestazione dell'illecito amministrativo ma non impedisca di portare avanti il procedimento già incardinato. Trovano, peraltro, applicazione all'illecito amministrativo le cause interruttrive della prescrizione previste dal codice civile e, pertanto, la prescrizione non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento”.

#### **Articoli 603, 627 c.p.p. – Giudizio di rinvio dopo annullamento – Rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva – Applicabilità – Condizioni.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 25 gennaio 2021 (ud. 24 novembre 2020), n. 3007*

*Presidente De Gregorio, Relatore Borrelli*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha affermato che nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione della sentenza di appello che abbia ribaltato la sentenza di assoluzione di primo grado, è necessaria la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale mediante nuova assunzione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, anche nel caso in cui detta rinnovazione vi sia già stata nel giudizio di appello seguito ad un precedente annullamento con rinvio, dovendo la rinnovazione avvenire davanti al medesimo giudice che deve decidere.

#### **Articolo 216 L.F. – Bancarotta fraudolenta per distrazione – Condotta tipica dell'amministratore – Prelievo dalle casse sociali di somme a lui spettanti come compensi.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 26 gennaio 2021 (ud. 16 novembre 2020), n. 3191*

*Presidente Palla, Relatore Miccoli*

In tema di bancarotta, con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha affermato il seguente principio di diritto: “*integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione la condotta dell'amministratore che prelevi dalle casse sociali somme a lui spettanti come compensi, se questi sono genericamente indicati nello statuto, non sono giustificati da dati ed elementi di confronto che ne consentano una oggettiva valutazione e vi sia stata determinazione del loro ammontare con delibera assembleare adottata solo pro-forma, così come accertato e ritenuto dal giudice del merito sulla base di risultanze processuali di cui si è dato conto con*

*motivazione congrua e logica, non sindacabile in sede di legittimità”.*

**Articoli 10 ter, d. lgs. n. 74/2000, 131 bis c.p. - Omesso versamento IVA - Speciale tenuità del fatto - Condizioni di applicabilità.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 27 gennaio 2021 (ud. 14 dicembre 2020), n. 3256*

*Presidente Andrezza, Relatore Mengoni*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata sul rapporto tra il reato di omesso versamento IVA (art. 10 bis, d. lgs. n. 74/2000), come è noto connotato da una soglia di punibilità pari a € 250 mila, e la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.).

La Corte ha rilevato che nel caso di specie *“la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. (...) è stata negata dalla Corte di appello in ragione dell'entità dell'IVA evasa, pari a 271.963,00 euro, con uno ‘sforamento’, dunque, di 21.963,00 euro rispetto alla soglia di punibilità; il Tribunale, concludendo in termini opposti, aveva invece valorizzato, per un verso, lo stesso elemento oggettivo, allora però definito ‘modesto’, e, per altro verso, il comportamento del [ricorrente], qualificato come ‘non abituale’, dato che la contestazione in esame concerneva soltanto l'anno di imposta 2011”.*

Ciò considerato, la Corte ha ritenuto che *“la pronuncia di appello non si sia confrontata con tutti gli argomenti che il primo Giudice aveva indicato a sostegno della propria decisione, richiamandone soltanto uno e senza neppure menzionare gli altri, valorizzati dal Tribunale con pari grado di rilevanza e con particolare riferimento alla abitualità della condotta. E senza che, diversamente, si possa sostenere che l'indice riscontrato con riguardo all'unico fattore esaminato - ossia l'entità del superamento della soglia - sia di tale portata da esimere il Collegio dalla verifica degli altri; una misura inferiore al 10%, infatti, non si manifesta di tale rilievo da soverchiare ogni altra valutazione dei criteri indicati dallo stesso art. 131-bis cod. pen.”.*

**Articolo 44, comma 1, lett. c), D.P.R. n. 380/00 – Lottizzazione abusiva mista – Momento consumativo del reato.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 1° febbraio 2021 (ud. 1° ottobre 2020), n. 3719*

*Presidente Marini, Relatore Rosi*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito alla fattispecie di lottizzazione abusiva (art. 44, comma 1, lett. c, DPR n. 380/2001), con specifico riguardo al momento consumativo e, per conseguenza, alla determinazione del *dies a quo* della prescrizione del reato.

In particolare, la Corte ha aderito al proprio orientamento più risalente e rigoroso, che aveva operato una *“qualificazione della lottizzazione abusiva quale reato (eventualmente) permanente, la cui permanenza cessa con l'ultimazione della condotta lottizzatoria, ovvero con la ultimazione dell'attività giuridica o materiale volta alla trasformazione del territorio, per cui nel caso si tratti di lottizzazione mista - negoziale e materiale - (...) la permanenza del reato può dirsi cessata non già al momento dell'atto notarile di acquisto dei lotti, né alla data dell'accertamento, bensì al momento in cui erano state ultimate le opere abusive costruite nei lotti. (...) Si tratta insomma di un reato progressivo nell'evento, che giunge a compimento solo con la ultimazione della costruzione, ciò anche quando le attività edificatorie sono portate a termine da persone diverse da quelle che hanno proceduto alla divisione dei terreni in lotti, alla loro vendita e/o all'esecuzione di alcune opere, in quanto la permanenza cessa solo quando l'intero programma lottizzatorio viene attuato”.*

Alla luce di ciò, la Corte ha ritenuto che *“il momento consumativo del reato di lottizzazione abusiva ‘mista’ si individua, per tutti coloro che concorrono o cooperano nel reato, nel compimento dell'ultimo atto integrante la condotta illecita, che può consistere nella stipulazione di atti di trasferimento, nell'esecuzione di opere di urbanizzazione o nell'ultimazione dei manufatti che compongono l'insediamento; ne consegue che, ai fini del calcolo del tempo necessario per la prescrizione, per il concorrente non è rilevante il momento in cui è stata tenuta la condotta di partecipazione, ma quello di consumazione del reato, che può intervenire anche a notevole distanza di tempo”.*

**Articolo 40, comma 2, c.p. – Infortuni sul luogo di lavoro – Obbligo del datore di lavoro di impedire l'evento – Partecipazione del datore alla mansione – Mancata previsione del rischio – Responsabilità del datore di lavoro.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 3 febbraio 2021 (ud. 13 gennaio 2021), n. 4075*

*Presidente Ciampi, Relatore Pezzella*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, ha enunciato due principi in tema di responsabilità penale del datore di lavoro per infortuni dei propri dipendenti.

In primo luogo, con riguardo all'obbligo del datore di evitare l'evento infausto, il Collegio ha ricordato che *“per il dettato della normativa prevenzionistica e per la costante giurisprudenza di questa Corte di legittimità la circostanza che il datore di lavoro operi anche in prima persona e sottoponga anche sé stesso al rischio derivante dall'omessa predisposizione di misure prevenzionali, non muta i suoi doveri nei confronti della sicurezza dei lavoratori da lui dipendenti”*.

In secondo luogo, la Corte ha precisato che gli obblighi di sicurezza riguardano anche gli eventi non previsti dal Documento di Valutazione del Rischio. Infatti, *“nei casi in cui, come nella specie, tale documento non preveda specificamente un rischio, è obbligo del datore di lavoro, in concreto, adottare le idonee misure di sicurezza relative ad un rischio non contemplato, così sopperendo all'omessa previsione anticipata”*.

**Articoli 321 c.p.p., 12 bis d. Lgs. n. 74/2000 – Reati tributari – Sequestro finalizzato alla confisca del profitto – *Fumus commissi delicti* – Annullamento dei provvedimenti tributari da parte della Commissione tributaria – Nozione di profitto – Sequestrabilità del profitto a carico dell'ente.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 3 febbraio 2021 (ud. 15 gennaio 2021), n. 4122*

*Presidente Menichetti, Relatore Tanga*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione IV, si è pronunciata in tema di misure cautelari reali per reati fiscali.

Il ricorrente, accusato di reati tributari, aveva proposto appello avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di revoca del sequestro preventivo – disposto a carico dei beni di una società nel corso del procedimento penale a carico del legale rappresentante – pronunciata dal giudice del dibattimento, fra l'altro rilevando che la competente Commissione tributaria regionale aveva annullato tutti i provvedimenti con i quali era stato accertato l'ammontare delle imposte in ipotesi fraudolentemente evase.

A fronte di ciò, il Giudice della cautela, nel rigettare l'appello, aveva *“omesso di precisare, in tale senso*

*motivando in maniera largamente deficitaria del provvedimento emesso, le ragioni per le quali (...) gli esiti dei giudizi tributari che hanno condotto all'annullamento degli avvisi di accertamento emessi a carico dell'attuale ricorrente (...) non possano costituire (...) un elemento atto a far dubitare della perdurante sussistenza di un illecito profitto in capo alla attuale ricorrente”*. Per questa ragione, fra i motivi di ricorso l'imputato aveva dedotto il vizio di motivazione in ordine alla sussistenza del reato.

La Corte ha accolto il motivo, rilevando che il Giudice della cautela aveva omesso *“di valutare ed esporre gli elementi certi e idonei a stornare ogni possibile dubbio in ordine alla perdurante sussistenza di un illecito profitto in capo alla attuale ricorrente anche all'esito delle sentenze tributarie”*.

La Corte ha inoltre rammentato alcuni importanti principi in tema di identificazione e sequestrabilità del profitto di reato.

In primo luogo, il Collegio ha ricordato che *“le Sezioni Unite della Corte hanno in precedenza affermato che, quando il sequestro c.d. diretto del profitto del reato tributario non è possibile nei confronti della società, non è di conseguenza consentito nei confronti dell'ente collettivo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, salvo che la persona giuridica costituisca uno schermo fittizio (Sez. Un., n. 10561/2014, Gubert). La ragione di ciò scaturisce dal fatto che i reati tributari non sono ricompresi (ai sensi del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231) nella lista di quelli che consentono il sequestro per equivalente nei confronti di una persona giuridica”*. È appena il caso di rilevare che questo principio vale per i fatti commessi prima della pubblicazione della Legge 19 dicembre 2019, n. 157/19, a partire dalla quale – ai sensi dell'art. 39, comma 3, d.l. n. 214/19 – è efficace l'introduzione dei reati fiscali nel novero dei reati presupposto per la responsabilità amministrativa dell'ente.

In secondo luogo, la Corte ha precisato che *“in tema di reati tributari, il profitto, confiscabile anche per equivalente, va individuato nel valore dei beni idonei a fungere da garanzia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria che agisce per il recupero delle somme evase, con la conseguenza che lo stesso non è configurabile, e non è quindi possibile disporre o mantenere il sequestro funzionale all'ablazione, in caso di annullamento della cartella esattoriale da parte della commissione tributaria, con sentenza anche non definiti”*.



**Articoli 4, d. lgs. n. 74/2000, 649 c.p.p. – Dichiarazione infedele – Doppio binario sanzionatorio – *Ne bis in idem* – Insussistenza.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 4 febbraio 2021 (ud. 14 gennaio 2021), n. 4439*

*Presidente Marini, Relatore Corbetta*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, ha escluso la sussistenza del principio del *ne bis in idem* in relazione alla sanzione penale (ex art. 4 D. Lgs. 74/2000) e a quella amministrativa, relative al medesimo fatto di dichiarazione infedele. Nel caso di specie, a seguito dell'accertamento con adesione con pagamento di imposta evasa, oltre a sanzioni e interessi, il contribuente nel successivo procedimento penale aveva invocato l'applicazione del divieto di doppia incriminazione, fondandosi i due strumenti punitivi sul medesimo illecito e avendo già scontato la sanzione tributaria, considerata "sostanzialmente penale".

Gli Ermellini hanno rigettato il ricorso di legittimità e confermato la condanna pronunciata nei primi due gradi di giudizio. Prendendo le mosse dalla sentenza della Consulta del 24 ottobre 2019, n. 222, sulla legittimità dell'art. 649 c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. – quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, il Collegio ha affermato che "il sistema del 'doppio binario' è giustificato dalla rilevanza degli interessi nazionali e dalla diversità dei fini perseguiti dalle due procedure: mentre il procedimento amministrativo è volto al recupero a tassazione delle imposte non versate, il procedimento penale è teso alla prevenzione e alla repressione dei reati in materia tributaria. In altri termini, la minaccia di una sanzione detentiva per condotte particolarmente allarmanti (essendo previste soglie di punibilità), in aggiunta a una sanzione amministrativa pecuniaria, persegue, infatti, legittimi scopi di rafforzare l'effetto deterrente spiegato dalla mera previsione di quest'ultima, di esprimere la ferma riprovazione dell'ordinamento a fronte di condotte gravemente pregiudizievoli per gli interessi finanziari nazionali ed europei, nonché di assicurare ex post l'effettiva riscossione degli importi evasi da parte dell'amministrazione grazie ai meccanismi premiali connessi all'integrale saldo del debito tributario".

**Articoli 40, 590 c.p., 25 septies d. lgs. n. 231/2001 – Responsabilità penale del datore di lavoro per infortuni – Obblighi del datore – Predisposizione delle misure antinfortunistiche – Sorveglianza sulla adozione delle misure – Buona**

**conservazione dei mezzi di protezione – Sorveglianza sulla persistenza nel tempo dell'idoneità dei mezzi di protezione – Distacco del lavoratore – Ripartizione degli obblighi tra distaccante e distaccatario – Responsabilità amministrativa dell'ente – Interesse o vantaggio dell'ente – Nozione – Requisito della sistematicità delle violazioni – Irrilevanza.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 5 febbraio 2021 (ud. 17 novembre 2020), n. 4480*

*Presidente Izzo, Relatore Cappello*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, ha cristallizzato alcuni importanti principi in materia di infortuni sul lavoro, sia con riguardo alla responsabilità penale del datore di lavoro, sia con riguardo alla responsabilità amministrativa dell'ente.

In tema di responsabilità penale del datore di lavoro, il Collegio ha anzitutto ricordato che "la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione - da parte del garante - di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire, sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso".

In merito alla portata degli obblighi del datore, la Corte ha precisato che "in linea generale (...) deve ribadirsi che il datore di lavoro, quale responsabile della sicurezza, ha l'obbligo non solo di predisporre le misure antinfortunistiche, ma anche di sorvegliare continuamente sulla loro adozione da parte degli eventuali preposti e dei lavoratori, in quanto, in virtù della generale disposizione di cui all'art. 2087 cod. civ., egli è costituito garante dell'incolumità fisica dei prestatori di lavoro (...) e ha anche l'obbligo di mantenere in buono stato di conservazione i mezzi di protezione messi a disposizione dei lavoratori e di sorvegliare che l'idoneità di detti mezzi persista nel tempo".

Il Collegio si è altresì soffermato sulla ripartizione delle responsabilità in caso di distacco del lavoratore presso altro luogo di lavoro: "in caso di distacco di un lavoratore da un'impresa a un'altra, i relativi obblighi gravano sia sul datore di lavoro che ha disposto il distacco, sia sul beneficiario della

*prestazione, tenuto a garantire la sicurezza dell'ambiente di lavoro nel cui ambito la stessa viene eseguita".*

*In particolare, "il distaccante, prima che abbia corso il distacco, ha la titolarità degli obblighi tipici della posizione datoriale; in quell'area in cui i poteri direttivi si attenuano per la sempre maggiore incombenza degli analoghi poteri del distaccatario quegli obblighi assumono i contenuti resi possibili dalla particolarità di tale vicenda. Nel momento in cui trova esecuzione la prestazione del lavoratore distaccato, il datore di lavoro distaccatario assume tutti gli obblighi prevenzionistici, eccezion fatta per quello di informazione e di formazione sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali vi è il distacco".*

*Infine, la Corte ha ricordato che "eventuali accordi contrari in deroga alla previsione normativa (come nel caso di specie ha ricordato anche il giudice di merito) sarebbero privi di efficacia, appartenendo le norme antinfortunistiche al diritto pubblico ed essendo le stesse inderogabili in forza di atti privati".*

*Con riguardo alla responsabilità amministrativa dell'ente, la Corte si è pronunciata sui requisiti dell'interesse o vantaggio dell'ente, rammentando che: "i criteri di imputazione oggettiva di che trattasi vanno riferiti alla condotta del soggetto agente e non all'evento, coerentemente alla diversa conformazione dell'illecito, essendo possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per rispondere a istanze funzionali a strategie dell'ente".*

*Inoltre, il criterio oggettivo dell'interesse o del vantaggio dell'ente "può essere ravvisato nel risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dei procedimenti e dei presidi di sicurezza; nell'incremento economico conseguente all'incremento della produttività non ostacolata dal rispetto della normativa prevenzionale (...); nel risparmio sui costi di consulenza, sugli interventi strumentali, sulle attività di formazione e informazione del personale (...); o, ancora, nella velocizzazione degli interventi di manutenzione e di risparmio sul materiale".*

*Infine, la Corte ha rilevato che "la sistematicità della violazione non rileva quale elemento della fattispecie tipica dell'illecito dell'ente: l'art. 25-septies cit. non richiede la natura sistematica delle violazioni alla normativa antinfortunistica per la configurabilità della responsabilità dell'ente derivante dai reati colposi ivi contemplati". Sarebbe infatti "eccentrico*

*rispetto allo spirito della legge ritenere irrilevanti tutte quelle condotte, pur sorrette dalla intenzionalità, ma, in quanto episodiche e occasionali, non espressive di una politica aziendale di sistematica violazione delle regole cautelari".*

**Articoli 253 c.p.p., 648 bis c.p. – Sequestro probatorio – Finalità dell'accertamento dei fatti – Fumus commissi delicti – Obbligo di motivazione – Riciclaggio – Configurazione del reato – Mero possesso di ingenti quantità di denaro – Insufficienza – Delitto presupposto – Astratta configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. II, Sent. 8 febbraio 2021 (ud. 28 ottobre 2020), n. 4875*

*Presidente Cervadoro, Relatore Imperiali*

*Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, si è pronunciata in tema di motivazione del decreto di sequestro probatorio (art. 253 c.p.p.), con specifico riguardo ad una contestazione di riciclaggio (art. 648 bis c.p.).*

*In primo luogo, la Corte ha ripercorso i requisiti per l'adozione della misura, che devono essere oggetto di motivazione da parte dell'Autorità giudiziaria.*

*Anzitutto, ha ricordato il Collegio, "il decreto di sequestro probatorio - così come il decreto di convalida - anche qualora abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una motivazione che, per quanto concisa, dia conto specificatamente della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti (...). Il decreto di sequestro probatorio di cose costituenti corpo di reato, pertanto, deve essere necessariamente sorretto da idonea motivazione, integrabile esclusivamente dal pubblico ministero innanzi al tribunale del riesame, (...) in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, avuto riguardo ai limiti imposti all'intervento penale sul terreno delle libertà fondamentali e dei diritti dell'individuo costituzionalmente garantiti, quale è il diritto di proprietà garantito dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo".*

*L'obbligo di motivazione riguarda altresì il requisito del fumus commissi delicti. Ha infatti ricordato la Corte che "Il decreto di sequestro probatorio di cose costituenti il corpo di reato, infatti, deve essere sorretto da idonea motivazione circa la sussistenza di elementi costitutivi del reato contestato e, quindi, in relazione al delitto di riciclaggio, quanto alla possibilità di ipotizzare l'esistenza di un reato presupposto".*

Infine, ha chiarito il Collegio, “*ai fini della legittimità del sequestro probatorio, benché non sia necessaria la prova del carattere di pertinenza o di corpo di reato della cosa oggetto del vincolo, occorre la possibilità effettiva, cioè non fondata su elementi astratti ed avulsi dalle caratteristiche del caso concreto, di configurare un rapporto fra questa ed il reato stesso*”.

In secondo luogo, la Corte si è soffermata sulla configurabilità del reato di riciclaggio, ricordando due principi consolidati in seno alla propria giurisprudenza

Per un verso “*il mero possesso di un'ingente somma di denaro non può giustificare, in assenza di qualsiasi riscontro investigativo circa l'esistenza o meno di un delitto presupposto (o anche solo l'esistenza di relazioni con ambienti criminali, ovvero la precedente commissione di fatti di reato, o l'avvenuto compimento di operazioni di investimento comunque di natura illecita), l'elevazione di un'imputazione di riciclaggio*”.

Per altro verso “*ai fini della configurabilità del reato di riciclaggio non si richiede l'esatta individuazione e l'accertamento giudiziale del delitto presupposto, essendo sufficiente che lo stesso risulti, alla stregua degli elementi di fatto acquisiti ed interpretati secondo logica, almeno astrattamente configurabile*”.

**Articoli 275, comma 2 bis, 299, comma 2, c.p.p. – Custodia cautelare in carcere – Prognosi della irrogazione di una pena detentiva non ultratriennale – Pronuncia di una condanna a pena detentiva non ultratriennale in pendenza della custodia cautelare in carcere – Sostituzione della custodia in carcere con altra misura meno afflittiva.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 8 febbraio 2021 (ud. 20 gennaio 2021), n. 4948*

*Presidente Catena, Relatore Borrelli*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata in merito al requisito per l'applicazione della custodia cautelare in carcere previsto dall'art. 275, comma 2 bis, c.p.p., vale a dire la prognosi del giudice che, all'esito del giudizio, sarà irrogata una pena detentiva superiore a tre anni.

Nel caso di specie, in particolare, il Collegio è stato chiamato a decidere se una condanna non superiore a tre anni, pronunciata in pendenza della custodia cautelare, possa o debba essere preclusiva del mantenimento di tale misura detentiva.

In merito alla norma in questione, la Corte ha anzitutto ricordato che “*la valutazione predittiva circa*

*la condanna a pena superiore ai tre anni si colloca nella fase genetica della misura cautelare: l'obbligo ad essa relativo impone al Giudice della cautela di valutare, nella scelta della custodia in carcere piuttosto che di altre misure, se l'imputato potrà essere destinatario di una condanna a pena ultratriennale. Solo nel caso in cui questo vaglio si concluda con esito positivo, il Giudice investito della richiesta del pubblico ministero potrà applicare, nella ricorrenza degli altri presupposti di legge, la misura di massimo rigore. Ovviamente, poiché si tratta di un passaggio dell'iter deliberativo sulla richiesta della massima misura, esso deve trovare riscontro nella motivazione, nella quale il Giudice della cautela dovrà dare atto di avere svolto la prognosi in parola, enunciando le ragioni per le quali essa si concluda in senso sfavorevole al destinatario del vincolo. A tale dovere argomentativo ulteriormente consegue che l'ordinanza genetica può essere censurata ex art. 309 codice di rito laddove la motivazione sul punto manchi e che il Tribunale del riesame deve dare luogo al vaglio di competenza, anche eventualmente utilizzando i propri poteri integrativi*”.

In merito alle sorti della misura nel caso di condanna non ultratriennale, il Collegio ha rilevato un contrasto nella giurisprudenza della Corte: “*vi sono, infatti, pronunzie che ritengono foriera di effetti caducatori automatici del vincolo carcerario la condanna a pena entro i tre anni sopravvenuta alla prima applicazione del vincolo (...) e decisioni che limitano la portata ostativa della condanna a pena contenuta nei tre anni rispetto alla custodia in carcere alla sola fase genetica e che negano detto automatismo in fase dinamica, salva la possibilità di valutare comunque la sopraggiunta condanna a pena non ultratriennale nell'ambito dello scrutinio di perdurante adeguatezza della misura massima ex art. 299 cod. proc. pen.*”.

Preso atto del contrasto, la Corte ha ritenuto di aderire al primo orientamento, ritenendo che “*la disposizione in parola trovi comunque uno sbocco anche nella fase successiva alla prima applicazione e, in particolare, quando la condanna ostativa alla custodia in carcere, quella non ultratriennale, concretamente si verifichi*”.

Nel motivare la propria decisione, il Collegio ha chiarito che “*milita in questa direzione la convinzione che la regola più volte evocata attenga, costituendone una precisazione, al profilo della proporzionalità della misura cautelare, cristallizzando a livello normativo l'esistenza di una sproporzione tra custodia in carcere e condanna a pena non ultratriennale. Se così è, non*

è senza rilievo il principio acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui la valutazione della proporzionalità della misura cautelare va operata non solo nella fase genetica della misura cautelare, ma anche in quella dinamica". Infatti, "laddove intervenga un nuovo accadimento di ordine processuale, lo scrutinio non può non tenerne conto, in particolare essendo necessario che il Giudice della cautela si adegui alle valutazioni della pronunzia di merito sulla regiudicanda (...), anche quanto alla sanzione inflitta".

Al tempo stesso, la Corte ha dovuto prendere atto che il comma 2 bis di per sé non colpisce la misura della custodia cautelare in carcere quando sia pronunciata condanna non ultratriennale, con la conseguenza che deve escludersi una caducazione automatica della misura. Sul punto, la Corte ha rilevato che "lo strumento procedimentale attraverso il quale il vaglio di proporzionalità può essere effettuato anche in fase successiva a quella di emissione del titolo è offerto dalla norma generale di cui all'art. 299, comma 2, cod. proc. pen., che prevede che il Giudice sostituisca la misura con altra meno grave quando quella originariamente individuata non appaia più proporzionata alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata; strumento suscettibile di utilizzo a fortiori rispetto alla pena concretamente inflitta, nell'ottica del già precisato dovere del Giudice della misura cautelare di attenersi alla decisione di quello del merito".

Pertanto, ha concluso la Corte, "in applicazione dell'art. 299, comma 2, cod. proc. pen., dunque, il Giudice che procede, sopravvenuta la condanna a pena non superiore ai tre anni di reclusione, dovrà sostituire la custodia in carcere con misura meno afflittiva".

Alla luce di tali riflessioni, la Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: "in materia di misure cautelari personali l'impossibilità di applicare la custodia in carcere laddove sia pronosticabile l'irrogazione di una pena non superiore a tre anni di reclusione, di cui all'art. 275, comma 2-bis, cod. proc. pen., costituisce una regola di valutazione della proporzionalità della custodia in carcere di cui va tenuto conto, ai sensi dell'art. 299, comma 2, cod. proc. pen., anche nella fase dinamica della misura cautelare, in particolare allorché sopravvenga una sentenza di condanna, quantunque non definitiva, a pena inferiore al suddetto limite, evenienza che impone la sostituzione della custodia in carcere con altra misura meno afflittiva".

**Articolo 62, comma 1, n. 6, c.p. – Circostanza attenuante della riparazione integrale del danno prima del giudizio – Configurabilità.**

Cass. pen., Sez. II, Sent. 10 febbraio 2021 (ud. 9 dicembre 2020), n. 5252

Presidente Diotallevi, Relatore Di Pisa

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, si è pronunciata in merito alla possibilità di ravvisare la circostanza attenuante della riparazione integrale del danno, ove quest'ultima sia avvenuta prima del giudizio.

Da un punto di vista generale, ha ricordato la Corte, "ai fini della configurabilità della circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 6, cod. pen., il risarcimento del danno deve essere integrale, ossia comprensivo della totale riparazione di ogni effetto dannoso, e la valutazione in ordine alla corrispondenza fra transazione e danno spetta al giudice, che può anche disattendere, con adeguata motivazione, ogni dichiarazione satisfattiva resa dalla parte lesa".

Inoltre, "se (...) la generica dichiarazione liberatoria della persona offesa non può fornire la prova di una riparazione del danno effettiva, integrale e volontaria (...), nemmeno è possibile prescindere del tutto da essa, dovendosi tener conto dei riflessi soggettivistici insiti nella valutazione del danno e nelle modalità della riparazione (sia nel senso che la valutazione della congruità non può essere rimessa al giudizio esclusivo dell'offeso, sia nel senso che la valutazione dell'interessato debba rimanere indifferente all'organo giudicante)".

Ha dunque concluso la Corte che "ove una valutazione di congruità sia fatta - in maniera implicita o esplicita - dalla vittima del reato, il giudice è tenuto a motivare adeguatamente in ordine alle ragioni per cui ritiene inadeguata quella valutazione e inidoneo il risarcimento".

**Articolo 256, commi 1 e 2, d. lgs. n. 152/2006 – Illecito smaltimento di rifiuti – Fatto commesso dal privato non titolare di impresa o di ente – Irrilevanza penale.**

Cass. pen., Sez. III, Sent. 17 febbraio 2021 (ud. 8 ottobre 2020), n. 6149

Presidente Di Nicola, Relatore Cerroni

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, ha offerto alcuni interessanti spunti interpretativi in merito alla fattispecie di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed

intermediazione illeciti di rifiuti (art. 256, commi 1 e 2, d. lgs. n. 152/2006).

Anzitutto, ha osservato il Collegio che *“il reato di abbandono incontrollato di rifiuti ha natura istantanea con effetti permanenti, in quanto presuppone una volontà esclusivamente dismissiva dei rifiuti che, per la sua episodicità, esaurisce i propri effetti al momento della derelizione, mentre il reato di deposito incontrollato, integrato dal mancato rispetto delle condizioni dettate per la sua qualificazione come temporaneo, ha natura permanente, perché la condotta riguarda un'ipotesi di deposito 'controllabile', cui segue l'omessa rimozione nei tempi e nei modi previsti dall'art. 183, comma primo, lett. bb), d.lgs. n. 152 del 2006, la cui antigiuridicità cessa con lo smaltimento, il recupero o l'eventuale sequestro”*.

Sulla base di ciò, la Corte è pervenuta alla conclusione che *“una condotta di 'abbandono incontrollato di rifiuti' presuppone una volontà esclusivamente dismissiva dei rifiuti che, per la sua episodicità, esaurisce gli effetti della condotta fin dal momento dell'abbandono e non presuppone una successiva attività gestoria, volta al recupero o allo smaltimento”*.

In secondo luogo, i Giudici hanno ricordato che *“il reato cui all'art. 256, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006, pur avendo in comune con l'illecito amministrativo previsto dall'art. 255, comma 1, del medesimo d. lgs. le condotte di abbandono, deposito incontrollato e immissione, si trova con tale ultima norma in rapporto di specialità in ragione delle peculiari qualifiche soggettive rivestite dai suoi destinatari, che possono essere solo i titolari di imprese o i responsabili di enti”*. Per questa ragione, *“il soggetto privato, non titolare di una attività di impresa o responsabile di un ente, che abbandoni in modo incontrollato un proprio rifiuto e che, a tal fine, lo trasporti occasionalmente nel luogo ove lo stesso verrà abbandonato, risponde solo dell'illecito amministrativo di cui all'art. 255 del d. lgs. n. 152 del 2006 per l'abbandono e non anche del reato di trasporto abusivo previsto dall'art. 256, comma primo, del d.lgs. cit., in quanto il trasporto costituisce solo la fase preliminare e preparatoria rispetto alla condotta finale di abbandono, nella quale rimane assorbito”*.

**Articolo 630 c.p.p. – Condanna irrevocabile per reato necessariamente plurisoggettivo – Successiva sentenza definitiva di assoluzione per**

**insussistenza del fatto – Revisione – Ammissibilità.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 17 febbraio 2021 (ud. 17 dicembre 2020) n. 6172*

*Presidente DI Nicola, Relatore Corbetta*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in tema di revisione delle sentenze di condanna per reati necessariamente plurisoggettivi, qualora una sentenza definitiva statuisca l'insussistenza del fatto. In particolare, la Corte ha ricordato il consolidato principio, *“pur con riferimento alla sentenza ex art. 444 cod. proc. pen. ma estensibile per identità di ratio al caso in esame, secondo cui è suscettibile di revisione, a norma dell'art. 630, comma primo, lett. a), cod. proc. pen., la sentenza irrevocabile di applicazione della pena emessa ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. nei confronti del privato corruttore, nel caso di passaggio in giudicato della sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto a carico del pubblico ufficiale imputato del delitto di corruzione, posta l'inconciliabilità delle due pronunce per l'impossibilità di ipotizzare il predetto reato in assenza dell'attività coordinata del corruttore e del corrotto”*. Peraltro, ha rilevato il Collegio, *“analoghe conclusioni sono state affermate con riferimento ad altre figure di reato necessariamente plurisoggettive, come le fattispecie associative, per la cui sussistenza è richiesta la partecipazione di almeno tre persone: l'esclusione della presenza del numero minimo di partecipanti all'associazione richiesto dalla legge per effetto di una sentenza definitiva assolutoria implica non un semplice contrasto valutativo in relazione alle posizioni dei coimputati del medesimo reato definitivamente condannati, ma il venir meno degli stessi elementi costitutivi del reato oggetto della sentenza di cui si chiede la revisione. Si è difatti affermato che, in tema di revisione, il fatto dell'esistenza dell'associazione per delinquere di stampo mafioso posto a fondamento della sentenza di condanna, o di applicazione della pena, nei confronti di un associato, non può conciliarsi con altra sentenza penale irrevocabile che assolva, 'perché il fatto non sussiste', tutti gli altri imputati della stessa associazione”*.

**Articolo 603, comma 3 bis, c.p.p. – Doppia conforme assolutoria – Obbligo di rinnovazione delle prove ritenute decisive – Insussistenza.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 19 febbraio 2021 (ud. 26 gennaio 2021), n. 6501*

*Presidente Menichetti, Relatore Pezzella*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, sezione quarta, è tornata a pronunciarsi in tema di rinnovazione in appello dell'istruzione dibattimentale, nello specifico caso previsto dall'art. 603 comma 3 bis c.p.p. (i.e. "nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa").

Preliminarmente, la corte ha ricordato l'approdo delle Sezioni Unite Troise (n. 14800/18), secondo cui "nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice di appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice di appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 cod. proc. pen.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado".

La sentenza qui annotata ha applicato tale principio ad un caso di doppia conforme assolutoria, nell'ambito del quale il Giudice dell'appello non aveva disposto la rinnovazione delle prove decisive. Anzitutto, il Collegio ha ricordato il *dictum* della Sentenza Troise, secondo cui "l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa, anche dopo l'introduzione dell'art. 603 co. 3-bis cod. proc. pen., va visto in stretta correlazione con il principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio necessario per condannare, ma non per assolvere". In quella sede, infatti, le Sezioni Unite avevano chiarito che "nella valutazione degli elementi di prova (...) è lo stretto collegamento fra la regola del 'ragionevole dubbio' e il principio costituzionale della presunzione di innocenza ad imporre al giudice d'appello il rispetto di un più elevato standard argomentativo per la riforma di una sentenza assolutoria. La garanzia della rinnovazione istruttoria, al contempo, interviene per controbilanciare il rischio di una prima condanna in appello, qualunque sia la natura, ordinaria o a cognizione 'contratta', del procedimento penale".

La Corte ha ripreso anche i principi enunciati dalle sentenze Dasgupta (n. 27620/16) e Patalano (n. 18260/17), le quali, "avevano evidenziato come il principio di immediatezza, privo di garanzia costituzionale autonoma, costituisca fondamentale

ma non indispensabile carattere del contraddittorio, modulabile dal legislatore sulla base dell'incidenza dell'oltre ogni ragionevole dubbio sulla decisione da assumere, sicché esso diviene recessivo laddove - come nel caso di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna - detto canone non venga in questione". Inoltre, "le Sezioni Unite avevano anche precisato come il principio di immediatezza non potesse essere usato per modificare la natura del giudizio di appello, sostanzialmente cartolare, e renderlo un 'novum iudicium'".

Alla luce di ciò, la menzionata sentenza Troise aveva affermato che "proprio in quanto non viene in rilievo il principio del 'ragionevole dubbio', la Corte ha ritenuto di non poter condividere l'orientamento (...), secondo cui, anche in caso di riforma della sentenza di condanna in senso assolutorio, il giudice di appello, al di là di un dovere di 'motivazione rafforzata', deve previamente procedere ad una rinnovazione della prova dichiarativa".

Condividendo questa interpretazione, la Corte ha affermato che "ancorché vi sia stato appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 603 co-3bis cod. proc. pen. porta a ritenere che il giudice di appello che confermi la pronuncia di proscioglimento operata in primo grado non abbia l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale".

**Articoli 603, comma 3 bis, 627, c.p.p. – Giudizio di rinvio dopo annullamento – Rinnovazione delle prove ritenute decisive – Obbligo – Insussistenza.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 19 febbraio 2021 (ud. 24 novembre 2010), n. 6552*

*Presidente De Gregorio, Relatore Brancaccio*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel caso previsto dall'art. 603 comma 3 bis c.p.p., nello specifico caso di condanna da parte del Giudice di appello nell'ambito del giudizio di rinvio dopo l'annullamento della Cassazione.

La Corte ha ritenuto che la norma in parola non sia applicabile in questo caso, per le seguenti ragioni.

Anzitutto, la Corte ha rilevato "la diversità della fattispecie in esame sia rispetto al perimetro legislativo disegnato dal nuovo comma 3-bis dell'art. 603 del codice di rito, sia avuto riguardo all'orizzonte di tutela disegnato dalle Corti europee e dalle Sezioni

Unite per i casi *overturning* di condanna in appello che siano stati adottati senza la riassunzione della prova dichiarativa decisiva. Nel caso proposto, infatti, a ben vedere, non si vede in un'ipotesi di ribaltamento tra il primo ed il secondo grado di giudizio di merito, bensì la dissonanza esiste tra due giudizi d'appello, il primo, emesso in senso assolutorio, il secondo, in chiave di condanna, all'esito del giudizio di rinvio derivato dall'annullamento da parte della Corte di cassazione". Quanto al giudizio di rinvio, ricorda la Corte, "la giurisprudenza di legittimità ha affermato (...) l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 603, comma 3-bis, cit., in assenza di disposizioni transitorie che prevedano diversamente, anche in tale fase processuale, seppure la norma sia entrata in vigore successivamente alla sentenza di annullamento, ma sempre che, beninteso, ne ricorrano i presupposti (...). Il Collegio condivide tale impostazione e ritiene applicabile la regola processuale dettata dall'art. 603, comma 3 bis, cod. proc. pen. anche al giudizio d'appello di rinvio che si innesti su un'assoluzione pronunciata in primo grado (...)".

La Corte, infatti, ha ritenuto che "il paradigma normativo dell'art. 627 del codice di rito non soggiaccia alla regola dell'obbligo di rinnovazione, prevedendo che il giudice del rinvio sia chiamato ad esercitare le proprie funzioni rescissorie all'interno di uno specifico perimetro deliberativo che gli viene tracciato dalla pronuncia rescindente della Suprema Corte (...) ed operando la specifica disposizione del comma 2 del citato art. 627, secondo cui 'se è annullata una sentenza di appello e le parti ne fanno richiesta, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione'".

Peraltro l'ipotesi di rinnovazione nel giudizio di rinvio non è compatibile con lo stesso dato normativo. Secondo la Corte "un'interpretazione dell'art. 603, comma 3- bis, cod. proc. pen. quale quella che vorrebbe estenderne il campo applicativo anche al giudizio di rinvio andrebbe oltre il dato letterale, poiché la disposizione normativa fa espresso riferimento all'appello del pubblico ministero e non già al ricorso per cassazione, che è l'impugnazione della parte pubblica che ha condotto al ribaltamento denunciato".

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha affermato il seguente principio di diritto: "Nel giudizio di rinvio, qualora, in presenza di una pronuncia di condanna emessa in primo grado, si produca un ribaltamento tra le decisioni d'appello, la prima, assolutoria, poi

annullata, e la seconda, di condanna, emessa all'esito del giudizio di rinvio derivato dall'annullamento da parte della Corte di cassazione, in relazione a quest'ultimo non sussiste l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa decisiva, poiché in tal caso si configura un'ipotesi di 'doppia pronuncia conforme' che salda la condanna all'esito del giudizio rescissorio con quella emessa dal primo giudice".

**Articolo 216, L.F. – Bancarotta fraudolenta – Elemento soggettivo – Consapevolezza e volontà della condotta concretamente pericolosa – Indici di fraudolenza – Necessità.**

Cass. pen., Sez. V, Sent. 24 febbraio 2021 (ud. 12 gennaio 2021), n. 7240

Presidente Sabeone, Relatore Scarlini

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata sul tema dell'elemento soggettivo del reato di bancarotta fraudolenta, con specifico riferimento alla posizione dell'amministratore di diritto della società fallita.

Nel caso di specie il tribunale del riesame aveva annullato l'ordinanza di una misura cautelare personale nell'ambito di un procedimento per fatti di bancarotta.

Secondo l'impostazione accusatoria, l'indagato avrebbe ricoperto il ruolo di mero amministratore di diritto. La motivazione posta alla base del provvedimento, ritenuta logica dalla Cassazione, si fondava sul rilievo che la giovane età del prevenuto e la sua estraneità alla gestione della società fossero non consentissero di concludere per la piena consapevolezza del medesimo circa i fatti contestati. Nel confermare l'ordinanza la Corte ha ricordato che "in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, l'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del conseguente dolo generico deve valorizzare la ricerca di 'indici di fraudolenza', rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall'altro, all'accertamento

*in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa”.*

**Articolo 321, comma 2, c.p.p. – Reati fiscali – Sequestro finalizzato alla confisca del profitto – Somme depositate presso conto corrente – Causa lecita – Impossibilità di disporre il sequestro.**

*Cass. Pen., Sez. III, Sent. 25 febbraio 2021 (ud. 9 settembre 2020), n. 7434*

*Presidente Sarno, Relatore Corbetta*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in tema di sequestrabilità - ai fini della confisca del profitto di reati tributari - di somme di denaro depositate su conto corrente.

In apertura, la Corte ha ricordato che *“ove il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato (...); e ciò, implicitamente, proprio perché la natura fungibile del bene, che (...) si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ed è tale da perdere - per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo - qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica, rende superfluo accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita; 'ciò che rileva', proseguono le Sezioni Unite, è che 'le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo”.*

Tuttavia, ha precisato il Collegio, *“ove si abbia invece la prova che tali somme non possano proprio in alcun modo derivare dal reato, le stesse neppure possono, evidentemente, rappresentare il risultato della mancata decurtazione del patrimonio quale conseguenza del mancato versamento delle imposte (...), e, dunque, non sono sottoponibili a sequestro, difettando in esse la caratteristica di profitto, pur sempre necessaria per potere procedere, in base alle definizioni e ai principi di carattere generale, ad un sequestro, come quello di specie, in via diretta”.*

Conclusivamente, la Corte ha affermato che *“il sequestro preventivo finalizzato alla confisca in forma*

*diretta del profitto derivante dal delitto di indebita compensazione (...) può avere ad oggetto il saldo attivo presente sul conto corrente sociale al momento della consumazione del reato, coincidente con la presentazione dell'ultimo modello F24 relativo all'anno interessato - sul rilievo indiziario che le disponibilità monetarie si siano accresciute per il risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell'imposta -, restando onere della difesa allegare circostanze specifiche da cui desumere che, alla data di consumazione del reato, non vi fossero sul predetto conto somme liquide a disposizione del contribuente o che il denaro sequestrato sia frutto di accrediti con causa lecita effettuati successivamente a tale momento”.*

**Articolo 234 c.p.p. – Conversazione tra presenti – Captazione da parte di uno dei partecipanti – Qualificazione rituale – Prova documentale.**

*Cass. Pen., Sez. II, Sent. 25 febbraio 2021 (ud. 17 dicembre 2020), n. 7465*

*Presidente Verga, Relatore Borsellino*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, si è pronunciata sulla qualificazione processuale della registrazione audio realizzata da uno dei partecipanti alla conversazione. Sul punto, la Corte ha dato seguito al proprio orientamento, secondo cui, *“la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche clandestinamente, da soggetto partecipe di dette comunicazioni, o comunque autorizzato ad assistervi, costituisce prova documentale secondo la disciplina dell'art. 234 c.p.p., costituendo una forma di mera memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente (...). Ed infatti la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche clandestinamente, da chi vi abbia partecipato o sia stato comunque autorizzato ad assistervi non è riconducibile alla nozione di intercettazione ma costituisce prova documentale”.*

**Articoli 589 c.p., 26 d. lgs. n. 81/2008 - Affidamento dei lavori in appalto - Infortunio sul lavoro - Responsabilità del datore di lavoro committente.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 1° marzo 2021 (ud. 5 novembre 2020), n. 7919*

*Presidente Izzo, Relatore Bellini*



Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è soffermata sulla responsabilità penali in materia di infortuni sul lavoro, qualora il lavoratore infortunato abbia prestato la propria attività presso il datore di lavoro, per effetto di un rapporto di appalto fra quest'ultimo, in qualità di committente, ed un terzo appaltatore.

Il Collegio ha ricordato il consolidato principio in materia: *“in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, per valutare la responsabilità del committente, in caso di infortunio, occorre verificare in concreto l'incidenza della sua condotta nell'eziologia dell'evento, a fronte delle capacità organizzative della ditta scelta per l'esecuzione dei lavori, avuto riguardo alla specificità dei lavori da eseguire, ai criteri seguiti dallo stesso committente per la scelta dell'appaltatore o del prestatore d'opera, alla sua ingerenza nell'esecuzione dei lavori oggetto di appalto o del contratto di prestazione d'opera, nonché alla agevole ed immediata percepibilità da parte del committente di situazioni di pericolo”*.

Alla luce di ciò, la Corte ha confermato la condanna del ricorrente, rilevando che *“nella specie (...) risulta la piena ingerenza nella prestazione del lavoratore da parte del committente che ne aveva richiesto la esecuzione e ne aveva accompagnato e coordinato le operazioni, cooperando nella preliminare attività di ispezione della copertura (di un capannone di proprietà del committente, ndr), aveva fornito al lavoratore la scala elevatrice per accedere alla sommità e aveva tollerato che il lavoratore si avventurasse sopra di essa, benché costituita da onduline dalla incerta tenuta e caratterizzata da numerose fessure, per procedere ad interventi di manutenzione mediante rattoppo nella palese pretermissione di ogni garanzia prevenzionistica, in mancanza di punti di sicuri punti di appoggio e di via di fuga, di appigli, di agganci e di funi di trattenuta”*.

E ancora *“del tutto correttamente poi il giudice di appello ha posto in rilievo l'assenza di informazione sui rischi connessi alla prestazione lavorativa, che pure il [committente] avrebbe dovuto fornire alla impresa appaltatrice e alle maestranze da questa impegnate soprattutto allorquando, come nella specie, la prestazione veniva realizzata su di una struttura che costituiva sede di lavoro degli operai dell'azienda affidataria dei lavori e committente le opere, e sotto questo profilo con piena interferenza tra lavorazioni coesistenti e concomitanti”*.

### **Articolo 323 c.p. – Riforma dell'abuso di ufficio – Condotta tipica.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 1° marzo 2021 (28 gennaio 2021), n. 8057*

*Presidente Bricchetti, Relatore Aprile*

In tema di abuso d'ufficio, con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha affermato che il delitto, così come modificato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120, è configurabile non solo nel caso in cui la violazione di una specifica regola di condotta sia connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto dalla legge come del tutto vincolato, ma anche nei casi in cui l'inosservanza della regola di condotta sia collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio.

### **Articolo 349 c.p. – Violazione di sigilli – Reato istantaneo – Condotta tipica.**

*Cassazione Penale, Sez. III, 4 marzo 2021 (ud. 16 dicembre 2020), n. 8799*

*Presidente Lapalorcia, Relatore Reynaud*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in tema di violazione di sigilli (art. 349 c.p.), affermando i seguenti principi di diritto:

- *“il reato di violazione di sigilli è configurabile anche nel caso in cui i sigilli siano stati apposti esclusivamente per impedire l'uso illegittimo della cosa, perché questa finalità deve ritenersi compresa in quella, menzionata nell'art. 349 cod. pen., di assicurare la conservazione o la identità della cosa, senza che tale interpretazione possa dirsi frutto di interpretazione analogica in malam partem”*;
- *“il reato di violazione di sigilli ha natura istantanea e si perfeziona sia con la materiale rimozione dei sigilli, sia con qualsiasi condotta idonea a frustrare il vincolo di immodificabilità imposto sul bene per disposizione di legge o per ordine dell'autorità, tanto che lo stato di flagranza per tale reato può essere ritenuto sussistente con riferimento non solo al momento della materiale rottura dei sigilli, ma anche a quello in cui l'indagato si sia introdotto o stia facendo uso dell'immobile in violazione del vincolo di indisponibilità sullo stesso”*.

**Articoli 2 d. lgs. n. 74/2000, 18 d. lgs. n. 276/2003 – Dichiarazione fraudolenta mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti – Illecita somministrazione di mano d’opera – Concorso di reati – Configurabilità.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 4 marzo 2021 (ud. 2 dicembre 2020), n. 8809*

*Presidente Lapalorcia, Relatore Di Stasi*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in tema di concorso fra i reati di illecita somministrazione di mano d’opera (art. 18, d. lgs. n. 276/2003) e di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti (art. 2, d. lgs. n. 74/2000).

La Corte ha distinto il caso della dichiarazione di imposte indirette (in particolare, IVA) da quello di imposte dirette.

In particolare, il Collegio, dando seguito al proprio prevalente orientamento, ha affermato che “è configurabile (...) il concorso fra la contravvenzione di cui all’art. 18 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ed il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti ai fini dell’IVA, nel caso di utilizzo di fatture rilasciate da una società che ha effettuato interposizione illegale di manodopera (...). In particolare, si è costantemente affermato il principio secondo cui il reato di utilizzazione fraudolenta in dichiarazione di fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000) è integrato, con riguardo alle imposte dirette, dalla sola inesistenza oggettiva, ovvero quella relativa alla diversità, totale o parziale, tra costi indicati e costi sostenuti, mentre, con riguardo all’IVA (...) esso comprende anche la inesistenza soggettiva, ovvero quella relativa alla diversità tra soggetto che ha effettuato la prestazione e quello indicato in fattura (...); l’indicazione di elementi passivi fittizi nella dichiarazione, avvalendosi di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, anziché relative ad operazioni oggettivamente inesistenti, non incide, infatti, sulla configurabilità del reato di dichiarazione fraudolenta previsto dall’art. 2 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il quale, nel riferirsi all’uso di fatture o altri documenti concernenti operazioni inesistenti, non distingue tra quelle che sono tali dal punto di vista oggettivo o soggettivo (...); ne consegue che il delitto ex art. 2 d. lgs. n. 74 del 2000 è astrattamente configurabile nel caso di intermediazione illegale di manodopera, stante la diversità tra il soggetto emettente la fattura e quello che ha fornito la prestazione”.

**Articolo 599 c.p. – Diffamazione – Non punibilità – Stato d’ira determinato da un fatto ingiusto altrui – Nozione.**

*Cass. pen., Sez. V, Sent. 4 marzo 2021 (ud. 18 gennaio 2021), n. 8898*

*Presidente Miccoli, Relatore Belmonte*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata in tema di diffamazione, con specifico riguardo alla nozione di “stato d’ira determinato da un fatto ingiusto altrui”, che, come è noto, rende il fatto non punibile.

Sul punto, la Corte ha offerto una interpretazione oggettiva di “fatto ingiusto”, precisando che “il comportamento provocatorio, costituente il fatto ingiusto, che causa lo stato di ira e la reazione diffamatoria dell’offensore, anche quando non integrante gli estremi di un illecito codificato, deve comunque potersi ritenere contrario alla civile convivenza secondo una valutazione oggettiva e non in forza della mera percezione negativa che del medesimo abbia avuto l’agente. Non è dunque sufficiente che questi si sia sentito provocato, ma è necessario che egli sia stato oggettivamente provocato”.

**Articoli 240, 322 ter, 335 bis c.p. – Reati contro la pubblica amministrazione – Confisca diretta del prezzo o del profitto del reato – Casi di inapplicabilità della confisca ex art. 322 ter – Applicabilità della confisca ex art. 335 bis.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 15 marzo 2021 (ud. 25 febbraio 2021), n. 10096*

*Presidente Bricchetti, Relatore Aprile*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata in tema di confisca diretta del profitto o del prezzo di reati contro la pubblica amministrazione, ex articoli 322 ter e 335 bis c.p.

Nell’ambito di un procedimento cautelare, il Giudice dell’appello ex art. 322 bis c.p.p. aveva rigettato l’impugnazione proposta dal Pubblico Ministero, confermando il provvedimento con il quale il GIP aveva rigettato la richiesta di applicazione del sequestro preventivo di somme di denaro finalizzate alla confisca ex art. 322 ter c.p. del profitto o al prezzo del reato di peculato (art. 314 c.p.) e abuso di ufficio (art. 323 c.p.)

In particolare, il Tribunale dell’appello aveva rilevato che:

- con riguardo all’ipotesi ex art. 314 c.p., i fatti descritti avessero integrato in realtà gli estremi del

delitto di truffa aggravata ai danni dei singoli pazienti, sicché la confisca del profitto non sarebbe stata possibile ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p.;

- con riguardo alla contestazione *ex art.* 323 c.p., la contestazione del delitto di abuso di ufficio non consentisse l'applicazione dell'art. 322 *ter* c.p., non potendo neppure essere valorizzata la norma dell'art. 335 *bis* cod. pen. in quanto la stessa non era stata richiamata dal P.M. nell'originaria richiesta cautelare né nell'appello avverso la decisione del GIP.

La Corte ha annullato l'ordinanza, rinviando per nuovo giudizio, sulla base delle seguenti argomentazioni.

*“È errata la decisione del Tribunale dell'appello cautelare che, pur ritenendo sussistenti gli estremi del delitto di abuso di ufficio a carico dell'imputato (...), ha escluso di poter decidere sulla richiesta del P.M. di applicazione della misura del sequestro preventivo finalizzato alla confisca in quanto formalizzata ai sensi dell'art. 322-ter cod. pen. e non anche dell'art. 335-bis dello stesso codice. Ed infatti, il primo degli appena indicati articoli prevede la possibilità tanto della confisca diretta del prezzo o del profitto del reato, quanto, in via sussidiaria, di beni del valore corrispondente, di cui il reo abbia la disponibilità, laddove ovviamente il prezzo o il profitto non sia rinvenibile. La domanda che il P.M. formuli per l'applicazione della misura del sequestro preventivo finalizzata a quel tipo di confisca contempla, dunque, necessariamente l'ipotesi della misura di sicurezza diretta del profitto del reato: con la conseguenza che, laddove il giudice ritenga che non sia configurabile un reato che, a mente dell'art. 322-ter cod. pen., consente tanto la confisca diretta quanto l'eventuale confisca per equivalente, bensì un reato contro la pubblica amministrazione che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 240, primo comma, e 335-bis cod. pen., impone la confisca diretta del profitto, è circostanza irrilevante che il rappresentante della pubblica accusa non abbia espressamente menzionato nella sua istanza tali ultime disposizioni del codice penale”.*

**Articoli 17, 18, comma 1, lett. h), Legge n. 69/2005, 2 e 3 CEDU – Mandato di arresto europeo – Cause ostative alla consegna – Rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 15 marzo 2021 (ud. 11 marzo 2021), n. 10105*

*Presidente Bricchetti, Relatore Calvanese*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata in tema di mandato di arresto europeo (MAE), con specifico riguardo alla decisione sulla consegna nel caso in cui nel paese richiedente vi sia un rischio di trattamenti inumani o degradanti nei confronti del richiesto.

Nel caso di specie, un cittadino italiano era raggiunto da un mandato spiccato dalla Grecia, per la celebrazione a suo carico di un processo per fatti di truffa in ipotesi commessi in territorio greco.

Nell'ambito del procedimento, la difesa aveva sottoposto la questione della situazione carceraria in Grecia, indicando i pronunciamenti della Corte EDU e del Comitato sulla prevenzione della tortura della Consiglio d'Europa che dimostrerebbero l'esistenza di problemi di natura strutturale in tale Stato. Nondimeno, tale aspetto non era esaminato dalla Corte di appello.

La Corte ha annullato la sentenza con la quale la Corte di appello aveva disposto la consegna del soggetto, sulla base dei seguenti rilievi.

*“Questa Corte, in adesione alle indicazioni provenienti dalla Corte U.E. (in particolare, la sentenza 5 aprile 2016, C-404/15, Aaranyosi e C-659/15, Caldaru), ha da tempo stabilito quale sia il controllo che la Corte di appello deve effettuare allorché sia rappresentato dalla persona richiesta in consegna, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati, il serio pericolo di essere sottoposta ad un trattamento inumano e degradante nello Stato di emissione (...).”*

*“Una volta accertata l'esistenza di un generale rischio attuale di trattamento inumano da parte dello Stato membro, attraverso documenti affidabili, va verificato se, in concreto, la persona oggetto del m.a.e. potrà essere sottoposta ad un trattamento inumano. Va svolta quindi un'indagine mirata al fine di accertare, attraverso informazioni 'individualizzate' che devono essere richieste allo Stato di emissione, quale sarà il trattamento carcerario cui concretamente il consegnando sarà sottoposto con riferimento a quegli aspetti ritenuti dalle fonti affidabili critici, in quanto costituenti situazioni di rischio di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti”.*

*“Ove il tenore di dette informazioni escluda siffatto rischio, la Corte di appello deve limitarsi, in conformità ai principi del mutuo riconoscimento, a prendere atto delle stesse e procedere alla consegna, senza poter pretendere garanzie di sorta sul rispetto delle condizioni di detenzione (...). Laddove invece tale rischio non sia escluso e la Corte di appello debba*

*rifiutare la consegna ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. h), legge n. 69 del 2005, la sentenza irrevocabile che ha deciso sulla consegna deve considerarsi emessa 'allo stato degli atti', così da poter essere sottoposta a nuova valutazione, laddove l'ostacolo alla consegna dovesse venir meno (...)*".

**Articolo 10 D. lgs. n. 74/2000 - occultamento o distruzione di documenti contabili – Momento consumativo – Temporanea indisponibilità dei documenti.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 16 marzo 2021 (ud. 13 ottobre 2020), n. 10106*

*Presidente Ramacci, Relatore Socci*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito alla fattispecie di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10, d. lgs n. 74/2000).

Nel caso di specie, il ricorrente era stato condannato, perché al momento dell'attività di ispezione della Guardia di Finanza non fu fornita la documentazione contabile. Tuttavia, come rilevato dalla difesa, tale documentazione fu in seguito recuperata e consegnata all'Agenzia delle Entrate, prima della definizione dell'accertamento tributario, con la conseguenza che l'Agenzia delle Entrate non era stata impedita nella ricostruzione dei redditi.

Ad avviso della difesa dunque si sarebbe trattato, al più, di una ipotesi di desistenza volontaria ex art. 56, comma 3, c.p.

La Corte ha rigettato il ricorso, chiarendo anzitutto che *"il delitto di occultamento o distruzione di documenti contabili di cui all'art. 10 del d. lgs. n. 74 del 2000 costituisce un reato di pericolo concreto, che è integrato, nel caso della distruzione, dall'eliminazione della documentazione o dalla sua alterazione con cancellature o abrasioni, e, nel caso dell'occultamento, dalla temporanea o definitiva indisponibilità dei documenti, realizzata mediante il loro materiale nascondimento, configurandosi, in tale ultima ipotesi, un reato permanente"*.

Ai fini della consumazione del reato in parola, *"basta, quindi, anche la temporanea indisponibilità della documentazione per la consumazione del reato. La successiva produzione della documentazione all'Agenzia delle entrate [è solamente idonea a far] cessare la permanenza del reato"*.

Conseguentemente, non si verte in una ipotesi di desistenza volontaria, che si può configurare solo nel tentativo. Ha infatti ricordato il Collegio che *"in tema di tentativo, ricorre l'ipotesi di desistenza volontaria*

*solo qualora l'agente abbia ancora l'oggettiva possibilità di consumare il reato in quanto ancora nel pieno dominio dell'azione in atto"*.

**Articolo 253 c.p.p. – Decreto di sequestro probatorio – Obbligo di motivazione – Portata.**

*Cass. pen., Sez. VI, Sent. 19 marzo 2021 (ud. 16 febbraio 2021), n. 10815*

*Presidente Fidelbo, Relatore Tripiccione*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, è tornata a pronunciarsi in tema di motivazione del decreto di sequestro probatorio.

La Corte ha anzitutto ricordato che *"l'art. 253, comma 1, cod. proc. pen. impone un onere di motivazione del decreto di sequestro probatorio, senza specifiche differenziazioni tra corpo del reato e cose pertinenti al reato. La sussistenza di un onere indifferenziato di motivazione è stata recentemente ribadita dalla Sezioni Unite con la sentenza n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, secondo cui il decreto di sequestro (così come il decreto di convalida di sequestro) probatorio, anche ove abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una specifica motivazione sulla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti"*.

Più in dettaglio, il Collegio ha rilevato che *"l'esplicita indicazione nella motivazione del provvedimento delle ragioni probatorie che giustificano il vincolo di temporanea indisponibilità della cosa è funzionale alla tutela della persona che lo subisce (...) e garantisce che la misura, a fronte delle contestazioni difensive, sia soggetta al permanente controllo di legalità, anche sotto il profilo procedimentale, e di concreta idoneità in ordine all'an e alla sua durata, con particolare riferimento al rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato - lo spossamento del bene - ed il fine endoprocedurale perseguito (...)"*.

In conseguenza di tali rilievi, la Corte ha precisato che *"l'obbligo di motivazione del decreto di sequestro probatorio deve (...) riguardare: a) il fumus commissi delicti; b) le ragioni per le quali la cosa sequestrata sia ad esso 'collegata', configurandosi come corpo di reato o cosa pertinente al reato; c) la concreta finalità probatoria perseguita con l'apposizione del vincolo reale"*.

In merito al *quantum* di motivazione idoneo a far ritenere adempiuto siffatto obbligo, dopo aver dato atto dei diversi orientamenti sul punto, la Corte ha ritenuto di dare continuità a quello secondo cui *"il decreto di sequestro probatorio deve essere*

*necessariamente sorretto da idonea motivazione che non si deve limitare ad indicare le disposizioni di legge violate, ma, compatibilmente con la fase processuale e la natura dell'indagine, deve contenere una concisa descrizione: a) della condotta criminosa ipotizzata a carico dell'indagato con l'indicazione delle sue coordinate spazio temporali; b) della natura dei beni da vincolare; c) della loro relazione con tale ipotesi criminosa. Solo attraverso la descrizione della condotta criminosa, infatti, è possibile una verifica sia del nesso di pertinenza probatoria tra questa e la res che della ragione giustificatrice del vincolo imposto, evitando che il mezzo di ricerca della prova venga indebitamente utilizzato per finalità meramente esplorative non consentite dalla legge".*

Nel caso di specie, ha rilevato la Corte, "l'assenza di una sia pur sommaria descrizione della natura del contributo offerto dal ricorrente e delle sue coordinate spazio-temporali finisce (...) per conferire al mezzo di ricerca della prova una natura meramente esplorativa, impedendo, peraltro, di valutare la sussistenza di un legame tra il telefono cellulare sequestrato - avuto riguardo, in particolare, ai dati dallo stesso estrapolati ed oggetto di copia informatica - ed i reati per cui si procede e la loro funzionalità all'accertamento dei fatti oggetto di indagine. Né, a tal fine, può ritenersi sufficiente la mera circostanza che presso lo studio del ricorrente abbiano sede le due società, ritenute gestite di fatto dal [ricorrente] ed utilizzate per creare le provviste necessarie alle condotte corruttive. Tale circostanza (...) non appare di per sé sintomatica di una sua compartecipazione, anche solo morale, all'ipotizzata associazione per delinquere o ai singoli reati fine".

**Articolo 13 bis, d. lgs. n. 74/2000 – Reati tributari – Omesso versamento IVA – Applicazione della pena su richiesta delle parti – Ammissibilità – Presupposti.**

*Cass. pen., Sez. III, Sent. 26 marzo 2021 (ud. 21 ottobre 2020), n. 11620*

*Presidente Rosi, Relatore Cerroni*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, è tornata a pronunciarsi in tema di patteggiamento dei reati tributari, con specifico riferimento al requisito del previo pagamento del debito tributario.

La Corte, chiamata a pronunciarsi su un caso di omesso versamento IVA (art. 10 ter, d. lgs. n. 74/2000), ha chiarito che l'accesso al rito speciale

non va ritenuto subordinato al versamento delle somme dovute.

Sul punto, il Collegio ha ricordato precedenti pronunce di legittimità, secondo cui, "in relazione (...) al delitto di omessa dichiarazione e di indebita compensazione, (...) l'estinzione dei debiti tributari, comprese le sanzioni amministrative e gli interessi, mediante integrale pagamento degli importi dovuti prima dell'apertura del dibattimento, non costituisce presupposto di legittimità dell'applicazione della pena ai sensi dell'art. 13-bis del medesimo d.lgs., in quanto l'art. 13 della stessa normativa configura tale comportamento come causa di non punibilità dei delitti previsti dagli artt. 2, 3, 4, 5, 10-bis, 10-ter e 10-quater, comma 1, del medesimo decreto, e il patteggiamento non potrebbe certamente riguardare reati non punibili (...)".

Ciò posto, la Corte ha individuato solo due situazioni possibili:

- "o l'imputato provvede, entro l'apertura del dibattimento, al pagamento del debito a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, in tal modo ottenendo la declaratoria di assoluzione per non punibilità di uno dei reati di cui agli artt. 4, 5, 10-bis, 10-ter e 10-quater";
- "ovvero non provvede ad alcun pagamento, restando in tal modo logicamente del tutto impregiudicata la possibilità di richiedere ed ottenere l'applicazione della pena per i medesimi reati (...)".

**Articolo 587 c.p.p. – Estensione dell'impugnazione dell'imputato all'ente che non abbia appellato – Inapplicabilità.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 29 marzo 2021 (ud. 15 dicembre 2020), n. 11688*

*Presidente Izzo, Relatore Dovere*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è pronunciata in tema di responsabilità degli enti ex D. Lgs. 231/2001 e in particolare sulla operatività del principio di estensione dell'impugnazione nel caso in cui l'ente non abbia appellato la sentenza di secondo grado.

Partendo dal presupposto tale per cui il principio di autonomia della posizione dell'ente rispetto a quella persona fisica, sebbene di carattere sostanziale, "si riflette sul diritto di impugnazione (riconosciuto autonomamente all'uno e all'altra)", i giudici di legittimità hanno applicato alla persona giuridica il principio di diritto – più volte applicato alla persona fisica – secondo cui "l'art. 587 c. 1 c.p.p. – che consente al coimputato non impugnante (o che abbia proposto impugnazione inammissibile) di partecipare al procedimento di impugnazione promosso da altro imputato giovandosi della impugnazione di quest'ultimo – non attribuisce all'imputato non appellante un autonomo diritto a proporre ricorso per cassazione nell'ipotesi di mancato accoglimento dei motivi presentati dall'imputato ritualmente appellante".

L'effetto estensivo dell'impugnazione – hanno chiarito i giudici di legittimità – "tende, infatti, semplicemente ad assicurare la par condicio degli imputati che si trovino in situazioni identiche, ma non determina una riammissione nei termini prescritti per la impugnazione".

Ne consegue – conclude la pronuncia – che "l'ente che non abbia proposto appello avverso la sentenza di condanna non può giovare dell'impugnazione proposta dall'imputato, essendo le due impugnazioni tra di loro indipendenti".

**Articolo 83, comma 4, d.l. n. 18/2020 – Sospensione Covid-19 - Termini di custodia cautelare – Operatività del regime di sospensione.**

*Cass. pen., Sez. IV, Sent. 31 marzo 2021 (ud. 24 marzo 2021), n. 12161*

*Presidente Piccialli, Relatore Ranaldi*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, ha affermato che la sospensione dei termini di custodia cautelare, introdotta dall'art. 83, c. 4, D.L. 18/2020 (c.d. "Cura Italia") per il periodo dal 9 marzo all' 11 maggio 2020, opera quale sospensione a carattere derivato, esclusivamente allorché vi sia una contestuale sospensione dei termini per il compimento di un atto processuale ai sensi dell'art. 83 c.2, non potendo diversamente operare nell'ipotesi in cui non vi siano termini procedurali in corso.

Secondo la Corte, dunque, "la disciplina in esame non prevede un'automatica sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, applicabile indiscriminatamente a tutti i procedimenti nel periodo

*in riferimento (9 marzo – 11 maggio 2020). La sospensione di tali termini, invece, può operare solo se vi sia una contestuale sospensione di termini procedurali finalizzati al compimento di atti processuali, ai sensi del secondo comma dell'art. 83".* Sulla scorta di tale principio, la Suprema Corte non condivisibile la pronuncia impugnata, nella parte in cui ha ritenuto che la disciplina introdotta dal citato art. 83 avesse previsto un "congelamento tout court del procedimento penale".

Tale interpretazione, secondo la Cassazione, "oltre a non trovare alcun appiglio nel testo legislativo, sembra confondere la teorica applicabilità della sospensione a tutti i procedimenti penali nel periodo in riferimento, il che è certamente vero, con la necessaria verifica, per ciascuno procedimento, della effettiva decorrenza di termini procedurali (per il compimento di atti di carattere processuale) destinati ad essere sospesi in virtù di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 83. Solo in quest'ultimo caso, e cioè in presenza di una effettiva sospensione di termini procedurali in corso, si determina anche la sospensione dei termini massimi di durata della custodia cautelare in atto nei confronti dell'imputato".

**Articoli 61, n. 5, 640, c.p. – Truffa online – Aggravante della minorata difesa – Applicabilità.**  
*Cass. pen., Sez. II, Sent. 31 marzo 2021 (ud. 14 gennaio 2021), n. 12427*

*Presidente Cervadoro, Relatore Tutinelli*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, è tornata a pronunciarsi sulla applicabilità della aggravante della minorata difesa (art. 61, n. 5, c.p.) in caso di truffa online.

In tema, la Corte ha ricordato anzitutto che "secondo il costante orientamento di questa corte integra il delitto di truffa contrattuale, ai sensi dell'art. 640 cod. pen., la condotta di messa in vendita di un bene su un sito internet accompagnata dalla sua mancata consegna all'acquirente dopo il pagamento del prezzo e posta in essere da parte di chi falsamente si presenti come alienante ma abbia il solo proposito di indurre la controparte a versare una somma di denaro e di conseguire, quindi, un profitto ingiusto".

In secondo luogo, il Collegio ha ritenuto che "sussiste l'aggravante della minorata difesa, con riferimento alle circostanze di luogo, note all'autore del reato e delle quali egli, ai sensi dell'art. 61, n. 5, cod. pen., abbia approfittato, nell'ipotesi di truffa commessa attraverso la vendita di prodotti "on-line". Infatti, in tal caso, la distanza tra il luogo ove si trova la vittima,



che di norma paga in anticipo il prezzo del bene venduto, e quello in cui, invece, si trova l'agente, determina una posizione di maggior favore di quest'ultimo, consentendogli di schermare la sua identità e, come avvenuto nel caso si specie, di non

sottoporre il prodotto venduto ad alcun efficace controllo preventivo da parte dell'acquirente e di sottrarsi agevolmente alle conseguenze della propria condotta".

## LEGISLAZIONE

**Decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 10** – Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione delle delega di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117.

In data 5 febbraio 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 30 il D. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 recante "Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione delle delega di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117". Il provvedimento normativo è entrato in vigore in data 20 febbraio.

Il decreto apporta numerose modifiche alla disciplina sul MAE contenuta nella L. 22 aprile 2005, n. 69, semplificandone notevolmente le procedure di esecuzione (cfr. nuovo art. 6), in base al "principio del mutuo riconoscimento" che viene ora espressamente menzionato dal legislatore (cfr. nuovo art. 3) ed a cui risulta fortemente ispirata l'intera riforma.

La nuova disciplina recepisce, inoltre, gli orientamenti più consolidati della Suprema Corte di Cassazione, come nel caso del nuovo art. 1 che parla di sentenza "esecutiva" e non più di sentenza "irrevocabile", nel solco della direzione già percorsa dal giudice di legittimità, ovvero le decisioni della Corte di Giustizia, ad esempio sostituendo il requisito della sottoscrizione del "giudice" con la mera provenienza "dall'autorità giudiziaria" (art. 1, co. 3), così conformando la legge al testo della decisione quadro e alla sua interpretazione corrente in tema di autorità emittente.

**Decreto-Legge 22 marzo 2021, n. 42** – Misure urgenti sulla disciplina sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare.

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 72 del 24 marzo 2021, il Decreto-Legge 22 marzo 2021, n.

42 avente ad oggetto "Misure urgenti sulla disciplina sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare".

Il provvedimento – in vigore dal 25 marzo 2021 – interviene per evitare un effetto abrogativo di tutte le disposizioni sanzionatorie di cui alla Legge 30 aprile 1962, n. 283 ("Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande") inizialmente (ed involontariamente) realizzato con il decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 27 ("Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/625").

In particolare, l'art. 1, rubricato "Modifiche urgenti all'articolo 18 del decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 27", dispone che:

1. All'articolo 18, comma 1, del decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 27 sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) alla lettera b), le parole «di cui agli articoli 7, 10 e 22» sono sostituite dalle seguenti: «di cui agli articoli 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 12 -bis, 13, 17, 18, 19 e 22»;
- b) alla lettera c), le parole «fatta salva la disposizione di cui all'articolo 7» sono sostituite dalle seguenti: «fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 12»;
- c) alla lettera d), sono aggiunte, in fine, le parole: «, fatta salva l'applicazione delle disposizioni di esecuzione degli articoli 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 12-bis, 13, 17, 18, 19 e 22 della legge 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni».

**Decreto-Legge 1° aprile 2021, n. 44** – Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici.

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 79 del 1° aprile 2021 il Decreto-Legge 1° aprile 2021, n. 44 recante "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici", entrato in vigore il giorno stesso della pubblicazione.



TRIMESTRALE, 1, 2021

L'art. 3 del Decreto-Legge interviene in tema di vaccinazioni, introducendo il cd. "scudo penale": *"Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARSCoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel*

*provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione"*.

L'art. 6 proroga fino al 31 luglio 2021 le disposizioni sulle modalità di svolgimento della attività giudiziaria stabilite dal d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 (cd. Decreto Ristori), convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176.



## CONTRIBUTI

### Condotta omissiva, evento-disastro, effetti dannosi: questioni di diritto penale intertemporale del disastro ambientale a cavallo tra la vecchia e la nuova fattispecie delittuosa.

di **E. Napoletano**

Il Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Potenza, con l'ordinanza del 15 aprile 2019, ha ordinato l'esecuzione della misura cautelare degli arresti domiciliari nei confronti di un Dirigente di una multinazionale italiana operante nel settore dell'Oil & Gas che è stato, dal settembre 2014 al gennaio 2017, Datore di Lavoro e Gestore dello stabilimento di uno dei più importanti siti produttivi della filiera petrolifera, rigettando, invece, la richiesta di misura per il precedente Dirigente, che ha ricoperto la medesima carica dall'ottobre 2011 al settembre 2014, e per l'Operation Manager che, nel periodo compreso tra febbraio 2011 e luglio 2013, ha ricoperto, tra l'altro, la funzione di coordinamento delle attività di manutenzione dell'impianto industriale, ivi contestate

La Procura, ritenendo accertato il danno ambientale in data 1° Febbraio 2017, ha contestato il delitto di disastro innominato, nella forma di cui all'art. 434, co. 2, c.p. al primo Datore di Lavoro e all'Operation Manager, nonché il delitto di disastro ambientale, nella forma di cui all'art. 452-*quater*, co. 2, n. 2) c.p., al Datore di Lavoro succeduto nella gestione dell'impianto industriale, specificatamente dopo l'entrata in vigore della Legge 22 maggio 2015, n. 68 che, come noto, ha colmato il *vulnus* legislativo conseguente alla mancanza nel codice penale di norme sanzionatorie di condotte lesive per l'ambiente.

Il necessario confronto tra le due fattispecie di "disastro innominato" e "disastro ambientale", tema centrale della vicenda in esame, comporta l'approfondimento sia della clausola di riserva che intercorre tra le due norme sia del *tempus commissi delicti*, affrontando, in tal modo, il complesso tema della successione delle leggi penali nel tempo.

La disamina dell'ordinanza, inoltre, permette una riflessione, *de jure condendo*, del medesimo ragionamento giuridico applicato al caso in esame qualora vedesse luce la proposta di riforma del delitto di disastro ambientale proposta nel c.d. disegno di legge "Terra Mia". Tale riforma, infatti, mira ad eliminare la suddetta clausola di riserva dal testo della disposizione incriminatrice dell'art. 452-*quater* c.p.; eventualità questa che, nella vicenda oggetto dell'elaborato, legittimerebbe il ragionamento perseguito dall'ufficio della Procura di Potenza, con la conseguente, paradossale, conclusione di vedere incardinato un processo penale per uno stesso evento disastro rispetto al quale, però, ci saranno imputati chiamati a rispondere più gravemente di altri, venendo in tal modo meno il principio di legalità e di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla Legge, cardini del nostro ordinamento.

**Sommario.** **1.** La sentenza in commento. – **2.** La questione sul tappeto. – **3.** Condotta omissiva, evento-disastro, effetti dannosi. – **3.1.** Disastro innominato e disastro ambientale a confronto: natura giuridica e *tempus commissi delicti*. – **3.2.** Nesso causale, interazioni rilevanti e colpevolezza. – **3.3.** Il rapporto di successione delle leggi penali nel tempo. – **4.** Osservazioni conclusive.

#### 1. La Sentenza in commento.

Con Ordinanza del 15 aprile 2019 il Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Potenza ha ordinato l'esecuzione della misura cautelare degli arresti domiciliari nei confronti di un Dirigente di una multinazionale italiana operante nel settore dell'Oil & Gas il quale, dal 23 settembre 2014 al 31 gennaio 2017, ha ricoperto la carica di Datore di Lavoro (ai

sensi del D.Lgs. n. 81/2008) e di Gestore dello stabilimento (ai sensi del D.Lgs. n. 334/1999) di uno dei più importanti siti produttivi della filiera petrolifera, rigettando, invece, la richiesta di misura per il precedente Dirigente, che ha ricoperto la medesima carica di Datore di Lavoro e Gestore dello stabilimento dal 4 ottobre 2011 al 22 settembre 2014, e per l'Operation Manager che, nel periodo



compreso tra febbraio 2011 e luglio 2013, ha ricoperto, tra l'altro, la funzione di coordinamento delle attività di manutenzione dell'impianto industriale.

Più precisamente, secondo la ricostruzione offerta dalla Procura della Repubblica, il primo Datore di Lavoro e l'Operation Manager erano ben a conoscenza dello stato di usura dei quattro serbatoi di stoccaggio petrolifero atteso che, sotto la loro gestione, si erano verificati due eventi di *oil-spill*: rispettivamente, nell'ottobre del 2012, con una fuoriuscita di greggio dal serbatoio A, a causa dell'esistenza di due fori passanti sul fondo dello stesso, e nel marzo del 2013, con fuoriuscita di acqua e greggio dal serbatoio C, a causa dell'esistenza di un foro passante sul fondo dello stesso che penetrava all'interno per ben 20 cm., oltre a conoscere, in seguito ad un'ispezione condotta nel 2008, il perdurante stato di corrosione per il 70% del rivestimento interno del serbatoio D e per il 50% del serbatoio B, a quel momento non ancora ripristinati. Ciò nonostante, non solo omettevano di comunicare gli eventi potenzialmente inquinanti agli Enti di controllo, violando il disposto dell'art. 242, co. 1, D.Lgs. n. 152/2006, ma omettevano, altresì, di effettuare l'ispezione quinquennale nei serbatoi, prescritta dal Comitato Tecnico Regionale (CTR), che espleta funzioni di vigilanza sulle installazioni a "rischio di incidente rilevante", oltre ad installare il doppiofondo sul serbatoio D e sul serbatoio B; condotte omissive, quest'ultime, proseguite scientemente anche dal Datore di Lavoro subentrante fino alla scoperta della presenza di idrocarburi presso il depuratore consortile dell'area industriale il 23 gennaio 2017, ritardando, peraltro, la comunicazione di evento potenzialmente contaminante alle Autorità competente, ai sensi dell'art. 242, co. 1, e 300, co. 2, del D.Lgs. n. 152/2006. Secondo l'impostazione accusatoria, il disastro ambientale sarebbe conseguenza non di un singolo evento istantaneo ma di perdite dovute ad uno stillicidio di greggio iniziato nel 2012, provocato dal difetto di contenimento di tutti e quattro i predetti serbatoi, tutti interessati da fenomeni di corrosione del fondo, noti, persino studiati e ignorati dai vertici aziendali per non compromettere l'efficienza e la redditività dell'attività industriale, nonostante la gravità delle possibili conseguenze, accertate soltanto l'1 Febbraio 2017, e consistenti: (a) nella grave compromissione della qualità delle acque superficiali risultate contaminate per la presenza di

Ferro e Manganese in concentrazioni superiori alle CSC; (b) nella grave compromissione della qualità delle acque sotterranee all'interno e all'esterno dello stabilimento per la presenza di Nichel, Manganese, Ferro e Triclorometano in concentrazioni superiori alle CSC; (c) nella grave compromissione della matrice suolo e sottosuolo all'interno dello stabilimento per la presenza di inquinanti sopra soglia di legge. Il tutto omettendo di effettuare le dovute ispezioni oltre a recepire le prescrizioni regionali di adozione del doppio fondo del serbatoio contenente il greggio da cui è stata accertata la perdita che ha causato lo sversamento di prodotto contaminando le aree circostanti.

## 2. La questione sul tappeto.

La Procura, ritenendo accertato il *danno ambientale* in data 1° Febbraio 2017, contesta il delitto di *disastro innominato*, nella forma di cui all'art. 434, co. 2, del codice penale al Datore di Lavoro in carica dal 4 ottobre 2011 al 22 settembre 2014 e all'Operation Manager in servizio dal febbraio 2011 al luglio 2013 nonché il delitto di *disastro ambientale*, nella forma di cui all'art. 452-*quater*, co. 2, n. 2) del codice penale, al Datore di Lavoro succeduto nella gestione dell'impianto industriale a far data dal 23 settembre 2014 fino al 31 gennaio 2017, quindi, dopo l'entrata in vigore della Legge 22 maggio 2015, n. 68<sup>1</sup> che, come noto, ha introdotto nel codice penale i nuovi delitti ambientali.

Dunque, siamo in presenza di condotte omissive iniziate e consumate prima della Legge n. 68/2015, imputabili al primo Datore di Lavoro e all'Operation Manager, e di condotte omissive successive iniziate e consumate successivamente all'entrata in vigore del nuovo delitto di disastro ambientale, sotto la cui vigenza è stato accertato, l'1 febbraio 2017, l'evento danno, quest'ultimo causalmente riconducibile non a un singolo evento istantaneo ma alle perdite dovute ad uno stillicidio di greggio iniziato fin dal 2012, provocato da fenomeni di corrosione del fondo di tutti i serbatoi di greggio dello stabilimento industriale.

L'imputazione di due differenti fattispecie delittuose, così formulata dall'ufficio della Procura, in relazione ad un medesimo evento di disastro, impone alcune riflessioni in punto di diritto: stante l'operatività della c.d. clausola di riserva, inserita dal Legislatore del 2015 nell'*incipit* del nuovo delitto di disastro ambientale *ex art. 452-*quater* c.p.*<sup>2</sup>, il rapporto con la previgente fattispecie di disastro innominato si pone

in termini di *successione di norme penali nel tempo* o di *concorso apparente di norme*?

Il Giudice per le Indagini Preliminari, richiamando il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>3</sup>, giunge alla conclusione che il rapporto tra le due norme incriminatrici debba essere risolto utilizzando i principi in materia di successione di norme penali nel tempo: «*a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta*». Il GIP, pertanto, rigetta la richiesta di misura cautelare per il Datore di Lavoro e per l'Operation Manager *ante* Legge n. 68/2015 ritenendo che gli stessi non possono essere chiamati a rispondere ai sensi dell'art. 434, co. 2, del disastro ambientale consumato nel febbraio 2017 – evento di cui, invece, si ritiene colpevole il Datore di Lavoro *post legem* – essendo gli stessi resi responsabili delle omissioni colpevoli sotto la vigenza della previgente e più favorevole disciplina. Conclusivamente, nel rigettare la richiesta cautelare, il GIP dispone doversi riqualificare il fatto di reato ascritto alle due funzioni *ante legem* ai sensi e per gli effetti del nuovo delitto di disastro ambientale previsto e punito all'art. 452-*quater*, n. 2) del codice penale.

### 3. Condotta omissiva, evento-disastro, effetti dannosi.

A bene vedere, il ragionamento giuridico seguito dal GIP nell'Ordinanza *de qua* appare contorto e contraddittorio rispetto alle conclusioni cui è giunto. Per vero, rispondere alla domanda sopra formulata non è semplice in quanto richiede un ragionamento che affronti la natura giuridica delle due fattispecie incriminatrici a confronto, individui il momento consumativo degli stessi per tracciare una prima linea di demarcazione delle responsabilità penali rispetto all'entrata in vigore della Legge n. 68/2015 per poi ricostruire, sulla base del giudizio controfattuale, se intercorrono o no nessi eziologici, anche di tipo meramente oggettivo, tra le condotte antecedenti alla Legge n. 68/2015 e la produzione dell'evento disastro ad essa successiva e, infine, domandarsi se e in che termini sussiste o no un rapporto intertemporale tra fattispecie penali incriminatrici e quali sono i confini di responsabilità rispetto all'evento.

### 3.1. Disastro innominato e disastro ambientale a confronto: natura giuridica e *tempus commissi delicti*.

Innanzitutto, il rapporto tra le due fattispecie penali incriminatrici è oggi regolato dalla c.d. clausola di riserva, introdotta, come noto, dal Legislatore del 2015 nell'*incipit* della nuova fattispecie delittuosa di cui all'art. 452-*quater* del codice penale: «*fuori dai casi previsti dall'articolo 434*».

Al di là delle classiche interpretazioni, secondo cui la clausola anzidetta risponde alla necessità di salvaguardare la prosecuzione dei processi in corso da celebrare<sup>4</sup>, la novella del 2015 possiede senza dubbio un carattere innovativo ed è differente sia sul piano della tipicità sia sul piano sanzionatorio.

Mentre, infatti, la fattispecie penale di cui all'art. 434 tutela il bene giuridico della *pubblica incolumità* con la previsione, al primo comma, di un *reato di pericolo a consumazione anticipata* che sanziona, con la pena della reclusione da (1) uno a (5) cinque anni, «*chiunque (...) commette un fatto diretto a cagionare (...) un altro disastro, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità*», e al secondo comma, di un *reato aggravato dall'evento*, con la pena della reclusione che aumenta da (3) tre a (12) dodici anni, «*se il crollo o il disastro avviene*»; la nuova fattispecie delittuosa di cui all'art. 452-*quater*, invece, tutela un differente bene giuridico – l'*ambiente* – con un *reato di danno* e di *evento* che sanziona con la pena della reclusione da (5) cinque a (15) quindici anni «*chiunque (...) abusivamente cagiona un disastro ambientale*» inteso, alternativamente, come «1) *l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema*; 2) *l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali*; 3) *l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo*».

Com'è evidente, la clausola di riserva risponde prioritariamente allo scopo di escludere espressamente la possibilità che l'art. 434 continui ad essere applicato estensivamente a fenomeni di inquinamento ambientale che, con l'introduzione dell'art. 452-*quater*, non gli appartengono più, riconducendo l'interpretazione del c.d. altro disastro al rispetto del *principio di legalità*, nelle sue declinazioni penalistiche del rispetto della *tassatività* e *sufficiente determinazione* della fattispecie<sup>5</sup>.

A far data dal 22 maggio 2015, pertanto, tutti i fenomeni antropici che si risolvano in un danno a taluna delle matrici ambientali (aria, acqua, suolo, sottosuolo) rientreranno nell'alveo della nuova disciplina penalistica dettata rispettivamente agli artt. 452-*bis* e 452-*quater*, ivi compresa la speciale fattispecie di disastro delineata al n. 3) dell'art. 452-*quater*, che riguarda pur sempre una lesione al bene ambiente la cui rilevanza del fatto è determinata da alcuni indici probatori – quali l'estensione della compromissione o dei suoi effetti dannosi ovvero il numero delle persone offese o esposte a pericolo – che determinano una conseguente offesa alla pubblica incolumità<sup>6</sup>: con ciò risolvendo anche su quest'ultima ipotesi di disastro qualunque dubbio circa il possibile concorso tra norme in ragione, appunto, dell'operatività della clausola di riserva. Ciò detto, mentre la fattispecie di disastro innominato, di cui al primo comma, è strutturata come *reato di pericolo a consumazione anticipata* – che si consuma al verificarsi di una condotta di *immutatio loci* idonea in concreto a minacciare l'ambiente di un danno di eccezionale gravità, il cui verificarsi rileva unicamente, ai sensi del secondo comma, come *circostanza aggravante*, senza perciò interferire sulla consumazione del reato – la nuova fattispecie di disastro ambientale introdotta dalla Legge n. 68/2015, invece, è una tipica ipotesi di *reato di danno e di evento* – che, come tale, si consuma al verificarsi di una condotta che integra ed esaurisce tutti gli elementi descrittivi di taluno dei tre *eventi tipici* indicati tassativamente nella fattispecie –. In altre parole, il *disastro innominato* si consuma al verificarsi di una *condotta* idonea a creare un pericolo di danno all'ambiente che espone a pericolo la pubblica incolumità mentre il *disastro ambientale* si consuma al verificarsi dell'*evento-danno* per l'ambiente.

Tale differenza assume ancor di più un rilievo significativo tenuto conto che entrambe le fattispecie sono strutturate quali tipiche ipotesi di *reati istantanei con effetti che perdurano nel tempo*. È, infatti, noto che l'inquinamento (art. 452-*bis*) e il disastro ambientale (art. 452-*quater*), nella quasi totalità dei casi, non consiste mai in una condotta mono-soggettiva immediatamente identificabile e da sola sufficiente a produrre il macro-evento lesivo dell'ambiente, quanto piuttosto esso costituisce il risultato di una serie di *fatti antecedenti, concomitanti o susseguenti* alla *condotta* dell'agente che, dalla loro

*interferenza cumulativa*, genera il macro-evento lesivo di taluna delle matrici ambientali interessate.

L'evento danno ambientale (sia esso nella forma attenuata dell'inquinamento sia nella forma aggravata del disastro) è, quindi, la risultante dell'interazione tra tanti fattori causali cumulati reciprocamente nel tempo.

Dal verificarsi della *condotta* al verificarsi dell'*evento* intercorre, quindi, un lasso di tempo più o meno lungo durante il quale si producono i primi effetti ambientali che, cumulati e interagenti tra loro, generano il disastro ambientale e perdurano anche dopo l'evento per il tempo necessario a completare le attività di bonifica o di ripristino ambientale.

*Consumazione* della *condotta* o dell'*evento* (a seconda che si faccia riferimento al disastro innominato o ambientale) non significa, quindi, esaurimento di tutti gli *effetti dannosi* collegati o collegabili alla realizzazione di taluna delle predette due fattispecie delittuose, ben potendo gli effetti dannosi coincidere ora con l'*evento* – nel qual caso l'esaurimento coinciderà con la consumazione – ora con la *condotta* – nel qual caso gli effetti possono essere presi in considerazione ai fini della gravità del reato, senza però incidere sul momento consumativo dello stesso –.

La distinzione tra *inizio* e *cessazione* della consumazione assume, pertanto, rilevanza nei c.d. *reati permanenti*, in cui la fattispecie è caratterizzata dal fatto che «*la durata dell'offesa è espressa da una contestuale durata condotta colpevole dell'agente*»<sup>7</sup> e può, in concreto, venire in rilievo nei *reati eventualmente abituali* e nei reati cosiddetti *istantanei* realizzati mediante una condotta prolungata o frazionata, non richiesta dalla fattispecie astratta<sup>8</sup>. Tale distinzione non rileva, invece, ai fini della individuazione del momento consumativo, in relazione agli *effetti prolungati o permanenti* dei *reati istantanei* o a condotta comunque esaurita, quali sono le anzidette fattispecie delittuose in esame. Sia nel disastro innominato, di cui al primo comma, sia nel disastro ambientale, infatti, non si ha il protrarsi dell'offesa dovuta alla persistente condotta del soggetto agente poiché ciò che perdura nel tempo sono solo le *conseguenze dannose* del reato, siano esse conseguenza della condotta sia dell'evento. In ciò differenziandosi dalla particolare ipotesi di *reato aggravamento dall'evento*, di cui al comma secondo dall'art. 434, laddove la consumazione si realizza quando la causa imputabile ha prodotto interamente

l'evento – nel qual caso, appunto, il disastro – anche se questo rappresenta l'elemento aggravatore. In proposito, la Cassazione ha ulteriormente precisato che *«il momento di consumazione del reato coincide con l'evento tipico della fattispecie e quindi con il verificarsi del disastro, da intendersi come fatto distruttivo di proporzioni straordinarie dal quale deriva pericolo per la pubblica incolumità, ma rispetto al quale sono effetti estranei ed ulteriori il persistere del pericolo o il suo inveramento nelle forme di una concreta lesione; ne consegue che non rilevano, ai fini dell'individuazione del dies a quo per la decorrenza del termine di prescrizione, eventuali successivi decessi o lesioni pur riconducibili al disastro»*<sup>9</sup>.

Nel caso affrontato dal GIP di Potenza, l'evento disastro è stato accertato dopo l'entrata in vigore della Legge n. 68 del 22 maggio 2015; scrive il giudice: *«si deve ritenere acclarato che l'evento della immutatio loci sia»* iniziato *«quantomeno a partire dal 2012, ossia dalla prima fuoriuscita di greggio»* e sia *«proseguito parallelamente ai comportamenti inerti dei due indagati e per effetto degli stessi si sia prodotto nella massima consistenza rilevata solo nel momento dell'inquinamento del depuratore consortile»* accertato l'1 febbraio 2017.

È dunque evidente che, con riferimento al primo Datore di Lavoro e all'Operation Manager, siamo in presenza di condotte interamente esaurite prima del verificarsi dell'evento-disastro – consumatosi sotto la vigenza della Legge n. 68/2015 – ma che hanno dato inizio agli *effetti* ambientali che, iniziati nell'ottobre del 2012, cumulati agli effetti prodotti dal secondo *oil-spill* del marzo 2013, sommati alle condotte omissive imputabili al Datore di Lavoro subentrato, hanno interagito tra loro ponendosi nella serie delle condotte causali che hanno contribuito alla produzione dell'evento-danno di disastro ambientale accertato nel 2017.

In quanto *reati istantanei a condotta perdurante* si determina uno spostamento in avanti della consumazione rispetto al momento in cui è iniziata la realizzazione del reato, in quanto, e fino a quando, la condotta dell'agente sostiene concretamente la causazione dell'evento. Circostanza, questa, certamente vera con riferimento al delitto di danno e di evento di cui all'art. 452-*quater* e al reato aggravato dal verificarsi del disastro di cui comma secondo dell'art. 434 ma non anche all'ipotesi di mero pericolo di cui al primo comma.

Secondo la ricostruzione offerta dall'ufficio di Procura, si pone, allora, un tema di causalità tra

condotte omissive poste in essere sotto la vigenza di una fattispecie delittuosa che non richiedeva il verificarsi dell'evento-danno ai fini consumativi e che, di per sé, non hanno raggiunto la soglia di pericolosità penalmente rilevante ai sensi dell'art. 434, ma che si pongono in un *rapporto di causalità materiale* rispetto alla produzione di un evento verificatosi sotto la vigenza di una differente e successiva fattispecie delittuosa che lo contempla, invece, tra gli elementi tipici rilevanti ai fini della consumazione del reato.

### 3.2. Nesso causale, interazioni rilevanti e colpevolezza.

Il tema è delicato e potrebbe risultare fuorviante se non affrontato con la dovuta attenzione.

Anzitutto, l'ufficio della Procura vuole ricostruire un nesso di causalità per il reato aggravato dall'evento, contestato al primo Datore di Lavoro e all'Operation Manager nelle forme di cui al secondo comma dell'art. 434, tra le *condotte omissive* che hanno prodotto i primi *effetti* ambientali con gli sversamenti del 2012 e del 2013 e la produzione di un *evento-danno*, integrante gli elementi tipici descrittivi del disastro ambientale, verificatosi nel 2017, così definito nella nuova fattispecie delittuosa di cui all'art. 452-*quater* introdotta dalla Legge n. 68 del 22 Maggio 2015.

L'errore è evidente. Innanzitutto, è bene ricordare che nel nostro ordinamento sono ormai bandite forme di *responsabilità oggettiva*, in virtù della quale un determinato *evento* viene posto a carico dell'*autore* in base al solo *rapporto di causalità materiale*: non si richiede, in tali casi, né che l'evento costituisca oggetto di una volontà colpevole (dolo), né che sia conseguenza di una condotta contraria a regole di diligenza sociali o scritte (colpa). Proprio perché l'agente è chiamato a rispondere a prescindere da qualsiasi legame psicologico con l'evento di cui trattasi, i casi di responsabilità oggettiva introducono vistose eccezioni al *principio di colpevolezza*.

Significative sul punto sono state due storiche Sentenze della Corte costituzionale: nella prima, la Sentenza n. 364 del 1988, la Corte giunge a sostenere che il dolo o la colpa devono immancabilmente coprire gli *«elementi più significativi»* della fattispecie incriminatrice; nella seconda, la Sentenza n. 1085 del 1988, la Corte, in maniera ancora più esplicita e univoca, afferma che *«affinché l'art. 27, primo comma, della Costituzione sia pienamente rispettato*

*e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano cioè investiti dal dolo o della colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».*

La fattispecie contestata ai due indagati *ante legem*, l'art. 434, comma 2, come detto, costituisce una tipica ipotesi di reato aggravato dall'evento. Tale delitto costituisce l'espressione forse più tipica dell'antico principio «*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*»: l'evento aggravatore, infatti, alla stregua di tale principio, viene accolto all'agente in base al mero nesso causale, e perciò a prescindere da qualsiasi requisito di colpevolezza. Se questa ne è l'origine storica, è anche vero che oggi la categoria dei reati aggravati dall'evento si presenta dogmaticamente incerta e problematica per violazione del principio di colpevolezza. La soluzione offerta dalla dottrina è di ricondurre i reati aggravati dall'evento al modello dei reati circostanziati: il regime di imputazione delle circostanze aggravatrici non risponde più alla logica della responsabilità oggettiva, ma presuppone qualcosa di simile alla colpa come coefficiente minimo di responsabilità, sotto forma di conoscenza o conoscibilità del fatto integrante la circostanza. A questo nuovo regime di imputazione soggettiva non si sottraggono neppure le circostanze che consistono in *eventi futuri* successivi alla realizzazione della condotta, come tipicamente accade – appunto – nel caso dei delitti aggravati dall'evento: rispetto a questi eventi futuri dovrà correttamente richiedersi come requisito soggettivo di imputazione in luogo della conoscenza o conoscibilità la *rappresentazione* o *rappresentatività* ovvero la *previsione* o *prevedibilità* dell'evento disastro non voluto<sup>10</sup>.

Tornando al caso in esame, allora, se l'evento aggravatore si fosse accertato prima della novella introdotta il 22 Maggio 2015, *nulla quaestio*: il GIP avrebbe dovuto ricostruire entro i confini della fattispecie aggravata dall'evento, così descritta dal combinato disposto del primo e secondo comma dell'art. 434, se l'evento-disastro fosse imputabile alle condotte omissive del primo Datore di Lavoro e dell'Operation Manager sulla base di una valutazione di prognosi *ex ante* di previsione o prevedibilità dell'evento non voluto. Nel qual caso l'evento non

voluto sarebbe stato causa delle condotte omissive se e solo se al momento del suo verificarsi questo fosse loro rimproverabile quanto meno a titolo di colpa per non aver adottato le opportune cautele ambientali necessarie a gestire gli sversamenti del 2012 e del 2013 che hanno causato prevedibilmente l'evento disastro.

Questo ragionamento, però, si sgretola dinanzi all'affermazione del GIP di Potenza laddove afferma che fino al 1° febbraio 2017 – e, dunque, fino all'entrata in vigore del nuovo delitto il 22 Maggio 2015 – «*né il pericolo né il danno da essa previsti si sono realizzati nella vigenza della disposizione, con conseguente inoperatività della clausola di riserva prevista dalla nuova e successiva norma incriminatrice. (...) L'idoneità – quantomeno – ad incidere sul bene giuridico della pubblica incolumità, non solo non è ricavabile dagli atti né pare essere stata indagata nel presente procedimento, ma neppure è stata ipotizzata nella ricostruzione della vicenda in esame e nella descrizione ed analisi delle condotte pregiudizievoli degli indagati contenute nella richiesta cautelare*».

Dunque, al 22 Maggio 2015, le condotte omissive contestate dall'ufficio della Procura al primo Datore di Lavoro e all'Operation Manager – nella forma aggravata del verificarsi del disastro di cui al secondo comma dell'art. 434 – non integrano tutti gli elementi tipici della fattispecie incriminatrice in quanto non vi è prova che fino al momento della cessazione della loro funzione non solo si fosse generato un evento-disastro – che giustificerebbe la contestazione del reato-base aggravato – ma nemmeno che le condotte avessero generato una condizione di pericolo concreto per la pubblica incolumità in conseguenza di un danno all'ambiente. L'evento cui si vuole ricollegare le responsabilità degli imputati si è verificato sotto la vigenza di una differente e innovativa fattispecie delittuosa.

L'evento della *immutatio loci* che ha richiesto complesse attività di ripristino, si è realizzato ed è venuto ad acquistare le connotazioni di straordinaria portata degenerativa dell'habitat naturale parallelamente e contestualmente alla prosecuzione dell'attività nell'impianto ove erano utilizzati i serbatoi – non ispezionati e per i quali non si era proceduto alla sostituzione del doppio fondo – ed il momento di sua massima espansione, sotto l'aspetto del fenomeno distruttivo naturalistico, ha coinciso con quello della rilevazione del danno dovuto al passaggio del greggio nel depuratore consortile.

A parere del GIP, allora, la consumazione del reato di disastro innominato si sarebbe protratta sino al momento in cui fu rilevato e venne interrotto nel 2017 lo sversamento incontrollato di greggio dall'impianto della cui gestione è attribuita la responsabilità agli indagati, non oltre, perciò, l'inizio della attività di messa in sicurezza dei serbatoi e dell'impianto. In quel momento, quando è cessata la contaminazione incontrollata dell'ambiente circostante l'impianto industriale, sorretta dalla duratura condotta colpevole degli indagati tutti, era già entrata in vigore la nuova norma di cui all'art. 452-*quater*.

Si pone, allora, un tema di rapporto intertemporale tra norme succedutesi nel tempo, posto che il primo Datore di Lavoro e l'Operation Manager certamente non possono essere chiamati a rispondere di un evento verificatosi sotto la vigenza di una nuova e differente fattispecie penale incriminatrice rispetto a quella vigente al momento di consumazione della propria condotta omissiva. Cosicché, a nulla valgono le ricostruzioni operate dal GIP in tema di causalità omissiva per l'evidente interferenza tra norme strutturalmente differenti in tema di determinazione del momento consumativo.

### 3.3. Il rapporto di successione delle leggi penali nel tempo.

È indubbio che esiste uno scollamento temporale tra l'*evento-disastro* e le *condotte* tenute dal primo Datore di Lavoro e l'Operation Manager; scollamento apparentemente risolto dall'ufficio della Procura mediante l'imputazione ai due indagati della pregressa fattispecie penale del disastro innominato. Come già si è detto, tale impostazione non è condivisibile poiché l'evento del reato si è verificato nella vigenza della nuova disposizione che pone l'applicazione di una disciplina complessivamente più gravosa ad indagati la cui condotta si è conclusa prima dell'introduzione della norma che la prevede. La questione di diritto è stata, di recente, sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione, chiamate a decidere – in un caso di omicidio colposo per inosservanza della normativa antinfortunistica e delle norme sulla circolazione stradale – «*se, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, debba trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta ovvero quella vigente al momento dell'evento*»<sup>11</sup>.

La Corte ha considerato il caso in cui sia intercorso un significativo intervallo di tempo tra condotta ed evento ed in cui sia sopravvenuta, tra l'una e l'altro, una disciplina legislativa più sfavorevole per l'imputato, per stabilire se applicare la regola vigente al momento della consumazione del reato (che nel caso in esame è quella al momento dell'evento lesivo) oppure la precedente disciplina quando la condotta si sia esaurita sotto l'imperio di una legge che non prevedeva il fatto come reato o lo prevedeva meno grave di quanto non sia considerato dalla nuova.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto che, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta.

Il principio di *irretroattività* della norma più *sfavorevole* si differenzia dal principio di *retroattività* della norma penale più *favorevole*, che rinviene il proprio fondamento non già nell'art. 25 Cast., ma, in primo luogo, nel principio di uguaglianza, essendo quindi suscettibile di limitazioni e deroghe, che, tuttavia, «*devono giustificarsi in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti di analogo rilievo*», nonché nell'art. 117, primo comma, Cast., in riferimento all'art. 7 CEDU, parametro che, comunque, non attribuisce al principio di retroattività *in mitius* carattere assoluto e inderogabile, potendo esso, anche sotto questo profilo, subire deroghe o limitazioni.

Valorizzata la portata del principio di irretroattività della norma più sfavorevole ai fini della preventiva valutabilità da parte dell'individuo delle conseguenze penali della propria condotta, la Corte ha concluso che deve essere la condotta «*il punto di riferimento temporale essenziale a garantire la "calcolabilità" delle conseguenze penali e, con essa, l'autodeterminazione della persona: ed è a tale punto di riferimento temporale che deve essere riconnessa l'operatività del principio di irretroattività ex art. 25 Cast., posto che "spostare in avanti" detta operatività, correlandola all'evento del reato, determinerebbe, qualora alla condotta interamente posta in essere nella vigenza di una legge penale sia sopravvenuta una normativa penale più sfavorevole, la sostanziale retroattività di quest'ultima rispetto al momento in cui è effettivamente possibile per la persona "calcolare" le conseguenze penali del proprio agire; con l'inevitabile svuotamento dell'effettività della garanzia di*

*autodeterminazione della persona e della ratio di tutela del principio costituzionale di irretroattività».*

Venendo al caso in disamina, si deve ritenere la nuova disciplina dettata dall'art. 452-*quater* più gravosa sia sul piano della descrizione del *fatto tipico* – rispetto al profilo della configurazione dell'evento, essendo sufficiente ad integrare la fattispecie di danno ambientale, con le caratteristiche descritte, la sola compromissione dell'ambiente anche in assenza di pericolo per la pubblica incolumità – sia sul piano della risposta *sanzionatoria* – che prevede la pena della reclusione da (5) cinque a (15) quindici anni rispetto al quadro previsto dall'art. 434, primo comma, con la reclusione da (1) uno a (5) cinque anni che aumenta da (3) tre a (12) dodici anni nel caso in cui il disastro si verifica – .

Cosicché, applicando il principio di diritto enunciato dalla Suprema Cassazione – per cui «*in tema di successione di leggi penali, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta*» – si giunge alla conclusione che il primo Datore di Lavoro e l'Operation Manager, indipendentemente dalla ricostruzione operata dal GIP della sussistenza di un nesso eziologico omissivo di tipo materiale tra le condotte loro imputate e l'evento futuro, non possono essere chiamati a rispondere né del delitto di disastro ambientale nella sua nuova formulazione nei termini di cui all'art. 452-*quater*, pena la violazione del principio di irretroattività della norma penale più sfavorevole al reo, né tanto meno del delitto di disastro innominato, nella forma aggravata e no, perché fino al momento della loro cessazione dalle funzioni operative non ricorrevano elementi tali da ritenere sussistente in concreto un pericolo per la pubblica incolumità derivante da un danno all'ambiente, quest'ultimo accertato solo successivamente alla Legge n. 68/2015, precisamente nel Febbraio 2017.

Né tanto meno potrebbe giungersi a diversa conclusione argomentando in relazione al tema della successione nel tempo nella posizione di garanzia<sup>12</sup>: il primo Datore di Lavoro, infatti, è stato in carica dal 4 ottobre 2011 al 22 settembre 2014, con il supporto tecnico dell'Operation Manager, in carica dal febbraio 2011 e luglio 2013, e quindi sotto la piena vigenza operativa del delitto di disastro innominato, mentre, invece, il secondo Datore di Lavoro è subentrato nella posizione il 23 settembre 2014 e vi

è rimasto fino al 31 gennaio 2017, sotto la vigenza della nuova fattispecie di disastro ambientale introdotta dalla Legge n. 68 del 22 maggio 2015.

#### 4. Osservazioni conclusive.

Del tutto irragionevoli, allora, sono le conclusioni cui giunge il GIP di Potenza nella parte in cui, ad esito di un articolato ragionamento giuridico, pur richiamando i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite sopra citate e rigettando correttamente la richiesta di misura cautelare, giunge ad affermare che anche il primo Datore di Lavoro e l'Operation Manager dovrebbero rispondere del reato di disastro ambientale secondo la nuova fattispecie delittuosa, invitando finanche l'ufficio della Procura a riformulare l'imputazione a loro carico nei termini novellati dall'art. 452-*quater*, n. 2) così introdotta dalla Legge n. 68/2015.

Una lettura rigorosa dei superiori principi di diritto che tenga conto della struttura e della natura giuridica delle fattispecie penali incriminatrici poste a confronto – il disastro innominato (*ex art. 434*), da una parte, e il disastro ambientale (*ex art. 452-*quater**), dall'altro – calata nella peculiarità del caso in discussione, caratterizzata da uno scollamento temporale tra l'*evento-disastro* – verificatosi nella vigenza di una nuova e più gravosa disposizione – e le *condotte* tenute dal primo Datore di Lavoro e dall'Operation Manager – perfezionatesi tutte prima dell'introduzione della Legge n. 68 del 2015, sotto la vigenza di una differente e meno gravosa fattispecie penale – impone necessariamente di escluderne la punibilità sia ai sensi della nuova fattispecie ambientale (*ex art. 452-*quater**, n. 2) sia della precedente (*ex art. 434*, co. 1 e 2) – non ricorrendo fino alla cessazione della loro carica aziendale né una situazione di pericolo concreto di danno ambientale che espone a rischio la pubblica incolumità né tanto meno la realizzazione dello stesso – salvo che le singole condotte omissive non costituissero, già di per sé, altre e differenti violazioni di legge in materia ambientale, autonomamente perseguibili.

In una prospettiva *de jure condendo*, non può sottacersi come ad una diversa conclusione si giungerebbe qualora passasse la proposta di riforma del delitto di disastro ambientale proposta nel c.d. disegno di legge "Terra Mia"<sup>13</sup>. La riforma propone di eliminare la *clausola di riserva* dal testo della disposizione incriminatrice dell'art. 452-*quater* c.p.: «*all'articolo 452-*quater* del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo*



comma, primo periodo, le parole “Fuori dai casi previsti dall’articolo 434, Chiunque” sono sostituite dalle seguenti: “Chiunque”. Una simile eliminazione legittimerebbe il ragionamento punitivo perseguito dall’ufficio della Procura di Potenza con la conseguente paradossale conclusione di vedere incardinato un processo penale per uno stesso evento disastro rispetto al quale, però, ci saranno imputati chiamati a rispondere più gravemente – perché hanno avuto la sventura di vedere accertato l’evento sotto la vigenza della nuova fattispecie incriminatrice – e imputati, invece, chiamati a rispondere meno gravemente – perché le proprie condotte si pongono in rapporto di causalità

materiale nella serie causale di quelle che hanno concorso alla produzione antecedente, concomitante e sopravvenuta rispetto all’evento stesso – , con buona pace del rispetto del principio di legalità e di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla Legge.

### Enrico Napoletano

Avvocato del Foro di Roma

Professore a contratto di Diritto penale ambientale

<sup>1</sup> Il provvedimento in esame è stato approvato dalla Camera dei deputati il 26 febbraio u.s., in un testo risultante dall’unificazione dei seguenti disegni di legge di iniziativa parlamentare: A.C. 342 (REALACCI), A.C.957 (MICILLO) e A.C.1814 (PELLEGRINO). In proposito, si vedano i lavori preparatori alla Legge, e precisamente, *Nota breve per l’esame in Assemblea del disegno di legge A.S. n. 1345-B “Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”*, in *Servizio Studi del Senato*, n. 74, Maggio 2015; *Nota breve del disegno di legge A.S. n. 1345-A “Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”*, in *Servizio Studi del Senato*, n. 48, Febbraio 2015; Dossier “*Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”*, in *Servizio Studi del Senato*, XVII legislatura, Marzo 2014.

<sup>2</sup> Senza pretesa di esaustività, sulla riforma degli “eco-delitti” e più precisamente sul nuovo delitto di disastro ambientale, si vedano, su tutti, tra le opere monografiche e manualistiche: ACCINNI, *Disastro ambientale, Dall’horror vacui all’horror pleni*, Milano, 2018; CORNACCHIA-PISANI, *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*, cit.; FICCO (a cura di), *Gestire i rifiuti tra legge e tecnica*, Edizioni Ambiente, Milano, 2018; FIMIANI, *La tutela penale dell’ambiente, i reati e le sanzioni, il sistema delle responsabilità, le indagini, il processo e la difesa*, Milano, 2015; MANNA (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*, Roma, 2016; PARODI (a cura di), *Diritto penale dell’impresa*, vol. II, Torino, 2017; RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, III ed., Torino, 2018; ID., *I nuovi ecoreati, Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015; ID., *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018; SATTÀ, *Disastro ambientale e rifiuti radioattivi. Prevenzione e sanzione unione europea, Italia e Spagna*, Napoli, 2008; tra le pubblicazioni e note a sentenza, si vedano, invece: AMOROSO, *Il disastro ambientale tra passato e futuro*, in *Cass. pen.*, 09/2018, 2953; FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d’eccezione oltre lo Stato di diritto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; MASERA, *I nuovi delitti contro l’ambiente, voce per il “Libro dell’anno del diritto Treccani 2016”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2015; MELZI D’ERIL, *L’inquinamento ambientale a tre anni dall’entrata in vigore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; MOLINO, Rel. n. III/04/2015, Corte di Cassazione. Ufficio del Massimario. Settore penale, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015 recante “Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”*, 2015; PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente*, in *Guida dir.*, 32/2015, 10; RAMACCI, *Prime osservazioni sull’introduzione dei delitti contro l’ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015, n. 68*, in *Lex Ambiente*, 8 giugno 2015; RICCARDI, *L’inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione compromette il fatto tipico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; ID., *Dolo e colpa nei reati ambientali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015; ID., *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

<sup>3</sup> *Cass. pen.*, Sez. Un., n. 236/2011; cfr. *Cass. pen.*, Sez. Un., n. 40986/2018.

<sup>4</sup> Così, AMOROSO, *Il disastro ambientale tra passato e futuro*, cit., 2953; cfr. anche RICCARDI, “*I “disastri ambientali”: la cassazione al crocevia tra clausola di salvaguardia, fenomeno successorio e concorso apparente di norme”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, Fascicolo 10/2018, il quale osserva, a pag. 335, quanto segue: «Se è assunto pacifico, sotto l’aspetto dogmatico, che funzione della clausole di riserva sia delimitare i rapporti tra fattispecie incriminatrici in funzione regolatoria del concorso apparente di norme, poco condivisibile è l’affermazione con cui si riconosce che obiettivo della clausola stessa, «nel caso di specie e nei limiti del possibile», è quello di «garantire le sorti dei processi già avviati con l’accusa di disastro innominato ex art. 434 c.p.», adesivamente a quanto espresso in sede preparatoria della l. 22 maggio 2015 n. 68. L’argomentazione da ultimo illustrata, infatti, appare quantomeno singolare, se non addirittura erronea – non a caso vi è stato chi autorevolmente ha giudicato la clausola «“curiosa” fino al paradosso» – nella misura in cui attribuisce la funzione di disciplinare un fenomeno (i profili intertemporali tra reati in caso di successione di norme penali) a un elemento di fattispecie

che, intrinsecamente, è deputato al governo di fenomeno affatto differente, appunto il concorso apparente di norme. In questo senso, se così interpretata, la clausola risulta anzitutto inopportuna perché, nell'intento di marcare i confini con l'articolo 434 c.p., legittima per tabulas l'interpretazione giurisprudenziale favorevole alla "flessione ambientale" dello stesso, sancendone assurdamente la prevalenza applicativa rispetto alla fattispecie dell'articolo 452-quater c.p. (che, tra l'altro, è sanzionata più gravemente), oltre che inutile, in quanto il nuovo articolo 452-quater c.p. non lascia alcuno spazio applicativo all'articolo 434 c.p. se non quello già attribuibile – indipendentemente dalla clausola di riserva – a un fatto completamente diverso, disciplinato nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica».

<sup>5</sup> Sull'argomento, si veda più diffusamente FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli Editore, VIII, 2019, 91, per cui se è vero che lo scopo del principio di determinatezza è la descrizione sufficientemente chiara e precisa della condotta che costituisce un illecito penale, circoscrivendo la sanzione penale a specifiche modalità di aggressione del bene giuridico protetto, così da mettere il cittadino nella condizione di conoscere prima il contenuto e il significato della relativa incriminazione senza ambiguità tra ciò che è lecito da ciò che non lo è, allora, è altrettanto vero che il principio di tassatività impone al Giudice di applicare la norma penale ai soli casi da essa espressamente previsti, salvaguardando in tal modo i cittadini dagli eventuali *abusi interpretativi* del potere giudiziario nella fase di accertamento giudiziale del fatto che, nell'incertezza testuale del significato della norma, muterebbe da Giudice a Giudice.

<sup>6</sup> Per un'analisi approfondita, si veda, NAPOLETANO, *Il delitto di "Disastro ambientale con effetti sulla salute"*, in *Rifiuti – Bollettino di informazione normativa*, Novembre-Dicembre 2019, n. 277-278 (11-12/19): «in quanto reato di pericolo concreto, posto a tutela del bene giuridico Ambiente, l'offesa alla pubblica incolumità è l'evento finale cui spetta al giudice, in base alle circostanze concrete del singolo caso, accertarne l'esistenza. Il che si evince chiaramente dall'utilizzo delle parole "in ragione" che lega l'evento di pericolo al "fatto" di offesa al bene giuridico dell'Ambiente: è dunque la "rilevanza" della condotta che offende l'Ambiente – il "fatto" – a far sorgere conseguentemente un pericolo anche per la pubblica incolumità. Dobbiamo allora chiederci quale sia questo fatto che offende le matrici ambientali e che sia di tale rilevanza da determinare finanche il sorgere di un pericolo per l'incolumità pubblica. Il disastro di cui al n. 3) si pone a chiusura del sistema di condotte abusivamente cagionate che integrano un disastro ambientale punibile ai sensi dell'art. 452-quater; pertanto, il "fatto" richiamato al n. 3), innanzitutto, deve connotarsi di aspetti di condotta diversi da quelli tipici dei punti nn. 1) e 2) poiché, altrimenti, una simile previsione sarebbe superflua per via della sovrapposizione delle condotte punibili; ma deve essere differente, per gravità, anche dai fatti di mero inquinamento ambientale descritti nel nuovo art. 452-bis del codice penale. Dunque, la condotta che offende l'ambiente tale da far insorgere un pericolo per la pubblica incolumità deve avere qualcosa di più rispetto ai meri fatti di inquinamento ambientale e qualcosa di differente dalle altre condotte di disastro già tipizzate».

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. Un., 27/02/2002, n. 17178; cfr. Cass. pen., Sez. Un., 14/07/1999, n. 18.

<sup>8</sup> Sul punto, si veda, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 213 e ss.

<sup>9</sup> Così, Cass. pen., Sez. I, 19/11/2014, n.7941, per cui, in applicazione del principio, la Corte ha ritenuto che la consumazione del disastro doloso, mediante diffusione di emissioni derivanti dal processo di lavorazione dell'amianto, non può considerarsi protratta oltre il momento in cui ebbero fine le immissioni delle polveri e dei residui della lavorazione.

<sup>10</sup> Sul punto, si veda, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 696.

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 236/2011; cfr. Cass. pen., Sez. Un., n. 40986/2018.

<sup>12</sup> Il tema è stato già affrontato invece nel processo al petrolchimico di PORTO MARGHERA. Il Pubblico Ministero rinvia a giudizio 28 imputati, avvicendatisi nel tempo in posizioni apicali, per non aver impedito (ex art. 40 cpv) un'esposizione a CVM ritenuta essere la causa di 309 tumori e altrettante malattie correlabili, evidenziando una strategia industriale che si sarebbe protratta per oltre trent'anni (dal 1969 al 2000) e alla quale avrebbero contribuito, senza troppe distinzioni, le diverse società subentrate nel tempo nella proprietà del petrolchimico (Montedison, Enimont, Enichem). In particolare, per non aver fermato la produzione o, comunque, non essere intervenuti adeguatamente su impianti e sistemi di sicurezza così da ridurre l'esposizione o, ancora, per non aver allontanato il personale dai reparti e dalle lavorazioni maggiormente a rischio, pur sapendo della nocività specifica del CVM ben prima che questa venisse pubblicamente certificata, e nondimeno occultando il dato in virtù di un vero e proprio patto di segretezza. Il Tribunale di Venezia ricostruisce compiutamente i ruoli e le responsabilità degli imputati in relazione alle evidenze causali tempo per tempo ricostruite: su queste basi, il rapporto di causalità verrà riconosciuto esclusivamente tra le esposizioni elevatissime verificatesi prima che, negli anni '70, nel petrolchimico venissero adottate opportune e adeguate precauzioni e i riscontrati *angiosarcomi*, le *sindromi di Raynaud*, talune *epatopatie*. Conseguentemente si ritengono penalmente non tipici tanto gli altri eventi morbosi contestati dal pubblico ministero ma privi di un'adeguata correlazione causale con le condotte omissive degli imputati, quanto le omissioni collocabili in un periodo successivo a quello in cui ebbero luogo, invece le esposizioni causali. Nei casi residuali in cui si riscontra l'integrazione del fatto tipico di omicidio, si assolve per carenza di colpa sul presupposto che allora la natura cancerogena del CVM non fosse ancora nota ma ne fosse tutt'al più conoscibile l'idoneità a produrre alcune malattie minori.

<sup>13</sup> NAPOLETANO, *Riforma dei delitti ambientali: prime riflessioni in merito alle novità proposte nel disegno di legge "Terra mia"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 10: il 17 ottobre scorso è stato depositato alla Camera dei Deputati il tanto annunciato disegno di legge "Terra Mia", una proposta avanzata di concerto dai Ministeri dell'Ambiente e della Giustizia allo scopo di



TRIMESTRALE, 1, 2021

rafforzare, in ottica maggiormente repressiva, la vigente legislazione penale a tutela dell'ambiente. Il provvedimento interviene rispettivamente sui delitti ambientali previsti nel Titolo VI-bis del codice penale, su alcune contravvenzioni del codice dell'ambiente e sulla disciplina di estinzione ivi prevista nella Parte Sesta-bis (D.Lgs. n. 152/06) e, infine, sul catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'Ente contenuta all'art. 25-undecies del D.Lgs. n. 231/01. Con riferimento al codice ambientale, si segnala la trasformazione da illecito amministrativo a reato contravvenzionale dell'abbandono di rifiuti da parte di soggetti privati (art. 255, comma 1) e l'estensione dell'ambito applicativo della disciplina della combustione illecita di rifiuti (art. 256-bis) ai fatti aventi ad oggetto rifiuti depositate in aree o impianti privatizzati o nei cassonetti. Viene inasprito il trattamento sanzionatorio del reato di discarica abusiva (art. 256, comma 3), prevedendo, altresì, la confisca obbligatoria dell'area asservita a discarica ad eccezione del in cui sia di proprietà di terzi estranei al reato e lasciando fermi in ogni caso gli obblighi di ripristino e di bonifica dello stato dei luoghi; inoltre, viene reso più difficoltoso per i proprietari dei fondi rientrare in possesso delle aree confiscate o sequestrate utilizzate da terzi come discariche abusive, dovendo dimostrare non solo di essere in buona fede e di non aver tratto profitto dall'altrui attività illecita, ma anche di aver adottato ogni più opportuna diligenza al fine di evitare l'impiego dei propri beni in detta attività. Con riferimento al codice penale, invece, si segnalano innanzitutto alcuni correttivi volti ad estendere l'ambito di operatività dell'istituto della confisca c.d. "allargata" o "per sproporzione" (art. 240-bis c.p.) – con l'inserimento dei reati *ex artt.* 452-bis, 452-ter, 452-sexies e 452-quaterdecies – e delle pene accessorie dell'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese (art. 32-bis c.p.) – con l'introduzione di un'ipotesi applicativa speciale al nuovo art. 452-quinquiesdecies in caso di condanna per i reati *ex artt.* 452-bis, 452-ter, 452-quater e 452-sexies – e dell'incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione (art. 32-quater c.p.) – includendo nel novero dei reati anche quelli di cui agli artt. 452-ter e 452-terdecies c.p.

## Sulla configurabilità della rapina di ovociti.

di **S. P. Perrino**

Con la sentenza n. 37818/2020, la Sezione seconda della Corte di cassazione si è occupata della *querelle* interpretativa, sorta nel 2016, attorno all'applicazione del reato di furto, prima, e rapina, poi, alle parti separate dal corpo e, segnatamente, alle cellule riproduttive umane.

La complessità del caso, al centro di un acceso dibattito dogmatico e sociale, merita una ricostruzione analitica.

**Sommario.** 1. La prognosi accusatoria. – 2. I dubbi sulla configurabilità della rapina di ovociti. – 3. L'impostazione favorevole del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano. – 4. La conferma della Corte di Cassazione. – 5. Le parti separate dal corpo. Una riflessione sulla natura giuridica.

### 1. La prognosi accusatoria.

Secondo la prognosi accusatoria, la paziente si era volontariamente sottoposta ad un ciclo di stimolazione ovarica per il conseguimento di ovociti da donare, in cambio di un rimborso spese corrisposto dalla clinica, pari a circa mille euro.

Tuttavia, la donatrice aveva revocato il proprio consenso prima della esecuzione del *pick up*, in ragione delle implicazioni etiche della donazione.

Ciononostante, il medico responsabile della clinica, insieme ai suoi concorrenti nel reato, aveva prima costretto la paziente a subire il trattamento, integrando il reato di violenza privata, poi, dopo averla sedata, aveva prelevato gli ovociti necessari e, infine, contro il consenso della paziente, li aveva fecondanti e crioconservati per destinarli a coppie di utenti del centro, realizzando così la rapina.

Il GIP, sulla base del panorama conoscitivo della pubblica accusa, ha disposto il sequestro delle cose citate.

Per addivenire a tale decisione il giudice ha qualificato gli ovociti come *res*, sulla base di innumerevoli precedenti che hanno contribuito al sedimentarsi di una nozione di cosa mobile.

In particolare, è stato affermato: «per cosa mobile - secondo la nozione desumibile, nella sua massima estensione, dall'art. 624 cpv. c.p. - deve intendersi qualsiasi entità di cui *in rerum natura* sia possibile una fisica detenzione, sottrazione, impossessamento od appropriazione, e che a sua volta possa spostarsi da un luogo ad un altro o perché ha l'attitudine a muoversi da sé oppure perché può essere trasportata da un luogo ad un altro o, ancorché non mobile *ab origine*, resa tale da attività di

mobilizzazione ad opera dello stesso autore del fatto, mediante sua avulsione od enucleazione»<sup>1</sup>.

Nella pronuncia si opera non solo un richiamo alla teoria della mobilizzazione<sup>2</sup>, bensì il giudice procede ad un inquadramento di queste peculiari parti dell'organismo riproduttivo nella categoria concettuale dei frutti di cui all'art. 820 c.c.<sup>3</sup>.

La tesi in discorso è stata sostenuta in dottrina per superare l'*impasse* determinato dalla difficoltà, riscontrata in letteratura, di individuare un addentellato normativo capace di giustificare la reificazione delle parti staccate dal corpo e il loro regime.

Seguendo questa corrente, allora, il giudice ha fatto ricorso alla disciplina della fruttificazione<sup>4</sup>.

L'istituto richiamato non richiede la proprietà sulla cosa madre, sul corpo quindi, perché il frutto nasce con la separazione dal corpo: «con la separazione muta non solo la situazione materiale della parte, ma anche la situazione giuridica di essa (diventando, [...] bene-nuovo)»<sup>5</sup>.

La parte del corpo separata, sia essa organo, tessuto o cellula, diviene autonoma cosa in senso giuridico che mantiene una «relazione di appartenenza» con il corpo vivente da cui deriva<sup>6</sup>.

Sicché il paziente diviene titolare del potere di controllo e disposizione della parte prodotta dal corpo e separata.

Difatti, è ormai noto che «da almeno cinquant'anni insegniamo che non esiste la proprietà, ma le proprietà; che la proprietà delle cose «sacre», del sepolcro, dei beni artistici, dei beni ambientalmente protetti, dei ricordi di famiglia sono ciascuna diversa dalle altre e configurate sulle caratteristiche anche

«moralì» del bene. Da questo punto di vista, una «proprietà corporale» può essere costruita su misura per le esigenze specifiche di quegli aspetti del diritto del corpo che possano rendersi compatibili con la considerazione del corpo-oggetto, anche in combinazione con il divieto di trarre profitto di cui all'art. 3 della Carta dei diritti dell'UE»<sup>7</sup>.

Peraltro, il richiamo alla teoria della fruttificazione e all'art. 820 c.c.<sup>8</sup> è stato propugnato dalla Pubblica accusa in ragione delle caratteristiche degli ovociti: la loro esistenza consegue ad un rapporto di derivazione dalla entità madre; costituiscono una entità cosale autonoma dotata di una struttura propria; l'apparato femminile produce e scarta ciclicamente le cellule riproduttive allorché non impiegate in un procedimento di fecondazione naturale o artificiale.

Dunque, sono entità cosali solo temporaneamente detenute all'interno del corpo.

## 2. I dubbi sulla configurabilità della rapina di ovociti.

Impugnata l'ordinanza emessa in sede cautelare, il Tribunale del Riesame ha dissentito con tale qualificazione.

Contestando la qualificazione giuridica di ovociti alla stregua di «cosa mobile», la difesa dell'imputato ha impugnato l'ordinanza perché sono stati ritenuti inconferenti i precedenti richiamati, riferiti all'avulsione o all'enucleazione di un complesso immobiliare di cui il bene fa parte e non al corpo umano in vita, insuscettibile di mobilitazione.

La teoria delle parti staccate dal corpo e la sua giustificazione alla stregua della fruttificazione, dunque, non potrebbe avere seguito poiché manca una cosa-madre e la proprietà su di essa.

Il Tribunale del riesame ha condiviso le argomentazioni difensive.

In specie, è stata ritenuta, da un lato, non idonea l'applicazione di un reato contro il patrimonio con riferimento al corpo e alle parti del corpo: ciò non perché l'ovocita sia cosa o soggetto, bensì perché la sottrazione dell'ovulo non determina un danno al patrimonio.

Dall'altro, poi, il giudice osserva: «la giurisprudenza richiamata riguarda una ipotesi di avulsione ed enucleazione di un bene che da immobile diventa mobile. Ebbene una analogia con il corpo umano non è possibile. Finché in vita il corpo umano non è una cosa e si differenzia dai beni immobili e mobili. Così gli organi e le parti del corpo vivente (tra cui gli

ovociti) non possono essere considerati cose mobili riconducibili alla normativa dei reati contro il patrimonio. Una volta cessato di vivere il corpo diviene cadavere e per esso l'ordinamento prevede norme apposite (tra cui gli artt. 410 – 413 c.p.). Le parti del corpo, gli organi, diventano cose una volta separate ma non sono tali sino a che fanno parte del corpo vivente»<sup>9</sup>.

All'esito di un ricorso per Cassazione proposto dalla Pubblica Accusa, la Suprema Corte ha aderito, almeno in parte, al *dictum* del Tribunale del Riesame, osservando che il concetto di cosa mobile non può trovare applicazione alle parti del corpo umano, fintanto che la persona è ancora in vita.

È vero che, dice la corte, le parti del corpo, come gli organi espianati, diventano cose, ma tali non sono fintanto che fanno parte del corpo vivente.

Con specifico riferimento agli ovociti prodotti nel corpo della donna e destinati ad essere espulsi o trasformati fecondazione, la Cassazione osserva che «è discutibile la loro assimilazione agli organi del corpo umano, tuttavia fanno indiscutibilmente parte del «circuito biologico dell'essere umano» e «non possono essere considerati «cose», solo temporaneamente detenute dalla donna all'interno del proprio corpo»<sup>10</sup>.

## 3. L'impostazione favorevole del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano.

Celebratosi il dibattimento ed accertata la penale responsabilità dell'imputato nel contraddittorio, la sezione VIII penale del Tribunale di Milano prende le distanze dalle statuizioni rese in sede cautelare e condanna il medico responsabile ed i suoi correi per il reato di violenza privata e rapina, disponendo la confisca degli embrioni, prodotto del reato.

In specie, è stato osservato che non sussiste «alcuna antinomia, quantomeno in astratto, a qualificare come *res* una parte del corpo umano: semplicemente – si afferma – detta qualificazione è giuridicamente possibile soltanto ove la parte del corpo sia stata distaccata. Prima del distacco, la parte è sottratta al novero delle *res*, poiché organicamente inserita nell'essere umano come entità fisica»<sup>11</sup>.

Trova adesione, ancora una volta, la teoria delle parti distaccate dal corpo o della mobilitazione<sup>12</sup>.

Spiega il giudice *a quo*: si tratta di una teoria che è stata elaborata nella materia penale e specificamente con riferimento alla fattispecie di furto, tuttavia questa ha trovato applicazione con riferimento a tutti i reati contro il patrimonio.

Alla stregua di questa teoria, la nozione di cosa si espande, fino a ricomprendere tanto le entità cosali che esistono già sul piano fenomenico in via autonoma senza alcuna operazione “maieutica” da parte dell'uomo, quanto le parti di un *unicum*, ossia di una cosa immobile, all'esito di una operazione di distacco per mano dell'agente, che le renda apprezzabili per la loro corporalità<sup>13</sup> ancorché prive di valore economico<sup>14</sup>.

La cosa-madre, secondo orientamento giurisprudenziale compatto e secondo la dottrina maggioritaria<sup>15</sup>, è anche il corpo.

Il corpo costituisce un *unicum* da cui, per il tramite di un fatto naturale o per un trauma oppure per l'esecuzione di procedure di avulsione ed espianto determinato da esigenze di carattere terapeutico, è possibile separare alcune sue parti<sup>16</sup>: si pensi al plasma, ai denti, ai capelli, al latte, alle unghie<sup>17</sup>, al rene, al liquido seminale<sup>18</sup>, ai tessuti ossei, cartilaginei e corneali<sup>19</sup>.

A supporto della applicazione di questa teoria al caso della rapina degli ovociti è stato richiamato un risalente precedente, relativo alla sottrazione di una protesi dentaria ad un cadavere.

Nel caso menzionato, la Cassazione ha affermato: «la “cosa mobile” va intesa in senso realistico, dovendosi considerare tali non solo tutte le cose di per sé mobili, cioè quelle che hanno l'attitudine a muoversi da se medesime o ad essere trasportate da luogo a luogo, ma anche le cose che possono essere mobilizzate ad opera dello stesso ladro mediante la loro avulsione od enucleazione, o ricorrendo ad analoghe attività materiali»<sup>20</sup>.

Attraverso la mobilizzazione si determina, allora, la reificazione della parte, ancorché si tratti di mobilizzazione illecita.

Si osserva che il richiamo del precedente relativo al furto di protesi dentaria da cadavere risulta non perfettamente calzante. Tuttavia, si evidenzia che la pronuncia menzionata si pone nel solco di una consolidata corrente ermeneutica di stampo pretorio: in specie, è da considerarsi risalente l'affermazione secondo cui l'enucleazione della cornea comporta l'acquisto della proprietà della stessa a partire dal momento del distacco<sup>21</sup> da parte del paziente.

Non assumono rilievo le critiche secondo cui l'ovulo non preesiste alla condotta, in quanto la teoria della mobilizzazione si applica anche in tali casi<sup>22</sup>, e, parimenti, non trovano fondamento quelle tesi secondo cui la teoria della mobilizzazione non possa

trovare applicazione per il corpo umano: a prescindere dai casi specifici in cui ha trovato applicazione, la teoria mira a provvedere un inquadramento giuridico delle cose distaccate ma anche create per il tramite di una manipolazione umana, come accade con l'avulsione dell'ovulo.

Ancora, con riferimento alla cosa-madre quale cosa immobile, si rievoca quella dottrina accreditata che attribuisce al termine di cui all'art. 820 c.c. «un significato chiaramente traslato, indicativo di ogni entità, animata o inanimata, dotata di produttività»<sup>23</sup>. Le conclusioni del Tribunale milanese sono state successivamente confermate dalla Corte d'Appello.

In appello, tuttavia, la Corte ha aggiunto come sia pacifico il potere di controllo della donna sugli ovociti e ciò è desumibile da tutta la normativa sugli atti di disposizione di organi, sangue e gameti: la donna è «unica titolare del diritto di disporre»<sup>24</sup>. La corte allinea il proprio convincimento ad alcune disposizioni delle linee guida attuative della l. n. 40/2004.

#### 4. La conferma della Corte di Cassazione.

Con la pronuncia qui annotata, la Cassazione aderisce all'efficace *iter* argomentativo del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano.

La Suprema Corte afferma che gli ovociti sono «parte del corpo suscettibili di valutazione patrimoniale, quindi cose mobili in senso realistico, comprensive cioè anche delle “cose che possono essere mobilizzate ad opera dello stesso ladro mediante la loro avulsione od enucleazione, o ricorrendo ad analoghe attività materiali” (teoria della “mobilizzazione”, pag. 72 della sentenza di primo grado), come peraltro affermato nella sentenza emessa da questa Corte nella fase cautelare (Sez. F, n. 39541 del 17/08/2016, Rv. 267990)».

Nella pronuncia si richiamano ed esaminano i precedenti impiegati dai giudici milanesi per la ricostruzione dell'impianto argomentativo a sostegno della configurabilità del reato di rapina, la giurisprudenza sulla protesi dentaria sottratta da cadavere, sugli alberi piantati, sulle pertinenze, sui progetti e disegni industriali coperti da segreto.

Siffatti approdi realizzano, secondo la Corte, un'opera di regolamento dei confini del concetto di cosa. Nozione che diverge dal concetto di bene in senso giuridico ed economico, di cui all'art. 810 c.c. Alla stregua della teoria della mobilizzazione, poi, si afferma *claris verbis* che non è affatto inibita la reificazione dell'ovulo, anzi la trasformazione della

parte del corpo in entità cosale è attività configurabile tanto a fronte di condotte lecite del detentore o a fronte dell'avulsione periodica e fisiologica, quanto all'esito di una condotta illecita realizzata da parte del soggetto attivo.

Nell'argomentare l'ammissibilità della reificazione dell'ovocita, la Cassazione prende atto della evoluzione che ha riguardato la disciplina della fecondazione artificiale, contenuta nella l. 19 febbraio 2004, n. 40.

Questo è il vero tratto che caratterizza come innovativo e dinamico l'approccio ermeneutico della Cassazione.

La disciplina sulla procreazione medicalmente assistita è stata sottoposta ad un ingente attività erosiva ad opera della Corte costituzionale, difatti ha subito evoluzioni notevoli nel corso di sedici anni di vigenza, senza alcun intervento del legislatore<sup>25</sup>.

In particolare, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, contenuto nell'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004<sup>26</sup>.

All'esito della declaratoria, a partire dal 2014, anche in Italia è divenuto lecito l'impiego di cellule riproduttive di terzi estranei da parte della coppia aderente a cicli di fecondazione e, conseguentemente, la donazione di tali cellule, ovvero sia l'*egg-sharing* e *sperm-sharing* per eterologhe totali o parziali.

Ecco che allora anche il legislatore considera lecito e sollecita la mobilitazione delle cellule riproduttive detenute per destinarle ad altri soggetti, mediante una donazione volontaria e gratuita.

Tali attività, peraltro, sono state recentemente regolate, con il D.P.R. 131/2019<sup>27</sup>.

Proprio valorizzando tali regole e presupposti applicativi della reificazione, la Cassazione esclude ogni dubbio in ordine alla possibilità di separare gli ovuli dal corpo e destinarli a terzi in via solidale, come "cose in senso giuridico" secondo la nota accezione di Pugliatti.

Con riferimento alla compatibilità del reato di rapina alla condotta di coattiva mobilitazione delle cellule, poi, la Cassazione considera i beni giuridici presidiati dalla fattispecie di rapina.

Si tratta di delitto "dalla ben nota natura plurioffensiva", perché idoneo a realizzare l'aggressione del patrimonio, ma anche della libertà e dell'integrità fisica e morale del soggetto passivo, per la realizzazione del profitto.

È proprio nel rapporto di immediatezza e strumentalità fra la condotta violenta posta in essere

sulla paziente e l'impossessamento degli ovociti poi utilizzati per la fecondazione che si innesta la materialità e l'offensività della rapina.

Dice la Corte: «L'imputato, infatti, usò violenza per costringere la ragazza a subire l'intervento, ponendola poi in stato d'incapacità di agire mediante sedazione, al preciso ed esclusivo scopo di prelevare i suoi ovociti, poi fecondati, con successivo impianto degli embrioni in tre pazienti e, quindi, di conseguire un ingiusto profitto».

Il nesso che avvince la coattiva sottrazione per espianto e il successivo atto di fecondazione per la destinazione ad altri pazienti esclude che possa trovare applicazione la fattispecie di violenza privata, di cui all'art. 610 c.p.

In aggiunta, secondo una (implicita) applicazione del principio di offensività e proporzionalità, la Cassazione ritiene insufficiente la violenza privata, rispetto ad una condotta aggressiva di plurimi beni giuridici e finalizzata allo sfruttamento degli embrioni conseguiti. All'opposto, la fattispecie di rapina consente di considerare non solo la violenza ma anche lo spossessamento e l'impossessamento di entità cosali che vengono a nascere dal prelievo forzoso. Si evitano, dunque, zone d'ombra.

Ancora, ritengono i giudici, l'alternativa proposta in via di estremo subordine dalla difesa, vale a dire quella di ravvisare un concorso tra un reato di violenza privata (la costrizione all'intervento di pick-up) ed un furto (la sottrazione e l'impossessamento del prelevato), rappresenta una soluzione evidentemente artificiosa.

Siffatta impostazione difensiva, infatti, mira a frazionare in modo ingiustificato l'unitaria complessiva sequenza materiale già regolata da una specifica fattispecie complessa, quale è la rapina ex art. 628 c.p.

## 5. Le parti separate dal corpo. Una riflessione sulla natura giuridica.

«Di chi è il corpo? Della persona interessata, della sua cerchia familiare, di un dio che l'ha donato, di una natura che lo vuole inviolabile, di un potere sociale che in mille modi se ne impadronisce, di un medico o di un magistrato che ne stabiliscono il destinato? E di quale corpo stiamo parlando?»<sup>28</sup>. L'interrogativo è posto da Stefano Rodotà dopo l'introduzione della legge n. 40/2004 e induce il giurista a chiedersi: "quale corpo?".

Un altro grande maestro del diritto, Angelo Falzea, pure, subisce la fascinazione della indagine sul

trattamento giuridico del corpo, evidenziando una cesura tra la concezione anatomica in senso comune e la concezione giuridica della “parte del corpo”<sup>29</sup>.

L’interrogativo rievoca, infatti, alcuni casi posti all’attenzione della giurisprudenza, nella applicazione dell’art. 583 c.p. in caso di lesione della milza.

La giurisprudenza non ha qualificato la milza come organo<sup>30</sup>, diversamente lo ha ritenuto una parte integrante e non autonoma dell’organo diffuso emopoietico e dell’apparato reticoloistocitario<sup>31</sup>.

Dunque, può sembrare fuor dubbio che al corpo umano appartengano i suoi organi, tessuti e cellule, tuttavia l’anatomia giuridica del corpo presenta non pochi elementi di asimmetria rispetto alla sua configurazione biologica.

Si osservi che l’ordinamento italiano non disciplina in via unitaria il corpo, lo “disgrega” in numerose leggi<sup>32</sup> per ciascun tipo di organo o tessuto o per l’espianto e il trapianto o per la donazione, lo stoccaggio e l’approvvigionamento o, ancora per l’importazione e l’esportazione<sup>33</sup>.

Una frammentazione<sup>34</sup> su cui ha certamente influito la rapsodica attuazione delle direttive<sup>35</sup> europee in materia<sup>36</sup>.

All’esito di questa frammentazione, l’interprete è indotto a chiedersi cosa sia il corpo in senso giuridico, quale sia la sua estensione, quale sia il potere su di esso spendibile, chi sia il titolare di tale potere e, infine, quale sia la sua base giuridica.

Il corpo, cogliendo gli insegnamenti tramandati da Ulpiano<sup>37</sup>, è una «*res extra commercium*, irriducibile a merce, sottratto alla logica del mercato, alla *commodification*»<sup>38</sup>.

L’ordinamento dedica al regime del corpo l’art. 32 Cost., ma anche l’art. 5 c.c., oltre alle disposizioni penali in materia di lesioni personali.

La regola codicistica presidia l’integrità fisica da atti di disposizione idonei ad alterare il corpo mediante sottrazione<sup>39</sup>, overosia a provocare una diminuzione permanente dell’unità fisica.

La disposizione è stata introdotta nel codice del 1942 all’esito di un peculiare dibattito e ha rappresentato, per l’epoca, una vera innovazione rispetto al *Code civil* napoleonico e al codice del 1865, che difettavano di norme attinenti alla sfera corporea dell’uomo.

In specie, l’elaborazione di procedure sempre più sofisticate nell’ambito medico-chirurgico ha comportato la più agile esecuzione di separazioni di parti del corpo per la cessione a terzi.

L’accelerazione delle tecniche chirurgiche ha provocato, però, un vuoto di disciplina ed i formanti sono stati chiamati a confrontarsi con il tema della cessione onerosa di parti del corpo.

È stato autorevolmente sostenuto: «La fine del XX secolo resterà nella storia del diritto come l’epoca in cui la riflessione giuridica ha dovuto riscoprire il corpo, mentre il sistema di pensiero in cui si muoveva era stato costituito, duemila anni prima, perché non se ne parlasse, perché non si dovesse dunque pronunciarsi sulla sua natura giuridica [...]; senza l’irruzione delle biotecnologie, la storia dello statuto dell’uomo nel diritto civile sarebbe stata quella della censura del suo corpo»<sup>40</sup>.

L’*occasio legis* dell’art. 5 c.c. si è verificata nel 1934 allorquando la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull’inedito caso dell’espianto di una ghiandola sessuale maschile dal corpo di uno studente universitario per il trapianto a vantaggio di un ricco committente. Mentre quest’ultimo veniva indotto all’esecuzione dell’impianto dalla promessa di una virilità rinvigorita, il giovane “donatore” veniva indotto dalla remunerazione pari a diecimila lire. Si tratta del c.d. innesto Voronoff<sup>41</sup>.

È vero che l’integrità della ghiandola superstite può assicurare al giovane la continuità fisiologica e biologica dell’organo della procreazione, è però altrettanto vero che la spermatogenesi a cui provvedono i testicoli, nonché la funzione endocrina degli stessi, nel caso andavano considerate necessariamente alterate a causa di detta menomazione, oltre al danno potenziale costituito dalla ridotta riserva funzionale dell’organo, affidata alla sola ghiandola superstite.

Tuttavia, in difetto di una disposizione, come l’art. 5 c.c., l’espianto remunerato ai fini di successivo innesto non vantava l’antigiuridicità richiesta dalla struttura del reato, in ragione della applicazione della causa di giustificazione del consenso dell’avente diritto.

La Cassazione ha preso atto della questione proiettata nel futuro sottoposta al suo vaglio e ha affermato: «nei casi di lesione alla integrità, che comportano un pregiudizio di una certa rilevanza al corpo, la morale sociale valuta come lecito il consenso solo a condizione che concorra uno scopo di particolare valore sociale e il vantaggio alla salute di un’altra persona è di per sé uno scopo di particolare valore sociale [...]. Attesa l’importanza sociale del bene dell’integrità personale, la morale sociale non ritiene sufficiente a giustificare il



sacrificio uno scopo non immorale, ma esige addirittura che l'atto sia volto a realizzare un risultato vantaggioso per la collettività»<sup>42</sup>.

È stata tratteggiata, così, la via per il legislatore codicistico e fornita la primigenia indicazione dei principi della gratuità, volontarietà e solidarietà degli atti di disposizione del corpo nell'ordinamento italiano.

L'art. 5 c.c. va allora coordinato con le discipline specifiche in materia di espianto ai fini di trapianto o per la destinazione solidaristica o per studio e ricerca<sup>43</sup>.

Il corpo così giuridificato si compone di una pletera cospicua di parti, talune recanti l'attitudine ad essere separate dallo stesso. Quindi, il corpo si espande<sup>44</sup> oltre la sagoma dell'individuo e si moltiplica<sup>45</sup> negli organi, nei tessuti e nelle cellule da esso separati<sup>46</sup>, mediante la natura ciclica espulsione, come accade per i denti, per i capelli o per gli ovociti, oppure per avulsione o espianto, attraverso l'opera maieutica dell'uomo<sup>47</sup>. Il corpo diviene «istituzionalmente distribuito»<sup>48</sup>.

Tra queste parti corporali destinate a proiettare il corpo al di fuori della propria unità si annoverano i capelli, i denti, le parti del fegato, il rene, il cordone ombelicale, le cellule ematiche, i campioni di midollo osseo e tutte le parti cui è possibile ricorrere per studi anatomici<sup>49</sup>.

Si tratta di tutti gli organi, i tessuti e le cellule suscettibili di separazione in ragione di uno scopo di particolare valore sociale ed in virtù di una previsione di legge, ex l'art. 5 c.c.

Tanto il codice quanto le leggi speciali dedicate ai trapianti, però, non individuano il regime per il trattamento di queste parti ed il tema ha indotto grandi interpreti alla elaborazione di alcune soluzioni esegetiche.

Secondo la più risalente tesi dello *ius in se ipsum*<sup>50</sup>, l'ordinamento distingue l'uomo dal corpo: si verifica uno sdoppiamento che vede distinte le due proiezioni ordinamentali del corpo e della persona.

La persona è il soggetto di diritto, cui l'ordinamento attribuisce i diritti della personalità, tra cui il diritto alla salute; il corpo va inteso, invece, come entità cosale di supporto per il soggetto. Il primo, allora, vanta un diritto di proprietà sul secondo, che si estende anche sulle parti che da esso vengono divise, senza soluzione di continuità, poiché queste erano e continuano ad essere nella sfera giuridica patrimoniale, *sub specie* dominicale, del soggetto.

La tesi è stata profondamente criticata<sup>51</sup> ricorrendo a molteplici argomentazioni.

Anzitutto, si svaluta l'esecuzione di una procedura tesa all'espianto o all'avulsione della parte dal corpo. Non si tiene conto della *ratio* che giustifica la separazione, la sua causa: per vero, va diversamente inteso l'evento traumatico di origine naturale che comporta la caduta di un dente dal prelievo di sangue per l'innesto nel paziente che ne abbisogna per la sopravvivenza. Come è noto, infatti, il consenso informato alla procedura medica imprime una destinazione nei *biomaterials*, conseguentemente è ritenuta illecita ogni attività contraria al tipo di utilizzo consentito dalla determinazione del soggetto.

In secondo luogo, non assume rilievo la funzione esclusivamente solidaristica ad essa sottesa. La frammentata disciplina di trapianti e delle donazioni di organi, tessuti e cellule soggiace a precise regole comunitarie tese ad evitare che lo scopo di lucro determini l'elusione delle regole di sicurezza previste in materia.

Secondo taluni, poi, pure abbracciando la dualità uomo-corpo e a voler ritenere sottoposto a diritto di proprietà il corpo, come entità oggettiva speculare al soggetto titolare di diritti, la teoria diviene incoerente nella estensione del diritto di proprietà anche alle parti staccate. Non si tratta più di corpo, ma di cosa altra e diversa in ragione della perdita di unità<sup>52</sup>.

Infine, la tesi non presenta un addentellato normativo idoneo a giustificare la proprietà sul corpo.

Secondo una diversa opzione esegetica, adesiva alla dogmatica tedesca, le parti del corpo diventano cosa esterna all'unità con la separazione realizzata da un professionista, subiscono così una trasformazione in senso giuridico e soggiacciono alle regole che caratterizzano il possesso<sup>53</sup>.

La teoria in discorso valorizza la funzione esclusivamente solidaristica della separazione e rileva come l'espianto determini la formazione di una *res nullius per derelicto*.

Si presume, all'atto dell'espianto, una volontà di abbandonare la parte separata, mentre è posto in capo al soggetto che si priva della parte provare il difetto dell'*animus dereliquendi*.

Formata l'entità cosale inquadrata secondo l'insegnamento di Ulpiano, non vi sono ostacoli per individuare il *titulus acquirendi* nello schema della occupazione, a norma degli artt. 922 e 923 c.c.

La tesi, ancorché autorevolmente sostenuta, non è stata accolta con favore dalla dogmatica.

In specie, è stato osservato che non è possibile affermare la sussistenza di un generale *animus dereliquendi* all'atto di separazione e, sebbene il comportamento di abbandono possa essere presunto secondo le regole generali della occupazione, l'*animus* in discorso non appare conforme alle regole in materia. Si tratta di procedure che hanno precise funzioni e finalità, che non lasciano spazio alla presunzione di abbandono. Inoltre, sembra distonico ascrivere l'onere probatorio della carenza dell'*animus dereliquendi* proprio al diretto interessato dall'espanto.

La tesi, peraltro, non ha incontrato il favore della giurisprudenza, che ha confutato l'inquadramento alla stregua di *res nullius* e l'applicabilità dell'occupazione<sup>54</sup>, seguendo le citate osservazioni critiche.

Sempre in accordo con la dogmatica teutonica, taluni autori<sup>55</sup> hanno affermato, invece, che la separazione giustifica l'acquisto della proprietà delle cose separate, il distacco fa sì che l'entità diventi cosa autonoma, che abbandona il corpo sottoposto alla sfera personale per venire a far parte della sfera patrimoniale: «il fatto da cui dipende l'immediato sorgere del diritto [...] (e) può qualificarsi tra i fatti da cui il diritto sorge originariamente [...]». La parte staccata esce dalla sfera giuridica strettamente personale per entrare immediatamente in quella patrimoniale facente capo alla stessa persona, senza passare per la condizione di *res nullius*».

L'acquisto a titolo originario avvantaggia la stessa persona il cui corpo è attinto dalla procedura medica di espanto o dal trauma da cui deriva la separazione. Si tratta di un acquisto di diritto a titolo originario, mentre va negata cittadinanza ad una presunzione di abbandono della parte del corpo quando non sia provata la conoscenza preventiva della ulteriore destinazione della stessa.

Peraltro, secondo quanto sostenuto, non occorre l'abbandono per determinare l'acquisto della proprietà, perché si tratta di parti che «rientravano in una preesistente sfera giuridico-personale»<sup>56</sup>.

La tesi, accreditata in dottrina, è stata avallata da giurisprudenza ormai risalente. In particolare, il Tribunale di Milano<sup>57</sup> ha stabilito che il paziente ha diritto ad ottenere la consegna dei pezzi anatomici derivati da interventi chirurgici sul suo corpo, poiché è l'unico soggetto cui spetta disporre. In questo senso si è pronunciato pure il Tribunale di Napoli,

secondo cui è il paziente ad acquistare la proprietà della parte staccata dal suo corpo all'atto stesso del distacco<sup>58</sup>.

Il Tribunale di Milano ha affermato che la proprietà va ascritta al paziente sottoposto a procedura di avulsione di una propria parte a scopi terapeutici, cionondimeno il regime diverge allorché l'attività sanitaria viene esercitata da «un istituto di cura avente anche finalità scientifiche», nel qual caso le esigenze della ricerca scientifica, meritano di trovare adeguato riconoscimento e correlativa tutela giuridica<sup>59</sup>.

In questo senso si è posta pure una più recente pronuncia del Tribunale di Napoli, con cui è stato negato il diritto dominicale del paziente sui propri tessuti conservati dalla clinica. Il diritto di proprietà, su determinate cellule, sarebbe in contrasto con l'interesse della comunità scientifica alla conservazione della parte del corpo per acclerate finalità di studio. Quest'ultimo rappresenta un interesse meritevole di tutela<sup>60</sup> nell'ordinamento italiano e presidiato a livello costituzionale.

Ciò detto, tali pronunce non individuano il regime di controllo delle cliniche sui tessuti destinati a finalità di studio, né indicano l'addentellato normativo giustificativo di siffatto potere<sup>61</sup>.

Nonostante il *favor* dei formanti, anche la più accreditata tra le tesi è destinataria di critiche.

Coglie nel segno l'osservazione secondo cui la teoria appena esaminata reca un nuovo modo di acquisto a titolo originario, sprovvisto di una base legale sicura. È stato osservato che la teoria di De Cupis appena descritta «non ci spiega quale sia il presupposto legale sulla cui base essa attribuisce al 'distacco' il valore di causa o titolo dell'acquisto proprietario delle separate parti corporali; o, più semplicemente come quel fatto lo si possa considerare un legittimo modo di acquisto della proprietà di quelle certe "cose"»<sup>62</sup>.

Non soccorre allo scopo il richiamo del diritto d'autore.

Secondo qualcuno, infatti, è possibile assimilare le parti del corpo staccate alle opere d'ingegno, con il fine di recuperare una base giuridica alla tesi poc'anzi illustrata, individuata negli artt. 2576 c.c. e 6 l. n. 360/1941.

La parte separata dal corpo umano diverrebbe, secondo questa tesi, una cosa "per creazione", secondo la peculiare modalità con cui si verifica la separazione ad opera del medico. È proprio con la "creazione" del medico che si verifica l'acquisto della

proprietà sul *novum* da parte del soggetto sottoposto a trattamento.

È evidente come questo correttivo alla teoria di De Cupis operi una interpretazione analogica inibita, in quanto si fa applicazione non a casi simili ma a cose distinte nella consistenza oggettiva, nella modalità di produzione, nell'utilizzazione, nelle *rationes* sottese alla formazione e all'impiego.

Peraltro, secondo questa tesi è solo con la creazione che l'autore può difendere la paternità della propria opera, mentre nel caso della parte del corpo il soggetto vanta il diritto alla integrità fisica già prima del momento della separazione.

Più convincente appare l'impostazione esegetica che appunta la base giuridica nella disciplina dei frutti, ai sensi dell'art. 820 c.c.<sup>63</sup>, su cui si fonda l'impianto argomentativo della pronuncia qui annotata.

Le parti del corpo soddisfano, infatti, i due requisiti della derivazione dalla cosa madre e della autonomia dalla medesima per il godimento<sup>64</sup>. Non rileva, invece, che alcune parti possono non essere capaci di prodursi ciclicamente, poiché la ricorrenza o la periodicità della produzione del frutto nonché la conservazione della capacità produttiva della cosa

madre non si annoverano tra i requisiti necessari della fruttificazione<sup>65</sup>.

L'art. 821 c.c. individua nella separazione il *modus acquirendi* a titolo originario e riserva la proprietà sui frutti in capo al proprietario della cosa madre, salvo che sia prevista una diversa attribuzione in capo a soggetti terzi.

Non occorre, però, la proprietà della cosa madre per l'acquisto della proprietà, o meglio del potere di "governo", del frutto, è sufficiente invece una relazione qualificata dal diritto che legittimi l'acquisto della *governance* sul frutto.

È proprio il codice a fornire conferma: sono reperibili numerosi riferimenti normativi in tal senso<sup>66</sup>, essendo sufficiente un diritto di godimento sulla cosa madre, come nel caso dell'enfiteuta o dell'usufruttuario, o anche un rapporto di tipo obbligatorio, come nel caso del locatario, dell'affittuario, del creditore anticretico, del mezzadro o del possessore in buona fede.

**Stefania Pia Perrino**

Dottoranda di ricerca in Diritto penale

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. II, 1° giugno 2010, n. 20647, rv. 247270 – 01, § 3, in *Italggiure*, la pronuncia, tuttavia, opera una distinzione tra la concezione civilistica di bene mobile e il bene mobile nel diritto penale, operando una sovrapposizione dei concetti di *res* e bene. In specie, nella medesima pronuncia si legge al § 3: «la nozione penalistica di cosa mobile non coincide con quella civilistica, rivelandosi per certi aspetti più ridotta e, per altri, più ampia: è più ridotta laddove non considera cose mobili le entità immateriali - come, appunto, le opere dell'ingegno e i diritti soggettivi - che, invece, l'art. 813 c.c., assimila ai beni mobili; è più ampia, laddove comprende beni che, originariamente immobili o costituenti pertinenze di un complesso immobiliare (queste ultime assoggettate dall'art. 818 c.c., al regime dei beni immobili), siano mobilizzati, divenendo quindi asportabili e sottraibili e, pertanto, potenzialmente oggetto di appropriazione. Ulteriore conferma di ciò si desume - come sopra si è accennato - dall'art. 624 cpv. c.p., che considera cosa mobile anche l'energia, elettrica o di altra natura, munita di valore economico: infatti, come si evince dalla relazione ministeriale sul progetto del codice penale (vol. 2, p. 438 e ss.), il legislatore avvertì l'esigenza di chiarire la connotazione materiale di un bene come l'energia che, fino a quel momento, aveva fatto sorgere dubbi in molti autori di dottrina»; Cass. pen., Sez. II, 4 ottobre 2007, n. 36592, rv. 237807, in *Italggiure*; in generale sul concetto di cosa mobile a fini penalistici v. altresì Cass. pen., Sez. II, 8 novembre 1984, n. 9802, rv. 166566, in *Italggiure*; Cass. pen., Sez. I, 14 novembre 1974, n. 8514, rv. 128491, in *Italggiure*.

<sup>2</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 206; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in Trattato Cicu Messineo, Milano, 1982, p. 178; id., voce *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1959, p. 854 ss. C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, p. 163; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, p. 52; S. Rossi, *Corpo umano (atti di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, p. 250.

<sup>3</sup> G. Criscuoli, *L'acquisto delle parti staccate dal proprio corpo e gli artt. 820 e 821*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 1-2, p. 266 ss.; L. Francario, *I beni in generale*, cit., p. 54. Come conferma l'A., l'elenco dei frutti naturali operato dal codice (prodotti agricoli, legna, parti degli animali, prodotti delle miniere, cave e torbiere) ha natura esemplificativa; in secondo luogo, non occorre la proprietà della cosa madre per legittimare l'acquisto a titolo originario dei frutti.

<sup>4</sup> G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

<sup>5</sup> G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 273.

<sup>6</sup> P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza. Dalla sovranità alla proprietà*, in Aa.Vv., *Per uno statuto del corpo*, C.M. Mazzoni (a cura di), Milano, 2008, p. 71; id., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in NGCC, 2007, p. 1 ss; id., *Principi e forme del "governo del corpo"*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 99.

<sup>7</sup> P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit., p. 10.

- <sup>8</sup> P. Barcellona, voce *Frutti* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 215.
- <sup>9</sup> Trib. Milano, 25 maggio 2016, Pres. Tacconi, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di A. Vallini, *La rilevanza penale di una sottrazione violenta di ovociti da donna non consenziente*.
- <sup>10</sup> Cass. pen., sez. fer., 23 settembre 2016, n. 39541, Rv. 267990 – 01, in *Italggiure*; in *Giur. pen. web*, 2016, 10, con nota di M. Aliatis, *Prelievo forzoso di ovociti: rapina o violenza privata?*
- <sup>11</sup> Trib. Milano, sez. VIII pen., 31 maggio 2018, cit., § 1.11.1., p. 99.
- <sup>12</sup> A. De Cupis, *I diritti della personalità*, II ed., Milano, 1982, p. 177 ss. A. Barba, *sub art. 5 c.c.*, in *Aa.Vv., Codice civile commentato*, P. Rescigno (a cura di), X ed., Milano, 2018, p. 41; C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 163; F. Santoro-Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 52.
- <sup>13</sup> F. Mantovani, voce *Furto*, in *Dig. disc. pen.*, 1991, § 4.
- <sup>14</sup> F. Mantovani, *op. ult. cit.*, § 6.
- <sup>15</sup> S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, cit., § 10.
- <sup>16</sup> F. Mantovani, *op. ult. cit.*, § 4.
- <sup>17</sup> G. Raimondi, *Ritorno alla città*, Milano, 1958, p. 19 ss. L'A. narra di un uomo che, tagliandosi le unghie, ne raccoglieva i frammenti in una scatola. A causa dello strano "affetto" del raccoglitore costituiva una cosa in senso giuridico e un bene di sua proprietà.
- <sup>18</sup> A. Falzea, voce *Fatto vitale*, cit., p. 510.
- <sup>19</sup> G. Criscuoli, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., p. 266-267.
- <sup>20</sup> Cass. pen., Sez. II, 8 novembre 1984, n. 9802, Rv. 166566 – 01, in *Italggiure*.
- <sup>21</sup> Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. Giur.*, 1972, p. 394. La pronuncia ha avuto il merito di chiarire che con l'espianto della cornea non si determina l'acquisto della proprietà della parte del corpo enucleata da parte dell'operatore oculista, in ragione della operatività dell'occupazione. Sul punto, v. G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 268.
- <sup>22</sup> Cfr. G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.
- <sup>23</sup> Così G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.
- <sup>24</sup> Corte d'Appello Milano, 11 luglio 2019, inedita, p. 120.
- <sup>25</sup> Si consenta, sul punto, il rinvio a S.P. Perrino, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 4, 1308-1326.
- <sup>26</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, c. 2343, con nota di G. Casaburi, *Requiem (gioiosa) per il divieto di fecondazione eterologa: l'agonia della l. 40/04*; in *Fam. dir.*, 2014, 753 ss. con nota di V. Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss., con nota di C. Castronovo, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1005 ss., con nota di L. D'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *NGCC*, 2014, p. 393 ss., con nota di G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1068 ss., con nota di G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*; in *Riv. dir. intern.*, 2014, p. 1123, con nota di S. Tonolo, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; in *NGCC*, 2016, 10, p. 1360 ss., con nota di U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*; in *Studium Iuris*, 2014, 11, p. 1243-1257, con nota di Villani, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi «indirizzi operativi» della conferenza delle regioni*; L. Riscato, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1487 ss.; F. Basile, *I donatori di gameti*, in *NGCC*, 2015, 2, p. 223-240; M. D'Amico-M.P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa» (Analisi critica e materiali)*, Milano, 2014, p. 25 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 825 ss., con nota di A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*.
- <sup>27</sup> Si consenta il rinvio a S.P. Perrino, *Note a margine del D.P.R. 23 Agosto 2019 N. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte Cost. N. 162/2014*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 311-319.
- <sup>28</sup> S. Rodotà, *La vita e le regole*, III ed., Milano, 2018, p. 73.
- <sup>29</sup> A. Falzea, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Aa.Vv., Il diritto e la vita materiale. Atti dei Convegni Lincei*, Roma, 1984; in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 415.
- <sup>30</sup> M. Dogliotti, voce *Organo*, cit., § 1.
- <sup>31</sup> Pret. Barra, 10 dicembre 1987, n. 564, inedita.
- <sup>32</sup> È talmente copiosa la produzione legislativa in materia di trapianti da vivo in Italia da avere costituito un vero e proprio «microcosmo normativo estraneo al corpo del codice civile», tale da alimentare dialettiche autonome. Sul punto, cfr. G. Resta-V. Zeno Zencovich, *Informazione, consenso e responsabilità nei trapianti da vivente: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 965-986. Peraltro, la fuga dal codice, in favore della legislazione speciale frammentata, secondo taluni autori, ha determinato la scarsa diffusione delle pratiche di trapianto da vivo in Italia. Così, Moscati, *Trapianto di organi*, in *Dizionari di diritto privato*, N. Irti (a cura di), Milano, 1980, p. 812 ss.

<sup>33</sup> Si elencano, a titolo esemplificativo, le leggi vigenti in materia di trapianto di organi e innesto di tessuti e cellule: la l. 6 marzo 2001, n. 52, recante le disposizioni sulla donazione del midollo ed integrante le disposizioni normative in materia di prelievo di cellule staminali, midollari e periferiche; l. 21 ottobre 2005 n. 219, recante la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati; l. 12 agosto 1993, n. 301, sull'innesto della cornea; l. 16 dicembre 1999, n. 483, sui trattamenti per il trapianto parziale di fegato; l. 26 giugno 1967, n. 458, contenente la disciplina sul trapianto del rene tra persone viventi; l. 19 settembre 2012 n. 2012 in materia di trapianto di polmoni, pancreas e intestino; D.P.R. 23 agosto 2019, n. 131, Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani. Sul punto, si rinvia a S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul corpo)*, cit., p. 216 ss.; M. Dogliotti, voce *Organo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, p. 181 ss.; P. Vercellone, voce *Trapianti di tessuti e organi*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. II, Torino, 2003, p. 1267 ss.; F. Mantovani, *Trapianti*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit., p. 1537 ss.; id., *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1135 ss.

<sup>34</sup> In questo senso, v. P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., p. 85: "Al giurista che osserva la relazione con il corpo si apre un panorama incomparabile rispetto anche al recente passato. Un vasto repertorio di norme – che nascono dalle fonti internazionali e sopranazionali, dalle leggi, dalle fonti deontologiche, dalla giurisprudenza – forma uno 'statuto del corpo' che continuamente evolve".

<sup>35</sup> Direttiva 23/2004/CE sulla definizione delle norme di qualità e sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani. Alla citata Direttiva si accompagnano le Direttive attuative 2006/17/CE e 2006/86/CE.

<sup>36</sup> D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 191, Attuazione della Dir. 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; D. Lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; D. Lgs. 30 maggio 2012, n. 85, Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 16, recante attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

<sup>37</sup> È di Ulpiano il noto adagio *Nemo membrorum suorum dominus esse videatur*. Cfr. Ulpiano, frg. 13, Dig., IX, 2.

<sup>38</sup> S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 95.

<sup>39</sup> S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, cit., § 3; M.C. Venuti, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., p. 21 ss.; S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 85, il quale acutamente osserva come l'art. 5 c.c. non tenga conto delle nuove tecnologie che consentono le alterazioni per addizione, come nel caso dell'impiego di sostanze dopanti, di fumo passivo e attivo, dell'impiego di impianti elettronici per la reintegrazione di funzioni perdute, dell'impianto di microchip per il rilevamento delle condizioni di salute e dell'alterazione delle funzioni organiche, la marchiatura artistica come l'installazione di *piercing* o l'attività di tatuaggio o *branding*. Sul punto, M. Piccinni, *Il corpo artefatto: le "marchiature artistiche" tra integrità e autodeterminazione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 601 ss.; S. Bonini, *Il doping*, *ibidem*, p. 621 ss.

<sup>40</sup> J.P. Baud, *Il caso della mano rubata*, C.M. Mazzoni (a cura di), Milano, 2003, p. 50 ss.

<sup>41</sup> Dal nome dell'autore della procedura Serge Abrahamovitch Voronoff. Cfr. M. Donati, voce *Voronoff (Serge)*, in *Enc. Treccani*, 1937. Per gli aspetti giuridici dell'espianto, M.C. Venuti, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., p. 21; S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 84; id., *Il corpo giuridificato*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 53; C.G.O. Frattari, *I diritti sul corpo tra prerogative individuali e interessi pubblici. Il caso dell'innesto Voronoff*, in *NGCC*, 2020, p. 101 ss.

<sup>42</sup> Cass. pen., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, 2, c. 146 ss. con nota di G. Arangio Ruiz, *Contro l'innesto Voronoff da uomo a uomo*. Sul punto, cfr. F. Maroi, *sub art. 5 c.c.*, in M. D'Amelio, *Commentario del codice civile*, Firenze, 1940, p. 97.

<sup>43</sup> G. Resta, *op. ult. cit.*, p. 809 ss. L'A. descrive l'art. 5 c.c. come "ormai" un tassello, neanche troppo importante, in un più complesso novero di regole e principi, di fonte non soltanto interna ma anche e sempre più internazionale, in ragione di una progressiva erosione della disposizione.

<sup>44</sup> P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 114.

<sup>45</sup> S. Rodotà, *Il corpo giuridificato*, cit., p. 60.

<sup>46</sup> G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 805 ss.

- <sup>47</sup> Per un approfondimento sulla estensione del corpo oltre i confini della sua unità fisica v. S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 80.
- <sup>48</sup> S. Rodotà, *Il corpo giuridificato*, cit., p. 62.
- <sup>49</sup> S. Pugliatti, voce *Cosa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 8.
- <sup>50</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 206; id., *Il problema giuridico della trasfusione di sangue*, in *Foro it.*, 1938, 4, c. 92; id., *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, p. 54. In particolare, l'A. inquadrava il sangue, prelevato per la trasfusione e la cessione a terzi, quale cosa e parte del corpo umano, suscettibile di cessione a terzi. Si tratta di una tesi avanzata in un periodo storico in cui era ammessa la donazione professionale di sangue: dopo la terza cessione, il paziente poteva conseguire un corrispettivo economico. Tale previsione è stata abrogata. Ciononostante, la tesi di Carnelutti non richiedeva un corrispettivo economico per configurare come entità cosale oggetto di proprietà del soggetto. In questo senso, anche V. Degni, *Sulla trasfusione obbligatoria del sangue*, in *Foro it.*, 1938, c. 129; id., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato Vassalli*, 1939, 1, Torino, p. 139 ss. *Contra*, S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 56; P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., p. 65.
- <sup>51</sup> *Ex Multis*, cfr. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 182; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, II ed., Milano, 1982, p. 177 ss.; P. D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo a tutela della persona umana*, Camerino, 1983, p. 16.
- <sup>52</sup> G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 268.
- <sup>53</sup> C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 163-168, l'A. opera una distinzione tra regime giuridico delle spoglie umane e parti del corpo separate da essere umano vivente: la parte staccata viene trasformata con la separazione in cosa esterna, che non offre alcun godimento e interesse di scambio, infatti sono di regola destinate alla eliminazione, sicché appare fondata la presunzione di abbandono. Le parti staccate possono essere gestite come cose e sono suscettibili di possesso. Diversamente nel caso del cadavere, l'A. nega la possibilità dei privati di possederlo o di disporne come cosa propria, anzi le spoglie umane si ritiene siano di proprietà pubblica, soggiacciono alla polizia funeraria o alle esigenze di insegnamento o di sperimentazione. In senso conforme, M. Dogliotti, *op. ult. cit.*, p. 81.
- <sup>54</sup> Trib. Milano, sez. I civ., 17 aprile 1961, in *Temi*, XXXVII, Milano, 1961, p. 141 ss.,
- <sup>55</sup> A. De Cupis, *op. ult. cit.*, p. 178.
- <sup>56</sup> A. De Cupis, *op. ult. cit.*, p. 181.
- <sup>57</sup> Trib. Milano, sez. I civ., 17 aprile 1961, cit., p. 141 ss.
- <sup>58</sup> Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. Giur.*, 1972, p. 39. *Contra*, Trib. Napoli, 14 gennaio 2005, in *Dir. Giur.*, 2008, p. 300 ss., con nota di C. Ghionni, *Le parti separate dal corpo umano tra proprietà e diritto alla salute*.
- <sup>59</sup> Trib. Milano, 7 aprile 1966, in *Temi*, 1966, p. 303.
- <sup>60</sup> Trib. Napoli, 14 gennaio 2005, in *Dir. giur.*, 2008, p. 300.
- <sup>61</sup> Vi è chi si richiama agli ordinamenti di *common law*, in cui risultano notevolmente più diffuse le biobanche tese alla conservazione dei *biomaterials*. Nei centri autorizzati di tali ordinamenti non si acquista la proprietà all'esito del prelievo, ma un potere di controllo dei tessuti e delle cellule secondo l'antico modello della *stewardship*. Il "donatore", inquadrato nella figura del *settlor*, cede il controllo sui campioni alla biobanca, quest'ultima agisce così in qualità di *trustee* (gestita da una fondazione pubblica no-profit), assume l'obbligo di amministrazione dei *biomaterials* in adesione al vincolo fiduciario, in uno con l'obiettivo del benefit-sharing collettivo. La collettività, allora, diviene il *beneficiary* del trust, di cui fa parte in questo caso lo stesso donatore. Una parziale applicazione di tale sistema è stata realizzata nel progetto UK biobank. Si tratta di biobanca che si qualifica proprietaria dei *biomaterials* («legal owner of the database and the sample collection»), tuttavia soggiace a stringenti vincoli e realizza un peculiare *public-private charitable model*, mediante il quale si cercano di perseguire gli obiettivi di pubblico interesse. Per un approfondimento, I. Rapisarda, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2, p. 625-664.
- <sup>62</sup> G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 270.
- <sup>63</sup> G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.
- <sup>64</sup> P. Barcellona, *op. cit.*, p. 215 ss.
- <sup>65</sup> P. Barcellona, *op. cit.*, p. 214.
- <sup>66</sup> Il pensiero corre agli artt. 52,53-56, 324, 959, 984, 1021, 1148, 1615, 1635-1636, 1960, 2155, 2791 c.c.

## I riflessi penali del sistema concessorio nel settore del gioco lecito: omesso riversamento del PREU e peculato alla luce delle Sezioni Unite n. 6087/2021.

di **C. Urciuoli** e **T. Politi**

La sentenza delle Sezioni Unite in commento costituisce una pietra miliare nel diritto penale del gioco lecito, un settore caratterizzato da notevoli difficoltà interpretative dovute all'elevato indice di specializzazione della materia, ma anche da interventi legislativi spesso disorganici.

I giudici di legittimità hanno infatti definitivamente risolto un conflitto giurisprudenziale, sorto all'interno di una stessa sezione della Suprema Corte, ritenendo corretto l'indirizzo ermeneutico maggioritario che qualifica come peculato l'indebita appropriazione del PREU da parte del "gestore"/terzo incaricato della raccolta", sul presupposto che il denaro raccolto con l'utilizzo di apparecchiature collegate alla rete telematica del concessionario deve ritenersi denaro pubblico. Più in particolare, le SS.UU. hanno precisato che non solo il PREU, ma tutti i proventi del gioco presenti negli apparecchi, al netto del denaro restituito quale vincita agli scommettitori, appartengono all'Amministrazione, così chiarendo che il gestore non assume mai il possesso autonomo del denaro, ma lo detiene nomine alieno.

Le Sezioni Unite forniscono anche risposta agli ulteriori quesiti posti nell'ordinanza di remissione, vale a dire se il gioco lecito abbia natura di pubblico servizio e se il gestore rivesta la qualifica di incaricato di un pubblico servizio.

Entrambi i quesiti ricevono una soluzione affermativa: a) in primo luogo, perché l'attività del gioco lecito rientra a pieno titolo tra le attività "oggettivamente qualificate per inerenza a pubblici interessi" ed assunte a proprio carico dallo Stato. La Suprema Corte sottolinea, infatti, come sia indubbio che il concessionario svolge in regime di concessione un pubblico servizio, riservato al monopolio statale", il cui oggetto consiste in quel controllo delle attività di gioco specificamente finalizzato, da un lato, al "rispetto dei limiti entro quale [il gioco, ndr] può ritenersi lecito, svolgendo quella funzione pubblica, più volte dichiarata nella normativa, di contrasto alla diffusione della ludopatia e delle attività criminali" e, dall'altro, alla gestione degli incassi delle giocate, destinate all'Erario; b) in secondo luogo, perché il gestore non solo è "partecipe" della qualifica di incaricato di un pubblico servizio del concessionario-agente contabile, a causa del maneggio, in nome e per conto di quest'ultimo, dell'importo residuo oggetto di "scassetamento", ma anche, in una diversa prospettiva – e prescindendo dalla funzione di raccolta (e dunque dalla natura e pertinenza) dell'importo residuo – in quanto l'Amministrazione impone che i soggetti delegati (dal concessionario) esercitino anche attività proprie del pubblico servizio, con compiti che risultano direttamente finalizzati a garantire la regolarità e, dunque, la legalità del gioco.

E ciò anche al fine di "rompere" la circolarità di un ragionamento – natura pubblica del denaro/altruità del medesimo/inquadramento tra i servizi pubblici del suo maneggio da parte di tutti gli operatori della filiera – e di porre definitivamente la parola fine al contrasto giurisprudenziale, oggetto proprio della remissione alle Sezioni Unite, che tale circolarità aveva ingenerato.

**Sommario:** **1.** Premessa: il diritto penale del gioco lecito. - **2.** Gli apparecchi da gioco e gli operatori di filiera. - **3.** L'importo residuo: natura, destinazione, compiti del gestore/terzo incaricato. - **4.** Il quesito di diritto rimesso alle SS. UU. - **5.** L'impostazione problematica della sentenza Cass. Pen., sez. VI, n. 21318/2018. - **6.** Ulteriori problematiche sorte a seguito dell'ordinanza di remissione: la qualifica di incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p. del gestore/terzo incaricato e del concessionario. - **7.** L'orientamento prevalente della giurisprudenza penale in contrasto con la sentenza Cass. Pen., sez. VI, n. 21318/2018. - **8.** La natura tributaria del PREU: il giocatore come contribuente di fatto. - **9.** Il rapporto concessorio e i suoi riflessi sull'appartenenza originaria allo Stato di (tutti i) proventi del gioco. Il ruolo del concessionario quale agente contabile. - **10.** L' "altruità" del denaro maneggiato dal gestore/terzo incaricato (e dal concessionario). - **11.** Il gioco lecito quale servizio pubblico. - **12.** Il gestore quale incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p. - **13.** Conclusioni: la configurabilità del diritto di peculato in capo al gestore/terzo incaricato nel caso dell'omesso versamento dell'importo residuo.

## 1. Premessa: il diritto penale del gioco lecito.

Da quasi vent'anni, il diritto penale del gioco lecito si è caratterizzato, più che altri settori, per una difficoltà dovuta all'elevato indice di specializzazione richiesto dalla materia e di conseguente tecnicizzazione delle fattispecie concrete.

A questo dato, connaturale all'attività e alla specificità del settore, occorre aggiungere: a) la stratificazione e la scarsa organicità della normativa, primaria e soprattutto secondaria; b) la (solo apparente, come si vedrà) scollatura tra norme di carattere amministrativo e norme tributarie; nonché, da ultimo, c) la pressoché totale assenza di produzione dottrinale in un settore generalmente negletto, nonostante gli enormi spunti di interesse e l'elevato numero di casi giurisprudenziali. Se si considera tutto questo, si arriverà a comprendere le ragioni della difficoltà talora incontrata nell'interpretazione pretoria.

E ancora, gli interventi legislativi *in subiecta materia*, oltre che disorganici, sono stati ovviamente contrassegnati da una spiccata attenzione a quegli aspetti della disciplina che, in maniera diretta o indiretta, sono suscettibili di incidere sul (notevolissimo) gettito erariale generato dall'attività del gioco.

Di fronte a questo quadro, il rischio è quello di un disorientamento sistematico.

Un rischio culminato nella pronuncia della Corte di Cassazione, sez. VI, n. 21318 del 2018<sup>1</sup>, la quale, partendo da una "rilettura" delle fonti normative primarie in tema di gioco lecito e valorizzandone atomisticamente alcune tra esse - segnatamente quelle relative al prelievo erariale unico (c.d. PREU) applicato agli apparecchi da intrattenimento - ha concluso per la mera rilevanza tributaria del mancato riversamento del PREU.

Tale travisamento, oltre ad avere conseguenze esiziali per la sopravvivenza di un intero comparto e delle casse erariali, avrebbe peraltro stravolto i (finora in verità solo abbozzati) *tentativi* di sistematica della materia penale del gioco lecito.

In questo contesto, la pronuncia delle Sezioni Unite in commento costituisce una pietra miliare nel diritto penale del gioco lecito e, in specie, nel settore degli apparecchi da divertimento e intrattenimento con vincita in denaro (meglio noti come *slot machines*) regolamentati dall'art. 110, c. 6 lett. a) e b) del TULPS. Nonostante il suo indubbio valore, il giudizio poteva peraltro costituire occasione per fare definitivamente chiarezza anche su questioni collaterali e soggiacenti

a quella risolta – questioni sulle quali ancora oggi pesa più di un'incertezza ermeneutica, spesso frutto di una lettura tralattizia di pronunce più risalenti.

In questo senso, tuttavia, le Sezioni Unite pur non offrendo diretti riferimenti risolutivi, forniscono indicazioni fondamentali che consentono all'interprete un approccio ermeneutico chiarificatore.

Prima di passare al commento della questione sottoposta alle Sezioni Unite e alla sua soluzione, appare però opportuno riepilogare alcuni dati di base circa il contesto e lo "stato dell'arte", normativo e giurisprudenziale, relativo alle ipotesi di responsabilità penale all'interno della filiera del gioco mediante apparecchi da intrattenimento.

Lo sforzo non sarà stato vano se, da questa prospettiva, si riuscirà a contribuire, in misura seppur minima, a far venire alla luce quella che abbiamo definito "sistematica" del diritto penale del gioco lecito.

## 2. Gli apparecchi da gioco e gli operatori di filiera.

Come noto, l'attività di gioco mediante apparecchi da divertimento e intrattenimento configura un monopolio statale, regolato dall'Amministrazione dei Monopoli e delle Dogane (ADM)<sup>2</sup>.

L'esercizio di tale attività è demandato, su base concessoria, ad un numero ristretto di soggetti commerciali (cessionari), cui lo Stato delega, per quel che qui interessa: a) la commercializzazione del gioco lecito secondo le modalità previste dalla legge; b) l'attivazione e conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco medesimo<sup>3</sup>.

Ma la filiera del c.d. *gaming* non si esaurisce nella figura del concessionario.

La convenzione di concessione, infatti, prevede che i concessionari possano affidare talune operazioni collegate all'attività di gioco a soggetti esterni alla propria organizzazione d'impresa, mediante sottoscrizione di specifici accordi di natura contrattuale, ma dal contenuto sostanzialmente predeterminato da ADM.

Tali soggetti, presenti in gran numero su tutto il territorio nazionale, vengono denominati indifferentemente "gestori" o "terzi incaricati della raccolta", in quanto le attività affidate loro dal concessionario consistono, precipuamente, nell'installazione e manutenzione degli apparecchi da gioco, nonché nella raccolta periodica del c.d. importo residuo, vale a dire delle somme giacenti nel cassetto di ciascun apparecchio, al netto di quanto



redistribuito in vincite ai giocatori.

Tutti gli apparecchi installati, mantenuti e “scassettati”<sup>4</sup> per conto del concessionario – previa contrattualizzazione da parte di quest’ultimo – dal singolo gestore, possono entrare a far parte della rete del gioco lecito solo ed in quanto siano previamente dotati di nulla-osta del concessionario e collegati alla rete telematica di quest’ultimo<sup>5</sup>.

In altri termini, a prescindere dall’esistenza o meno di un rapporto di titolarità materiale tra gli apparecchi e il concessionario (o il gestore), l’elemento essenziale che rende giuridicamente “lecito” il gioco prodotto da ciascun apparecchio è la sua inclusione all’interno della rete di apparecchi del concessionario – e quindi all’interno del sistema concessorio. Qualora gli apparecchi siano di proprietà del gestore (circostanza nella pratica piuttosto frequente), infatti, mediante la sottoscrizione del suindicato accordo egli è tenuto alla “messa a disposizione” del proprio parco apparecchi al concessionario, affinché quest’ultimo li doti del nulla-osta per la messa in esercizio e li colleghi alla propria rete telematica<sup>6</sup>.

Risulterà chiaro, a questo punto, perché, nella casistica giudiziaria, la gran parte dei procedimenti penali concerna proprio attività illecite poste in essere dai “gestori” o “terzi incaricati”<sup>7</sup>, sia nella fase di gestione degli apparecchi che, ancor più, in quella di raccolta dell’importo residuo<sup>8</sup>.

Le ragioni sono assai semplici: i concessionari del gioco, soggetti apicali della filiera, sono organizzazioni complesse, caratterizzate al loro interno da diversi piani di controllo e autosorveglianza, dotate, a monte del rapporto concessorio con lo Stato, di elevati requisiti di onorabilità, di affidabilità e di solidità economico-finanziaria, nonché obbligate a prestare allo Stato garanzie patrimoniali di portata tale da sterilizzare qualunque tentazione di tipo appropriativo – che peraltro comporterebbe *ipso iure* la revoca della concessione.

I gestori (o terzi incaricati), invece, sommano su di sé compiti essenziali e fattori di rischio: strutture semplici (in molti casi ditte individuali o società di persone) cui pure, a fronte di tale semplicità strutturale e dei requisiti minimi individuati per l’iscrizione al RIES<sup>9</sup>, sono delegate sia la manutenzione degli apparecchi che il maneggio quotidiano del denaro “scassettato” (denaro avente natura pubblica, come si dirà) in misura di assoluto rilievo.

### 3. L’importo residuo: natura, destinazione compiti del gestore/terzo incaricato.

Il primo tra gli obblighi dei concessionari è quello di versamento all’Erario del Prelievo erariale unico (di seguito PREU) maturato dagli apparecchi da gioco in dipendenza dell’ammontare delle giocate e al netto di quanto gli apparecchi medesimi erogano in vincite ai giocatori.

A monte dell’attività di versamento del PREU è precipuo compito del concessionario altresì quello di “determinare” l’entità del PREU maturato all’interno della rete telematica dallo stesso realizzata e condotta e, successivamente, di comunicarla al sistema centrale di controllo di ADM che, in questo senso, si limita a recepire e “verificare” quanto attestato dallo stesso concessionario<sup>10</sup>.

Peraltro, a ben vedere, in tale attività potrebbe rinvenirsi l’esercizio di una pubblica funzione in capo al concessionario *sub specie* del conferimento di un esplicito potere certificativo *ex art.* 357 c.p.

Rispetto a tale obbligo concessorio, il ruolo (ancillare) ricoperto dalla figura (eventuale) del gestore è chiarita già a partire dal *nomen iuris* di “terzi incaricati [della raccolta del gioco]” che viene loro talora attribuito proprio a sottolineare la peculiarità del loro compito principale.

Sotto la denominazione “raccolta del gioco” ricadono in effetti due distinte attività: a) una, per così dire a monte, consistente nella messa a disposizione ai giocatori degli apparecchi di gioco. In questo senso, per “raccolta del gioco” si intende l’attività di predisposizione e materiale organizzazione stessa del gioco in favore dei giocatori; b) una seconda attività, successiva alla prima, consistente nella “raccolta e nella messa a disposizione del concessionario, a scadenze concordate, dell’importo residuo”, così come previsto dalla Convenzione di Concessione<sup>11</sup>.

Ebbene, *quid iuris* se un gestore/terzo incaricato omette di riversare al concessionario l’importo residuo raccolto?

### 4. Il quesito di diritto rimesso alle Sezioni Unite.

La questione rimessa alle Sezioni Unite sorge a seguito della citata pronuncia della sesta sezione della Suprema Corte n. 21318 del 2018 (c.d. Poggianti), che ribaltando completamente l’orientamento consolidato delle Sezioni Unite civili, del Supremo Collegio penale nonché del giudice amministrativo e contabile, escludeva la

configurabilità del delitto di peculato (nonché, in definitiva, di qualsivoglia illecito penale) in capo al c.d. “gestore” sul presupposto che *“il denaro incassato all’atto della puntata, e causa di questa, deve ritenersi non immediatamente di proprietà, pro quota, dell’erario [...], bensì interamente della società che dispone del congegno da gioco, anche per la parte corrispondente all’importo da versare a titolo di prelievo unico erariale”*.

Da qui il quesito di diritto così formulato dal Collegio remittente<sup>12</sup>: *“se l’omesso versamento del prelievo unico erariale (PREU), dovuto sull’importo delle giocate, al netto delle vincite erogate, da parte del “gestore” degli apparecchi da gioco con vincita in denaro o del “concessionario” per l’attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito, costituisca il delitto di peculato”*.

L’ordinanza di rimessione, poneva, dunque, una duplice problematica rilevante ai fini della configurabilità del delitto di peculato: da un lato, veniva revocata in dubbio – sulla scorta del richiamato, minoritario indirizzo ermeneutico condensato nella pronuncia n. 21318 del 2018 – la sussistenza di una condotta appropriativa da parte del gestore; dall’altro, si dubitava della possibilità di qualificare soggettivamente quest’ultimo (così come il concessionario) quale incaricato di un pubblico servizio ai sensi dell’art. 358 c.p.: due profili intimamente connessi tra loro eppure logicamente distinguibili, entrambi risolti con la sentenza in commento.

### 5. L'impostazione problematica della sentenza Cass., sez. VI, n. 21318/2018.

La (non accolta) impostazione “innocentista” muoveva da un assunto fondamentale, e cioè che il gestore/terzo incaricato della raccolta, in quanto proprietario del congegno di gioco o comunque ritenuto – erroneamente – suo “detentore”, fosse altresì il proprietario delle somme generate dalle giocate (vale a dire dell’“importo residuo”), trattandosi di “ricavo d’impresa” del gestore.

Come in precedenza chiarito, la principale posta costituente l’importo residuo è rappresentata dal PREU.

Con specifico riferimento al PREU, la sesta sezione, nella pronuncia *de qua*, escludeva che *“il soggetto che incassa le somme delle giocate riceva ab origine denaro di proprietà dell’erario”*, opinando che, al contrario, *“il denaro così percepito costituisce il ricavo*

*di un’attività commerciale* (c.d. ricavo d’impresa), *sulla quale è parametrata l’obbligazione tributaria”*.

In altri termini, il PREU altro non costituirebbe se non l’oggetto di un’obbligazione tributaria commisurata all’entità del denaro percepito dal gestore nell’esercizio della sua attività commerciale<sup>13</sup>.

Pertanto, la condotta di mancato riversamento del PREU commessa dal gestore rappresenterebbe un mero inadempimento tributario, privo di qualsivoglia disvalore penale per difetto del requisito dell’“altruità” delle somme raccolte e – si aggiunga – per la mancanza di una specifica fattispecie penaltributaria incriminatrice rispetto al suo omesso versamento<sup>14</sup>.

Il Collegio remittente, nella propria ordinanza, evidenziava come tale conclusione apparisse coerente con la natura tributaria del PREU, risultante da una pronuncia resa dalla Corte costituzionale nel 2006, nell’ambito di un giudizio per conflitto di attribuzione<sup>15</sup>.

### 6. Ulteriori problematiche sorte a seguito dell’ordinanza di remissione: la qualifica di incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p. del gestore/terzo incaricato e del concessionario.

Alla *questio iuris* circa l’“altruità” delle somme e la correlativa (assenza di) rilevanza penale delle condotte di mancato riversamento del PREU da parte del gestore, l’ordinanza di rimessione ne aggiungeva una, di capitale importanza, relativa alla possibilità (*rectius*: necessità) di qualificare soggettivamente quali incaricati di un pubblico servizio ex art. 358 c.p. sia il gestore/terzo incaricato sia lo stesso concessionario.

La questione proposta può essere esplicitata nella seguente alternativa: il gioco lecito costituisce un settore di pubblico servizio in senso oggettivo anche a prescindere dalla natura del PREU? Detto in altri termini: la qualità di incaricati di servizio pubblico del concessionario e del gestore discende esclusivamente dall’impostazione (la cui validità veniva rimessa alle Sezioni Unite) secondo cui gli stessi sarebbero detentori di *pecunia ab origine publica* (il PREU)?

Le ricadute di tale alternativa, sotto il profilo penale, sono evidenti. Si pensi soltanto alla possibilità di individuare, una volta eventualmente stabilita la titolarità dell’importo residuo (e segnatamente del PREU) in capo ad un soggetto diverso dal gestore (Stato o concessionario), la corretta fattispecie incriminatrice: ove si acceda alla ipotesi di una

sostanziale estraneità del settore al concetto penalistico di pubblico servizio, potrebbe al più configurarsi un'appropriazione indebita aggravata, ai sensi degli art. 646 c.p. e 61 n. 11<sup>16</sup>.

Ponendo la questione, la Corte remittente segnala come le stesse Sezioni Unite Civili, 29 maggio 2019 (ud. 4 dicembre 2018), ord. n. 14697, avevano rilevato a più riprese che l'attività del gioco, pur svolgendosi in ambito concessorio, non avesse natura di servizio pubblico, né assolvesse una funzione neanche *latu sensu* pubblicistica<sup>17</sup>.

Si domandava dunque alle Sezioni Unite se l'esercizio del gioco d'azzardo, ancorché in regime concessorio, rientrasse nel perimetro proprio ai pubblici servizi oppure ne fosse per natura evidentemente estraneo, ove si astraesse dalle connesse entrate tributarie e dal vantaggio erariale che ad esse consegue.

Questa l'ulteriore questione posta dal remittente, il quale, nella propria ordinanza, non nascondeva di dubitare della possibilità di riconoscere al settore del gioco quell'asservimento a finalità di interesse generale che è intrinsecamente connessa alla nozione di cui all'art. 358 c.p. secondo il criterio oggettivo-funzionale sposato dal legislatore del 1990<sup>18</sup>.

Queste le questioni sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite.

### **7. L'orientamento prevalente della giurisprudenza penale in contrasto con la sentenza Cass., sez. VI, n. 21318/2018.**

È necessario, a questo punto, esaminare l'indirizzo giurisprudenziale "opposto" a quello, testé riassunto, di Cass. Pen., sez. VI, n. 21318/2018.

Si tratta di un indirizzo unitario nel senso della configurabilità del delitto di peculato in capo al gestore che ometta di riversare il PREU raccolto.

A partire dal 2008, infatti, presso la Corte nomofilattica si è formato un orientamento univoco: a) nel ritenere il denaro raccolto negli apparecchi da gioco *ab initio* di spettanza dell'Erario, almeno con riferimento al PREU e b) nel qualificare il terzo incaricato della raccolta/gestore come all'uopo incaricato di un pubblico servizio.

Così la sentenza della Cassazione, VI sezione penale, 15 settembre 2008 (ud. 28 maggio 2008) n. 35373, e soprattutto quella emessa dalla Cassazione, II sezione, 30 aprile 2013 (ud. 10 aprile 2013) n. 18909. Il discrimine posto allora dal Supremo Collegio riguardava l'esistenza o meno di condotte artificiose

che avessero reso possibile al gestore/terzo incaricato l'apprensione di somme di denaro giocate dai giocatori: in caso di esistenza di tali artifici o raggiri, si sarebbe dovuta configurare la frode informatica aggravata, ovvero, a seconda della natura dell'artificio, la truffa pluriaggravata, rispetto alla quale la frode informatica si atteggia a norma speciale. Diversamente, in caso di apprensione da parte del terzo incaricato di somme lecitamente giacenti negli apparecchi con vincite in denaro – ed è il caso che qui interessa –, si sarebbe dovuto configurare il delitto di peculato.

Questo principio di diritto, ha trovato conferma anche in pronunce successive per ciò che concerne la sussistenza del peculato nei fatti appropriativi, mentre è stato in certa misura "stravolto", fino ad esiti paradossali, per ciò che concerne i fatti manipolativi<sup>19</sup>.

Da ultimo, ancora, Cass. Pen., VI sez., 5 febbraio 2020 (ud. 30 aprile 2019) n. 4937, in aperto contrasto proprio con la sentenza n. 21318 del 2018 della stessa sezione, affermava *expressis verbis* che "gli operatori di filiera non contraggono una mera obbligazione tributaria bensì, rivestendo il ruolo di incaricati di pubblico servizio (consistente nella raccolta del denaro dei giochi), sono tenuti a versare immediatamente al concessionario le somme ottenute dai giochi attraverso gli apparecchi predisposti per le giocate" e, quale immediato e necessitato precipitato logico, che "commette il reato di peculato il titolare dell'attività di raccolta delle giocate, allorché omette il versamento delle somme riscosse per conto dell'Amministrazione Finanziaria, atteso che il denaro incassato dall'agente è, sin dal momento della sua riscossione, di pertinenza della P.A."

L'orientamento ultradecennale favorevole al riconoscimento del delitto di peculato in capo al gestore infedele risultava del resto già conforme alle numerose pronunce in materia di lotto, disciplina in larga parte analoga a quella del gioco lecito mediante apparecchi da intrattenimento, quanto a modalità di ripartizione degli aggi e dei tributi<sup>20</sup>.

### **8. La natura tributaria del PREU: il giocatore come contribuente di fatto.**

Arriviamo così alla decisione in commento.

Una volta riassunte le posizioni in campo, il primo punto preso in esame dalle Sezioni Unite è quello relativo alla natura del PREU. Il Supremo Collegio non ha dubbi: "Il PREU è configurato come imposta sul consumo", sostitutiva della precedente forma

di imposta sugli intrattenimenti applicata agli apparecchi da gioco. In altri termini si ribadisce quanto affermato dalla Corte Cost. 19 ottobre 2006 (ud. 27 settembre 2006) n. 334/2006.

A questo punto, il successivo passaggio del percorso motivazionale attiene alla corretta qualificazione del concessionario come contribuente di diritto e non di fatto.

*“La natura di imposta di consumo, quindi, porta a ritenere che rispetto al PREU il giocatore è il contribuente di fatto, mentre il concessionario è il contribuente di diritto; l'imposta, difatti, è computata sull'importo della giocata e non sul reddito di impresa del contribuente di diritto”.*

Già nell'indirizzo minoritario di Cass., sez. VI, 21318/2018 e ancora nell'ordinanza di rimessione, infatti, si evidenziava come il concessionario fosse individuato dalla legge come soggetto passivo d'imposta. Da tale argomento, la sentenza del 2018 aveva inferito che il gestore, poiché solidalmente responsabile con il concessionario – per l'appunto il soggetto passivo d'imposta previsto dalla legge – per il versamento del PREU (*ex art. 39-sexies*, co. 1, d.l. n. 269/2003), non ricevesse affatto denaro *ab origine* di proprietà dell'Erario, bensì denaro costituente il ricavo di un'attività commerciale, legittimamente o illegittimamente svolta come si dirà, sulla quale è, poi, parametrata l'obbligazione tributaria (il PREU, considerato, a torto, come un peculiare tipo di imposta sul reddito).

Tuttavia, proseguono le Sezioni Unite, il fatto che il concessionario sia individuato dalla legge quale contribuente di diritto, non significa che sia anche necessariamente il contribuente di fatto.

In tanto risiedeva l'equivoco in cui sono incorse la sentenza 21318/2018 prima e l'ordinanza di rimessione poi; equivoco in verità parzialmente indotto dalla stessa lettera della legge n. 269/2003 che, privilegiando di fatto quei profili connessi alla tutela del (consistente) gettito erariale generato dal gioco lecito fin dalla previsione del concessionario quale “soggetto passivo d'imposta” con riferimento al PREU, ha finito per prestare il fianco a molteplici dubbi interpretativi nonché dalla pronuncia del 2006 del Giudice delle Leggi in punto di presupposti e base imponibile del PREU (v. *infra*, in questo paragrafo).

Al contrario, proprio la natura di imposta sul consumo, nel caso del gioco con gli apparecchi da intrattenimento, rende evidente che il contribuente di fatto vada individuato nel giocatore, mentre la

configurazione del concessionario come contribuente di diritto è necessaria per consentire all'Erario di poter liquidare e riscuotere agevolmente il PREU.

La conclusione appare del tutto condivisibile, ancorché essa ometta di confrontarsi *funditus* con tutti gli argomenti proposti (direttamente o indirettamente) dall'ordinanza di rimessione nel richiamo alla Corte Costituzionale del 2006.

Come abbiamo visto, infatti, il Giudice delle Leggi aveva affermato che la natura tributaria del PREU riposi sulla sua genesi dall'imposta sugli intrattenimenti, della quale, pur nella sua autonomia, avrebbe mantenuto le caratteristiche essenziali. Tra tali caratteristiche essenziali, la Corte costituzionale menzionava in primo luogo il presupposto impositivo – da rinvenirsi, ai sensi del primo periodo del comma 13 dell'art. 39 del decreto-legge n. 269 del 2003, nell'*utilizzazione* di apparecchi e congegni per il gioco lecito negli esercizi autorizzati; in secondo luogo, l'imponibile, che continuerebbe ad essere costituito dai *proventi del gioco*<sup>21</sup>.

Sono considerazioni compiute in *obiter* che, se erano irrilevanti ai fini del decidere sulla natura tributaria del PREU, non appaiono del tutto convincenti e soprattutto non appaiono francamente conciliabili con la ricostruzione delle Sezioni Unite.

Mentre la discendenza del PREU dall'imposta sugli intrattenimenti è indiscutibile, non è altrettanto scontato che la finanziaria 2004, istitutiva del PREU, manchi di valenza “novativa” sul *presupposto* del tributo. Si può al contrario evidenziare che, nella norma manchi qualunque riferimento sia al DPR 640/1972 sia al concetto di “utilizzazione degli apparecchi”. L'art. 39 c. 13 stabilisce testualmente quanto segue: *“agli apparecchi e congegni di cui all'art. 110 c. 6 [...] collegati in rete, si applica un prelievo erariale unico fissato in misura del 13,5 per cento delle somme giocate”*. Il mancato riferimento al DPR 640/1972 da parte dell'art. 39 c. 13 (istitutivo del PREU), a ben vedere, non può dirsi casuale<sup>22</sup>. Se ne deve dunque dedurre che, in accordo con quanto sostenuto sinora, la creazione di quella particolarissima (e sino ad allora inedita) forma di tributo che è il PREU, abbia sostanzialmente inciso anche sul presupposto del contributo medesimo, che oggi è la giocata stessa e non il “provento del gioco”, rendendo il giocatore il reale contribuente di fatto. Solo così opinando è possibile “riconciliare” la pronuncia della Corte Costituzionale con l'odierna decisione delle Sezioni Unite.

Del resto, a destare ancor più perplessità era semmai l'inquadramento tributario del PREU sposato dalla sentenza 21318/2018 e, almeno apparentemente, dalla stessa ordinanza di rimessione.

Entrambe muovevano da presupposti errati.

In primo luogo, a dispetto di quanto possa dirsi quando si tenti di semplificare il discorso, il PREU è prelevato sulle somme giocate e non sulla raccolta netta: in altri termini, non è affatto calcolato sull'importo delle somme giocate al netto delle vincite erogate, bensì – direttamente e semplicemente – sull'importo delle somme giocate.

Il prelievo, infatti, come abbiamo accennato, non è quantificato su quanto rimane nel cassetto dell'apparecchio (rapporto scommesse-vincite) e viene quindi prelevato dal terzo incaricato e, infine, riversato al concessionario - e dunque sul *quantum* che si supporrebbe poter costituire "ricavo d'impresa" in base all'ordinanza di rimessione - ma su una grandezza diversa, che è costituita dall'importo scommesso dal giocatore.

Se questo non inficia la possibilità dei conteggi istante per istante dalla rete telematica (di talché, all'atto dello "scassettamento", risulta esattamente all'Erario a quanto ammonti il PREU maturato fisicamente giacente nell'apparecchio), non può, d'altro canto, assumersi che il presupposto economico del prelievo sia il ricavo maturato dal terzo incaricato o dal concessionario, già per la ragione che la base imponibile del tributo è diversa (e più grande).

In secondo luogo, che il presupposto dell'imposta sia il ricavo d'impresa va escluso anche perché il prelievo non varia al variare delle somme nette raccolte (scommesse-vincite), ossia di quello che, nell'indirizzo minoritario, sarebbe il presunto ricavo d'impresa del gestore.

Ciò che induce inevitabilmente a ritenere come la manifestazione di capacità contributiva non possa essere individuata nelle somme che residuano per gli operatori del settore (concessionario, terzi incaricati ed esercenti), bensì nella spesa suntuaria costituita dalla scommessa fatta dal giocatore, sul quale ultimo grava in concreto il "peso" del prelievo (*pre-lievo*, il termine non è stato scelto a caso proprio perché indica un intervento a monte).

In effetti, il PREU risulta dovuto *ab origine* – ossia al momento in cui le somme sono scommesse dal giocatore – essendo totalmente irrilevanti le successive vicende che riguardano l'esito della scommessa, le vincite e il residuo che rimane nel

cassetto, dal momento che all'Erario compete una percentuale fissa di quanto giocato: ecco perché è certamente erroneo affermare che il PREU costituisca l'oggetto di un'obbligazione tributaria parametrata al ricavo dell'attività commerciale del gestore/terzo incaricato (così come del concessionario).

Ne consegue che sono proprio i giocatori a sopportare l'onere del prelievo, sotto forma della differenza esistente, nel meccanismo del gioco, tra somme giocate e montepremi destinato alle vincite. In altri termini, la posizione di contribuente di diritto del concessionario risulta necessitata e meramente strumentale a consentire una ordinata e puntuale riscossione del PREU che è tuttavia calcolato e prelevato "a monte" (sulle somme giocate) e che il concessionario è solo chiamato a riversare allo Stato, senza alcuna possibilità di confusione con il patrimonio dei soggetti della filiera del gioco che lo detengono<sup>23</sup>.

Da quanto detto sinora si ricava la profonda differenza che intercorre tra la figura gestore nel settore del gioco lecito e quella dell'albergatore, il cui omesso versamento dell'imposta di soggiorno risulta ad oggi depenalizzato.

All'albergatore, come noto, è stata infatti attribuita dal c.d. decreto rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77), la qualifica di "responsabile d'imposta" e tale posizione soggettiva risulta *ontologicamente* incompatibile con quella di incaricato alla riscossione per conto dell'Amministrazione (*i.e.* del Comune), con la conseguenza che, in quanto destinatario dell'obbligo tributario, risulta sostanzialmente mutato il "rapporto intercorrente tra il gestore della struttura ricettiva e l'ente impositore" e l'omesso versamento dell'imposta di soggiorno è oggi qualificabile al più come illecito amministrativo-tributario e non già alla stregua del delitto di peculato<sup>24</sup>. Per ciò che concerne la materia del gioco lecito, al contrario, i ruoli di contribuente di diritto e di soggetto solidalmente responsabile attribuiti dalla legge rispettivamente al concessionario e al gestore, hanno una precisa ragione di ordine (esclusivamente) tecnico, mentre tutte le somme giacenti nel "cassetto", come si spiegherà anche di seguito, sono di pertinenza della P.A.

## 9. Il rapporto concessorio e i suoi riflessi sull'appartenenza originaria allo Stato di (tutti i) proventi del gioco. Il ruolo del concessionario quale agente contabile.

Si giunge così ad uno degli snodi centrali della sentenza: una volta stabilito che il contribuente di fatto è il giocatore, non esiste più alcuna contraddizione tra natura tributaria del PREU – imposta sui consumi – e proprietà originaria dello stesso in capo allo Stato. Natura pubblica e natura tributaria delle somme incassate dagli apparecchi vengono in effetti a coincidere, nel caso di specie, in quanto *“i proventi del gioco presenti negli apparecchi, al netto del denaro restituito quale vincita agli scommettitori, apparteng[on]o all’Amministrazione”*<sup>25</sup>.

Sul versante amministrativo, al contrario, il PREU configura *“un’entrata erariale qualificabile come tale ab origine”* rispetto alla quale il concessionario assume il ruolo di agente contabile *“e non semplicemente quello di soggetto passivo d’imposta”*. Per capire le ragioni di tale duplice “veste” (tributaria e amministrativa) del PREU e, correlativamente, del concessionario e dei soggetti che collaborano con quest’ultimo nella sua raccolta, occorre focalizzarsi sul rapporto concessorio<sup>26</sup>.

Le concessioni in materia di gioco lecito hanno per oggetto le funzioni pubbliche connesse all’organizzazione e all’esercizio del gioco e, dunque, per tale ragione, tali concessioni si considerano di carattere “traslativo”, fermo il potere di vigilanza e controllo da parte dello Stato<sup>27</sup>.

La giurisprudenza, d’altronde, è costante nel ritenere che l’attività svolta da una società – privata o pubblica – in virtù di concessione amministrativa, è qualificabile come esercizio di una funzione amministrativa e determina l’inserimento della stessa nell’apparato organizzativo della P.A., il che comporta l’assunzione di particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali e degli interessi, cui l’attività medesima, nel suo complesso, è preordinata e che viene svolta dal concessionario, sostituendosi alla P.A.<sup>28</sup>.

Le Sezioni Unite, richiamando in tal senso diverse pronunce della magistratura contabile, rilevano come sia proprio la gestione in via esclusiva di un’attività del soggetto pubblico con imposizione di particolari obblighi a determinare la nascita di un soggetto che ha la disponibilità materiale *“di beni, materie e valori di pertinenza pubblica”*. Tale soggetto è ovviamente il concessionario.

Ne consegue che *“il denaro raccolto con l’utilizzo di apparecchiature collegate alla rete telematica della P.A. deve ritenersi, quindi, denaro pubblico e ciò,*

*ovviamente, non tanto in ragione della sua provenienza, che è squisitamente privata, ma in forza del titolo di legittimazione alla giocata che rende lecito un gioco d’azzardo altrimenti vietato”*.

Se infatti *“il privato deve utilizzare l’apposito canale pubblico rappresentato dalle apparecchiature elettroniche collegate alla rete telematica della Pubblica Amministrazione per effettuare la sua giocata, ne consegue che il denaro impiegato diventa denaro pubblico”*.

Tanto ciò è vero, annotano i Giudici di Legittimità, che le Sezioni Unite civili e il giudice contabile hanno univocamente statuito che il denaro raccolto è soggetto alle regole pubbliche di rendicontazione e il cui maneggio genera ex se l’imprescindibile obbligo dell’agente a rendere giudiziale ragione della gestione attraverso un documento contabile che dia contezza della stessa e delle sue risultanze<sup>29</sup>. Come già accennato, le Sezioni Unite nell’aderire all’impostazione giurisprudenziale assolutamente maggioritaria richiamata *supra*, ne sviluppano ulteriormente gli argomenti, portandoli alla loro logica ed ineludibile conclusione: vale a dire che non soltanto il PREU bensì *“(tutti) i proventi del gioco presenti negli apparecchi, al netto del denaro restituito quale vincita agli scommettitori, appartengano all’Amministrazione”*.

E ancora una volta le considerazioni del massimo consesso penale, riposano (anche) su arresti del Giudice civile, a riprova della complessità della materia e delle sue implicazioni interdisciplinari, richiedendo le diverse questioni in campo la soluzione di delicati nodi interpretativi su profili problematici già affrontati in altri settori della giurisdizione<sup>30</sup>.

Qualche cenno merita anche la confutazione degli altri argomenti posti sul tavolo dalla sentenza 21318/2018 e dall’ordinanza di rimessione (che, in parte qua, pareva aderire all’impostazione “innocentista”) allo scopo di inquadrare il PREU quale mero oggetto di un’obbligazione tributaria commisurata all’entità del “ricavo d’impresa” del gestore nell’esercizio della sua attività commerciale. A tale riguardo va subito ribadito come le Sezioni Unite penali abbiano ritenuto la questione già di per sé risolta dalla rilevata e pacifica conciliabilità tra il profilo “tributario” del PREU – imposta sui consumi, il cui soggetto passivo è rappresentato soltanto *di diritto* dal concessionario, mentre *di fatto* è da individuarsi nel giocatore all’atto della puntata - e profilo “amministrativo” del PREU, assorbente

quest'ultimo ai fini penalistici, – denaro *ab origine* di pertinenza della P.A., in relazione al quale il concessionario svolge il ruolo di agente contabile.

Anche confrontandosi con tali, ulteriori argomenti, poi, non muta il risultato della pertinenza erariale dell'importo residuo.

Non spostano i termini del discorso né le modalità annuali di versamento del PREU previste dal combinato disposto degli artt. 39, co. 13-*bis* e 39-*bis*, co. 1, d.l. n. 269/2003, né la circostanza che l'imposta sia dovuta allo Stato con riferimento a tutte le somme giocate tramite gli apparecchi che erogano vincite in denaro, anche nell'ipotesi in cui questi operino al di fuori di qualunque autorizzazione e restino estranei alla rete telematica del concessionario ex art. 39-*quater*, co. 2 e 3, d.l. n. 269/2003.

Sotto il profilo temporale, il riferimento all'anno solare ha, a ben vedere, quale giustificazione, non già quella di delineare un'imposta da liquidarsi su base annuale in funzione dell'ipotetico presupposto (ricavo d'impresa) riferibile al concessionario (né, meno che mai, al gestore/terzo incaricato), bensì una ragione squisitamente tecnica: si tratta di una previsione resasi sostanzialmente necessaria al fine di agevolare le attività contabilizzazione e di rendicontazione giudiziale degli importi raccolti; a ben vedere è la medesima *ratio* che ha spinto il Legislatore a prevedere in materia di raccolta e riversamento del PREU il concessionario quale soggetto passivo d'imposta (di diritto)<sup>31</sup>.

Quanto alle disposizioni di cui all'art. 39-*quater*, co. 2 e 3, d.l. n. 269/2003, si tratta di norme dalla chiara valenza sanzionatoria e di matrice spiccatamente erariocentrica, che rispondono ad esigenze di gettito ma che non hanno alcuna valenza affermativa circa la titolarità del PREU in capo al gestore/terzo incaricato<sup>32</sup>.

#### **10. L'"altruità" del denaro maneggiato dal gestore/terzo incaricato (e dal concessionario).**

Giunti a questo punto del percorso logico-giuridico sviluppato nella pronuncia che si annota, risulterà chiaro come l'importo residuo non possa che considerarsi "altrui" rispetto al patrimonio di *tutti* i soggetti operanti nella filiera del gioco lecito, così pienamente integrando la condotta appropriativa del gestore infedele l'elemento oggettivo del delitto di peculato, atteso che questi all'atto dell'omesso versamento indubbiamente si appropria il denaro altrui detenuto – *nomine alieno* come si dirà di qui a

breve – in forza di un ben preciso titolo, vale a dire il contratto di "subconcessione" sottoscritto col concessionario.

Lasciando per un istante da parte la (non più) *vaexata quaestio* della qualifica soggettiva degli operatori della filiera del gioco lecito, le fila tirate delle Sezioni Unite penali non potrebbe essere più chiare: se, come è vero, "*non è in discussione se il PREU in sé sia un'imposta, in quanto questa natura è pacifica proprio alla luce della normativa inequivoca che lo disciplina*", risultando in "*questione la natura pubblica degli incassi del gioco realizzati utilizzando una certa tipologia di apparecchi*", appare del tutto corretto l'indirizzo ermeneutico maggioritario che "*non qualifica quale peculato il mancato pagamento del PREU quale imposta, bensì l'indebita appropriazione dell'intero incasso prelevato dagli apparecchi di cui una (maggior) parte, ma non il tutto, destinata al pagamento del PREU*".

Dal lato del concessionario, pertanto, la risposta al quesito circa l'altruità delle somme maneggiate nonché circa il disvalore penale di una sua eventuale appropriazione non può che essere nel senso della responsabilità per il delitto di peculato "*perché si tratta di "denaro pubblico", che egli gestisce in veste formale di agente contabile, indipendentemente dalla ulteriore considerazione se, nella gestione del gioco lecito, svolga un pubblico servizio*".

Parimenti, e questa volta dal lato del gestore, il rapporto tra quest'ultimo e il denaro oggetto di "scassettamento" non può che essere, logicamente, di detenzione *nomine alieno*, in nome e per conto cioè del concessionario – configurandosi così l'elemento dell'altruità della cosa necessario ai fini dell'integrazione del delitto di peculato – giacché il gestore "*non assume mai il possesso autonomo del denaro, secondo gli schemi della convenzione di concessione che non consente di "cedere" la concessione, ma solo di avvalersi di soggetti addetti ai dati compiti, imponendo contenuti ai contratti di collaborazione per funzioni di garanzia del corretto esercizio dell'attività*", ragione per la quale "*il denaro che le figure di supporto dell'attività del concessionario hanno in gestione non può mai definirsi a loro appartenente*"<sup>33</sup>.

Del resto, sia consentito annotare che la conclusione secondo cui il denaro incassato con gli apparecchi da intrattenimento sarebbe di proprietà esclusiva del terzo incaricato della raccolta (o del concessionario) quale ricavo d'impresa, si porrebbe in stridente contraddizione non soltanto con l'impostazione

della consolidata giurisprudenza civile e contabile sopra richiamata, condivisa dalle Sezioni Unite penali, ma anche con l'insieme del diritto positivo (a livello di fonti normative primarie e secondarie) nonché con le fonti contrattuali dei rapporti in essere tra le parti<sup>34</sup>.

Il ricavo del concessionario, infatti, non è mai pari all'importo delle somme raccolte, bensì al compenso riconosciuto dallo Stato che è pari al residuo netto, una volta che vi siano state detratte le somme di spettanza dell'Erario (il PREU), quelle di spettanza dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (il canone di concessione), quelle di spettanza dei giocatori (le vincite), e, da ultimo, quelle di spettanza dei terzi incaricati della raccolta (il loro corrispettivo per l'attività svolta)<sup>35</sup>.

E l'importo di tale ultimo corrispettivo è definito puntualmente nei contratti stipulati tra il concessionario e i singoli terzi incaricati, ed è pari ad una determinata percentuale della raccolta netta.

Appare pertanto evidente come tutto il denaro maneggiato dal gestore/terzo incaricato a seguito della puntata del giocatore posseda un preciso *vincolo di destinazione*, essendo già *ripartito a priori*, in base alla quota di competenza di ciascuno, tra Erario, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, giocatori per le vincite, concessionario e terzi incaricati.

Non può, quindi, in alcun modo ritenersi corretto affermare che le somme raccolte siano tutte ricavo d'impresa per il terzo incaricato (o per il concessionario), in quanto ad ognuno di detti operatori economici compete (quale "corrispettivo" per l'attività svolta) soltanto una parte delle somme in questione<sup>36</sup>.

Del resto, una diversa conclusione non sarebbe neppure logica rispetto all'attività che viene assegnata ai gestori. Infatti, tali soggetti sono precipuamente incaricati della raccolta delle somme giocate e del loro riversamento al concessionario; ne consegue che la raccolta di dette somme costituisce in tutta evidenza l'*oggetto* della prestazione e non può rappresentare al contempo il ricavo della stessa. Nulla muta, ovviamente, se – come di fatto avviene – il margine di sua spettanza è trattenuto dal gestore *prima* del riversamento al concessionario: se, cioè, il gestore riversi al concessionario l'importo residuo già nettato del proprio minimo margine, secondo una procedura c.d. *down-up* (*id est* dalla "base" della filiera del gioco lecito, costituita dai gestori, verso il "vertice" rappresentato dallo Stato) ovvero se, al

contrario, sia il concessionario a rimettere tale margine al gestore in un secondo momento, cioè dopo essersi visto riversare dal gestore tutto l'importo residuo (come peraltro prevedeva il comma 649 della legge di stabilità 2015)<sup>37</sup>.

Quali che siano le scelte organizzativo-finanziarie-gestionali, il c.d. margine del gestore resta infatti il suo unico "ricavo d'impresa".

Così come, specularmente, il margine del concessionario è l'unico "ricavo d'impresa" di quest'ultimo.

In altri termini, l'importo residuo, in quanto tale, non entra mai a far parte del patrimonio del gestore/terzo incaricato; a farne parte entra solo il suo aggio, una volta che il concessionario glielo abbia riconosciuto mediante la contabilizzazione in tempo reale dei flussi, anche quando – se contrattualmente previsto – il gestore l'abbia trattenuto *pro quota* prima del riversamento dell'importo residuo al concessionario.

### 11. Il gioco lecito quale servizio pubblico.

Risolta in senso positivo la *questio iuris* circa l'"altruità" delle somme e la conseguente, indubbia rilevanza penale delle condotte appropriative poste in essere dal concessionario e/o dal gestore/terzo incaricato della raccolta occorre dunque soffermarsi, seguendo l'impostazione delle Sezioni Unite, sulla possibilità (*rectius*: necessità) di qualificare soggettivamente quale incaricato di un pubblico servizio *ex art. 358 c.p.* sia il concessionario sia il gestore/terzo incaricato, dal momento che, sotto questo profilo, può dirsi che la responsabilità penale in capo ai soggetti della filiera del gioco lecito *simul stabunt simul cadent*.

L'ordinanza di rimessione aveva, infatti, revocato in dubbio che al concessionario potesse attribuirsi la qualifica di incaricato di pubblico servizio *a prescindere* dal maneggio di denaro pubblico e dal ruolo di agente contabile da questi ricoperto. In effetti, la quasi totalità delle pronunce (*v. supra*, par. 7) si era limitata a far dipendere la qualifica soggettiva del concessionario dalla natura pubblica del PREU raccolto e dal ridotto ruolo di agente contabile, "trasmettendo" tale qualifica al gestore sovente indicato quale subconcessionario per la raccolta del PREU.

Le Sezioni Unite ritengono invece che sia doveroso fornire una risposta al secondo quesito posto (se il gioco lecito abbia natura di pubblico servizio). Dalla risposta al quesito addirittura dipenderebbe la



“trasmissibilità” della qualifica soggettiva dal concessionario al gestore/terzo incaricato, atteso che quest'ultimo non riveste la qualifica di agente contabile né è correlativamente chiamato alla resa del conto giudiziale.

In altri termini, la pronuncia in commento postula in primo luogo la natura “derivata” della qualifica di incaricato di un pubblico servizio del gestore terzo/incaricato dalla medesima qualifica rivestita dal concessionario con cui è contrattualizzato.

Come si è detto, infatti, nel settore del gioco lecito, l'unico interlocutore nei rapporti con l'Amministrazione concedente è il concessionario, scelto in esito ad apposita procedura di evidenza pubblica e sulla scorta di penetranti requisiti reputazionali e di solidità economico-finanziaria.

È quest'ultimo ad assumere di sé, pertanto, ogni correlativa responsabilità, organizzativa, tecnica ed economica<sup>38</sup> in ordine allo svolgimento di un servizio pubblico, sostituendosi alla P.A. concedente nell'esercizio delle funzioni e pur rimanendo assoggettato al relativo potere di vigilanza e controllo.

Come ricordato in precedenza, lo stesso concessionario è ad ogni modo autorizzato allo svolgimento dei propri compiti, non solo direttamente, ma anche per il tramite di terzi soggetti, in possesso delle prescritte autorizzazioni e legati al concessionario da appositi contratti di diritto privato (ma dal contenuto predeterminato dall'atto concessorio e da ADM, già AAMS).

In base a quanto previsto dalle convenzioni di concessione, infatti, il concessionario per la gestione del servizio affidatogli è facultizzato ad avvalersi di terze figure previamente individuate – purché iscritte nell'apposito elenco di cui all'art. 1, comma 533, della L. 23.12.2005 n. 266 e ss.mm.ii. – e, dunque, qualificabili come “soggetti abilitati” (in pratica i gestori e gli esercenti).

In altri termini, nei rapporti con la parte pubblica, il concessionario assume su di sé, in via esclusiva, ogni responsabilità organizzativa, tecnica, economica e finanziaria, inerente all'esecuzione e gestione di tutte le attività e funzioni connesse all'attivazione e conduzione della rete telematica, ivi compresa l'organizzazione della pluralità degli operatori che, secondo lo stesso paradigma convenzionale così come messo a punto dal concedente, compongono la filiera del gioco lecito.

Ora, occorre indagare, per l'appunto, quanti e quali compiti possano essere “affidati” dal concessionario

al gestore/terzo incaricato nell'ambito del rapporto di “subconcessione” nonché la natura degli stessi, al fine di poter fondare i requisiti penalistici della qualifica di incaricato di un pubblico servizio in capo a tutti gli operatori della filiera del gioco lecito, essendo in tale senso necessario individuare, la “disciplina pubblicistica delle attività in concreto espletate dall'agente”<sup>39</sup>.

Infatti, se, come detto, il maneggio di denaro pubblico nella “*veste formale di agente contabile*” è necessario ma anche sufficiente ad inquadrare il concessionario tra i soggetti di cui all'art. 358 c.p. – addirittura “*indipendentemente dalla ulteriore considerazione se, nella gestione del gioco lecito svolga un pubblico servizio*” –, ciò non sarebbe altrettanto valido con riferimento al gestore.

Avuto riguardo a tale ultima figura, infatti, la pertinenza dell'importo residuo alla P.A. certamente consente di escludere la teoria del “ricavo d'impresa”, rendendo evidente l'“altruità” del denaro scassettato e la sua estraneità e non confondibilità rispetto al patrimonio del gestore. Tuttavia, non con altrettanta certezza e per ciò solo può valere allo scopo dell'individuazione della corretta qualificazione soggettiva da attribuire al gestore.

Da qui l'“*ulteriore problema*” di annoverare il concessionario tra gli incaricati di un pubblico servizio ex art. 358 c.p., questa volta, “*per la complessiva attività svolta, a prescindere dal ruolo di agente contabile*”.

E “*si tratta*”, ad avviso della Suprema Corte, “*di un passaggio necessario per ritenere che tale qualificazione spetti anche al gestore il cui eventuale ruolo di incaricato di pubblico è condizionato dall'esserlo anche il concessionario dal quale deriverebbe il conferimento dei compiti nella conduzione del servizio pubblico*”.

In primo luogo, annota la sentenza, il gestore non può ricoprire *in proprio* il ruolo di agente contabile: vi ostano impedimenti di natura tanto logica quanto giuridica.

Da un punto di vista logico il ruolo di agente contabile nella materia *de qua* è già ricoperto dal concessionario e “*un ruolo autonomo di agente contabile del gestore*” contrasterebbe con quello del concessionario “*avente lo stesso oggetto*”; sotto il profilo giuridico la convenzione di concessione non conferisce al gestore “*autonomia e responsabilità di gestione*” nel maneggio degli incassi: del resto, diversamente opinando, vi dovrebbe essere una “*autonoma relazione, quanto alla resa del conto ex*

R.D. 23 maggio 1924, n. 827, tra i “subconcessionari” ed il giudice contabile”, il che, ovviamente, non è nel caso di specie.

In definitiva, in tale passaggio della motivazione, il rapporto tra il concessionario e il gestore con riferimento alla raccolta e versamento del PREU – *pecunia publica* sembra essere ricondotto in tutto e per tutto a quello tra l’agente contabile ex art. 178 r.d. n. 827/1924<sup>40</sup> e il suo ausiliario previsto dall’art. 188 del medesimo Regio decreto ed in base al quale resta ferma la responsabilità esclusiva del primo verso l’Amministrazione per l’attività del secondo, anche se l’assunzione dell’ausiliario sia stata approvata dall’autorità competente<sup>41</sup>.

Le Sezioni Unite ritengono pertanto necessario confrontarsi con tutte le argomentazioni proposte dal rimettente, pur muovendo da una premessa diametralmente opposta rispetto a quella sottostante all’orientamento minoritario (*rectius* isolato) della sentenza c.d. Poggianti (la più volte citata 21318/18), che aveva generato il contrasto giurisprudenziale.

Tale impostazione, come già ampiamente analizzato, proponeva infatti la tesi dell’importo residuo quale “ricavo d’impresa”, radicalmente escludendo per questa via che il PREU fosse denaro *ab origine* di pertinenza erariale. In tal modo, anche ove tale ricavo fosse, sempre *in thesi*, spettato ad un soggetto della filiera del gioco lecito *diverso* tanto dal gestore quanto dallo Stato – vale a dire al concessionario, divenuto, nella prospettiva della sentenza 334 del 2006 della Corte costituzionale, l’unico “organizzatore” dell’attività di gioco mediante gli apparecchi di cui all’art. 110, co. 6, T.U.L.P.S. a seguito dell’introduzione nel 2004 del c.d. sistema concessorio nonché, sempre nella prospettiva del Giudice delle Leggi del 2006, l’unico titolare dei nulla-osta necessari per la messa in funzione degli apparecchi medesimi – la qualifica soggettiva, penalmente rilevante, di incaricato di un pubblico servizio del gestore/terzo incaricato, avrebbe dovuto fondarsi su argomenti diversi ed ulteriori rispetto al maneggio del denaro che, in tale ricostruzione, sarebbe stato sì “altrui” ma non già “pubblico”<sup>42</sup>.

Nella seconda parte dell’ordinanza di rimessione, non a caso, si dubitava del fatto che l’attività di organizzazione e gestione del gioco lecito potesse essere ricondotta all’*effettivo esercizio di funzioni nell’ambito di un pubblico ufficio o servizio*.

E a tale scopo, si citava un passaggio invero alquanto criptico di una recente sentenza della Corte di

Cassazione Civile, Sezioni Unite, 29 maggio 2019 (ud. 4 dicembre 2018) n. 14697, ove si afferma che una società concessionaria per la gestione del gioco lecito mediante apparecchi sarebbe “*concessionaria di un’attività che non ha né natura di servizio pubblico, né assolve ad una funzione lato sensu pubblicistica*”. Citazione, ad avviso di chi scrive, decontestualizzata e eccessivamente valorizzata, laddove, si badi bene, la stessa pronuncia del Supremo consesso civile giungeva comunque alla conclusione che il concessionario fosse agente contabile e, dunque, incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p.

Ad ogni modo, nell’ordinanza di rimessione, in particolare, si evidenzia che con tale affermazione le Sezioni unite civili avrebbero inteso riferirsi “*evidentemente [...] alla intrinseca estraneità dell’esercizio del gioco d’azzardo da parte dello Stato dal perimetro proprio ai servizi pubblici, ove si astragga dalle connesse entrate tributarie e dal vantaggio erariale che ad esse consegue*”.

Ebbene, come confermano le Sezioni Unite nella pronuncia in rassegna, le richiamate conclusioni non risultano coerenti né con l’inquadramento legislativo del gioco lecito nell’ambito del nostro ordinamento giuridico né con gli arresti giurisprudenziali in materia, anche costituzionali ed eurounitari.

Le attività di organizzazione ed esercizio dei giochi e delle scommesse sono infatti qualificate come attività economiche per la prestazione di servizi e sono riservate, per legge, allo Stato (decreto legislativo 14 aprile 1948 n. 496, articolo 1)<sup>43</sup>.

La riserva statale sull’organizzazione dei giochi trova il suo immediato e più diretto fondamento nell’esigenza di tutelare l’ordine e la sicurezza pubblica<sup>44</sup>, concretizzandosi quanto a *rationes* nel contrasto al crimine organizzato, nella protezione della pubblica fede contro il rischio di frodi nonché nella salvaguardia dei minori di età e dei soggetti più deboli da una diffusione del gioco incontrollata, indiscriminata e senza regole<sup>45</sup>.

Ed è per tale motivazione che lo Stato italiano ha sempre ritenuto (e continua a ritenere) detta attività oggetto di una *riserva originaria* e, dunque, oggetto di monopolio legale ex art. 43 della Costituzione<sup>46</sup>.

È soltanto accanto a tali imprescindibili ed imperative esigenze che si vengono a collocare quelle connesse “*alle entrate tributarie [...] (ed al) vantaggio erariale che ad esse consegue*” cui fa espresso riferimento, apparentemente considerandole le uniche degne di rilevanza, l’ordinanza di rimessione. È proprio tale

connotazione dell'attività di organizzazione e gestione del gioco lecito, dunque, che ne consente, diversamente da quanto si legge nella citata ordinanza, la sicura collocazione nell'ambito dei servizi pubblici ed esclude che la stessa possa essere intesa come connotata da *"intrinseca estraneità [...] da parte dello Stato dal perimetro proprio ai servizi pubblici, ove si astragga dalle connesse entrate tributarie e dal vantaggio erariale che ad esse consegue"*.

Al contrario, tenuto conto dell'inquadramento legislativo, tale attività si colloca tra quelle ritenute di spettanza esclusiva dei pubblici poteri, proprio in ragione della molteplicità dei preminenti interessi pubblici coinvolti dal suo svolgimento, di carattere imperativo ed inderogabile.

In altri termini – nonostante la nozione di servizio pubblico rientri a buon diritto, secondo la migliore dottrina, *"tra quelle più tormentate"*<sup>47</sup> della scienza giuridico-amministrativa – la qualificazione del gioco lecito come servizio pubblico, discende con certezza proprio dall'essere oggetto di una riserva originaria in favore dello Stato<sup>48</sup> e, ancora, dalla *ratio* della riserva stessa, atteso che *"la causa del potere riconosciuto alla pubblica amministrazione persegue non solo (e non tanto) lo scopo di assicurare un congruo flusso di entrate all'erario, quanto piuttosto quello di garantire, a fronte della espansione del settore, l'interesse pubblico alla regolarità e moralità del servizio e, in particolare, la prevenzione della sua possibile degenerazione criminale"*<sup>49</sup>.

In definitiva, l'attività del gioco lecito rientra a pieno titolo tra le attività *"oggettivamente qualificate per ineranza a pubblici interessi"*<sup>50</sup> ed assunte a proprio carico dallo Stato.

Ad ulteriore conferma, si consideri come in materia di gioco lecito viga un regime derogatorio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione, nonché delle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui, rispettivamente, agli artt. 49 e 56 TFUE, sinora sempre ritenuto legittimo dalla giurisprudenza – sia nazionale, anche costituzionale, che eurounitaria – trattandosi di un regime derogatorio giustificato, appunto, dai richiamati preminenti interessi generali<sup>51</sup>.

In questo senso, assume capitale importanza in materia l'arresto della Corte Costituzionale n. 56/2015<sup>52</sup>.

A tale pronuncia è infatti dedicato ampio spazio nella sentenza delle Sezioni Unite qui commentata, sia

nella parte in cui il Giudice delle Leggi rammenta *"la natura di "concessione traslativa" [delle attività di gestione della rete telematica, ndr], sia quando individua gli interessi pubblici tutelati dalla normativa che disciplina i giochi nella "pubblica fede, l'ordine pubblico e la sicurezza, la salute dei giocatori, la protezione dei minori e delle fasce di giocatori adulti più deboli, la protezione degli interessi erariali relativamente ai proventi pubblici derivanti dalla raccolta dei giochi"*<sup>53</sup>.

Più in generale, la stessa Corte costituzionale ha avuto più volte modo di precisare che la disciplina normativa di tutti quei giochi che comunque presentino un elemento aleatorio e distribuiscano vincite è certamente attratta nella materia dell'ordine pubblico e della sicurezza ed è, pertanto, di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera h), attese le indubbie finalità di tutela dell'interesse pubblico ad una regolare e civile convivenza perseguite *in subiecta materia*<sup>54</sup>.

In questa stessa ottica, la stessa Corte di Giustizia europea ha ritenuto legittime le restrizioni imposte in materia di gioco lecito dai legislatori degli Stati membri, ivi incluso lo Stato italiano, sulla scorta di ragioni imperative di interesse generale, quali la tutela dei consumatori e la tutela dell'ordine sociale, a condizione che le restrizioni alla libera prestazione di servizi soddisfino i requisiti di proporzionalità<sup>55</sup>.

In definitiva, annotano le Sezioni Unite, *"non può dubitarsi che il concessionario svolga in regime di concessione un pubblico servizio, riservato al monopolio statale"*, il cui oggetto consiste in quel *"controllo delle attività di gioco"* specificamente finalizzato da un lato al *"rispetto dei limiti entro quale [il gioco, ndr] può ritenersi lecito, svolgendo quella funzione pubblica, più volte dichiarata nella normativa, di contrasto alla diffusione della ludopatia e delle attività criminali"* e dall'altro alla *"gestione degli incassi delle giocate, destinate all'Erario"*.

Entro questi limiti e per queste ragioni, pertanto, il settore del gioco configura un pubblico servizio.

## 12. Il gestore quale incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p.

Fatta definitiva chiarezza sull'inquadramento dell'attività di gestione del gioco lecito nel novero dei servizi pubblici - anche a prescindere dalla natura sin dall'inizio pubblicistica del denaro maneggiato dagli operatori della filiera - si è perfettamente in grado di concludere per la sussumibilità della

condotta appropriativa del gestore infedele, quale soggetto della filiera del gioco, nella fattispecie di cui all'art. 314 c.p..

Per ciò che concerne la qualifica soggettiva, infatti, come noto, l'art. 358 c.p. recepisce, *“agli effetti della legge penale”*, la c.d. concezione funzionale-oggettiva di *“incaricato di pubblico servizio”* (al pari dell'art. 357 c.p. con riferimento alla nozione *“pubblico ufficiale”*), facendo dipendere la titolarità della qualifica dai caratteri dell'attività oggettivamente svolta e non già dal formale rapporto di impiego dell'agente con lo Stato o altro ente pubblico<sup>56</sup>.

Come noto, la nozione di *“servizio pubblico”* di cui al secondo comma dell'art. 358 c.p. Richiede l'esistenza di un connotato positivo e due negativi. Da un lato, in positivo, il servizio pubblico deve essere disciplinato, allo stesso modo della pubblica funzione, da norme di diritto pubblico e atti autoritativi della Pubblica Amministrazione; dall'altro, in negativo, devono mancare quei poteri di natura deliberativa, certificativa e/o autorizzativa propri della pubblica funzione. Infine, ancora in negativo, non può costituire servizio pubblico penalmente rilevante lo *“svolgimento di semplici mansioni di ordine”* ovvero la *“prestazione di opera meramente materiale”*: ciò che sta più semplicemente a significare, traducendo in termini positivi tale limite, che deve essere attribuita all'agente un'attività *“in senso lato intellettuale”* ovvero *“un qualche potere decisionale autonomo, sia pur ridotto”*<sup>57</sup>.

Come noto, si tratta di una definizione eminentemente formale, a riprova di quanto sia *“problematico prospettare concezioni sostanziali o contenutistiche di pubblico servizio”*<sup>58</sup>.

Il criterio di delimitazione esterna, *id est* il *tipo di disciplina*, se risulta portatore di annose problematiche con riferimento alla pubblica funzione<sup>59</sup>, rivela ancor di più la sua intrinseca debolezza con riferimento al pubblico servizio, rappresentando l'unico vero *discrimen* in tale ultima ipotesi rispetto al settore privato, attesa l'impossibilità di giovare, quanto a sostanza, del riferimento ai poteri tipici della P.A., come nel caso della pubblica funzione.

Da qui la necessità di *“riempire”* di contenuto siffatta nozione di servizio pubblico – elaborata, come noto, in via meramente *“residuale”* rispetto a quella di pubblica funzione – che la giurisprudenza di legittimità ha assai spesso inteso sopperire mediante

l'individuazione di una serie di *“indici sintomatici”* del carattere pubblicistico dell'attività di volta in volta esercitata, i quali devono in ogni caso collegarsi strumentalmente con il dato formale di una disciplina che abbia connotazioni pubblicistiche. Quasi inevitabile, dunque, un approccio casistico, con tutte le incertezze che esso comporta in ordine ad un ineliminabile margine di discrezionalità e, come evidenziato da autorevole dottrina, finanche di arbitrarietà<sup>60</sup>.

Tra gli *“indici sintomatici”* elaborati dalla giurisprudenza nel corso degli anni, per quel che rileva in questa sede, assumono particolare significato i criteri del perseguimento di finalità pubblicistiche nonché della soggezione a controlli pubblici (oltre al maneggio di denaro pubblico, di cui pure si è detto): indici sintomatici che, alla luce di quanto esaminato nel precedente paragrafo, devono ritenersi palmari nella materia del gioco lecito.

Quanto alle finalità pubblicistiche dell'attività, valgano le considerazioni sopra svolte in ordine agli obiettivi di tutela di beni di sicuro rango costituzionale (la sicurezza e l'ordine pubblico, la salute e il benessere dei cittadini e, specialmente, dei minori e dei soggetti più deboli), che hanno consentito la gestione da parte dello Stato del gioco lecito in un regime di monopolio e concessorio.

Con riferimento alla soggezione a controlli pubblici, si consideri che il gioco lecito è, come più volte sottolineato, un'attività oggetto di monopolio legale alla cui gestione e predisposizione si può avere legittimamente accesso solo su base concessoria e che ai fini della concessione da parte dello Stato sono necessari elevatissimi *standards* di onorabilità, affidabilità e solidità economico-finanziaria, alla cui permanenza è subordinata la prosecuzione della concessione e al cui controllo – anche *in itinere* – è deputata la stessa ADM. E ciò a tacere della miriade di controlli, fisici e *“da remoto”*, che le autorità regolatrici, di pubblica sicurezza e territoriali sono tenute *ex lege* ad esercitare sulla rete del gioco lecito. Allo stesso modo, nell'ottica del gestore/terzo incaricato, sia sufficiente ricordare che il concessionario può stipulare contratti di subconcessione solo con i *“soggetti abilitati”*, che posseggano a monte i requisiti regolamentari per essere iscritti nell'apposito elenco tenuto da ADM; è necessario, poi, che gli stessi mantengano i medesimi requisiti nel corso dell'intero rapporto contrattuale – pena la sua automatica cessazione – che si svolge sotto la diretta vigilanza (e con

dettagliati obblighi di informazione e comunicazione nei confronti) del concessionario e di ADM.

Ed è proprio alla teoria degli “indici sintomatici” che la Suprema Corte, nel caso che ci occupa, pare aver voluto dare il suo autorevole seguito, sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

In particolare, le Sezioni Unite hanno fatto buon uso del criterio *teleologico*, rappresentato dall’individuazione delle finalità pubblicistiche e costituzionalmente rilevanti perseguite dalla disciplina giuridica del gioco lecito fin dal D.lgs. n. 496/1948 e che lo rendono meritevole di tutela (anche) nella sede penale.

È indubbio che si tratti di un criterio, per così dire, “scivoloso”, spesso utilizzato – enfatizzando oltre misura la natura “oggettivo-funzionale” del concetto di incaricato di un pubblico servizio di cui alla riforma del 1990 – al fine di “dilatare” anziché circoscrivere, come nell’*intentio* dello stesso legislatore del 1990, l’ambito applicativo dell’art. 358 c.p.

Ciò è stato ed è soprattutto vero nell’ambito delle c.d. “privatizzazioni”, essendo stato tale parametro assai spesso utilizzato al fine di “nullificare”<sup>61</sup>, sotto il profilo delle qualifiche penalistiche, la (mutata) natura giuridica degli enti societari di volta in volta in rilievo. E tuttavia le condivisibili critiche appuntate dalla dottrina non si attagliano alle singolarità del settore del gioco lecito che qui ci occupa<sup>62</sup>.

Mai come in questa materia, infatti, la ragione dell’impiego del modello concessorio si rinviene nella peculiarità degli interessi in campo e nella conseguente “*polivalenza della riserva statale*”, che rendono detta attività non assimilabile alle caratteristiche ed alle dinamiche di ogni altro settore oggetto di riserva statale, ritenendosi in questa materia connaturale l’esistenza di assai penetranti poteri di *gestione, controllo e vigilanza* che presentano profili di delicatezza “*del tutto particolari, connessi alla rischiosità e ai pericoli propri della peculiare attività economica soggetta al regime di concessione*” (cfr. la già richiamata Corte Cost., 31.03.2015, n. 56).

Ne deriva, quale logica ed ineludibile conseguenza, che tanto i concessionari quanto i gestori/terzi incaricati nello svolgimento delle loro funzioni, ed attività rivestano, “agli effetti della legge penale”, la qualifica di incaricati di un pubblico servizio ex art. 358 c.p..

Le Sezioni Unite giungono, per così dire, al medesimo risultato attraverso una duplice via.

In primo luogo, in via “indiretta”, chiarendo come “*il contenuto della convenzione di concessione dimostra che l’Amministrazione impone che i soggetti delegati all’esercizio dei dati compiti per conto del concessionario esercitino anche attività proprie del pubblico servizio*”. Segue la specificazione dei compiti non meramente d’ordine o materiali che il concessionario “delega” al gestore per mezzo di accordi contrattuali (dal contenuto, è bene ribadirlo ancora una volta, puntualmente predeterminato da ADM nella Convenzione di concessione).

All’attività di “messa a disposizione” al concessionario del c.d. importo residuo, di cui si è già detto, si accompagnano, infatti, una serie di ulteriori obblighi connessi alle apparecchiature da gioco di cui i gestori sono gerenti - operazioni manutentive e di vigilanza degli apparecchi, come pure di controllo dei collegamenti tra apparecchi e rete telematica<sup>63</sup>.

Si tratta di compiti che, ad opinione dei giudici di legittimità, vanno ben oltre il concetto di attività meramente materiale o d’ordine, atteso che risultano direttamente finalizzati a garantire la *regolarità* e, dunque, la *legalità* del gioco.

Ecco allora che il gestore, se è responsabile dello scassetto e riversamento dell’importo residuo (cioè delle attività direttamente rilevanti ai fini del PREU), è altresì coinvolto in operazioni di diretta pertinenza sulla regolarità del gioco.

È doveroso a questo punto evidenziare che la stessa conclusione in tema di peculato viene raggiunta dalle Sezioni Unite anche con riferimento all’ultimo “attore” della filiera, vale a dire l’esercente. Si tratta di un riferimento *in obiter* (la questione non era tra quelle direttamente poste all’attenzione della Corte) che solleva tuttavia qualche perplessità, atteso che l’esercente, al contrario del gestore, nello svolgimento delle attività demandate, non compie attività diverse da operazioni di tipo meramente materiale, essendo essenzialmente demandato di mettere a disposizione i propri locali per la collocazione degli apparecchi da gioco.

Tornando invece al gestore, l’altra e più “diretta” via per la sua qualificazione quale incaricato di pubblico servizio, è rappresentata dal ripercorrere le orme della giurisprudenza consolidata, riconoscendolo, con l’impostazione tradizionale, come “partecipe” della qualifica di incaricato di un pubblico servizio del concessionario-agente contabile, *a causa* del maneggio, in nome e per conto di quest’ultimo, dell’importo residuo - attività prodromica, evidentemente, al riversamento allo Stato del PREU

(e del canone AAMS) e alla resa del conto giudiziale da parte del concessionario.

Non manca in questo senso un passaggio conclusivo delle stesse Sezioni Unite in cui si afferma chiaramente che il gestore *“partecipa, per la parte delegatagli, all’esercizio delle attività in concessione e, in particolare, partecipa anche all’esercizio della stessa attività di agente contabile del concessionario”*. Si tratta evidentemente, anche sotto tale profilo, di *“funzioni che non sono di mero concetto”*, poiché il gestore è dotato di *“piena autonomia”* nello svolgimento delle attività di movimentazione che si esplicano *“al di fuori del diretto controllo del suo committente”* e che hanno consentito, nel caso all’attenzione delle Sezioni Unite, proprio *“la rilevante sottrazione di incassi per un ampio periodo temporale”*.

V’è a questo punto da chiedersi: non sarebbe stata sufficiente una tale, lineare e *“già sentita”* affermazione a radicare (anche) in capo al gestore/terzo incaricato la qualifica soggettiva di incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p.?

Evidentemente i giudici di legittimità hanno inteso fondare siffatta qualifica non soltanto sulle ragioni di tipo eminentemente *“tecnico-pratiche”* connesse alla (necessaria) partecipazione nella riscossione delle (cospicue) entrate erariali, ma anche sulle ragioni più *“nobili”* rappresentate dal (fondamentale) contributo apportato dal gestore/terzo incaricato alla tutela dei beni di sicuro interesse costituzionale che vengono in rilievo nella materia *de qua*.

E ciò anche al fine di *“rompere”* la circolarità del ragionamento – natura pubblica del denaro-altruità del medesimo rispetto al patrimonio degli operatori della filiera del gioco lecito-inquadramento tra i servizi pubblici del suo maneggio da parte dei medesimi operatori – e di porre definitivamente la parola fine al contrasto giurisprudenziale, oggetto della rimessione alle Sezioni Unite, che tale circolarità aveva ingenerato.

### **13. Conclusioni: la configurabilità del delitto di peculato in capo al gestore/terzo incaricato nel caso dell’omesso versamento dell’importo residuo.**

Stabilita la qualifica soggettiva del gestore quale incaricato di pubblico servizio ai sensi dell’art. 358 c.p. e l’*“altruità”* delle somme oggetto di raccolta (importo residuo) da parte di quest’ultimo, non poteva che derivarne la sussunzione delle condotte

di omesso riversamento sotto la fattispecie di cui all’art. 314 c.p..

Naturale dunque fornire risposta positiva al quesito circa la configurabilità del delitto di peculato in capo al gestore/terzo incaricato che ometta di riversare al concessionario quanto raccolto, nell’esercizio della sua attività, a titolo di PREU (e delle altre poste costituenti il c.d. importo residuo, *id est* il canone di concessione e il c.d. *“margine del concessionario”*) Ugualmente, e anzi *a fortiori*, commetterebbe il delitto di peculato il concessionario che, nell’esercizio della sua attività, omettesse di versare ad ADM il PREU (e/o il canone di concessione).

In altri termini, non v’è dubbio che il gestore/terzo incaricato abbia la disponibilità del denaro oggetto delle giocate esclusivamente in forza di un titolo ben preciso (il contratto di subconcessione) e per ragioni esattamente individuate *ab origine*: l’interesse (di natura oggettivamente pubblicistica, come detto) dello Stato a che l’esercizio del gioco lecito avvenga nel perimetro della legalità e all’interno di circuiti trasparenti e controllabili, cui si aggiunge la garanzia per le casse pubbliche dell’approvvigionamento di quella cospicua fonte di introiti rappresentata dal PREU (e in misura minore dal canone di concessione). Ed è questa la logica, quasi fisiologica, conclusione cui perviene il massimo consesso penale nel considerare *“correttamente qualificata come peculato”* proprio *“la condotta del gestore (cui, si rammenta, va equiparato l’esercente) di appropriazione degli incassi degli apparecchi da gioco, in quanto denaro “altrui” del quale ha il possesso per ragione del suo ufficio di incaricato di un pubblico servizio”*.

La sentenza n. 6087/2021 si rivela degna di nota per molteplici ragioni.

Di immediata evidenza la pregevole opera di sistemazione della materia del gioco lecito e dei suoi (complessi) profili di interdisciplinarietà, tra aspetti tributari, amministrativi e penali.

A tale riguardo, si apprezza la dimostrazione della natura (*“amministrativa”*) di denaro pubblico non soltanto del PREU ma dell’intero importo residuo alla sua giacenza nel *“cassetto”* – sul presupposto (*“tributario”*) della riconosciuta posizione di contribuente di fatto del giocatore – nonché della sua *“alterità”* rispetto al patrimonio del gestore/terzo incaricato della raccolta, che ne è mero detentore *nomine alieno* in forza di mandato del concessionario, a ciò specificamente facultizzato

dalla convenzione di concessione e dalle norme regolatrici della materia.

Ma v'è di più.

In sentenza, come appena ricordato, si assume anche una diversa prospettiva, elencando gli altri argomenti che rendono necessitata la qualifica di “pubblico servizio” del gioco lecito e di “incaricato di pubblico servizio” ex art. 358 c.p. del gestore (così come del concessionario), anche prescindendo dalla funzione di raccolta (e dunque dalla natura e pertinenza) dell'importo residuo.

Questa precisazione non pare meramente estetica ma possiede delle ricadute di ordine pratico. In primo luogo, vale a qualificare come peculato qualunque condotta appropriativa del gestore su beni altrui, commessa in ragione dell'esercizio della propria attività. Così, a titolo meramente esemplificativo, in caso di impossessamento dei nulla-osta degli apparecchi (di proprietà del concessionario), come pure in caso di impossessamento di apparecchi non di sua proprietà (del concessionario o di terzi).

In conclusione, il diverso e smisuratamente minoritario orientamento dell'importo residuo quale “ricavo d'impresa” del gestore/terzo incaricato, per le ragioni diffusamente spiegate, non è apparso né sistematicamente né logicamente né giuridicamente sostenibile e si è così scongiurato, sia consentito sottolinearlo in chiusura, il collasso di un intero settore e del connesso sistema di presidio erariale, che finora ha consentito di arginare le condotte infedeli rendendole percentualmente minime.

**Claudio Urcioli**

Avvocato del Foro di Roma  
Docente di Diritto penale

**Tommaso Politi**

Avvocato del Foro di Roma

<sup>1</sup> Cass. Pen., VI sez., 14 maggio 2018 (ud. 5 aprile 2018) n. 21318/2018.

<sup>2</sup> Già Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS).

<sup>3</sup> La conduzione della rete, nell'ambito degli apparecchi ex art. 110 TULPS, riguarda esclusivamente quella categoria di apparecchi che rilasciano vincite in denaro, ai sensi dell'art. 110 c. 6 TULPS. In realtà, all'interno della categoria degli apparecchi da divertimento e intrattenimento, è ulteriormente possibile distinguere tre categorie: la prima, relativa agli apparecchi che non rilasciano vincite in denaro, ai sensi del successivo c. 7 dell'art. 110 TULPS. Tali apparecchi non necessitano di collegamento alla rete telematica per la trasmissione in tempo reale dei flussi di gioco, poiché l'imposta su tali apparecchi è regolata forfettariamente. Essi dunque non interessano, se non marginalmente, le tematiche che verranno trattate nel presente lavoro. Le due categorie interessate sono invece relative ad apparecchi con vincite in denaro denominati AWP (*Amusement with prizes*, di cui all'art. 110 c. 6 lett a) del T.U.L.P.S) e VLT (*Videolottery*, di cui all'art. 110 c. 6 lett. B del T.U.L.P.S.). La differenza fondamentale tra le due tipologie risiede nel fatto che gli apparecchi videoterminali (VLT), a differenza delle AWP, non sono “autonomamente funzionanti”, in quanto ai fini della loro attivazione è necessario il previo collegamento ad un sistema di elaborazione centrale. In buona sostanza, il funzionamento delle VLT è possibile solo in presenza di un collegamento alla piattaforma tecnologia del concessionario per l'offerta di gioco. Le AWP, invece, sono dotate di un proprio *hardware* e *software* di gioco, inseriti all'interno di ogni singolo apparecchio, che ne permetterebbero il funzionamento anche a prescindere dal collegamento alla rete telematica del concessionario. La fattispecie sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite riguardava il mancato riversamento del PREU generato da apparecchi AWP, ancorché i principi statuiti nella pronuncia risultino in gran parte estensibili anche alla categoria degli apparecchi VLT.

<sup>4</sup> “Scassetamento” è, gergalmente, l'operazione di prelievo periodico dell'importo residuo all'interno degli apparecchi (dotati appunto di un cassetto) al netto di quanto restituito in vincita ai giocatori.

<sup>5</sup> Si tratta di una rete telematica finalizzata alla comunicazione in tempo reale dei flussi di gioco ad ADM, verificata da SOGEI (società interamente partecipata dal MEF), che gestisce la piattaforma tecnologica avanzata con la quale l'Agenzia Dogane e Monopoli svolge le attività di controllo e gestione del comparto dei giochi pubblici, garantendo sicurezza e trasparenza a tutti gli operatori coinvolti, nonché la corretta contabilizzazione del gettito erariale maturato attraverso le giocate.

<sup>6</sup> Pertanto, lo si ribadisce poiché si tratta di un passaggio fondamentale per stabilire l'“altruità” del denaro “maneggiato” dal gestore, a nulla rileva il rapporto “originario” degli apparecchi medesimi con l'eventuale gestore/terzo incaricato (proprietà, *leasing*, noleggio, etc.), che in ogni caso, se li detiene, *ipso iure* (oltre che contrattualmente) li “mette a disposizione del concessionario” quale organizzatore della rete entro la quale il gioco cessa di essere illegale e diviene “lecito”.

<sup>7</sup> Si rammenti che le due definizioni sono equivalenti, designano cioè lo stesso soggetto, a seconda che lo stesso abbia o meno un rapporto di titolarità con gli apparecchi – il qual punto, tuttavia, è irrilevante ai fini che ci occupano.

<sup>8</sup> Ai soggetti summenzionati, nel solo caso degli apparecchi c.d. AWP, va ancora aggiunta la figura dell'esercente, cioè il titolare dei locali presso cui vengono collocati gli apparecchi. L'esercente, al pari del gestore, è un soggetto soltanto eventuale della filiera del gioco. Infatti, così come il concessionario può mantenere su di sé le attività di conduzione e manutenzione degli apparecchi e di raccolta dell'importo residuo (facendo a meno del gestore/terzo incaricato), così può decidere di collocare gli apparecchi esclusivamente presso locali propri o invece collocarli (anche) presso locali di terzi: gli esercenti, appunto. Se in alcuni casi al titolare dei locali (esercente) è demandata dal Concessionario la mansione di raccolta del PREU mediante "scassetamento" degli apparecchi, *ipso iure* egli assume la qualifica di "terzo incaricato della raccolta", con tutte le conseguenze che ne derivano e che formano oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite - la quale, tuttavia, in alcuni passaggi *obiter dicta*, sembrerebbe non aver colto appieno la differenza tra esercente e gestore sotto il profilo dell'attività di raccolta del PREU.

<sup>9</sup> Trattasi dell'Elenco di cui all'articolo 1 comma 533 come sostituito dall'articolo 1 comma 82 della legge 13 dicembre 2010 n. 220 e dall'articolo 24 decreto legge 6 luglio 2011 n.98, convertito con modificazioni nella legge 15 luglio 2011. n.111, tenuto da ADM.

<sup>10</sup> In tale senso anche la convenzione di concessione: ai sensi dell'art. 14, il concessionario si impegna, "determinare e versare il PREU, secondo le modalità definite dalla normativa vigente nonché dai decreti di AAMS, emanati in corso di concessione" nonché, più in generale, "a trasmettere al sistema di controllo AWP e al sistema di controllo VLT di AAMS le informazioni, i dati, e le contabilità relativi all'attività di gioco specificati con Decreto Direttoriale di AAMS" (art. 8 convenzione).

<sup>11</sup> Cfr. Decreto Direttoriale AAMS 17 maggio 2006, art. 2 c. 1 lett. C). Dunque il gestore, all'interno del mondo del gioco, riveste un duplice compito, peculiare ed inderogabile, che lo caratterizza quale "terzo incaricato della raccolta": a) quello di raccogliere, appunto, l'"importo residuo", cioè quelle somme – interamente di proprietà dell'Erario - come si diceva, giacenti negli apparecchi da gioco al netto delle vincite erogate ai giocatori dagli apparecchi stessi; b) quello, conseguente, di riversare tale importo al concessionario, che a sua volta provvede a rimetterne allo Stato tutta la quota relativa a prelievo erariale (PREU) e canone di concessione, trattenendo il margine di sua spettanza. Tale ultima fase (riversamento nelle casse del concessionario dell'importo residuo prelevato negli apparecchi da gioco), prende il nome di "messa a disposizione del concessionario".

<sup>12</sup> Cass. Pen., VI sez., 12 settembre 2019 (dep. 13 gennaio 2020), n. 997/2020.

<sup>13</sup> Detta conclusione veniva ricavata dalla disciplina di cui agli artt. 39 e ss. della legge 24 novembre 2003, n. 326, a mente della quale: a) il soggetto passivo dell'imposta sarebbe da individuarsi non già nel giocatore all'atto della giocata ma nel concessionario (art. 39, comma 13, legge cit.), rispetto al quale i terzi incaricati sono solidalmente responsabili per le somme dagli stessi raccolte e per i relativi interessi e sanzioni (art. 39-sexies, co.1, legge cit.); b) il termine di riferimento finale per il pagamento del prelievo erariale unico è quello annuale (dal combinato disposto degli artt. 39, comma 13-bis e 39-bis, co. 1, legge cit.); c) il prelievo erariale unico è dovuto su tutte le giocate effettuate tramite apparecchi e congegni che erogano vincite in denaro, anche nell'ipotesi in cui questi ultimi siano esercitati in assenza di autorizzazione e al di fuori della rete telematica gestita dal concessionario (art. 39-quater, co. 2 e 3, legge cit.). Come ben riassunto nell'ordinanza di remissione, secondo tale impostazione "il denaro incassato all'atto della puntata, e a causa di questa, deve ritenersi non immediatamente di proprietà, pro quota, dell'erario, bensì interamente della società che dispone del congegno da gioco, anche per la parte corrispondente all'importo da versare a titolo di prelievo unico erariale. Questo perché la giocata genera un ricavo di impresa sul quale è calcolato l'importo che la società deve corrispondere a titolo di debito tributario [...] Di conseguenza, quando [il gestore, ndr] non corrisponde le somme dovute a titolo di prelievo erariale unico, non si appropria di una cosa altrui, ma omette di versare denaro destinato all'Amministrazione finanziaria in adempimento di un'obbligazione tributaria".

<sup>14</sup> In dottrina, per una nota di commento adesiva alla (non accolta) impostazione della sentenza Poggianti v. A. MANICCIA, "I risvolti penalistici della controversia natura giuridica del Prelievo Erariale Unico (PREU)", in *Cassazione Penale*, fasc. 2, 2019, pag. 833.

<sup>15</sup> Si tratta di Corte Cost., 19 ottobre 2006 (ud. 26 settembre 2006) n. 334. In quella sede, il Giudice delle Leggi, nell'attribuirne il gettito alla Regione impugnante, affermava che il PREU ha natura di "entrata tributaria erariale". Il Giudice delle Leggi aveva infatti rilevato come la natura di "entrata tributaria erariale" del PREU discendesse in modo univoco dalla sua disciplina positiva e, in particolare, dalla sua derivazione dall'imposta sugli intrattenimenti "della quale, pur nella sua autonomia, ha mantenuto le caratteristiche essenziali" (così l'ordinanza di remissione). Più in particolare, la Corte costituzionale evidenziava che la modifica dei commi 1 e 2 dell'art. 14-bis del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 640 (Imposta sugli spettacoli) conseguente all'introduzione dei commi 8, 9 e dell'art. 39 del citato decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, aveva limitato l'applicazione dell'imposta sugli intrattenimenti originariamente relativa a tutti i congegni di gioco, ai soli, tra questi, non eroganti vincite in denaro (trattasi degli agli apparecchi di cui al c.7 dell'art. 110 TULPS – cfr. nota 3), assoggettando invece ad uno specifico prelievo erariale (PREU) gli apparecchi aventi caratteristiche tecniche tali da



consentirne la gestione telematica (i.e. gli apparecchi di cui all'art. 110 c. 6 TULPS). L'introduzione del PREU, tuttavia, non avrebbe carattere "strutturalmente" innovativo rispetto alla disciplina dell'imposta sugli intrattenimenti. Il presupposto rimarrebbe il medesimo, vale a dire, ai sensi del primo periodo del comma 13 dell'art. 39 del decreto-legge n. 269 del 2003, l'utilizzazione di apparecchi e congegni per il gioco lecito negli esercizi autorizzati. Anche l'imponibile, d'altro canto, continuerebbe ad essere costituito, ai sensi del primo periodo del comma 13 dell'art. 39 del decreto-legge n. 269 del 2003, dai proventi del gioco. Il soggetto passivo dell'imposta andrebbe infine individuato nel concessionario della rete per la gestione telematica degli apparecchi.

<sup>16</sup> In questo senso non sono mancate pronunce di merito: si cfr., per tutte, Trib. di Roma, sentenza del 23 giugno 2016.

<sup>17</sup> È appena il caso di evidenziare che, nella medesima pronuncia, le Sezioni Unite civili avevano concluso per la natura originariamente pubblica delle somme riscosse dai concessionari e sub-concessionari (i.e. i gestori), qualificando i primi quali agenti contabili proprio (e solo) in dipendenza del maneggio di denaro pubblico ad essi affidato.

<sup>18</sup> Come noto, la L. 26 agosto 1990, n. 86, art. 18 ha riscritto la fattispecie eliminando ogni riferimento al rapporto d'impiego con lo Stato o altro ente pubblico. In riferimento alla dibattuta questione del concetto di "servizio pubblico" e di "rilevanza pubblica" cfr. le sentenze citate dalla stessa Corte remittente: Cass. Pen., VI sez., 3 novembre 2016 (ud. 21 settembre 2016) n. 46235, Froio, Rv. 268127; Cass. Pen., VI sez., 6 marzo 2017 (ud. 23 novembre 2016) n. 10875, Carloni, Rv. 272079; Cass. Pen., VI sez., 17 febbraio 2016 (ud. 12 novembre 2015) n. 6405, Minzolini, Rv. 265830; Cass. Pen., VI sez., 10 gennaio 2019 (ud. 20 novembre 2018) n. 993, Consiglio, Rv. 274938.

<sup>19</sup> Limitando qui l'analisi ai fatti appropriativi, il principio è stato ribadito ad esempio, negli stessi esatti termini, da Cass. Pen., sez. V, 31 maggio 2018 (ud. 6 aprile 2018) n. 24634 e ancora da Cass. e da Cass. Pen., VI sez., 10 aprile 2018 (ud. 1° febbraio 2018) n. 15860.

<sup>20</sup> In materia di gioco del lotto cfr., ad esempio, Cass. Pen., VI sez., 26 luglio 2007 (ud. 17 maggio 2007) n. 30541. Più recentemente, Cass. pen., VI sez., 26 novembre 2015 (ud. 21 maggio 2015) n. 46954.

<sup>21</sup> Ne conseguirebbe - sempre secondo la Corte costituzionale - che il soggetto passivo di imposta sarebbe da rinvenire "nel titolare del nulla-osta" per l'esercizio dei suddetti apparecchi e congegni e che detto soggetto corrisponderebbe al gestore degli stessi: qui peraltro - ad evidenziare la tecnicità della materia - la Corte Costituzionale commette l'errore di indicare nel gestore il titolare di nulla osta, mentre detta titolarità è incontestabilmente in capo al concessionario sin dalla istituzione di tale figura e cioè a decorrere dal 26 luglio 2004.

<sup>22</sup> Tale considerazione vale ancor di più ove si consideri che, nei commi precedenti del medesimo articolo 39 si andava a modificare ed abrogare il contenuto proprio di quello stesso DPR con riferimento agli apparecchi ex art. 110 c. 6 TULPS, limitandone la portata ai soli apparecchi "comma 7", cioè quelli non eroganti vincite in denaro.

<sup>23</sup> Il crinale ricostruttivo seguito dalla sentenza Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 21318/2018 (PREU come parte del ricavo d'impresa del gestore), da questo punto di vista, avrebbe determinato conseguenze aberranti: si pensi soltanto, da questo punto di vista, che l'ammontare del PREU raccolto andrebbe inserito tra le entrate percepite dal gestore/terzo incaricato, andando a contribuire in tal modo alla composizione del "volume d'affari" nelle voci di bilancio per la valutazione dei requisiti di solidità economico-finanziaria del gestore medesimo (!), con tutto ciò che ne consegue in termini di informazioni - in questo caso scorrette - agli eventuali azionisti, ai terzi e al mercato. Si pensi ancora alla ipotizzabilità di eventuali detrazioni e/o compensazioni.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 17 dicembre 2020 (ud. 28 ottobre 2020), n. 36317, una delle prime pronunce in tema di depenalizzazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da parte dell'albergatore. In questi termini anche il commento alla sentenza delle Sezioni Unite di E. PENCO, *"Apparecchi da gioco e omesso versamento del Prelievo Erariale Unico: le Sezioni Unite confermano la configurabilità della fattispecie di peculato nel caso del gestore che si impossessi dei proventi del gioco"*, in Sistema Penale, 2021, scheda del 25 febbraio 2021.

<sup>25</sup> Ciò in quanto, secondo le Sezioni Unite, *"il regime fiscale previsto dal legislatore non incide sull'obbligo del concessionario di assicurare, mediante, la conduzione operativa della rete telematica, la contabilizzazione delle somme giocate, delle vincite e del P.R.E.U. La natura tributaria dell'imposta (Corte cost. 334 del 2006) e la qualificazione del concessionario come soggetto passivo d'imposta (ex art. 1, comma 81 della legge n. 296 del 2006) operano limitatamente al rapporto di natura tributaria"*.

<sup>26</sup> Sul punto v., *amplius*, M. MACCHIA, *"Il regime concessorio dei giochi e delle scommesse pubbliche"*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.4, 1° dicembre 2020, pag. 1041.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. Pen., III Sez., 20 febbraio 2018 (ud. 20 dicembre 2017) n. 4026. Quanto alla natura delle concessioni in tema di gioco lecito, la prevalente dottrina (S. CASSESE, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli, Relazione alla tavola rotonda "I nuovi orientamenti della UE in materia di gioco pubblico: il principio della riserva di legge da parte dello Stato e i riflessi sul libero mercato"*, Roma, 10 maggio 2004; L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario al codice civile, fondato e già diretto* da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2018, p. 132) ritiene che si tratti di una concessione "traslativa", trasferendosi in capo al privato, che diviene concessionario, un potere di cui l'Amministrazione è titolare e di cui mantiene la legittimazione esclusiva, ma che non vuole esercitare direttamente. All'esercizio di funzioni pubbliche da parte del concessionario fanno riferimento anche le disposizioni *"sulla riduzione delle risorse statali a disposizione, a titolo di compenso, dei concessionari e dei soggetti che secondo le rispettive competenze, operano nella*

gestione e raccolta mediante gli apparecchi da parte del concessionario del gioco lecito” di cui agli artt. 1, comma 649, della L. 23.12.2014 n. 190 (la “Legge di Stabilità 2015”) e 1, comma 921, della L. 28.12.2015, n. 208. Da ultimo, nelle convenzioni di concessione per l’attivazione e la conduzione operativa della rete telematica per la gestione del gioco lecito mediante gli apparecchi da divertimento ed intrattenimento di cui all’art. 110, comma 6, lett. a) e b) del TULPS, non a caso, significativamente, si prevede la disciplina delle “modalità di esecuzione delle attività e delle funzioni” che “il concessionario è tenuto ad effettuare le attività e le funzioni pubbliche trasferite attenendosi alle prescrizioni indicate nella convenzione di concessione, con organizzazione, propria o di terzi, di mezzi ed attrezzature, garantendo i livelli di servizio previsti dal capitolato tecnico”.

<sup>28</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 4 dicembre 2009 (ud. 27 ottobre 2009) n. 25495; Cass. Civ., I sez., 28 febbraio 2017 (ud. 15 dicembre 2016) n. 5065; Cass. Civ., I sez., 14 giugno 2016 (ud. 9 marzo 2016) n. 12260.

<sup>29</sup> Corte Conti Lazio, Sez. Reg. Giurisd., 5 novembre 2010 (ud. 27 ottobre 2010) n. 2110.

<sup>30</sup> In particolare, quello della proprietà dell’importo residuo è un punto che può dirsi oramai risolto da tre pronunce delle Sezioni Unite civili che, con un progressivo grado di approfondimento, hanno chiarito l’originaria appartenenza alla pubblica amministrazione di tutti i proventi del gioco lecito (nonché il correlativo ruolo di agente contabile dei concessionari che tali incassi maneggiano, su cui si tornerà più oltre). Dapprima, due ordinanze depositate nel giugno 2010, Cass. Civ., Sez. Un. 1 giugno 2010 (ud. 20 aprile 2010) n. 13330 e Cass. Civ., Sez. Un., 21 giugno 2019 (ud. 4 dicembre 2018) n. 14891, hanno chiarito che la società concessionaria del gioco lecito “riveste la qualifica di agente della riscossione tenuto al versamento di quanto riscosso e, dunque, al conto giudiziale degli introiti complessivamente derivanti dalla gestione telematica del gioco lecito, compreso il compenso del concessionario”. Sul punto, si è ancor più diffusamente espressa, in tempi recentissimi, Cass. Civ., Sez. Un., 29 maggio 2019 (ud. 4 dicembre 2018) n. 14697, che, muovendo dall’analisi della disciplina legislativa, ribadisce la natura pubblica del denaro riscosso. Da un lato, il “sistema di collegamento diretto [alla rete telematica, n.d.r.], rivolto in particolare al flusso di denaro, riscosso in conseguenza del gioco lecito, ed alle sue destinazioni (vincite, canone di concessione, deposito cauzionale, obbligazioni tributarie, compenso del concessionario) così come previste dalla legge, ne evidenzia la diretta appartenenza pubblica”; dall’altro “questa conclusione non è contraddetta dall’adozione del regime fiscale previsto dal legislatore perché questo peculiare profilo non incide sull’obbligo del concessionario di assicurare mediante la conduzione operativa della rete telematica la contabilizzazione delle somme giocate, delle vincite e del P.R.E.U” e, pertanto, “la natura tributaria dell’imposta (Corte Cost. 334 del 2006) e la qualificazione del concessionario come soggetto passivo d’imposta (ex art. 1, comma 81 della l. n. 296 del 2006) operano limitatamente al rapporto di natura tributaria/senza incidere sulla senza incidere sulla funzione di agente della riscossione di denaro pubblico”.

<sup>31</sup> L’art. 39-bis d.l. n. 269/2003, invero, infatti, le modalità di liquidazione (giudiziale) da parte di AAMS del PREU già versato, sicché il riferimento al 31 dicembre del secondo anno successivo a quello per il quale è dovuto il PREU, è dettato esclusivamente dalla circostanza che, essendo il concessionario tenuto - in qualità di agente contabile - alla resa del conto giudiziale entro il 28 febbraio dell’anno successivo a quello di effettiva raccolta dell’imposta, la liquidazione effettiva, vale a dire giudiziale, del PREU - quella cioè che poi potrà consentire eventuali iscrizioni a ruolo - non può che essere successiva alla presentazione di detto conto giudiziale.

<sup>32</sup> A ben considerare, infatti, la normativa di settore, all’art. 39-*quater*, co. 2, l. cit., suddivide in due macroaree le fattispecie di PREU generato da fatto illecito, a seconda che il fatto illecito avvenga o meno all’interno della filiera concessoria. Nel primo caso, il concessionario resta obbligato in via subordinata a riversare il maggior PREU rispetto a quello contabilizzato dalla propria rete. Nel secondo, la responsabilità per il fatto illecito radica in capo a chi lo ha commesso l’obbligo di riversamento di un correlativo PREU. Cionondimeno, se a praticare illecitamente il gioco è un gestore e se la pratica illecita riguarda un apparecchio munito di nulla osta (ma illecitamente scollegato), il concessionario che lo ha contrattualizzato resterà obbligato in via subordinata. In tutti gli altri casi il PREU è dovuto all’Erario direttamente ed esclusivamente dal soggetto che organizza il gioco illegale, comportandosi, di fatto, come un concessionario (illegale), e perciò agendo (illegalmente) iure proprio e *non nomine* alieno. Correlativamente, laddove un soggetto (e qui non importa la qualifica di gestore/terzo incaricato o soggetto totalmente abusivo) eserciti illecitamente la conduzione di apparecchi da gioco totalmente al di fuori della filiera del gioco lecito, sarà tenuto, oltre che a rispondere dei relativi illeciti penali, a riversare all’Erario un PREU secondo le percentuali di legge.

<sup>33</sup> Non a caso, come già accennato, il gestore è definito dalla normativa di settore, a partire dal profilo nominale, “terzo incaricato della raccolta”, proprio perché detiene *nomine alieno* tali somme raccolte negli apparecchi, laddove tale *terzietà* (riconosciuta nello stesso contratto tra concessionario e gestore) è prima di tutto e soprattutto rispetto alle somme che detiene a titolo di PREU, canone concessorio e margine del concessionario.

<sup>34</sup> La Convenzione di concessione, all’articolo 28, prevede ad esempio che “a fronte degli adempimenti connessi all’affidamento delle attività e delle funzioni previste dalla concessione, il concessionario percepisce un compenso onnicomprensivo, determinato sulla base della raccolta del gioco tramite gli apparecchi da divertimento ed intrattenimento al netto di quanto dovuto ad AAMS, all’Erario, agli utenti, ai soggetti abilitati contrattualizzati per la raccolta dell’importo residuo ai sensi del presente atto di convenzione”. E ancora, al punto 4) del medesimo articolo della Convenzione, si chiarisce che “tutti i corrispettivi per qualsivoglia prestazione, inerenti all’attività della raccolta del gioco tramite gli apparecchi da

*divertimento ed intrattenimento, contenuti in rapporti contrattuali con soggetti abilitati, devono essere resi disponibili per esigenze di carattere pubblicistico secondo le modalità indicate da AAMS”.*

<sup>35</sup> La stessa Convenzione di concessione - quale atto che disciplina il rapporto tra concessionario ed ente concedente e che, pertanto, costituisce il titolo per l'esercizio delle attività affidate e la percezione della relativa remunerazione - è peraltro chiara nell'affermare che il PREU e il canone di concessione non concorrono a formare il compenso del concessionario.

<sup>36</sup> Quanto detto è stato, peraltro, confermato anche dall'Amministrazione finanziaria che ha precisato quanto segue: *“nella prassi operativa, il corrispettivo per l'attività del gestore è in genere quantificato in una misura percentuale delle somme giocate tramite l'apparecchio e, dunque, si tratta - evidentemente - di un compenso riconosciuto dal concessionario per l'attività di raccolta delle giocate”* (cfr. circolare n. 21/E del 2005 dell'Agenzia delle Entrate).

<sup>37</sup> Intuitive le ragioni di celerità e semplificazione sottostanti tale sistema di remunerazione costruito non già *up-down* bensì *down-up*: non è, infatti, lo Stato-amministrazione ad elargire materialmente il denaro occorrente alla remunerazione della filiera; al contrario sono gli operatori della filiera a raccogliere il denaro (pubblico) rinveniente dalle giocate. È, pertanto, ragionevole che questi ultimi, dedotto dall'importo raccolto al netto delle giocate (ossia dall'importo “scassettato”) quanto destinato a titolo di imposta erariale, a titolo di canone di concessione e a titolo di altri eventuali oneri, trattengano la quota loro spettante a titolo di compenso, in base agli accordi in essere con il concessionario, al quale devono riversate tutto il residuo.

<sup>38</sup> Si veda in proposito l'art. 10, co. 1, della concessione, rubricato *“Responsabilità unica del concessionario”*.

<sup>39</sup> Sul punto, *amplius*, E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *“Codice penale commentato”*, IV edizione, Tomo II, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 1036 e dottrina ivi citata.

<sup>40</sup> A mente del quale: *“sotto la denominazione di agenti contabili dell'amministrazione si comprendono: a) gli agenti che con qualsiasi titolo sono incaricati, a norma delle disposizioni organiche di ciascuna amministrazione, di riscuotere le varie entrate dello Stato e di versarne le somme nelle casse del tesoro; b) i tesorieri che ricevono nelle loro casse le somme dovute allo Stato, o le altre delle quali questo diventa debitore, eseguono i pagamenti delle spese per conto dello Stato, e disimpegnano tutti quegli altri servizi speciali che sono loro affidati dal ministro delle finanze o dal direttore generale del tesoro; c) tutti coloro che, individualmente ovvero collegialmente, come facenti parte di consigli di amministrazione per i servizi della guerra e della marina e simili, hanno maneggio qualsiasi di pubblico denaro, o sono consegnatari di generi, oggetti e materie appartenenti allo Stato; d) gli impiegati di qualsiasi amministrazione dello Stato cui sia dato speciale incarico di fare esazioni di entrate di qualunque natura e provenienza; e) tutti coloro che, anche senza legale autorizzazione prendono ingerenza negli incarichi attribuiti agli agenti anzidetti e riscuotono somme di spettanza dello Stato”*.

<sup>41</sup> Questo il testo della norma citata nella sentenza: *“Gli agenti indicati nell'articolo 178 del presente regolamento, oltre che della loro gestione personale, rispondono altresì dell'operato dei cassieri, impiegati o commessi di cui si valgono nel proprio ufficio, anche se la loro assunzione sia stata approvata dalle autorità competenti. Tale responsabilità non varia né diminuisce per la vigilanza, per il sindacato o per il riscontro che venisse esercitato da altri funzionari sulla gestione dei detti agenti”*.

<sup>42</sup> In punto di qualifiche soggettive, può affermarsi come nemmeno la sentenza Poggianti si fosse in realtà discostata dall'orientamento “tradizionale”, atteso che anch'essa assumeva la qualifica di incaricato di un pubblico servizio del gestore/terzo incaricato alla luce del ruolo e dei compiti complessivi attribuitigli dalla normativa di settore e, soprattutto, della sua partecipazione ad un'attività svolta in regime concessorio: *“Peraltro, incidentalmente, si può osservare che la qualifica soggettiva [di incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p., ndr] sembra correttamente contestata, in quanto i fatti si sono svolti in un contesto di rapporti di concessione”* (cfr. pag. 13 sent. n. 21318/2018).

<sup>43</sup> La disposizione citata, recante la “disciplina delle attività di giuoco”, stabilisce che *“l'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato”*.

<sup>44</sup> Come noto, tra le materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato a sono annoverati, all'art. 117, lett. h), della Costituzione, l'ordine pubblico e la sicurezza”.

<sup>45</sup> La disciplina legislativa ed amministrativa del gioco lecito mira chiaramente, altresì, alla salvaguardia di altri beni e valori di immediata e preminente rilevanza costituzionale: non ultima la tutela della salute ex art. 32 Cost., messa potenzialmente a repentaglio da fenomeni quali la ludopatia *et similia*.

<sup>46</sup> La giurisprudenza amministrativa, in merito alla portata della previsione di cui all'art. 1 d.lgs. n. 496/1948, è costante nel ritenere che l'espressione adoperata dal legislatore, nel riferirsi all'organizzazione ed all'esercizio dei giochi di abilità, sia talmente ampia da ricomprendere qualsiasi attività di gioco, ivi compresi *“i giochi a mezzo di apparecchi di intrattenimento”*, sottolineando come la *ratio* storica di tale riserva risieda *“nei rilevanti interessi coinvolti nel gioco, quali le esigenze di contrasto del crimine e, più in generale, di ordine pubblico, di fede pubblica, la necessità di tutela dei giocatori, di controllo di un fenomeno che è suscettibile di coinvolgere flussi cospicui di denaro a volte di provenienza illecita e non a caso le norme sul gioco sono inserite nel TULPS. Si tratta dunque di una attività che lo Stato ha sempre ritenuto di proprio esclusivo monopolio ex articolo 43 della Carta Costituzionale e sulla quale ha escluso la libertà di iniziativa economica”* (cfr. TAR Lazio, II sez., 31.05.2005, n. 4296; in senso conf. Cons. Stato, VI sez., 22 aprile 2004 (ud. 20 gennaio 2004) n. 2330, secondo cui *“l'attività di raccolta scommesse e di organizzazione/esercizio di concorsi pronostici, riservata allo Stato e ad altre*

amministrazioni, integra, alla stregua dell'ordinamento vigente, un servizio pubblico"; nonché Cass. Pen., Sez.Un., 26 aprile 2004 (ud. 20 gennaio 2004) n. 2330. Il legislatore, infatti, si propone il precipuo obiettivo di canalizzare la domanda e l'offerta di gioco, "in circuiti controllabili, al fine di prevenirne la possibile degenerazione criminale", venendosi, in tal modo, a configurare "un sistema integrato di controllo preventivo e di vigilanza continua ...idoneo a soddisfare quella imperativa esigenza di ordine pubblico che tende a contrastare le possibili degenerazioni criminali del settore quali frodi, riciclaggio del denaro sporco, usura e simili..." (cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 18 maggio 2004 (ud. 26 aprile 2004) n. 23271).

<sup>47</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, "Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche", Il Mulino, Bologna, 1986, p. 69 e ss.

<sup>48</sup> Cfr., ad es., Cons. Stato, IV sez., 1 marzo 2006 n. 962, secondo cui "l'attività di raccolta scommesse e di organizzazione/esercizio di pronostici, riservata allo Stato e ad altre amministrazioni integra, alla stregua dell'ordinamento vigente, un servizio pubblico".

<sup>49</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 18 maggio 2004 (ud. 26 aprile 2004) n. 3272.

<sup>50</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, "Diritto Amministrativo", Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 546 e ss.

<sup>51</sup> Solo per limitarci a citare *ex plurimis* alcune delle pronunce più significative del giudice amministrativo ed eurounitario in materia: Cons. Stato, 22.04.2004, n. 2330; in senso conf. Cass. Civ., Sez. Un., 1 giugno 2010 (ud. 20 aprile 2010) n. 13330; Cass. Civ., Sez. Un., 4 dicembre 2009 (ud. 27 ottobre 2009) n. 25495; in senso conf. Corte Conti Reg. Lazio, Sez. Giurisd., 5 novembre 2010 (ud. 27 ottobre 2010), n. 2110; Cons. Stato, II sez., 13 aprile 2011 n. 1264; Cons. Stato, IV sez., 7 ottobre 2005 n. 5203, Corte di Giustizia C.E., Grande Sezione, 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, e Corte di Giustizia, IV sez. 13 settembre 2007, C-260/04.

<sup>52</sup> Se ne riportano testualmente alcuni passaggi, a definitiva chiarezza della intrinseca natura di servizio pubblico del gioco lecito. Nella pronuncia in commento si legge, infatti che quello del gioco lecito è "un ambito così delicato come quello dei giochi pubblici, nel quale i valori e gli interessi coinvolti appaiono meritevoli di speciale e continua attenzione da parte del legislatore" e "un'attività economica svolta dal privato in regime di concessione di un servizio pubblico riservato al monopolio statale e connotato dai preminenti interessi generali menzionati nel comma 77 dell'art. 1 della legge n. 220 del 2010".

<sup>53</sup> Per un approfondito commento delle questioni sottese alla sentenza n. 56/2015 della Corte costituzionale, v. R. CHIEPPA, "Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l'esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge non suscettibili di indennizzo" in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2015, pag. 506D, Giuffrè, Milano, 2015.

<sup>54</sup> Sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di giochi si vedano le sentenze della Corte costituzionale, 22 giugno 2006 (ud. 16 maggio 2006) n. 237, Corte Cost., 26 febbraio 2010 (ud. 12 gennaio 2010) n. 72 e, da ultimo, Corte Cost., 11 maggio 2017 (ud. 22 marzo 2017) n. 108.

In particolare, nelle citate sentenze, la Corte ha costantemente affermato che rientra nella competenza esclusiva statale non soltanto la disciplina dei giochi d'azzardo, ma, inevitabilmente, anche quella relativa ai giochi che non sono ritenuti giochi d'azzardo (si tratta, ad esempio, delle ipotesi di cui al comma 6 dell'art. 110 TULPS, le cosiddette new slot e videolottery), considerati i caratteri comuni dei giochi – aleatorietà e possibilità di vincite in denaro – cui si riconnettono un disvalore sociale, la conseguente forte capacità di attrazione e concentrazione di utenti e la probabilità altrettanto elevata di usi illegali degli apparecchi impiegati per lo svolgimento degli stessi anche nel caso dei giochi leciti.

<sup>55</sup> In particolare, la sentenza della Corte di giustizia, IV sez., 15 settembre 2011, causa C-347/09, ha chiarito le condizioni alle quali le norme sulla libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi consentono ad uno Stato membro di istituire un monopolio per la gestione di giochi d'azzardo, tra le quali non rientra la massimizzazione delle entrate fiscali o dei profitti degli operatori economici che non costituiscono giustificazioni per l'ordinamento dell'Unione. Successivamente, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, IV sez., 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10 ha stabilito la compatibilità di un regime di monopolio in favore dello Stato e di un sistema di concessioni e autorizzazioni nel settore dei giochi e delle scommesse, purché siano rispettati i principi comunitari in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, parità di trattamento degli operatori - attraverso il principio di equivalenza e di effettività - e proporzionalità, assicurando inoltre il rispetto della certezza del diritto e del dovere di trasparenza. Si può infine citare la pronuncia della Corte di Giustizia, III sez., 22 gennaio 2015, C-463/13, in cui la Corte di Giustizia ricordato "il carattere peculiare della disciplina dei giochi d'azzardo, che rientra nei settori in cui sussistono tra gli Stati membri notevoli divergenze di ordine morale, religioso e culturale" ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento agli Stati membri e che, "per tale ragione, in questo specifico settore, le autorità nazionali dispongono di un ampio potere discrezionale per stabilire quali siano le esigenze che la tutela del consumatore e dell'ordine sociale comporta e, a condizione che siano inoltre rispettati i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte, spetta a ciascuno Stato membro decidere se, nel contesto dei legittimi scopi da esso perseguiti, sia necessario vietare totalmente o parzialmente attività riconducibili ai giochi e alle scommesse, oppure soltanto limitarle e prevedere a tal fine modalità di controllo più o meno rigorose (v. sentenza *Digibet e Albers*, Corte di Giustizia, III sez., 12 giugno 2014, C-156/2013, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata)". Nel caso di specie la Corte ha dunque statuito che "gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE nonché i principi di parità di trattamento e di effettività devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, che preveda

*l'indizione di una nuova gara per il rilascio di concessioni aventi durata inferiore rispetto a quelle rilasciate in passato, in ragione di un riordino del sistema attraverso un allineamento temporale delle scadenze delle concessioni".*

<sup>56</sup> In altri termini, la *"qualifica soggettiva, essenziale per poter rispondere dei reati previsti dagli artt. 314 ss., si acquista non "per ciò che si è", ma "per ciò che si fa"*, per utilizzare la felice espressione di M. CATENACCI, *"Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia"*, in *Trattato Teorico Pratico di Diritto Penale* diretto da Francesco Palazzo e Carlo Enrico Paliero, vol. V, Torino, Giappichelli, 2016, p. 29.

<sup>57</sup> In termini C. BENUSSI, in *"Trattato di Diritto Penale – Parte Speciale"* diretto da Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini, vol. I *"I delitti contro la Pubblica amministrazione"*, tomo I *"I delitti dei pubblici ufficiali"*, Padova, CEDAM, 2001, p. 97 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>58</sup> Atteso che *"nel procedere alla suddetta ridefinizione normativa [di incaricato di pubblico servizio, ndr], difficilmente il legislatore del '90 poteva fornire un concetto che non fosse «residuale»"* sul punto v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte speciale*, vol. I, V edizione, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 178, e più in generale sulla genesi e la ratio della riforma del 1990 in punto di qualifiche soggettive p. 161 e ss..

<sup>59</sup> Basti pensare alle questioni interpretative, mai veramente sopite, in punto di definizione di norma di "diritto pubblico". Per l'ampio e complesso dibattito al riguardo si veda V. MANES, *"Servizi Pubblici e Diritto Penale – l'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione"* in *Itinerari di Diritto Penale*, collana diretta da G. Fiandaca – E. Musco – T. Padovani – F. Palazzo, Torino, Giappichelli, 2010, p. 72 e ss. sino ad arrivare alla radicale affermazione, sostenuta in dottrina, che nessuno dei criteri classificatori proposti (la natura pubblica o privata degli interessi tutelati, la derogabilità o inderogabilità della norma, l'azionabilità o meno d'ufficio del meccanismo sanzionatorio, ecc.) *«pare valido in assoluto»*. Problematica è parsa anche la doppia previsione legislativa "norme di diritto pubblico e atti autoritativi" (endiadi, criteri "cumulativi" o da applicarsi disgiuntamente?). Nel senso del *"necessario concorso dei due parametri di delimitazione «esterna»"* e che *"per la figura del pubblico servizio, il carattere cumulativo dei requisiti di disciplina (norma di diritto pubblico ed atti autoritativi) assolve al ruolo di elemento doppiamente limitativo delle aree di attività riconducibili alla nozione di pubblico servizio"* si esprime P. SEVERINO DI BENEDETTO, voce *"Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio"* in *Dig. disc. pen.*, vol. X, UTET, Torino, 1995, p. 517-518 e p. 521. Per l'applicazione disgiunta è, invece, l'impostazione di G. FIANDACA – E. MUSCO, *cit.*, pag. 173, secondo i quali *"l'enunciazione di entrambi i (sotto)criteri si spiega considerando che non tutte le attività disciplinate da norme di diritto pubblico si esternalano o sono oggetto di atti autoritativi immediatamente e inequivocabilmente riconducibili alla categoria degli atti pubblici: per cui il riferimento alla «disciplina mediante norme di diritto pubblico», mentre risulta a ben vedere pleonastico rispetto agli atti pubblici autoritativi, rimane l'unico parametro di individuazione del carattere pubblico delle attività che non si estrinsecano in provvedimenti amministrativi tipici"*. Anche sulle variegate posizioni dottrinarie sul tema si sofferma V. MANES, *"Servizi Pubblici e Diritto Penale"* *cit.*, p. 75 e ss..

<sup>60</sup> Questa la critica mossa da parte della manualistica, ad es., da G. FIANDACA – E. MUSCO, *"Diritto penale – Parte Speciale"*, *cit.*, p. 178-179, secondo cui *"in mancanza di precisi e univoci referenti normativi, assumere il riferimento agli scopi a criterio determinante di qualificazione equivale ad esporsi inevitabilmente a rischi di arbitrarietà"* e *"a tali rischi di certo non si è per lungo tempo sottratta la giurisprudenza di legittimità [...] nel presupposto che una finalità di pubblico interesse, sia pure in forma indiretta, fosse individuabile in quasi tutte le attività che in qualche misura trascendono la sfera strettamente privata"*.

<sup>61</sup> L'espressione è di V. MANES, *"Servizi Pubblici e diritto Penale"*, *cit.*, p. 95.

<sup>62</sup> In particolare quella per cui *"tali impostazioni non si «smarcano», in definitiva, da teleologismi o ontologismi «fuori luogo»: ed a poco vale richiamare la dimensione costituzionale dell'interesse sotteso all'attività svolta, che spesso non comporta la sua riserva a strutture pubbliche, e che comunque risulta penalmente insignificante quando la disciplina della stessa non si rifletta in una presenza pubblicistica penetrante, dove l'amministrazione agisce "come autorità" o condiziona [...] l'attività sottostante strutturandola in una dimensione anticompetitiva"* così, ancora, V. MANES, *"Servizi Pubblici e diritto Penale"*, *cit.*, p. 98. Ebbene, appare evidente che nel caso del gioco lecito non possa parlarsi di teleologismo "fuori luogo": a) per la sussistenza di una riserva statale originaria, che ha dato luogo ad una concessione di natura "traslativa"; b) per la chiara "presenza pubblica penetrante"; c) per la previsione di un regime derogatorio della libera concorrenza autorevolmente avallata dalla giurisprudenza nazionale – anche costituzionale – ed eurounitaria.

<sup>63</sup> Tra le attività di pubblico servizio "trasferite" al gestore si segnalano, in particolare, quelli legati alla "verifica della funzionalità della rete telematica che hanno riguardo in particolare, alla conservazione dei cosiddetti "punti di accesso" (PdA) con obblighi di segnalazione di anomalie. Si tratta di uno strumento fondamentale, in quanto raccoglie le informazioni trasmesse dall'apparecchio di gioco al router e le invia alla rete telematica ADM, così garantendo la regolarità del gioco e dei relativi flussi. È (anche) in tal modo che il gestore partecipa alla realizzazione degli *"interessi pubblici sottesi alla gestione monopolistica"* del gioco lecito. Tale attività, infatti, se ha certamente una valenza sul piano della garanzia del controllo sul gettito erariale, ha altresì altrettanta simultanea rilevanza nella contabilizzazione in tempo reale dei flussi delle giocate e del loro rapporto con le vincite all'interno della rete telematica predisposta dal concessionario, che, in definitiva, si rivelano indispensabili ed infungibili per il corretto funzionamento dell'intero comparto del gioco lecito.

## Le catene di San Patrignano: il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità di fronte al “canto delle Sirene” dell'eroina.

di **A. Massaro**

SanPa – Luci e tenebre di San Patrignano, la prima serie televisiva italiana di tipo documentaristico realizzata da Netflix, ha improvvisamente riaperto i riflettori sul caso di Vincenzo Muccioli e sul suo metodo di recupero di soggetti tossicodipendenti: il “trattenimento a tutti i costi” dei ragazzi nella comunità alla quale gli stessi si erano rivolti per superare la dipendenza dall'eroina risuona amplificato, negli ultimi decenni del secolo scorso, da una clamorosa eco mediatica, divenendo altresì l'occasione per una complessa vicenda giudiziaria che vede protagonista il leader carismatico e controverso di San Patrignano.

Il contributo ricostruisce il c.d. processo delle catene esaminando la sentenza di condanna del Tribunale di Rimini (1985) e la sentenza di assoluzione della Corte d'Appello di Bologna (1987), confermata poi dalla Corte di cassazione (1990): le pronunce in questione, pur tenendo conto delle evidenti peculiarità che caratterizzano il caso Muccioli, offrono spunti interessanti in materia di consenso dell'avente diritto e di stato di necessità, sul versante tanto dei presupposti e dei limiti di operatività della singola scriminante quanto della disciplina generale dell'erronea supposizione e dell'eccesso colposo.

**Sommario.** **1.** La serie televisiva *SanPa*: il “risveglio” del caso Muccioli e del “processo delle catene”. – **2.** La sentenza di condanna del Tribunale di Rimini per sequestro di persona e maltrattamenti. – **2.1.** Le possibili distorsioni di un processo (prima di tutto) mediatico. – **2.2.** La sistematica delle cause di giustificazione sul banco di prova di San Patrignano: il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità. – **3.** La sentenza di assoluzione della Corte d'Appello di Bologna: il consenso dell'avente diritto e l'eccesso colposo in riferimento allo stato di necessità “effettivo”. – **4.** La sentenza della Corte di cassazione: lo stato di necessità putativo come unica scriminante di riferimento. – **5.** Consenso dell'avente diritto e stato di necessità di fronte al “canto delle Sirene” della crisi di astinenza del tossicodipendente. – **5.1.** L'art. 50 c.p.: la determinatezza dell'oggetto del consenso come necessario presupposto della scriminante. – **5.2.** Lo stato di necessità e l'eccesso colposo. – **6.** Un ingiusto mezzo per un giusto scopo?

### 1. La serie televisiva *SanPa*: il “risveglio” del caso Muccioli e del “processo delle catene”.

*SanPa – Luci e tenebre di San Patrignano*, la prima serie televisiva italiana di tipo documentaristico realizzata da Netflix, ha riaperto improvvisamente i riflettori su una vicenda che, pur avendo appassionato e diviso l'opinione pubblica negli anni Ottanta e Novanta, sembrava essersi dissolta con la stessa potenza con cui era esplosa: una sorta di fuoco di paglia, prima alimentato dalla benzina del clamore mediatico e poi soffocato dalle ceneri del silenzio di comodo.

Il protagonista della storia è Vincenzo Muccioli, il fondatore di San Patrignano e, quindi, della più grande comunità d'Europa per l'accoglienza e il recupero dei tossicodipendenti. Il teatro è quello di un'Italia che, ancora inebriata dalla sbornia di ottimismo messa in circolo dai primi anni Ottanta, si scopre sopraffatta dalla circolazione su larga scala dell'eroina: la droga che si impadronisce del corpo,

che svuota e trasforma l'anima e che, soprattutto, “addormenta i sogni”.

Le istituzioni distratte e immobili, i genitori disperati e impotenti, i ragazzi svuotati e rifiutati. Nel buio di una notte che la comparsa dell'AIDS contribuirà a rendere ancor più fitta e impenetrabile, il progetto di Vincenzo Muccioli appare a molti come uno dei pochi raggi di luce capaci di indicare la rotta: una collina a Coriano, in provincia di Rimini, un'accoglienza gratuita fondata sullo spirito di comunità, un uomo carismatico, amante dei cani, dei cavalli e della parapsicologia, ma soprattutto disposto a scommettere sulle iniezioni di amore e di lavoro come antidoto a quelle di droga.

Lo sviluppo narrativo di *SanPa* si muove su una sapiente ed equilibrata alternanza tra prospettive diverse e complementari. Lo sguardo e la voce di Vincenzo Muccioli, il ricordo del figlio Andrea, il racconto degli ex ragazzi di San Patrignano sono costantemente proiettati sullo sfondo del contesto sociale, culturale e politico di quegli anni: Muccioli

ospite dei programmi televisivi più popolari, i sostenitori d'eccezione come Red Ronnie e Paolo Villaggio e, soprattutto, il supporto ininterrotto di Gian Marco e Letizia Moratti, senza il cui sostegno economico San Patrignano non sarebbe divenuto un autentico punto di riferimento per il recupero e la prevenzione nel settore del tossicodipendenze.

Vincenzo Muccioli da una parte, San Patrignano dall'altra: da un rapporto di perfetta simbiosi e immedesimazione, si passa a un progressivo distacco fino a giungere a un autentico "parricidio", come nelle migliori tradizioni tragico-psicoanalitiche.

La parabola umana di Vincenzo Muccioli sembra segnata dagli abbagli di un successo che rischia di degenerare in onnipotenza, finendo per condizionare inevitabilmente le sorti della sua creatura. La crescita esponenziale di San Patrignano, che arriva a ospitare migliaia di ragazzi, corrisponde solo apparentemente a una sua apertura all'esterno: il simbolo dell'accoglienza solidale e dello spirito di comunità si espone progressivamente al ripiegamento sulle logiche delle istituzioni totali, divenendo inespugnabile e poco tollerante con chi mette in discussione le sue regole.

Questo è, grosso modo, il racconto che emerge dai cinque episodi di *SanPa*, della durata di un'ora ciascuno, nei quali un copioso materiale di archivio si alterna alle interviste di chi San Patrignano lo ha visto con i propri occhi e lo ha vissuto sulla propria pelle. Era pressoché inevitabile che la serie di Netflix suscitasse diffidenze e polemiche per la selezione dei fatti raccontati e per la prospettiva dalla quale si è scelto di osservarli. Di particolare interesse, ad ogni modo, è il peso attribuito dal racconto televisivo alle vicende giudiziarie che hanno segnato la storia di Muccioli e di San Patrignano, filtrate soprattutto attraverso il racconto di Vincenzo Andreucci: negli anni Ottanta giudice istruttore per il "processo delle catene", negli anni Novanta giudice per le indagini preliminari nel processo relativo all'omicidio Maranzano. I reati per i quali si procede sono diversi (sequestro di persona e maltrattamenti, nel primo processo; omicidio, favoreggiamento personale e occultamento di cadavere, nel secondo processo), ma si tratta chiaramente di vicende giudiziarie tenute insieme dalla comune matrice di quella "costrizione a fin di bene" che rappresentava l'aspetto più discusso del "metodo San Patrignano".

Se si fosse reso necessario, avvertiva Muccioli, si sarebbe praticato un "trattenimento coattivo" dei ragazzi che, nei momenti più difficili del complesso

*iter* che li avrebbe condotti a superare la dipendenza fisica e quella psicologica dalla droga, intendessero abbandonare il percorso intrapreso nella comunità: meglio incatenarli oggi che vederli morti in strada con un ago in vena domani. Come un padre che sceglie la strada degli scappellotti nei confronti del figlio ribelle e riottoso rispetto alle regole che gli vengono imposte a fin di bene, così Muccioli ritiene di comportarsi nei confronti di ragazzi fragili e vulnerabili rispetto ai quali non esita ad assumere un ruolo dichiaratamente paterno o, meglio, paternalistico.

Il processo delle catene sembrerebbe destinato a infrangere sul nascere il mito utopico di cui San Patrignano aveva la pretesa di farsi portatore, ma l'effetto finale è esattamente l'opposto. Muccioli, condannato in primo grado e assolto in appello e in Cassazione, viene osannato dalle folle: non solo il pubblico nei programmi televisivi condotti da Pippo Baudo e Giancarlo Magalli, ma anche e soprattutto le centinaia di genitori che affollano le strade ringraziando Muccioli e soffocando con le loro grida di disperata riconoscenza il silenzio di uno Stato incapace di arginare il dilagare dell'eroina. Le catene invisibili della droga, insomma, sono ben più pericolose e dolorose di quelle che, nella piccionaia o nel canile di San Patrignano, servivano a superare i "momenti difficili". I racconti e le immagini di quei ragazzi incatenati e segregati in penose e mortificanti condizioni igienico-sanitarie, insomma, suscitano meno sdegno (e, forse, meno paura) di quelle degli *zombie* eroinomani costretti a vagare senza meta e senza prospettive tra le maglie di un tessuto urbano e sociale incapace di offrire loro sostegno.

Il processo delle catene, quindi, finisce per alimentare una vertiginosa spirale di crescita di San Patrignano, progressivamente dotata di strutture produttive e terapeutiche sempre più all'avanguardia, mentre Vincenzo Muccioli si avventura per i sentieri sconnessi della popolarità e del potere.

Il secondo processo, seguito alla morte di Roberto Maranzano a seguito di un violento pestaggio nella macelleria "gestita" da Alfio Russo, interviene quando il rapporto tra Muccioli e i ragazzi del suo "cerchio magico" è già intaccato da dubbi, diffidenze, allontanamenti. Nella serie *SanPa* una delle voci narranti è quella di Walter Delogu, papà dell'attrice Andrea Delogu, che, dopo essere stato salvato da Muccioli quando l'eroina sembrava avergli

definitivamente sbarrato la strada verso il futuro, diviene il suo autista e uomo di fiducia, quello che conosce meglio “le luci e le tenebre” di un personaggio dai mille colori e dalle mille sfumature. Proprio Walter Delogu, con un nastro sul quale ha registrato la voce di Muccioli mentre suggerisce di uccidere uno dei testimoni dell’omicidio Maranzano, diviene uno dei suoi principali accusatori o, a seconda dei punti di vista, traditori. In primo grado Muccioli viene condannato per favoreggiamento personale, ma non per omicidio colposo. Il secondo processo, tuttavia, segna un punto di non ritorno per il “padre” di San Patrignano. La sua vitalità affievolisce progressivamente fino a spegnere del tutto quella fiamma capace, solo pochi anni prima, di sprigionare un bagliore magnetico e accecante.

Muccioli muore nel 1995, a 61 anni. Il finale della storia resta aperto, non solo per le molteplici versioni che circolano intorno alla morte di Muccioli, ma anche per l’interrogativo che la sua intuizione ambiziosa, e per certi aspetti visionaria, pone attraverso le parole di chi, come chiosa Fabio Cantelli, non sa ancora se è vivo grazie a Muccioli e San Patrignano o nonostante Muccioli e San Patrignano.

## 2. La sentenza di condanna del Tribunale di Rimini per sequestro di persona e maltrattamenti.

Il c.d. processo delle catene, come già precisato, riguardava il trattenimento di alcuni ospiti che, dopo il volontario ingresso in comunità, avevano espresso il desiderio di lasciare la collina di Coriano, essenzialmente per l’incapacità di gestire l’assenza di eroina: in molti casi il trattenimento era stato attuato mediante la segregazione in locali adibiti alla custodia di animali, isolando il tossicodipendente e ricorrendo in molti casi all’uso di catene per impedirne la fuga.

Il Tribunale di Rimini condanna Vincenzo Muccioli e altri operatori di San Patrignano per sequestro di persona e maltrattamenti<sup>1</sup>. La sentenza di primo grado si impone all’attenzione degli addetti ai lavori per almeno due nodi critici, capaci di andare oltre le (innegabili) peculiarità della vicenda giunta all’attenzione dei giudici riminesi: da una parte, l’assedio mediatico che il Tribunale si era trovato a fronteggiare e, dall’altra parte, l’inquadramento sistematico del consenso dell’avente diritto e dello stato di necessità.

### 2.1. Le possibili distorsioni di un processo (prima di tutto) mediatico.

La pronuncia dei giudici riminesi esordisce con una tanto perentoria quanto inusuale stigmatizzazione dell’«eccezionale interesse» suscitato dal caso Muccioli «in ogni strato della pubblica opinione», capace di provocare «persistenti e nocive distorsioni della verità storica e processuale»<sup>2</sup>. All’interesse «continuo e pressante» della stampa e degli organi di informazione avrebbe fatto eco l’indebita ingerenza del mondo politico, che, anche attraverso suoi autorevoli esponenti, «non ha esitato ad indulgere ad apprezzamenti del tutto favorevoli alla condotta degli imputati [...], a dispetto di ogni considerazione di buon gusto e di stile»<sup>3</sup>. Senza contare la morbosa attenzione dell’opinione pubblica sulle sorti di un personaggio sorretto da «un formidabile apparato propagandistico», pronto a sostenere la bontà del suo “metodo”: «si è giunti così ad inscenare varie manifestazioni di aperto dissenso verso i giudici del collegio, promuovendo persino cortei di protesta che, partendo da varie città d’Italia, si sono arrestati letteralmente sulle soglie del tribunale per sottolineare, anche con la proposizione di aperte minacce, l’esigenza di una giustizia sommaria ed esemplare quale quella che, tanto frequentemente, con la irrazionalità propria delle masse, il popolo intende ottenere»<sup>4</sup>.

Si tratta indubbiamente di un *incipit* “irrituale”, infarcito del contrariato sdegno di giudici chiamati a confrontarsi con una folla dalla “psicologia” tanto irrazionale quanto incontenibile.

Erano gli anni in cui la consistenza del «processo parallelo» condotto al di fuori delle aule di giustizia e caratterizzato da violente polemiche sulle indagini, sul dibattimento e sulla sentenza<sup>5</sup> inizia a mostrare il suo volto mutevole e insidioso. Enzo Tortora era stato arrestato solo due anni prima e si stava asfaltando la via che avrebbe condotto, per esempio, al linciaggio mediatico di Giovanni Scattone e Salvatore Ferraro per l’omicidio di Marta Russo, ai plastici della villetta di Cogne nei salotti di “Porta a Porta”, all’annuncio del ritrovamento del cadavere di Sarah Scazzi in diretta televisiva. Si stava assistendo, altrimenti detto, ai primi vagiti di quel “processo mediatico” che, se attualmente ha conquistato addirittura la dignità di una voce enciclopedica<sup>6</sup>, negli anni Ottanta ancora lasciava sgomenti i giudici trovatisi, loro malgrado, al centro della croce rossa su cui si indirizzava il fuoco della pressione “comunicativa”.



*SanPa* riesce a fotografare con mirabile nitidezza i contorni di quella esplosione mediatica di Vincenzo Muccioli, che, come già precisato, il processo delle catene non farà altro che confermare e amplificare, almeno per gli anni immediatamente successivi.

## 2.2. La sistematica delle cause di giustificazione sul banco di prova di San Patrignano: il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità.

Pur trattandosi di un contesto che solo *lato sensu* può definirsi “terapeutico”, la coppia concettuale di scriminanti chiamate a fare i conti con la realtà descritta da San Patrignano è la stessa cui, storicamente, è stato affidato anche il delicato compito di tratteggiare le condizioni e i limiti di legittimità dell'attività medico-chirurgica: il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità<sup>7</sup>.

La tesi difensiva ruotava attorno al consenso espresso da ciascun ospite all'ingresso in comunità, con la consapevolezza che sarebbe stato trattenuto lì con ogni mezzo, fino a quando il recupero non potesse considerarsi concluso. Un'eventuale revoca del consenso inizialmente prestato, quindi, avrebbe dovuto considerarsi improduttiva di effetti, in quanto direttamente collegata proprio a quella condizione di astinenza da cui gli ospiti intendevano liberarsi con il loro ingresso a San Patrignano. Il periodo successivo alla mancata assunzione di eroina, si precisava, sarebbe caratterizzato da due fasi. La prima (c.d. scimmia, per i movimenti scomposti del corpo che la contraddistinguono) più breve e intensa, nella quale si manifestano gli effetti di una dipendenza meramente “fisica”; la seconda (c.d. idea fissa), di più lunga durata, nella quale il bisogno psico-fisico di sostanza stupefacente induce a condotte che vanno dalle bugie e dalle simulazioni alla violenza nei confronti, per esempio, dei familiari o alla commissione di altri reati. Proprio in questa fase diveniva necessario “trattenere” il tossicodipendente che, stando alle parole di Vincenzo Muccioli, «non è un capace di intendere, ma di volere, cioè sa quello che fa, ma non sa determinarsi»<sup>8</sup>.

Anche a non voler ritenere configurabile la scriminante dell'art. 50 c.p., sarebbe stato comunque possibile far riferimento a un soccorso di necessità ex art. 54 c.p.: se gli ospiti della comunità avessero fatto ritorno al consorzio civile sulla base di una “decisione” assunta per effetto dell'astinenza, l'esito inevitabile sarebbe stato quello di una ricaduta nell'assunzione di eroina, con conseguenze dannose

per se stessi e per la società. La segregazione e l'incatenamento, allora, servivano unicamente a evitare il pericolo attuale di un danno grave alla persona, proprio come si farebbe, per affidarsi ancora alle parole di Muccioli, con chi sta per gettarsi da un ponte<sup>9</sup>.

Il Tribunale di Rimini non ritiene convincenti le argomentazioni sostenute dalla difesa.

Con particolare riguardo alla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, i giudici di primo grado premettono che l'applicazione dell'art. 50 c.p. in presenza di offese alla libertà personale sia ammissibile entro quegli stessi limiti posti dall'art. 5 c.c. per l'integrità fisica<sup>10</sup>: la scriminante, in particolare, non potrebbe operare a fronte di menomazioni così gravi da diminuire in modo notevole la funzione sociale dell'individuo e, in ogni caso, quando gli atti di disposizione risultino contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume<sup>11</sup>. Queste premesse, sempre ad avviso del Tribunale, troverebbero il proprio fondamento costituzionale nell'art. 13 Cost. e nel principio di inviolabilità della libertà personale<sup>12</sup>. Ammesso (e non concesso), quindi, che gli ospiti avessero consentito al loro trattenimento “in ogni modo”, sarebbe invalida una manifestazione di volontà diretta a permettere la segregazione in ambienti antigiuridici e malsani, magari mediante l'impiego di catene<sup>13</sup>.

A ciò si aggiunga che la revoca del consenso intervenuta successivamente non può essere ritenuta priva di effetti muovendo dall'assunto, generalizzato e apodittico, di una incapacità del tossicodipendente di determinarsi in maniera consapevole: i giudici si riferiscono anzi a studi scientifici che, anche analizzando i rapporti tra la dipendenza fisica e quella psichica, sembravano delineare un quadro differente, fermo restando che era mancato ogni accertamento in ordine alle effettive capacità degli ospiti di San Patrignano sottoposti, malgrado una manifestazione di volontà in senso contrario, a trattamenti coercitivi.

Sul versante dello stato di necessità, poi, si osserva come il ritorno nel consorzio civile da parte di soggetti in fase di svezamento dall'eroina non costituisce sempre e comunque la premessa per le funeste conseguenze agitate dai responsabili della comunità<sup>14</sup>. Il trattenimento era del resto motivato da ragioni molto diverse tra loro: accanto a una finalità *lato sensu* terapeutica, non mancavano coercizioni disposte con un intento di esemplarità, con una volontà punitiva o per esigenze

organizzative della comunità che nulla avevano a che vedere con le condizioni di salute degli ospiti<sup>15</sup>.

Neppure potrebbe invocarsi, ex art. 59, quarto comma c.p., un'erronea supposizione di uno stato di necessità, posto che quest'ultima richiederebbe pur sempre un errore scusabile<sup>16</sup>: in capo al Muccioli, presentato come uno dei massimi esperti internazionali di comunità per tossicodipendenti, non potrebbe ipotizzarsi, ad avviso dei giudici, un errore scusabile sulla legittimità dei mezzi impiegati all'interno della comunità. Pare opportuno precisare al riguardo che l'oggettiva ragionevolezza dell'errore rilevante per la prevalenza del putativo sul reale accordata dall'art. 59, quarto comma c.p. è un requisito non richiesto dalla disposizione codicistica e che, pur pressoché unanimemente confermato dalla giurisprudenza<sup>17</sup>, finisce per condurre a una sostanziale *interpretatio abrogans* della residua responsabilità per colpa<sup>18</sup>: se, infatti, si richiede un errore scusabile come presupposto di esclusione del dolo, si escluderebbe *in re ipsa* una residua responsabilità per colpa, pure prevista esplicitamente dall'art. 59 c.p.

Ad avviso del Tribunale di Rimini, ad ogni modo, dovevano ritenersi integrati gli elementi costitutivi dei delitti di sequestro di persona e di maltrattamenti. Considerati, però, gli indubbi risultati raggiunti da Vincenzo Muccioli, nonché la «speranza suscitata in tante famiglie ed in tanti giovani che si sono rivolti a S. Patrignano, pur ignorandone le deficienze, con un'ansia ed un'un'aspettativa che costituiscono già di per sé, in molti casi, il primo passo per un futuro reinserimento nella società», si ritiene doveroso riconoscere, oltre al vincolo della continuazione, le attenuanti generiche: Muccioli viene quindi condannato alla reclusione di un anno e otto mesi, pena più severa di quella degli altri imputati «per il ruolo che egli ha assunto in tutta la vicenda e che ha costantemente difeso con la sua inesauribile capacità di stare sulla scena (e che, in definitiva, si traduce in un'amissione di maggiore responsabilità)»<sup>19</sup>.

### 3. La sentenza di assoluzione della Corte d'Appello di Bologna: il consenso dell'avente diritto e l'eccesso colposo in riferimento allo stato di necessità "effettivo".

I giudici di appello, con una pronuncia accolta da meno clamore, «se non con indifferenza», da molti organi di stampa, conclude invece per l'assoluzione

di Vincenzo Muccioli e dei suoi più stretti collaboratori<sup>20</sup>.

L'interesse della sentenza in questione risiede soprattutto nelle considerazioni svolte in materia di consenso dell'avente diritto, che mettono a fuoco alcune criticità della scriminante delineata dall'art. 50 c.p. La premessa da cui si muove è quella per cui le condizioni poste per l'accesso a San Patrignano erano tanto la serietà del proposito di disintossicarsi quanto il consenso ad essere trattenuti contro la propria volontà durante la fase di disintossicazione: «le carte processuali dimostrano al di là di ogni ragionevole dubbio che tutti conoscevano ed accettavano siffatta condizione»<sup>21</sup>.

La delicata questione relativa alla successiva revoca del consenso, allora, rischia di risultare mal posta: se il tossicodipendente ha accettato, ora per allora, una limitazione della propria libertà personale per un momento in cui avrebbe esplicitato la volontà di uscire in ragione della «sete di droga» che avrebbe preso il sopravvento, la c.d. revoca altro non sarebbe che il verificarsi della condizione accettata al momento dell'ingresso nella comunità<sup>22</sup>. L'autodeterminazione del tossicodipendente è quella che lo ha condotto alle porte di San Patrignano, accettando anche quel *minimun* di costrizioni necessarie ad impedire il ritorno alla droga: «l'autodeterminazione del tossicodipendente di farsi curare, cioè di accettare la terapia offertagli da altri, implica una scelta autolimitativa, che non può essere, al primo inevitabile richiamo estintivo la droga, revocata in nome di un'autodeterminazione, il cui sapore di farsa non dovrebbe sfuggire a nessuno»<sup>23</sup>.

I giudici di secondo grado precisano, allora, che la questione realmente problematica non sia rappresentata dalla revoca del consenso e (quindi) dal divieto di uscire in sé, quanto piuttosto dalle *modalità attuative della privazione di libertà e dalla durata temporale del consenso iniziale*<sup>24</sup>. Non sarebbe risolutivo il preteso riferimento all'art. 5 c.c., posto che in questo caso non verrebbero in considerazione l'integrità fisica, l'ordine pubblico e il buon costume. Più confacente, invece, risulta quanto previsto dal secondo comma dell'art. 32 Cost., che, in caso di trattamento sanitario obbligatorio, impedisce al legislatore di violare i limiti imposti dalla dignità umana. L'incatenamento e la restrizione in condizioni ambientali indecorose devono certamente considerarsi lesive della dignità: se la libertà personale è un bene disponibile, la dignità della

persona esprime un valore che non può essere oggetto di «patteggiamenti» e che, come tale, individua nel nostro ordinamento un bene indisponibile<sup>25</sup>. Il *consenso*, per contro, può operare in funzione *scriminante* per tutte le forme di *trattenimento* poste in essere *senza* il ricorso a *modalità umilianti*. Potrebbe obiettarsi, precisa la sentenza d'appello, che in questo si lascino arbitri i “terapeuti” di decidere quando il singolo soggetto sia davvero pronto ad abbandonare senza pericolo la comunità. Si replica, però, osservando che nessuno dei soggetti passivi avesse lamentato un trattenimento posto in essere nonostante l'avvenuta liberazione psico-fisica dal desiderio di assumere sostanze stupefacenti: gli ospiti “fuggiti”, anzi, erano mossi essenzialmente dal desiderio di bucarsi, prontamente soddisfatto una volta fuori da San Patrignano.

Per le forme di trattenimento “non umilianti”, proseguono i giudici bolognesi, ben potrebbe operare anche la scriminante dello stato di necessità “reale”, non rendendosi necessario passare per l'erronea supposizione *ex ultimo comma* dell'art. 59 c.p. «Senza minimizzazioni o catastrofismi di maniera», deve prendersi atto del grave danno alla persona derivante dall'assunzione di eroina, che rende altresì attuale il pericolo per chi sia dipendente da quella sostanza<sup>26</sup>. La segregazione imposta agli ospiti della comunità era strettamente funzionale alla necessità di impedire loro il drammatico ritorno all'eroina, senza contare che l'attualità del pericolo potrebbe essere intesa, in senso meno restrittivo, come “incombenza” o “immanenza” dello stesso<sup>27</sup>. Quanto alla non evitabilità del pericolo, i giudici proiettano le proprie considerazioni sullo sfondo delle risposte inadeguate fornite dall'ordinamento italiano: molti autorevoli parlamentari avevano evidenziato i ritardi e le inefficienze delle strutture pubbliche, senza contare le numerose famiglie approdate a San Patrignano dopo aver preso atto dell'inadeguatezza di soluzioni alternative, spesso di difficile (e costoso) accesso<sup>28</sup>. Nessun dubbio quindi che, ferma restando l'operatività del consenso, i trattamenti “non umilianti” sarebbero risultati scriminati anche (e “direttamente”) per il tramite dell'art. 54 c.p.

Riguardo ai trattenimenti posti in essere ricorrendo a quelle catene che sono divenute il simbolo del primo processo a Vincenzo Muccioli, i giudici bolognesi ritengono che in quel caso le modalità attuative della limitazione della libertà personale avrebbero dato

luogo a un eccesso colposo (art. 55 c.p.): i mezzi cui si è fatto ricorso, esorbitanti rispetto alla finalità di salvare i singoli ospiti, erano stati anche la conseguenza della struttura rudimentale e approssimativa esistente al momento dei fatti. Gli ospiti, detto altrimenti, erano stati accolti in una struttura oggettivamente inadeguata: al momento dell'ingresso, tuttavia, non si prevedeva certo di dover far ricorso a quei mezzi sproporzionati e «quando se ne manifestò l'esigenza si ritenne per colpa di non poter fare diversamente».

L'eccesso colposo in stato di necessità, trattandosi di fattispecie previste dall'ordinamento solo nella forma dolosa, conduce a escludere una responsabilità penale degli imputati<sup>29</sup>.

Non manca, infine, un riferimento alla scriminante dell'art. 51 c.p., ritenuta applicabile per la specifica vicenda di un'ospite disposta a prostituirsi pur di ottenere i soldi necessari all'acquisto della droga: in questo caso, chiosano “paternalisticamente” i giudici, Muccioli si sarebbe comportato come il padre della ragazza, esercitando il diritto-dovere di impedirle di fuggire e, quindi, di vendere il suo corpo<sup>30</sup>.

#### **4. La sentenza della Corte di cassazione: lo stato di necessità putativo come unica scriminante di riferimento.**

Se già in riferimento alla sentenza d'appello l'interesse degli “addetti ai lavori” sembrava significativamente scemato, della pronuncia della Corte di cassazione si fatica addirittura a trovare traccia nelle riviste specializzate<sup>31</sup>, che registrano tuttavia altri casi di “catene terapeutiche” al di fuori del contesto di comunità<sup>32</sup>.

La Corte di cassazione conferma le assoluzioni di Muccioli e degli altri imputati con una pronuncia che, però, non si allinea del tutto a quella della Corte d'Appello nella “scelta” delle scriminanti di riferimento. Se, in particolare, la sentenza di secondo grado si affidava alla coppia “consenso dell'avente diritto-stato di necessità”, collocata oltretutto nella prospettiva delle scriminanti reali e non putative, i giudici di legittimità ritengono sussistenti i soli estremi di uno stato di necessità erroneamente supposto, rispetto al quale, per i trattenimenti realizzati con modalità umilianti, far operare l'eccesso colposo *ex art. 55 c.p.*

Nella ricostruzione della cornice normativa di riferimento la Suprema Corte considera non adeguato tanto il riferimento all'art. 13 Cost. quanto quello all'art. 5 c.c.: l'attenzione si concentra dunque

sull'art. 32 Cost., ma anche sulla legge n. 833 del 1978 (istituzione del servizio sanitario nazionale) e sulla legge n. 297 del 1985 (recante norme per la erogazione di contributi finalizzati al sostegno delle attività di prevenzione e reinserimento dei tossicodipendenti nonché per la distruzione di sostanze stupefacenti e psicotrope sequestrate e confiscate). L'ordinamento, se da un lato riconosce il valore di "limite" della dignità umana e il diritto all'autodeterminazione del tossicodipendente, dall'altro lato prevede la possibile imposizione coattiva di un trattamento sanitario: dovrebbe quindi ammettersi, in via di principio, la legittimità di un consenso preventivo del tossicodipendente a un trattamento che preveda circoscritte limitazioni della propria libertà personale (quali il temporaneo divieto di allontanarsi dal luogo di cura o il temporaneo isolamento sotto sorveglianza in locali adeguatamente attrezzati), restando per contro precluso un consenso destinato a protrarsi per un arco temporale incongruamente dilatato rispetto alle esigenze di recupero del singolo soggetto o che preveda la segregazione dello stesso in ambienti angusti e malsani<sup>33</sup>.

Se fino a questo punto le argomentazioni dei giudici di legittimità sembrano coincidere con quelle della sentenza impugnata, un primo scostamento significativo si riscontra in ordine alla questione della revoca del consenso. Affinché il consenso possa produrre un effetto scriminante è necessario che lo stesso persista nel momento in cui il suo destinatario ponga in essere la condotta "offensiva". I giudici di legittimità, interpretando "in senso stretto" il requisito della attualità del consenso, escludono quindi che lo stesso possa essere prestato ora per allora, giungendo a coprire l'intera e indefinibile durata del trattamento: ragionare in senso contrario significherebbe, tra l'altro, disconoscere del tutto la capacità di autodeterminazione del tossicodipendente<sup>34</sup>. "Recuperando" sul punto molte delle considerazioni svolte dal Tribunale di Rimini, la Suprema Corte ritiene invece che lo stato di tossicodipendenza non possa considerarsi, in quanto tale, un fattore in grado di annullare la capacità di intendere e di volere del soggetto, a meno che lo stesso non provochi alterazioni patologiche permanenti e, quindi, una vera e propria malattia psichica: si tratta, però, di accertamenti che non risultano svolti per i fatti oggetto di procedimento<sup>35</sup>. L'intervenuta revoca del consenso mette quindi fuori gioco l'art. 50 c.p. Resta tuttavia la possibilità, già

ammessa dai giudici di appello, di invocare lo stato di necessità, che però ad avviso della Corte di cassazione rileverebbe solo per il tramite dell'art. 59, quarto comma c.p. Non si mette in discussione la sussistenza del pericolo attuale di un danno grave alla persona, mentre delle considerazioni più articolate risultano svolte per il requisito della non evitabilità altrimenti del pericolo. Sono tre, in particolare, gli argomenti valorizzati a questo scopo. Anzitutto, San Patrignano era strutturata come una comunità *drug free*, nel senso che ai fini della disintossicazione non venivano usati droghe o farmaci sostitutivi, individuando invece nel lavoro il principale strumento per il reinserimento sociale del tossicodipendente: il metodo usato nella comunità toscana, denominato negli Stati Uniti come "tacchino freddo", si fondava dunque sull'interruzione totale dell'uso di droghe o farmaci, muovendo dal principio secondo cui "di eccesso di eroina si muore, di mancanza mai". In secondo luogo, doveva prendersi atto di come, nel periodo intercorrente tra il 1978 e il 1981, le strutture sanitarie e di assistenza sociale fossero poche e complessivamente inadeguate. A ciò doveva aggiungersi, infine, che se un tossicodipendente, fatta un'esperienza di comunità, si allontana senza pervenire a una completa "liberazione", è portato ad addurre a giustificazione del suo comportamento successivo il fallimento del primo tentativo di disintossicazione, divenendo così irrecuperabile.

Le circostanze alle quali si è fatto riferimento giustificano, secondo la Corte di legittimità, l'erroneo convincimento degli imputati di poter fare ricorso, in quel momento, solo alla metodologia "tacchino freddo", ritenuta quella più convincente a San Patrignano, per evitare agli ospiti danni più gravi di quelli derivanti dal sacrificio della libertà personale<sup>36</sup>. In riferimento ai trattamenti "non umilianti", lo stato di necessità viene dunque in considerazione come scriminante putativa e non effettiva, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di secondo grado.

Quanto ai trattenimenti che avevano visto l'intervento (anche) delle catene, la Corte di cassazione conferma che si sia trattato di un eccesso colposo rilevante *ex art. 55 c.p.*, difettando la proporzione tra l'azione lesiva e il pericolo: la colpa, in particolare, sarebbe consistita nella mancata predisposizione di locali sufficienti e idonei per lo svolgimento della terapia disintossicante e, soprattutto, per l'«erronea valutazione circa le diverse esigenze terapeutiche dei vari

tossicodipendenti in cura e l'adeguatezza dei mezzi usati»<sup>37</sup>. L'eccesso, tuttavia, per le ragioni già precisate, va riferito alla causa di giustificazione e non a quella reale<sup>38</sup>, attraverso la combinazione dell'art. 59, quarto comma c.p. e dell'art. 55 c.p.<sup>39</sup>.

Si conferma, infine, l'applicazione dell'art. 51 c.p. in riferimento alla specifica vicenda "isolata" dalla sentenza di appello.

### 5. Consenso dell'avente diritto e stato di necessità di fronte al "canto delle Sirene" della crisi di astinenza del tossicodipendente.

Sebbene le "catene di San Patrignano" raccontino una vicenda indubbiamente "singolare", che risente delle peculiarità di un caso per certi aspetti "irripetibile", è altrettanto incontestabile che i nodi con i quali la giurisprudenza è stata chiamata a confrontarsi in materia di cause di giustificazione chiamino in causa alcuni aspetti di sistema delle singole scriminanti e della loro disciplina generale, a partire da quella prevista in materia di erronea supposizione e di eccesso colposo. Proprio per questa ragione il processo delle catene, pur nella sua consistenza di "caso limite", offre, ancora oggi, lo spunto per considerazioni di più ampio respiro sistematico.

#### 5.1. L'art. 50 c.p.: la determinatezza dell'oggetto del consenso come necessario presupposto della scriminante.

Una possibile rilevanza del consenso dell'avente diritto, come precisato, è stata riconosciuta solo in secondo grado, trovando invece le porte sbarrate tanto in primo grado quanto nel giudizio di Cassazione.

La premessa dalla quale sembra opportuno muovere per meglio contestualizzare la scriminante di cui all'art. 50 c.p. può così sintetizzarsi: affinché il consenso possa operare come scriminante, è necessario che il suo *oggetto* sia *determinato*. Potrebbe anzi ipotizzarsi che il grado di determinatezza dell'oggetto del consenso sia direttamente proporzionale a quello degli interessi coinvolti dall'"atto di disposizione": quando a venire in considerazione sono interessi personali o personalissimi, la scriminante può operare solo nella misura in cui sia possibile individuare l'oggetto in maniera sufficientemente determinata. Per "oggetto del consenso" deve intendersi anzitutto un riferimento ai *modi* e ai *tempi* entro cui si consente alla limitazione del proprio diritto, scriminando

condotte che altrimenti si risolverebbero in un'offesa penalmente rilevante.

Se l'oggetto del consenso non risulta sufficientemente determinato, difetta un *presupposto* di operatività dell'art. 50 c.c., senza che neppure si ponga un problema relativo ai *limiti* dello stesso. Solo in presenza di un oggetto determinato, in effetti, è logicamente e giuridicamente possibile prendere in esame i limiti del consenso, contestualizzando altresì il requisito della attualità dello stesso e, dunque, la rilevanza di una sua eventuale revoca.

Come efficacemente evidenziato nella sentenza della Corte d'Appello di Bologna, la questione problematica atteneva non tanto al generico divieto di uscire dalla comunità quanto piuttosto alle modalità esecutive con cui il trattenimento era stato attuato dagli operatori di San Patrignano. Per ipotizzare una operatività dell'art. 50 c.p. non era sufficiente accertare che ciascun ospite avesse prestato il proprio consenso a un trattenimento "forzato" durante gli effetti dell'astinenza da eroina, dovendo piuttosto verificarsi se il soggetto avesse consentito ad essere incatenato per giorni in locali adibiti al ricovero di animali e in condizioni igienico-sanitarie miserevoli. Se anche si fosse provato che qualche ragazzo avesse prestato un simile e dettagliato consenso, a quel punto sarebbero venuti in considerazione i limiti invalicabili dell'art. 50 c.p., sottratti alla sfera di disponibilità del singolo, che tanto i giudici di primo grado quanto quelli di appello hanno individuato nella dignità umana<sup>40</sup>.

In maniera del tutto condivisibile, quindi, la Corte d'Appello di Bologna sposta l'attenzione sulle modalità di attuazione del trattenimento, con l'ulteriore conseguenza di ridimensionare la questione della *revoca del consenso*, che rappresenta l'altra faccia della medaglia del requisito della attualità dello stesso<sup>41</sup>.

Consentire a una limitazione della propria libertà personale, pare opportuno precisarlo, implica necessariamente l'impossibilità di revocare il consenso per un certo periodo di tempo. Se, per esempio, un soggetto si facesse chiudere in una stanza conservando fin dall'inizio e in ogni momento successivo la possibilità di farsi riaprire la porta, si tratterebbe di una segregazione solo apparente, del tutto equivalente alla situazione in cui la porta restasse aperta per tutto il tempo<sup>42</sup>.

Il problema, allora, diviene quello di stabilire i limiti di durata della impossibilità di revocare il consenso.

Anche in questo caso sembra fondamentale muovere da un'esatta delimitazione dell'oggetto del consenso, che, come già precisato, implica una puntuale precisazione *ex ante* (non solo dei modi, ma anche) dei *tempi* entro cui si consente all'offesa arrecata al diritto di cui si è titolari. Oltre il limite temporale individuato *ex ante*, il consenso "iniziale" perde la propria efficacia e la condotta posta in essere nonostante un'esplicita volontà contraria del titolare del diritto diverrebbe illegittima.

Il caso di Ulisse, così come raccontato nel XII libro dell'Odissea, risulta efficacemente evocativo. L'eroe greco, pur di ascoltare il canto ammaliatore delle Sirene, si fa legare dai compagni all'albero della nave, chiedendo di stringerlo con nodi più stretti nel caso in cui avesse chiesto di essere sciolto. *E dove di slegarmi io vi pregassi / Pur con le ciglia, o comandassi, voi / Le ritorte doppiatemi, ed i lacci*. È evidente che Ulisse accetta di privarsi della libertà personale e di essere "protetto" anche contro la sua volontà, consapevole del fatto che la revoca del consenso sarebbe potuta intervenire sulla base di impulsi per lui incontrollabili. È altrettanto evidente, tuttavia, che i compagni avrebbero dovuto dar seguito alla sua richiesta di essere sciolto una volta lontani dal pericolo delle Sirene, risultando per contro illegittimo un eventuale protrarsi di quella privazione della libertà personale. *Come trascorsa fu tanto la nave, / Che non potea la perigliosa voce / Delle Sirene aggiungerci coloro / A sé la cera dall'orecchie tosto, / E dalle membra a me tolsero i lacci*<sup>43</sup>.

Nel caso di San Patrignano l'orizzonte temporale del consenso era dunque definito dal permanere della condizione di dipendenza, fisica e psichica, dalla sostanza stupefacente: è evidente quanto complicato potesse rivelarsi l'accertamento processuale della condizione di dipendenza del singolo ospite che aveva lamentato un trattenimento coattivo a San Patrignano e, non a caso, i giudici di legittimità mettono in evidenza la durata "indefinibile" del trattamento di disintossicazione. Come precisato dai giudici di secondo grado, tuttavia, la questione era stata concretamente semplificata dal fatto che nessuno dei ragazzi lamentava di essere stato trattenuto nonostante l'avvenuta "liberazione" dal bisogno di eroina, facendo dunque ritenere che, almeno sul piano temporale, si restasse entro i limiti delineati dal consenso inizialmente prestato. In presenza, quindi, di interventi coattivi che non si fossero sostanziati nel

ricorso alle catene o ad altre modalità ugualmente degradanti, del tutto ragionevole pare il ricorso all'art. 50 c.p. da parte dei giudici di appello o, comunque, non del tutto insuperabili si rivelano gli ostacoli evidenziati dal Tribunale e dalla Corte di cassazione.

## 5.2. Lo stato di necessità e l'eccesso colposo.

Il riferimento allo stato di necessità si rivela, se possibile, ancor più problematico, rendendosi necessario distinguere tra i "trattenimenti non umilianti" e i "trattenimenti umilianti".

Quanto ai trattenimenti coattivi (ma) non umilianti, è innegabile che l'invocata applicazione dello stato di necessità "reale" da parte dei giudici d'appello, sia pur portata come argomento *ad abundantiam*, abbia richiesto una significativa dilatazione degli elementi costitutivi della scriminante, assecondando le tendenze ad un progressivo ampliamento interpretativo dell'art. 54 c.p. capace di valorizzare le peculiarità del caso singolo<sup>44</sup>: la non evitabilità altrimenti del pericolo, in particolare, viene fondata sull'inefficiente risposta fornita, oltre i confini di San Patrignano, al dilagante fenomeno della tossicodipendenza.

Muovendo invece, come la Corte di cassazione, dalla validità della revoca del consenso, a sua volta fondata sulla perdurante capacità di autodeterminarsi del tossicodipendente, diviene assai complicato ipotizzare una diretta applicazione dell'art. 54 c.p.: il dissenso esplicito, proprio come avviene nel settore dell'attività medica "in senso stretto", rappresenta un ostacolo alla condotta che pretendesse di risultare scriminata sulla base della necessità di "salvare" il terzo<sup>45</sup>. Resta quindi la sola soluzione, fatta propria dai giudici di legittimità, della scriminante putativa, che rende altresì più agevole la motivazione relativa all'erronea supposizione (soprattutto) della non evitabilità altrimenti del pericolo.

Quanto ai trattenimenti umilianti, in secondo e in terzo grado si chiama in causa lo stato di necessità e, in particolare, la ritenuta sussistenza di un eccesso colposo rispetto ai limiti ricavabili dall'art. 54 c.p., muovendo dalla scriminante reale secondo i giudici d'appello, dalla scriminante putativa nella ricostruzione dei giudici di legittimità.

La colpa sarebbe consistita anzitutto nel "passo più lungo della gamba" degli imputati che, malgrado le risorse organizzative limitate di San Patrignano, avevano accolto nella comunità un significativo

numero di ospiti, mossi da un intento di recupero degli stessi. Posto che, tuttavia, il ricorso alle catene e la preventiva predisposizione di ambienti *ad hoc* nei quali “eseguire” il trattenimento sembrava far parte integrante del “metodo Muccioli”, si tratta di un profilo scarsamente convincente, mostrando più i tratti di un *excesso doloso* che quelli di un *excesso colposo*. Un profilo di colpa avrebbe potuto ravvisarsi, al più, nella erronea valutazione dei mezzi effettivamente necessari per impedire che i soggetti abbandonassero la comunità e che, più esattamente, ben avrebbero potuto sostanzarsi in metodi coattivi privi di quella componente di mortificante umiliazioni che, invece, almeno per i casi più difficili, contribuiva a definire la strategia di recupero messa in campo a San Patrignano. Pur trattandosi di una conclusione certamente non scontata, si sarebbe potuta argomentare valorizzando la natura ancora per certi aspetti “sperimentale” delle comunità chiuse come luogo di recupero per tossicodipendenti: se, infatti, i modelli allora diffusi si fondavano sul principio della esclusione del soggetto che non collaborasse al programma terapeutico<sup>46</sup>, San Patrignano portava avanti la filosofia del recupero “a tutti i costi”. E “con ogni mezzo”.

## 6. Un ingiusto mezzo per un giusto scopo?

Nelle sentenze relative al “processo delle catene” affiora, di tanto in tanto, il riferimento alla finalità perseguita da San Patrignano, che, complessivamente intesa, doveva certamente considerarsi una finalità “positiva”.

«Gioca un ruolo decisivo la finalità lecita sottesa al sacrificio della libertà personale»<sup>47</sup>, precisano i giudici d’appello in tema di consenso dell’avente diritto, di fatto inserendo nell’art. 50 c.p. una “componente soggettiva” *extra legem*<sup>48</sup>. Così come, sul versante dello stato di necessità, si sottolinea in maniera ripetuta e insistente la finalità di evitare una ricaduta nella droga, tanto nella valutazione degli elementi costitutivi dell’art. 54 c.p. quanto in riferimento all’*excesso colposo* ex art. 55 c.p. Anche la sentenza di condanna in primo grado, sia pure solo in sede di commisurazione della pena, non ha potuto fare a meno di prendere atto dei risultati positivi e “meritori” ottenuti da San Patrignano.

L’impressione, detto altrimenti, è che il caso Muccioli abbia rappresentato un’occasione per il riaffiorare in superficie di quelle istanze, mai realmente sommerse, di cui si sono fatte storicamente portatrici costruzioni teoriche come quelle dell’“azione

socialmente adeguata” o del “giusto mezzo per un giusto scopo” e che, sia pur in contesti molto diversi tra loro, si traducono nella valorizzazione di una finalità “positiva” *extra legem*, perseguita dal soggetto agente: si pensi, solo per restare agli esempi più noti, alla finalità terapeutica che escluderebbe il dolo di lesioni (e quindi, in caso di morte, l’omicidio preterintenzionale) in capo al medico che agisca in assenza di un valido consenso da parte del paziente<sup>49</sup> o allo scopo sportivo che scrimina le lesioni derivanti da attività sportive violente<sup>50</sup>.

Il riferimento alla teoria dell’azione socialmente adeguata, posto che la stessa è storicamente legata a filo doppio a un concetto di «normalità della vita sociale»<sup>51</sup>, non risulta del tutto pertinente in riferimento alla vicenda San Patrignano. La teoria del giusto mezzo per un giusto scopo, invece, muove dalla ritenuta esigenza di considerare non punibili quei fatti verificatisi nel conseguimento di un fine riconosciuto dallo Stato o nei quali il sacrificio di un bene o di un interesse protetto sia valso a salvare un bene o di interesse di maggiore valore<sup>52</sup>: questa idea si tradurrebbe, sostanzialmente, «nell’elevazione a scriminante del *motivo della condotta*, posto in intima relazione con la personalità del soggetto» e al quale la legge non attribuisce esplicita rilevanza<sup>53</sup>.

La “personalità del soggetto” nel caso Muccioli ha davvero rappresentato l’elemento capace di fare la differenza. Vincenzo Muccioli, a mezza via tra il *medium*-santone e il benefattore carismatico, ha saputo tenere accesi i riflettori su un processo che, come ogni buon processo mediatico che si rispetti, divampa in occasione del primo grado di giudizio e vede affievolire le sue fiamme a mano a mano che si avvicina la sentenza definitiva (magari di assoluzione), lasciando però delle braci che continuano ad ardere silenti.

Non è un caso, quindi, che in occasione della serie televisiva *SanPa* si sia tornati a discutere e a dividersi in riferimento a una storia il cui finale aperto lasciava aperta la possibilità di un *sequel* o, almeno, di un *remake* incipriato dal distacco, forse un po’ altezzoso, del “senno di poi”.

Certo, i tempi non sono più quelli dello scambio di opinioni a distanza tra Rossana Rossanda e Indro Montanelli<sup>54</sup>, lasciando invece il posto ai colpi di *tweet* tra Red Ronnie e Luca Bizzarri. *SanPa* ha però offerto una preziosa occasione per tornare a riflettere non solo su un momento di svolta socio-culturale che ha segnato lo scorrere ostentatamente

ottimista dei “meravigliosi anni Ottanta”, ma anche su quella relazione tormentata tra consenso dell’avente diritto e stato di necessità, alla quale si è preteso spesso di attribuire efficacia taumaturgica, ma che finisce pressoché immancabilmente per rivelare tutta la complessità (non solo) giuridica di categorie come “scelta”, “autodeterminazione”, “cura” (anche nella variante del “prendersi cura”). «Ci sono regioni della vita», del resto, «in cui vita e morte sono talmente vicine che concetti come libertà,

volontà, bene e male vanno rivisti. Bisogna avere il coraggio di non considerarli come assoluti» (Fabio Cantelli, ex ragazzo di San Patrignano, oggi filosofo e scrittore).

### Antonella Massaro

Professore associato di Diritto penale

<sup>1</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, in *Foro it.*, 1985, II, 431 ss., con note di G. LA GRECA, *Trattamenti obbligatori e comunità terapeutiche per tossicodipendenti* e D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*.

<sup>2</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, cit., 433-434.

<sup>3</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, cit., 435-436.

<sup>4</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, cit., 437 ss.

<sup>5</sup> G. LA GRECA, *Trattamenti obbligatori e comunità terapeutiche per tossicodipendenti*, cit., 433.

<sup>6</sup> G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017.

<sup>7</sup> D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, cit., 438.

<sup>8</sup> Le “basi” del “metodo San Patrignano” sono così riassunte dalla sentenza d’appello, su cui, *amplius*, § successivo.

<sup>9</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, cit., 451.

<sup>10</sup> La scriminante dell’art. 50 c.p. ruota attorno allo sfuggente concetto di diritto disponibile (tra gli altri, R. RIZ, *Il consenso dell’avente diritto*, Cedam, 1979, 84 ss.; C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell’avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 142 ss.; F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell’avente diritto*, Giuffrè, 198, , 48 ss.), che, come ampiamente noto, si è spesso cercato di circoscrivere “prendendo a prestito” l’art. 5 c.c. Sebbene anche la giurisprudenza più recente non esiti a ricorrere alla disciplina di matrice civilistica (tra le più recenti, Cass., Sez. I pen., 2 ottobre 2019, n. 46895), l’impiego dell’art. 5 c.c. per riempire di contenuto l’art. 50 c.p. non ha mancato di suscitare delle perplessità, rivelando, in effetti, una strutturale inadeguatezza sul versante strettamente penalistico: per un’efficacia dell’art. 5 c.c. circoscritta al solo diritto civile o, comunque, per un suo “ridimensionamento” a fini penalistici, O. VANNINI, *Quid iuris?*, vol. II, *Lesione personale*, Giuffrè, 1948, 57 ss.; F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell’avente diritto*, cit., 69; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, 87; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, 2001, 84 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bononia University Press, 2008, 234. Si consideri che, accanto alla dottrina prevalente che ravvisa nella disposizione in questione un principio generale riferibile ad ogni attività concernente in qualche modo il corpo umano (A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Giuffrè, 1961, 113 ss.), si pongono coloro che la ritengono applicabile solo agli atti con cui un soggetto dispone del proprio corpo a beneficio di altri (M. PESANTE, voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, 1961, 140).

<sup>11</sup> Sul punto la sentenza riprende, pressoché testualmente, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed., Giuffrè, 1997, 288.

<sup>12</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, cit., 448.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, cit., 451.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Di recente V. PLANTAMURA, *L’omicidio per legittima difesa (I parte)*, in *Arch. pen.*, 3/2014, 16-17.

<sup>17</sup> Tra le tante pronunce in materia di legittima difesa putativa, per tutte, Cass., sez. III pen., 10 ottobre 2019, n. 49883, punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, cit., 458-459.

<sup>19</sup> Trib. Rimini, 16 febbraio 1985, cit., 459-460.

<sup>20</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, in *Foro it.*, II, 588 ss., con osservazioni di C. RAPISARDA, da cui è tratto il virgolettato riportato nel testo.

<sup>21</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 592-593.

<sup>22</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 594.

<sup>23</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 602.

<sup>24</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 595.

<sup>25</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 594-595.



- <sup>26</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 599.
- <sup>27</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 601.
- <sup>28</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 599-600.
- <sup>29</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 602.
- <sup>30</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 603.
- <sup>31</sup> Cass., sez. III pen., 29 marzo 1990, n. 8844, *inedita*.
- <sup>32</sup> Trib. Como, 19 settembre 1988, in *Foro it.*, 1989, II, 188 ss., riteneva integrato il reato di sequestro di persona per due genitori che avevano legato con una catena la figlia tossicodipendente per impedirle di uscire di casa e procurarsi la droga, riconoscendo tuttavia l'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale.
- <sup>33</sup> Cass., sez. III pen., 29 marzo 1990, n. 8844, cit., 21-22.
- <sup>34</sup> Cass., sez. III pen., 29 marzo 1990, n. 8844, cit., 23.
- <sup>35</sup> Cass., sez. III pen., 29 marzo 1990, n. 8844, cit., 24-25.
- <sup>36</sup> Cass., sez. III pen., 29 marzo 1990, n. 8844, cit., 30-31, facendo esplicito riferimento al conflitto di interessi, che sarebbe alla base dello stato di necessità anche *sub specie* di soccorso di necessità e che, nel caso in questione, si sarebbe risolto con il sacrificio dell'interesse dotato di un valore sociale inferiore rispetto a quello minacciato.
- <sup>37</sup> Cass., sez. III pen., 29 marzo 1990, n. 8844, cit., 34.
- <sup>38</sup> Cass., sez. III pen., 29 marzo 1990, n. 8844, cit., 35.
- <sup>39</sup> Sulla possibile operatività dell'eccesso colposo anche in riferimento alla scriminante putativa valga per tutti il rinvio a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII, 2019, 279.
- <sup>40</sup> V. anche D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, cit., 445.
- <sup>41</sup> Dopo la sentenza di primo grado, si era avanzata l'ipotesi di lavoro" per cui, con il proprio ingresso nella comunità, il tossicodipendente stipulasse un vero e proprio "contratto di cura", chiedendo di essere protetto per il futuro anche contro la sua volontà: l'irrevocabilità del consenso avrebbe dunque costituito una condizione necessaria di questo contratto. La revoca derivante dal tossicodipendente in crisi di astinenza avrebbe determinato l'attivarsi di una vera e propria posizione di protezione in capo ai responsabili della comunità, rendendo non solo legittimi, ma addirittura doverosi, interventi coattivi volti a impedire una "ricaduta" del soggetto: D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, cit., 440-441.
- <sup>42</sup> F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, 1995, 57.
- <sup>43</sup> F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit., 58. Per una lettura "più tradizionale" del c.d. contratto di Ulisse, S. ROSSI, *Il contratto di Ulisse. Costruzioni giuridiche e tutela costituzionale del sofferente psichico*, in *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di M. Foglia, Pacini, 2019, 81 ss.
- <sup>44</sup> Cfr. sul punto A. SERENI, *Il caso Muccioli e i motivi dell'azione necessitata*, in *Ind. pen.*, 2/1989, 445 ss.
- <sup>45</sup> Sulla paradigmatica questione del rifiuto esplicito di emotrasfusioni si rinvia a F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Le parole e le cose: a proposito di violenza etica su un paziente*, in *Bioetica*, 3/2000, 454 ss.; G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue "salvavita" rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 3/1998, 953 ss.; Trib. Termini Imerese, Sez. pen., 30 maggio 2018, n. 465, in *Giurisprudenza penale web*, 9/2018, con nota di L. MARSELLA, F. PAPINI, *Sulla configurabilità del reato di violenza privata nel caso di trattamento medico arbitrario*, che ha condannato per violenza privata un medico che, malgrado il dissenso opposto dal paziente, aveva praticato sullo stesso una trasfusione di sangue.
- <sup>46</sup> Per tutte le necessarie indicazioni v. D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, cit., 441.
- <sup>47</sup> App. Bologna, 28 novembre 1987, cit., 594.
- <sup>48</sup> C. RAPISARDA, nota a App. Bologna, cit., 591.
- <sup>49</sup> Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, in *Cass. pen.*, 5/2009, 1809-1810, con nota di F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*.
- <sup>50</sup> Tra le tante, Cass., Sez. IV pen., 8 marzo 2016, n. 9559.
- <sup>51</sup> P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Priulla, 1947, 73. *Amplius*, C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano, 1966, spec. 128 ss.
- <sup>52</sup> Pressoché testualmente, riprendendo, in particolare, il pensiero di Graf zu Dohna, A. DE MARSICO, *L'unità del diritto penale*, in *Foro it.*, 1935, IV, 34-35.
- <sup>53</sup> P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., 65, cui si rinvia per ampie considerazioni critiche. In riferimento alla rilevanza spesso attribuita dalla giurisprudenza a una finalità non tipizzata, con particolare riguardo al dolo di lesioni, sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *L'omicidio preterintenzionale. Il consenso della vittima e l'imputazione dell'evento ulteriore*, in *Temi penali. Delitti contro la persona. Delitti contro il patrimonio*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Giappichelli, 2018, 84 ss.
- <sup>54</sup> Un'efficace rassegna delle reazioni registratesi a seguito della sentenza del Tribunale di Rimini è offerta da G. LA GRECA, *Trattamenti obbligatori e comunità terapeutiche per tossicodipendenti*, cit., 431 ss.



## Gruppi bancari e responsabilità 231. L'insidia della risalita del reato da controllata a controllante.

di **P. Venero, M. F. Artusi** e **L. Venero**

La responsabilità delle società derivante da reato (D.lgs. 231/2001) nell'ambito del sistema bancario assume delle proprie peculiarità in coordinamento con la normativa di settore, i rapporti con le Autorità di vigilanza, la complessa organizzazione dei controlli e della compliance.

Dal momento che le banche si strutturano spesso sotto forma di "gruppo", un tema di estrema rilevanza e attualità riguarda l'applicazione di tale disciplina all'interno dei gruppi di imprese. Sebbene, infatti, il D.lgs. 231/2001 prenda in considerazione unicamente le singole entità giuridiche, non può escludersi che condotte illecite, realizzate nelle controllate - a determinate condizioni - si possano riverberare in responsabilità della controllante, configurandosi così il cosiddetto "rischio di risalita". Guardando all'esperienza nel mondo bancario, i principali fattori suscettibili di comportare una responsabilità, in conseguenza della commissione di un reato-presupposto in una delle società controllate, possono essere individuati in elementi di "condivisione" tra le varie legal entities: ad esempio i componenti degli organi sociali, i processi decisionali e la clientela.

Nel presente testo, muovendo dalle specificità della "risk governance" e del "risk management" dei gruppi bancari, si vogliono rappresentare nelle loro linee principali il rischio-penale e i conseguenti presidi volti alla mitigazione di tale rischio.

**Sommario.** **1.** Cenni ai più recenti sviluppi in materia di responsabilità "231" nei Gruppi di imprese. – **1.1** Le linee guida. – **1.2** Il rischio di "risalita" della responsabilità. – **2.** Le peculiarità del sistema bancario e i conseguenti rischi "231". – **2.1.** Corporate governance, risk approach e sistemi di controllo nelle banche. – **2.1.1.** Il risk approach e gli assetti organizzativi. – **2.1.2.** Il sistema dei controlli. – **2.1.3.** Procedure e Funzioni aziendali di controllo di I, II e III livello. – **2.1.4.** Controlli interni nell'ambito del gruppo bancario. – **2.2.** Norme specifiche del D.lgs. 231/2001 per il sistema bancario. – **2.3.** I fattori di rischio "231" in un gruppo bancario. – **2.3.1.** Il rischio di risalita della responsabilità. – **2.3.2.** Gruppi multinazionali. – **2.3.3.** Modelli di organizzazione e misure di prevenzione nei gruppi bancari. – **2.3.4.** Organismi di Vigilanza in un gruppo bancario.

### 1. Cenni ai più recenti sviluppi in materia di responsabilità "231" nei Gruppi di imprese.

Prima di addentrarsi nel tema specifico della responsabilità dei gruppi bancari conseguente alla commissione di un fatto illecito penalmente rilevante, appare opportuna una breve disamina della disciplina dei gruppi di imprese nell'ambito della sistematica del D.lgs. 231/2001.

La rilevanza economica del gruppo è oggi un fenomeno indiscutibile: anche per le imprese di medie dimensioni, il gruppo di società rappresenta infatti oggi il format prevalente.

Il nostro ordinamento non contiene alcuna definizione di gruppo di imprese, limitandosi ad affrontare solo alcuni profili del fenomeno: tra essi il più rilevante è certamente il tema della responsabilità in ipotesi di esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento (vedasi artt. 2497 e ss. c.c.). Il rispetto dei principi di corretta gestione societaria, per quanto di difficile

classificazione data la loro complessità, ricomprende l'ottemperanza, da parte della capogruppo, sia degli obblighi generali di amministrare con diligenza e senza conflitti di interessi, sia delle norme previste dalla natura delle singole società facenti parte del gruppo, piuttosto che dai loro singoli statuti. Non solo: gli input della capogruppo alle società dirette devono essere prima di tutto coerenti e rispettosi degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili di cui agli artt. 2381, commi 3 e 5, 2403, comma 1 e 2086, comma 2 c.c.<sup>1</sup>.

D'altra parte, il gruppo di imprese ben prima di rappresentare un fenomeno giuridicamente rilevante è un fatto economico. Secondo questa concezione lo stesso si può definire quale *"...aggregazione di più società formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate ad una direzione economica unitaria. Le società del gruppo sono cioè soggetti di diritto distinti fra loro, benché coordinati e diretti per il conseguimento di un unico interesse"*

*economico ed imprenditoriale (c.d. “interesse di gruppo”)...”<sup>2</sup>.*

Anche se il legislatore non ha elaborato una specifica disciplina per la fattispecie del gruppo di società e ha by-passato la questione della definizione della fattispecie, negli ultimi anni si è indubbiamente passati da un insieme di disposizioni isolate (per lo più collocate nell'ordinamento societario) ad un progressivo consolidamento di un insieme coordinato di regole che disciplina la materia<sup>3</sup>, al punto che, ad oggi, in campo civilistico si è ormai in presenza di un sistema organico caratterizzante il gruppo di società<sup>4</sup>.

Il fenomeno dei “gruppi di imprese” amplifica le problematiche tipiche del diritto penale dell'economia, allontanando il vertice decisionale dalla operatività “di prima linea”<sup>5</sup>, rendendo più articolato l'accertamento delle responsabilità e delle posizioni di garanzia. Problematiche che vengono ulteriormente accentuate quando si tratti di realtà multinazionali, operanti in una pluralità di Paesi. In quest'ambito, infatti, risaltano maggiormente alcuni profili specifici di potenziale pericolosità in termini di criminalità economica, quali esemplificativamente: la dispersione geografica delle attività; il decentramento decisionale; il crescente raggio di incidenza, volume e complessità delle operazioni economiche; il possibile - più vasto - impatto degli episodi criminosi; le accentuate difficoltà nel perseguirli. A ciò bisogna aggiungere le difformità normative dei diversi ordinamenti di riferimento<sup>6</sup>.

Dal punto di vista del diritto penale, alcuni reati societari prendono in considerazione il “gruppo” in quanto tale: si tratta delle fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) e dell'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

Anche in materia penale-fallimentare, parte della giurisprudenza ha dato rilievo ai cosiddetti “vantaggi compensativi”<sup>7</sup> infragruppo rispetto alla commissione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, escludendo l'esistenza di una distrazione quando la mancanza di corrispettivo sia solo apparente, in considerazione di concreti vantaggi “di gruppo” che giustifichino la diminuzione patrimoniale della singola società<sup>8</sup>.

Per quanto riguarda specificamente la responsabilità degli enti, non si trova nel D.lgs. 231/2001 alcun riferimento alla tematica dei gruppi di impresa. Per ovviare a tale lacuna, le soluzioni prospettate in dottrina spaziano dal qualificare il gruppo come un “macro soggetto di fatto” – che, come tale, possa

essere incluso negli enti elencati dall'art. 1 del D.lgs. 231/2001 – all'attribuire alla holding una funzione di garanzia rispetto al comportamento delle controllate<sup>9</sup>.

Resta il fatto che la responsabilità degli enti, come oggi delineata dall'ordinamento italiano, si fonda su un soggetto singolarmente considerato<sup>10</sup>. Pertanto, ciascuna società, sebbene appartenente ad un gruppo, avrà autonome responsabilità e sarà lasciata all'interprete la valutazione “case by case” di un possibile concorso, ovvero di una eventuale “risalita” della responsabilità attraverso le controllanti, fino alla capogruppo, senza un diretto coinvolgimento di quest'ultima nel fatto illecito. Fermo restando che la capogruppo non riveste una posizione di garanzia ex art. 40 c.p. e quindi non ha un obbligo giuridico di impedire la commissione di reati nell'ambito delle sue controllate.

Da tali considerazioni derivano sia una sempre più improcrastinabile necessità di riforma del decreto (*de jure condendo*), sia alcune specifiche tematiche che si possono affrontare fin d'ora (*de jure condito*).

Elemento centrale è rappresentato dai Modelli di organizzazione e di gestione costituiscono, previsti ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 co. 1 lett. a) del D.lgs. 231/2001, quali atti di emanazione dell'organo dirigente dell'ente/società<sup>11</sup>. Tale disposizione normativa implica che l'approvazione del modello è responsabilità esclusiva del Consiglio di amministrazione di ogni singola società del gruppo. Ci si domanda dunque se sia possibile adottare per tutte le società del gruppo il medesimo modello della holding con i dovuti adattamenti, in ossequio a criteri di uniformità di indirizzo e di omogeneità, da cui aspettarsi anche sinergie nel comparto dei controlli; oppure lasciare totalmente liberi gli organi direttivi delle singole società controllate, con una preventivabile disomogeneità nei risultati dei diversi approcci intrapresi che implicherebbe un limite anche per l'efficienza del controllo<sup>12</sup>.

La materia si collega del resto, strettamente, alla tematica degli assetti organizzativi. Infatti, in linea di principio, la predisposizione del modello 231 è, tecnicamente, un onere: la sanzione per la mancata adozione, in base alla legge speciale, può essere comminata *ex post*, come sanzione amministrativa, in caso di perpetrazione del reato nell'interesse dell'ente<sup>13</sup>.

Simili questioni si pongono anche per la nomina e l'attività degli Organismi di Vigilanza, di cui si dirà meglio *infra*.



### 1.1. Le linee guida.

Nel dibattito in tema di responsabilità “231” per i gruppi di imprese, si sono inserite diverse linee guida di associazioni di categoria, nonché di autorevoli enti di studio e ricerca (per le banche si pensi in particolare alle Linee Guida ABI per la predisposizione dei modelli organizzativi).

In questa prospettiva è stato rilevante l'aggiornamento del 2014 delle Linee Guida di Confindustria in materia di costruzione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo<sup>14</sup>. Tale documento dedica un intero paragrafo alla responsabilità da reato nei gruppi di imprese. In esso viene definitivamente chiarito che il gruppo non può considerarsi diretto centro di imputazione della responsabilità da reato e non è inquadrabile tra i soggetti indicati dell'art. 1 del “decreto 231”. Lo schermo della distinta personalità giuridica delle società che lo compongono rimane, dunque, un dato insuperabile escludendo una qualsiasi possibile responsabilità diretta del gruppo stesso: in tale contesto è quindi più corretto interrogarsi sulla responsabilità da reato “nel gruppo”, piuttosto che parlare di potenziali reati “di gruppo”.

Problema fondamentale resta, comunque, quello di stabilire in presenza di quali condizioni le società del gruppo, e in particolare la capogruppo, possano essere chiamate a rispondere del reato commesso nell'ambito di una delle altre società (la vera e propria “risalita” della responsabilità).

Secondo le citate Linee Guida, solo laddove i soggetti apicali della capogruppo si ingerissero in modo sistematico e continuativo nella gestione della controllata, così da rendere apparente l'autonomia giuridica di quest'ultima, i vertici della holding potrebbero qualificarsi come amministratori della stessa. In questo caso, peraltro, si verserebbe nella ipotesi del cd. “gruppo apparente”.

Diversamente, il controllo societario o l'attività di direzione e coordinamento non possono fondare, di per sé, la responsabilità in capo ai vertici della controllante dell'omesso impedimento dell'illecito commesso nell'attività della controllata (non potendo applicarsi l'art. 40, comma 2, c.p.). Non c'è, infatti, alcuna disposizione che preveda in capo agli apicali della controllante l'obbligo giuridico e i poteri necessari per impedire i reati nella controllata e, in proposito, va ricordato che l'art. 2497 c.c. è volto alla tutela dei soci e dei creditori sociali e non fonda in alcun modo una posizione di garanzia in capo agli

amministratori della holding rispetto alle attività delle società controllate<sup>15</sup>.

Per conseguenza, la holding/controlante potrà essere ritenuta responsabile per il reato commesso nell'attività della controllata qualora: sia stato commesso un reato presupposto nell'interesse o vantaggio immediato e diretto, oltre che della controllata, anche della controllante; le persone fisiche collegate in via funzionale alla controllante abbiano partecipato alla commissione del reato presupposto recando un contributo causalmente rilevante, provato in maniera concreta e specifica<sup>16</sup>.

Per quanto riguarda i Modelli organizzativi, Confindustria precisa che ciascuna società del gruppo, in quanto singolarmente destinataria dei precetti del decreto 231, è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello. Tale attività potrà essere condotta anche in base a indicazioni e modalità attuative previste da parte della holding in funzione dell'assetto organizzativo e operativo di gruppo, ma ciò non dovrà determinare una limitazione di autonomia da parte delle società controllate nell'adozione del Modello stesso<sup>17</sup>.

Inoltre, è opportuno che ogni società del gruppo nomini un proprio Organismo di Vigilanza (OdV), distinto anche nella scelta dei singoli componenti.

Sul tema anche Assonime è intervenuta in diverse occasioni, ad esempio nel Caso 9/2011 e 9/2020 dedicati espressamente alla responsabilità penale nei gruppi d'impresa e nel Caso 2/2018 in cui si affronta la questione della possibile applicazione della responsabilità per gli enti prevista dal D.lgs. 231/2001 alle società straniere che operano in Italia e qui commettono degli illeciti senza avere sul territorio nazionale una sede secondaria o uno stabilimento.

Di recente, alcuni spunti sono stati elaborati dal documento realizzato dal CNDCEC con la collaborazione di ABI, Confindustria e Consiglio Forense, sui nuovi “Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'Organismo di Vigilanza e prospettive di revisione del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231”<sup>18</sup>.

### 1.2. Il rischio di “risalita” della responsabilità.

Il tema principale affrontato dalla giurisprudenza attiene all'eventuale ascrizione della responsabilità derivante dal D.lgs. 231 alla controllante e/o alle altre (se non addirittura a tutte le) società facenti parte di un gruppo societario, allorché nel contesto

operativo di una delle società collegate o controllate sia stato realizzato un reato-presupposto. La questione può porsi sia nell'ambito del gruppo c.d. "verticale", sia (sulla base di una attenta impostazione) "nell'ambito del gruppo cosiddetto orizzontale, cui partecipano con ruolo ed accordi paritetici più società"<sup>19</sup>. E del pari risulta porsi, "ai fini che interessano della responsabilità ex D.lgs. 231/2001, anche per fenomeni contingenti ed estemporanei, quali le associazioni temporanee di imprese e le joint ventures, rispetto ai quali pure il collegamento sostanziale, di natura economica, [potrebbe] far nascere una problematica di responsabilità infragruppo"<sup>20</sup>.

Nelle prime pronunce di merito connesse alla responsabilità "231" nei confronti di società appartenenti ad un gruppo è inizialmente prevalsa la tesi che individua l'esistenza di un "potere di fatto" della holding sulle controllate e qualifica, così, la capogruppo come "mandante" rispetto agli illeciti commessi dalle o nelle controllate<sup>21</sup>.

Comincia, qui, a farsi strada il concetto di "interesse di gruppo"; ma questo viene utilizzato in chiave incriminatrice, cioè volta ad espandere il novero di soggetti responsabili. Per tale ragione, questa impostazione è stata oggetto di molte critiche<sup>22</sup>.

Data l'eterogeneità dei gruppi (nazionali e multinazionali, con holding pure o con holding operative o miste, più o meno integrati dal punto di vista organizzativo e strutturale) la tematica va, invece, affrontata "case by case". La giurisprudenza più recente si è, in effetti, attestata sul principio per cui non può esistere alcun automatismo tra responsabilità "231" e appartenenza ad un gruppo.

Riguardo alle società controllate ("responsabilità discendente") non è, altresì, possibile desumere la responsabilità di queste dalla mera esistenza del rapporto di controllo o di collegamento all'interno di un gruppo di società. Il giudice deve, invece, esplicitamente individuare e motivare la sussistenza dei criteri di imputazione della responsabilità da reato in capo ad ogni singolo ente<sup>23</sup>. Non è consentito, cioè, sulla base di una relazione di controllo o di collegamento societario, e fuori da un preciso coinvolgimento delle società partecipate nella consumazione dei reati-presupposto, ricavare l'esistenza di un nesso logico-giuridico tra il profitto della controllante e il conseguimento di eventuali illeciti benefici da parte delle controllate. Va precisato, in proposito, che è necessario distinguere tra il legittimo esercizio della direzione e

coordinamento e il travalicamento dello stesso: pur conducendo ad una valutazione unitaria economico-imprenditoriale delle società del gruppo, la disciplina in materia non conduce a un superamento dell'autonomia decisionale delle singole unità giuridiche e dei loro vertici<sup>24</sup>. Si pensi alla tesoreria centralizzata, alle direttive di gruppo, all'unicità del sistema informatico, all'uniformità nella gestione del personale, alla commistione di ruoli di vertice in diverse società del gruppo.

Con riferimento alla holding ("responsabilità ascendente"), che interessa in particolare in questa sede, sarà necessario – anche qui – accertare che nella consumazione del reato presupposto concorra almeno una persona fisica che agisca per conto della holding stessa perseguendo anche l'interesse di quest'ultima. Non è invece sufficiente l'enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero ad un generale "interesse di gruppo"<sup>25</sup>.

In sintesi, affinché la responsabilità possa essere "trasferita" da una società all'altra dovranno ricorrere alcuni elementi, ed in specie:

- i. che i presupposti previsti dal D.lgs. 231/2001 sussistano in relazione a tutte le società del gruppo chiamate a rispondere;
- ii. che i criteri di imputazione ("soggettivo", del rapporto qualificato tra autore del reato ed ente, e "oggettivo", della condotta nell'interesse o vantaggio dell'ente) siano verificati in concreto, senza astratte generalizzazioni<sup>26 27</sup>.

Centrale resta il tema della "colpa in organizzazione"<sup>28</sup> anche nell'ambito dei gruppi. Anzi, la complessità della struttura e dei rapporti richiede un'indagine ancor più pregnante dei possibili deficit organizzativi rispetto alla commissione degli illeciti. Particolarmente dirompente è la possibilità di applicare misure cautelari sia interdittive che patrimoniali che incidano sul gruppo, che possano, cioè, interessare anche altre società non direttamente coinvolte nel reato-presupposto. Anche in tale ambito, la Cassazione ha precisato che il sequestro (anche per equivalente) del profitto del reato, previsto dagli artt. 19 e 53 del D.lgs. 231/2001, è consentito nei confronti di società appartenenti al medesimo "gruppo" dell'ente indagato solo se è pienamente provato il rapporto di controllo, collegamento o comunque l'influenza dominante da parte della capogruppo<sup>29</sup>.

## 2. Le peculiarità del sistema bancario e i conseguenti rischi "231".

## 2.1 Corporate governance, risk approach e sistemi di controllo nelle banche.

La normativa secondaria riferita ai settori vigilati è da sempre anticipatrice di ulteriori interventi legislativi in materia di governo delle società – quotate e non – con particolare riferimento ai profili attinenti alla gestione ed ai controlli<sup>30</sup>. Lo stesso Codice di Corporate Governance di Borsa Italiana (già Codice di Autodisciplina<sup>31</sup>), sin dalla versione emendata del 2011 definisce il controllo come elemento co-essenziale della gestione e non come mera verifica *ex post*; si perviene cioè ad una concezione di controllo come opportunità di efficienza e non come “sanzione”<sup>32</sup>. In particolare il Principio XVIII contenuto nell’art. 6 del Codice, denominato “Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi”, evidenzia che detto sistema “è costituito dall’insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società”.

D’altra parte non possiamo non osservare che la disciplina bancaria, in questo campo, a sua volta, ha rappresentato un importante driver anticipatore. Sul punto rileva, in particolare, l’art. 52 del Testo Unico Bancario (TUB) che dispone una disciplina rafforzata delle funzioni dell’organo con funzioni di controllo precisando che le medesime dovranno essere definite nello statuto sociale “*indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo*” adottato. L’art. 53 del TUB detta una regola di carattere generale in merito all’assetto organizzativo dell’impresa bancaria demandando alla Banca d’Italia (“Bankit” e/o “il Regolatore”) l’emanazione di “disposizioni” di carattere generale circa (i) l’adeguatezza patrimoniale, (ii) la –fondamentale – gestione e il contenimento del rischio, nelle sue diverse configurazioni, (iii) il governo societario, (iv) l’organizzazione amministrativa e contabile, nonché (v) i controlli interni e (vi) i sistemi di remunerazione e di incentivazione.

A tal fine Banca d’Italia ha emanato la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (Circolare 285/2013) “*Disposizioni di vigilanza per le banche*”(Disposizioni), con il chiaro intento di riordinare le disposizioni di vigilanza per le banche anche in funzione di allinearsi agli atti normativi comunitari volti a rafforzare la capacità delle banche di assorbire *shock* derivanti da tensioni finanziarie ed economiche, a migliorare la

gestione del rischio e la *governance*, a rafforzare la trasparenza e l’informativa delle banche, tenendo conto degli insegnamenti della crisi finanziaria<sup>33</sup>.

Il quadro normativo e regolamentare, così delineato, individua compiti, ruoli e responsabilità sul governo e sul controllo della banca, con notevoli potenzialità in termini di trasparenza, efficacia e ottimizzazione dei processi e dei servizi, sia di gestione interna che in termini di business verso la clientela. Le norme relative agli organi apicali, infatti, inducono l’alta direzione, il consiglio di amministrazione e gli organi di controllo a prendere in maggior considerazione aspetti come la definizione della propensione aziendale al rischio, l’analisi, il controllo, la gestione e la prevenzione dei rischi e delle non conformità a leggi e regolamentazioni, la rappresentazione della visione direzionale sulla sicurezza sotto forma di *information security policy*.

Di particolare interesse per la materia *de qua* sono inoltre le disposizioni in tema di “Vigilanza su base consolidata” di cui al Capo II del Titolo III del TUB (artt. da 59 a 69), dedicate ai gruppi bancari, tema ampiamente ripreso nelle citate Disposizioni di Banca d’Italia.

### 2.1.1. Il risk approach e gli assetti organizzativi.

Controllo e gestione del rischio hanno assunto un ruolo centrale nel sistema di corporate governance e del relativo “lay out” in termini di assetti organizzativi del nostro ordinamento societario, e delle banche in particolare<sup>34</sup>. In un proficuo incontro fra tecnica e regolazione, le tecniche aziendalistiche, che da tempo individuano nel risk management l’asse portante di un controllo orientato alla correttezza della gestione, sono oggi assunte al rango di norme, sia codicistiche che “di secondo livello”, ed in particolare per quanto qui interessa, dei regolamenti e delle Disposizioni emanate dai Regulator: Bankit, Consob e IVASS. Sul punto la Circolare della Banca d’Italia n. 285/2013 introduce una disciplina organica in tema di corporate governance in cui il controllo è concepito come elemento integrato con il processo di gestione, disciplinando in modo dettagliato la gestione del rischio anche tramite espresse previsioni per il coordinamento delle funzioni di controllo e per la definizione di idonee procedure di alert<sup>35</sup>.

Il risk approach assume quindi un’importanza cruciale nella gestione della banca in stretta connessione con i sistemi di controllo. In quest’ambito va evidenziato in modo particolare il

concetto, al tempo innovativo, di Risk Appetite Framework (“RAF” o sistema degli obiettivi di rischio)<sup>36</sup>. Traendo spunto dalle Disposizioni di Bankit, lo stesso può sinteticamente venire rappresentato quale quadro di riferimento che definisce – in coerenza con il massimo rischio assumibile, il business model e il piano strategico – la propensione al rischio, le soglie di tolleranza, i limiti di rischio, le politiche di governo dei rischi, i processi di riferimento necessari per definirli e attuarli. La declinazione analitica dei rischi viene quindi definita secondo la seguente articolazione:

- risk capacity (massimo rischio assumibile): cioè il livello massimo di rischio che una banca è tecnicamente in grado di assumere senza violare i requisiti regolamentari o gli altri vincoli imposti dagli azionisti o dall’autorità di vigilanza;
- risk appetite (obiettivo di rischio o propensione al rischio): il livello di rischio (complessivo e per tipologia) che la banca intende assumere, nel limite del massimo rischio assumibile, per il perseguimento dei suoi obiettivi strategici;
- risk tolerance (soglia di tolleranza): la devianza massima dal risk appetite consentita; la soglia di tolleranza è fissata in modo da assicurare in ogni caso alla banca margini sufficienti per operare, anche in condizioni di stress, entro il massimo rischio assumibile;
- risk profile (rischio effettivo): il rischio effettivamente assunto, misurato in un determinato istante temporale;
- risk limits (limiti di rischio): l’articolazione degli obiettivi di rischio in limiti operativi, definiti, in linea con il principio di proporzionalità, per tipologie di rischio, unità e o linee di business, linee di prodotto, tipologie di clienti.

Di notevole interesse il focus dedicato dalle Disposizioni di Bankit circa l’approccio al rischio nei gruppi bancari. In particolare si denota che il RAF di gruppo tiene conto delle specifiche operatività e dei connessi profili di rischio di ciascuna delle società componenti il gruppo in modo da risultare integrato e coerente. Per il conseguimento di tale obiettivo è necessario *“...che gli organi aziendali della capogruppo svolgano i compiti loro affidati con riferimento non soltanto alla propria realtà aziendale ma anche valutando l’operatività complessiva del gruppo e i rischi cui esso è esposto...”*. D’altra parte gli organi aziendali delle singole legal entity componenti il gruppo *“...agiscono in coerenza con il RAF di gruppo e sono responsabili della sua*

*attuazione per quanto concerne gli aspetti relativi alla propria realtà aziendale...”*, ne discende che la capogruppo avrà quindi l’onere di rendere partecipi gli organi aziendali delle controllate delle scelte effettuate in materia di RAF<sup>37</sup>.

All’Organo con funzione di supervisione strategica (i.e. nel modello di governo tradizionale trattasi del CdA, anche board)<sup>38</sup> spetta la responsabilità nella strutturazione di assetti organizzativi adeguati, idonei in particolare a consentire il corretto espletamento dell’attività di risk appetite e (soprattutto) di risk accountability.

In merito alla definizione, monitoraggio e gestione del risk appetite è attribuita al board la determinazione degli obiettivi di rischio dell’ente e/o del gruppo e la loro traduzione in limiti all’operatività delle strutture di business tramite il Risk Appetite Statement<sup>39</sup>, nonché il compito di assicurare coerenza tra gli obiettivi di rischio determinati ex ante, le linee strategiche, le politiche in materia di capitale e liquidità e le politiche di remunerazione. Il board è altresì chiamato, sul versante della risk accountability, ad esercitare una stretta funzione di monitoraggio nei confronti del management, con particolare attenzione alla verifica nel continuo della concreta esposizione al rischio della banca e del gruppo bancario.

### 2.1.2. Il sistema dei controlli.

Di notevole rilievo l’effort posto dal Regolatore sul sistema dei controlli: esso rappresenta un elemento fondamentale di conoscenza e consapevolezza per gli organi aziendali in modo da garantire piena consapevolezza della situazione ed efficace presidio dei rischi aziendali e delle loro interrelazioni. Tale sistema orienta i mutamenti delle linee strategiche e delle politiche aziendali e consente di adattare in modo coerente il contesto organizzativo e presidia la funzionalità dei sistemi gestionali e il rispetto degli istituti di vigilanza prudenziale; favorisce la diffusione di una corretta cultura dei rischi, della legalità e dei valori aziendali.

Per queste caratteristiche, il sistema dei controlli interni alla banca ha un rilievo strategico. Nelle intenzioni di Banca d’Italia, la cultura del controllo deve infatti avere una posizione preminente nella scala dei valori aziendali: essa non riguarda solo le funzioni aziendali di controllo, ma coinvolge tutta l’organizzazione aziendale (organi aziendali, strutture, livelli gerarchici, personale), nello sviluppo

e nell'applicazione di metodi, logici e sistematici, per identificare, misurare, comunicare, gestire i rischi.

Nel merito si segnala che *“...il sistema dei controlli interni è costituito dall'insieme delle regole, delle funzioni, delle strutture, delle risorse, dei processi e delle procedure che mirano ad assicurare, nel rispetto della sana e prudente gestione, il conseguimento delle seguenti finalità:*

- *verifica dell'attuazione delle strategie e delle politiche aziendali;*
- *contenimento del rischio entro i limiti indicati nel quadro di riferimento per la determinazione del RAF della banca e/o del gruppo bancario;*
- *salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite;*
- *efficacia ed efficienza dei processi aziendali;*
- *affidabilità e sicurezza delle informazioni aziendali e delle procedure informatiche;*
- *prevenzione del rischio che la banca sia coinvolta, anche involontariamente, in attività illecite (con particolare riferimento a quelle connesse con il riciclaggio, l'usura ed il finanziamento al terrorismo);*
- *conformità delle operazioni con la legge e la normativa di vigilanza, nonché con le politiche, i regolamenti e le procedure interne...”<sup>40</sup>.*

In tal senso la “normativizzazione” delle best practice in materia di principi di corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi, vede il D.lgs 231/2001 quale precursore di un assetto fondato sul principio *“dell'organizzazione funzionale alla prevenzione”<sup>41</sup>*, che è via via diventato il fondamento di molte normative di primo e secondo livello che interessano particolarmente il settore bancario (si pensi tra tutte alla normativa antiriciclaggio di cui al D.lgs.231/2007 e smi).

In questo contesto – come si è detto – riveste un ruolo centrale la gestione del rischio e la individuazione di procedure idonee a gestirlo e controllarlo, (i) nel pieno rispetto della conformità alle norme di legge e regolamenti, nonché (ii) in funzione di una condizione preventivamente valutata e ritenuta accettabile, tenuto conto della dimensione e della natura dell'impresa bancaria.

In merito pare utile riprendere la funzione della Circolare 285/2013 di Banca Italia, quale strumento chiave per “mettere a sistema” i controlli nelle banche tracciandone precise linee guida, attestando come *“gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente*

*gestione, obiettivo essenziale (i) della regolamentazione e (ii) dei controlli di vigilanza”*. In diretta connessione a questa impostazione impressa dal Regolatore va posta l'adozione e l'efficace attuazione del Modello 231 (e dell'attività dell'OdV che ne rappresenta parte integrante), che dottrina e best practice ascrivono ormai sistematicamente fra quelle norme del diritto societario e bancario che sanciscono il principio di adeguatezza organizzativa e di corretta amministrazione<sup>42</sup>.

### 2.1.3. Procedure e Funzioni aziendali di controllo di I, II e III livello.

Banca d'Italia individua le procedure nelle Disposizioni di esecuzione dei controlli in assonanza con la definizione del rischio intrinseco, la sua mitigazione e, quindi, la gestione del rischio residuo. Vengono così individuate le seguenti tipologie di controllo:

- controlli di linea (c.d. “controlli di primo livello”), diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni. Essi sono effettuati dalle stesse strutture operative (ad es., controlli di tipo gerarchico, sistematici e a campione), anche attraverso unità dedicate esclusivamente a compiti di controllo che riportano ai responsabili delle strutture operative, ovvero eseguiti nell'ambito del *back office*; per quanto possibile, essi sono incorporati nelle procedure informatiche.
- controlli sui rischi e sulla conformità (c.d. “controlli di secondo livello”, ad esempio il risk management, la compliance, ecc.), che hanno l'obiettivo di assicurare, tra l'altro:
  1. la corretta attuazione del processo di gestione dei rischi;
  2. il rispetto dei limiti operativi assegnati alle varie funzioni;
  3. la conformità dell'operatività aziendale alle norme, incluse quelle di autoregolamentazione.
- revisione interna (c.d. “controlli di terzo livello”), volta a individuare violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare periodicamente la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità (in termini di efficienza ed efficacia) e l'affidabilità del sistema dei controlli interni e del sistema informativo (ICT audit), con cadenza prefissata in relazione alla natura e all'intensità dei rischi.





A fronte di quanto sopra le banche istituiscono quindi specifiche funzioni aziendali di controllo (FAC), permanenti e indipendenti, ed in particolare:

- i) di conformità alle norme (compliance);
- ii) di controllo dei rischi (risk management);
- iii) di revisione interna (internal audit).

Il Regolatore dispone inoltre che le funzioni preposte ai controlli endo-aziendali siano distinte da quelle produttive; esse concorrono alla definizione delle politiche di governo dei rischi e del relativo processo di gestione.

Il corretto funzionamento del sistema dei controlli interni si basa sulla proficua interazione nell'esercizio dei compiti (d'indirizzo, di attuazione, di verifica, di valutazione) fra gli organi aziendali, gli eventuali comitati costituiti all'interno di questi ultimi, i soggetti incaricati della revisione legale dei conti, le funzioni di controllo.

L'ordinamento e le fonti di autoregolamentazione attribuiscono poi compiti di controllo a specifici organismi e/o funzioni - diverse sia dalle funzioni aziendali di controllo - che dai comitati interni all'organo amministrativo, la cui attività va inquadrata in modo coerente nel sistema dei controlli interni.

In particolare, rilevano:

- l'Organismo di Vigilanza eventualmente istituito ai sensi del D.lgs. n. 231/2001;
- per le banche con azioni quotate, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154-*bis* del TUF), su cui si tornerà nel prosieguo.

Inoltre il Codice di autodisciplina della Borsa Italiana, a cui le banche quotate possono aderire su base volontaria, introduce principi e criteri applicativi riguardo al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, che prevedono, tra l'altro, la designazione di uno o più amministratori incaricati del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e l'istituzione, in seno all'organo amministrativo, di un comitato controllo e rischi.

Per assicurare una corretta interazione tra tutte le funzioni e organi con compiti di controllo, evitando sovrapposizioni o lacune, le citate Disposizioni prevedono che l'organo con funzione di supervisione strategica approvi un documento, diffuso a tutte le strutture interessate, nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni di controllo, il sistema dei flussi informativi (vero fulcro dei sistemi di controllo) tra le diverse funzioni e gli organi aziendali e, nel caso in cui gli ambiti di

controllo presentino aree di potenziale sovrapposizione o permettano di sviluppare sinergie, le modalità di coordinamento e di collaborazione<sup>43</sup>.

La stessa normativa regolamentare invita poi le banche a istituire canali informativi idonei a creare uno stretto raccordo, in termini sia di suddivisione di attività che di condivisione di informazioni, con le funzioni di conformità alle norme e di revisione interna<sup>44</sup>.

#### **2.1.4. Controlli interni nell'ambito del gruppo bancario.**

La disciplina dei controlli interni nell'ambito del gruppo bancario - la cui fonte legislativa risiede nell'art. 67, comma 1, lett. d), del TUB - delinea un quadro normativo organico e coerente con le migliori prassi internazionali e con le raccomandazioni dei principali organismi internazionali, introducendo alcuni punti chiave: il coinvolgimento dei vertici aziendali nella predisposizione e monitoraggio del sistema dei controlli; la visione integrata dei rischi; l'efficienza e l'efficacia dei controlli; l'applicazione delle norme in funzione della dimensione e della complessità operativa delle banche (cd principio di proporzionalità).

In particolare le Disposizioni prevedono che la holding bancaria doti il gruppo di un sistema unitario di controlli interni che consenta l'effettivo controllo, sia sulle scelte strategiche del gruppo nel suo complesso, sia sull'equilibrio gestionale delle singole componenti.

Nel quadro delineato la holding, in funzione dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo<sup>45</sup>, esercita:

- i. un controllo strategico sull'evoluzione delle diverse aree di attività in cui il gruppo opera e dei rischi incombenti sulle attività esercitate. Si tratta di un controllo sia sull'andamento delle attività svolte dalle società appartenenti al gruppo (crescita o riduzione per via endogena), sia sulle politiche di acquisizione e dismissione da parte delle società del gruppo (crescita o riduzione per via esogena);
- ii. un controllo gestionale volto ad assicurare il mantenimento delle condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale sia delle singole società, sia del gruppo nel suo insieme (ad esempio attraverso la predisposizione di piani, programmi e budget sia aziendali che di gruppo, l'analisi delle situazioni periodiche, dei

conti infra-annuali, dei bilanci di esercizio delle singole società e di quelli consolidati).

- iii. un controllo tecnico-operativo finalizzato alla valutazione dei vari profili di rischio apportati al gruppo dalle singole controllate e dei rischi complessivi del gruppo.

Da rilevare che, nel caso di controllate estere, sarà necessario che la capogruppo, nel rispetto dei vincoli locali, adotti tutte le iniziative atte a garantire standard di controllo e presidi comparabili a quelli previsti dalle disposizioni di vigilanza italiane, anche nei casi in cui la normativa dei paesi in cui sono insediate le filiazioni non preveda analoghi livelli di attenzione.

Circa la verifica della rispondenza dei comportamenti delle società appartenenti al gruppo agli indirizzi della holding nonché l'efficacia del sistema dei controlli interni ed il funzionamento dei flussi informativi, lo snodo cruciale è rappresentato dalla funzione di revisione interna che effettuerà a livello consolidato periodiche verifiche sulle componenti del gruppo, tenuto conto della rilevanza delle diverse tipologie di rischio assunte dalle diverse legal entity.

## 2.2. Norme specifiche del D.lgs. 231/2001 per il sistema bancario.

L'art. 1 del D.lgs. 231/2001 prevede un regime derogatorio per gli enti creditizi ed assicurativi finalizzato proprio a tenere conto delle esigenze di coordinamento con la disciplina specifica: disposizioni peculiari sono state così inserite direttamente nel testo unico bancario (art. 97-bis TUB), nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (art. 60-bis TUF.), e nel codice delle assicurazioni private (art. 266 D.lgs. 209/2005)<sup>46</sup>.

Tra le eccezioni più rilevanti alle regole in materia di responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato si segnala, in primo luogo, quella che vieta l'applicazione, anche se solo in funzione cautelare, delle sanzioni interdittive più gravi, cioè a dire quelle previste dall'art. 9 comma 2 lett. a e b D.lgs. 231/2001: l'interdizione dall'esercizio dell'attività e la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito.

Oltre a ciò, è fatto divieto di ricorrere - sia in sede sanzionatoria che cautelare - all'istituto del commissario giudiziale previsto dall'art. 23 del D.lgs. 231/2001.

Dal punto di vista procedimentale, è stato, invece,

previsto un canale di comunicazione diretta tra il pubblico ministero e le autorità di vigilanza dei settori creditizio, finanziario e assicurativo (Banca d'Italia, Consob e IVASS), volto a favorire l'ingresso nella fase di indagini delle informazioni tecniche in possesso di queste ultime. Tali autorità presenziano anche in fase di giudizio, nonché in fase esecutiva, in quanto, laddove, la sentenza di condanna dell'ente prevedesse le due sanzioni interdittive sopra richiamate, la competenza non solo ad eseguire ma, altresì, a determinare, in concreto, la misura da applicare, spetta all'autorità amministrativa e non al giudice<sup>47</sup>.

Infine, l'art. 84 del D.lgs. 231/2001 stabilisce che il provvedimento che applica misure cautelari interdittive e la sentenza irrevocabile di condanna siano comunicati, a cura della cancelleria del giudice che li ha emessi, alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza sull'ente.

## 2.3. I fattori di rischio "231" in un gruppo bancario.

In relazione alla mappatura dei rischi di reato nelle banche, si distingue tra reati "generalisti" e reati "peculiaristi"<sup>48</sup>.

I primi sono connessi solo occasionalmente allo svolgimento dell'impresa bancaria e sono i reati presupposto tipici delle società.

I secondi sono quelli che possono presentare rischi di verifica in ragione di specifiche attività della banca; in relazione ad essi si rende necessaria la verifica dei sistemi di controllo relativi alle singole aree di rischio al fine del loro adeguamento alle prescrizioni del D.lgs. 231/2001.

I reati peculiaristi riguardano prevalentemente settori quali: la gestione di fondi pubblici (captazione/erogazione di contributi, in qualsiasi modo denominati, destinati a pubbliche finalità); lo svolgimento di attività in regime di concessione (ad esempio, riscossione tributi); l'attività c.d. "di sportello", connessa alla messa in circolazione di valori; attività di finanziamento, intesa in senso ampio quale messa a disposizione di clienti di disponibilità finanziarie. Nella prassi si sono verificate contestazioni con particolare riguardo ai delitti di riciclaggio, false comunicazioni sociali e abusi di mercato (artt. 25-octies, 25-ter e 25-sexies del D.lgs. 231/2001)<sup>49</sup>.

Alla luce di ciò, si deve considerare che il sistema bancario si struttura spesso sotto forma di "gruppo", composto alternativamente:



- dalla banca capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate;
- dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate (purché nell'insieme delle società partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata).

In tale contesto *“...assume il ruolo di capogruppo la banca italiana (o la società finanziaria o la società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia), cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario...”*. La stessa, provvede a comunicare alla Banca d'Italia *“...l'esistenza del gruppo bancario e nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle controllate anche al fine della corretta esecuzione delle disposizioni impartite dal Regolatore nell'interesse della stabilità del gruppo...”*<sup>50</sup>.

Diviene, perciò, importante meglio comprendere come i rischi “penali” si possano riverberare all'interno di tali gruppi.

### **2.3.1. Il rischio di risalita della responsabilità.**

Come si è già ampiamente enunciato, sebbene la disciplina del D.lgs. 231/2001 sia essenzialmente “atomistica”, non può escludersi che condotte illecite, realizzate nelle controllate - a determinate condizioni - si possano riverberare in responsabilità della controllante, configurandosi così il cosiddetto “rischio di risalita”.

I principali fattori suscettibili di comportare una responsabilità, in conseguenza della commissione di un reato-presupposto in una delle società controllate, possono essere individuati in elementi di “condivisione” tra le varie legal entities: principalmente componenti degli organi sociali, processi decisionali e clientela.

In proposito, il primo aspetto di attenzione riguarda la presenza negli organi sociali o deliberativi delle società controllate di soggetti che, nello stesso tempo, fanno parte dell'organizzazione della holding (i.e. consiglieri, dirigenti, dipendenti “apicali”). Ulteriore verifica attiene alla partecipazione attiva di comitati/organi/strutture della holding in taluni processi che iniziano e terminano nelle società controllate. Infine, è frequente la condivisione della clientela tra la controllata e la capogruppo, con la conseguente gestione congiunta del cliente o comunque l'intervento nei suoi confronti di strutture tanto della controllata che della capogruppo.

Tali fattori, in sintesi, pongono l'attenzione sulla circostanza per cui vi sono numerosi casi nei quali almeno un soggetto facente parte della capogruppo interviene o s'ingerisce nell'attività della controllata, pur gestita in autonomia.

Particolarmente delicate sono le ipotesi in cui sia lo stesso soggetto presente nella struttura e nell'organizzazione della capogruppo a far parte anche della struttura deliberativa della controllata; dal momento che in questi casi si tratterà – non tanto di un problema di “risalita” della responsabilità – quanto del riconoscimento di un rapporto organico o di subordinazione secondo i criteri d'imputazione stabiliti dagli articoli 6 e 7 del D.lgs. 231/2001<sup>51</sup>.

Sul punto viene in evidenza lo spunto offerto dalle citate linee guida di Confindustria<sup>52</sup> che indicano in proposito l'opportunità di evitare che i medesimi soggetti rivestano ruoli apicali presso più società del gruppo («interlocking directorates»). Infatti, il cumulo di cariche sociali potrebbe avvalorare la tesi del concorso dei vertici di più società del gruppo nella commissione del reato presupposto.

Si è già accennato che, ai sensi del Testo Unico Bancario e delle Disposizioni di Banca d'Italia, la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo.

In una prospettiva “231” sarà a maggior ragione opportuna una chiara individuazione del perimetro di applicabilità della normativa interna emanata dalla Capogruppo, nonché dei processi sensibili nei quali è previsto il coinvolgimento della Capogruppo.

Un caso particolare si verifica nell'ipotesi – frequente nei grandi gruppi bancari – in cui la controllata si trovi interamente all'estero, poiché in questo caso la responsabilità da reato dell'ente controllato dipenderà dal singolo ordinamento ospitante, e ciò a prescindere dalla già richiamata raccomandazione del Regolatore circa l'adozione da parte delle controllate estere di *“...tutte le iniziative atte a garantire standard di controllo e presidi comparabili a quelli previsti dalle disposizioni di vigilanza italiane, anche nei casi in cui la normativa dei paesi in cui sono insediate le filiazioni non preveda analoghi livelli di attenzione...”*<sup>53</sup>.

### **2.3.2. Gruppi multinazionali.**

Nel caso di gruppi multinazionali, l'ambito applicativo “231” può essere affrontato sotto tre

punti di vista:

- (i) quello della responsabilità delle società aventi sede in Italia ed appartenenti ad un gruppo straniero;
- (ii) quello della responsabilità di gruppi o società straniere che operano in Italia e qui commettono degli illeciti senza avere sedi legali sul territorio;
- (iii) quello della responsabilità della holding italiana per reati commessi all'estero dalle sue subsidiary<sup>54</sup>.

Per quanto riguarda le prime due ipotesi si è sviluppato il dibattito in questi ultimi anni e diversa giurisprudenza<sup>55</sup> si è pronunciata in favore dell'applicabilità in situazioni analoghe della normativa italiana (si pensi al "caso Siemens" o alla più recente contestazione per riciclaggio e frodi finanziarie a Crédit Suisse AG)<sup>56</sup>.

In questa sede, tuttavia, ci si soffermerà unicamente sul terzo caso in quanto è quello che prevalentemente può riguardare i gruppi bancari del nostro Paese, rispetto alla possibile responsabilità della holding italiana per gli illeciti "231" commessi (direttamente o indirettamente) all'estero. La tendenza delle legislazioni di vari Paesi, tra cui l'Italia stessa, a prevedere l'applicabilità del diritto penale dell'impresa anche oltre i propri confini territoriali, fa sorgere delicate questioni di giurisdizione e di eventuale sovrapposizione di più azioni punitive esercitate da diversi Stati<sup>57</sup>.

Del resto, la dimensione internazionale dell'attività di impresa impone una particolare attenzione alla possibilità di commissione all'estero del reato presupposto da parte di un soggetto apicale o sottoposto all'altrui direzione, nell'interesse o a vantaggio di un ente avente sede in Italia.

L'art. 4 del D.lgs. 231/2001 – mutuando la disciplina prevista dal codice penale per le persone fisiche – stabilisce che: "Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministero della Giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo".

Un esempio rilevante è quello delle "anticorruption policies", che evidenziano la necessità di dotare le imprese che operano fuori dal territorio nazionale di sistemi interni adeguati anche in contesti in cui

fenomeni corruttivi non sono efficacemente disincentivati o monitorati dalla legislazione locale<sup>58</sup>. Si tratta, in particolare, delle ipotesi in cui un reato è stato commesso principalmente all'estero, ma al quale un esponente della società italiana "interessata o avvantaggiata" ha dato il suo contributo (morale o materiale) all'interno del territorio nazionale. Un reato di corruzione può, ad esempio, considerarsi commesso in parte in Italia quando l'accordo sia stato stipulato dai dirigenti di una società italiana nel nostro territorio per l'ottenimento di un appalto all'estero, oppure il pagamento illecito sia avvenuto con fondi tratti dai conti italiani, o ancora quando sia provato che il "mandato" a corrompere derivi dalle indicazioni impartite da un soggetto apicale di una società italiana ai responsabili di una filiale estera<sup>59</sup>. Altra recente casistica riguarda una truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p. come richiamato dall'art. 24, D.lgs. 231/2001), attuata attraverso la costituzione di una società di diritto svizzero, gestita e controllata da personale facente capo alla holding italiana. Attraverso un complesso sistema di abbattimento degli interessi passivi indicati nel bilancio veniva, in tal caso, indotto in errore lo Stato italiano (l'ente ministeriale erogatore) con un immediato vantaggio economico per tutto il gruppo<sup>60</sup>.

Perché, quindi, una holding bancaria italiana possa essere ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo dipendente da un reato commesso all'estero tramite filiali o società controllate sarà necessario che si verificino congiuntamente le condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9, 10 c.p.<sup>61</sup>, ed in specie:

- che l'ente abbia in Italia la propria sede principale;
- che per lo stesso fatto non proceda lo Stato del luogo in cui esso è stato commesso;
- che sussista, ove prevista dalla legge, la condizione di procedibilità costituita dalla richiesta di procedere contro l'ente da parte del Ministro della Giustizia o della querela.

Anche nel caso di rapporti transnazionali, il rischio di estensione della responsabilità alla società controllante è aumentato nel caso in cui i rapporti societari di gruppo siano strutturati in modo tale che gli interessi, le attività e la gestione della controllante e della controllata siano così interconnessi, interdipendenti e condivisi, che la controllata, di fatto, non possa essere considerata quale soggetto giuridico autonomo, dotato di autonomia decisionale, gestionale, economica e finanziaria.



In particolare, con riguardo ad un gruppo italiano con significativa presenza all'estero, in via esemplificativa e non esaustiva, potrà essere utile mitigare il rischio in argomento attraverso la predisposizione di:

- un codice etico per il gruppo che tenga conto della dimensione transnazionale del gruppo;
- un risk assessment che identifichi i rischi connessi ai diversi paesi in cui operano le società del gruppo;
- specifici programmi di compliance e delle policy internazionali richiesti sia dalla normativa italiana che dalle normative dei vari Paesi in cui opera la banca (es. anticorruzione, antiriciclaggio, antitrust, data protection, export compliance);
- sistema di "whistleblowing" conforme sia alla normativa domestica che alle eventuali implementazioni che si rendessero necessarie per renderla conforme alle normative dei diversi Paesi in cui opera la banca;
- protocolli e delle procedure aventi ad oggetto le attività transnazionali e i rapporti con le controllate estere;
- una specifica attività di formazione verso tutti coloro che operano, direttamente o indirettamente con l'estero in relazione alla normativa internazionale di interesse.

### **2.3.3. Modelli di organizzazione e misure di prevenzione nei gruppi bancari.**

Come si è già detto, ad oggi, nell'ordinamento italiano non può assumere rilievo un "modello di gruppo" e, dunque, ciascuna società adotterà in autonomia, con delibera dei propri Consigli di Amministrazione e sotto la propria responsabilità, un proprio "Modello di organizzazione, gestione e controllo" ai sensi del D.Lgs. 231/01, individuando le proprie attività a rischio di reato e le misure idonee a prevenirne il compimento, in considerazione della natura e del tipo di attività svolta, nonché delle dimensioni e della struttura della propria organizzazione.

Nella predisposizione del proprio Modello le società appartenenti ad un gruppo si ispireranno ai principi su cui si basa il Modello della holding, recependone i contenuti, salvo che l'analisi delle proprie attività a rischio evidenzia la necessità o l'opportunità di adottare diverse o ulteriori specifiche misure di prevenzione.

Nel predisporre tale articolato sistema di Modelli, autonomi ma correlati, la preoccupazione principale

è proprio quella di evitare i rischi di "allargamento" della responsabilità da reato da una società all'altra. Per società appartenenti al gruppo si intendono, generalmente, tutte le società italiane e straniere controllate direttamente o indirettamente da una medesima holding italiana, nonché le stabili organizzazioni operanti in Italia di società estere, controllate direttamente o indirettamente dalla stessa holding<sup>62</sup>. La società capogruppo dovrà, dunque, essere consapevole della rilevanza di una corretta applicazione dei principi previsti dal D.lgs. 231/2001 all'interno dell'intero gruppo, come sopra definite e comunicare alle società italiane direttamente controllate, con le modalità ritenute più opportune, i principi e le linee guida da seguire per l'adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. 231/2001. Sarà, poi, responsabilità di tali società trasmettere, a loro volta, alle proprie controllate le informazioni in oggetto.

Nell'ambito di alcuni dei grandi gruppi bancari italiani vengono formalizzate del "global rules" o delle linee guida dedicate alla "compliance 231", finalizzate alla diffusione di best practices, metodologie, procedure e lo sviluppo di sistemi IT al fine di uniformare le modalità operative nel gruppo per il migliore presidio dei rischi e per una maggiore efficienza operativa. Tra i presidi ivi indicati si trova la possibilità di indicare dei "fiduciari" negli organi sociali e nelle posizioni manageriali chiave delle società del gruppo, nonché la strutturazione di un sistema manageriale / funzionale che definisce i meccanismi di coordinamento manageriale di gruppo (soggetti dotati di specifici poteri in merito ai temi di budget, definizione di policy nonché linee guida/modelli di competenza)<sup>63</sup>.

A ciò si affianca la predisposizione di Codici di condotta e di Codici Etici applicabili a tutto il gruppo e contenenti un insieme di norme di comportamento su aspetti chiave dell'integrità morale vuole promuovere la cultura della compliance e guidare le azioni tese a promuovere l'impegno etico del sistema bancario.

Per le medesime finalità vengono previsti appositi contratti di prestazione di servizi volti a disciplinare i rapporti tra la holding e le controllate, con particolare riguardo alle attività che possono presentare rischi di commissione di reati rilevanti per la responsabilità amministrativa ex D.lgs. 231/2001.

In coerenza con il contesto delineato, è quindi prassi che le holding bancarie prevedano nei propri Modelli la possibilità di impartire criteri e direttive di

carattere generale verso le controllate, nonché di verificare - normalmente tramite le funzioni di controllo e/o di governo accentrato - la rispondenza dei Modelli delle società appartenenti al gruppo alle policy, regolamenti e procedure definite dalla holding. D'altra parte, in termini di flussi informativi, frequentemente i Modelli 231 dei gruppi bancari prevedono la trasmissione alla capogruppo di report periodici, in relazione ad argomenti connessi al D.lgs. 231/2001.

Sono sicuramente utili e consigliabili interventi di sensibilizzazione e formazione degli esponenti della capogruppo, al fine di stimolare una particolare attenzione ai processi nei quali sono chiamati a intervenire congiuntamente a esponenti di società controllate, rendendo consapevoli i primi della delicatezza di quanto è a loro richiesto quando si trovino ad agire in un ambito procedimentale condiviso con soggetti di società controllate.

Centrale appare in quest'ottica la previsione di un presidio rafforzato dei flussi informativi infragruppo e delle attività di monitoring e warning, volte a coordinare le attività e la prevenzione dei rischi.

Ciò varrà a maggior ragione con riferimento ai presidi sui, già richiamati, fattori chiave del "rischio di risalita", in particolare: soggetti-processi-clienti condivisi.

#### **2.3.4. Organismi di Vigilanza in un gruppo bancario.**

Altrettanto centrale ai fini della prevenzione degli illeciti "231" è l'attività dell'Organismo di Vigilanza che, nei gruppi bancari, sarà chiamato a verificare – oltre ai rischi più generali propri dell'attività di impresa – le attività peculiari della realtà creditizia<sup>64</sup>. Come avviene per il Modello organizzativo, non è ipotizzabile, allo stato della normativa, la previsione di un unico OdV di gruppo poiché le funzioni e i poteri dell'organismo non possono esplicarsi su società diverse da quella che lo ha nominato. Per tale ragione anche le Linee Guida di Confindustria suggeriscono la nomina di OdV distinti per ciascuna società, sebbene non si escluda che tutti gli OdV delle controllate possano beneficiare delle indicazioni provenienti da strutture comuni (es. *Internal auditing, Compliance, ecc.*). È tuttavia evidente la difficoltà di coordinamento e il maggiore aggravio economico che comporta tale soluzione conforme alla *littera legis*<sup>65</sup>.

Allo stesso tempo, l'appartenenza ad un gruppo non potrà non influire sulla sua composizione.

L'individuazione della struttura andrà studiata in una "prospettiva di gruppo", con l'accortezza di evitare la scelta di componenti che, per il ruolo rivestito e/o l'attività svolta all'interno della holding o del gruppo, portino con sé il rischio di una inammissibile intrusione nella operatività delle controllate, ma tenendo al contempo in considerazione il fatto che l'autonomia dell'OdV va valutata nel suo complesso e non in relazione ad ogni singolo membro<sup>66</sup>.

Rispetto all'attività concreta dell'OdV, due sono i temi cruciali: uno attiene al coordinamento tra i vari OdV e, in particolare, tra quello delle controllate e quello della capogruppo; il secondo riguarda gli strumenti di effettiva vigilanza laddove alcune funzioni siano incardinate (talvolta anche fisicamente) in altra entità del gruppo, ovvero vi siano vere e proprie funzioni "di gruppo" o "corporate"<sup>67</sup>.

In merito è da segnalare che attraverso lo strumento del cosiddetto regolamento di gruppo<sup>68</sup> si possono opportunamente disciplinare oltre che i rapporti organizzativo-funzionali tra le diverse società del gruppo, anche compiti e funzioni dell'OdV della *holding*, in particolare riguardo al coordinamento degli Organismi di Vigilanza delle società controllate. Si può ad esempio prevedere che l'OdV della società posta al vertice del gruppo svolga un'attività diretta alla maggiore efficienza e funzionalità degli OdV delle società figlie, quale concreta esplicitazione della direzione unitaria. Possono di conseguenza essere contemplati, per effetto di normative interne condivise con le società controllate, eventuali strutture organizzative, flussi informativi e applicazioni di regole unitariamente volte a perseguire, con l'intervento dell'Organismo della capogruppo, una migliore e più efficace vigilanza sulle misure prevenzionistiche anche all'interno delle singole legal entities.

Altro terreno comune su cui può esplicitarsi il coordinamento fra OdV della capogruppo e quello delle controllate è rappresentato dall'informazione in ambito nuovi reati presupposto che di volta in volta vengono inseriti nel "Catalogo reati 231" nonché attraverso incontri formativi su temi di comune interesse e su processi condivisi che fanno parte dell'assetto organizzativo del gruppo.

A tal proposito val la pena di sottolineare che nell'evenienza in cui venga affidata all'Organismo di Vigilanza della capogruppo un'attività di coordinamento degli OdV delle controllate, non seguirebbe alcuna conseguenza riguardo alla

responsabilità da reato della capogruppo. Va, infatti, tenuto in considerazione che lo spettro di attività dell'Organismo di Vigilanza si muove sempre su un diverso livello – quello della vigilanza sull'adeguatezza e sull'efficace attuazione dei modelli – rispetto alle attività di natura operativa e gestionale all'interno delle quali può essere realizzato un reato rilevante ai sensi del D.lgs. 231/2001. Proprio tale diversità di piani permette di escludere una forma di ingerenza nel caso di coordinamento tra gli OdV. Qualora si dovesse ritenere opportuno un rafforzamento del coordinamento della vigilanza nelle società, nei sensi di cui al decreto 231, ad opera dell'Organismo di Vigilanza della capogruppo, sarebbe consigliabile prevedere che le interlocuzioni previste dal modello con le diverse funzioni dell'holding (di cui sopra) siano oggetto di informazione anche all'Organismo di Vigilanza della società di vertice, curando però di non appesantire la funzionalità di quest'ultimo e lasciando quindi gli interventi alle funzioni menzionate, con la trasmissione all'OdV del contenuto delle interlocuzioni medesime, in modo che contribuisca al patrimonio conoscitivo dell'organismo, tale da agevolare eventuali successive attività di coordinamento. È inoltre opportuno un aggiornamento tempestivo dell'elenco delle persone che svolgono ruoli sia nella Capogruppo sia in una controllata in modo da

valutare adeguatamente i rischi – per la responsabilità della banca – che la duplice posizione comporta.

Nei Modelli viene, infatti, talvolta previsto che le società appartenenti al gruppo sottopongano all'Organismo di Vigilanza della holding gli eventuali aspetti problematici riscontrati nel conformare il proprio Modello a quanto predisposto dalla capogruppo, chiedendo allo stesso una “*Non Binding Opinion*”. Tale opinion dell'Organismo di Vigilanza della Capogruppo non limita in alcun modo l'autonomia, tanto degli Organismi di Vigilanza quanto dei Consigli di Amministrazione delle singole società, di assumere le decisioni ritenute più adeguate in relazione alla concreta realtà delle proprie società.

#### **Paolo Verno**

Dottore commercialista  
Professore a contratto di Diritto commerciale

#### **Maria Francesca Artusi**

Avvocato del Foro di Milano  
Dottore di ricerca in Diritto penale

#### **Luca Verno**

Dottore in giurisprudenza

<sup>1</sup> Si veda, al riguardo, M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in Riv. dir. soc., 2011, 2, p. 363.

<sup>2</sup> G. POLICARO, *Il fenomeno di gruppo: profili e criticità*, in M. IRRERA (a cura di) *Diritto del governo delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata*, Giappichelli, 2020, p. 711.

<sup>3</sup> Si richiamano, fra le altre, le seguenti disposizioni:

- attività di direzione e coordinamento e suoi limiti fisiologici (art. 2497 e ss. c.c.);
- responsabilità per abuso, cioè per violazione del criterio di corretta gestione non soltanto societaria ma anche imprenditoriale;
- assetti organizzativi (in forza del combinato disposto dagli artt. 2381co. 3 e 2497 co. 1 ultima parte c.c.);
- rapporti interorganici ai fini del controllo (nel senso di verifica del rispetto delle regole legali, contabili, statutarie, di correttezza gestionale) (cfr. artt. 2403-bis co. 2 c.c., 151 co. 1 e 2, 151-bis co. 1, 151-ter, 154-bis co. 3 e 165 del TUF);
- la rappresentazione contabile [artt. 2424, B, III, 1); C, II, 2), 3), 4); III, 1), 2), 3); D, 9), 10), 11); 2425, C), 15), 16); D), 18), a); 19, a); 2426 co. 1 n. 4; 2427 co. 1, 5), 9), 22-6-bis, 2427-bis co. 1, 2); 2428 co. 3, 3); 2429, co. 3 e 4; 114, co. 2; 114-bis; 123-bis co. 1, c), h), co. 2, b); 154 co. 4 co. 6 c) e 165 ss. del TUF].

Solo di recente con l'adozione del D.lgs. 14/2019, nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCI), viene fornita una definizione compiuta del gruppo societario. L'art. 2, lett. h), del CCI definisce infatti il gruppo di imprese come: “*l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che:*

- 1) *l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci;*
- 2) *siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento*”.

- <sup>4</sup> Così M. BOIDI – A. ROSSI – P. VERNERO, *L'applicazione del DLgs. 231/2001 nei gruppi di imprese*, in P. VERNERO - R. FRASCINELLI - M. BOIDI (a cura di), *Modello organizzativo D.lgs. 231 e Organismo di Vigilanza*, Eutekne, 2019, p. 343 ss..
- <sup>5</sup> A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, *Diritto Penale dell'Economia*, Tomo secondo, Milano, 2017, p. 2522 s.
- <sup>6</sup> Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231*, aggiornate al marzo 2014, 78.
- <sup>7</sup> Trattasi dell'applicazione delle c.d. "teoria dei vantaggi compensativi", che trae spunto dal disposto dell'art. 2497, primo comma, c.c., secondo cui vi è esclusione della responsabilità della holding nel caso in cui il pregiudizio economico subito dalla società etero-diretta per effetto di una singola operazione sia "compensato" da altri vantaggi legati all'appartenenza al gruppo.
- <sup>8</sup> Sul punto AAVV, *Diritto penale dell'impresa*, Vol. 2, Milano, 2017, 17 e ss. Cfr. anche Cass. Pen., Sez. V, 25 luglio 2016 (ud. 19 gennaio 2016) n. 32131 e Cass. Pen., Sez. I, 13 dicembre 2012 (ud. 26 ottobre 2012) n. 48327.
- Va precisato, tuttavia, che l'effettività della distrazione non può essere esclusa dal mero fatto della partecipazione al gruppo perché il collegamento tra le società e l'appartenenza a un gruppo unitario è solo la premessa dalla quale muovere per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l'atto di disposizione del proprio patrimonio, perdurando l'autonomia soggettiva delle singole società del gruppo. Sul punto cfr: Cass. pen., sez. V, n. 49787/2013 e Cass. pen., sez. V, n. 29036/2012.
- <sup>9</sup> A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Diritto Penale dell'Economia*, cit., p. 2534 s. Alcuni tentativi specifici di individuare il gruppo come soggetto diretto di responsabilità sono stati compiuti dai progetti di riforma del codice penale, con particolare riguardo al Progetto Grosso e al Progetto Nordio.
- <sup>10</sup> M. BOIDI - P. VERNERO - A. ROSSI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il rapporto con il d.lgs. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione, in La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2012, 2, p. 189.
- <sup>11</sup> Cfr. il paragrafo 2.3.3 del presente contributo.
- <sup>12</sup> M. BOIDI – A. ROSSI – P. VERNERO, *L'applicazione del DLgs. 231/2001 nei gruppi di imprese*, cit. p. 343 ss.
- <sup>13</sup> P. MONTALENTI, *La corporate governance bancaria oggi: profili generali*, intervento al Convegno CNPDS-Fondazione Courmayeur, *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, Courmayeur, 22-23 settembre 2017.
- <sup>14</sup> Confindustria, *Linee Guida*, cit.
- <sup>15</sup> F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato nei gruppi di società e l'abuso di direzione unitaria della holding*, in *Le Società*, 2017, 3, p. 358.
- <sup>16</sup> Cass. Pen., Sez. V, 17 novembre 2011 (ud. 20 giugno 2011) n. 24583.
- <sup>17</sup> Si veda paragrafo 3 del presente articolo.
- <sup>18</sup> Documento disponibile sul sito [www.cndcec.it](http://www.cndcec.it)
- <sup>19</sup> Nei gruppi verticali, la strategia economica unitaria è assicurata dal legame finanziario che lega la società capogruppo alle altre aziende attraverso la partecipazione della prima al capitale delle altre imprese del gruppo. Nei gruppi orizzontali, invece, le varie società del gruppo si trovano in una situazione di sostanziale eguaglianza. Quindi essi sono caratterizzati da un minor grado di integrazione tra le varie aziende rispetto ai gruppi verticali e la strategia economica unitaria viene realizzata grazie ad accordi contrattuali. Ovviamente è possibile avere anche gruppi con strutture intermedie nelle quali si possono trovare sia le caratteristiche proprie dei gruppi verticali che di quelli orizzontali. In questa ipotesi ci troviamo di fronte a dei gruppi misti.
- <sup>20</sup> Cfr. testualmente G. AMATO *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex DLgs. 231/2001 all'interno dei gruppi di imprese*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2015, 3, p. 163 ss. e specificamente nota 1.
- <sup>21</sup> Trib. Milano, sezione competente in materia di impugnazione di provvedimenti cautelari, 20 settembre 2004; Trib. Milano, sez. XI riesame, 20 dicembre 2004; Trib. Milano, sez. X penale, 26 febbraio 2007.
- <sup>22</sup> M. BOIDI – P. VERNERO – A. ROSSI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il rapporto con il d.lgs. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *La Responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2012, 2, p. 192. Viene qui evidenziato come "non sia possibile l'utilizzo della (favorevole) teoria dei vantaggi compensativi infragruppo per dimostrare la (sfavorevole) punibilità ai sensi del d.lg. n. 231 della società controllante e della società controllata".
- <sup>23</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2014 (ud. 20 dicembre 2013) n. 2658.
- <sup>24</sup> Assonime, Caso 9/2020.
- <sup>25</sup> Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) n. 52316.
- <sup>26</sup> Cass. Pen., Sez. V, 17 novembre 2011 (ud. 20 giugno 2011) n. 24583; Cass. Pen., Sez. V, 29 gennaio 2013 (ud. 29 dicembre 2012) n. 4324.
- <sup>27</sup> Si noti che un tema di "risalita vera e propria" non si pone laddove il fatto illecito sia posto in essere in accordo tra più soggetti appartenenti sia alla holding che alla controllata, nell'interesse e vantaggio di entrambe; in tal caso, infatti, la responsabilità potrebbe essere valutata alla luce della disciplina del concorso di persone nel reato così come prevista dall'art. 110 c.p. (anche se la tematica è tutt'altro che pacifica). Certamente dovranno sussistere gli elementi propri della causalità e del dolo del concorso, cioè: la realizzazione di una condotta, anche *atipica*, che arrechi un contributo causale



alla commissione del fatto di reato e la consapevolezza e volontà di agire cooperando con altri alla realizzazione del fatto medesimo. Tuttavia l'applicabilità agli enti della normativa penale sul concorso di persone solleva tutt'ora numerose criticità: cfr. D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Archivio Penale*, 2020, 1, p. 131 ss.

<sup>28</sup> Sul punto, tra le altre, Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) n. 52316.

<sup>29</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2014 (ud. 20 dicembre 2013) n. 2658.

<sup>30</sup> Cfr. P. VERNERO - M.F. ARTUSI - B. PARENA, *L'Organismo di Vigilanza nelle banche*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2021, 1, in corso di pubblicazione.

<sup>31</sup> Si noti che a gennaio 2020, circa due anni dopo l'ultima revisione, il Comitato per la Corporate Governance, istituito nel 2011, ha approvato e pubblicato il 31 gennaio del 2020 la nuova edizione del Codice di Corporate Governance, precedentemente denominato Codice di Autodisciplina. Il nuovo Codice è rivolto a tutte le società con azioni quotate sul Mercato Telematico Azionario gestito da Borsa Italiana S.p.a. La nuova edizione prevede un totale di 6 articoli suddivisi in *principi*, che definiscono gli obiettivi di una buona *governance*, e in *raccomandazioni*, che indicano i comportamenti che il Codice reputa adeguati a realizzare gli obiettivi indicati nei *principi* (c.d. *best practice*).

<sup>32</sup> P. MONTALENTI, *Impresa Società di Capitali. Mercati Finanziari*, Giappichelli, 2017, Cap. X §14.

<sup>33</sup> Con l'emanazione e il costante aggiornamento della Circolare l'Autorità di Vigilanza adempie sistematicamente all'obbligo di rivedere periodicamente le proprie regolamentazioni alla luce dell'evoluzione del contesto regolamentare e di mercato. Attualmente la Circolare 285/213 è al 34° aggiornamento, del 22 settembre 2020.

<sup>34</sup> In ambito Intermediari Finanziari vedasi invece la Circolare Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015, "*Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari*" (che ripropone, nella sostanza le "*Disposizioni di vigilanza per le banche*"), mentre per il comparto assicurativo vedasi il Regolamento IVASS n. 38, del 3 luglio 2018.

<sup>35</sup> P. MONTALENTI, *Impresa Società di Capitali. Mercati Finanziari*, cit.

<sup>36</sup> Il RAF rappresenta la visione "top-down" del vertice aziendale, coerente con la strategia di lungo periodo, del rischio (natura e quantum) che si intende assumere e di quello che si intende evitare ([www.protiviti.com/IT-it/risk-compliance/risk-management/risk-appetite](http://www.protiviti.com/IT-it/risk-compliance/risk-management/risk-appetite)).

<sup>37</sup> Banca d'Italia Circolare 285/2013, Sezione V (Il RAF, il sistema dei controlli interni e l'esternalizzazione nei gruppi bancari) del Capitolo 3 (Il sistema dei controlli interni) del Titolo IV (Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi) della Parte I (Recepimento in Italia della CRD IV, Direttiva 2013/36/UE).

<sup>38</sup> Secondo la Circolare 285/2013, l'organo con funzione di supervisione strategica coincide con l'organo nel quale si concentrano le funzioni di indirizzo e/o supervisione della gestione della banca; ad esempio, mediante esame e delibera in ordine ai piani industriali o finanziari ovvero alle operazioni strategiche della banca. Nell'ambito del sistema tradizionale e del sistema monistico è indubbio che le relative disposizioni abbiano quale referente il consiglio di amministrazione e vadano, quindi, a innestarsi sulla relativa disciplina. Nel sistema duale, invece, l'individuazione dell'organo sul quale si appuntano è meno scontata: occorre preliminarmente verificare, infatti, se in sede statutaria sia stato fatto ricorso alla facoltà prevista dalla lett. f-bis) dell'art. 2409-terdecies, comma 1°, c.c.; in tal caso sarà il consiglio di sorveglianza ad assumere la qualifica di organo con funzione di supervisione strategica (Circ. 285/2013, Parte Prima.IV.1.2).

<sup>39</sup> Il Risk Appetite Statement indica il livello e il tipo di rischio che una società/gruppo è in grado di assumere coerentemente con gli obiettivi strategici perseguiti, ovvero rappresenta l'area di rischio entro cui la banca intende muoversi.

<sup>40</sup> Vedasi sul punto la Parte I - Titolo IV - Capitolo 3 - Sezione I - Punto 6 delle Disposizioni preliminari e principi generali, della Circolare 285/2013, 34° aggiornamento.

<sup>41</sup> Vedasi sul punto: Assonime, Note e Studi n. 5/2019, *Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*; P. VERNERO - M.F. ARTUSI - B. PARENA, *Risk management e Modelli Organizzativi*, in AAVV, *Impresa e rischio - Profili giuridici del risk management*, Giappichelli, 2019.

<sup>42</sup> Così P. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Giappichelli, 2017.

<sup>43</sup> Vedasi su questi argomenti la Parte Prima, Titolo IV, Cap.3, Sez. II, Punto n. 5 "*Il coordinamento delle funzioni di controllo*", della Circolare 285/2013, 34° aggiornamento.

<sup>44</sup> A completamento della sintetica illustrazione sul sistema di controllo, si segnala che nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica (i.e. il Consiglio di Amministrazione) vengono costituiti 3 comitati specializzati: in tema di "nomine", "rischi" e "remunerazioni".

<sup>45</sup> Le citate Disposizioni di Banca d'Italia precisano che "...la capogruppo che esercita l'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale è responsabile ai sensi degli artt. 2497 e ss. del codice civile..."

<sup>46</sup> Per una disamina della normativa "231" per banche, intermediari finanziari e assicurazioni si veda AAVV, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluers, 2019, p.1515 e ss.

<sup>47</sup> A. BERNASCONI, *Processo agli enti e regole speciali per banche, intermediari finanziari ed imprese di assicurazione*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2009, 1, pp. 33 ss.

- <sup>48</sup> Linee Guida ABI per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche, 19 marzo 2004 e s.m.i, [www.abi.it](http://www.abi.it).
- <sup>49</sup> Si pensi ai procedimenti nei confronti di gruppi bancari, in Italia e all'estero, che hanno avuto grande rilevanza anche mediatica: Monte dei Paschi di Siena, Banca Popolare Italiana, UBS.
- <sup>50</sup> Testo Unico Bancario, Artt. 60 e seguenti.
- <sup>51</sup> Resta inteso che, per la fondatezza di tale responsabilità andrà verificata la sussistenza anche degli ulteriori presupposti con particolare riguardo all'interesse e vantaggio della controllata, della controllante o di entrambe. Cfr. tra le altre Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) n. 52316.
- <sup>52</sup> Confindustria, *Linee Guida*, cit.
- <sup>53</sup> Circolare 285/2013, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione V, § 2.
- <sup>54</sup> Sul tema cfr. M.F. ARTUSI *Prospettive 231 nei gruppi di imprese: accentramento delle funzioni e sedi estere*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2017, 3 e A. DE SANCTIS - N. GIANARIA, *I reati commessi all'estero*, in P. VERNERO - M. BOIDI - R. FRASCINELLI, *Modello organizzativo D.lgs. 231 e Organismo di Vigilanza*, cit., p. 669 e ss.
- <sup>55</sup> Si veda ad esempio Trib. Lucca 31 luglio 2017 n. 222, che ha affermato che le società estere operanti sul territorio italiano hanno l'obbligo di rispettare le norme vigenti in Italia, con la conseguenza che il D.Lgs. 231/2001 si applica anche agli enti stranieri, a prescindere dalla presenza sul territorio nazionale di una sede secondaria o di uno stabilimento
- <sup>56</sup> Ragionando diversamente si attribuirebbe all'ente "una sorta di autoesenzione della normativa italiana in contrasto con il principio di territorialità della legge, in particolare con l'art. 3 c.p." (Trib. Milano 28 ottobre 2004). Cfr. Assonime, Caso 2/2018.
- <sup>57</sup> A. SCARCELLA, *La internazionalizzazione della responsabilità da reato degli enti*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2014, 1, p. 35.
- <sup>58</sup> T.E. EPIDENDIO, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2007, 2, p. 69.
- <sup>59</sup> Grande eco hanno avuto dei casi di corruzione internazionale che hanno interessato delle note società italiane nel settore dell'energia e del gas. In entrambe le ipotesi si trattava di una potenziale corruzione internazionale – ai sensi dell'art. 322 bis c.p., come richiamato dall'art. 25, comma 3, D.lgs. 231/2001 – commessa nell'interesse e a vantaggio dell'ente, attraverso la corresponsione di compensi illeciti al fine di ottenere dei contratti o delle autorizzazioni in Paesi esteri (un contratto di engineering in Nigeria e degli appalti e delle autorizzazioni in Algeria). La giurisdizione italiana è derivata, qui, dal fatto che parte della condotta si considera svolta sul territorio nazionale (App. Milano 19.2.2015, Cass. Pen., Sez. VI, 17 marzo 2016 (ud. 22 febbraio 2016) n. 11442, Trib. Milano 2.10.2015 e Cass. Pen., Sez. VI, 27 aprile 2016 (ud. 24 febbraio 2016) n. 17385).
- <sup>60</sup> Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) n. 52316.
- <sup>61</sup> Ai sensi dell'art 7 c.p. è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che in territorio estero commette i seguenti delitti: delitti contro la personalità dello Stato; delitti di contraffazione del sigillo dello Stato ed uso del sigillo contraffatto; delitti di falsità in monete, in valori di bollo o in carte di pubblico credito; delitti commessi da pubblici ufficiali con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alle loro funzioni. Ebbene tra tutti questi delitti, soltanto alcuni possono venire in rilievo ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente. L'art 8 c.p. sancisce invece la punibilità del soggetto - cittadino o straniero - che commette un delitto politico all'estero; mentre l'art. 9 disciplina la punibilità del cittadino che commette, in territorio estero, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Il cittadino, in questo caso, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato. L'art 10 c.p. concerne il delitto comune dello straniero all'estero: se costui commette un reato a danno dello Stato o del cittadino, punito con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo ad un anno, è punito secondo la legge italiana su richiesta del Ministro della Giustizia o su querela della persona offesa.
- <sup>62</sup> Discorso a parte vale per le filiali estere delle banche che, laddove non abbiano un'autonomia giuridica, fanno parte a tutti gli effetti della società italiana e dunque ne condividono il Modello.
- <sup>63</sup> Si veda, ad esempio, il Modello organizzativo di Unicredit Group.
- <sup>64</sup> Per un approfondimento sull'attività dell'Organismo di Vigilanza nelle banche si veda P. VERNERO - M.F. ARTUSI - B. PARENA, *L'Organismo di Vigilanza nelle banche*, cit.
- <sup>65</sup> M. BOIDI - A. ROSSI A. - P. VERNERO, *L'applicazione del D.lgs. 231/2001 nei gruppi di imprese* cit.
- <sup>66</sup> P. MONTALENTI, *Organismo di Vigilanza 231 e ordinamento societario: un rapporto complesso*, relazione tenuta al convegno Assonime "Molte regole, nessun sistema: proposte per una razionalizzazione del sistema dei controlli societari", Milano, 31 marzo 2009.
- <sup>67</sup> Si vedano M.F. ARTUSI, op. cit. e A. SCAFIDI, *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell'ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte)*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista.231.it](http://www.rivista.231.it), 2013, 1, p. 172.
- <sup>68</sup> Cfr. in particolare l'art. 2497-sexies u.c. c.p.

## Responsabilità degli enti collettivi e reati tributari: evoluzioni in materia di confisca.

di **M. Tebaldi**

Il contributo analizza il rapporto tra reati tributari e responsabilità da reato dell'ente collettivo, con particolare riguardo alle vicende relative alla confisca dei beni della persona giuridica.

La Cassazione, con le Sezioni Unite Gubert, aveva aperto alla confisca diretta dei beni dell'ente che avesse tratto vantaggio dal compimento di un illecito fiscale, anticipando i recenti interventi di innovazione normativa.

Con l'attuazione della direttiva PIF nell'ordinamento italiano molti degli illeciti tributari previsti dal d.lgs. 74/2000 sono entrati a far parte del catalogo dei reati presupposto del d.lgs. 231/2001 (nuovo art. 25 quinquiesdecies). Per queste fattispecie sarà, dunque, possibile ricorrere alle forme di confisca diretta e per equivalente previste dall'art. 19 d.lgs. 231/2001.

I recenti interventi di innovazione legislativa hanno, inoltre, messo in discussione i rapporti tra "decreto 231" e reati tributari sotto il profilo del rispetto del *ne bis in idem*: ci si è interrogati sulla necessità di modificare le disposizioni contenute nell'art. 19 d.lgs. 74/2000 al fine di evitare sovrapposizioni sanzionatorie ai danni dell'ente.

Questo contributo sarà inserito nel volume di prossima pubblicazione D. Castronuovo, C. Grandi, Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea.

**Sommario.** **1.** Le ipotesi di confisca all'interno del d.lgs. 231 del 2001. – **2.** Il cammino verso la Gubert: l'ampliamento del concetto di profitto confiscabile. – **2.1.** La sentenza Chabni. – **2.2.** La sentenza Miragliotta. – **2.3.** La sentenza Banca Italease. – **2.4.** Le sentenze Fisia Italimpianti e Riva FI.RE. – **3.** La sentenza Gubert. – **4.** Dopo la Gubert: le evoluzioni giurisprudenziali... – **5.** ... e la necessità di un intervento legislativo. – **5.1.** L'attuazione della direttiva PIF nell'ordinamento italiano. – **5.2.** Gli effetti del nuovo assetto normativo: il difficile rapporto tra i vari livelli sanzionatori in ambito tributario. – **5.3.** La confisca dei beni dell'ente: prospettive evolutive. – **5.4.** Luci e ombre sul nuovo decreto fiscale. – **6.** Considerazioni conclusive.

### 1. Le ipotesi di confisca all'interno del d.lgs. 231 del 2001.

La confisca costituisce un efficace strumento nel contrasto alla criminalità di impresa<sup>1</sup>. Nell'ambito della normativa in materia di responsabilità da reato dell'ente collettivo, il d.lgs. 231/2001 prevede, infatti, varie ipotesi di confisca dalle caratteristiche del tutto peculiari: al medesimo *nomen juris* sono collegate forme di ablazione patrimoniale aventi requisiti e modalità assai differenti fra loro.

Segnatamente, al quinto comma dell'art. 6 viene introdotta un'ipotesi di confisca del profitto che l'ente abbia tratto dal reato del tutto scollegata dal previo accertamento della responsabilità dell'ente stesso. Essa verrà comminata all'ente anche in assenza della c.d. *colpa d'organizzazione*<sup>2</sup>. Ci troviamo, quindi, innanzi ad uno strumento ripristinatorio del sistema economico<sup>3</sup>, privo di qualsivoglia istanza punitiva e, di conseguenza, non coperto dalle garanzie tipiche del diritto penale, al

cui ambito applicativo, proprio in ragione di tali peculiarità, si è cercato di porre alcuni argini in via interpretativa<sup>4</sup>. Anzitutto deve risultare uno stretto collegamento causale tra il reato e il bene confiscato (c.d. vincolo di pertinenzialità); inoltre la *quantum* del profitto confiscabile deve limitarsi unicamente all'indebita percezione<sup>5</sup>: sono escluse eventuali spese sostenute dall'ente per ottenere l'accrescimento patrimoniale illecito (c.d. principio del profitto netto o *Nettoprinzip*<sup>6</sup>).

Hanno, invece, funzione esplicitamente sanzionatoria le ipotesi di confisca previste dall'art. 19 d.lgs. 231/2001: esse sono infatti indicate dall'art. 9 tra le sanzioni amministrative del "decreto 231" assieme alle sanzioni pecuniarie, alle interdittive e alla pubblicazione della sentenza di condanna. Le ipotesi di ablazione patrimoniale contenute nell'art. 19 discendono dal previo accertamento di responsabilità dell'ente e, quindi, dalla sussistenza della colpa d'organizzazione. Da ultimo è bene

sottolineare che l'art. 19 prevede due differenti forme di confisca: diretta, al primo comma; per equivalente o di valore, al secondo comma.

Come noto, la disciplina sin qui ricordata trova applicazione unicamente nel caso in cui sia stata commessa una delle fattispecie incluse nel catalogo dei c.d. reati presupposto<sup>7</sup>.

Questa limitazione applicativa è emersa prepotentemente in ambito tributario: nonostante le esigenze di lotta all'evasione, le fattispecie fiscali non erano mai entrate a far parte del catalogo dei reati presupposto. Rispetto a queste ultime, quindi, risultava precluso il ricorso alle tipologie di confisca sin qui elencate, con un conseguente grave *vulnus* di tutela: era possibile agire unicamente nei confronti della persona fisica, mentre non vi era alcuna possibilità di attaccare i beni dell'ente che aveva tratto vantaggio dalla violazione tributaria, nonostante nella maggior parte dei casi il patrimonio dell'ente risultasse decisamente più capiente rispetto a quello della persona fisica.

Come spesso accade nel nostro ordinamento, il formante giurisprudenziale ha anticipato l'intervento del legislatore, che solo recentemente ha introdotto alcune fattispecie tributarie all'interno del "catalogo 231". Nel 2014, infatti, la Cassazione aveva innovato i concetti di profitto e di confisca nella materia penale tributaria con la notissima sentenza *Gubert*<sup>8</sup> che, per la prima volta, consentiva di aggredire – unicamente con lo strumento della confisca diretta (art. 240 co. 1 c.p.) – il patrimonio dell'ente che ha tratto vantaggio dal compimento del reato tributario.

Questa pronuncia non è una monade isolata, ma è frutto di un articolato lavoro interpretativo della giurisprudenza di legittimità, dei cui snodi essenziali nel prosieguo si cercherà di offrire una ricostruzione organica.

## 2. Il cammino verso la *Gubert*: l'ampliamento del concetto di profitto confiscabile.

Lo stesso concetto di "profitto" è stato oggetto di una lunga evoluzione ermeneutica dipanatasi attraverso numerose pronunce del giudice di legittimità, che possono essere considerate veri e propri *leading-case*. Molte di queste non si occupano di responsabilità da reato dell'ente collettivo o di reati tributari, ma pongono comunque le basi per i principi in seguito enunciati nella *Gubert*.

### 2.1. La sentenza *Chabni*.

La sentenza *Chabni* (1996)<sup>9</sup>, sebbene in materia di spaccio di sostanze stupefacenti (art. 73 DPR 309/1990), conserva tutt'ora piena rilevanza, in quanto offre le definizioni di *prodotto*, *prezzo* e, soprattutto, di *profitto* del reato. Vengono, quindi, posti i confini del *quantum* confiscabile.

Per *prezzo* del reato deve intendersi quanto corrisposto o promesso per indurre, istigare o determinare taluno a compiere un reato. Trattasi, quindi, di un fattore che incide sui motivi a delinquere.

Il *prodotto* è, invece, rappresentato dal risultato del reato, cioè dal ricavato che il colpevole ottiene attraverso la condotta delittuosa.

Infine, il *profitto* è individuato nel vantaggio economico ricavato dalla commissione del reato<sup>10</sup>. Venne così aperta la strada alla confiscabilità dei risparmi di spesa<sup>11</sup>, proprio l'aspetto che nella *Gubert* verrà ripreso ed applicato all'universo delle fattispecie tributarie. Si può, quindi, affermare che la definizione di profitto offerta dalla *Chabni* sia stata il punto di partenza per le numerose pronunce successive volte a dilatare progressivamente i confini applicativi della confisca diretta.

### 2.2. La sentenza *Miragliotta*.

Nel 2007, con la pronuncia *Miragliotta*<sup>12</sup>, la Cassazione ha allargato notevolmente le maglie del *quantum* confiscabile. In questa pronuncia, avente ad oggetto la confisca diretta di beni derivanti da un caso di concussione, il giudice di legittimità ha affermato – per la prima volta – la possibilità di procedere all'ablazione del *profitto indiretto*<sup>13</sup>. In altre parole, oltre ai beni direttamente appresi dall'autore a seguito del compimento del fatto di reato, tale pronuncia ha reso aggredibili anche quelli ottenuti dalla trasformazione del profitto diretto, purché questi ultimi siano causalmente connessi al fatto di reato<sup>14</sup>; nonostante l'apertura all'ablazione del profitto indiretto, non viene dunque in alcun modo incrinato il principio di pertinenzialità.

I principi della sentenza *Miragliotta*, in virtù della loro portata innovativa, non sono stati condivisi *in toto* dalla successiva giurisprudenza di Cassazione, che in molte pronunce (*ex multis* sentenza *Banca Italease*, di cui si darà conto nel prosieguo) ha messo in discussione la possibilità di procedere alla confisca di beni indirettamente appresi, riaffermando anzi la necessità di un collegamento diretto fra *quantum*

confiscabile e condotta delittuosa. I principi di diritto esposti nella *Miragliotta* hanno tuttavia trovato definitiva consacrazione proprio nella sentenza *Gubert*.

### 2.3. La sentenza Banca Italease.

Con la pronuncia *Banca Italease* del 2013<sup>15</sup> si torna nel perimetro del d.lgs. 231/2001. Il caso di specie riguarda, infatti, l'applicazione della confisca prevista all'art. 19 del medesimo decreto.

In tale frangente, il Giudice di legittimità definisce il profitto come “*il mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, la trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica*”.

Il riferimento all'attualità del profitto escluderebbe, quindi, il risparmio di spesa non ancora introitato. Questo principio verrà superato dalla *Gubert*, che, come vedremo più nel dettaglio in seguito, amplierà invece il concetto di risparmio comprendendovi anche eventuali vantaggi futuri.

Inoltre, il Giudice di legittimità, nella sentenza *Italease*, esclude dal concetto di profitto le eventuali utilità indirette da esso derivanti, limitando il *quantum* confiscabile a ciò che è stato direttamente appreso dal compimento del reato, in opposizione a quanto affermato nella pronuncia *Miragliotta*, che sembrava dunque destinata a restare isolata nel variegato panorama delle pronunce in tema di profitto.

### 2.4. Le sentenze Fisia Italimpianti e Riva FI.R.E.

Proseguendo nella rassegna delle vicende applicative dell'art. 19 d.lgs. 231 del 2001 si giunge alle pronunce del 2008 *Fisia Italimpianti*<sup>16</sup> e *Riva FI.R.E.*<sup>17</sup>. In queste sentenze, il Giudice di legittimità stabilisce ulteriori punti fermi nella definizione di profitto confiscabile.

Anzitutto, viene ribadito il criterio della pertinenzialità: si potranno confiscare unicamente beni che abbiano un collegamento causale con il reato, potendo tuttavia essere tale connessione anche di natura indiretta.

In quest'ottica possiamo, dunque, definire il profitto oggetto della confisca come qualsiasi vantaggio patrimoniale discendente direttamente o indirettamente dal reato, compresi eventuali risparmi di spesa. Quest'ultimo aspetto verrà poi ripreso, e in parte corretto, dalla *Gubert*.

Il punto rispetto al quale, invece, le sentenze *Riva FI.R.E.* e *Fisia Italimpianti* non collimano riguarda il calcolo del *quantum* confiscabile, in virtù dell'adozione di due diversi criteri di imputazione delle spese sostenute per ottenere il profitto. La *Fisia Italimpianti*, abbracciando il principio del profitto lordo (*Bruttoprincipio*<sup>18</sup>), ritiene che le eventuali spese lecitamente sostenute non debbano essere sottratte dal *quantum* confiscabile. La *Riva FI.R.E.*, invece, in un'ottica di maggior tutela del reo, scomputa le spese eventualmente sostenute per ottenere l'incremento patrimoniale illecito, limitando l'ablazione patrimoniale al solo profitto netto (*Nettoprincipio*).

Ove si accogliesse il principio del profitto netto, occorrerebbero alcune precisazioni in tema di “reato contratto” e “reati in contratto”<sup>19</sup>. Per questi ultimi dovranno essere scomputate le spese sostenute per eventuali prestazioni corrispettive lecite. Nel caso del reato contratto, data l'illiceità dell'intero rapporto obbligatorio, non si potrà, invece, procedere alla sottrazione delle spese sostenute per eventuali prestazioni corrispettive<sup>20</sup>.

### 3. La sentenza Gubert.

Nel 2014, le Sezioni Unite si sono trovate a risolvere un annoso contrasto giurisprudenziale<sup>21</sup>. Da un lato, infatti, permaneva l'orientamento, all'epoca maggioritario (e ribadito anche nella sentenza *Unicredit*<sup>22</sup>), che negava qualsiasi ablazione patrimoniale dei beni dell'ente che avesse tratto vantaggio dal compimento di un delitto fiscale, salvo che la persona giuridica non fosse stata costituita allo scopo di schermare l'attività delittuosa della persona fisica<sup>23</sup>. Dall'altro, nella pronuncia *Burlando*<sup>24</sup>, il giudice di legittimità aveva consentito il sequestro e la confisca e dei beni dell'ente che aveva tratto vantaggio dal compimento del *reato tributario da parte del legale rappresentante*<sup>25</sup>.

La Corte di Cassazione con la sentenza *Gubert* risolve questo contrasto, creando una prima saldataura – almeno a livello di formante giurisprudenziale – tra responsabilità da reato dell'ente collettivo e fattispecie tributarie. In questa pronuncia, infatti, il Giudice di legittimità afferma la possibilità di procedere alla confisca diretta ex art. 240 co. 1 c.p. dei beni dell'ente nel cui interesse è stato commesso il reato tributario (nel caso di specie si trattava dell'art. 10 *ter* del d.lgs. 74/2000, omissivo versamento dell'imposta sul valore aggiunto)<sup>26</sup>. Ciò, nonostante

la perdurante assenza di un intervento legislativo volto all'inserimento delle fattispecie tributarie all'interno del "catalogo 231" e i limiti da essa derivanti: continuavano, infatti, a non essere applicabili le ipotesi di ablazione patrimoniale diretta e per equivalente previste dal d.lgs. 231/2001, come ad esempio quelle previste dai già rievocati artt. 6 e 19.

La sentenza in esame torna anche sul concetto di profitto confiscabile, ammettendo che esso possa essere costituito dal risparmio di spesa, anche futuro, derivante dalla commissione del reato. Si supera quindi il requisito, sancito dalla pronuncia *Banca Italease*, della necessaria attualità del profitto.

La *Gubert*, inoltre, conferma il principio di pertinenzialità, divenuto ormai un vero e proprio baluardo nell'evoluzione giurisprudenziale del concetto di profitto. In aggiunta, viene ribadita la possibilità di procedere alla confisca di quanto indirettamente appreso dal compimento del reato, in conformità con i principi enunciati nella *Miragliotta*<sup>27</sup>. Soffermandoci sulla tipologia di confisca ammessa, la *Gubert* limita l'uso dello strumento di ablazione patrimoniale nel caso di specie alla sua forma diretta. Eventuali aperture a forme di confisca per equivalente, a parer della Cassazione, avrebbero comportato una violazione del principio di legalità: in questa pronuncia, infatti, viene ribadita la natura sanzionatoria delle forme di ablazione patrimoniale di valore<sup>28</sup>. Per tale ragione, una sentenza che avesse consentito la confisca per equivalente dei beni dell'ente macchiatosi di un illecito tributario avrebbe rappresentato una violazione del divieto di analogia in *malam partem*<sup>29</sup>.

Tuttavia, non si possono sottacere le problematiche derivanti dalla confisca avente ad oggetto utilità fungibili: ove il profitto sia costituito da beni di tale natura la distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente risulterà oltremodo difficile. Quindi, nonostante l'adesione esplicita all'opzione interpretativa più garantista, la decisione *Gubert*, seppure in via implicita, apre ad ogni tipo di confisca, almeno nelle ipotesi di beni fungibili.

In conclusione, possiamo affermare che con la sentenza *Gubert* si è consentita la confisca dei beni dell'ente anche in ambito penale tributario, ben prima che le recenti riforme legislative introducessero alcune fattispecie fiscali all'interno del catalogo dei reati presupposto. Tale intervento giurisprudenziale affonda evidentemente le radici

nell'esigenza di disporre di strumenti più efficaci per la lotta all'evasione fiscale. L'esclusione delle fattispecie tributarie dal catalogo dei reati presupposto è sempre stata oggetto di critiche in quanto limitava fortemente il campo di azione in prospettiva preventiva: il patrimonio della persona fisica poteva risultare meno capiente rispetto a quello dell'ente che aveva tratto vantaggio dal compimento del reato, con conseguente frustrazione dell'esigenza pubblica di reintegrazione delle perdite derivanti dai fenomeni evasivi<sup>30</sup>.

#### 4. Dopo la *Gubert*: le evoluzioni giurisprudenziali...

I principi *Gubert* sono stati in gran parte confermati dalle pronunce successive<sup>31</sup>: salvo alcuni aspetti secondari, la Cassazione ha riaffermato la possibilità di procedere alla confisca diretta dei beni dell'ente nel cui interesse/vantaggio è stato compiuto il reato tributario.

Nell'ulteriore intervento delle Sezioni Unite *Lucci* (2015)<sup>32</sup>, anch'esse aventi ad oggetto le fattispecie tributarie del d.lgs. 74/2000, viene ribadita la possibilità della confisca diretta dei beni dell'ente nel cui interesse/vantaggio si è commesso il reato fiscale, nonostante quest'ultimo non sia incluso nel catalogo dei reati presupposto del "decreto 231". Tuttavia, la *Lucci*, diversamente dalla *Gubert*, esplicita le difficoltà di distinguere la confisca diretta da quella per equivalente in relazione ai beni fungibili, ammettendo unicamente la confisca diretta. Infatti l'eventuale ricorso alle forme di ablazione patrimoniale di valore avrebbe costituito un grave vulnus al principio di irretroattività e al divieto di analogia in *malam partem*, data la natura sanzionatoria della confisca per equivalente. Sotto questo profilo la *Lucci* riprende le argomentazioni svolte sia nella *Gubert*, sia nella precedente pronuncia *Adami*<sup>33</sup>, che ha sancito la natura eminentemente sanzionatoria di questa tipologia di confisca. In particolare, quest'ultima pronuncia, occupandosi delle forme di ablazione patrimoniale per equivalente previste dal d.lgs. 74/2000, ne ha affermato il carattere sanzionatorio, escludendone l'applicazione retroattiva ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore; questo ragionamento è peraltro facilmente estendibile ad eventuali forme di confisca per equivalente dei beni dell'ente in relazione agli illeciti tributari. In conclusione, nonostante le dovute precisazioni in materia di

confisca per equivalente, la *Lucci* conferma i principi *Gubert*.

Infine, la recente sentenza *Mantova Petroli* (2019)<sup>34</sup>, pur occupandosi della legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare il sequestro finalizzato alla confisca dei beni, affronta incidentalmente anche le questioni relative alla confiscabilità dei beni dell'ente. Più precisamente, viene richiamato e confermato l'intero impianto motivazionale della *Gubert*, i cui principi sembravano dunque essere riaffermati quali capisaldi nella giurisprudenza della Cassazione.

Ciononostante, non sono pure mancate sentenze volte a prendere le distanze dai principi *Gubert*, seppure limitatamente ad alcuni aspetti specifici, come ad esempio i confini applicativi della confisca dei beni dell'ente.

In estrema sintesi, si possono ricordare le seguenti pronunce:

- sentenza *Ber Banca* (2014)<sup>35</sup>: pur rimanendo nel solco tracciato dalla *Gubert*, la Seconda Sezione rafforza il collegamento causale tra i beni oggetto della confisca e il reato commesso, riducendo la zona grigia tra ablazione patrimoniale diretta e per equivalente<sup>36</sup>;

- sentenza *Barletta* (2018)<sup>37</sup>: in controtendenza con la *Gubert*, in questa più recente pronuncia della Terza Sezione, il giudice di legittimità ridisegna i confini del concetto di profitto, escludendo il risparmio di spesa dalle ipotesi di confisca diretta, pur non mettendo in discussione la possibilità di procedere nei confronti dei beni dell'ente<sup>38</sup>. Un siffatto ragionamento limiterebbe fortemente il campo di azione della confisca in ambito tributario, ove per la struttura delle fattispecie coinvolte il profitto è spesso rappresentato dal risparmio di spesa (pensiamo all'omesso versamento e agli illeciti dichiarativi). Va però precisato come questo orientamento non abbia avuto fortuna nelle successive pronunce, le quali, invece, hanno continuato ad ampliare il perimetro del *quantum* confiscabile: si pensi alla già citata *Mantova Petroli*, che dà per assodati i principi *Gubert*, confermando lo stretto rapporto tra profitto e risparmio di spesa.

In definitiva, si può affermare che, nonostante i contrasti giurisprudenziali poc'anzi evidenziati, la *Gubert* ha dato origine ad un orientamento nettamente maggioritario volto a consentire per via ermeneutica la confisca dei beni dell'ente anche in ambito tributario, – seppur in forma unicamente

diretta. Solo i recenti interventi legislativi, però, hanno reso stabile il collegamento tra d.lgs. 231/2001 e d.lgs. 74/2000 aprendo anche alle forme di ablazione patrimoniale per equivalente.

### 5. ... e la necessità di un intervento legislativo.

Le pronunce del giudice di legittimità – dettate dalla necessità di rafforzare la lotta al fenomeno evasivo – hanno dunque anticipato il recente intervento legislativo rappresentato dal nuovo decreto fiscale (d.l. 124 del 2019) dalla relativa legge di conversione (l. 157 del 2019). Tuttavia, simili interventi di “politica criminale giudiziale” generano non pochi dubbi sotto il profilo del rispetto dei principi di legalità e certezza del diritto, oltre a non garantire gli stessi benefici di un intervento legislativo (si pensi alla perdurante impossibilità di ricorrere alla confisca di valore).

Inoltre, nonostante la giurisprudenza successiva avesse in gran parte confermato i principi *Gubert*, il difficile rapporto tra responsabilità da reato dell'ente collettivo e fattispecie tributarie restava privo di regolamentazione organica. Da più parti si invocava una riforma complessiva: a livello nazionale vanno ricordati i progetti di riforma del d.lgs. 231/2001 ad opera della Commissione Greco<sup>39</sup>; a livello europeo, invece, è stata la direttiva PIF (2017/1371/UE), adottata per sostituire l'ormai superata Convenzione omonima del 1995<sup>40</sup>, a imporre un cambio di passo. In particolare, il rafforzamento della tutela degli interessi finanziari dell'Unione veniva avvertito a livello eurounitario come esigenza indifferibile, viepiù a seguito alla “saga Taricco”, che aveva certificato le pecche della legislazione interna, seppur derivanti in buona parte dal regime della prescrizione<sup>41</sup>.

La direttiva PIF, infatti, agli artt. 6 e 9, ha introdotto un'ipotesi di responsabilità da reato per l'ente collettivo<sup>42</sup> che si sia reso protagonista di una frode IVA avente carattere grave (ovvero, quando l'importo del danno sia superiore a dieci milioni di euro e il fatto abbia carattere transnazionale). Curiosamente, l'art. 9 non esita a qualificare questo genere di responsabilità come *penale*, in parziale contrasto con la giurisprudenza nazionale in materia<sup>43</sup>.

Ci si è dunque nuovamente trovati innanzi ad obblighi di criminalizzazione di matrice europea la cui attuazione richiedeva l'ulteriore implementazione del catalogo dei reati presupposto del “decreto 231”, sulla falsariga di quanto accaduto, nella materia ambientale, con la trasposizione della direttiva

2008/99/CE: in altre parole, per dare corretta attuazione alla normativa UE, il legislatore interno era chiamato ad inserire, entro la scadenza dei termini di attuazione della direttiva PIF, alcune fattispecie tributarie all'interno del "catalogo 231", almeno quelle necessarie a perseguire l'ente nel cui interesse fossero state commesse frodi IVA "gravi", secondo la nozione eurounitaria.

### 5.1. L'attuazione della direttiva PIF nell'ordinamento italiano.

L'attuazione della direttiva PIF nel nostro ordinamento si è rivelata piuttosto travagliata e frammentaria.

Anziché provvedere ad una trasposizione unitaria, attraverso il meccanismo della delegazione europea<sup>44</sup> - nello specifico con la legge 117 del 4 ottobre 2019 (Legge di delegazione europea 2018) - il nostro legislatore ha seguito un percorso più tortuoso<sup>45</sup>: dapprima si è provveduto solo in parte con il c.d. decreto fiscale (d.l. 124/2019) e la relativa legge di conversione (l. 157/2019), per poi completare l'opera con il d.lgs. 75/2020, adottato proprio in attuazione della delega conferita dalla citata legge 117/2019. Il mancato adempimento tempestivo dei nuovi obblighi in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione - dato che il termine di trasposizione della PIF era ormai spirato<sup>46</sup> - ha così esposto il nostro Paese al rischio di eventuali procedure di infrazione.

Quanto alla "prima *tranche*" di attuazione della direttiva PIF, l'art. 39 del d.l. 124/2019 ha introdotto nel d.lgs. 231/2001 il nuovo art. 25 *quinquiesdecies*, la cui formulazione originaria aggiungeva al catalogo dei reati presupposto unicamente le fattispecie di cui all'art. 2 del d.lgs. 74/2000. Questa opzione non avrebbe tuttavia *attuato* fedelmente la direttiva PIF, i cui obblighi di criminalizzazione si estendono ben oltre le sole dichiarazioni fraudolente mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti<sup>47</sup>. Questa carenza è stata in parte colmata dalla legge di conversione n. 157/2019, la quale ha notevolmente incrementato il numero di fattispecie tributarie contenute nell'art. 25 *quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001.

Più precisamente, sono entrate a far parte del catalogo dei reati presupposto i seguenti delitti previsti dal d.lgs. 74/2000:

- dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2);

- dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3);

- emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8);

- occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10);

- sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11).

L'attuazione della direttiva è poi stata completata dal d.lgs. 75/2020 con l'aggiunta del comma 1 *bis* dell'art. 25 *quinquiesdecies*, che ha ampliato ulteriormente il "catalogo 231", prevedendo un'ipotesi di responsabilità della persona giuridica per infedele dichiarazione (art. 4 d.lgs. 74/2000), omessa dichiarazione (art. 5) e indebita compensazione (art. 10 *quater*) per le sole frodi IVA gravi, in stretta aderenza al dettato normativo eurounitario<sup>48</sup>.

Al contrario, la tutela offerta dal legislatore italiano per le fattispecie introdotte dalla l. 157/2019 è più ampia rispetto a quella richiesta dalla direttiva 2017/1371/UE, in quanto non limitata ai fenomeni evasivi aventi ad oggetto frodi IVA gravi: la responsabilità da reato dell'ente ricorre infatti anche nel caso in cui i delitti fiscali abbiano ad oggetto tributi a carattere unicamente nazionale (es. IRPEF)<sup>49</sup>; per di più, una volta superate le soglie di punibilità dettate dal d.lgs. 74/2000 - peraltro non particolarmente elevate se confrontate con quella della direttiva PIF - non sussistono ulteriori limitazioni quantitative rispetto all'applicazione del d.lgs. 231/2001<sup>50</sup>.

Si tratta di un'ulteriore conferma del fatto che tra gli obiettivi dell'apertura del "catalogo 231" alle fattispecie tributarie figurava non solo l'attuazione della normativa UE, ma anche il rafforzamento della lotta alla piaga dell'evasione fiscale sempre più frequentemente riconducibile all'attività delle imprese, le quali sono perseguibili unicamente attraverso le forme di responsabilità previste dal d.lgs. 231 del 2001<sup>51</sup>.

### 5.2. Gli effetti del nuovo assetto normativo: il difficile rapporto tra i vari livelli sanzionatori in ambito tributario.

Il nuovo art. 25 *quinquiesdecies* crea un primo (e lungamente atteso) punto di "contatto" a livello legislativo tra responsabilità da reato dell'ente collettivo e d.lgs. 74/2000 (in precedenza, come visto, ricostruito soltanto in via giurisprudenziale).



Evoluzioni normative così rilevanti portano quasi sempre con sé alcune problematiche applicative: il nuovo decreto fiscale non fa eccezione a questa regola.

Nello specifico, il primo *punctum pruriens* è rappresentato dall'art. 19 del d.lgs. 74/2000 che regola la convivenza tra le sanzioni destinate alla persona fisica e quelle riservate all'ente<sup>52</sup>. Questa disposizione prevede un doppio binario sanzionatorio: all'ente che si sia reso protagonista di una violazione in materia penale tributaria si applicheranno le sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 472/1997<sup>53</sup>, mentre alla persona fisica verranno irrogate le pene previste dal d.lgs. 74/2000. Nel nuovo panorama normativo, l'art. 19 andrebbe però rivisto: all'ente, infatti, si applicano sia le sanzioni amministrative previste dal decreto legislativo del 1997, sia quelle previste dal d.lgs. 231/2001.

Prima di approfondire questi aspetti problematici, è necessaria una premessa metodologica: chi scrive ritiene che la responsabilità derivante dal “decreto 231” debba essere ricondotta all'interno del perimetro della materia penale<sup>54</sup>. Ciò risulta, peraltro, maggiormente coerente con quanto richiesto dalla direttiva PIF e con le pronunce della Corte di Lussemburgo, di cui si darà conto nel prosieguo. Tanto premesso, resta da interrogarsi sulla natura sostanziale delle sanzioni amministrative contenute nel d.lgs. 472/1997. Nell'ordinamento italiano il diritto sanzionatorio in materia tributaria è, infatti, da sempre caratterizzato da un doppio binario (amministrativo e penale), che più volte ha sollecitato l'intervento della giurisprudenza sovranazionale<sup>55</sup>.

Nelle cause riunite *Orsi-Baldetti*<sup>56</sup> la Corte di Giustizia UE dapprima, in applicazione dei criteri *Engel*<sup>57</sup> ha optato per la natura sostanzialmente penale delle sanzioni, formalmente amministrative, previste dal d.lgs. 472/1997, per poi addentrarsi nell'analisi dell'eventuali violazioni del divieto di *bis in idem* – previsto nell'ordinamento eurounitario dall'art. 50 della Carta di Nizza – discendenti dalle già citate disposizione dell'art. 19 del d.lgs. 74/2000<sup>58</sup>. Nello specifico tale disciplina viene salvata poiché, nonostante preveda l'applicazione di due sanzioni sostanzialmente penali per il medesimo fatto, esse si rivolgono a soggetti diversi: quelle formalmente amministrative all'ente, quelle formalmente penali alla persona fisica<sup>59</sup>. Le conclusioni raggiunte nella *Orsi-Baldetti* potrebbero tuttavia non attagliarsi più al nuovo contesto normativo: nei confronti dell'ente

verrebbero infatti comminate per il medesimo fatto di reato – purché questo risulti incluso tra le fattispecie tributarie contenute all'interno dell'art. 25 *quinquiesdecies* – sia le sanzioni amministrative contenute nel d.lgs. 472/1997, sia quelle contenute nel d.lgs. 231/2001, con conseguente violazione del divieto di *bis in idem*.

Sul punto è intervenuto anche l'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione con la relazione relativa alle novità introdotte dal decreto fiscale. La quale, sulla scorta dell'elaborazione della Corte EDU nella sentenza *Nykanen c. Finlandia*<sup>60</sup>, ritiene non vi siano violazioni del divieto di *bis in idem*. Nella relazione, in particolare, si sostiene che le due tipologie sanzionatorie anzidette potrebbero convivere in quanto:

- presentano una connessione sostanziale e temporale adeguatamente stretta: in materia fiscale il procedimento amministrativo e quello penale sono saldamente connessi tra loro;
  - perseguono scopi diversi: la sanzione amministrativa è volta al recupero del quantum evaso, mentre quella penale ha funzione propriamente afflittiva;
  - in ambito tributario la duplicazione sanzionatoria è prevedibile dall'agente;
  - il loro cumulo non è eccessivamente afflittivo.
- Quest'ultimo parametro, però, dovrà di volta in volta essere verificato dal giudice competente, come già affermato dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza *Menci*<sup>61</sup>.

Molte di queste argomentazioni tuttavia non convincono. Anzitutto se riteniamo che le sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 472/1997 abbiano natura penale, risulterà difficile affermare la differenza di funzioni tra i due sistemi sanzionatori; non sempre, inoltre, sussiste consequenzialità tra i due procedimenti; infine si lascia troppo spazio alla discrezionalità dell'organo giudicante per quanto riguarda la valutazione sul livello di afflittività, aprendo la strada a rischiose disparità di trattamento.

All'esito di quanto sin qui esposto, è chiaro che, nonostante le rassicurazioni offerte dall'Ufficio del massimario, permangano rischi di violazione del *ne bis in idem* con riguardo all'art. 19 d.lgs. 74/2000. Bisognerà, dunque, interrogarsi sulle future intenzioni del nostro legislatore e in particolare se ci sia la volontà di modificare questa disposizione per

attenuare il rischio di violazione del principio del *ne bis idem*.

### 5.3. La confisca dei beni dell'ente: prospettive evolutive.

L'introduzione delle fattispecie fiscali nell'elenco dei reati presupposto ha enorme rilievo anche sul piano della individuazione dei beni confiscabili, fino a consentire il superamento dei principi *Gubert*. Il nuovo art. 25 *quinquiesdecies* apre, infatti, la strada a nuove forme di confisca dei beni dell'ente, prima fra tutte quella prevista dall'art. 19 d.lgs. 231/2001, rendendo dunque superflue le pregresse ricostruzioni innovative della Cassazione volte a facilitare la lotta contro la criminalità di impresa in ambito fiscale, pur in assenza di un appiglio normativo. Oggi, infatti, a seguito del processo di attuazione della direttiva PIF, numerose fattispecie tributarie sono entrate a far parte del catalogo dei reati presupposto del "decreto 231". A queste si potrà, dunque, applicare sia l'intera disciplina delle confische (diretta e per equivalente) previste dall'art. 19 d.lgs. 231/2001, sia le disposizioni in materia di sequestro preventivo previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 53 del medesimo decreto<sup>62</sup>.

Per le fattispecie incluse nel d.lgs. 231/2001 sono, quindi, superati i principi *Gubert* e per la prima volta si apre alla confisca di valore, sebbene, come ricordato in precedenza<sup>63</sup>, la giurisprudenza di Cassazione avesse già consentito – seppur implicitamente – l'ablazione patrimoniale di valore, almeno con riguardo ai beni fungibili<sup>64</sup>. I recenti interventi normativi sembrano quindi finalmente rispondere alle critiche in termini di certezza del diritto e divieto di analogia in *malam partem* che erano state mosse nei confronti della giurisprudenza di Cassazione in materia di confiscabilità dei beni dell'ente (*Gubert* e *Lucci in primis*).

Inoltre, la previsione di una responsabilità da reato dell'ente collettivo per i reati tributari contenuti nel nuovo art. 25 *quinquiesdecies* consente di ricorrere al sequestro obbligatorio finalizzato alla confisca nei confronti dell'ente che si sia reso protagonista di uno di questi delitti<sup>65</sup>.

Non trovano, invece, applicazione in ambito di responsabilità da reato dell'ente collettivo le disposizioni di cui all' art. 12 *ter* d.lgs. 74/2000, anch'esse introdotte dal decreto fiscale e volte all'estensione del campo di applicazione della confisca allargata alle fattispecie tributarie. La

Cassazione ha, infatti, escluso l'applicabilità di questa tipologia di ablazione patrimoniale al "decreto 231", ritenendo che il legislatore, con l'art. 19 d.lgs. 231/2001, abbia previsto un'ipotesi specifica riservata agli enti e che per tale ragione non dovesse procedersi ad un'estensione in via interpretativa del campo di applicazione dell'art. 240 *bis* c.p. Le due ipotesi di confisca, nonostante il medesimo *nomen juris*, hanno peraltro natura e caratteristiche differenti<sup>66</sup>. La confisca allargata è stata classificata dal giudice di legittimità come misura di sicurezza, sebbene del tutto peculiare<sup>67</sup>, mentre la confisca di cui all'art. 19 d.lgs. 231/2001 ha natura apertamente sanzionatoria<sup>68</sup>.

Non tutti i delitti fiscali sono però entrati a far parte del "catalogo 231". In particolare, nonostante le ultimissime aggiunte (d.lgs. 75/2020), restano al di fuori del perimetro della responsabilità degli enti le fattispecie di omesso versamento (art. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2020)<sup>69</sup>. Per queste ultime i principi *Gubert* potrebbero essere ancora attuali ed efficaci. Tuttavia, sono necessarie alcune precisazioni: il nostro legislatore sembra aver fatto delle scelte precise nella selezione delle fattispecie da inserire nel "catalogo 231". Se nell'attuale panorama normativo il giudice di legittimità si rifacesse al principio espresso dal brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*<sup>70</sup>, difficilmente potrebbe utilizzare il formante giurisprudenziale per estendere l'istituto delle ablazioni patrimoniali ai beni dell'ente che abbia tratto vantaggio dal compimento di uno dei reati previsti dagli articoli 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 74/2000. Senza dimenticare i rischi sotto il profilo della certezza del diritto e di prevedibilità che una tale interpretazione giurisprudenziale<sup>71</sup> potrebbe creare. Dunque, il mutato panorama normativo, unito all'assenza di una piena vincolatività del precedente tipica degli ordinamenti di *civil law* come il nostro, possono mettere in discussione i principi affermati dalle sentenze *Gubert* e *Lucci*. Tralasciando il diverso livello di tutela offerto dalla giurisprudenza di legittimità, che, diversamente dall'art. 19 co. 2 d.lgs. 231/2001 non ha mai esteso, almeno esplicitamente, l'applicazione della confisca di valore per ovvie ragioni legate al divieto di analogia in *malam partem*.

Si può, quindi, affermare che la recente operazione di innovazione normativa ha aperto nuovi scenari anche per le fattispecie tributarie escluse dal "catalogo 231", data l'imprevedibilità delle eventuali

prossime pronunce giurisprudenziali relative alla confiscabilità dei beni dell'ente.

#### 5.4. Luci e ombre sul nuovo decreto fiscale.

Se in materia di confisca sono evidenti i benefici apportati dal nuovo decreto fiscale, per quanto riguarda sia la certezza del diritto, sia l'efficacia della lotta all'evasione fiscale, in altri ambiti il d.l. 124/2019 risulta carente e a tratti problematico. Oltre ai già citati problemi derivanti dal rischio di violazione del divieto di *bis in idem* e da una certa disomogeneità degli interventi di innovazione normativa, il decreto fiscale pone alcuni interrogativi in materia di diritto intertemporale e di rispetto del dettato costituzionale nell'ambito della decretazione d'urgenza.

Nello specifico è interessante notare come il d.l. 124/2019 subordinasse l'entrata in vigore delle disposizioni contenute ai commi 1 e 2 dell'art. 39 (contenenti le "modifiche della disciplina penale e della responsabilità amministrativa degli enti")<sup>72</sup> all'adozione della legge di conversione, in palese contrasto con il requisito dell'urgenza richiesto dall'art. 77 della nostra Costituzione.

Non va tuttavia sottaciuto come la giurisprudenza costituzionale sulla compatibilità tra decretazione d'urgenza e posticipazione dell'entrata in vigore del decreto legge non sia del tutto univoca. Alcune sentenze<sup>73</sup>, infatti, hanno ammesso tale prassi, sostenendo che il requisito dell'urgenza non postulasse indefettibilmente l'immediata applicazione di tutte le disposizioni contenute all'interno del decreto legge<sup>74</sup>. In almeno un'altra circostanza<sup>75</sup>, invece, la Consulta ritenne la medesima prassi legislativa non conforme con i requisiti della decretazione d'urgenza; impostazione peraltro già seguita dalla legge 400 del 1988 (Disposizioni sulla disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) che all'articolo 15 comma 3 afferma l'immediata applicazione di tutte le disposizioni contenute nei decreti legge, proprio in ragione del requisito dell'urgenza.

Sempre in prospettiva costituzionale, ulteriori perplessità desta pure la disomogeneità tra il contenuto del decreto legge e quello della relativa normativa di conversione. Si pensi al cospicuo aumento dei reati contenuti nell'art. 25 *quinquiesdecies* disposto dalla l. 157/2019 rispetto al testo del d.l. 124/2019. Anche questa prassi venne

per vero ammessa dal Giudice delle leggi, il quale, nella sentenza n. 22 del 2012, ha aperto alla possibilità di effettuare modifiche, anche rilevanti, in sede di conversione<sup>76</sup>. Ciononostante, l'aumento progressivo e frammentario dell'elenco in oggetto avvalorava i dubbi sulla sussistenza dei requisiti di necessità e di urgenza costituzionalmente imposti per ricorrere alla decretazione d'urgenza.

#### 6. Considerazioni conclusive.

Le recenti evoluzioni normative hanno mutato il panorama dei rapporti tra responsabilità da reato dell'ente collettivo e reati tributari. L'attuazione della direttiva PIF ha assorbito e superato le ricostruzioni interpretative condensate nella giurisprudenza *Gubert* in materia di confiscabilità, con un notevole incremento degli strumenti utilizzabili nella lotta al fenomeno evasivo nel contesto della criminalità di impresa: soprattutto, il catalogo dei reati presupposto è stato arricchito delle fattispecie in materia tributaria, come ormai da anni si richiedeva a livello nazionale e internazionale.

Tuttavia, permangono zone d'ombra nel complesso rapporto tra il d.lgs. 231/2001 e il d.lgs. 74/2001: dal destino delle fattispecie escluse dal catalogo dei reati presupposto, al rischio di *bis in idem*.

I recenti interventi normativi aprono nuovi scenari sulla giurisprudenza di Cassazione in materia di confiscabilità dei beni dell'ente. Come anticipato, resta incerta la persistente applicabilità dei principi *Gubert*<sup>77</sup> ai delitti fiscali rimasti al di fuori del perimetro applicativo dal "decreto 231" (fattispecie di omesso versamento previste dagli art. 10 *bis* e *ter* del d.lgs. 74/2000). Il legislatore italiano ha infatti adottato una scelta precisa delle fattispecie tributarie a cui si applicheranno le forme di confisca previste dal d.lgs. 231/2001. Il panorama in cui erano nati i principi *Gubert* è, dunque, mutato e eventuali estensioni giurisprudenziali dell'area di applicazione della confisca dei beni dell'ente potrebbero risultare *contra legem*. La pronuncia *Gubert* sembrerebbe, quindi, superata sia per le fattispecie incluse nel "catalogo 231" che per quelle rimaste al di fuori dell'elenco.

Peraltro, anche nel caso in cui i principi *Gubert* venissero mantenuti al fine di estendere la confisca dei beni dell'ente alle fattispecie di omesso versamento, la tutela offerta dal formante giurisprudenziale sarebbe comunque inferiore rispetto a quella prevista dal d.lgs. 231/2001. Ai

delitti fiscali esclusi dal catalogo, infatti, non si potrà in ogni caso applicare la confisca di valore prevista dall'art. 19 co. 2 d.lgs. 231/2001, né si potrà ricorrere al sequestro previsto dall'art. 53 d.lgs. 231/2001, con un conseguente inferiore livello di tutela.

Non vanno poi dimenticati i rischi di *bis in idem* che – nonostante le rassicurazioni offerte dalla relazione dell'Ufficio del massimario<sup>78</sup> – ancora incombono sulla normativa italiana e che permarranno fintanto che il legislatore non interverrà sull'art. 19 d.lgs. 74/2000, evitando inutili (e dannose) sovrapposizioni sanzionatorie ai danni dell'ente.

Si può dunque ritenere che l'attuazione della direttiva PIF sia stata – almeno in parte – un'occasione persa per il nostro legislatore, il quale ancora una volta non ha saputo varare una riforma organica dei rapporti tra il sistema sanzionatorio fiscale e la disciplina della responsabilità da reato dell'ente collettivo.

**Marcello Tebaldi**

Dottorando di ricerca in diritto penale

<sup>1</sup> Per una panoramica sui profili sistematici della confisca in Italia si veda MARCENÒ, *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, in EPIDENDIO, VARRASO (cur.), *Codice delle Confische*, Torino, 2018, 4 ss.; CUPELLI, DE SANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita*, in MONTAGNA (cur.), *Sequestro e confisca*, Torino, 2017, 113 ss.; BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme*, in *DPC-Riv. trim.*, 1, 2018, 37 ss.; DIAMANTI, DEI CAS, BOLIS, *The National Framework – Italy*, in BERNARDI (cur.), ROSSI (coordinated by), *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, Napoli, 2019, 287 ss.

<sup>2</sup> Cfr. SCOLETTA, sub. art. 6 – *profili penalistici*, in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (cur.), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 162-163; PRESUTTI, BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti* (II edizione), Milano, 2018, 96 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 391 ss.; PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione in Resp. amm. società e enti*, 3, 2006, 186 ss.

<sup>3</sup> L'utilizzo di strumenti con funzione ripristinatoria e in generale le forme di giustizia riparativa sono assai comuni nell'ambito della criminalità di impresa. A tal proposito si veda DONINI, *Compliance, negoziabilità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in PALIERO, VIGANÒ, BASILE, GATTA (cur.), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, 571 ss.

<sup>4</sup> Cfr. EPIDENDIO, *Le confische nella legislazione sulla responsabilità degli enti e delle persone giuridiche* in EPIDENDIO, VARRASO (cur.), *Codice delle Confische*, cit., 959 ss.

<sup>5</sup> Così Cass. Pen., Sez. Unite, 38343, 24 aprile 2014, Imp. Espenhahn. Per un commento riferito alle statuizioni in tema di confisca di tale celebre sentenza, pronunciata nel caso *ThyssenKrupp*, v. EPIDENDIO, *Le confische nella legislazione sulla responsabilità degli enti*, cit., 965.

<sup>6</sup> Cfr. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *DPC-Riv. trim.*, 3-4, 2012, 67.

<sup>7</sup> Cfr., per tutti, CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale (seconda edizione)*, Bologna, 2017, p. 1007 ss.; VALLIANI, sub. art. 24, in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (cur.), *Compliance*, cit., 494-498; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 261 ss.

<sup>8</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 30 gennaio 2014, n. 10561, Imp. Gubert in *DPC*, 12 marzo 2014 con nota di TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e fiscali* e in *Arch. pen.*, 1, 2014 con nota di VITALE, *Le Sezioni unite sulla confisca per equivalente. Reati tributari e 231: una questione ancora irrisolta*. Si veda, inoltre, VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni inesprese delle Sezioni Unite in tema di sequestro*, cit., 2806 ss.; FONDAROLI, *“Essere o non essere?”: reati tributari, sequestro preventivo e confisca del profitto (di nuovo) al vaglio delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2, 2015, 698 ss.

<sup>9</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 3 luglio 1996, n. 9149, Imp. Chabni, in *Foro it.*, 120, No. 6 (giugno 1997) con nota di CARCANO, *Quando le sezioni unite non vogliono decidere. Una complessa motivazione per una decisione non risolutiva*, in *Cass. pen.*, 1997, 977 ss.

<sup>10</sup> Cfr. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni inesprese delle Sezioni Unite in tema di sequestro, confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 09/2014, 2812.

<sup>11</sup> Cfr. RUSSO, *Il senso del profitto: la confisca dei beni dell'ente per il reato tributari commesso dal legale rappresentante*, in *Arch. pen.*, 3, 2014, 19-20.

<sup>12</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 25 ottobre 2007, n. 10208, Imp. Miragliotta in *Foro it.*, Vol. 132, No. 4 (aprile 2009), 225-238 e in *Dir. pen. proc.*, 10, 2008, 1295 ss., con nota di LOTTINI, *La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p.*

<sup>13</sup> Cfr. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni inesprese*, cit., 2813.

<sup>14</sup> Cfr. MUCCIARELLI, PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsione ermeneutiche*, in *DPC-Riv. trim.*, 4, 2015, 4 ss.

- <sup>15</sup> Cass. Pen., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265, Imp. Banca Italease S.p.a. in *Cass. pen.*, 10, 2014 con nota di FUX, *Ulteriori precisazioni sui confini della nozione di profitto: è necessaria "l'eternalità"*. A tal proposito si veda anche SANTORIELLO, *Responsabilità degli enti. La S.C. riflette sulle nozioni di interesse e vantaggio*, in *Ilpenalista.it*, 20 dicembre 2018.
- <sup>16</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 27 marzo 2008, n. 26654, Imp. Fisia Italimpianti Spa, in *RIDPP*, 4, 2008, 1738 ss., con nota di MONGILLO, *La confisca dei beni dell'ente in cerca di identità: lui e ombre della recente sentenza delle Sezioni Unite*.
- <sup>17</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, Riva F.I.R.E. in *RIDPP*, 2, 2014, 988 ss., con nota di PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*. A tal proposito si veda anche RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in FOFFANI, CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp*, Bologna, 2015, 170 ss.
- <sup>18</sup> Per un approfondimento su *Bruttoprincipio* e *Nettoprincipio* nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione si veda MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *RIDPP*, 2, 2015, 716 ss.
- <sup>19</sup> Seguendo la nota ricostruzione dottrinale, il "reato contratto" ricorre quando la stipulazione del contratto integra in tutto o in parte la fattispecie criminosa (es. contratto di vendita di sostanze stupefacenti). Nel reato in contratto, invece, non assume rilevanza penale la stipula del contratto *ex se*, ma il comportamento di una delle parti in fase precontrattuale o in fase esecutiva (es. truffa contrattuale) In argomento v., fondamentalmente, LEONCINI, *Reato e Contratto. Nei loro reciproci rapporti*, Torino, 2006, 20 ss.
- <sup>20</sup> Cfr. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, cit., 58-59.
- <sup>21</sup> Cfr. TRINCHERA, *Confisca per equivalente di beni appartenenti alla società e reati tributari: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *DPC*, 12 dicembre 2013; CUOMO, *Problemi di giustizia penale: la confisca per equivalente del profitto*, in *Arch. pen.*, 1, 2014, 19.
- <sup>22</sup> Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256, Ric. p.m. in proc. Unicredit in *DPC*, 25 gennaio 2013 con nota di MAZZA, *Il caso Unicredit al vaglio della Cassazione: il patrimonio dell'ente non è confiscabile per equivalente in caso di reati tributari commessi dagli amministratori a vantaggio della società*.
- <sup>23</sup> Cfr. TROYER, CAVALLINI, *Reati tributari commessi dagli amministratori e confisca per equivalente dei beni societari: stop and go della giurisprudenza di legittimità. Nota a Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2012 (dep. 10 gennaio 2013), n. 1256, Pres. Mannino, Rel. Rosi in DPC*, 19 marzo 2013.
- <sup>24</sup> Cass. Pen., sez. III, 7 giugno 2011, n. 2873, ric. Società Cooperativa P.R. Burlando r.l., in *Giur. it.*, 2012, 669 ss.
- <sup>25</sup> Cfr. SANTORIELLO, *L'ablazione del profitto nei confronti di una società che si sia avvantaggiata di un reato fiscale commesso dal proprio legale rappresentante*, in *Ilpenalista.it*, 18 gennaio 2019.
- <sup>26</sup> Cfr. ACQUAROLI, *Crisi della legalità penale e ragione fiscale. Il caso paradigmatico della confisca per equivalente nei reati tributari*, in BORSARI (cur.), *Profili critici di diritto penale tributario*, 2013, Padova, 263 ss.
- <sup>27</sup> Cfr. SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, in *Cass. pen.*, 5, 2014, 1538 ss.
- <sup>28</sup> Cfr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 185; MUCCIARELLI, *Le confische nel Codice penale e nella legislazione speciale. I. Profili Generali*, in EPIDENDIO, VARRASO (cur.), *Codice delle confische*, cit., 126 ss.
- <sup>29</sup> Cfr. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari in RIDPP*, 4, 2015, 1692 ss.
- <sup>30</sup> Cfr. PERINI, *Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019*, in *Sist. pen.*, 3 dicembre 2019, 18; PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e dell'ente*, in *DPC-Riv. trim.*, 2, 2020, 218-220.
- <sup>31</sup> Cfr. KELLER, *Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza di pertinenzialità: la recente giurisprudenza di legittimità erige i primi fragili argini alle sentenze Gubert e Lucci*, in *DPC*, 6, 2019, 73 ss.
- <sup>32</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 21 luglio 2015, n. 31617, Imp. Lucci in *Arch. pen.*, 2015, 2, con nota di CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto del reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale" e TREGLIA, Brevi osservazioni su un istituto ancora alle prese con una inversa logica triadica ferma all'«antitesi»: la confisca "senza condanna"*.
- <sup>33</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 31 gennaio 2013, n. 18374, Ric. Adami in *DPC*, 12 maggio 2013, con nota di ROMEO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità all'associazione per delinquere*.
- <sup>34</sup> Cass. Pen., Sez. Unite, 26 settembre 2019, n. 45936, Ric. Curatela Fallimento Mantova Petroli S.r.l. in *Sist. pen.*, 3 dicembre 2019, con nota di GRISONICH, *Il cambio di rotta delle Sezioni Unite: riconosciuta la legittimazione del curatore a proporre l'istanza di revoca e le impugnazioni in materia cautelare reale*.
- <sup>35</sup> Cass. Pen., Sez. II., 28 marzo 2014, n.14600, ric. Ber Banca s.p.a. in *DeJure*, Archivio sentenze Cassazione Penale.
- <sup>36</sup> Cfr. MAZZOTTA, *Le misure patrimoniali* in SCARCELLA (cur.), *La disciplina penale in materia d'imposte dirette e I.V.A.*, Torino, 2019, 291 ss.
- <sup>37</sup> Cass. Pen., Sez. III, 27 febbraio 2018, n. 8995, Imp. Barletta in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4, con nota di DELLA VOLPE, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*.

<sup>38</sup> Cfr. KELLER, *Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza di pertinenzialità*, cit., 86 ss.

<sup>39</sup> Si pensi che la Commissione Greco (2013) aveva indicato i reati fiscali fra le fattispecie che dovevano essere inserite all'interno del catalogo dei reati presupposto. A tal proposito si veda la Relazione della Commissione Greco in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (sito del Ministero della Giustizia). Cfr., inoltre, SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, 1-2.

<sup>40</sup> Questo è un esempio del processo di rinnovazione parziale delle fonti penali europee a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona. Le vecchie convenzioni e decisioni quadro sono state sostituite da direttive adottate ai sensi dell'art. 83 comma 1 e 2 TFUE. A titolo meramente esemplificativo, si veda: SATZGER, *Legal effects of directives amending or repealing pre-Lisbon Framework Decisions*, in *NJECL*, 1, 2015, 528 ss.; SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'unione europea*, in *Cass. pen.*, 3/2010, 326 ss.

<sup>41</sup> Per approfondire la vicenda Taricco si rimanda *ex multis* a BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale* in BERNARDI (cur.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, VII ss.; BERNARDI, CUPELLI (cur.), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *DPC-Riv. trim.*, 2, 2018, 225 ss.

<sup>42</sup> Questa disposizione non risulta completamente originale: già il secondo protocollo della Convenzione PIF del 1995 prevedeva un'ipotesi di responsabilità da reato per l'ente che avesse tratto vantaggio dal compimento di una frode ai danni degli interessi finanziari delle Comunità europee. Questo protocollo non è mai stato trasposto nel nostro ordinamento, ma è parte di quel contesto normativo sovranazionale che ha portato il nostro legislatore a prevedere forme di responsabilità da reato per gli enti e ad adottare il d.lgs. 231/2001. A tal riguardo VENEGONI, *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 2018, 65 ss.

<sup>43</sup> Sul controverso inquadramento del "sistema 231, in ambito sia dottrinale, sia giurisprudenziale, si rimanda, in via esemplificativa, a CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale* (seconda edizione), Bologna, 2017, 999 ss.; TORRE, sub. art. 9, in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (cur.), *Compliance*, 363 ss.; DELSIGNORE, sub. art. 1, in VENEZIANI, GARUTI, CADOPPI (cur.), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 66 ss.

<sup>44</sup> Con questo atto, che come noto ha sostituito il meccanismo della "legge comunitaria", il Parlamento affida al Governo, a cadenza annuale il compito di adottare una serie di decreti legislativi volti all'attuazione delle fonti UE. A tal proposito si veda, in generale, ROSINI, *Legge di delegazione europea e legge europea. Contributo allo studio dell'attuazione del diritto dell'Unione europea nel più recente periodo*, Napoli, 2017, 49 ss.; ADAM, TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2015, 882 ss. In prospettiva penalistica, GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della "legge quadro" n. 234 del 2012*, in *DPC-Riv. trim.*, 2, 2013, 43 ss.

<sup>45</sup> Cfr. BASILE, *Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l'"evergreen" art. 316-ter c.p.*, in *DPC-Riv. trim.*, 3, 2020, 188 ss.

<sup>46</sup> La direttiva PIF poneva il 6 luglio 2019 quale data di scadenza per la sua trasposizione da parte dei singoli Stati membri.

<sup>47</sup> La direttiva PIF offre all'art. 3 lettera d) la seguente definizione tripartita di frode IVA: I) utilizzo o presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione/ II) mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto/ III) presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA.

<sup>48</sup> L'art. 5 del d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 modifica l'art. 25 *quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001, introducendo il nuovo comma 1-bis: "In relazione alla commissione dei delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, se commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: a) per il delitto di dichiarazione infedele previsto dall'articolo 4, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote; b) per il delitto di omessa dichiarazione previsto dall'articolo 5, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote; c) per il delitto di indebita compensazione previsto dall'articolo 10 -quater, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote". Sulle novità introdotte dal d.lgs. 75/2020 cfr. MEAZZA, *Il Governo approva il testo definitivo del decreto legislativo di attuazione della Direttiva PIF*, in *Giurisprudenza Penale*, 8 luglio 2020; 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 settembre 2020; mi si permetta infine il rimando a TEBALDI, *L'attuazione della direttiva PIF nell'ordinamento italiano. Le novità del d.lgs. 75/2020*, in *Diritto penale economia ed impresa*, 17 agosto 2020.

<sup>49</sup> Cfr. PERINI, *Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019*, cit., 16-17.

<sup>50</sup> Cfr. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Sist. Pen.*, 15 settembre 2020, 11 ss.

<sup>51</sup> Gli enti saranno tenuti a adottare modelli di organizzazione volti alla prevenzione del fenomeno evasivo di impresa. In particolare, i nuovi modelli dovranno effettuare una precisa analisi delle attività a rischio sotto il profilo delle violazioni

tributarie e adottare una serie di *best practices* e principi volti a minimizzare questo rischio. Particolare attenzione dovrà essere prestata, anche, ai soggetti con cui l'ente ha rapporti (es. fornitori), per evitare che queste relazioni siano l'occasione per dare origine a condotte evasive. A tal proposito PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e dell'ente*, cit., 220 ss.

<sup>52</sup> Cfr. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3, 2020, 226 ss.

<sup>53</sup> Per un approfondimento sul tema del sistema sanzionatorio fiscale del d.lgs. 472 del 1997 si veda DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 271 ss.

<sup>54</sup> In questo senso, *ex multis*, v. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 341 ss.; DE VERO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. 58 ss.

<sup>55</sup> Cfr. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs "illecito penale personale". Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs.158/2015*, Bologna, 2016, 14 ss.

<sup>56</sup> CGUE, sentenza 5 aprile 2017, Orsi (C-217/15) e Baldetti (C-350/15) in *DPC*, 4, 2017, con nota di SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, 333 ss.

<sup>57</sup> Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976. Con la giurisprudenza *Engel* si assegna a una sanzione natura penale in base ai seguenti criteri sostanziali: 1) la qualificazione giuridica data dall'ordinamento nazionale (il *nomen juris*); 2) la natura dell'illecito commesso; 3) l'effettiva afflittività della sanzione. Da ciò deriva la possibilità che sanzioni formalmente amministrative siano da considerare sostanzialmente penali. Per un approfondimento sul tema cfr. DONINI, FOFFANI (cur.), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 29 ss.; BUZZELLI, sub. art. 6 *Diritto a un equo processo* (§4), in UBERTIS, VIGANÒ (cur.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

<sup>58</sup> Cfr. A.M. DELL'OSSO, *Corsi e ricorsi nel diritto penaltributario: spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2020, 327 ss.

<sup>59</sup> Cfr. BASSO, VIGLIONE, *I nuovi reati tributari*, Torino, 2017, 228 ss. e BINDI, PISANESCHI, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 234 ss.

<sup>60</sup> Corte EDU, Quarta Sezione, sent. 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia, in *DPC*, 5 giugno 2014 con nota di DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*.

<sup>61</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci, in *DPC*, 3, 2018 con nota di GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *DPC*, 286 ss. Si veda, inoltre, FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione. Note a margine di Corte di Giustizia, cause 20 marzo 2018, Menci, Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca* in *DPC-Riv. trim.*, 3/2018, 124-126.

<sup>62</sup> Cfr. VARRASO, *Decreto fiscale e riforma dei reati tributari. Le implicazioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2020, 340 ss.; ID. *Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019*, in *Sist. pen.*, 8 settembre 2020, 9-11,

<sup>63</sup> *Supra*, § 3.

<sup>64</sup> Cfr. PERINI, *Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019*, cit., 18 ss.

<sup>65</sup> Cfr. VARRASO, *Decreto fiscale e riforma dei reati*, cit., 339 ss.

<sup>66</sup> Così Cass. Pen., Sez. II, 12 dicembre 2006, n. 3629, Ric. Ideal Standard Italia S.p.a. A tal proposito si veda BARAZZETTA, *La confisca allargata. Commento agli artt. 240 bis c.p., 578 bis c.p.p., 104 bis e 183 quater att. c.p.p.*, in EPIDENDIO, VARRASO (cur.), *Codice delle confische*, cit., 1035 ss.

<sup>67</sup> Non è questa la sede per disquisire sulla natura della confisca allargata, si rimanda quindi a MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 176 ss. e MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea* in tema di confisca in M. MONTAGNA (cur.), *Sequestro e Confisca*, Torino, 2017, 18 ss.

<sup>68</sup> Cfr. EPIDENDIO, *Le confische nella legislazione sulla responsabilità degli enti e delle persone giuridiche*, cit., 970 ss.; EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Milano, 2011, 395 ss.; DI VETTA, sub. art. 19 in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (cur.), *Compliance*, 445 ss.

<sup>69</sup> Cfr. DELL'OSSO, *Corsi e ricorsi nel diritto penaltributario*, cit., 328.

<sup>70</sup> Cfr. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia ermeneutica*, in *Cass. Pen.*, 6, 2018, 2222 ss.

<sup>71</sup> Cfr. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPC-Riv. trim.*, 3, 2016, 13 ss.

<sup>72</sup> Così recita l'art. 39 co.3: "Le disposizioni di cui ai commi 1 a 2 hanno efficacia dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del presente decreto".

<sup>73</sup> Corte Cost. sent. n. 16 e n. 170 del 2017.



<sup>74</sup> Cfr. FINOCCHIARO, *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. n. 124/2019)*, in *Sist. pen.*, 18 novembre 2019.

<sup>75</sup> Corte Cost. sent. n. 220 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 3242 ss. con commento di MACCABIANI, *Limiti logici (ancor prima che giuridici) nella decretazione d'urgenza nella sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013*.

<sup>76</sup> Cfr. A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti XVII. Studi dell'anno 2013*, Torino, 2014, 459 ss.

<sup>77</sup> *Supra*, § 5.3.

<sup>78</sup> *Supra*, § 5.1.



## Le intercettazioni del parlamentare e la competenza funzionale del Giudice per le indagini preliminari a formulare la richiesta di autorizzazione alla Camera.

di **B. Andò**

Il contributo affronta un tema sempre attuale, ma che potrebbe destare ancora più interesse alla luce della recente riforma delle modalità esecutive delle intercettazioni di comunicazioni, ossia quello delle intercettazioni del parlamentare, istituto processuale che ha coinvolto tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, soprattutto costituzionale ma anche di legittimità.

Il punto più nevralgico della disciplina è senza dubbio quello della dicotomia, all'interno delle intercettazioni non disposte in via diretta nei confronti del parlamentare, tra quelle indirette e quelle casuali, ossia tra quelle che potrebbero coinvolgere il parlamentare (ad esempio perché relative ad un'utenza di un suo interlocutore abituale o ad un luogo che frequenta in maniera non saltuari) e quelle che vedono un coinvolgimento del parlamentare quale fatto accidentale.

Le prime, sulla scorta della rivisitazione della disciplina realizzata dalla giurisprudenza costituzionale, devono essere sottoposte ad un'autorizzazione preventiva della Camera di appartenenza del parlamentare, mentre le seconde, ossia quelle che casualmente coinvolgono un parlamentare, producono prove utilizzabili nei confronti di soggetti diversi del parlamentare, rispetto al quale, invece, occorre l'emissione di un'autorizzazione ex post della Camera.

I temi di maggiore rilevanza della materia, e che l'articolo affronta offrendo delle soluzioni innovative tratte dagli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale degli ultimi 20 anni e della più recente giurisprudenza di legittimità, sono quindi rappresentati dai criteri che devono orientare l'interprete ai fini dell'inquadramento delle intercettazioni non dirette verso il parlamentare all'interno della prima piuttosto che della seconda categoria, e dall'esistenza di preclusioni temporali e/o processuali ai fini della formulazione, da parte del Giudice per le Indagini Preliminari (a sua volta su richiesta del Pubblico Ministero), dell'istanza di autorizzazione, rivolta alla Camera di appartenenza del parlamentare coinvolto nelle conversazioni o comunicazioni, alla utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni.

**Sommario.** 1. Premesse di inquadramento. – 2. L'adattamento dell'istituto ad un canone di razionalità costituzionale. – 3. Gli interventi giurisprudenziali sugli indici rivelatori dell'occasionalità dell'intercettazione. – 4. La competenza funzionale del Giudice per le indagini preliminari e le conseguenti preclusioni processuali.

### 1. Premesse di inquadramento.

La c.d. Legge Boato (L. 20 giugno 2003, n. 140) viene introdotta nel nostro ordinamento dopo anni di reiterati tentativi, da parte di gruppi parlamentari, di varare delle disposizioni che, alla stregua dell'intervenuta modifica dell'art. 68 della Costituzione da parte della Legge Costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3, introducessero dei presidi normativi a tutela delle funzioni del Parlamento e, di conseguenza, dei suoi membri<sup>1</sup>.

Quest'ultima Legge Costituzionale, come noto, ha eliminato dalla Carta fondamentale l'istituto dell'autorizzazione a procedere, ritenuto un ingiustificato privilegio che consentiva ad una determinata compagine umana, da più voci qualificata in termini di "casta"<sup>2</sup>, di godere di una

sostanziale immunità determinata dalla circostanza per cui, salvi casi di eccezionale gravità, il ramo del Parlamento di cui faceva parte il soggetto per il quale era stata chiesta l'autorizzazione avrebbe potuto rigettarla per ragioni non strettamente processuali o giuridiche<sup>3</sup>, bensì istituzionalmente funzionali alla tutela dei rappresentanti del potere legislativo<sup>4</sup>.

Con la norma da ultimo citata ha quindi fatto la propria comparsa nel nostro ordinamento, alla luce di quanto previsto dai commi 2 e 3<sup>5</sup> dell'art. 68 Cost., la c.d. autorizzazione *ad acta*, che può essere (richiesta alla e) concessa dalla Camera di appartenenza del soggetto divenuto destinatario dell'interesse dell'Autorità Giudiziaria sia per l'esecuzione di controlli a sorpresa incidenti sulla sfera personale o domiciliare, sia per l'esecuzione di

forme di limitazione della libertà personale (salvo i casi di sentenza di condanna irrevocabile o di arresto obbligatorio in flagranza), sia per la sottoposizione del predetto ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni, sia, infine, per il sequestro di corrispondenza<sup>6</sup>.

La Legge n. 140/2003, a sua volta, ha inteso dare applicazione concreta alle sopra indicate previsioni della disciplina costituzionale (vedremo che non è esattamente così, ma sia concessa, al momento, un'impresione) mediante due distinte norme, quella dell'art. 4 e quella dell'art. 6, le quali, rispettivamente, disciplinano i casi in cui il parlamentare – per quanto qui di interesse – sia il destinatario dell'intercettazione e quelli, diversi, in cui questi sia stato accidentalmente sottoposto ad intercettazione, non essendo ipotizzabile il suo coinvolgimento nelle conversazioni o comunicazioni via filo o tra presenti – dunque per caso – per essere entrato in contatto telefonico e/o personale con un soggetto sulla cui utenza erano state autorizzate dal GIP operazioni di intercettazione telefonica, ovvero nell'area di ascolto di un'intercettazione ambientale disposta, anche in questo caso, per finalità estranee all'ascolto delle esternazioni del parlamentare medesimo.

L'art. 4, in particolare, prevede che *“quando occorre eseguire nei confronti di un membro del Parlamento ... intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni ... l'autorità competente richiede direttamente l'autorizzazione della Camera alla quale il soggetto appartiene”*, e che l'autorizzazione sia chiesta proprio dall'autorità che ha emesso il provvedimento da eseguire.

Ai fini delle presenti considerazioni, è opportuno sottolineare che l'autorità, su cui incombe l'onere di formulare la richiesta di autorizzazione alla Camera di appartenenza del deputato, è quella *“che ha emesso il provvedimento da eseguire”*; la formulazione della norma in termini generici appare doverosa, e ciò, non fosse altro, perché gli atti, previsti dalla stessa come eseguibili subordinatamente all'autorizzazione della Camera, hanno natura e funzione eterogenea, e, pertanto, promanano in parte dalla magistratura requirente ed in parte da quella giudicante.

L'art. 6, invece, disciplina una situazione di fatto profondamente diversa, ossia quella in cui, nel caso di procedimenti nei confronti di terzi, siano state eseguite operazioni di intercettazione di

conversazioni o comunicazioni alle quali abbiano preso parte membri del Parlamento, ovvero siano stati acquisiti tabulati che, una volta esaminati, abbiano evidenziato l'esistenza di contatti con utenze di un parlamentare, prevedendo, in particolare, quale unica autorità procedente, capace di formulare la richiesta *ex post* di autorizzazione alla Camera – e ciò anche rispetto ai tabulati di traffico telefonico, la cui acquisizione, di regola, avviene su decreto del Pubblico Ministero<sup>7</sup> – il Giudice per le indagini preliminari; la stessa precisa indicazione, peraltro, emerge dalla lettura dei lavori parlamentari<sup>8</sup>.

Le disposizioni in parola, come vedremo, sono state oggetto di numerosi interventi da parte della giurisprudenza costituzionale, che, in termini di estrema sintesi, ha ritenuto che l'applicazione di uno o dell'altro regime autorizzativo non debba discendere da una qualificazione di natura formale, ossia dalla natura diretta o indiretta, verso il parlamentare, dell'intercettazione, bensì dalla destinazione (o direzione) concreta dell'atto investigativo, ovvero dalla finalità della stessa di captare o meno le comunicazioni di un parlamentare, a prescindere dal fatto che ciò possa avvenire mediante l'ascolto di utenze di quest'ultimo o di terzi<sup>9</sup>.

Da parte sua, la giurisprudenza di legittimità, oltre ad aver sollecitato una delle più rilevanti questioni di legittimità costituzionale<sup>10</sup> – la cui decisione ha profondamente inciso sull'attuale profilo dell'istituto in esame – ha dato concreta applicazione alle decisioni della Consulta, specificando i criteri mediante i quali è possibile distinguere tra le diverse categorie di intercettazioni e, conseguentemente, identificare il regime processuale applicabile in concreto.

Rispetto a queste prove, delle due l'una: o il GIP, anche su istanza del parlamentare interessato, ritenendo irrilevanti le comunicazioni o i tabulati, ne disporrà, *“a tutela della riservatezza”*, la distruzione integrale o parziale (comma 1), ovvero, su istanza di una parte processuale, sentite le parti nei termini e nei modi dell'art. 268 comma 6 c.p.p.<sup>11</sup>, qualora ritenga necessario utilizzare le intercettazioni – superata, evidentemente, ogni questione connessa alla tutela della riservatezza del parlamentare – emetterà un'ordinanza e richiederà, entro i successivi dieci giorni, alla Camera alla quale appartiene il membro del Parlamento, ovvero alla Camera alla

quale questi apparteneva al momento dell'intercettazione, l'autorizzazione alla loro utilizzabilità, che, se negata, determinerà l'obbligo di distruzione della documentazione delle intercettazioni (commi 2 e 5) e dei tabulati di traffico. Nella richiesta di autorizzazione il giudice per le indagini preliminari enuncia il fatto per il quale è in corso il procedimento, indica le norme di legge che si assumono violate e gli elementi su cui si fonda la richiesta, allegando, altresì, copia integrale dei verbali delle intercettazioni, delle registrazioni delle comunicazioni e dei tabulati di traffico.

Rispetto ad entrambi i casi sopra menzionati è inoltre previsto che in caso di scioglimento della Camera alla quale appartiene il parlamentare, la richiesta di autorizzazione perda efficacia a decorrere dall'inizio della successiva legislatura e possa, pertanto, essere ripresentata alla Camera competente all'inizio di quest'ultima.

Diversi profili delle disposizioni in esame, a causa della loro manifesta natura di limite alla capacità investigativa della magistratura, hanno destato l'interesse della giurisprudenza, soprattutto costituzionale<sup>12</sup>, che, a ben vedere, alla luce delle recenti modifiche della disciplina in materia di intercettazioni – e, in particolare, delle nuove modalità di esecuzione delle attività di captazione introdotte nel nostro ordinamento (dal D.Lgs. 216/2017 e dalla Legge n. 27/2020), divenute concretamente applicabili dal 1° settembre 2020<sup>13</sup> – potrebbe essere nuovamente sollecitata a ricercare un punto di equilibrio tra le esigenze investigative del potere giudiziario e la tutela rafforzata delle prerogative dell'organo titolare di quello legislativo, alla quale (almeno ad oggi) legittimamente consegue una certa limitazione della violabilità dei suoi membri.

## 2. L'adattamento dell'istituto ad un canone di razionalità costituzionale.

Secondo il sistema di disciplina predisposto dal Parlamento, vi erano, dunque, due sole possibilità:

i) la prima era quella dell'autorizzazione preventiva della Camera di appartenenza in presenza della volontà del Pubblico Ministero, già vagliata dal GIP, di sottoporre ad intercettazione l'utenza di un parlamentare o di acquisirne i tabulati di traffico telefonico – con l'ovvia conseguenza che, in caso di autorizzazione, il parlamentare non avrebbe più usato alcuna forma di comunicazione

a distanza (eventualità che, sebbene del tutto inutile a fini investigativi, nondimeno avrebbe potuto realizzare una funzione specialpreventiva);  
 ii) la seconda era quella dell'autorizzazione successiva della Camera rispetto al caso in cui, nel procedimento riguardante terzi, fosse stata intercettata, indirettamente o anche solo per caso, una comunicazione alla quale avesse preso parte un membro del Parlamento, autorizzazione che, peraltro, condizionava l'utilizzabilità dell'intercettazione *erga omnes*, dunque anche nei confronti dei non parlamentari<sup>14</sup> (e che, quindi, se negata, rendeva obbligatoria la distruzione della documentazione delle intercettazioni) – così realizzando una sorta di funzione criminogena di legittimazione di delitti commessi in concorso con uno o più parlamentari.

Il concetto era drammaticamente semplice: se il PM intendeva intercettare un parlamentare, doveva farlo avvisare dal GIP; se, invece, intendeva utilizzare delle comunicazioni in cui questi era coinvolto, pur quale soggetto estraneo all'indagine, doveva sollecitare il GIP a chiedere un'autorizzazione *ex post* alla Camera di appartenenza dello stesso parlamentare "convitato" all'intercettazione.

Su questo stato di fatto è intervenuta, dapprima, la sentenza n. 163 del 7 aprile 2015<sup>15</sup>, con cui la Corte Costituzionale, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità dell'art. 6 della Legge 140/2003, sollevata dalla Corte di Cassazione<sup>16</sup> – nella parte in cui, secondo una data interpretazione, obbligava di far ricorso al presidio autorizzativo posteriore anche in relazione alle intercettazioni di un soggetto che interveniva quale "*nuncius*" del parlamentare (che, seppur forse presente alla conversazione, non vi partecipava), limitandosi a trasmetterne a terzi la volontà e le manifestazioni del pensiero – ha identificato alcuni criteri interpretativi in merito all'estensione applicativa della norma oggetto della denuncia di incostituzionalità<sup>17</sup>.

In particolare, proprio per superare la contestazione di irrazionale disparità di trattamento insita nell'interpretazione sopra indicata, la Consulta ha specificato che il concetto di "prendere parte" ad una conversazione o comunicazione, previsto dall'art. 6 della Legge 140/2003, dovesse essere interpretato nel senso di interloquire in essa.

Ciò, innanzitutto, sulla scorta di un'interpretazione fondata sulla lettura dei lavori parlamentari della

Legge n. 140/2003, nel corso dei quali era stata soppressa la previsione, contenuta nell'originario testo dei progetti di legge, secondo cui il regime autorizzativo di cui all'art. 6 dovesse estendersi anche alle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, compiute nei procedimenti riguardanti terzi, in cui costoro avessero semplicemente "fatto menzione" di un membro del Parlamento (come a dire che nel corso di qualsiasi conversazione relativa ad un'attività potenzialmente illecita bastava nominare uno o più membri delle Camere per creare una questione di utilizzabilità)<sup>18</sup>.

La Corte Costituzionale, ancora, anticipava una considerazione che sarebbe stata sviluppata nella successiva sentenza della stessa Consulta, ossia quella – in effetti proposta dalla Corte remittente – per cui la disciplina dell'autorizzazione *ex post* prevista dall'art. 6 della Legge n. 140/2003, non riceve copertura costituzionale da parte dell'art. 68 comma 3 Cost., che, invero, postula il rilascio dell'autorizzazione solo "per sottoporre" i membri del Parlamento, e non anche per dichiarare utilizzabili delle comunicazioni intercettate mediante la captazione di utenze non riconducibili al parlamentare<sup>19</sup>.

La vera svolta<sup>20</sup> nell'interpretazione e nell'applicazione della disciplina sull'autorizzazione si è però avuta con la sentenza n. 390/2007, con cui la Corte Costituzionale – in occasione della medesima camera di consiglio all'esito della quale ha emesso l'ordinanza<sup>21</sup> con cui ha precisato che il regime di autorizzazione non può applicarsi alle intercettazioni né delle comunicazioni intervenute prima dell'assunzione della carica di parlamentare da parte dell'intercettato né di quelle intercorse a mandato concluso – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 della Legge 140/2003 nella parte in cui stabilisce che la disciplina ivi prevista si applichi anche nei casi in cui le intercettazioni debbano essere utilizzate nei confronti di soggetti diversi dal membro del Parlamento le cui conversazioni o comunicazioni sono state intercettate<sup>22</sup>.

Al di là della specifica declaratoria di illegittimità, difatti, la sentenza in questione ha operato una vera e propria razionalizzazione dell'intera disciplina della materia.

Appare utile, anche ai fini del presente lavoro, ricordare alcune parti del percorso argomentativo della Consulta, che, in punto di premessa, ha inteso

chiarire che "le disposizioni che sanciscono immunità e prerogative a tutela della funzione parlamentare, in deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione – principio che si pone «alle origini della formazione dello Stato di diritto» (sentenza n. 24 del 2004) – debbano essere interpretate nel senso più aderente al testo normativo", ed ha altresì confermato che le disposizioni che prevedono un controllo parlamentare *a posteriori* sulle intercettazioni occasionali non ricevono copertura costituzionale dall'art. 68 comma 3 Cost., e ciò proprio in ragione del significato letterale di quest'ultima norma, che prevede un'autorizzazione solo per sottoporre ad intercettazione, così come il comma 2 dello stesso articolo la prevede per la perquisizione e per le limitazioni della libertà personale<sup>23</sup> (non, dunque, per la ratifica di un provvedimento già emesso).

L'applicazione pratica dell'art. 68 comma 3 Cost., allora, si realizza e si esaurisce nella disciplina del solo art. 4 della Legge n. 140/2003, e ciò, tra l'altro, allo scopo di evitare che si attribuisca alla sede parlamentare, non essendovene alcuna ragione istituzionale, un sindacato che invece deve svilupparsi secondo i criteri propri del processo; al contrario, la rappresentata funzione dell'istituto dell'autorizzazione *ex post*, consistente nell'impedire una possibile divulgazione strumentale del contenuto di colloqui del parlamentare accidentalmente captato, non riceverebbe, per i motivi già ricordati, copertura costituzionale ad opera dell'art. 68 comma 3 Cost.<sup>24</sup>.

A tali considerazioni si aggiunge una valutazione assiologica, finalizzata a conferire razionalità all'istituto in esame e compiuta mediante un'operazione di precisa identificazione e bilanciamento tra i valori istituzionali coinvolti. Secondo la Consulta, infatti, "i destinatari della tutela ... non sono i parlamentari uti singuli, ma le Assemblee nel loro complesso. Di esse si intende preservare la funzionalità, l'integrità di composizione (nel caso delle misure di libertà) e la piena autonomia decisionale, rispetto ad indebite invadenze del potere giudiziario ... il che spiega l'irrinunciabilità della garanzia (sentenza n. 9 del 1970) ... Il bene protetto si identifica, infatti, con l'esigenza di assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri del Parlamento, e non con gli interessi sostanziali di questi ultimi (riservatezza, onore, libertà personale), in

*ipotesi pregiudicati dal compimento dell'atto*<sup>25</sup>, rispetto ai quali i parlamentari, dunque, non ricevono una tutela diversa da quella degli altri cittadini.

Il nodo centrale della pronuncia, sviscerata la funzione della previsione costituzionale, risiede nella precisazione per cui l'autorizzazione ha ad oggetto a sottoposizione ad intercettazione non delle utenze (ovvero del domicilio) del parlamentare, bensì delle sue comunicazioni o conversazioni; diversamente pensando, si potrebbe realizzare una semplice elusione della garanzia mediante la captazione di conversazioni che coinvolgono utenze che, seppur intestate a soggetti terzi, in concreto consentano di ascoltare le conversazioni dal parlamentare, ovvero che avvengono in luoghi che, pur appartenendo ad altri, siano solitamente frequentati dal parlamentare. Da ciò discende che anche le intercettazioni c.d. indirette, ossia le *“captazioni delle conversazioni del membro del Parlamento effettuate ponendo sotto controllo le utenze dei suoi interlocutori abituali”*, devono essere sottoposte al regime di garanzia previsto dall'art. 68, comma terzo Cost. e, conseguentemente, essere subordinate all'autorizzazione preventiva di cui all'art. 4 Legge n. 140/2003. Pertanto, il regime autorizzativo *ex post*, previsto dall'art. 6 della citata Legge, dovrà riguardare esclusivamente *“le intercettazioni «casuali» o «fortuite», rispetto alle quali – proprio per il carattere impreveduto dell'interlocuzione del parlamentare – l'autorità giudiziaria non potrebbe, neanche volendo, munirsi preventivamente del placet della Camera di appartenenza”*<sup>26</sup>.

Rispetto a tali ultime intercettazioni, pertanto, la Camera di appartenenza del parlamentare intercettato *per sbaglio* non dovrebbe formulare delle valutazioni orientate dal parametro del c.d. *fumus persecutionis* – ossia del possibile tentativo, da parte dell'Autorità Giudiziaria, di intercettare mediante un consapevole aggiramento delle norme sull'autorizzazione preventiva (che poteva realizzarsi, prima della sentenza da ultimo citata, mediante un'intercettazione formalmente indiretta che però, di fatto, era diretta a captare le comunicazioni del parlamentare, e che può ancor oggi nondimeno aversi, alla luce degli attuali ambiti applicativi delle fattispecie, allorché si constati che l'intercettazione apparentemente causale del parlamentare, in realtà, tale non è) – bensì sulla scorta della rilevanza e dell'utilizzabilità processuale della comunicazione rispetto all'oggetto dell'accusa<sup>27</sup>.

Tale ultima considerazione pone, però, un ulteriore tema, ossia quello dell'ampiezza e dei limiti del sindacato delle Camere allorché essa siano chiamate a concedere o negare l'autorizzazione alla utilizzabilità in sede processuale delle intercettazioni casuali di propri membri: anche su questo è intervenuta, in termini assai rigorosi, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi in un significativo giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevato dall'Autorità Giudiziaria romana.

Il riferimento è alla sentenza n. 188/2010<sup>28</sup>, emessa, come detto, nei giudizi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorti a seguito di una deliberazione del Senato della Repubblica con la quale, ai sensi dell'art. 68 comma 3 Cost., erano state negate l'autorizzazione all'utilizzazione di tabulati telefonici nei confronti di un senatore e l'autorizzazione all'acquisizione dei tabulati telefonici riferibili al medesimo, giudizi promossi dal GIP del Tribunale di Roma e dalla Procura della Repubblica presso il medesimo Tribunale in relazione all'ampiezza del potere discrezionale attribuito alla Camera di appartenenza del parlamentare intercettato *per caso* – e di cui, sempre *per caso*, erano stati acquisiti dati di traffico telefonico – nell'assumere la decisione sull'autorizzazione o meno alla utilizzabilità processuale di quanto sopra. In particolare, la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato<sup>29</sup> aveva negato l'autorizzazione ad utilizzare tali dati poiché il richiedente, ossia l'A.G. romana, non avrebbe dato adeguatamente conto della necessità di utilizzare tali dati comunicativi e telefonici, essendosi invece limitata a dedurre la loro pertinenza rispetto al fatto oggetto di indagine; l'autorizzazione veniva negata, altresì, alla luce della circostanza per cui, sulla scorta di determinati elementi di fatto, doveva ritenersi che l'intercettazione, piuttosto che casuale, era da dirsi indiretta, e come tale sottoposta al regime autorizzativo preventivo che, evidentemente, non era stato rispettato.

Ebbene, secondo la Procura ed il GIP del Tribunale di Roma, il Senato si sarebbe così arrogato dei compiti che trascenderebbero il sindacato previsto dall'art. 68 comma 3 Cost., il quale dovrebbe sostanzialmente puntare – parrebbe in via esclusiva – su:

- i) l'esistenza del *fumus persecutionis*;
- ii) la realizzazione di una indebita ingerenza nella vita privata del parlamentare;

iii) l'esercizio, da parte dell'A.G., mediante il procedimento, di una condotta di pressione sul mandato parlamentare.

Al contrario, il Senato avrebbe fondato la propria valutazione su un criterio estraneo al contenuto del suo scrutinio, ossia sulla necessità di utilizzare le intercettazioni ed i tabulati, così, sostanzialmente, sostituendosi all'Autorità Giudiziaria nell'esercizio di valutazioni inerenti alla gestione processuale di una prova già formata<sup>30</sup>.

La Consulta, nel rigettare il ricorso, ha ricordato che l'autorizzazione in questione, sia allorché essa sia funzionale al compimento di un atto che necessiti dell'assenso preventivo, sia qualora abbia ad oggetto un atto già eseguito, rispetto al quale formulare un giudizio di utilizzabilità, deve fondarsi sulla sussistenza di un criterio di necessità, esplicitato nella lettera della Legge al comma 2 dell'art. 6 della Legge n. 104/2003, e ricostruibile in via interpretativa rispetto ai casi disciplinati dall'art. 4 (che, al comma 1, postula che l'atto possa essere autorizzato "quando occorre")<sup>31</sup>.

Tale criterio di necessità – che, specifica la Corte, non deve tradursi in una valutazione di «*decisività*» della prova – deve ispirare il comportamento dell'Autorità Giudiziaria, che "deve, essa per prima, commisurare le proprie scelte anche all'esigenza del sacrificio minimo indispensabile dei valori della libertà e indipendenza della funzione parlamentare"<sup>32</sup>, e specificare quindi, con motivazione non implausibile, le ragioni del provvedimento e della sua necessità.

Ciò allo scopo di mettere la Camera richiesta dell'autorizzazione nella condizione di "apprezzarne compiutamente i requisiti di legalità costituzionale", ossia di rilevare l'assenza di ogni intento persecutorio senza però dimenticare di verificare la necessità dell'atto.

D'altronde – verrebbe da dire – se è vero che il GIP, richiesto dal Pubblico Ministero di autorizzare delle operazioni di intercettazione, nel rilasciarla deve emettere un decreto motivandolo sia sulla gravità indiziaria<sup>33</sup> sia sulla assoluta indispensabilità delle intercettazioni ai fini della prosecuzione delle indagini<sup>34</sup>, non appare contrario al *fair play* istituzionale che il GIP, allorché investa la Camera della richiesta di valutare l'utilizzabilità delle intercettazioni nei confronti del parlamentare, debba motivare la propria richiesta rappresentando le ragioni per cui l'atto di indagine non solo è essenziale, ma, anche in ragione della mancanza di

alternative esperibili<sup>35</sup>, risponde ad un criterio di minima possibile intrusione, da parte di un Potere dello Stato, nell'esercizio della funzione propria di un altro Potere.

Al di là della circostanza per cui l'Autorità Giudiziaria, in caso di richiesta di autorizzazione, certamente sosterrà la necessità dell'atto investigativo intrusivo rispetto ai fatti del procedimento, ciò che alla Camera compete valutare è, quindi, "l'adeguatezza della motivazione e delle allegazioni degli elementi probatori, anche e soprattutto in termini di specificità, che "si misura necessariamente sulla qualità e sull'estensione degli atti potenzialmente lesivi dei valori costituzionali da sacrificare e sulla congruità del sacrificio (in rapporto agli obbiettivi prefigurati ed alle congetture di successo)".

Concludendo, la richiesta di utilizzabilità dell'atto investigativo – ammesso, ovviamente, che sia superata la prova della sua natura casuale piuttosto che indiretta – "può essere accolta «solo se la [sua] necessità emerge in modo palese e stringente dalle prospettazioni dell'Autorità giudiziaria che, coerentemente con quanto imposto dalle esigenze di leale collaborazione tra i poteri dello Stato, deve dare conto di avere esperito le soluzioni alternative ragionevolmente ipotizzabili ... ovvero della presumibile impraticabilità delle medesime"<sup>36</sup>.

Nel giro di cinque anni, dunque, la Corte Costituzionale – sulla cui giurisprudenza si tornerà *infra* – ha dato un'immagine del tutto nuova dell'istituto, limitandone, da un punto di vista soggettivo, l'ambito applicativo (escludendo, in particolare, che l'autorizzazione sia richiesta per l'utilizzabilità delle intercettazioni nei confronti di soggetti diversi dal parlamentare – comprendendosi in tale concetto anche lo stesso parlamentare in un momento antecedente o successivo alla durata del mandato – ed allorché l'intercettato non sia quest'ultimo ma un suo portavoce), e prevedendo, dall'altra parte, che l'Autorità Giudiziaria, nel corpo della propria richiesta, si concentri su quegli elementi che possono consentire al Parlamento di valutarne la legittimità, documentando sia la natura realmente casuale dell'intercettazione (o dell'acquisizione del tabulato) sia le ragioni per le quali il suo contenuto risulta necessario ai fini dell'accertamento dei fatti oggetto del procedimento<sup>37</sup>.

### 3. Gli interventi giurisprudenziali sugli indici rivelatori dell'occasionalità dell'intercettazione.

All'interno della cornice di compatibilità costituzionale delineata dalla Consulta, è stato poi compito della successiva giurisprudenza, di legittimità ma anche costituzionale, predisporre un sistema interpretativo capace di guidare il giudice del merito nell'esercizio valutativo relativo alla qualificazione di una determinata intercettazione telefonica o ambientale come indiretta piuttosto che casuale, con le evidenti conseguenze in termini di autorizzazione della Camera ai fini della legittimità dell'atto o della sua mera utilizzabilità.

In assenza di una precisa definizione legislativa di ciò che è casuale, è stata quindi rimessa all'interpretazione del giudice ordinario l'identificazione dei criteri discretivi sulla base dei quali, dinanzi alla possibile tendenza alla causalità degli organi dell'accusa, ed all'opposta invocazione della natura indiretta da parte delle difese, compiutamente inquadrare il tipo di intercettazione. Anche in questo caso un faro è rappresentato dalla Consulta, che, con due sentenze gemelle, la 113 e la 114 del 2010<sup>38</sup>, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità – sollevate, rispettivamente, dal Collegio per i reati ministeriali del Tribunale di Roma nonché dal GIP e dal GUP del Tribunale di Napoli, in relazione all'art. 6 della Legge n. 140/2003 – per difetto di sufficiente descrizione della fattispecie e di motivazione sulla rilevanza delle questioni, ha specificato che i giudici rimettenti non avevano compiutamente rappresentato le ragioni per le quali, nei casi di specie, si fosse in presenza, piuttosto che di intercettazioni casuali, di intercettazioni indirette, come tali sottratte alla disciplina di cui si invocava l'illegittimità e sottoposte, invece, ad un diverso e più rigoroso regime autorizzativo.

La Consulta, sul punto, sottolineava come anche il solo primo ingresso all'interno dell'area di ascolto da parte del parlamentare, già sottoposto ad indagini ma non intercettato, fosse capace di far aprire una nuova prospettiva investigativa, per cui *“la prosecuzione dell'attività di intercettazione su utenze altrui servirà (anche) a captare comunicazioni del membro del Parlamento, suscettibili di impiego a suo carico: ipotesi nella quale la captazione successiva di tali comunicazioni perde ogni “casualità”, per divenire mirata”*<sup>39</sup>.

Allo stesso modo, qualora *“nel corso dell'attività di intercettazione emergano non soltanto rapporti di interlocuzione abituale tra il soggetto intercettato e il*

*parlamentare, ma anche indizi di reità nei confronti di quest'ultimo, non si può trascurare l'eventualità che intervenga, nell'autorità giudiziaria, un mutamento di obbiettivi: nel senso che – in ragione anche dell'obbligo di perseguire gli autori dei reati – le ulteriori intercettazioni potrebbero risultare finalizzate, nelle strategie investigative dell'organo inquirente, a captare non più (soltanto) le comunicazioni del terzo titolare dell'utenza, ma (anche) quelle del suo interlocutore parlamentare, per accertarne le responsabilità penali. Quando ciò accadesse, ogni «casualità» verrebbe evidentemente meno”*<sup>40</sup>.

A sua volta, secondo la Corte di legittimità la verifica dell'occasionalità delle intercettazioni deve essere quanto più stringente tanto più articolata e prolungata nel tempo è stata l'attività di intercettazione; pertanto, partendo dagli insegnamenti della Corte Costituzionale<sup>41</sup>, per poter affermare la natura casuale dell'intercettazione ovvero riconoscerne la direzione “mirata” all'ascolto del parlamentare<sup>42</sup>, occorre avere riguardo a molteplici parametri, riconducibili:

- al tipo dei rapporti intercorrenti tra il parlamentare e il terzo sottoposto a controllo telefonico;
- all'attività criminosa oggetto di indagine;
- al numero delle conversazioni intercorse tra il terzo e il parlamentare;
- all'arco di tempo entro il quale tale attività di captazione è avvenuta, anche rispetto a eventuali proroghe delle autorizzazioni e al momento in cui sono sorti indizi a carico del parlamentare<sup>43</sup>;
- al momento in cui sono sorti indizi a carico del parlamentare<sup>44</sup>.

Secondo una determinata impostazione dottrinale, espressa in relazione alla sentenza appena citata ma incidente, in tesi, rispetto all'intera materia, l'opzione migliore sarebbe quella per cui, dinanzi ad un'intercettazione a carico di un soggetto non membro del Parlamento, *“dalle sorti processuali attualmente o potenzialmente comuni con l'intercettato”, il criterio che vale a individuare le registrazioni “indirette” dovrebbe essere non il fatto che le operazioni intercettive siano idonee a raccogliere dati rilevanti anche nei confronti del parlamentare ... ma che siano iniziate o proseguite solo per raccogliere elementi a carico del parlamentare o comunque derivanti dalle sue sole comunicazioni.*

*Nelle ipotesi in cui, al contrario, le intercettazioni valgono a raccogliere elementi prevedibilmente spendibili sull'uno e sull'altro versante, si deve ammettere che non si tratta, a rigore, di intercettazioni indirette e che dovrebbero perciò essere consentite senza limiti, non potendosi impedire all'autorità giudiziaria l'utile impiego di uno strumento di indagine indispensabile per definizione solo perché uno degli indagati è membro del Parlamento*<sup>45</sup>.

In realtà una siffatta interpretazione realizzerebbe una sostanziale eliminazione delle intercettazioni indirette, ponendosi non soltanto contro la volontà del legislatore – che intendeva prevedere un sistema di tutela organizzato mediante una distinzione formale tra intercettazioni dirette, ossia funzionali ad intercettare il parlamentare, evidentemente già indagato, e subordinate all'autorizzazione preventiva della Camera, e di intercettazioni non dirette (indirette o casuali), la cui utilizzabilità era subordinata a quella *ex post* – ma anche contro quella della Corte Costituzionale, che, avendo interpretato la disciplina in modo da renderla compatibile con la Costituzione (ben inteso, non con l'art. 68 comma 3), ha inteso realizzare un bilanciamento di interessi tra quello al corretto svolgimento delle attività investigative e quello al libero esercizio della funzione parlamentare.

In questo modo, invero, la Consulta ha evitato che mediante la mancata iscrizione del parlamentare tra gli indagati, e la sottovalutazione di indizi concreti dai quali poter prevedere il plausibile coinvolgimento di quest'ultimo nelle comunicazioni o conversazioni tra presenti – oggetto di intercettazione in relazione ad indagini nei confronti di terzi – l'A.G. potesse ricondurre tutto al caso ed aggirare così un dettato normativo che, seppur probabilmente perfettibile, pone dei limiti alle modalità di investigazione nei confronti di un parlamentare non per una forma di ingiustificata autotutela del suo produttore, bensì per conservare il delicato equilibrio tra diversi Poteri dello Stato.

Pertanto, si ritiene non accettabile l'idea per cui possano definirsi "*indirette*", e siano quindi subordinate all'autorizzazione di cui all'art. 4 della Legge n. 140/2003, solo le intercettazioni intervenute dopo il momento in cui le indagini abbiano "*inequivocabilmente preso la direzione del parlamentare*", facendo emergere una vera e propria "*notitia criminis*".

Al contrario, ritiene chi scrive che la differenza tra intercettazioni casuali ed indirette vada interpretato, con un pizzico di necessaria approssimazione, secondo un criterio di possibilità, nella sua diversa prospettiva di possibilità remota e/o astratta, valevole per tutte le intercettazioni di chicchessia, anche del soggetto apparentemente più distante dal parlamentare, e possibilità attuale e concreta, ossia – mutuando gli approdi giurisprudenziali in materia di pericolo di reiterazione del reato – "*esistenza di occasioni prossime favorevoli*"<sup>46</sup> alla partecipazione del parlamentare a comunicazioni o conversazioni rilevanti a fini investigativi, possibilità che, a sua volta, dovrà essere individuata sulla scorta dei parametri indicati dalla giurisprudenza di legittimità.

#### **4. La competenza funzionale del Giudice per le indagini preliminari e le conseguenti preclusioni processuali.**

La necessità di interpretare la normativa in esame in maniera rigorosa, e – come ha affermato la Corte Costituzionale – nel senso più aderente al testo normativo<sup>47</sup>, pone un'ulteriore questione che, seppur non spesso, ha interessato la giurisprudenza, ossia quella dell'esistenza di un termine entro il quale l'Autorità Giudiziaria deve chiedere alla Camera di appartenenza l'autorizzazione alla utilizzabilità delle intercettazioni casuali, termine al quale si collega l'attribuzione, in capo ad un determinato giudice, di una specifica competenza alla formulazione della richiesta di autorizzazione.

Sul punto, occorre ricordare che, come già anticipato, mentre l'art. 4 della Legge 140/2003 identifica il soggetto che può richiedere l'autorizzazione ai fini dell'esecuzione di un determinato atto investigativo nell'*autorità che ha emesso il provvedimento da eseguire* ovvero nell'*autorità competente*, l'art. 6, nel disciplinare l'autorizzazione a fini di utilizzabilità delle intercettazioni casuali o dei tabulati acquisiti nei procedimenti riguardanti terzi, pone un esplicito e reiterato riferimento al solo giudice per le indagini preliminari.

In alcuni casi, invero, l'Autorità Giudiziaria è stata posta dinanzi alla questione dell'incompetenza funzionale di giudici diversi da quest'ultimo a trasmettere gli atti alla Camera di appartenenza del parlamentare di cui la Procura intendeva utilizzare le intercettazioni casuali.



In particolare, secondo una determinata interpretazione<sup>48</sup>, nonostante la lettera della legge esplicitamente faccia riferimento al GIP quale Autorità competente a formulare alla Camera le richieste di cui all'art. 6, il dato testuale andrebbe letto alla luce della sistematica logico-processuale, che ne consentirebbe un'interpretazione analogica tale per cui la norma in questione dovrebbe ritenersi applicabile anche nei procedimenti penali pendenti dinanzi al giudice dell'udienza preliminare, dovendosi interpretare l'inciso "*giudice per le indagini preliminari*" come "*giudice che procede*"; ciò con l'ulteriore conseguenza – non evocata ma di fatto ammessa – per cui la norma sarebbe evidentemente applicabile anche al giudice del dibattimento.

Tale interpretazione risponderebbe all'esigenza di evitare che il Pubblico Ministero, scegliendo il momento del deposito delle intercettazioni, e facendolo cadere in un momento successivo a quello dell'azione penale, possa legittimamente aggirare il dettato normativo, e troverebbe conferma:

- i) nel fatto che l'udienza stralcio di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p. spesso si inserisce nell'udienza preliminare;
- ii) nella circostanza per cui il GUP del Tribunale di Napoli abbia, in un'occasione, sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della Legge n. 140/2003 proprio *in parte qua* – ossia allo scopo di ottenere il riconoscimento della propria competenza – questione che però, è stata dichiarata inammissibile dalla Consulta con la citata sentenza n. 114/2010;
- iii) nella circostanza per cui, attraverso il ricorso a fonti aperte (ossia il sito internet della Camera dei Deputati), sarebbe possibile identificare più casi in cui la Giunta per le autorizzazioni è stata chiamata a decidere su richieste di utilizzabilità di intercettazioni da parte sia di giudici dell'udienza preliminare, sia di giudici in sede dibattimentale.

Orbene, al netto del fatto che appare difficile immaginare che le prassi parlamentari possano incidere sui sistemi normativi (dunque su fonti del diritto gerarchicamente sovraordinate) o sulla loro interpretazione, e che lo sviluppo in momenti non ortodossi dell'udienza stralcio<sup>49</sup>, in ragione della sua particolare onerosità e potenziale inutilità nella prospettiva della formulazione di richieste di riti alternativi<sup>50</sup>, possa modificare la sistematica del processo penale, ciò che sembra rendere

l'argomento privo di pregio è proprio il fatto che il GUP del Tribunale di Napoli abbia formulato una questione di legittimità costituzionale della norma in esame nella parte in cui non consente un'interpretazione analogica rispetto all'individuazione del giudice competente a trasmettere gli atti alla Camera: ed invero, se la norma fosse stata legittimamente interpretabile in senso analogico, sul punto non ci sarebbe stato bisogno di formulare una questione di legittimità costituzionale.

In realtà, i precedenti giurisprudenziali che hanno affrontato il tema, seppur in maniera non diretta, forniscono, a parere di chi scrive, un quadro dell'istituto assai diverso da quello immaginato secondo l'interpretazione appena citata.

Punto di partenza è quello per cui, proprio in ragione dell'esistenza di più interessi istituzionali contrapposti e della necessità, per l'Autorità Giudiziaria, di realizzare il "*sacrificio minimo indispensabile dei valori della libertà e indipendenza della funzione parlamentare*"<sup>51</sup>, l'applicazione di tali norme deve essere quanto più possibile conforme alla lettera della legge, e ciò, evidentemente, per evitare che, così come è accaduto rispetto al tema della identificazione delle intercettazioni come casuali piuttosto che indirette, si possa ancora realizzare un aggiramento del dato normativo.

Da esso, peraltro, diversamente da quanto sopra ipotizzato, non potrebbe mai derivare alcuna forma di legittimazione di un atto processuale irregolare, bensì, semmai, una sanzione, ossia, appunto, la nullità delle intercettazioni o la loro inutilizzabilità nei confronti del parlamentare.

Non è un caso, allora, che il legislatore proprio all'art. 6 – norma che, proprio in ragione della sua applicazione *a contrario* in termini residuali rispetto a quanto disciplinato dall'art. 4, storicamente si è prestata a possibili condotte elusive – abbia previsto che l'autorità alla quale può essere chiesta l'autorizzazione all'utilizzabilità delle intercettazioni casuali in cui è stato coinvolto un parlamentare è soltanto il GIP, e, conseguentemente, che il Pubblico Ministero debba chiedere di veicolare la richiesta di autorizzazione alla Camera di appartenenza del parlamentare prima dell'esercizio dell'azione penale, atto, questo, necessariamente successivo a quello di deposito, ai sensi dell'art. 268 comma 5 c.p.p., dei verbali e delle registrazioni.

L'esplicita previsione dell'art. 6 della Legge n. 140/2003, allora, nasce dalla volontà di imporre un limite alla possibilità, per il Pubblico Ministero, di introdurre prove a carico del parlamentare *ad libitum*, anche a distanza di molto tempo dall'assunzione delle proprie determinazioni in merito alla completezza del materiale acquisito nel corso delle indagini preliminari (o alla sussistenza di elementi idonei a formulare una richiesta di natura cautelare), in ciò potendosi evidentemente nascondere un utilizzo non fisiologico dello strumento investigativo o, comunque, il rischio di un'ingerenza indebita sull'attività del Parlamento.

E la conferma di ciò è fornita da due ulteriori previsioni dello stesso articolo, ossia:

- i) quella che impone al GIP, che abbia ritenuto le intercettazioni casuali e necessarie, di richiedere l'autorizzazione alla Camera competente entro dieci giorni da quando ha sentito le parti, termine, questo, che seppur non previsto a pena di decadenza, deve nondimeno ritenersi indicativo della rapidità che deve caratterizzare tale subprocedimento;
- ii) quella che prevede, in caso di scioglimento della Camera alla quale appartiene il parlamentare, che la richiesta perda efficacia ma possa essere ripresentata all'inizio della successiva legislatura, e non, dunque, senza alcun limite di tempo.

Diversamente pensando, stante la chiara lettera della norma, si giungerebbe a ritenere che il GIP abbia una perenne ed esclusiva competenza funzionale su tutta la materia dell'acquisizione probatoria del risultato delle intercettazioni, interpretazione, questa, che la giurisprudenza, sia costituzionale, sia di legittimità, ha manifestamente escluso.

Più precisamente, la Consulta, con l'ordinanza n. 255/2012<sup>52</sup>, ha precisato che la competenza funzionale del GIP in materia di autorizzazione alle operazioni di intercettazione e di selezione delle comunicazioni (salvo la loro trascrizione mediante perizia, che può avvenire anche a dibattimento) è intimamente collegata alla pendenza della fase processuale delle indagini preliminari, ragion per cui non può trovare cittadinanza nel nostro ordinamento una *“competenza funzionale specifica del giudice per le indagini preliminari in materia di acquisizioni probatorie, destinata ad operare anche dopo che la fase delle indagini preliminari si è conclusa, la quale concorrerebbe, intersecandola, con quella “generale” del giudice del dibattimento”*; ciò

poiché si tratterebbe di un *“regime privo di riscontro nella sistematica del codice di rito”*.

Se all'assunzione di un determinato provvedimento è competente il giudice per le indagini preliminari, ciò significa che quel provvedimento deve essere richiesto prima che quel giudice abbia esaurito, in ragione della conclusione di una determinata fase processuale, il proprio potere decisionale.

Una conferma di quanto sopra proviene, assai significativamente, da un recente arresto della giurisprudenza di legittimità<sup>53</sup>, avente ad oggetto il tema della legittimità di un'ordinanza con cui il GIP aveva richiesto alla Camera dei Deputati l'autorizzazione ex art. 6 della Legge n. 140/2003 sulla scorta di una richiesta formulata dal Pubblico Ministero originariamente al Tribunale Collegiale in seguito all'emissione di decreto di giudizio immediato cautelare (dunque a giudizio in corso) e che, rigettata essendo stato *“individuato il GIP quale organo competente all'inoltro della richiesta”*, era stata ripresentata al GIP (che, a sua volta, l'aveva accolta).

Secondo il recente arresto della Corte di legittimità, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 della Legge n. 140/2003 *“non si tratta di misurare la decisività della prova raccolta, né di anticipare giudizi di merito sul risultato probatorio: bisogna invece appurare che le conversazioni captate abbiano a oggetto direttamente o indirettamente i temi probatori, non siano sovrabbondanti e siano dotate di attitudine dimostrativa. Tali valutazioni sono del resto strumentali all'accertamento di un eventuale intento persecutorio nei confronti del parlamentare: infatti, il bilanciamento fra i due opposti valori costituzionali, parità di trattamento di fronte alla giurisdizione e tutela dell'attività parlamentare, viene effettuato attraverso delle presunzioni. Se l'intercettazione è rilevante e necessaria, si presume la legittimità dell'agire dell'autorità giudiziaria; se invece i due presupposti mancano, vale la presunzione contraria dell'illegittimità del comportamento”*.

E sempre secondo la Suprema Corte – premesso che la nozione di competenza *“rientra nel concetto di legittimazione del giudice, intesa come individuazione dei requisiti necessari perché il giudice possa porre in essere provvedimenti giurisdizionali validi”*, e che all'interno di essa è possibile identificare, oltre alle note categorie della competenza per materia, per territorio e per connessione, anche quella della competenza per funzione, che *“individua il giudice*

*competente in base alla funzione da questi svolta nell'ambito di un medesimo procedimento* – *“competente ad effettuare tale verifica (di rilevanza e necessità dell'intercettazione) è il giudice delle indagini preliminari”*.

La richiesta formulata dal Pubblico Ministero, nel momento in cui il GIP aveva già esaurito il suo potere, essendosi chiusa la fase delle indagini preliminari, proprio alla luce delle statuizioni contenute nell'ordinanza 255/2012 della Corte Costituzionale, è stata quindi ritenuta tardiva, e, per lo stesso motivo, abnorme l'ordinanza con cui era stata disposta la trasmissione degli atti alla Camera.

In ragione di tale interpretazione, più rigorosa e coerente con la lettera e la *ratio* della legge, deve dunque ritenersi che incomba sulle parti, che intendono chiedere alla Camera di appartenenza del parlamentare intercettato l'autorizzazione ad

utilizzare i risultati delle captazioni, non solo l'onere di dimostrare la loro causalità alla luce dei parametri indicati dalla giurisprudenza, ma anche quello di formulare le proprie richieste all'interno della fase processuale in cui l'autorità decidente è identificabile nel giudice per le indagini preliminari, non potendo, al contrario, alcun giudice, titolare del potere/dovere di svolgere una diversa e successiva funzione processuale, legittimamente formulare la richiesta di autorizzazione ad uno dei rami del Parlamento.

### Bruno Andò

Avvocato del Foro di Messina

Docente a contratto di Diritto penale

<sup>1</sup> La relazione della Proposta di Legge n. 185, presentata il 30 maggio 2001, di iniziativa dell'On.le Boato, ricorda che a partire dal 15 novembre 1993, una serie ininterrotta di Decreti Legge (Governi Ciampi, Berlusconi, Dini, Prodi) aveva introdotto e reiterato *“disposizioni urgenti per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione”*, a seguito della revisione costituzionale, avvenuta nel 1993, dello stesso articolo 68. L'ultima edizione di tali Decreti Legge, il n. 555 del 23 ottobre 1996, era stata esaminata e approvata dalla Camera dei Deputati nella XIII Legislatura, con modificazioni approvate a larghissima maggioranza e a prescindere dagli schieramenti parlamentari, e il testo era stato trasmesso al Senato della Repubblica il 9 dicembre 1996. I pochi giorni a disposizione dell'altro ramo del Parlamento per la conversione definitiva in legge di tale decreto-legge, nonché alcune riserve di merito emerse da parte di alcuni senatori, non avevano reso possibile tale conversione in legge.

<sup>2</sup> In argomento si v. CARLASSARE, *Genesis evoluzione e involuzione delle immunità politiche in Italia*, in AA.VV. (a cura di Orlandi e Pugiotto), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino 2005, 46 - 51.

<sup>3</sup> CAIANIELLO, *Intercettazioni indirette in violazione dell'art. 6 Legge n. 140/2003: impraticabile la soluzione degli omissis sulle parole del parlamentare*, in *Cass. Pen.* 2007, 3251, seppur riferendosi, *ratione temporis*, all'autorizzazione *ex post* della Camera rispetto alla utilizzabilità di un'intercettazione di un terzo indirettamente coinvolgente un parlamentare, afferma che *“l'assemblea di riferimento, inevitabilmente, finisce per decidere in base a parametri che nulla hanno a che vedere con il fumus persecutionis”*.

<sup>4</sup> Ricorda CANGELOSI, *Vicende normative delle immunità parlamentari*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università di Palermo, Area Giuridica*, 2004/2006, 21, che la prassi parlamentare maturata fino al 1993 era quella di negare l'autorizzazione a procedere a prescindere da un analitico riscontro del *fumus persecutionis* ai danni del singolo parlamentare.

<sup>5</sup> Per la ricostruzione dei lavori parlamentari e, in particolare, dell'emendamento che diede luogo all'attuale versione del comma 3 dell'art. 68 Cost. v. CERASE, *Intercettazioni telefoniche e immunità parlamentari*, in *Cass. Pen.* 2007, 2663 – 2665.

<sup>6</sup> In argomento, fra tutti, MONTAGNA, *Autorizzazione a procedere e autorizzazione ad acta*, Padova 1993, 203 ss.

<sup>7</sup> Sul punto si segnala Corte Cost., 6 marzo 2019, n. 38, la quale ha dapprima precisato che nonostante la netta distinzione tra intercettazioni di comunicazioni e tabulati di traffico telefonico, la giurisprudenza di legittimità relativa all'ipotesi in questione ha espressamente affermato che *“anche l'acquisizione di tabulati, così come la captazione di conversazioni, è attività diretta ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare”* (Cass. Pen. Sez. VI, 22 settembre 2016, n. 49538), ed ha quindi dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, nella parte in cui prevede, anche per i tabulati, una disciplina *ad hoc* diversa da quella del codice di rito, poiché l'acquisizione del tabulato di traffico è *“in grado di rivelare elementi di non secondario rilievo inerenti alle comunicazioni di un membro del Parlamento, (essa) non costituisce inammissibile lesione del principio di uguale soggezione alla legge, ma attuazione del pertinente trattamento richiesto dalla garanzia costituzionale”*

<sup>8</sup> Al riguardo si v. la relazione delle Commissioni Permanenti I e II della Camera dei Deputati sulle proposte di legge n. 185 – 1235 – 1996 – 2261 – 2715 – 2836, presentate nel corso della XIV Legislatura.

<sup>9</sup> Per un primo sguardo d'insieme si v. GIRELLI, *Le intercettazioni indirette delle comunicazioni dei parlamentari*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/2014, 1 ss.

<sup>10</sup> Cass. Pen. Sez. IV, Ord. 4 febbraio 2004, n. 10772, con cui la Corte di Cassazione sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della Legge n. 140/2003, il quale, secondo una determinata interpretazione, pretendeva l'autorizzazione *ex post* di un ramo del Parlamento anche rispetto alle intercettazioni di conversazioni alle quali aveva partecipato un soggetto, diverso dal parlamentare, che però interloquiva per conto e nell'interesse di quest'ultimo, quale "nuncius" della volontà di quest'ultimo (questione poi decisa dalla sentenza n. 163/2005 della Corte Costituzionale).

<sup>11</sup> Dunque all'esito della notifica dell'avviso di deposito degli atti delle intercettazioni, contenente l'indicazione della facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, avviso che, secondo la Suprema Corte, rimane a carico del Pubblico Ministero anche in caso di applicazione finalizzata all'esercizio delle valutazioni inerenti la necessità, ai fini della decisione, delle intercettazioni che abbiano intercettato casualmente un parlamentare: così Cass. Pen. Sez. VI, 28 maggio 2007, n. 30957.

<sup>12</sup> CICONETTI, *Le intercettazioni indirette nei confronti dei parlamentari*, in *Giur. It.*, 2006, 462, nel commentare la sentenza della Corte Costituzionale n. 163/2005, immaginava che la Consulta sarebbe stata costretta ad occuparsi della dubbia costituzionalità, tra l'altro, dell'art. 6 della Legge n. 140/2003.

<sup>13</sup> In argomento si v. DIDDI, *Le novità in materia di intercettazioni telefoniche*, in *Penale Diritto e Procedura*, Roma 2020, 3, 545 ss.

<sup>14</sup> Rispetto a tale ipotesi anticipato alcune delle determinazioni che sarebbero state assunte dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 390/2007, GREVI, *Anomalie e paradossi in tema di intercettazioni «indirette» relative a membri del parlamento*, in *Cass. Pen.* 2007, 3159 ss.

<sup>15</sup> Sulla quale si v. TRACOGNA, *Al vaglio della Consulta le «intercettazioni indirette» di conversazioni di parlamentari*, in *Cass. Pen.* 2006, 453 ss.

<sup>16</sup> Cass. Pen. Sez. IV, Ord. 4 febbraio 2004, n. 10772, *cit. supra*, nota 8.

<sup>17</sup> La sentenza della Corte Costituzionale è stata quindi recepita sia dalla Corte di Cassazione nel procedimento in cui era stata sollevata la questione di legittimità (Cass. Pen. Sez. IV, 2 dicembre 2005, n. 43938), sia dalla giurisprudenza di legittimità successiva, tra cui Cass. Pen. Sez. I, 17 luglio 2006, n. 24621, commentata da CAIANIELLO, *Intercettazioni indirette*, *cit.*, 3246 ss.

<sup>18</sup> In argomento PIGNATELLI, *La «singolarità» della fattispecie aiuta (e aiuterà) la Corte a non decidere sulla legittimità delle intercettazioni indirette*, in *Forum Quad. Cost.*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>19</sup> Secondo TRACOGNA, *Al vaglio della Consulta*, *cit.*, 462- 463, a questo punto le disposizioni della Legge n. 140/2003 avrebbero dovuto trovare applicazione esclusivamente in relazione alle intercettazioni dirette (art. 4) ed a quelle indirette (art. 6), non essendovi, d'altra parte, alcuna possibilità di ritenere costituzionalmente dovuta la previsione di un'autorizzazione *ex post* per l'utilizzabilità delle registrazioni di colloqui ai quali il parlamentare abbia preso occasionalmente parte. Ciò pur riconoscendo, ma non condividendo, che in questo modo non si sarebbe posta alcuna possibile forma di controllo rispetto alle intercettazioni "maliziosamente assunte, vale a dire senza tenere conto dell'obbligo di chiedere l'autorizzazione, almeno nel momento in cui vi era la certezza che esse riguardavano un parlamentare" (così l'On. Gaetano Pecorella nel corso di uno dei suoi interventi in assemblea, in *Atti Camera, XIII Legislatura, Assemblea, Resoconto stenografico della seduta del 14 luglio 1999*, n. 568, 5 – [http://leg13.camera.it/\\_dati/leg13/lavori/stenografici/sed568/pdfs001.pdf](http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stenografici/sed568/pdfs001.pdf)).

<sup>20</sup> MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, Milano 2008, 148-149, la qualifica come la pronuncia di gran lunga più rilevante in tema di intercettazioni di parlamentari; ZANON, *Il regime delle intercettazioni "indirette" e "occasional" fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23/2007, la ritiene "un passaggio cruciale per la costruzione di un corretto rapporto tra esigenze di tutela della funzione parlamentare, legittimo ricorso a strumenti d'investigazione particolarmente pervasivi (come le intercettazioni), e utilizzazione processuale dei loro risultati".

<sup>21</sup> Corte Cost., Ord. 23 novembre 2007, n. 389.

<sup>22</sup> Si tratta, secondo GREVI, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni «indirette» (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, in *Giur. Cost.* 2007, 4385 ss., di una sentenza che incide sul più evidente profilo di illegittimità costituzionale della norma, i cui vari elementi di criticità erano già stati sottolineati dall'Autore in *Anomalie e paradossi in tema di intercettazioni «indirette»*, *cit.*

<sup>23</sup> Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 390, *considerato in diritto*, § 5.1.

<sup>24</sup> *Considerato in diritto*, § 5.4.

<sup>25</sup> *Considerato in diritto*, § 5.2.

<sup>26</sup> *Considerato in diritto*, § 5.3.

<sup>27</sup> *Considerato in diritto*, § 5.4.

<sup>28</sup> Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 188. Per un commento critico si v. CERASE, *Anatomia critica delle immunità parlamentari italiane*, Soveria Mannelli 2011, 174.

<sup>29</sup> Rispetto ai membri della Camera dei Deputati è competente la Giunta per le autorizzazioni.

<sup>30</sup> *Ritenuto in fatto*, § 1.

<sup>31</sup> *Considerato in diritto*, § 4.

<sup>32</sup> Il principio, espresso *ibidem*, è stato ripreso da Corte Cost., 21 luglio 2010, Ord. n. 263, con cui è stata dichiarata inammissibile una questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della Legge n. 140/2003 per difetto di descrizione della fattispecie concreta e di motivazione sulla rilevanza (*rectius* necessità) delle intercettazioni e sulla loro natura casuale piuttosto che indiretta.

<sup>33</sup> La motivazione, secondo la giurisprudenza di legittimità, deve dar conto dell'esistenza di gravi indizi di un reato rientrante tra quelli indicati dagli artt. 266 e 266 bis, ed in particolare deve spiegare per quali ragioni si ritiene verosimile che il reato sia stato commesso, indicando gli elementi dai quali tali indizi sono desunti e la loro idoneità a connotarne la gravità, secondo un vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose (così, *ex plurimis*, Cass. Pen. Sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 10902; Cass. Pen. Sez. II, 1° marzo 2005, n. 10881)

<sup>34</sup> Sul punto merita ricordare che l'art. 8 CEDU prevede che "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". La giurisprudenza di legittimità, sul punto, si affida, invece, al prudente apprezzamento del giudice di merito, imponendogli di formulare una valutazione non caratterizzata da manifesta illogicità.

<sup>35</sup> Al riguardo la Consulta afferma che è "di tutta rilevanza che la concreta indisponibilità o impraticabilità o anche solo difficoltà di indagini alternative tanto più giovano a giustificare l'atto nei confronti del parlamentare in termini di «necessità»". *Considerato in diritto*: § 6.

<sup>36</sup> *Considerato in diritto*, § 6.

<sup>37</sup> Della sentenza, e della recentissima sentenza n. 38/2019 (Corte Cost, 6 marzo 2019, n. 38), si occupa, rispetto al tema della ragionevolezza dell'equiparazione, contenuta nella disciplina in esame, tra tabulati di traffico telefonico ed intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, GIRELLI, *La "legittimità" della tutela dello spazio comunicativo del parlamentare*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1/2020, 247 ss.

<sup>38</sup> Corte Cost., 25 marzo 2010, nn. 113 e 114. In argomento si v. NEGRI, *Intonazioni lontane dalla sentenza capostipite, nella coppia di pronunce con cui la Corte Costituzionale riprende il tema delle intercettazioni "indirette" relative a parlamentari*, in *Giur. Cost.* 2010, 2702.

<sup>39</sup> Corte Cost., n. 114/2010, *Considerato in diritto*, § 5.

<sup>40</sup> Corte Cost., n. 114/2010, *Considerato in diritto*, § 3.3.

<sup>41</sup> Il contenuto delle sentenze nn. 113 e 114/2010, così come quello della sentenza n. 390/2007 informa tutta la giurisprudenza successiva: si v., *ex plurimis*, Cass. Pen. Sez. II, 22 febbraio 2013, n. 8739.

<sup>42</sup> Si esprime il concetto di "intercettazioni mirate all'ascolto del parlamentare" Cass. Pen. Sez. VI, 27 marzo 2019, n. 29901.

<sup>43</sup> Cass. Pen. Sez. Fer., 22 settembre 2010, n. 34244, in *Cass. Pen.* 2011, 947 ss, brevemente commentata da SANTALUCIA, *ivi*, 950 ss., in relazione alla facoltà delle parti di presentare memorie difensive in ogni stato e grado ed alla connessa violazione dell'obbligo di motivazione da parte del giudice che non abbia puntualmente analizzato e superato le doglianze e le considerazioni contenute nelle memorie.

<sup>44</sup> Aggiunge tale ultimo parametro Cass. Pen. Sez. VI, 5 aprile 2017, n. 34552.

<sup>45</sup> CESARI, *Un nuovo fronte problematico delle intercettazioni indirette nei confronti di parlamentari: le ambiguità irrisolte della L. n. 140 del 2003 all'esame della Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.* 2011, 962.

<sup>46</sup> Così Cass. Pen. Sez. III, 12 aprile 2019 n. 16056.

<sup>47</sup> Corte Cost. n. 390/2007, *cit.*

<sup>48</sup> GUP Trib. Roma, Ord. 7 novembre 2019, non pubblicata.

<sup>49</sup> Sull'udienza stralcio si v. MAISANO – PIAZZA, *La riforma delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Nuovi percorsi operativi per il difensore*. Note sul D.L. 161/2019 in corso di conversione, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 2, 4 ss.

<sup>50</sup> In argomento GALLO, *La procedura di deposito e selezione delle intercettazioni*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), ricorda che "la procedura delineata dall'art. 268 cpp è stata finora del tutto desueta come gli addetti ai lavori sanno, senza che il suo mancato espletamento abbia mai dato adito ad ipotesi di nullità o inutilizzabilità. E di regola il momento della selezione delle conversazioni rilevanti è sempre fino ad oggi avvenuto in sede dibattimentale nel contraddittorio tra le parti al momento dell'ammissione delle prove. I motivi del rinvio della selezione al dibattimento sono da ricercarsi nella onerosità della



*procedura prevista dall'art. 268 cpp in ragione dell'attività di trascrizione con cui la stessa si conclude, attività che si rivela inutile nei casi in cui le parti scelgano di definire il procedimento con riti alternativi per i quali sono utilizzabili tutti gli atti contenuti nel fascicolo del pm, tra i quali quelli relativi alle intercettazioni". Non si intende, per ovvie ragioni, approfondire il tema dell'incidenza, su tale sistema, delle richieste di giudizio immediato cautelare, rispetto alle quali certamente non vi è alcuna possibilità di intervento da parte degli imputati o dei loro difensori.*

<sup>51</sup> Corte Cost. n. 188/2010, *cit.*

<sup>52</sup> Corte Cost., Ord. 15 novembre 2012, n. 255.

<sup>53</sup> Cass. Pen. Sez. III, 4 marzo 2020, n. 8795.

## Sospensione condizionale della pena e condanna infratriennale: vademecum operativo sui divieti cautelari imposti dall'art. 275, comma 2 bis, c.p.p.

di **A. Gatto**

Poche norme del codice di rito hanno fatto insorgere, nel corso degli ultimi anni, questioni interpretative e contrasti giurisprudenziali, anche in seno alla Suprema Corte di Cassazione, come il disposto (o, meglio, le disposizioni) dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p.

Nel contributo, in attesa di un quanto mai opportuno intervento delle Sezioni Unite, vengono analizzati i predetti contrasti, offrendone una lettura critica.

Basti pensare, ad esempio: alle misure cautelari effettivamente escluse; al significato da attribuire alla clausola di riserva "salvo quanto previsto dal comma 3"; alla questione attinente all'applicabilità del comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p. alla sola fase genetica, di applicazione originaria del regime cautelare, o anche alla fase dinamica, di gestione, sostituzione e revoca del trattamento cautelare adottato in precedenza; oppure, ancora, agli effetti da attribuire, in sede cautelare, alla sopravvenuta pronuncia di una sentenza di condanna (non ancora irrevocabile) a pena detentiva non superiore a tre anni.

Viene proposto, infine, uno schema riepilogativo, di agevole consultazione, dei molteplici limiti enucleabili dal comma in commento e delle relative eccezioni.

**Sommario.** **1.** La ricostruzione storica della disposizione. – **2.** I divieti connessi alla sospensione condizionale della pena. – **2.1.** Lo specifico riferimento a "custodia cautelare in carcere" e "arresti domiciliari". – **2.2.** Le misure cautelari di cui agli artt. 285 bis e 286 c.p.p. – **2.3.** Le misure previste nel processo minorile. – **2.4.** L'applicabilità anche in fase dinamica. – **3.** I divieti attinenti alla condanna infratriennale. – **3.1.** "Salvo quanto previsto dal comma 3". – **3.2.** L'eccezione dell'aggravamento sanzionatorio ex art. 276 comma 1 ter c.p.p. – **3.3.** La condanna infraquinquennale per evasione ex art. 284 comma 5 bis c.p.p. – **3.4.** L'inesistibilità del regime derogatorio di cui all'art. 391 comma 5 c.p.p. – **3.5.** Il delitto di evasione e la barriera preclusiva dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p. – **3.6.** Divieto di custodia carceraria solo in fase genetica o anche in fase dinamica? – **3.7.** La prognosi di pena e il principio dell'assorbimento. – **3.8.** I reati ostativi e la mancanza di un luogo di esecuzione dei domiciliari. – **3.9.** La rilevabilità d'ufficio dei divieti previsti dall'art. 275 comma 2 bis c.p.p. – **4.** Schema finale di sintesi.

### 1. La ricostruzione storica della disposizione.

Al fine di meglio lumeggiare la portata normativa delle disposizioni contenute nell'attuale testo dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., appare opportuno procedere preliminarmente alla ricognizione storica della statuizione in esame.

Il comma 2 bis dell'art. 275 del codice di rito è stato introdotto dall'art. 4 della L. 332/1995<sup>1</sup>, secondo cui "Non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena".

Il testo originario del comma in commento, dunque, prevedeva semplicemente il divieto di disporre la misura della "custodia cautelare" in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concedibilità, con la successiva sentenza di condanna in sede di

giudizio di merito, del beneficio della sospensione condizionale della pena.

Il comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p. è stato poi modificato, dopo circa un ventennio, dall'art. 8 del D.L. 92/2014, il quale ha statuito: "Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni".

Come si vede, il Decreto Legge del 2014 è intervenuto a modificare il primo periodo del comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p., in relazione alla sospensione condizionale, e ha introdotto un nuovo (secondo) periodo alla disposizione in esame, che attiene, invece, all'entità della "pena detentiva da eseguire".

In verità, la modifica apportata al primo periodo, con la semplice sostituzione dell'espressione "*misura della custodia cautelare*" con quella "*misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari*", non ha sostanzialmente alcuna reale portata normativa, in virtù di quanto stabilito dall'art. 284 comma 5 c.p.p., secondo cui "*l'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare*"<sup>2</sup>.

Vi era già, dunque, una specifica disposizione, nell'ambito del codice di rito, che faceva (e fa) convergere nell'espressione "*custodia cautelare*", sia la misura della custodia in carcere sia quella degli arresti domiciliari.

Certamente più innovativa e problematica risulta, invece, la disposizione contemplata nel secondo alinea dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 92/2014.

In ogni caso, va rilevato che, in sede di conversione, la L. 117/2014 ha significativamente modificato il testo introdotto dal D.L. 92/2014, con la conseguenza che ne è scaturito il seguente testo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.: "*Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice*"<sup>3</sup>.

L'ultima modifica che ha interessato il comma in esame è stata introdotta dal recente art. 16 comma 1 L. 69/2019, che ha aggiunto il reato di cui all'art. 612 *ter* c.p. (Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti) all'elenco dei delitti esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. (terzo periodo del medesimo comma).

Così ricostruiti gli interventi legislativi che hanno, dapprima, introdotto e, successivamente, modificato il testo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., è possibile ora procedere all'analisi dei contenuti della disposizione in esame.

## 2. I divieti connessi alla sospensione condizionale della pena.

Come anticipato, l'originario testo del codice di rito non prevedeva alcuna disposizione specifica attinente al particolare rilievo in sede cautelare della prognosi di concedibilità, con la sentenza destinata a definire il giudizio di merito, del beneficio della sospensione condizionale della pena.

Una puntuale statuizione in tal senso è stata introdotta solo con la L. 332/1995, la quale ha inserito, nel testo dell'art. 275 c.p.p., il comma 2 *bis*. A seguito delle modifiche intervenute con la L. 117/2014, il testo attualmente in vigore del primo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., risulta, dunque, essere il seguente: "*Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena*".

È stato, pertanto, espressamente previsto un preciso divieto di applicazione della custodia cautelare nell'ipotesi in cui sia prevedibile, da parte del Giudice della cautela, la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena con la sentenza di definizione del giudizio di merito.

La Corte costituzionale, chiamata subito a pronunciarsi sulla conformità di tale disposizione ai principi costituzionali (in particolare: artt. 3, 25 comma 1, 27 comma 2 e 101 comma 2 Cost.) ha statuito che la norma in questione, non solo non contrasta con la Carta costituzionale, ma rappresenta "*il naturale sviluppo del principio di proporzionalità sancito dal comma 2 dello stesso art. 275 c.p.p., giacché, alla indefettibile correlazione che deve stabilirsi tra il differenziato livello di compressione della libertà personale, tipico di ciascuna misura, e l'entità della sanzione che si ritiene possa essere irrogata, coerentemente si sovrappone l'inapplicabilità delle più gravi misure custodiali nell'ipotesi in cui il giudice ritenga che l'irroganda pena possa non essere eseguita per la sussistenza dei presupposti che legittimano la concessione del beneficio della sospensione condizionale*"<sup>4</sup>.



### 2.1. Lo specifico riferimento a “custodia cautelare in carcere” e “arresti domiciliari”.

È certamente da ritenere che il divieto di applicazione della custodia cautelare in ipotesi di previsione della concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena riguardi, stando alla lettera dell’art. 275 comma 2 *bis* (primo periodo) c.p.p., solo ed esclusivamente le due misure custodiali inframuraria e domiciliare, non anche le misure meramente coercitive e interdittive<sup>5</sup>.

Il principio era già pacificamente affermato dalla giurisprudenza, vigente il precedente testo della disposizione in esame, che utilizzava l’espressione “custodia cautelare”. L’assunto è ulteriormente confermato oggi, a seguito delle modifiche intervenute con il D.L. 92/2014 conv. in L. 117/2014, che, in maniera ancor più chiara, specifica che il divieto riguarda la “custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari”.

Il divieto sancito dall’art. 275 comma 2 *bis* (primo periodo) c.p.p. si riferisce, pertanto, esclusivamente alla custodia carceraria e agli arresti domiciliari, non alle misure non custodiali o interdittive<sup>6</sup>.

In tal senso depone la costante giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il divieto di applicazione di una misura cautelare, allorché sia ipotizzabile la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena nell’eventualità di condanna nel giudizio di merito, è riferibile soltanto alla misura carceraria e agli arresti domiciliari e non alle altre limitazioni della libertà personale che possono essere disposte in fase cautelare<sup>7</sup>.

Se così è, e non v’è dubbio che lo sia, stante il tenore letterale della norma in esame, occorre comunque considerare che, poiché la disposizione dell’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. non formula alcun parametro oggettivo cui debba ancorarsi l’apprezzamento giudiziale circa la prognosi di applicabilità del beneficio della sospensione condizionale della pena, ai fini dell’eventuale applicazione della misura coercitiva è d’obbligo il riferimento ai limiti fissati dagli artt. 163 e 164 c.p. e alla pericolosità dell’indagato, desumibile dagli indici previsti dall’art. 133 c.p., inerenti al delitto contestato, alle modalità di esecuzione e alla personalità del prevenuto, perché possa in definitiva argomentarsi che l’autore del fatto si asterrà dal commettere ulteriori reati<sup>8</sup>.

Conseguentemente, la pericolosità sociale dell’indagato non può che essere apprezzata sulla base dei medesimi parametri valutativi, sia che si tratti di pronosticare la futura concedibilità del beneficio della sospensione condizionale, sia che si intenda valutare la probabilità di futura commissione di ulteriori delitti. I criteri da adottare, desumibili dall’art. 133 c.p., risultano, infatti, assolutamente sovrapponibili.

In virtù di tali considerazioni, se è vero che la disposizione di cui all’art. 275 comma 2 *bis* (primo periodo) c.p.p., con il conseguente divieto di applicazione della custodia cautelare, riguarda le sole misure della custodia inframuraria e della tutela domiciliare, appare evidente che una motivazione che, da un lato, affermi che l’indagato può beneficiare (con ogni probabilità) in futuro della concessione del beneficio della sospensione condizionale in quanto non pericoloso (art. 164 comma 1 c.p.) e, dall’altro, sostenga che possono comunque adottarsi nei suoi confronti altre misure cautelari, coercitive o interdittive (purché non custodiali), in quanto è probabile che egli torni a delinquere (*ex art. 274 lett. c c.p.p.*), rischia seriamente di apparire contraddittoria.

Il giudizio prognostico sulla probabile concessione della sospensione condizionale della pena, che legittima il rigetto della richiesta di applicazione della misura cautelare ai sensi dell’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., implica, infatti, l’esclusione del pericolo di reiterazione del reato, dal momento che la concessione della sospensione è indefettibilmente correlata a una previsione favorevole in ordine alla condotta futura del condannato<sup>9</sup>, con la conseguenza che la ritenuta sussistenza del pericolo di reiterazione del reato esime il Giudice dal dovere di motivare sulla prognosi relativa alla concessione della sospensione condizionale della pena<sup>10</sup>.

Nel peculiare caso in cui si ritenga sussistente il solo pericolo di fuga, la previsione favorevole in ordine alla concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena, traducendosi in una prognosi di pena detentiva finale non superiore a due anni, preclude la possibilità di adottare qualsiasi misura cautelare (custodiale, coercitiva o interdittiva), atteso che l’art. 274 comma 1 lett. b) c.p.p. consente l’applicazione di misure cautelari quando l’imputato si è dato alla fuga o sussiste un concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga,

solo qualora il Giudice ritenga “che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione”.

## 2.2. Le misure cautelari di cui agli artt. 285 bis e 286 c.p.p.

Resta da affrontare e risolvere la questione attinente alla possibilità di applicare, pur in presenza di una prognosi favorevole in relazione alla concedibilità del beneficio della sospensione condizionale, le misure della custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri (art. 285 bis c.p.p.) e della custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.).

Il problema si è posto, in particolare, proprio a seguito della riforma introdotta nel 2014.

Invero, in precedenza, il primo periodo dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p., come si è detto, in presenza della possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena, escludeva, in maniera omnicomprensiva, la “custodia cautelare”, certamente inclusiva della custodia in carcere (art. 285 c.p.p.), degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.), per via di quanto disposto dal richiamato art. 284 comma 5 c.p.p., ma anche della custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri (art. 285 bis c.p.p.) e della custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.), trattandosi, anche sotto il profilo strettamente letterale e nominalistico, pur sempre di forme alternative di “custodia cautelare”.

Come si è visto, con l’entrata in vigore del D.L. 92/2014, convertito sul punto senza modifiche dalla L. 117/2014, nel primo periodo dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p., il riferimento all’ampio e generico concetto di “custodia cautelare” è stato sostituito con il richiamo alle due specifiche misure custodiali della “custodia cautelare in carcere” (art. 285 c.p.p.) e degli “arresti domiciliari” (art. 286 c.p.p.).

Già il parere espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura sul D.L. 92/2014, ammoniva: “Per quanto apprezzabile sia la finalità perseguita, non può sottacersi, al riguardo, che l’espressa, congiunta citazione di custodia in carcere ed arresti domiciliari pone il problema, da affrontare e risolvere in via ermeneutica ovvero attraverso l’introduzione di opportuno emendamento, dell’estensione, certamente ragionevole, del divieto di applicazione alle residue misure cautelari di tipo detentivo (quali la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri ex art. 285-bis c.p.p., la custodia cautelare in

luogo di cura prevista dall’art. 286 c.p.p. ovvero il collocamento in comunità per i minorenni)”<sup>11</sup>.

Sebbene il monito del Consiglio sia rimasto inascoltato e la L. 117/2014 abbia convertito il primo periodo dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p. confermando l’identico testo riportato nel D.L. 92/2014, a parere di chi scrive, sarebbe certamente irragionevole ritenere che, nonostante l’esplicito richiamo alle sole misure cautelari della “custodia in carcere” e degli “arresti domiciliari”, il Legislatore del 2014 abbia inteso espungere dal novero delle misure precluse dalla disposizione in esame la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri di cui all’art. 285 bis c.p.p. e la custodia cautelare in luogo di cura prevista dall’art. 286 c.p.p.

Appare decisiva, in proposito, la considerazione secondo la quale, se il Legislatore ha espressamente inteso impedire, in ipotesi di concedibilità della sospensione condizionale della pena, la misura degli arresti domiciliari, certamente avrà inteso escludere anche l’applicabilità di misure ancor più gravose e restrittive della libertà personale, quali le due cautele previste dagli artt. 285 bis e 286 c.p.p.

Dovendo, dunque, riconoscere un senso alla modifica apportata dal D.L. 92/2014 (e dalla L. 117/2014) alla prima parte dell’art. 275 bis c.p.p., pena un’interpretazione abrogativa della stessa, non può che concludersi che, sostituendo il generico richiamo alla “custodia cautelare” con quello più specifico alla “custodia cautelare in carcere” e agli “arresti domiciliari”, il Legislatore non abbia inteso operare una restrizione applicativa della norma preesistente, espungendo dal novero delle misure interdette quelle di cui agli artt. 285 bis e 286 c.p.p., bensì marcare la differenza tra primo e secondo periodo dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p.

La modifica del 2014 si prefigge, dunque, lo scopo di chiarire che la misura degli arresti domiciliari è preclusa solo in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concedibilità della sospensione condizionale, non invece dalla semplice previsione della comminatoria di una pena detentiva non superiore a tre anni.

## 2.3. Le misure previste nel processo minorile.

Sussiste contrasto, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in ordine all’applicabilità del primo comma dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p. alle misure cautelari della permanenza in casa e del

collocamento in comunità, rispettivamente previste dagli artt. 21 e 22 D.P.R. 448/1988 nell'ambito del processo minorile.

Secondo un primo orientamento, la disposizione in esame sarebbe estensibile alle predette misure, con la conseguenza che, in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concedibilità della sospensione condizionale della pena, non sarebbero applicabili al minore, non soltanto la custodia in carcere (art. 23 D.P.R. 448/1988), ma neppure la permanenza in casa e il collocamento in comunità<sup>12</sup>.

È stato, in proposito, statuito che l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., inserito dall'art. 4 L. 332/1995, secondo cui *“non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza penale possa essere concessa la sospensione condizionale della pena”* è riferibile anche alle misure introdotte dagli artt. 21 e 22 del rito minorile (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) e non solo all'ipotesi della custodia cautelare in carcere. Infatti, non può negarsi - nelle misure della permanenza in casa e del collocamento in comunità - un rilevante e decisivo carattere o contenuto di limitazione della libertà personale del minore che giustifica, ai fini dell'applicazione dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., un trattamento comune alle altre *“misure custodiali”*<sup>13</sup>.

In senso contrario, si è invece sostenuto che l'art. 275 comma 2 *bis* (prima parte) c.p.p. è riferibile alla sola custodia cautelare in carcere e non anche alle misure introdotte dagli artt. 21 e 22 del rito minorile (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448); e ciò perché, secondo quanto espressamente stabilito rispettivamente dai commi quarto e terzo delle citate disposizioni, con queste ultime misure il minore viene considerato in stato di custodia cautelare ai soli fini della durata massima della misura e del calcolo della pena da scontare, mentre per il resto è considerato libero anche se sottoposto a prescrizioni ed obblighi<sup>14</sup>.

A parere di chi scrive, è proprio quest'ultimo l'orientamento ermeneutico da preferire.

In tal senso depone, oltre agli argomenti valorizzati dalla giurisprudenza di legittimità, la lettera del disposto di cui al primo periodo del secondo comma *bis* dell'art. 275 c.p.p., il quale, soprattutto a seguito della riforma del 2014, fa specificamente riferimento alle sole misure della *“custodia cautelare in carcere”* e degli *“arresti domiciliari”*.

Inoltre, le cautele della permanenza in casa e del collocamento in comunità non paiono disegnate dal

D.P.R. 448/1988 come misure a carattere strettamente *“custodiale”*. Esse, infatti, oltre a salvaguardare le esigenze cautelari, sono finalizzate a promuovere attività di studio o lavoro o comunque attinenti all'educazione del minore (art. 21 comma 2, richiamato dall'art. 22 comma 3 del predetto Decreto)<sup>15</sup>.

Diverso risulta, poi, l'apparato sanzionatorio in ipotesi di violazione delle prescrizioni rispetto a quello previsto per le misure *“custodiali”*.

La disciplina normativa, dunque, non sembra prestarsi all'appiattimento di tali cautele sulle misure custodiali, derivandone la non estensibilità alle stesse del disposto di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

Va, infine, rimarcato che, per gli imputati minorenni, la sospensione condizionale può essere concessa con sentenza di condanna a pena fino a tre anni, non a due come per gli imputati maggiorenni (art. 163 comma 2 c.p.), con la conseguenza che, estendendo il primo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. alle misure della permanenza in casa e del collocamento in comunità, queste ultime sarebbero precluse per condanne fino a tale più elevata soglia, coincidente con quella del secondo periodo del medesimo articolo, che non esclude la custodia domiciliare, ma solo quella carceraria.

Ne deriverebbe, dunque, una sensibile distorsione della disposizione in esame.

#### **2.4. L'applicabilità anche in fase dinamica.**

La disposizione di cui al primo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., inerente alla concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena, opera sia in fase genetica che in fase dinamica, cioè sia al momento di prima applicazione del regime cautelare, sia per tutta la sua durata.

Conseguentemente, qualora in fase genetica sia stata effettuata una prognosi sfavorevole (che esclude la concessione del beneficio) e la sospensione sia stata, invece, concessa con il provvedimento di condanna (anche non irrevocabile), con la pronuncia della sentenza, la misura cautelare perde efficacia, in virtù di quanto espressamente statuito dall'art. 300 comma 3 c.p.p., oltre che dall'art. 532 comma 2 c.p.p.<sup>16</sup>.

Occorre, anzi, osservare che, mentre, come si è detto, in ipotesi di prognosi di concessione della sospensione condizionale, il disposto dell'art. 275

comma 2 *bis* c.p.p. preclude (letteralmente) solo la possibilità di adottare la custodia carceraria e gli arresti domiciliari, nel momento in cui viene pronunciata una sentenza a pena condizionalmente sospesa, in virtù di quanto previsto dagli articoli suindicati, cessa di avere efficacia qualsiasi misura cautelare, dunque, non soltanto le misure a carattere custodiale, ma anche quelle meramente coercitive o interdittive.

La giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente chiarito che, in quest'ultimo caso, cessano di produrre effetti anche tutte le prescrizioni accessorie rispetto alla misura cautelare.

Si è, in particolare, affermato che la misura patrimoniale dell'ingiunzione del pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi, le quali per effetto della misura cautelare di allontanamento dalla casa familiare, rimangano prive di mezzi adeguati, eventualmente disposta dal Giudice ex art. 282 *bis* c.p.p., ha carattere provvisorio ed è accessoria rispetto alla misura cautelare personale dell'allontanamento dalla casa familiare. In caso di sentenza di condanna a pena detentiva condizionalmente sospesa, dunque, perdono efficacia sia la misura cautelare personale, sia quella patrimoniale<sup>17</sup>.

### 3. I divieti attinenti alla condanna infratriennale.

Operata la trattazione del primo alinea del comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., dedicato agli effetti in sede cautelare della prognosi di concedibilità del beneficio della sospensione condizionale, è ora possibile passare all'esame degli ulteriori due periodi di cui si compone il predetto comma.

Tali disposizioni, come anticipato, hanno introdotto un divieto di applicazione della sola misura della custodia in carcere (non anche della gradata misura degli arresti domiciliari), in ipotesi di prognosi di sentenza di condanna a pena infratriennale.

È stato, infatti, chiarito che il divieto di applicazione della misura degli arresti domiciliari, previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., così come novellato dal D.L. 92/2014 convertito con L. 117/2014, consegue esclusivamente alla prognosi di prevedibile concessione della sospensione condizionale della pena e non anche a quella di prevedibile irrogazione di una pena detentiva non superiore ai tre anni<sup>18</sup>.

È proprio in relazione alla seconda parte dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. che si sono registrati i maggiori

problemi applicativi e i più accesi contrasti giurisprudenziali e dottrinali, già a partire dalla clausola di riserva con cui si apre il secondo periodo del comma in commento.

#### 3.1. “Salvo quanto previsto dal comma 3”.

Secondo l'indirizzo interpretativo ampiamente maggioritario della Suprema Corte, i limiti di applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p. possono essere superati dal Giudice qualora ritenga, secondo quanto previsto dal successivo comma terzo, prima parte, del medesimo art. 275 c.p.p., comunque inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari ogni altra misura meno afflittiva<sup>19</sup>. Il ragionamento della Corte muove dall'*incipit* del secondo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. (“salvo quanto previsto dal comma 3”), la disposizione che, fatte salve alcune specifiche eccezioni, impone, come si è detto, il divieto di applicazione della custodia in carcere qualora non sia prevedibile la comminatoria di una pena superiore a tre anni di reclusione con la sentenza che definirà il giudizio di merito.

Orbene, secondo le predette sentenze, con la clausola di riserva “salvo quanto previsto dal comma 3”, il Legislatore intenderebbe porre, come deroga al divieto di applicazione della misura custodiale massima sancito dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., il principio contenuto nel primo periodo del terzo comma del medesimo articolo, secondo cui “la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate” (art. 275 comma 3, primo periodo, c.p.p.).

Secondo questa impostazione, pertanto, il Giudice, pur operando una prognosi di pena inferiore a tre anni, potrebbe comunque disporre la custodia carceraria, qualora ritenga inadeguate tutte le altre misure cautelari, anche cumulativamente applicate. Sebbene numerosissime siano le sentenze che affermano il predetto principio, l'unica pronuncia che ne contiene la motivazione è la sentenza capostipite Jabbar del 2015.

Proprio per la sua importanza e per il fatto di costituire l'unica argomentazione a fondamento di un principio di diritto tralattivamente ribadito fino ad oggi dalla data di entrata in vigore della riforma del

2014, che ha novellato il testo dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p. introducendo lo sbarramento legato alla prognosi di pena infratriennale, appare opportuno richiamare testualmente quanto, in quella sede, affermato dalla Suprema Corte:

*“Le deroghe si giustificano con quanto prevede l'art. 656, cod. proc. pen., secondo il quale, normalmente, l'esecuzione della sentenza di condanna a pena detentiva resta sospesa nei confronti di chi deve scontare una pena residua non superiore a tre anni di reclusione, a meno che, appunto, non si tratti di condannati per delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (art. 656, comma 9, lett. a, cod. proc. pen.).*

*In questi casi la condanna viene eseguita anche se la pena da scontare non è superiore a tre anni. È chiara la ratio dell'intervento legislativo: impedire a chi si ritiene che non dovrà espiare la pena in carcere ogni inutile contatto con la realtà inframuraria.*

*Occorre tuttavia considerare che, secondo quanto prevede lo stesso art. 656, comma 9, lett. b), cod. proc. pen., la sospensione della esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni di reclusione non può essere disposta nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere al momento in cui la sentenza diviene definitiva.*

*Si tratta di regola, non modificata dall'intervento legislativo del 2014, che dimostra come lo stesso Legislatore contempra la possibilità che, nonostante i limiti e le preclusioni previste dall'art. 275, comma 2-bis, secondo paragrafo, la misura della custodia cautelare in carcere può essere applicata quando il Giudice ritenga possibile una condanna a pena uguale o inferiore a tre anni di reclusione e contestualmente reputi inutile, sul piano cautelare, ogni altra misura meno afflittiva (tanto varrebbe, allora, non applicare affatto alcuna misura cautelare)”.*

Alla luce di tale considerazione, i Giudici di legittimità hanno statuito il seguente principio di diritto: *“il Giudice può prescindere dai limiti di applicabilità della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275, comma 2-bis, secondo paragrafo, cod. proc. pen., come introdotto dall'art. 8, comma 1, d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, quando, ai sensi del successivo comma 3, prima parte, ritenga comunque inadeguata*

*ogni misura cautelare meno afflittiva a soddisfare le esigenze cautelari”.*

Nell'interpretazione offerta dalla Corte, quindi, appare decisivo il richiamo all'art. 656 comma 9, lett. b), c.p.p., il quale, in deroga a quanto previsto dal comma 5 del medesimo art. 656 c.p.p., anche al di fuori dei casi in cui si proceda per i delitti ostativi previsti dall'art. 656 comma 9, lett. a), c.p.p. (sostanzialmente i medesimi che costituiscono eccezione anche in sede cautelare, ai sensi dall'art. 275 comma 2 bis, terzo periodo, c.p.p.), prevede che, anche in ipotesi di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni di reclusione, sia possibile che, nel momento in cui diviene irrevocabile la sentenza di condanna, l'imputato si trovi in custodia cautelare in carcere.

Ciò dimostrerebbe che il divieto di custodia carceraria sancito dall'art. 275 comma 2 bis, secondo periodo, c.p.p., può essere superato dal richiamo all'art. 275 comma 3 c.p.p., inteso con riferimento al primo periodo di detta disposizione, che consente, sebbene in termini di *extrema ratio*, l'applicabilità della custodia in carcere.

Orbene, la tesi in esame prende le mosse dall'effettivo intento del Legislatore del 2014 di creare una connessione tra fase cautelare e fase esecutiva. Nella premessa del D.L. 92/2014, si legge, infatti, *“ritenuta, ulteriormente, la straordinaria necessità e urgenza di modificare il comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva”.*

Tuttavia, l'assunto che la Corte ne ricava, già non condivisibile - a parere di chi scrive - nel momento in cui è stato elaborato (anno 2015), risulta totalmente superato dalle modifiche normative intervenute successivamente e, in particolare, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 41/2018<sup>20</sup>, che ha elevato da tre a quattro anni la soglia generale di pena detentiva entro la quale è prevista la sospensione dell'esecuzione.

Procedendo con ordine, è possibile rilevare che, anche prescindendo da quanto statuito dal Giudice delle leggi nel 2018, il disposto dell'art. 656 comma 9, lett. b), c.p.p. non appare giustificare la generalizzata possibilità di applicazione della custodia in carcere, anche qualora, ai sensi dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., sia preventivabile o sia stata

pronunciata una sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni.

L'art. 656 comma 9, lett. b), c.p.p., infatti, offre "copertura" ad una serie di situazioni ben diverse da una generalizzata "deroga" all'art. 275 comma 2 bis, secondo periodo, c.p.p., quali in particolare:

- la mancanza di un luogo idoneo in cui eseguire la misura gradata degli arresti domiciliari (art. 275 comma 2 bis, terzo periodo, c.p.p.);
- i processi aventi ad oggetto reati sottoposti a "presunzione carceraria" (art. 275 comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p.);
- l'aggravamento sanzionatorio per evasione (art. 276 comma 1 ter c.p.p.);
- il caso in cui si proceda nei confronti di indagato o imputato già condannato per evasione nel quinquennio precedente i fatti-reato per cui si procede (art. 284 comma 5 bis c.p.p.).

Ciò, in disparte i reati ostativi di cui all'art. 275 comma 2 bis, terzo periodo, c.p.p., ai quali offre "copertura", in fase esecutiva, già la lett. a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p.

Conseguentemente, il disposto di cui all'art. 656 comma 9, lett. b), c.p.p. non perde la sua ragion d'essere, né appare norma eccentrica rispetto al sistema, anche interpretando la clausola di riserva dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p. ("*salvo quanto previsto dal comma 3*"), in relazione alle ipotesi derogatorie di cui al secondo e al terzo periodo del comma 3 del medesimo articolo e non in riferimento alla regola generale del primo periodo dello stesso comma.

Ciò detto, sviluppando argomentazioni vevoli sin dal momento di entrata in vigore del divieto di applicazione della custodia in carcere in ipotesi di previsione o di pronuncia di sentenza a condanna infratriennale e che possono essere tuttora ribadite, non può non osservarsi che il quadro normativo di riferimento è profondamente mutato a seguito della richiamata pronuncia della Corte costituzionale n. 41/2018, che ha sancito il definitivo "disallineamento" tra la previsione cautelare di cui all'art. 275 comma 2 bis c.p.p. e quella dettata, in fase esecutiva, dall'art. 656 commi 5 e 9 c.p.p.

Con detta sentenza, il Giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 656 comma 5 c.p.p., nella parte in cui prevedeva che il Pubblico Ministero sospendesse l'esecuzione della pena detentiva,

anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

Di conseguenza, il diverso limite di pena oramai previsto in sede cautelare (tre anni, ai sensi dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p.) e in sede esecutiva (quattro anni, in virtù del "nuovo" art. 656 comma 5 c.p.p.) rende ormai improponibile una lettura della disposizione cautelare in "combinato disposto" con l'art. 656 c.p.p.

La statuizione deve quindi essere interpretata in maniera "autonoma", scevra da condizionamenti specificamente attinenti alla fase esecutiva della pena.

Ciò anche alla luce della costante giurisprudenza di legittimità successiva alla richiamata sentenza della Consulta, secondo la quale l'intervento della Corte costituzionale sulla norma dettata in materia di esecuzione dall'art. 656 c.p.p. non impone affatto una rimodulazione, negli stessi termini (prevedendo, anche in tal caso, la soglia di pena di quattro anni), del disposto di cui all'art. 275 comma 2 bis c.p.p., stanti le profonde differenze esistenti tra pene e misure cautelari e le ragioni poste a fondamento della decisione del Giudice delle leggi, tutte interne alla fase di esecuzione della pena, non suscettibili di automatica estensione sul piano cautelare, la quale non può dunque ritenersi imposta dai principi di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.).

È stata, infatti, giudicata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude l'applicabilità della custodia cautelare nei casi in cui sia prevedibile l'irrogazione di una pena detentiva non superiore a tre anni, anziché a quattro, come previsto dall'art. 656 comma 5 c.p.p., nel testo risultante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, ad opera della sentenza n. 41/2018, non essendo ravvisabile alcuna irragionevolezza nella diversa individuazione del limite di pena, attesa la differente finalità dei due istituti, che consiste, nel primo caso, nel ridurre il ricorso alla custodia e, nel secondo, nel salvaguardare gli obiettivi di risocializzazione, propri esclusivamente della fase esecutiva<sup>21</sup>.

Conseguentemente, è indubbio che sia da preferire l'orientamento ermeneutico, allo stato minoritario, fatto proprio da alcune pronunce della Suprema Corte<sup>22</sup>, secondo cui la clausola di riserva contenuta nell'*incipit* dell'art. 275 comma 2 bis, secondo

periodo, c.p.p. (*“salvo quanto previsto dal comma 3”*) *“va logicamente riferita alle fattispecie in deroga”* previste dalla richiamata disposizione e *“non già alla previsione generale con cui si apre il succitato comma 3* (*“La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate”*): *invero, tenuto conto che il succitato art. 275 comma 2 bis introduce una ulteriore “soglia di sbarramento”, attraverso la previsione del limite di pena di cui si è detto, non avrebbe senso, pena lo svilimento della stessa innovativa disposizione inserita nel sistema, consentirne l’ordinario superamento sulla scorta di una valutazione discrezionale sempre rimessa al Giudice, quale appunto quella del primo periodo dell’art. 275 comma 3 del codice di rito; laddove la clausola in questione ha una sua ragion d’essere se rapportata alle ipotesi di cui alla seconda parte del medesimo comma 3 dell’art. 275, in quanto connotate da una valutazione, per così dire, in tutto o in parte “bloccata” - perché eseguita a monte dallo stesso Legislatore - di pericolosità dell’agente e di adeguatezza della massima misura coercitiva”<sup>23</sup>.*

Tale soluzione interpretativa appare maggiormente aderente al dato normativo e più rispettosa del rapporto esistente tra l’art. 275 comma 2 bis, secondo periodo, c.p.p. e la disposizione di cui all’art. 275 comma 3, primo periodo, c.p.p.

L’inciso *“salvo quanto previsto dal comma 3”* è, infatti, inserito all’interno di una disposizione (comma 2 bis, secondo periodo) che introduce una deroga ai principi di carattere generale in materia cautelare, stabilendo un paletto ben preciso per il Giudice della cautela, al quale è vietato adottare la misura inframuraria nel caso in cui non sia preventivabile l’inflizione di una pena detentiva superiore a tre anni con la sentenza che definirà il processo.

Se così è, il riferimento al terzo comma operato dal comma 2 bis dell’art. 275 c.p.p. non può che essere interpretato, non in relazione al primo periodo (principio generale di residualità della misura custodiale carceraria), bensì alle puntuali eccezioni a tale regola di carattere generale, contemplate dal secondo e dal terzo periodo del terzo comma del medesimo articolo (in sostanza, i soli delitti per i quali la disposizione in esame prevede una presunzione assoluta o relativa di adeguatezza della sola misura carceraria).

Ne è conferma il parallelismo che può essere operato tra la clausola di salvezza prevista dall’art. 275 comma 2 bis c.p.p. (*“salvo quanto previsto dal comma 3”*) e quella, assolutamente identica, che costituisce l’incipit dell’art. 299 comma 2 c.p.p., disposizione che, nel consentire, in via generale, la sostituzione della misura cautelare in esecuzione con altra meno grave (o mediante l’adozione di modalità meno gravose), fa salvo quanto statuito *“dall’art. 275, comma 3”*.

È evidente, come peraltro confermato dalla pacifica giurisprudenza in materia, che, sebbene il riferimento sia, indistintamente, al complessivo *“art. 275, comma 3”*, l’art. 299 comma 2 c.p.p. intenda fare salve le sole ipotesi derogatorie previste dal secondo e dal terzo periodo di tale comma, cioè le fattispecie per le quali è prevista una presunzione (assoluta o relativa) di adeguatezza della sola misura inframuraria<sup>24</sup>.

Inoltre, il fine del primo periodo dell’art. 275 comma 3 c.p.p. è certamente quello di affermare il principio di *extrema ratio* della custodia carceraria, applicabile solo qualora tutte le altre misure cautelari, anche congiunte, risultino inadeguate.

La tesi che si critica sembra distorcere il senso della norma in questione, che viene interpretata non come filtro estremo all’adottabilità della misura custodiale massima, ma come norma legittimante la custodia inframuraria, utilizzata per aggirare un chiaro limite all’applicazione del regime carcerario (rappresentato dalla pena in concreto preventivabile o già comminata con sentenza non ancora divenuta definitiva).

Un ulteriore argomento a confutazione dell’opzione ermeneutica fatta propria dalle sentenze di legittimità suindicate sembra enucleabile dallo stesso testo dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p.. Invero, l’ultima parte dell’ultimo periodo di detta norma prevede espressamente l’unico caso in cui, pur in presenza di un reato per il quale risulti prevedibile la comminatoria di una pena non superiore a tre anni di reclusione, *“rivive”* il generale principio di adeguatezza lasciato alla discrezionalità del Giudice. Si tratta del caso in cui la misura degli arresti domiciliari non possa essere disposta per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione previsti dall’art. 284 comma 1 c.p.p.: solo in tal caso, pur in presenza di una pena concreta preventivabile non superiore a tre anni, può essere disposta la misura carceraria, *“rilevata l’inadeguatezza di ogni altra misura”*.

In ogni altra ipotesi (fatti salvi i delitti espressamente elencati dallo stesso art. 275 comma 2 *bis* terzo periodo c.p.p.), la valutazione di adeguatezza della misura è circoscritta per legge e la discrezionalità del Giudice non può superare i precisi paletti normativamente imposti.

Ancora: l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. fa "chirurgicamente" salva la fattispecie prevista dall'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. (aggravamento sanzionatorio per evasione), escludendo dalla disposta eccezione non soltanto l'ipotesi dell'aggravamento cautelare (art. 299 comma 4 c.p.p.), ma anche quella dell'aggravamento sanzionatorio senza evasione (art. 276 commi 1 e 1 *bis* c.p.p.). Trattasi, pertanto, di disposizione minuziosamente dettagliata, insuscettibile di essere "neutralizzata" mediante il richiamo ad un principio di carattere generale.

In conclusione, la tesi accolta dall'orientamento giurisprudenziale che qui si critica determina una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., la cui articolata e puntuale disciplina, tesa a limitare l'uso della custodia carceraria, non avrebbe alcun senso se si attribuisse al Giudice la possibilità di eluderla, secondo il suo "discrezionale" giudizio, semplicemente richiamando il principio di carattere generale stabilito dall'art. 275 comma 3, primo periodo, c.p.p.

La norma ha proprio il fine di espungere, nei casi ivi previsti, la misura della custodia in carcere tra quelle selezionabili, stabilendo che, nelle ipotesi contemplate, la misura massima adottabile è quella degli arresti domiciliari.

### 3.2. L'eccezione dell'aggravamento sanzionatorio ex art. 276 comma 1 *ter* c.p.p.

L'art. 276 c.p.p. (rubricato "Provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte"), al comma 1 *ter*, statuisce: "In deroga a quanto previsto nel comma 1, in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, il giudice dispone la revoca della misura e la sostituzione con la custodia cautelare in carcere, salvo che il fatto sia di lieve entità"<sup>25</sup>.

La disposizione in esame, dunque, fatto salvo il caso in cui la trasgressione risulti di lieve entità, impone la sostituzione degli arresti domiciliari con quella massima della detenzione carceraria nell'ipotesi in cui la misura domiciliare venga violata nel suo nucleo

centrale e consustanziale: l'obbligo di non allontanarsi dal luogo di esecuzione della misura.

Come anticipato, l'art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p. fa espressamente salva l'applicazione dell'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., conseguentemente, anche qualora sia prevedibile una sentenza di condanna infratriennale o sia già stata pronunciata condanna non definitiva a pena detentiva non superiore a tre anni, il Giudice procedente potrà comunque disporre la sostituzione della misura degli arresti domiciliari con quella della custodia in carcere, in ipotesi di allontanamento non autorizzato dal luogo di esecuzione della misura da parte dell'indagato o imputato.

Il letterale riferimento al solo comma 1 *ter* dell'art. 276 c.p.p. induce evidentemente ad escludere che la deroga al divieto di applicazione della custodia in carcere, previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., possa operare anche nelle ipotesi in cui l'indagato o imputato ponga in essere una qualunque altra violazione della misura in atto, diversa dall'evasione dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari (aggravamento sanzionatorio senza evasione, previsto dall'art. 276 commi 1 e 1 *bis* c.p.p.).

Il richiamo all'art. 280 comma 3, anch'esso contenuto, al pari di quello all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., nel disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., consente, infatti, in ipotesi di violazione di prescrizioni cautelari, di superare lo sbarramento rappresentato dalla pena edittale astrattamente prevista per il reato per il quale si procede, non spiegando alcun effetto, invece, in relazione alla pena che si ritiene possa essere comminata in concreto al termine del giudizio di merito.

*A fortiori*, il divieto di applicazione della custodia in carcere sancito dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. non potrà essere superato da un acuirsi delle esigenze cautelari dovuto a causa diversa dalla violazione delle prescrizioni attinenti alla misura in corso di esecuzione (aggravamento cautelare, previsto dall'art. 299 comma 4 c.p.p.).

Il testuale riferimento all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., inoltre, consente di affermare che la deroga in tal modo sancita al divieto di custodia carceraria previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. operi esclusivamente in fase di "aggravamento" della misura già in corso di esecuzione. La deroga così disposta non potrà, invece, produrre alcun effetto in relazione al procedimento principale per il delitto di



evasione (art. 385 c.p.) che dovesse essere intentato nei confronti dell'autore della violazione.

L'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., dunque, non può essere letto e interpretato estensivamente, fino a ricomprendere anche l'ipotesi dell'evasione, autonomamente contestata in altro procedimento penale, ben distinto da quello, presupposto, in cui la misura domestica è stata violata.

La disposizione in esame, infatti, configura indubbiamente una norma eccezionale, in quanto costituisce una palese deroga al principio di carattere generale, in materia di violazione delle prescrizioni attinenti alle misure cautelari, previsto dal primo comma dell'art. 276 c.p.p. (che, com'è noto, non contempla alcun *"automatismo sanzionatorio"*, sia pure solo *"relativo"*, a seguito dell'entrata in vigore della L. 47/2015).

Consequentemente, alla disposizione di cui all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. va data un'interpretazione di stretto diritto, come previsto dall'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile (*"Applicazione delle leggi penali ed eccezionali"*), secondo cui *"le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati"*.

### 3.3. La condanna infraquinquennale per evasione ex art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.

L'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p. statuisce che *"non possono essere, comunque, concessi gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede, salvo che il giudice ritenga, sulla base di specifici elementi, che il fatto sia di lieve entità e che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con tale misura. A tale fine il giudice assume nelle forme più rapide le relative notizie"*<sup>26</sup>.

Sebbene la lettera della disposizione faccia esplicito riferimento solo alla misura degli arresti domiciliari, la giurisprudenza di legittimità ritiene, condivisibilmente, che la norma in questione ponga un divieto di applicazione di qualsiasi misura diversa rispetto alla custodia cautelare in carcere.

È stato, infatti, affermato che deve ritenersi obiettivamente contraddittoria, rispetto al significato sostanziale del disposto di cui all'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p., la lettura della norma che, muovendo da un'interpretazione strettamente letterale della stessa (che esclude la concedibilità degli arresti domiciliari

al condannato definitivo per reato di evasione nei cinque anni precedenti il fatto per cui si procede), ritiene comunque praticabile il giudizio di adeguatezza in relazione ad eventuali alternative misure cautelari di minore afflittività, pur in presenza di un soggetto dalla stessa legge presuntivamente ritenuto, in ragione della condanna definitiva subita per il reato di evasione, non sufficientemente affidabile quanto al pronosticabile rispetto delle prescrizioni che verrebbero allo stesso imposte in connessione con l'adozione di misure cautelari diverse dal carcere<sup>27</sup>.

Il medesimo principio è stato più recentemente affermato dalla Cassazione, che ha ribadito che il divieto di concessione degli arresti domiciliari al condannato per evasione ha carattere assoluto e deve intendersi quale divieto di applicazione di qualsivoglia misura cautelare meno afflittiva della custodia carceraria<sup>28</sup>.

Pur a seguito del passaggio da un divieto *"assoluto"* a un divieto meramente *"relativo"*, intervenuto con l'approvazione della L. 47/2015, si ritiene che il predetto assunto sia rimasto tuttora attuale. Invero: o il fatto-evasione verrà considerato di *"lieve entità"* e allora non vi sarà alcuna preclusione; oppure l'evasione infraquinquennale verrà considerata di non *"lieve entità"* e allora scatterà il divieto di applicazione di qualsiasi altra misura diversa da quella custodiale inframuraria, esattamente come in precedenza. In altri termini, la novità introdotta con la L. 47/2015 riguarda l'*an* del divieto (se esso sussista o meno) non il *quantum* (l'ampiezza della sua portata).

È possibile, dunque, che si registri un *"conflitto"* tra l'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p., che impone l'applicazione della sola misura carceraria, in ipotesi di pregressa condanna per evasione nei cinque anni che precedono il delitto oggetto di addebito cautelare, e l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., che vieta di disporre la custodia in carcere, qualora sia prevedibile una condanna infratriennale o sia già stata pronunciata sentenza non definitiva a pena detentiva non superiore a tre anni<sup>29</sup>.

Secondo un non condivisibile orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte, il disposto di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. prevarrebbe sull'obbligo di applicazione della custodia in carcere dettato dall'art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.

La Corte motiva tale assunto facendo riferimento alle deroghe espressamente contemplate dallo stesso art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

Si afferma, infatti, che tale disposizione “*prevede quale eccezione il solo caso di cui all’art. 276 c.p.p., comma 1 ter, ovvero la violazione di prescrizioni imposte con la misura. Quindi non è applicabile la disciplina di cui all’art. 284 c.p.p., comma 5 bis, (...) (divieto di applicazione degli arresti domiciliari a chi è stato condannato per evasione nei cinque anni precedenti) perché tale disposizione presuppone chiaramente che per il reato in questione possa essere disposta la custodia in carcere*”<sup>30</sup>.

Altre sentenze, che appaiono più in linea con l’effettivo rapporto tra le due disposizioni in esame, seppur motivando assai succintamente sul punto, hanno affermato che, nell’antinomia tra le due disposizioni, a prevalere non può che essere la norma dettata dall’art. 284 comma 5 *bis* c.p.p., trattandosi di “*norma speciale*” rispetto alla prima<sup>31</sup>. Muovendo proprio dal “*carattere di specialità*” della disposizione di cui all’art. 284 c.p.p., è stato affermato il seguente principio di diritto: “*l’art. 284 c.p.p., comma 5 bis, anche in seguito all’entrata in vigore della nuova formulazione dell’art. 275 c.p.p., comma 2 bis, assume il significato di una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura della custodia in carcere nei confronti del soggetto che ha riportato una condanna per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per cui si procede*”<sup>32</sup>.

Invero, appare difficilmente discutibile che la disposizione di cui all’art. 284 comma 5 *bis* c.p.p. assuma carattere speciale rispetto a quella dettata dall’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., con la conseguente prevalenza della prima sulla seconda.

Milita in tal senso, in primo luogo, la collocazione sistematica delle due norme: la prima è inserita nell’art. 284 c.p.p., dedicato agli “*Arresti domiciliari*”, come recita la rubrica dell’articolo, incastonato nel Capo II (“*Misure coercitive*”) del Titolo I del Libro IV del Codice di rito; la seconda è, invece, significativamente inserita nell’art. 275 c.p.p., rubricato (“*Criteri di scelta delle misure*”), contenente i principi, di carattere generale, dunque suscettibili di essere derogati da disposizioni puntuali e specifiche, in materia di individuazione della misura da applicare, articolo che appartiene al Capo I del medesimo Titolo del Libro dedicato alle misure

cautelari, assai chiaramente intitolato “*Disposizioni generali*”.

Palese risulta, inoltre, il carattere speciale della disposizione di cui all’art. 284 comma 5 *bis* c.p.p., sotto il profilo soggettivo: l’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. trova applicazione generalizzata, nei confronti di chiunque venga sottoposto a procedimento penale; l’art. 284 comma 5 *bis* c.p.p. si applica solo a coloro che, sottoposti a un procedimento penale, siano già stati condannati, in passato, per il delitto di evasione, con sentenza divenuta irrevocabile nel quinquennio che precede il delitto che viene contestato. Trattasi, dunque, di una cerchia soggettiva ben più ristretta di quella cui si applica la prima disposizione; con la conseguenza che il disposto si connota come norma puntuale e specifica, a differenza della prima, che appartiene ai principi generali di selezione della misura cautelare da adottare.

D’altro canto, come già evidenziato, a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 47/2015, l’affermazione della prevalenza della disposizione di cui all’art. 284 comma 5 *bis* rispetto a quella prevista dall’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. non comporta, automaticamente e in maniera assoluta, l’impossibilità di disporre una misura gradata nei confronti di chi abbia riportato una sentenza di condanna per evasione nel quinquennio che precede i fatti oggetto di contestazione, potendo sempre egli dimostrare che si sia trattato di evasione di “*lieve entità*”, neutralizzando, in tal modo, il divieto imposto dall’ultimo comma dell’art. 284 c.p.p.

Il concetto di “*lieve entità*” dell’evasione riecheggia il disposto dell’art. 276 comma 1 *ter* c.p.p.. È dato, dunque, cogliere un parallelismo tra le due norme (284 comma 5 *bis* e 276 comma 1 *ter* c.p.p.) anche nel loro atteggiarsi rispetto all’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.: il Legislatore che ha redatto quest’ultima disposizione ha evidentemente qualificato con particolare sfavore la condotta di evasione (perpetrata nell’ambito del medesimo procedimento, nel caso dell’art. 276 comma 1 *ter* c.p.p.; sanzionata, invece, nel quinquennio antecedente, nel caso dell’art. 284 comma 5 *bis* c.p.p.), sancendo, in linea di principio, l’impossibilità di beneficiare di misure gradate. In entrambi i casi, tuttavia, è concessa la possibilità di dimostrare la “*lieve entità*” dell’evasione, neutralizzando le norme di particolare rigore previste dall’art. 276 comma 1

ter e 284 comma 5 bis c.p.p., determinando una riespansione del divieto di custodia carceraria introdotto con l'art. 275 comma 2 bis c.p.p.

### 3.4. L'inesensibilità del regime derogatorio di cui all'art. 391 comma 5 c.p.p.

L'art. 391 comma 5 c.p.p., nell'ambito della disciplina dell'udienza di convalida dell'arresto operato in flagranza, statuisce che, se ricorrono le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 e taluna delle esigenze cautelari stabilite dall'art. 274, il Giudice dispone l'applicazione di una misura coercitiva a norma dell'art. 291 c.p.p.. Quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 381 comma 2 c.p.p. ovvero per uno dei delitti per i quali l'arresto è consentito *"anche fuori dai casi di flagranza"*, l'applicazione della misura è disposta *"anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280"*<sup>33</sup>.

Si tratta, evidentemente, di una norma a carattere derogatorio *in malam partem*, dunque, insuscettibile di interpretazione analogica ed estensiva: in alcun modo, pertanto, appare sostenibile che tale disposizione possa essere intesa nel senso che, oltre a derogare i limiti (edittali) di pena previsti dagli artt. 274 comma 1 lett. c) e 280 c.p.p., essa deroghi *"implicitamente"* anche il limite di pena (in concreto) preventivabile ai sensi dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p.. Né il mancato richiamo di quest'ultima disposizione può essere archiviato semplicemente come una svista del Legislatore o un difetto di coordinamento superabile in via interpretativa.

In materia di arresto al di fuori dei casi di flagranza, una speciale norma, derogatoria rispetto ai principi di carattere generale, è prevista in relazione al delitto di evasione.

Stabilisce, infatti, l'art. 3 del D.L. 152/1991, convertito, con modificazioni, in L. 203/1991, in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa: *"È consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza della persona che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 del codice penale. Nell'udienza di convalida il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone l'applicazione di una delle misure coercitive previste dalla legge anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280 del codice di procedura penale"*.

Espressamente, si prevede, pertanto, per il peculiare delitto di evasione, sia l'arresto al di fuori dei casi di

flagranza, sia la possibilità di applicare misure coercitive *"anche al di fuori dei limiti previsti dall'articolo 280 del codice di procedura penale"*.

La disposizione in esame, che si riferisce a coloro che hanno posto in essere *"una condotta punibile a norma dell'art. 385 del codice penale"*, trova applicazione anche in caso di allontanamento senza autorizzazione e senza giustificato motivo dal luogo di detenzione domiciliare ex art. 47 ter della L. 354/1975<sup>34</sup>.

Ma, anche in tal caso, com'è agevole rilevare, il regime derogatorio riguarda esclusivamente i limiti edittali di pena stabiliti dall'art. 280 c.p.p., nessuna deroga è invece prevista, per il delitto di evasione, in riferimento alla pena concreta che si ritiene possa essere applicata al termine del giudizio di merito.

### 3.5. Il delitto di evasione e la barriera preclusiva dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p.

Chiarito quanto precede, è possibile ritenere che, qualora si proceda in via autonoma (non in fase di aggravamento di una precedente misura) per il delitto di evasione, non sia possibile disporre la misura cautelare della custodia in carcere: ciò proprio in quanto, essendo il delitto in questione (in forma non aggravata) punito con una pena edittale da uno a tre anni di reclusione (art. 385 comma 1 c.p.), non è matematicamente possibile pronosticare che all'indagato possa essere comminata, al termine del giudizio, una pena in concreto superiore a tre anni. Trova applicazione, nel caso in questione, la barriera preclusiva dell'art. 275 comma 2 bis, secondo periodo, c.p.p., dovendo compiere una prognosi di pena necessariamente non superiore a tre anni e non rientrando il delitto di evasione (art. 385 c.p.) nell'elenco dei reati ostativi previsti dal terzo periodo del medesimo comma 2 bis<sup>35</sup>.

Impraticabili risultano, infatti, tutte le strade che, in molteplici arresti di legittimità sono state percorse al fine di propugnare la possibilità di applicare la misura cautelare massima nel caso in cui si proceda per il delitto in questione.

Invero, come sopra più ampiamente argomentato:

- la clausola di riserva *"salvo quanto previsto dal comma 3"*, contenuta nello stesso art. 275 comma 2 bis (secondo periodo) c.p.p., va intesa in relazione alle ipotesi derogatorie previste per i delitti a *"presunzione carceraria"* di cui all'art. 275 comma 3 (secondo e terzo periodo) c.p.p. e non

come richiamo del principio di carattere generale sancito dalla prima parte del medesimo terzo comma;

- la clausola di riserva “*ferma restando l’applicabilità degli articoli 276, comma 1 ter, e 280, comma 3*” (contenuta sempre nell’art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p.), in relazione all’art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., trova applicazione solo in fase dinamica, cioè qualora la misura carceraria venga adottata in sostituzione della pregressa misura degli arresti domiciliari, a seguito di aggravamento dovuto alla violazione del divieto di allontanarsi dal luogo di esecuzione della misura domiciliare; l’eccezione, invece, non opera nel caso in cui si proceda autonomamente per il delitto di evasione (con apertura di altro procedimento per detto reato); quanto all’art. 280 comma 3 c.p.p., esso consente di derogare esclusivamente il limite edittale astrattamente previsto per l’applicazione della custodia in carcere (pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all’art. 7 L. 195/1974), ma non il limite di pena che si ritiene potrà essere irrogata, in concreto, con la definizione del giudizio di merito;
- la deroga prevista dall’art. 391 comma 5 c.p.p., che consente di bypassare (letteralmente) i “*limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280*”, non può essere estesa *in malam partem* alla pena che si presume possa essere irrogata al termine del giudizio di merito ai sensi dell’art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p., disposizione alla quale l’art. 391 comma 5 c.p.p. non fa in alcun modo riferimento.

In conclusione, colui che, trasgredendo alle prescrizioni degli arresti domiciliari, si allontani dal domicilio e venga poi arrestato per evasione, non potrà essere sottoposto a custodia cautelare in carcere in relazione a tale delitto, salvo che gli arresti domiciliari non possano essere disposti per sopravvenuta mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell’art. 284 comma 1 c.p.p. (secondo l’eccezione specificamente prevista dall’art. 275 comma 2 *bis*, terzo periodo, c.p.p.)<sup>36</sup>.

Potrebbe apparire paradossale che la misura della custodia carceraria non possa essere adottata proprio in caso di evasione, cioè nel caso in cui l’indagato abbia plasticamente ed

inequivocabilmente dimostrato di non essere in grado di ottemperare alle prescrizioni impostegli con misure gradate.

Tuttavia, se un “*disegno*” può scorgersi nella “*scelta*” del Legislatore, può trattarsi della volontà di evitare un “*doppio binario*” cautelare, foriero di valutazioni da parte di Giudici diversi, suscettibili di statuizioni eterogenee, potenzialmente contraddittorie.

Può ritenersi, dunque, che il Legislatore abbia inteso “*costringere*” il Pubblico Ministero, ove lo ritenga, a richiedere l’aggravamento della misura nel procedimento principale (*ex art. 276 comma 1 ter* c.p.p.), precludendogli, di fatto, un efficace utilizzo dell’azione cautelare nel procedimento secondario (quello che vede contestato il delitto di evasione), nell’ambito del quale non potrà che ottenere, come massima misura possibile, gli arresti domiciliari.

### 3.6. Divieto di custodia carceraria solo in fase genetica o anche in fase dinamica?

Un’ulteriore questione di indubbio rilievo attiene alla portata applicativa del disposto dell’art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.: se cioè esso trovi applicazione solo nella fase “*genetica*”, in sede di prima applicazione della misura, o anche in fase “*dinamica*”, dunque, anche in ipotesi di sostituzione di una misura precedentemente adottata.

Secondo un consolidato insegnamento giurisprudenziale di legittimità, la disposizione in esame troverebbe applicazione solo ed esclusivamente in fase genetica, restando del tutto irrilevante (almeno in termini di automatismo) in tutte le successive fasi di “*gestione*” della misura.

In questo senso, si rinvenivano sia sentenze ormai datate, risalenti anche al lasso temporale collocato tra l’approvazione del D.L. 92/2014 e l’intervento della L. 117/2014, di conversione del medesimo Decreto, sia pronunciate in epoca recentissima.

Con una prima sentenza del 2014, la Suprema Corte ha affermato che il limite di tre anni di pena detentiva necessario per l’applicazione della custodia in carcere, previsto dall’art. 275 comma secondo *bis* c.p.p., come novellato dal D.L. 92/2014, nel testo anteriore alle modificazioni introdotte dalla legge di conversione 117/2014, deve essere oggetto di valutazione prognostica solo al momento di applicazione della misura, non anche nel corso della protrazione della stessa, con la conseguenza che il presupposto assume rilievo non in termini di

automatismo, ma solo ai fini del giudizio di perdurante adeguatezza del provvedimento coercitivo, a norma dell'art. 299 c.p.p.<sup>37</sup>.

Identico principio è stato ribadito subito dopo da ulteriori pronunce dei Giudici di legittimità<sup>38</sup>.

In un successivo arresto, oltre a ribadire il medesimo principio di diritto, la Corte precisa che il giudizio del Tribunale del Riesame, espresso all'esito del procedimento ex art. 309 c.p.p., attiene alla fase di prima valutazione della misura, in quanto avente ad oggetto l'ordinanza genetica della cautela<sup>39</sup>.

Come si è già anticipato, il suindicato principio di diritto, oltre ad essere stato affermato negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della riforma del 2014, si rinviene anche in recentissime pronunce della Suprema Corte<sup>40</sup>.

Alcune di queste appaiono particolarmente rilevanti, in quanto vi si afferma chiaramente che il divieto di adozione della custodia carceraria non trova applicazione non solo quando la pena da espiare, dedotto il presofferto cautelare, sia divenuta, nel corso del giudizio e proprio in virtù della protratta esecuzione della misura custodiale, inferiore a tre anni, ma anche qualora, nel corso del processo di merito, intervenga una sentenza di condanna a pena non superiore a tre anni di reclusione<sup>41</sup>.

Può dunque rilevarsi come il principio appena riportato debba considerarsi ampiamente consolidato nella giurisprudenza della Corte, sedimentatosi a partire dall'entrata in vigore del D.L. 92/2014 (convertito dalla L. 117/2014), fino a giungere ai nostri giorni.

Occorre, tuttavia, osservare come alcune recentissime pronunce della Suprema Corte abbiano accolto il principio opposto, affermando che il limite di tre anni di pena detentiva necessario per l'applicazione della custodia in carcere, previsto dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., opera non solo nella fase di applicazione, ma anche nel corso dell'esecuzione della misura, sicché quest'ultima non può essere mantenuta qualora sopravvenga una sentenza di condanna, quantunque non definitiva, a pena inferiore al suddetto limite<sup>42</sup>.

L'innovativo principio è stato affermato per la prima volta, in consapevole contrasto con l'opposto consolidato orientamento, nel 2019, con una pronuncia in cui si sottolinea come il giudizio valutativo preliminare e generale di proporzionalità della cautela sia stato espressamente commisurato

dal Legislatore non soltanto alla fase della prognosi sanzionatoria da svolgersi al momento della prima applicazione della misura, quando non vi sia stata ancora alcuna condanna nei confronti dell'indagato, ma anche a quella - logicamente successiva - in cui una condanna vi sia stata<sup>43</sup>.

A parere di chi scrive, sebbene l'orientamento da ultimo richiamato sia, allo stato, ampiamente minoritario, se non del tutto isolato, è proprio quest'ultimo quello maggiormente aderente al dettato normativo<sup>44</sup>.

In primo luogo, occorre analizzare gli argomenti che hanno reiteratamente indotto la Suprema Corte ad accogliere il principio opposto, dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. alla sola fase genetica del trattamento cautelare, al fine di verificarne la reale persuasività.

La Cassazione ha più volte statuito, in particolare, che il disposto di cui si tratta è inserito all'interno di un articolo (art. 275 c.p.p.), contenente disposizioni che trovano applicazione solo in fase genetica della misura, significativamente collocato subito dopo il disposto dell'art. 274 c.p.p., relativo alla verifica circa la sussistenza di esigenze cautelari. Da ciò la conseguenza che anche il secondo comma *bis* dell'articolo in esame dovrebbe trovare attuazione solo in fase di prima applicazione del regime cautelare, mentre sarebbe irrilevante (almeno in termini di automatismo) nel corso del giudizio, anche qualora dovesse sopraggiungere una sentenza di condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione.

In particolare, la Cassazione, in riferimento alla riforma del 2014 (D.L. 92/2014 e L. 117/2014) ha sostenuto che *“la novella invocata è inserita nell'ambito della disciplina in materia di adeguatezza delle misure da applicare, che costituisce oggetto di valutazione immediatamente successiva a quella della sussistenza delle esigenze cautelari, ed è priva di un collegamento funzionale con l'obbligo di costante verifica della correlazione tra misura cautelare in atto e pena irroganda, che permetta, ai fini dell'esecuzione della prima, la considerazione degli eventi verificatisi successivamente, come richiesto nell'art. 300 cod. proc. pen.”*<sup>45</sup>.

L'argomento della collocazione sistematica del comma 2 *bis* all'interno dell'art. 275 c.p.p. non sembra, invero, particolarmente convincente.

Si può, anzi, affermare l'esatto contrario.

Non vi è norma dell'articolo in esame che non trovi applicazione sia in fase genetica che in fase dinamica del regime cautelare.

Così è certamente per i principi di carattere generale in materia di adeguatezza della misura in relazione al grado e alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto (comma 1), proporzionalità del trattamento cautelare rispetto all'entità del fatto e "*alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata*" (comma 2) ed *extrema ratio* della custodia carceraria, adottabile solo quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate (comma 3, primo periodo).

Ma è così anche per le precisazioni, puntualizzazioni e deroghe ai principi di carattere generale, anch'esse contenute negli altri commi dell'art. 275 c.p.p.:

- ipotesi di presunzione relativa della sussistenza di esigenze cautelari e presunzione assoluta di tutelabilità delle stesse con la sola misura carceraria (comma 3, secondo periodo);
- ipotesi di presunzione relativa della sussistenza di esigenze cautelari e presunzione relativa di adeguatezza della sola custodia in carcere (comma 3, terzo periodo);
- obbligo di indicazione, in ipotesi di applicazione della custodia in carcere, delle ragioni per le quali i *pericula libertatis* non possono essere salvaguardati con la gradata misura degli arresti domiciliari con l'utilizzo degli strumenti elettronici di controllo di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. (comma 3 *bis*);
- divieto, tranne la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, di applicazione della custodia carceraria nei confronti di donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, ovvero nei confronti di persona che abbia superato l'età di settanta anni (comma 4);
- divieto di applicazione della custodia in carcere nei confronti di persona affetta da AIDS conclamata o da altra malattia che renda le sue condizioni di salute incompatibili con il regime carcerario (commi 4 *bis*, *ter*, *quater* e *quinqüies*).

All'interno dello stesso comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p., non v'è dubbio che il primo periodo, che pone il divieto di custodia cautelare in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concedibilità del beneficio

della sospensione condizionale, trovi applicazione sia in fase genetica che in fase dinamica, considerato il disposto dell'art. 300 comma 3 c.p.p. (nonché dell'art. 532 comma 2 c.p.p.), che prevede la perdita di efficacia della misura qualora venga pronunciata sentenza di condanna se la pena viene condizionalmente sospesa.

L'indirizzo interpretativo che qui si critica sostiene che, mentre l'art. 300 comma 3 c.p.p. costituisce la disposizione che consente di estendere l'ambito di applicazione del primo periodo del comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p. (sospensione condizionale) alla fase dinamica, nessuna norma è contemplata dall'art. 300 c.p.p. in relazione al divieto previsto dal secondo periodo del comma 2 *bis* del medesimo art. 275 c.p.p. (condanna infratriennale).

Tuttavia, non si può non rilevare che, in relazione alla concessione del beneficio della sospensione condizionale, al Legislatore era sufficiente imporre la perdita di efficacia della misura cautelare precedentemente adottata, prevedendone *sic et simpliciter* l'estinzione (esattamente come disposto dall'art. 300 comma 3 c.p.p.); ben più complessa è la situazione in cui l'imputato, già ristretto in custodia cautelare in carcere, venga condannato ad una pena non superiore a tre anni di reclusione, senza la concessione della sospensione condizionale.

In tal caso, infatti, nella stragrande maggioranza dei casi, non si tratta di far cessare semplicemente la misura carceraria, bensì di sostituirla con un'altra cautela, con un provvedimento non di mera revoca o declaratoria di inefficacia, bensì, di sostituzione, che involge importanti profili valutativi da parte del Giudice procedente, che rifuggono da automatismi presuntivi (anche in ipotesi di sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari, il Giudice dovrà preventivamente verificare la sussistenza di un luogo di esecuzione della misura tra quelli indicati dall'art. 284 comma 1 c.p.p.).

Conseguentemente, a differenza dell'ipotesi di concessione della sospensione condizionale, che, almeno potenzialmente e in linea di principio, priva completamente la sentenza di condanna pronunciata di una sanzione da eseguire, il Legislatore - nella prospettiva accolta da chi scrive - si è limitato a prevedere il divieto di prosecuzione dell'applicazione della custodia in carcere, lasciando al Giudice il compito di individuare, tra tutte le altre

misure cautelari, quella più idonea a salvaguardare i residui *pericula libertatis*.

Non v'è dubbio che, in altre disposizioni del medesimo art. 275 c.p.p., il Legislatore sia stato assai più chiaro e univoco in ordine all'applicabilità delle stesse sia in fase genetica che in fase dinamica. Basti pensare alle statuizioni che, in presenza di determinate condizioni, prevedono che *“non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere”* (commi 4 e 4 bis), certamente molto più chiare del disposto del comma 2 bis, secondo cui, alle condizioni ivi previste, *“non può essere applicata la misura della custodia cautelare”* (primo periodo) e *“non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere”* (secondo periodo).

Tuttavia, non può non rilevarsi come l'espressione adoperata nel secondo periodo del comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p. sia sostanzialmente identica a quella che viene utilizzata dal Legislatore nel primo periodo e non v'è dubbio che quest'ultimo (che sancisce il divieto di custodia cautelare in ipotesi di prognosi favorevole in ordine alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena) trovi applicazione durante tutto il corso del procedimento penale, sia in fase genetica che in fase dinamica del trattamento cautelare.

Così è ragionevole ritenere che, se il Legislatore ha utilizzato l'espressione *“non può essere applicata la misura della custodia cautelare”* intendendo che la misura custodiale non può essere né disposta (in fase genetica) né mantenuta (in fase dinamica), al primo periodo del comma 2 bis, lo stesso abbia inteso fare con l'espressione, sostanzialmente identica *“non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere”*, nel secondo periodo della medesima statuizione.

In definitiva, si ritiene che le disposizioni del comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p., al pari di tutte le altre previsioni contenute in detto articolo, debbano trovare applicazione non soltanto all'origine del regime cautelare, ma per tutto il corso del procedimento.

In ogni caso, a parere di chi scrive, l'argomento più solido che induce a far ritenere l'applicabilità del comma 2 bis, secondo periodo, dell'art. 275 c.p.p. anche al di là della mera fase genetica del procedimento cautelare, si rinviene proprio nel testo della medesima disposizione codicistica.

Quest'ultima, infatti, come già anticipato, nel sancire il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere in ipotesi di previsione di sentenza di condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione, fa espressamente salvo il caso di cui all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. (*“ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1 *ter*, e 280, comma 3”*).

Si è già evidenziato che l'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. prevede, in ipotesi di allontanamento non autorizzato dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, la sostituzione della misura gradata domiciliare con quella massima della custodia carceraria, salvo che il fatto sia di lieve entità.

Appare evidente dunque come, nel caso di specie, vi sia già una misura cautelare in corso di esecuzione (arresti domiciliari): trattasi, pertanto, di disposizione che attiene alla fase dinamica del procedimento cautelare, non alla fase genetica dello stesso (aggravamento della misura domiciliare già in corso mediante sostituzione con la custodia in carcere).

In altri termini: se il Legislatore ha fatto espressamente salva l'ipotesi (dinamica) prevista dall'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., appare evidente come egli abbia inteso estendere, in linea di principio, il divieto di custodia cautelare in carcere anche alla fase dinamica, fatta salva, appunto, l'ipotesi dell'allontanamento non autorizzato dal luogo di esecuzione della custodia domiciliare.

In quest'ultimo caso, né la prognosi in ordine alla futura eventuale pronuncia di una sentenza di condanna ad una pena detentiva non superiore a tre anni di reclusione, né una sentenza infratriennale eventualmente già intervenuta, costituiscono ostacolo all'aggravamento del regime cautelare in atto (arresti domiciliari) con la sostituzione dell'originaria misura con quella carceraria.

Se il Legislatore, nell'introdurre l'art. 275 comma 2 bis c.p.p., avesse inteso dettare una disposizione applicabile alla sola fase genetica del regime cautelare, la clausola di riserva inerente all'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. non avrebbe avuto alcun senso, in quanto l'intera disciplina di ogni tipologia di aggravamento cautelare sarebbe stata estranea all'alveo applicativo della norma. Tale effetto si sarebbe prodotto *“a monte”* e in via generalizzata e radicale (rispetto a qualsiasi mutamento *in peius* o *in melius* della misura in corso), senza alcun bisogno di specifiche clausole di riserva.

La puntuale esclusione della peculiare ipotesi di aggravamento prevista dall'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. fa comprendere, dunque, come il dettato dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. non sia affatto estraneo alle modifiche del regime cautelare successive alla sua primigenia applicazione.

Trattasi, come si è detto, sebbene totalmente trascurato dalla giurisprudenza di legittimità, forse del più importante argomento a sostegno della tesi secondo la quale il comma 2 *bis* (secondo periodo) dell'art. 275 c.p.p. non possa essere relegato negli angusti confini della fase genetica, dovendo esso ritenersi esteso a tutta la durata della misura.

Non solo: anche sul piano strettamente logico, prima ancora che giuridico, appare irragionevole ritenere che la misura della custodia in carcere non possa essere applicata in ipotesi di mera prognosi di condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione e non riconoscere poi, invece, alcun effetto preclusivo alla sentenza infratriennale concretamente intervenuta, attribuendo, in tal modo, alla previsione di un evento una valenza coercitiva superiore a quella del concreto verificarsi dell'evento stesso.

Opera, dunque, in tal caso, l'*argumentum a fortiori*: se un determinato effetto giuridico è sancito per la previsione di un evento, a maggior ragione, quel determinato effetto giuridico si produrrà in ipotesi di concretizzazione dell'evento.

Occorre ancora considerare che il comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p. è stato significativamente inserito immediatamente dopo la disposizione contenuta nel comma 2 del medesimo articolo, che afferma il generale principio di proporzionalità in materia cautelare (di cui il comma 2 *bis* costituisce un'articolazione), secondo il quale ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e "*alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata*".

È la stessa norma-cardine in materia di proporzionalità, dunque, a prevedere che, una volta che sia stata pronunciata sentenza, in qualunque grado del giudizio di merito, il trattamento cautelare non può che essere calibrato sulla sanzione già concretamente "*irrogata*" (sebbene non ancora in via definitiva), non più sulla sanzione che "*si ritiene possa essere irrogata*". In altri termini, lo spazio per la "*prognosi*" permane solo fino a quando non sia intervenuto un "*giudizio*" cristallizzato in una

sentenza, a partire da quel momento, il provvedimento di merito fa stato ad ogni effetto, anche sotto il profilo cautelare.

Ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p., inoltre, le misure coercitive "*sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 o dalle disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dell'art. 274*".

Tale statuizione chiarisce come il principio di proporzionalità e le sue articolazioni e specificazioni, così come le "*disposizioni relative alle singole misure*", debbano costituire oggetto di costante verifica in fase cautelare, dunque, non solo in sede di prima applicazione della misura, ma per tutto il corso della sua durata.

In conclusione - a giudizio di chi scrive - se, ai fini dell'applicazione dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., appare del tutto irrilevante, almeno in termini di automatismo, che il residuo di pena da eseguire, in ragione del presofferto cautelare subito, si assottigli fino a scemare al di sotto della soglia di tre anni (circostanza che può essere considerata dal Giudice solo allo scopo di valutare la persistente proporzionalità tra misura irrogata e residuo di pena da eseguire), lo stesso non può affermarsi nell'ipotesi in cui, nel corso del giudizio di merito, in qualunque grado, intervenga la pronuncia di una sentenza a pena detentiva non superiore a tre anni. In tal caso, fatte salve le eccezioni normativamente previste dallo stesso art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., non può non ritenersi operante il divieto di custodia cautelare sancito dalla disposizione in esame: secondo il generale "*principio dell'assorbimento*", la statuizione in punto di pena contenuta nella sentenza emessa nel giudizio di cognizione vincolerà totalmente il Giudice della cautela, il quale, in assenza di nuovi elementi istruttori, non potrà più effettuare alcuna prognosi difforme dalla determinazione della sanzione accolta in sentenza (sebbene non ancora irrevocabile).

### **3.7. La prognosi di pena e il principio dell'assorbimento.**

Alla luce di quanto si è detto, il Giudice cautelare può effettuare una prognosi di pena solo fino al momento in cui, in qualunque grado del giudizio di merito, non intervenga una sentenza, le cui statuizioni, anche in relazione al disposto dell'art. 275



comma 2 bis c.p.p., sottrarranno, sui temi decisi, ogni discrezionalità al Giudice della cautela (il Giudice procedente ex art. 279 c.p.p. e tutti i Giudici chiamati a pronunciarsi sull'eventuale impugnazione cautelare ai sensi degli artt. 309, 310 e 311 c.p.p.).

In fase pre-sentenza, dunque, il Giudice cautelare è chiamato ad operare una valutazione prognostica. Appare perciò opportuno chiarire quali siano i parametri valutativi ai quali egli deve attenersi e cosa si intenda per *“pena detentiva irrogata”* ai sensi dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p.

Considerato che la disposizione in esame non contiene alcuna peculiare previsione al riguardo, il Giudice cautelare non potrà che porsi nella stessa identica prospettiva del Giudice di merito, operando la dosimetria della pena come se dovesse emettere sentenza allo stato degli atti.

Conseguentemente, vengono in rilievo, oltre all'astratta pena edittale prevista per il reato oggetto di contestazione, i parametri valutativi esplicitati dall'art. 133 c.p. in ordine alla *“gravità del reato”* e alla *“capacità a delinquere del colpevole”*<sup>46</sup>.

In particolare, è stato chiarito che *“il giudice della cautela, chiamato ad esprimersi, ai sensi dell'art. 275, comma 2 bis, secondo periodo, cod. proc. pen., in via prognostica, sulla pena detentiva da irrogarsi all'esito del giudizio al fine di escludere l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere ove la pena risulti contenuta nella misura non superiore ai tre anni, deve condurre il proprio sindacato discrezionale, tenendo conto di tutti gli indici sintomatici della gravità del reato e della capacità a delinquere previsti dall'art. 133 cod. pen.”*<sup>47</sup>.

I medesimi criteri valutativi trovano applicazione anche in ordine alla prognosi di concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 275 comma 2 bis, primo periodo, c.p.p.

Secondo alcune pronunce di legittimità, non può ritenersi *“che il Giudice della cautela, operando il giudizio prognostico di cui all'art. 275 comma 2 bis c.p.p., debba formulare una valutazione sull'eventuale favorevole bilanciamento delle circostanze attenuanti ed attenuanti generiche con le aggravanti contestate, non solo perché si tratta di un giudizio rimesso esclusivamente al giudice di merito, dipendente anche dal comportamento processuale ed extraprocessuale dell'interessato (...), che resta al di fuori della ‘conoscibilità’ del Giudice della cautela, ma proprio*

*perché la prognosi di quest'ultimo non può che scaturire dagli elementi a disposizione nella fase procedimentale delle indagini, che riguardano, da un lato, la pena edittale, dall'altro la gravità della condotta e la personalità dell'interessato”*<sup>48</sup>.

L'assunto non appare, tuttavia, condivisibile.

Il giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti è certamente rimesso al Giudice di merito, ma ciò che si chiede al Giudice della cautela è una *“prognosi di giudizio”*, non un *“giudizio”*, e ciò vale non solo per il bilanciamento delle circostanze, ma per ogni segmento valutativo che concorre alla determinazione della pena che si ritiene, secondo una valutazione prognostica, possa essere irrogata al termine del processo.

Eventuali problemi di *“conoscibilità”* di fatti rilevanti dovranno evidentemente essere risolti dalla parte che allega l'esistenza di una determinata circostanza attenuante o aggravante, mediante produzione documentale, se del caso, successiva all'espletamento di indagini difensive (così, ad esempio, in ordine all'eventuale risarcimento del danno cagionato alla persona offesa ex art. 62 n. 6 c.p.).

Inoltre, affermare che, nella prognosi ex art. 275 comma 2 bis c.p.p., non possa tenersi conto delle circostanze (e del relativo giudizio di bilanciamento) equivale ad asserire l'assoluta impossibilità di operare una prognosi sanzionatoria, a causa dell'enorme peso che soprattutto le circostanze speciali o ad effetto speciale assumono nella determinazione della pena.

Evidentemente si tratterà di un giudizio (*rectius* di una prognosi di giudizio) *“allo stato degli atti”*, foriero di errori, in considerazione della cognizione sommaria tipica del procedimento cautelare e suscettibile di essere rimesso in discussione alla luce di nuove e più compiute acquisizioni istruttorie. Ma è una valutazione alla quale il Giudice della cautela non può sottrarsi, pena l'integrale *“disapplicazione”* della disposizione in esame.

Peraltro, è noto che l'art. 278 c.p.p. (*“Determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure”*), statuisce: *“Agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale*

e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale<sup>49</sup>.

Tale disposizione esclude, quindi, la rilevanza della continuazione, della recidiva e delle circostanze ad effetto comune (fatte salve le eccezioni ivi indicate). Tuttavia, l'art. 278 comma 1 e l'art. 275 comma 2 bis c.p.p. operano su piani diversi: il primo attiene alla "pena astratta" prevista per un determinato reato; il secondo alla prognosi di "pena in concreto" da comminare.

Conseguentemente, ai fini della valutazione prognostica ex art. 275 comma 2 bis c.p.p., devono essere prese in considerazione tutte le circostanze, non soltanto quelle speciali o ad effetto speciale, ivi compresa la recidiva (art. 99 c.p.) in tutte le sue varianti.

Conclusioni analoghe si impongono in relazione alla continuazione.

I Giudici di legittimità, infatti, in tema di "continuazione interna" al procedimento, hanno condivisibilmente affermato che, ai fini del computo della pena concretamente irrogabile, previsto dall'art. 275 comma 2 bis c.p.p., è necessario considerare gli aumenti di pena conseguenti al cumulo materiale o giuridico e relativi a tutti i reati cui si riferisce la misura, mentre la disposizione dell'art. 278 c.p.p., secondo cui non si tiene conto della continuazione per la determinazione dei limiti di pena entro i quali è consentita l'applicazione della misura cautelare, si riferisce alla individuazione dei limiti edittali previsti in astratto per l'applicazione delle misure cautelari: in una fattispecie in cui la Corte ha rigettato il ricorso proposto avverso la misura cautelare in carcere disposta in relazione a plurimi reati di evasione, sul presupposto che per effetto della continuazione e della conseguente possibilità di aumentare la pena base fino al triplo, il Giudice di merito aveva correttamente ritenuto irrogabile, all'esito del giudizio, una pena superiore a tre anni di reclusione<sup>50</sup>.

La Cassazione ha, invece, escluso che, nella prognosi di pena da effettuare ai fini dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., possa attribuirsi rilievo alla "continuazione esterna" al procedimento. È stato, infatti, affermato che, anche qualora sia astrattamente ipotizzabile che, al termine del giudizio di merito, venga

comminata una pena in continuazione con quella inflitta in altro procedimento con sentenza già passata in giudicato, ai fini del disposto dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., occorre operare una prognosi di pena relativa allo specifico reato oggetto di contestazione<sup>51</sup>.

Una questione particolare si pone in ordine ai riti alternativi: se cioè il Giudice cautelare debba o meno tenere conto di eventuali riti speciali preannunciati dall'indagato o imputato, spesso decisivi al fine di contenere la pena finale entro la soglia dei tre anni prevista dall'art. 275 comma 2 bis c.p.p.

In proposito si è affermato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, un orientamento ormai consolidato, adottato sia in relazione alla prognosi di concedibilità della sospensione condizionale (art. 275 comma 2 bis, primo periodo, c.p.p.) sia in prospettiva di commisurazione della pena (art. 275 comma 2 bis, secondo periodo, c.p.p.).

La Suprema Corte è, infatti, costante nell'affermare che, in tema di applicazione o di revoca delle misure cautelari personali, la valutazione prognostica del Giudice circa la concedibilità della sospensione condizionale della pena, o, per altro verso, circa la possibilità di irrogare una pena detentiva circoscritta a tre anni di reclusione, richiesta dall'art. 275 comma 2 bis c.p.p., non può tenere conto dell'eventuale applicazione delle diminuenti previste per riti speciali per i quali l'imputato ha preannunciato di optare, in assenza di elementi concreti (quali, ad esempio, la presenza di un'istanza già formalizzata di giudizio abbreviato non condizionato o di applicazione di pena già munita del consenso del Pubblico Ministero) che consentano di ritenere concretamente prevedibile l'accesso a tali forme alternative di definizione del procedimento<sup>52</sup>.

È stato precisato che il Giudice della cautela non può tenere conto delle soltanto preannunciate opzioni dell'indagato per uno dei riti alternativi fino a quando esse configurino evenienze processuali ancora future e incerte. In detta fase, esse risultano dipendenti da un'ancora mancante - in via espressa e formale - manifestazione di volontà dell'interessato, o anche (nel rito ex artt. 444 e ss. c.p.p.) del Pubblico Ministero, o ancora, in ipotesi di domanda di accesso al rito abbreviato condizionato, dal provvedimento giudiziale ammissivo, ai sensi dell'art. 438 comma 5 c.p.p.<sup>53</sup>.

Conseguentemente, nel giudizio prognostico che deve essere operato ai sensi dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., al fine di verificare se sussista o meno, nel caso di specie, un divieto di applicazione della custodia cautelare (sia il carcere sia gli arresti domiciliari, in caso di concedibilità del beneficio della sospensione condizionale; solo il carcere nell'ipotesi di pena irrogabile non superiore a tre anni), non si potrà tenere conto di mere manifestazioni di volontà preannunciate, ma occorrerà verificare se tali dichiarazioni siano o meno state formalizzate nelle opportune sedi e valutarne gli eventuali sviluppi.

In tal senso, sicuro rilievo assume la formulata richiesta di giudizio abbreviato incondizionato, che, non essendo subordinata ad alcuna integrazione istruttoria, non potrà che essere accolta dal Giudice di merito; così come l'istanza di definizione della pena su richiesta già avanzata dall'imputato e rispetto alla quale sia già intervenuto l'assenso della pubblica accusa, che presenta serie probabilità di essere accolta dal Giudice che verrà chiamato a decidere sulla stessa.

Sulla prognosi di pena non incide, invece, certamente la liberazione anticipata, la cui concessione deriva da valutazioni future e incerte, riservate alla fase esecutiva. Decisivo appare, in tal senso, il riferimento alla "*pena detentiva irrogata*" contenuto nell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., che prescinde dunque dalla pena che, una volta divenuta irrevocabile la sentenza di condanna, dedotto il presofferto cautelare e i periodi di liberazione anticipata, dovrà concretamente essere eseguita.

La motivazione della prognosi effettuata dal Giudice della cautela può essere, dunque, più o meno complessa, in base ai diversi elementi da ponderare che vengono in rilievo nel caso specifico sottoposto alla sua attenzione, ed anche in considerazione della pena edittale stabilita per il delitto oggetto di addebito cautelare: più la pena edittale massima prevista sarà vicina alla soglia dei tre anni, più intenso sarà l'onere motivazionale del Giudice della cautela nell'argomentare che la pena in concreto inflitta, al termine del processo, sarà superiore a detta soglia.

La predetta intensità andrà, invece, gradatamente sfumando al salire della pena edittale stabilita per il reato per cui si procede. È stato, infatti, affermato che la prognosi dell'irrogazione di una pena superiore a tre anni di reclusione può ritenersi implicitamente formulata quando la pena edittale superi

congruamente tale limite e il Giudice, nell'emettere o nel confermare la misura custodiale, non faccia riferimento alla pena prevedibilmente comminabile<sup>54</sup>.

Se il quadro valutativo in ordine alla determinazione della pena irrogabile appare, dunque, abbastanza complesso prima della pronuncia di una sentenza, in qualsiasi grado del giudizio di merito, esso si semplifica enormemente con il sopraggiungere di quest'ultima.

Nel momento in cui viene pronunciata sentenza, anche solo di primo grado, infatti, il Giudice della cautela, salva l'emersione di nuovi elementi istruttori, è totalmente vincolato a quanto in essa statuito, anche in tema di quantificazione della pena, anche con specifico riferimento all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

A partire da tale momento, il Giudice cautelare non potrà più compiere alcuna prognosi su tutte le questioni affrontate e decise in sede di cognizione, ma dovrà calibrare ogni sua decisione muovendo proprio dalle statuizioni contenute in sentenza.

È il portato fondamentale del "*principio dell'assorbimento*", che prevede, appunto, che ogni statuizione del Giudice di merito contenuta nella sentenza (sebbene non ancora irrevocabile) "*assorbe*" ogni possibile valutazione del Giudice della cautela sulle medesime questioni.

Il principio in esame rappresenta, chiaramente, una declinazione della regola del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p. e svolge la fondamentale funzione di impedire che, in ordine a questioni decise dal Giudice della cognizione con sentenza, possa intervenire nuovamente il Giudice cautelare, magari con valutazioni e decisioni di segno contrario: ciò determinerebbe, con ogni evidenza, un sensibile *vulnus* alla coerenza interna del sistema.

La regola dell'assorbimento delle valutazioni cautelari nelle decisioni contenute nella sentenza non irrevocabile emessa nel parallelo giudizio di cognizione trova fondamento nella funzione strumentale ed ancillare che il giudizio cautelare è destinato a svolgere in relazione al giudizio di merito, con la conseguente impossibilità che nel procedimento cautelare possano essere adottate statuizioni che si pongono in contrasto con le decisioni assunte, con sentenza, nel giudizio di cognizione.

Il principio in questione, che trova la sua pietra miliare, a livello di giurisprudenza costituzionale, nella sentenza della Consulta n. 7/1996, è stato inizialmente affermato con riferimento ai soli gravi indizi di colpevolezza, statuendo che, una volta intervenuta una sentenza di condanna in ordine ad un determinato reato, non è più consentito al Giudice cautelare porre in discussione la sussistenza di una piattaforma indiziaria connotata dalla necessaria gravità<sup>55</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale dell'istituto ne ha poi determinato l'espansione, con la conseguenza di dover oggi ritenere che ogni statuizione contenuta in una sentenza emessa in qualsiasi grado del giudizio di merito vincola totalmente il Giudice cautelare, il quale non se ne può, dunque, discostare, fatta salvo l'intervento di nuovi elementi probatori<sup>56</sup>.

Conseguentemente, se il Giudice di merito ha comminato una pena detentiva non superiore a tre anni, nessuna valutazione o giudizio prognostico è più riservato al Giudice della cautela, il quale, ad ogni effetto, non potrà che prendere atto della decisione cristallizzata nella sentenza di condanna, sotto ogni profilo (sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, qualificazione giuridica del fatto-reato, presenza di circostanze aggravanti o attenuanti e relativo bilanciamento, quantificazione della pena, concessione o meno del beneficio della sospensione condizionale ed ogni altra statuizione contenuta in sentenza, ovviamente non definitiva, altrimenti non si sarebbe più in fase cautelare).

Il principio è stato applicato proprio alla determinazione della pena *ex art. 275 comma 2 bis c.p.p.* da un recente arresto della giurisprudenza di legittimità, in cui è stato affermato che, una volta intervenuta la sentenza di condanna anche non definitiva, la valutazione degli elementi rilevanti ai fini del giudizio incidentale, anche in sede di riesame o di appello, deve mantenersi nell'ambito della ricostruzione operata dalla pronuncia di merito, non solo per quel che attiene all'affermazione di colpevolezza e alla qualificazione giuridica, ma anche per tutte le circostanze del fatto, non potendo essere queste apprezzate in modo diverso dal Giudice della cautela: nella fattispecie la Corte ha ritenuto illegittima, per violazione dell'*art. 275 comma 2 bis c.p.p.*, l'ordinanza con la quale, in sede di appello, era stata applicata la misura della custodia cautelare in

carcere, dopo che l'imputato aveva già patteggiato una pena inferiore a tre anni di reclusione<sup>57</sup>.

Il "*principio dell'assorbimento*", che ha portata assolutamente generale in materia cautelare, rappresenta, dunque, un ulteriore importante argomento a sostegno della tesi dell'applicabilità del disposto di cui all'*art. 275 comma 2 bis c.p.p.* non solo in fase genetica, ma anche in fase dinamica: contraddirebbe patentemente tale principio un procedimento in cui, dopo una prima valutazione prognostica compiuta dal Giudice della cautela in ordine alla determinazione della pena in concreto comminabile (ritenuta superiore a tre anni), il medesimo Giudice cautelare potesse obliterare del tutto l'intervenuta pronuncia di una sentenza che, smentendo le originarie previsioni, irrogasse una pena detentiva non superiore a tre anni.

Il principio dell'assorbimento vale ovviamente anche in senso sfavorevole all'imputato: una volta intervenuta una sentenza che, in qualunque grado, escluda la concedibilità della sospensione condizionale o commini una pena detentiva superiore a tre anni, al Giudice cautelare e dell'impugnazione cautelare, in assenza di nuovi elementi istruttori, sarà interdetta una qualsiasi prognosi in senso contrario alle statuizioni contenute nel provvedimento di merito.

### 3.8. I reati ostativi e la mancanza di un luogo di esecuzione dei domiciliari.

Come si è rilevato, ai sensi del terzo periodo dell'*art. 275 comma 2 bis c.p.p.*, il divieto di adozione della custodia cautelare in carcere, previsto dal secondo periodo della medesima disposizione, non trova applicazione qualora si proceda per alcuni delitti specificamente elencati.

Si tratta, in particolare, dei seguenti reati: incendio boschivo (*art. 423 bis c.p.*); maltrattamenti contro familiari e conviventi (*art. 572 c.p.*); atti persecutori (*art. 612 bis c.p.*); diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti (*art. 612 ter c.p.*); furto in abitazione e furto con strappo (*art. 624 bis c.p.*); nonché i reati previsti dall'*art. 4 bis* dell'Ordinamento penitenziario (L. 354/1975).

In ipotesi di contestazione cumulativa di più delitti nell'ambito del medesimo procedimento, si ritiene che la deroga prevista dalla disposizione in esame operi anche nel caso in cui solo uno o solo una parte

dei diversi reati oggetto di contestazione rientri nell'elenco suindicato.

L'altra eccezione prevista dal terzo periodo dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. è rappresentata dall'assenza di un luogo di esecuzione degli arresti domiciliari.

I "luoghi" cui si fa riferimento sono quelli previsti dall'art. 284 comma 1 c.p.p.: l'abitazione dell'indagato, un altro luogo di privata dimora, un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, una casa famiglia protetta.

In tal caso, il Giudice potrà disporre la misura massima della custodia in carcere secondo i principi generali, dunque, dopo aver verificato l'inadeguatezza di ogni altra misura cautelare.

I Giudici di legittimità hanno ritenuto senz'altro applicabile la disposizione in esame a cittadini stranieri senza fissa dimora in Italia<sup>58</sup>.

Non appare, invece, condivisibile l'indirizzo interpretativo secondo cui, atteso il riferimento al concetto di "mancanza" contenuto nella disposizione in esame, al Giudice chiamato a disporre la misura sarebbe preclusa ogni valutazione in merito alla "idoneità" del luogo di potenziale esecuzione della stessa.

È stato affermato, in proposito, che *"deve essere escluso che nel concetto di inesistenza di uno dei luoghi ove scontare gli arresti domiciliari possa rientrare anche l'eventuale inadeguatezza dell'abitazione sotto il profilo della regolarità dell'occupazione della medesima ovvero della regolarità edilizia; ogni valutazione sul punto non pare giustificabile alla luce del chiaro portato normativo che preclude l'applicazione ed il mantenimento della custodia carceraria nei confronti dei soggetti ai quali sia stata applicata una pena inferiore ad anni 3 di reclusione. Stante infatti l'eccezionalità del mantenimento della misura maggiormente afflittiva in tali casi, il giudizio negativo può essere ancorato soltanto alla mancanza del luogo ove scontare gli arresti domiciliari e non anche ad una valutazione di inadeguatezza dello stesso"*<sup>59</sup>.

A parere di chi scrive, invece, il concetto di "mancanza" di un luogo di esecuzione della misura degli arresti domiciliari fa riferimento all'assenza di un "luogo idoneo", non potendo escludersi una valutazione del Giudice della cautela a tale riguardo, quantomeno in relazione all'adeguatezza sanitaria dell'immobile, che potrebbe porre in pericolo la

stessa incolumità fisica dell'indagato ivi ristretto, o all'occupazione abusiva dell'abitazione, rispetto alla quale il provvedimento dell'Autorità giudiziaria di eventuale disposizione della misura domiciliare consentirebbe o perpetuerebbe un illecito penale.

In questa prospettiva, in una pronuncia della Suprema Corte è stato affermato che, ai fini dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., si ha una "mancanza" sostanziale del domicilio, pur formalmente indicato, qualora la disponibilità dell'immobile scaturisca da un contratto di locazione stipulato dalla sorella dell'indagato (regolarmente registrato) della durata di soli quattro mesi: contratto che, ad avviso della Corte, non consente l'esecuzione della misura degli arresti domiciliari che presuppone un radicamento stabile sul territorio<sup>60</sup>.

Con riferimento al relativo onere probatorio, è stato condivisibilmente statuito che, ai fini della sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari, è onere dell'interessato privo di un'abitazione (nella specie, perché senza fissa dimora nel territorio dello Stato), fornire tutte le indicazioni necessarie circa la concreta disponibilità di uno dei luoghi di esecuzione indicati dall'art. 284 comma 1 c.p.p., con la conseguenza che, in mancanza di queste, il Tribunale del Riesame, in quanto sprovvisto di poteri istruttori, può legittimamente rigettare la richiesta di applicazione della forma di cautela meno afflittiva pur in presenza di una prognosi di condanna a pena non superiore tre anni di reclusione<sup>61</sup>.

### 3.9. La rilevanza d'ufficio dei divieti previsti dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

Secondo le opzioni ermeneutiche qui sostenute, il disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., fatte salve le eccezioni di cui si è detto, impedisce che venga disposta (in fase genetica) o mantenuta (in fase dinamica) la misura cautelare della custodia in carcere nell'ipotesi in cui si preventivi la comminatoria di una pena detentiva non superiore a tre anni o, nel caso in cui sia già stata, in qualunque grado, pronunciata una sentenza di condanna a pena infratriennale.

Si pone, dunque, il problema di verificare se l'operatività del predetto divieto nel caso concreto possa essere rilevata d'ufficio dal Giudice o se, invece, possa essere eccepita solo su iniziativa di parte.

A parere di chi scrive, è da ritenere che, trattandosi di una condizione di legittimità della misura custodiale carceraria, il Giudice investito della decisione cautelare, in via principale o incidentale in fase di impugnazione, possa sempre rilevare, anche d'ufficio, la violazione del disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p.

In primo luogo, non v'è dubbio che il Giudice, chiamato ad esprimersi ai sensi dell'art. 292 c.p.p. sulla domanda cautelare avanzata dal Pubblico Ministero, debba autonomamente verificare se la propria decisione è suscettibile di superare le preclusioni previste dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., sia in relazione alla concedibilità della sospensione condizionale della pena (in riferimento alla custodia carceraria e agli arresti domiciliari), sia in ordine alla prognosi di pena infratriennale (quanto alla sola custodia in carcere)

Parimenti è a dirsi per la procedura di riesame ex art. 309 c.p.p., che, pur avendo natura incidentale-impugnatoria, attiene pur sempre alla "fase genetica" di applicazione della misura.

La Suprema Corte ha avuto recentemente modo di affermare che, in sede di riesame, il Giudice dell'impugnazione è tenuto a verificare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. anche d'ufficio, qualora la difesa nulla eccepisca in proposito, dunque anche in mancanza di uno specifico motivo di gravame sul punto<sup>62</sup>.

L'assunto trova piena conferma, oltre che nel carattere di "presupposto di legittimità della misura" della regola dettata dall'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., nella natura stessa del giudizio di riesame ex art. 309 c.p.p., mezzo di impugnazione ad effetto integralmente devolutivo, con il quale vengono affidati al Giudice del gravame i medesimi poteri di cognizione e di decisione che competono al Giudice di prime cure.

La verifica attinente ai presupposti di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. deve poi essere certamente svolta anche in ipotesi di formulazione di istanza di revoca o sostituzione della misura in corso di esecuzione.

Ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p., infatti, le misure coercitive e interdittive sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, "le condizioni di applicabilità previste dalle disposizioni relative alle singole misure".

In virtù di quanto disposto dall'ultimo periodo del terzo comma del medesimo articolo: "Il giudice

provvede anche di ufficio quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare o quando è richiesto della proroga del termine per le indagini preliminari o dell'assunzione di incidente probatorio ovvero quando procede all'udienza preliminare o al giudizio".

Il comma immediatamente successivo (comma 3 *bis*) precisa poi che il Giudice, prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive e interdittive, di ufficio o su richiesta dell'imputato, deve sentire il Pubblico Ministero.

È da ritenere che la verifica dei presupposti di cui all'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. debba essere effettuata d'ufficio dal Tribunale del Riesame anche qualora il Collegio decida in funzione di Giudice di appello ex art. 310 c.p.p.

Se è vero infatti che, nel giudizio di appello cautelare, a differenza del giudizio di riesame, trova applicazione il principio devolutivo *tantum devolutum quantum appellatum*, è stato affermato che, in sede di appello ex art. 310 c.p.p., il controllo officioso del Giudice sulla legittimità del provvedimento prescinde totalmente dal principio devolutivo, fissato in via generale dall'art. 597 c.p.p.<sup>63</sup>.

In ogni caso, non v'è dubbio che, almeno in tutte le ipotesi in cui il *petitum* della difesa verta (anche in parte) sulla revoca-sostituzione della misura cautelare in corso di esecuzione per ritenuto affievolimento delle esigenze cautelari, il Giudice dell'impugnazione che revochi o sostituisca la misura custodiale in corso di esecuzione in virtù del disposto dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p., anziché per degradazione dei *pericula libertatis*, non incorre in alcuna violazione del principio devolutivo.

Intanto, è da ritenere che il Giudice di prime cure abbia, almeno implicitamente, deciso la questione attinente alla concedibilità della sospensione condizionale o alla prognosi di pena ultratriennale, proprio in virtù di quanto statuito dal sopra richiamato art. 299 comma 1 c.p.p.: il "filtro" dell'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. rientra, dunque, nell'ambito del *decisum*.

Inoltre, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato che la regola del *tantum devolutum quantum appellatum* delimita anche i poteri di cognizione del Giudice di appello in materia di impugnazione di ordinanze aventi ad oggetto misure cautelari personali, ma tale limite è operante soltanto

rispetto ai punti della decisione impugnata attinti dai motivi di gravame, nonché a quelli con essi strettamente connessi o da essi dipendenti, e non riguarda, invece, le deduzioni in fatto e le argomentazioni in diritto svolte dal Giudice di primo grado<sup>64</sup>.

Sempre in composizione allargata, la Cassazione aveva in precedenza già statuito che la preclusione derivante dall'effetto devolutivo dell'appello riguarda esclusivamente i "punti" della sentenza che, non essendo stati oggetto dei motivi di impugnazione, abbiano acquistato autorità di giudicato; non riguarda, invece, nell'ambito dei motivi proposti, le argomentazioni e le questioni di diritto non svolte o erroneamente prospettate a sostegno del *petitum* che forma oggetto del gravame, atteso che il Giudice di appello ben può - senza esorbitare dalla sfera devolutiva, dell'impugnazione - accogliere il gravame in base ad argomentazioni proprie o diverse da quelle dell'appellante<sup>65</sup>.

#### 4. Schema finale di sintesi.

Qualora si condividano le considerazioni espresse nei precedenti paragrafi (come si è detto, in parte in contrasto con orientamenti giurisprudenziali di legittimità sufficientemente consolidati), i contenuti precettivi enucleabili dalle disposizioni che compongono l'art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. risultano essere i seguenti.

In tema di sospensione condizionale della pena:

- "*prognosi di concedibilità della sospensione condizionale*": se il Giudice ritiene che, con la sentenza di condanna, potrà essere concesso il beneficio della sospensione condizionale della pena, non può applicare né mantenere né la custodia in carcere né gli arresti domiciliari (art. 275 comma 2 *bis*, primo periodo, c.p.p.);
- "*sentenza di condanna a pena condizionalmente sospesa*": se, in qualsiasi grado del processo, viene pronunciata sentenza di condanna a pena condizionalmente sospesa, qualsiasi misura cautelare (non solo a carattere custodiale, ma anche qualunque misura meramente coercitiva o interdittiva) perde efficacia (artt. 300 comma 3 e 532 comma 2 c.p.p.).

Più articolato risulta il quadro normativo in relazione alla prognosi o alla pronuncia di una sentenza di condanna a pena detentiva infratriennale.

In tal caso, il Giudice (in linea di principio e fatte salve le eccezioni successivamente specificate) non potrà applicare o mantenere la custodia in carcere, adottando al massimo la misura degli arresti domiciliari, in caso di:

- "*prognosi di pena detentiva non superiore a tre anni*": se il Giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni, non potrà applicare o mantenere la custodia cautelare in carcere (art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p.);
- "*sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni*": se, in qualsiasi grado del processo, viene pronunciata sentenza di condanna a pena non superiore a tre anni, il Giudice non può disporre né mantenere la custodia carceraria (art. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, c.p.p.);
- "*aggravamento cautelare*": in ipotesi di prognosi di pena infratriennale o di intervenuta pronuncia di sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni, il Giudice non potrà disporre la custodia in carcere neppure in caso di aggravamento delle esigenze cautelari originariamente rilevate (art. 299 comma 4 c.p.p.);
- "*aggravamento sanzionatorio senza evasione*": in ipotesi di prognosi di pena infratriennale o di intervenuta pronuncia di sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni, il Giudice non potrà disporre la custodia in carcere nemmeno in caso di inottemperanza alle prescrizioni imposte con altre misure cautelari, qualora trattasi di violazione diversa dall'allontanamento dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari (artt. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, 276 commi 1 e 1 *bis* c.p.p.);
- "*evasione*": se si procede (in via principale e autonoma, non dunque in caso di aggravamento della misura cautelare già in essere, che è stata violata) per il delitto di evasione (non aggravato), punito con la pena massima della detenzione fino a tre anni, il Giudice non potrà disporre la custodia in carcere (artt. 275 comma 2 *bis*, secondo periodo, e 385 commi 1 e 3 c.p.).

In deroga a tali "*regole*" di carattere generale, il Giudice potrà disporre o mantenere comunque la misura cautelare carceraria, nonostante la prognosi di pena infratriennale o l'intervenuta pronuncia di

una sentenza a pena detentiva non superiore a tre anni, nei seguenti casi:

- “reati ostativi”: si procede per uno dei reati ostativi previsti dallo stesso comma 2 bis (art. 275 comma 2 bis, terzo periodo, c.p.p.);
- “reati a presunzione carceraria”: si procede per uno dei reati per i quali il terzo comma dell’art. 275 prevede una presunzione relativa di sussistenza di esigenze cautelari e una presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere (art. 275 comma 2 bis, secondo periodo, e comma 3, secondo periodo, c.p.p.) oppure per uno dei delitti per i quali il terzo comma prevede una presunzione relativa di sussistenza di esigenze cautelari e una presunzione anch’essa relativa di adeguatezza della sola custodia carceraria (art. 275 comma 2 bis, secondo periodo, e comma 3, terzo periodo, c.p.p.);
- “assenza di domicilio”: mancanza di un luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, rilevata l’inadeguatezza di ogni altra misura cautelare

(artt. 275 comma 2 bis, terzo periodo, e 284 comma 1 c.p.p.);

- “aggravamento sanzionatorio per evasione”: l’indagato o imputato, al quale era stata applicata la misura cautelare degli arresti domiciliari, ha violato il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di esecuzione della misura domiciliare, salvo si tratti di fatto di lieve entità (artt. 275 comma 2 bis, secondo periodo, 276 comma 1 ter e 280 comma 3 c.p.p.);
- “evasione infraquinquennale”: si procede nei confronti di indagato o imputato che ha riportato condanna definitiva per evasione nel quinquennio antecedente i fatti-reato oggetto di contestazione, salva l’ipotesi di evasione di lieve entità (art. 284 comma 5 bis c.p.p.).

**Antonio Gatto**

Giudice del Tribunale del Riesame di Lecce

<sup>1</sup> La riforma introdotta nel 1995 viene analizzata da O. LUPACCHINI, *La riforma dell’8 agosto 1995: come viene applicata come viene discussa - Dubbi sull’effettiva portata delle modificazioni agli artt. 274 e 275 c.p.p.*, in *Diritto Penale e Processo*, 1996, 1, p. 124.

<sup>2</sup> Sui molteplici argomenti che, anche prima della riforma del 2014, inducevano a ritenere che anche gli arresti domiciliari, al pari della custodia carceraria, fossero preclusi dal testo dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p., occorre ricordare G. SPANGHER, *La sospensione condizionale esclude anche gli arresti domiciliari?*, in *Diritto Penale e Processo*, 1997, 3, p. 326.

<sup>3</sup> Ampia parte della dottrina ha espresso, sin da subito, pesanti critiche alla riforma che, nel 2014, ha interessato il comma 2 bis dell’art. 275 c.p.p., ponendo in evidenza aporie, contraddizioni e dimenticanze del dettato normativo; si richiamano, in particolare: F. VIGANÒ, *Pubblicato ed entrato in vigore un decreto legge sul risarcimento dei detenuti vittima di sovraffollamento (con una importante e problematica modifica in materia di custodia cautelare in carcere)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30/6/2014; F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l’art. 8 del d.l. 92/2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7/7/2014; S. FIORE, *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all’uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p.)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; M. DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 comma 2 bis c.p.p. contro l’abuso della custodia cautelare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22/9/2014; in senso pienamente favorevole si esprime, invece, M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10/7/2014, secondo cui la disposizione introdotta costituisce “un presidio di reale garanzia, che attraverso l’ideale collegamento tra il piano cautelare e quello dell’esecuzione della pena traduce e rende effettivo il principio di proporzionalità”; sul D.L. 92/2014, si veda anche D. CHINNICI - I. PARDO, *Sulla modifica dell’art. 275, comma 2-bis, c.p.p. tra punti fermi e zone d’ombra*, in *Archivio Penale*, 2014, n. 3.

<sup>4</sup> Corte cost., 22/7/1996 – dep. 11/7/1996, n. 278, in *Diritto Penale e Processo*, 1996, p. 1067, e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 2422.

<sup>5</sup> Sulla situazione anteriore alla riforma del 2015, si segnala G. TERRANOVA, *Misure cautelari e prognosi di sospensione condizionale della pena*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, 6.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 18299 del 10/1/2017 - dep. 11/4/2017, Benci.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 39976 del 19/9/2013 - dep. 26/9/2013, Amorello, Rv. 256273, in un caso relativo alla misura dell’obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria; Sez. 6, n. 18683 del 9/1/2008 - dep. 8/5/2008, Pepe, Rv. 239931, sempre in tema di obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria; Sez. 2, n. 6480 del 21/11/1997 - dep. 16/4/1998, Accardo, Rv. 210596; Sez. 6, n. 4542 del 21/11/1997 - dep. 17/2/1998, P.M. in proc. Nolfo, Rv. 210317; Sez. 1, n. 3607 del 23/5/1997 - dep. 8/9/1997, P.M. in proc. Difato, Rv. 208494.





- <sup>8</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 5475 del 2/12/1997 - dep. 28/1/1998, Tudor, Rv. 209565; Sez. 1, n. 4427 del 28/6/1996 - dep. 6/8/1996, Scirica, Rv. 205506.
- <sup>9</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 1952 del 14/5/1997 - dep. 19/6/1997, Osmani T., Rv. 20830901.
- <sup>10</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 43377 del 28/9/2016 - dep. 13/10/2016, Di Martino; Sez. 6, n. 30327 del 9/6/2016 - dep. 15/7/2016, Sheshi; Sez. 3, n. 48707 del 25/11/2015 - dep. 10/12/2015, Palombizio; Sez. 3, n. 40529 del 5/5/2015 - dep. 9/10/2015, Xhani; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010 - dep. 19/1/2011, Giordano ed altri, Rv. 248866; Sez. 6, n. 50132 del 21/11/2013 - dep. 12/12/2013, Pilli, Rv. 258501.
- <sup>11</sup> Parere espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura il 30 luglio 2014.
- <sup>12</sup> In dottrina, propende per tale opzione interpretativa G. LEO, *Osservatorio dei contrasti giurisprudenziali - Sull'applicabilità delle misure cautelari nel caso di prognosi della sospensione condizionale per imputati minorenni*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, 5, p. 589.
- <sup>13</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 3722 del 3/11/1995 - dep. 30/1/1996, Milavi, Rv. 204162 - 01; nello stesso senso successivamente: Sez. 2, n. 35330 del 12/6/2007 - dep. 21/9/2007, Marcu, Rv. 237852 - 01; Sez. 2, n. 48738 del 29/11/2012 - dep. 17/12/2012, C., Rv. 253845 - 01; Sez. 4, n. 34900 del 12/4/2017 - dep. 17/7/2017, S.L., Rv. 270754 - 01.
- <sup>14</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 2389 del 5/7/1999 - dep. 13/3/2000, Vincente, Rv. 215875 - 01; nei medesimi termini in seguito: Sez. 4, n. 11993 del 22/2/2007 - dep. 22/3/2007, Materia, Rv. 236285 - 01; Sez. 4, n. 50077 del 17/10/2017 - dep. 31/10/2017, C., Rv. 271277 - 01.
- <sup>15</sup> Le peculiarità delle cautele in questione rispetto alle misure custodiali previste per gli imputati maggiorenni vengono messe in evidenza da N. MENNUNI, *Le misure cautelari per minorenni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 4, p. 1004.
- <sup>16</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 17 del 20/11/2006 - dep. 3/1/2007, P.M. in proc. Maddii, Rv. 235675 - 01.
- <sup>17</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 11361 del 7/2/2003 - dep. 11/3/2003, Costantino, Rv. 224795 - 01.
- <sup>18</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 53541 del 10/12/2014 - dep. 23/12/2014, Tomasello, Rv. 261609 - 01; nello stesso senso successivamente: Sez. 5, n. 27976 del 1/7/2020 - dep. 7/10/2020, Marino; Sez. 6, n. 29621 del 3/6/2016 - dep. 13/7/2016, Viviani, Rv. 267793 - 01, in cui è stato affermato che il divieto, ai sensi dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p., di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, nel caso in cui il Giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni, non si estende agli arresti domiciliari o alle altre più tenui misure coercitive; negli stessi termini Sez. 6, n. 1669 del 9/10/2019 - dep. 16/1/2020, Lizzio.
- <sup>19</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 36265 del 9/9/2020 - dep. 17/12/2020, Cuomo, in cui si contestava il delitto di violazione delle misure di prevenzione di cui all'art. 75 comma 2 D.Lgs. 159/2011; Sez. 1, n. 36263 del 17/6/2020 - dep. 17/12/2020, Vermenchuk; Sez. 2, n. 20481 del 11/3/2020 - dep. 9/7/2020, Vezi; Sez. 1, n. 37047 del 12/7/2019 - dep. 4/9/2019, P.M. in proc. Garofalo; Sez. 1, n. 33851 del 30/4/2019 - dep. 25/7/2019, Comes; Sez. 3, n. 31204 del 14/3/2019 - dep. 16/7/2019, P.M. in proc. Bougrine e altro; Sez. 1, n. 24123 del 28/2/2019 - dep. 30/5/2019, Fabbozzi e altro; Sez. 1, n. 14973 del 13/2/2019 - dep. 4/4/2019, Garofalo; Sez. 6, n. 3797 del 13/11/2018 - dep. 25/1/2019, Adgohe e altro; Sez. 5, n. 3175 del 8/11/2018 - dep. 23/1/2019, Leonardi; Sez. 1, n. 51001 del 27/9/2018 - dep. 8/11/2018, Lusha; Sez. 1, n. 50836 del 5/4/2018 - dep. 8/11/2018, Lalima; Sez. 6, n. 50111 del 11/10/2018 - dep. 6/11/2018, Tucci, in cui l'imputato aveva patteggiato in primo grado la pena di due anni di reclusione per il delitto di spaccio di sostanze stupefacenti; Sez. 1, n. 25163 del 22/11/2017 - dep. 5/6/2018, Frazzica; Sez. 6, n. 24191 del 17/5/2018 - dep. 29/5/2018, Albano; Sez. 3, n. 5840 del 9/1/2018 - dep. 8/2/2018, Torri; Sez. 3, n. 930 del 30/11/2017 - dep. 12/1/2018, Perna; Sez. 5, n. 55747 del 25/9/2017 - dep. 13/12/2017, Stojanovic, con imputato condannato in primo grado ad un anno e sei mesi di reclusione per i delitti di tentato furto aggravato e resistenza ad un pubblico ufficiale; Sez. 3, n. 15025 del 18/12/2018 - dep. 5/4/2019, Manto, in cui l'imputato era stato condannato in primo grado alla pena di tre anni di reclusione per il delitto di cui all'art. 73 D.P.R. 309/1990; Sez. 6, n. 7458 del 19/1/2017 - dep. 16/2/2017, Nikolos; Sez. 6, n. 45692 del 27/9/2016 - dep. 28/10/2016, Borici, per il delitto di cui all'art. 73 del D.P.R. 309/1990; Sez. 2, n. 46874 del 14/7/2016 - dep. 8/11/2016, Guastella; Sez. 6, n. 11045 del 27/1/2016 - dep. 16/3/2016, Calia; Sez. 6, n. 6271 del 27/1/2016 - dep. 15/2/2016, D'Ottavio; Sez. 6, n. 10 del 2/12/2015 - dep. 4/1/2016, Caretto e altri; Sez. 3, n. 32702 del 27/2/2015 - dep. 27/7/2015, Jabbar.
- <sup>20</sup> La pronuncia è commentata da A. MACRILLÒ, *Esecuzione delle pene detentive: l'auspicata declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 656, comma 5, c.p.p.*, in *Diritto Penale e Processo*, 2018, 9, p. 1149.
- <sup>21</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 18891 del 28/2/2019 - dep. 6/5/2019, Canevaggi, Rv. 275480 - 01; nello stesso senso: Sez. 2, n. 42325 del 9/7/2019 - dep. 15/10/2019, Pizzuti; Sez. 6, n. 9438 del 29/1/2019 - dep. 4/3/2019, Pizzimenti; Sez. 6, n. 554 del 31/10/2018 - dep. 8/1/2019, Wang; Sez. 6, n. 52209 del 16/10/2018 - dep. 20/11/2018, Sapienza e altro.
- <sup>22</sup> Cass. pen., Sez. F., n. 26542 del 13/08/2020 - dep. 23/09/2020, Bandini; Sez. 6, n. 50817 del 12/12/2019 - dep. 16/12/2019, Ciotola; Sez. 6, n. 39114 del 4/7/2019 - dep. 24/9/2019, Maggi; Sez. 6, n. 26266 del 28/3/2019 - dep. 13/6/2019, P.M. in proc. Scalabrino; Sez. 6, n. 9438 del 29/1/2019 - dep. 4/3/2019, Pizzimenti; Sez. 6, n. 8059 del 31/1/2019 - dep. 22/2/2019, Lattanzi; Sez. 6, n. 995 del 4/10/2018 - dep. 10/1/2019, Longo; Sez. 6, n. 45010 del 10/5/2018 - dep. 8/10/2018, P.M. in proc. Sourour; Sez. 6, n. 38417 del 21/6/2018 - dep. 8/8/2018, Missaghi; Sez. 6, n. 18856 del 15/3/2018 - dep. 2/5/2018,



Fasciolo; Sez. 6, n. 16857 del 6/2/2018 - dep. 16/4/2018, P.M. in proc. Gentile; Sez. 6, n. 49737 del 3/7/2017 - dep. 30/10/2017, Buscemi.

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 32498 del 5/7/2016 - dep. 26/7/2016, Vasta.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 32222 del 9/7/2010 - dep. 23/8/2010, Galdi, Rv. 24759601; Sez. 5, n. 27146 del 8/6/2010 - dep. 13/7/2010, P.M. in proc. Femia, Rv. 24803401; Sez. 6, n. 20447 del 26/1/2005 - dep. 31/5/2005, Marino, Rv. 23145101.

<sup>25</sup> Comma aggiunto dall'art. 16, D.L. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 19 gennaio 2001, n. 4 e, successivamente, così sostituito dall'art. 5, comma 1, L. 16 aprile 2015, n. 47.

<sup>26</sup> Comma aggiunto dall'art. 16, D.L. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 19 gennaio 2001, n. 4, sostituito dall'art. 5, L. 26 marzo 2001, n. 128 e, successivamente, così modificato dall'art. 6, comma 1, L. 16 aprile 2015, n. 47.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 31434 del 4/7/2013 - dep. 22/7/2013, Sanseverino, in cui si evidenzia inoltre come, nell'attestare la presunzione assoluta d'inaffidabilità del soggetto già definitivamente condannato per evasione, l'art. 284 comma 5 bis c.p.p. valorizza una circostanza (la previa condanna definitiva per tale delitto) specificamente riferita alla storia personale dell'interessato, del tutto svincolata dal titolo formale del reato contestato.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 5976 del 23/1/2014 - dep. 7/2/2014, Paragliola.

<sup>29</sup> In dottrina, si interroga sul punto C. BRIGNONE, *Custodia cautelare in carcere e divieto di concessione degli arresti domiciliari in caso di evasione e pena irroganda non inferiore a tre anni*, in *Il Penalista*, 26/8/2015.

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 17657 del 12/2/2015 - dep. 27/4/2015, Caradonna, in un caso in cui il Tribunale del Riesame, su appello del Pubblico Ministero, aveva sostituito la misura degli arresti domiciliari applicata dal GIP proprio sulla base del divieto di concessione della detenzione domiciliare sancito dall'art. 284 comma 5 bis c.p.p.; la Corte ha annullato il provvedimento di sostituzione della misura ritenendo la prevalenza del divieto di applicazione della custodia carceraria di cui all'art. 275 comma 2 bis c.p.p., in virtù della condanna in primo grado alla pena di un anno e sei mesi di reclusione; nello stesso senso più recentemente Sez. 6, n. 12237 del 22/1/2019 - dep. 19/3/2019, Guccione.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 2226 del 23/10/2014 - dep. 16/1/2015, Boboaca, con nota di D. POTETTI, *L'art. 275, comma 2 bis, c.p.p. e il giudice veggente*, in *Cassazione penale*, 2016, 3, IV, p. 1113.

<sup>32</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 14111 del 12/3/2015 - dep. 8/4/2015, Rondinone; nello stesso senso successivamente Sez. 6, n. 6271 del 27/1/2016 - dep. 15/2/2016, D'Ottavio; ancor più recentemente Sez. 7, n. 25375 del 13/6/2016 - dep. 17/6/2016, Tetaj; da ultimo Sez. 1, n. 48721 del 15/10/2019 - dep. 29/11/2019, Comes.

<sup>33</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 40994 del 1/10/2015 - dep. 12/10/2015, P.G. in proc. El Mkhatri, Rv. 26560901, con nota di S. DI PAOLA, *Misure cautelari personali, evasione dagli arresti domiciliari, arresto, convalida, applicazione della custodia in carcere, legittimità*, in *Il Foro italiano*, 2016, 11, II, p. 693, afferma che, a seguito di convalida dell'arresto per il delitto di evasione, il Giudice può disporre, una volta riscontrate le esigenze cautelari, la misura della custodia in carcere anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 274, comma primo lett. c), oltre che a quelli fissati dall'art. 280 c.p.p., in applicazione dell'art. 391 comma 5 c.p.p..

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 4139 del 14/1/2014 - dep. 29/1/2014, Morabito, Rv. 258255; Sez. 6, n. 6097 del 17/12/2004 - dep. 17/2/2005, Valente, Rv. 230992.

<sup>35</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 39114 del 4/7/2019 - dep. 24/9/2019, Maggi; Sez. 6, n. 11162 del 19/7/2018 - dep. 13/3/2019, Surgo; Sez. 6, n. 8059 del 31/1/2019 - dep. 22/2/2019, Lattanzi; Sez. 6, n. 995 del 4/10/2018 - dep. 10/1/2019, Longo; Sez. 6, n. 45010 del 10/5/2018 - dep. 8/10/2018, P.M. in proc. Sourour; Sez. 6, n. 38417 del 21/6/2018 - dep. 9/8/2018, Missaghi; Sez. 6, n. 18856 del 15/3/2018 - dep. 2/5/2018, Fasciolo; Sez. 6, n. 16857 del 6/2/2018 - dep. 16/4/2018, P.M. in proc. Gentile; Sez. 6, n. 32498 del 5/7/2016 - dep. 26/7/2016, Vasta; Sez. 6, n. 31583 del 23/6/2016 - dep. 21/7/2016, Halilovic, pur riguardo al diverso tema dell'ingiustificato allontanamento dal luogo di detenzione domiciliare disposta ai sensi dell'art. 47 ter della L. 354/1975.

<sup>36</sup> In questo senso anche L. GIORDANO, *E' applicabile la custodia in carcere all'evaso all'esito del giudizio di convalida dell'arresto?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2017, 12, p. 1629.

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 1798 del 16/12/2014 - dep. 15/1/2015, Ila, Rv. 262059 - 01.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 13025 del 26/3/2015 - dep. 27/3/2015, Iengo, Rv. 262961 - 01.

<sup>39</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 47302 del 5/11/2015 - dep. 30/11/2015, P.M. in proc. Speziali, Rv. 265339 - 01; nei medesimi termini anche Sez. 5, n. 10138 del 20/12/2017 - dep. 6/3/2018, P.M. in proc. Minucci ed altri.

<sup>40</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 21912 del 25/6/2020 - dep. 22/7/2020, Marku, in un caso in cui l'imputato, incensurato, aveva già raggiunto un accordo con il Pubblico Ministero per l'applicazione di una pena di due anni e otto mesi per il delitto di cui all'art. 73 D.P.R. 309/1990; Sez. 3, n. 17555 del 13/3/2019 - dep. 24/4/2019, Gualtieri; Sez. 4, n. 37834 del 22/6/2018 - dep. 6/8/2018, Rojas Valderrama; Sez. 2, n. 3674 del 22/12/2016 - dep. 25/1/2017, Markja; Sez. 2, n. 39363 del 15/9/2016 - dep. 22/9/2016, Fajjari; Sez. 4, n. 24111 del 17/5/2016 - dep. 9/6/2016, Chartawi; Sez. 4, n. 33848 del 6/7/2015 - dep. 31/7/2015, Bruno; Sez. 4, n. 33836 del 3/6/2015 - dep. 31/7/2015, Nadir.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 21913 del 25/6/2020 - dep. 22/7/2020, El Felhi, in cui l'imputato era stato condannato, al termine del giudizio di secondo grado, alla pena detentiva di due anni e otto mesi di reclusione; Sez. 2, n. 20481 del 11/3/2020 - dep. 9/7/2020, Vezi, in cui la pena detentiva irrogata in primo grado di tre anni e otto mesi di reclusione era poi stata ridotta in appello a due anni e sei mesi; Sez. 6, n. 50111 del 11/10/2018 - dep. 6/11/2018, Tucci, in cui l'imputato aveva patteggiato in primo grado la pena di due anni di reclusione per il delitto di spaccio di sostanze stupefacenti; Sez. 5, n. 55747 del 25/9/2017 - dep. 13/12/2017, Stojanovic, con imputato condannato in primo grado ad un anno e sei mesi di reclusione per i delitti di tentato furto aggravato e resistenza ad un pubblico ufficiale; Sez. 2, n. 48552 del 13/9/2017 - dep. 23/10/2017, Er Raoui, in cui l'imputato aveva patteggiato per diversi reati una pena inferiore a tre anni di reclusione; Sez. 5, n. 30369 del 10/3/2016 - dep. 15/7/2016, Muntianu, in cui l'imputato era stato condannato, in primo grado, a seguito di giudizio abbreviato, per due tentativi di furto aggravato e due furti aggravati, alla pena detentiva di tre anni di reclusione; Sez. 2, n. 25131 del 14/4/2016 - dep. 16/6/2016, Marchese, in cui l'imputato aveva patteggiato la pena di due anni di reclusione.

<sup>42</sup> Cass. pen., Sez. F., n. 26542 del 13/8/2020 - dep. 23/9/2020, Bandini, Rv. 279632 - 01: in motivazione, la Corte ha precisato che i principi di proporzionalità e adeguatezza devono essere costantemente verificati, al fine di attuare la minor compressione possibile della libertà personale, non potendo prevalere le valutazioni compiute in fase cautelare rispetto alla pronuncia adottata in fase di merito; così i Giudici di legittimità giungono ad affermare: *"Nel caso di specie, in conclusione, il Giudice della cautela, preso atto che la Corte territoriale aveva rideterminato la pena finale in anni 2 e mesi 10, inferiore a tre anni, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, era tenuto a sostituire la custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari, unica misura custodiale applicabile allo stato al ricorrente nel presente procedimento"*.

<sup>43</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 20540 del 22/1/2019 - dep. 13/5/2019, Erzemberger, non massimata, in cui la Corte ha annullato con rinvio il provvedimento con il quale il Tribunale del Riesame, in funzione di Giudice di appello ex art. 310 c.p.p., aveva accolto il gravame formulato dal Pubblico Ministero avverso l'ordinanza con la quale il GUP aveva sostituito la misura della custodia in carcere con quella attenuata degli arresti domiciliari, ripristinando la detenzione carceraria; i Giudici di legittimità, in particolare, hanno affermato che l'adozione della misura cautelare massima era ormai interdetta dell'intervenuta sentenza di condanna alla pena detentiva di due anni e sei mesi di reclusione.

<sup>44</sup> Il contrasto ormai esistente sul punto in seno alla giurisprudenza di legittimità è stato segnalato anche da una recente relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione: si fa riferimento in particolare alla Relazione n. 93 del 26 novembre 2020.

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 1798 del 16/12/2014 - dep. 15/1/2015, Ila, cit.

<sup>46</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 31760 del 19/6/2018 - dep. 11/7/2018, Yordanov M.; Sez. 2, n. 31759 del 19/6/2018 - dep. 11/7/2018, Yordanov Y.

<sup>47</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 47302 del 5/11/2015 - dep. 30/11/2015, P.M. in proc. Speciali.

<sup>48</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 29457 del 24/9/2020 - dep. 23/10/2020, Lo Cheik; Sez. 4, n. 28163 del 24/9/2020 - dep. 9/10/2020, Sarr Gorgui.

<sup>49</sup> Articolo così modificato dall'art. 2, D.L. 1° marzo 1991, n. 60, convertito, con modificazioni, in L. 22 aprile 1991, n. 133, dall'art. 6, L. 8 agosto 1995, n. 332 e dall'art. 4, L. 26 marzo 2001, n. 128.

<sup>50</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 9438 del 29/1/2019 - dep. 4/3/2019, Pizzimenti, Rv. 275289 - 01.

<sup>51</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 7458 del 19/1/2017 - dep. 16/2/2017, Nikolos.

<sup>52</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 36263 del 17/6/2020 - dep. 17/12/2020, Vermenchuk; Sez. 4, n. 29457 del 24/9/2020 - dep. 23/10/2020, Lo Cheik; Sez. 4, n. 28163 del 24/9/2020 - dep. 9/10/2020, Sarr Gorgui; Sez. 5, n. 27976 del 1/7/2020 - dep. 7/10/2020, Marino; Sez. 3, n. 18028 del 18/1/2019 - dep. 2/5/2019, Sciuto; Sez. 5, n. 13688 del 1/2/2019 - dep. 28/3/2019, Sarcina; Sez. 4, n. 10888 del 27/2/2019 - dep. 12/3/2019, Candeh; Sez. 1, n. 8230 del 3/10/2018 - dep. 25/2/2019, Salsiccia; Sez. 3, n. 7164 del 23/11/2018 - dep. 15/2/2019, Belbarbouchi; Sez. 1, n. 51177 del 6/6/2017 - dep. 9/11/2018, Piccolo; Sez. 3, n. 14057 del 20/2/2018 - dep. 27/3/2018, Fortunato; Sez. 3, n. 2764 del 12/12/2017 - dep. 23/1/2018, Caltabiano; Sez. 6, n. 39489 del 14/6/2017 - dep. 28/8/2017, Bonaventura; Sez. 2, n. 228 del 16/12/2016 - dep. 3/1/2017, Giorgio; Sez. 4, n. 51969 del 10/11/2016 - dep. 6/12/2016, Sainovic; Sez. 6, n. 48956 del 21/9/2016 - dep. 18/11/2016, Scognamiglio; Sez. 4, n. 39538 del 15/7/2016 - dep. 23/9/2016, Aleksandrov, che aggiunge che, nella valutazione prognostica della pena comminabile, non si può tenere conto neppure delle circostanze attenuanti generiche; Sez. 4, n. 26600 del 23/3/2016 - dep. 27/6/2016, Casale; Sez. 4, n. 24111 del 17/5/2016 - dep. 9/6/2016, Chartawi; Sez. 5, n. 18570 del 8/1/2016 - dep. 4/5/2016, Longobardi e altri, in cui si precisa che non può prendersi in considerazione neppure la futura applicazione dell'istituto della continuazione con una precedente condanna per reato analogo, per il suo carattere di possibilità astratta ed eventuale, in assenza di dati concreti di valutazione; Sez. 3, n. 36918 del 13/5/2015 - dep. 14/9/2015, Agostinone, Rv. 26517601; Sez. 4, n. 42682 del 24/5/2007 - dep. 20/11/2007, Ehuiaka, Rv. 238298; Sez. 6, n. 2925 del 30/9/1996 - dep. 19/11/1996, Marino, Rv. 206433; Sez. 2, n. 5569 del 18/12/1995 - dep. 24/1/1996, Squeo, Rv. 203788.

<sup>53</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 8230 del 3/10/2018 - dep. 25/2/2019, Salsiccia.

<sup>54</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 8237 del 16/11/2018 - dep. 25/2/2019, Ferrara, in cui è stato anche precisato che ogni eccezione relativa alla omissione o al contenuto del giudizio prognostico deve essere sollevata tempestivamente avanti al Giudice di merito, non potendo essere posta per la prima volta in sede di legittimità; al contrario, Sez. 2, n. 8932 del 17/1/2019 - dep. 1/3/2019, Aliano ed altri statuisce che una motivazione più incisiva è richiesta nell'ipotesi in cui il Giudice della cautela abbia riqualficato il reato in termini di tentativo, evenienza che, valutata anche la personalità dell'indagato (specie se incensurato), muta in modo significativo il quadro sanzionatorio di riferimento.

<sup>55</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 5988 del 23/1/2014 - dep. 7/2/2014, Paolone, Rv. 258209 - 01, secondo cui la sopravvenienza di una sentenza di condanna per gli stessi fatti per i quali è stata applicata una misura cautelare personale preclude al Giudice dell'appello incidentale *de libertate* la rivalutazione della gravità indiziaria, in assenza di una diversa contestazione del fatto addebitato e di nuovi elementi di fatto; così anche: Sez. 1, n. 2350 del 22/12/2009 - dep. 19/1/2010, Siclari, Rv. 246037 - 01; Sez. 1, n. 38036 del 13/7/2004 - dep. 27/9/2004, Porcelli, Rv. 230049 - 01; nello stesso senso, più recentemente, Sez. 1, n. 55459 del 15/6/2017 - dep. 12/12/2017, Gagliardi, Rv. 272398 - 01.

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 26636 del 6/5/2009 - dep. 30/6/2009, Turloiu, Rv. 244877 - 01, in cui è stato affermato che, in tema di misure cautelari personali, una volta intervenuta la sentenza di condanna, la valutazione delle esigenze cautelari, anche in sede di riesame, deve mantenersi nell'ambito della ricostruzione operata dalla pronuncia di merito, non solo per quel che attiene all'affermazione di colpevolezza e alla qualificazione giuridica ma, anche, per tutte le circostanze del fatto, che non possono essere apprezzate in modo diverso dal Giudice della cautela; nello stesso senso Sez. 5, n. 579 del 3/2/1999 - dep. 8/3/1999, Marinelli, Rv. 213469 - 01, secondo cui il "*principio dell'assorbimento*", in base al quale quando interviene una decisione che in ogni caso contiene in sé una valutazione di merito di tale incisività da assorbire la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, può dirsi ragionevolmente precluso il riesame su tale punto da parte del Giudice chiamato a pronunciarsi in sede di impugnativa proposta avverso il provvedimento restrittivo della libertà, sebbene sia stato espresso in materia di valutazione dei gravi indizi, deve valere anche per altri accertamenti compiuti dal Giudice di merito che hanno il pregio di una maggiore completezza ed affidabilità rispetto a quelli compiuti nella fase delle indagini preliminari; ed invero, l'autonomia decisionale del Giudice della libertà, che resta piena nella valutazione delle esigenze cautelari, soffre delle limitazioni in ordine all'accertamento delle modalità e circostanze dell'azione e della gravità dei reati contestati e ritenuti in sentenza a seguito di istruttoria dibattimentale, elementi di cui si deve tener conto nella valutazione delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 lett. c) c.p.p.; una tale limitazione, invero, si giustifica non solo per la maggiore affidabilità delle decisioni di merito, ma anche con la necessità di evitare che nel corso dello stesso procedimento ed in relazione allo stesso fatto vi siano decisioni del tutto dissonanti.

<sup>57</sup> Cass. pen., Sez. 4, n. 12890 del 13/2/2019 - dep. 25/3/2019, Bettassa, Rv. 275363 - 01: la sentenza in questione deve ritenersi attinente alla fase genetica del regime cautelare, atteso che riguarda un caso in cui l'istanza di applicazione della misura cautelare era stata, in prima battuta, rigettata dal GIP, ma poi applicata dal Tribunale del Riesame, in funzione di Giudice di appello ex art. 310 c.p.p., a seguito dell'impugnazione formulata dal Pubblico Ministero avverso il primigenio provvedimento reiettivo; la pronuncia è commentata da A. BUCCARELLA, *Sui rapporti tra procedimento cautelare e merito nel prisma dell'art. 275, comma 2 bis, c.p.p.*, in *Il Foro italiano*, 2020, 2, 2, p. 142; negli stessi termini successivamente: Sez. 4, n. 19867 del 12/6/2020 - dep. 2/7/2020, Iafulli; Sez. 4, n. 21758 del 26/6/2020 - dep. 21/7/2020, Costanzo.

<sup>58</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 11376 del 12/1/2018 - dep. 13/3/2018, El Kired.

<sup>59</sup> Cass. pen., Sez. 2, n. 10425 del 8/2/2018 - dep. 7/3/2018, Abdelaziz.

<sup>60</sup> Cass. pen., Sez. 5, n. 7742 del 4/2/2015 - dep. 19/2/2015, Abdou.

<sup>61</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 41074 del 30/09/2015 - dep. 13/10/2015, Z., Rv. 265048 - 01.

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. 1, n. 31796 del 27/10/2020 - dep. 12/11/2020, Stellato, in cui la Cassazione ha affermato che, sebbene alcun riferimento al disposto di cui all'art. 275 comma 2 bis c.p.p. fosse contenuto nell'istanza di riesame o nella discussione tenuta dal difensore innanzi al Tribunale, "*tuttavia, trattandosi di presupposto di legittimità dell'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, il Tribunale avrebbe dovuto verificare d'ufficio la sua sussistenza*".

<sup>63</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 8691 del 14/11/2017 - dep. 22/2/2018, Attabia, Rv. 272215 - 01: in applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto legittima l'ordinanza del Tribunale della libertà che aveva dichiarato d'ufficio l'inammissibilità dell'istanza di revoca o sostituzione della misura coercitiva, applicata in un procedimento per delitto commesso con violenza alla persona, per omessa notifica dell'istanza alla persona offesa, ai sensi dell'art. 299 comma 3 c.p.p., trattandosi di un vizio deducibile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo cautelare.

<sup>64</sup> Cass. pen., Sez. U, n. 8 del 25/6/1997 - dep. 3/10/1997, Gibilras, Rv. 208313 - 01, in una fattispecie relativa ad appello avverso provvedimento di rigetto di istanza di scarcerazione per decorrenza dei termini massimi di custodia cautelare per asserita contestazione a catena, fondata, tra l'altro, sull'esistenza di vincolo di continuazione o di connessione tra i reati contestati; nell'enunciare il principio di cui in massima, la Cassazione ha ritenuto corretta la decisione del Tribunale della libertà basata, pur in assenza al riguardo di deduzioni dell'appellante o di argomentazioni del Giudice *a quo*, sull'esistenza



**TRIMESTRALE, 1, 2021**

di una preclusione derivante dal giudicato cautelare sul punto; nello stesso senso Sez. 1, n. 6989 del 11/12/1997 - dep. 26/2/1998, Macrì, Rv. 209896 - 01.

<sup>65</sup> Cass. pen., Sez. U, n. 1 del 27/9/1995 - dep. 4/1/1996, Timpanaro, Rv. 203096 - 01.

## L'ergastolo ostativo al vaglio della Consulta. Se non ora, quando?

di **G. Bellini** e **F. Procopio**

In attesa della pronuncia della Consulta sulla legittimità costituzionale della normativa penitenziaria che regola la liberazione condizionale per gli ergastolani ostativi, con il presente contributo le autrici ripercorrono l'evoluzione di tale regime muovendo dalle sue origini, passando per le pronunce delle Corti dei diritti che ne hanno modellato i contorni, fino ad arrivare alle recenti aperture della sentenza n. 253/2019. Nella consapevolezza della difficoltà di trovare il punto di equilibrio tra l'esigenza di un'efficace repressione di crimini gravissimi e quella di valorizzare la funzione rieducativa della pena, l'auspicio è quello di proporre alcuni spunti di riflessione su un tema tanto complesso quanto sovente banalizzato da semplicistici proclami, che finiscono per stroncare ogni possibilità di costruttivo e proficuo dibattito in materia.

**Sommario.** 1. Tutti i nodi vengono al pettine. – 2. L'art. 4 *bis*: normativa d'emergenza ed *excursus* giurisprudenziale fino agli anni 2000. – 3. La luce in fondo al tunnel: il monito della CEDU e la sentenza n. 253/2019 della Consulta. – 4. La nuova occasione della Corte Costituzionale.

### 1. Tutti i nodi vengono al pettine.

È accaduto quanto da molti auspicato e da alcuni presagito<sup>1</sup>. La Prima Sezione della Suprema Corte, con ordinanza di rimessione n. 18518/2020<sup>2</sup>, ha deferito alla Consulta la “spinosa” questione della legittimità costituzionale degli artt. 4 *bis*, comma 1 e 58 *ter* ord. penit.<sup>3</sup> e dell'art. 2 D.L.13 maggio 1991, n. 152<sup>4</sup> nella parte in cui, in difetto di “utile” collaborazione con la giustizia, impediscono agli ergastolani condannati per reati commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l'associazione di stampo mafioso, di accedere alla liberazione condizionale. Il dubbio di costituzionalità<sup>5</sup> si fonda sulla convinzione che l'atteggiamento collaborativo non può essere elevato “*ad indice esclusivo dell'assenza di ogni legame con l'ambiente criminale di appartenenza e che, di conseguenza, altri elementi possono in concreto essere validi e inequivoci indici dell'assenza di detti legami e quindi di pericolosità sociale*”<sup>6</sup>.

Del resto, era questione di tempo. Invero questo principio era già stato fatto proprio dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 253/2019<sup>7</sup>, che ha avuto il merito di avviare il processo di erosione della presunzione assoluta di pericolosità in assenza di collaborazione di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.

Tale decisione, seppur circoscritta ai soli permessi premio<sup>8</sup>, ha aperto nel muro dell'ostatività ai benefici penitenziari per i detenuti “di prima fascia” non collaboranti una breccia troppo evidente perché

nessuno cercasse di attraversarla e di porre sotto assedio anche il divieto di accesso alla liberazione condizionale, particolarmente gravoso proprio per i condannati a pena perpetua.

Ciò a maggior ragione se si considera che solo qualche mese prima la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva assestato un primo durissimo colpo alla figura dell'ergastolo ostativo, dichiarandone, nella sentenza Viola c. Italia n. 2<sup>9</sup>, l'incompatibilità con l'art. 3 della Convenzione<sup>10</sup> proprio in quanto pena *de facto* non ridicibile.

Veniamo, quindi, a noi. Il caso che ha dato origine all'ordinanza di rimessione della Suprema Corte presenta diverse analogie<sup>11</sup> con quello di Marcello Viola.

S. F. P. è un soggetto pluricondannato, in espiazione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni uno in forza di un provvedimento di cumulo di tre sentenze di condanna; l'ultima - nel riconoscerlo colpevole del delitto di omicidio aggravato dalle circostanze c.d. “di tipo mafioso” previste dall'art. 7 del D.L. n. 152 del 1991 e di reati concernenti la violazione delle disposizioni sulle armi - gli aveva, appunto, irrogato la pena perpetua.

Le istanze di concessione di permessi premio presentate negli anni dal detenuto erano state respinte in ragione della mancata collaborazione con la giustizia nonché dell'impossibilità di ravvisare gli estremi della collaborazione impossibile o inesigibile<sup>12</sup>. Ciò nonostante, nel 2019 S. F. P. adiva nuovamente il Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila, stavolta chiedendo di essere ammesso alla

liberazione condizionale. A sostegno dell'istanza adduceva l'espiazione di più di 27 anni di pena (comprensivi dei 2665 giorni di liberazione anticipata ottenuti), la proficua partecipazione all'opera di rieducazione e alle opportunità di lavoro e studio offertegli (aveva, tra l'altro, conseguito il titolo di agronomo), nonché la rivisitazione critica del passato, con parziale ammissione delle proprie responsabilità, e la volontà di recidere i legami con l'ambiente mafioso, risultanti dalla relazione di sintesi.

La vicenda è giunta all'attenzione della Suprema Corte a seguito del ricorso promosso dal detenuto avverso l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza che aveva dichiarato inammissibile la domanda di liberazione condizionale<sup>13</sup> e manifestamente infondata la questione di costituzionalità del divieto di accesso a tale istituto per l'ergastolano ostativo non collaborante.

Ed ecco l'elemento di novità rispetto al caso Viola. Se nel 2016 la Corte di Cassazione<sup>14</sup> aveva optato per la via del *modus discensus*, limitandosi a rilevare che il dubbio di compatibilità costituzionale della disciplina censurata era già stato positivamente risolto nella sentenza n. 135/2003<sup>15</sup> (da qui il ricorso del detenuto alla Corte EDU), stavolta la scelta è stata quella – più audace e sensibile alle recenti istanze, anche sovranazionali – di demandare alla Consulta una verifica circa la perdurante legittimità e ragionevolezza di quell'impostazione.

## 2. L'art 4 bis: legislazione d'emergenza ed excursus giurisprudenziale sino agli anni 2000.

Come noto, l'art. 4 bis è stato introdotto nell'ordinamento penitenziario dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152<sup>16</sup>, come risposta dello Stato al sempre più dilagante fenomeno della criminalità organizzata, soprattutto di stampo mafioso.

Nella sua formulazione iniziale, la norma suddivideva i condannati responsabili di alcuni gravissimi delitti in due fasce, a seconda della più o meno diretta riferibilità dei titoli di reato individuati al crimine organizzato o eversivo<sup>17</sup>.

Per i condannati di entrambe le fasce l'accesso ai benefici penitenziari, alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale<sup>18</sup> era subordinato alla rottura dei legami con il contesto criminale di provenienza. Tuttavia, se per i reati di "seconda fascia" ai fini di tale accertamento era sufficiente l'assenza di "elementi tali da far ritenere la sussistenza di legami con la criminalità organizzata o

eversiva", per quelli di "prima fascia" il detenuto doveva fornire "elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata ed eversiva"<sup>19</sup>.

In questa prima edizione del regime ostativo la collaborazione con la giustizia aveva funzione premiale<sup>20</sup>: solo la scelta di collaborare con l'Autorità Giudiziaria, ritenuta di per sé sufficiente a dimostrare l'avvenuta cessazione dei rapporti con il sodalizio criminale, consentiva al condannato ostativo di riaccedere ai limiti di pena base per l'ammissione alle misure extramurarie<sup>21</sup>.

Il regime ostativo, così come disegnato nel 1991, ha però avuto vita breve.

All'indomani della strage di Capaci<sup>22</sup>, goccia che ha fatto traboccare il vaso dell'allarme sociale, il legislatore ha deciso di dare alla disciplina di nuovo conio un giro di vite in senso general preventivo e retributivo<sup>23</sup>.

Con le modifiche apportate dal D. L. 8 giugno 1992, n. 306<sup>24</sup> al trattamento penitenziario dei condannati ex art. 4 bis, comma 1 ord. penit., la finalità rieducativa della pena ha, infatti, ceduto inesorabilmente il passo alle istanze di difesa e sicurezza collettiva provenienti dalla popolazione, in un netto *revirement* rispetto ai valori che avevano ispirato la L. n. 354 del 1975.

La principale novità della riforma del 1992, per ciò che qui interessa<sup>25</sup>, è stato il nuovo ruolo attribuito dal legislatore alla condotta collaborativa. Lungi dall'essere più solamente un incentivo per ridurre i tempi di ammissione ai benefici penitenziari<sup>26</sup>, l'"utile" cooperazione con la giustizia ex art. 58 ter ord. penit. è divenuta per i detenuti "di prima fascia" l'unica via d'accesso ad essi.

Alla base di tale impostazione, una duplice presunzione assoluta<sup>27</sup>: in considerazione della tendenziale indissolubilità del vincolo associativo, il rifiuto di collaborare non può che essere sintomo, per i condannati ex art. 4 bis, comma 1 ord. penit., della persistenza dei legami con il gruppo criminale d'origine.

Una scelta di politica criminale, questa, chiaramente espressiva della volontà dello Stato di trasformare i detenuti ostativi "di prima fascia" in uno strumento per ottenere informazioni investigative utili nella lotta al crimine organizzato<sup>28</sup>.

All'automatismo normativo introdotto con la riforma, il legislatore del 1992 ha apportato un'unica mitigazione, disciplinata nel secondo capoverso dell'art. 4 bis, comma 1 ord. penit.

In sede di conversione, infatti, si è deciso di equiparare all'“utile” collaborazione ex art. 58 *ter* ord. penit. quella c.d. oggettivamente irrilevante. Si è cioè stabilito che, al ricorrere di determinate circostanze (segnatamente una tra le ipotesi di cui agli artt. 62 n. 6, 114, 116, comma 2 c.p.<sup>29</sup>), anche una cooperazione con la giustizia rivela infruttuosa a fini investigativi fosse idonea a consentire l'accesso ai benefici penitenziari, purché fossero stati acquisiti “*elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata*”.

Seppur non esplicitata nei lavori preparatori, la *ratio* dell'emendamento sembrava risiedere da un lato nella consapevolezza che, nei casi di limitata partecipazione al fatto criminoso, difficilmente il reo sarebbe stato a conoscenza di informazioni rilevanti per la lotta al crimine organizzato; dall'altro, nell'idea che la realizzazione di condotte risarcitorie o riparatorie (anche in sede esecutiva) fosse tendenzialmente incompatibile con la permanenza del vincolo associativo<sup>30</sup>.

Com'è ovvio, gli effetti del novellato regime ostativo ex art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit., già estremamente pregiudizievole per i condannati a pena temporanea, non potevano che rivelarsi ancor più gravosi per i condannati all'ergastolo.

In assenza di collaborazione, tali soggetti erano – e sono tutt'oggi – inesorabilmente destinati a restare in carcere sino alla morte, nel senso stretto della parola<sup>31</sup>.

Non si dimentichi, infatti, che tra i benefici ricompresi nel perimetro applicativo della preclusione assoluta compariva anche la liberazione condizionale. E se per i condannati ostativi “temporanei” l'uscita dalla prigione era comunque garantita, presto o tardi, dalla determinatezza della pena comminata<sup>32</sup>, per gli ergastolani l'impossibilità di accedere all'istituto ex art. 176 c.p. – già normalmente subordinato all'espiazione di 26 anni di pena – si traduceva nel “fine pena: mai”.

Nessuna rilevanza poteva avere il fatto che nei lunghi anni di detenzione il condannato “perpetuo” avesse affrontato un percorso di genuino distacco dal proprio passato criminale, che avesse appreso un mestiere e conseguito titoli di studio, che, in altre parole, si fosse dimostrato meritevole del reinserimento nella società. I progressi compiuti potevano eventualmente concorrere al riconoscimento della liberazione anticipata<sup>33</sup>, unico beneficio lasciato in ogni caso intatto anche per i condannati “di prima fascia”<sup>34</sup> e trasformatosi, per gli

ergastolani, in una vera e propria contraddizione. A cosa serve, infatti, poter accumulare sconti di pena se non si uscirà comunque mai dal carcere?

Con la riforma del 1992 il trattamento penitenziario degli ergastolani ostativi non collaboranti è divenuto, quindi, del tutto sovrapponibile a quello applicato ai condannati a pena perpetua “comune” prima delle modifiche introdotte nel 1962 e nel 1986<sup>35</sup>.

Per voler rendere omaggio all'Inferno di dantesca memoria, questa l'iscrizione apposta all'ingresso delle celle di tali detenuti: “*Lasciate ogne speranza, o voi ch'intrate*”<sup>36</sup>.

Le perplessità generate dal nuovo regime ex art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. non hanno, invero, tardato ad emergere.

La scelta di elevare la collaborazione ad unico indice del ravvedimento del condannato “di prima fascia”, infatti, ha sin da subito presentato più d'un punto d'attrito con i valori alla base della Carta Costituzionale, ancor più se analizzata in relazione all'ergastolo ostativo.

In primo luogo, come anticipato, si è scontrata ineluttabilmente con l'opera di rieducazione del reo, cui, ai sensi dell'art. 27, comma 3 Cost., pure l'esecuzione della pena “deve” tendere<sup>37</sup>. Da un lato, infatti, al soggetto non collaborante è stato precluso l'accesso proprio agli istituti cardine del percorso di progressivo reinserimento sociale, che non può, quindi, esplicarsi. Dall'altro, la proficua partecipazione all'attività intramuraria è stata privata di qualsivoglia autonomo rilievo; con l'elevato rischio, per l'ergastolano ostativo, di sviluppare un atteggiamento di totale disinteresse al trattamento penitenziario.

In secondo luogo, si è posta in contrasto con il diritto di difesa, tutelato dall'art. 24, comma 2 Cost. È infatti evidente che la preclusione assoluta di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 esercita sul condannato ostativo – a maggior ragione se ergastolano – un'indebita pressione a rinunciare al proprio “diritto al silenzio”. Non solo. Come correttamente rilevato dalla magistratura di sorveglianza all'indomani della riforma<sup>38</sup>, tale preclusione rischia di inficiare anche le scelte difensive in fase di cognizione, inevitabilmente gravate dalla consapevolezza delle conseguenze che il comportamento processuale tenuto produrrà in sede esecutiva.

Da ultimo, ha comportato una violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità della pena di cui all'art. 3 Cost., in quanto si applica



indistintamente a tutti i condannati non cooperanti, senza tener conto che alla base di tale contegno possono esservi ragioni ben diverse dal mancato ravvedimento. Invero, se in alcuni casi il rifiuto di “parlare” con l’Autorità Giudiziaria è effettivamente connesso alla permanenza del vincolo associativo, in altri può essere motivato, ad esempio, dalla paura (tutt’altro che infondata) di ritorsioni nei confronti propri o dei familiari, dal rifiuto di fornire elementi incriminanti a carico di parenti o amici o dalla semplice indisponibilità di informazioni utili ai fini investigativi<sup>39</sup>. D’altro canto, non si può nemmeno ritenere che l’utile collaborazione sia sempre dimostrativa dell’avvenuto distacco del reo dal tessuto criminale: ben può essere, infatti, che questi si determini a cooperare con la giustizia non perché mosso da pentimento, bensì per vendetta o allo scopo meramente utilitaristico di potersi ricongiungere con l’associazione di appartenenza e ricominciare a delinquere per essa<sup>40</sup>.

Dei dubbi generati, sotto diversi profili, dal novellato regime ostativo “di prima fascia” è stata investita, già all’indomani della riforma, la Corte Costituzionale.

Analizzando le pronunce susseguitesi sul tema, si può notare come, quantomeno sino ai primi anni ‘2000, l’azione della Consulta si sia orientata verso due opposte direttrici. Da un lato, ha portato avanti un’opera di progressivo “smussamento” della preclusione assoluta ex art. 4 *bis* comma 1 ord. penit., andando ad inserire nella deroga al divieto di accesso ai benefici penitenziari, prevista dal secondo capoverso della norma, anche i casi in cui il detenuto si trova nell’impossibilità di collaborare; dall’altro, quando ha avuto l’opportunità di sferrare un attacco diretto alla massima espressione della problematicità di tale regime – l’ergastolo ostativo – ne ha invece preso le difese, salvandolo in modo rocambolesco dalla declaratoria di incostituzionalità.

Prendendo le mosse dalla prima direttrice, la Corte ha sviluppato il proprio intervento in tre sentenze tra loro molto ravvicinate, la n. 306 del 1993, la n. 357 del 1994 e la n. 68 del 1995.

Dato di partenza comune a tali pronunce la censura dei giudici *a quibus* circa il carattere irragionevolmente discriminatorio dell’art. 4 *bis*, comma 1, secondo periodo ord. penit.. Come sopra anticipato, infatti, il perimetro applicativo di tale disposizione era circoscritto ai soli casi in cui, al ricorrere di una delle ipotesi previste dagli artt. 62 n. 6, 114 e 116, comma 2 c.p., la collaborazione offerta dal detenuto ostativo risultasse oggettivamente

irrilevante<sup>41</sup>. In tal modo, però, restavano ingiustificatamente escluse dalla deroga in parola altrettante situazioni in cui la condotta ex art. 58 *ter* ord. penit. doveva comunque ritenersi inesigibile (si pensi, ad es., al caso in cui, in ragione del ruolo marginale ricoperto nell’associazione, il condannato non fosse in possesso di informazioni sui reati commessi dagli altri associati).

La Consulta ha compiuto un primo passo verso il ridimensionamento di tale disparità con la sentenza n. 306 del 1993<sup>42</sup>.

Facendo leva su un’interpretazione estensiva del secondo capoverso dell’art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit., la Corte ha infatti chiarito che nel perimetro applicativo di tale disposizione rientrano anche i casi in cui un’utile collaborazione da parte del condannato si riveli impossibile “*perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell’organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipi pertinenti al livello superiore*”<sup>43</sup>. Ciò in ragione dell’identità di *ratio* fra tali ipotesi e quella, espressamente prevista dalla norma, di collaborazione oggettivamente irrilevante. In forza di tale pronuncia, però, anche nei casi di collaborazione impossibile l’ammissione ai benefici penitenziari era subordinata al ricorrere del duplice requisito richiesto dal secondo capoverso dell’art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.

Un’ulteriore evoluzione sul tema si è avuta con la sentenza n. 357 del 1994<sup>44</sup>.

In tale occasione la Corte ha, infatti, rilevato come la scelta di limitare la fruibilità delle misure premiali, anche nei casi di collaborazione impossibile, al ricorrere delle “*assai ristrette*” fattispecie di cui agli artt. 62 n. 6, 114 e 116, comma 2 c.p., finisse per discriminare quei condannati che, pur non ricadendo in tali ipotesi, non erano comunque in condizione di cooperare utilmente con la giustizia a causa della propria “*limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna*”<sup>45</sup>. Di qui, la decisione di svincolare le ipotesi di collaborazione impossibile dai “requisiti legali” di cui sopra, ferma restando, invece, la necessità di acquisire elementi tali da escludere l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata nel caso concreto.

Con la sentenza n. 68 del 1995<sup>46</sup> la Corte ha, infine, portato tale principio alle sue “*naturali conseguenze*”, sancendo che, anche nei casi di collaborazione resa impossibile dall’“*integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza*

*irrevocabile*”, l’accesso ai benefici penitenziari in deroga alla preclusione assoluta di cui al primo periodo dell’art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. deve essere subordinato “solo” alla dimostrazione della rottura dei rapporti con l’associazione criminale<sup>47</sup>.

L’approdo raggiunto dalla Corte Costituzionale attraverso le sopra menzionate pronunce è poi stato recepito all’interno dell’art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. con la L. 23 dicembre 2002, n. 279<sup>48</sup>.

Veniamo alla seconda direttrice. Nel 2003 la Corte è stata investita della questione di legittimità costituzionale dell’art. 4 *bis*, comma 1, primo periodo ord. penit., nella parte in cui, in assenza di un’utile collaborazione, impediva agli ergastolani ostativi l’ammissione alla liberazione condizionale. Nell’ordinanza di rimessione<sup>49</sup> il Tribunale di Sorveglianza di Firenze aveva, in particolare, evidenziato che l’inammissibilità a tale istituto si poneva in contrasto con il principio di rieducazione e risocializzazione del condannato ex art. 27, comma 3 Cost., in quanto finiva per rendere “*perpetua, effettivamente e definitivamente, la pena dell’ergastolo*”<sup>50</sup>. L’incostituzionalità di tale disposizione risultava ancora più evidente se vagliata alla luce dei principi enunciati dalla Consulta nelle sentenze n. 264 del 1974<sup>51</sup> e n. 161 del 1997<sup>52</sup> in relazione all’ergastolo comune. La prima pronuncia aveva, infatti, salvato l’art. 22 c.p. dalla declaratoria di incompatibilità con l’art. 27, comma 3 Cost. facendo perno proprio sulla possibilità per tali detenuti di accedere alla liberazione condizionale, istituto che consentiva loro l’effettivo reinserimento nel consorzio civile. Ponendosi nel solco di tale ragionamento<sup>53</sup>, la sentenza n. 161 del 1997 aveva poi dichiarato costituzionalmente illegittimo l’ultimo periodo dell’art. 177, comma 1 c.p. nella parte in cui vietava la riammissione degli ergastolani alla liberazione condizionale precedentemente revocata. Con sentenza n. 135 del 2003<sup>54</sup> – che, come anticipato, rappresenta il precedente specifico della pronuncia oggi attesa – la Corte ha, tuttavia, dichiarato infondata la questione sollevata dal giudice *a quo*, sulla scorta del seguente ragionamento: a differenza del divieto contenuto nell’art. 177, comma 1 c.p., che (prima della sentenza n. 161 del 1997) impediva di *default*, in caso di revoca del beneficio, un riesame della situazione dell’ergastolano ai fini di una nuova concessione di esso, la preclusione dell’accesso alla liberazione condizionale non è conseguenza automatica dell’art. 4 *bis*, comma 1, primo periodo ord. penit. Al

contrario, la sua operatività è ancorata – tra l’altro, limitatamente ai casi di collaborazione oggettivamente esigibile – alla libera e sempre modificabile scelta del detenuto di non assumere un atteggiamento di utile cooperazione con l’Autorità Giudiziaria. Tale norma, quindi, non impedendo in maniera assoluta e definitiva l’ammissione alla liberazione condizionale per l’ergastolano ostativo, non si pone in contrasto con il principio di rieducazione e risulta costituzionalmente legittima.

L’apparente linearità del percorso argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale non è riuscita, però, a celarne l’evidente fallacia intrinseca.

Nello specifico, esso non ha tenuto conto del fatto che, come sopra evidenziato, in molte occasioni il rifiuto di fornire informazioni utili alla giustizia non è espressione di una “libera” scelta del condannato, bensì della necessità di salvaguardare la propria o altrui incolumità<sup>55</sup>.

Tale criticità, peraltro, era già stata rilevata dalla stessa Corte dieci anni prima, nella sentenza n. 306 del 1993. In tale occasione, il Giudice delle Leggi aveva, infatti, affermato che “*la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere [...] conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio l’esposizione di gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare*”<sup>56</sup>.

Questo spunto di riflessione, completamente ignorato dalla sentenza n. 135 del 2003, è stato però fortunatamente tenuto in considerazione dalla giurisprudenza successiva.

### **3. La luce in fondo al tunnel: il monito della CEDU e la sentenza n. 253/2019 della Consulta.**

*Il caso Viola c. Italia n. 2.*

Come accennato, sulla compatibilità con la CEDU della disciplina relativa all’ergastolo ostativo si è pronunciata la Corte di Strasburgo, nel caso Viola c. Italia n. 2<sup>57</sup>.

L’intervento dei giudici europei giunge a valle del ricorso proposto da Marcello Viola contro lo Stato italiano il 12 dicembre 2016, con cui egli lamentava la sottoposizione a una pena perpetua non riducibile, in quanto tale inumana e degradante e, quindi, in contrasto con l’art. 3 della Convenzione<sup>58</sup>.

Secondo il ricorrente, il regime dell’ergastolo ostativo previsto dall’art. 4 *bis*, comma 1, ord.

penit.<sup>59</sup>, nel sancire una presunzione assoluta di persistenza dei legami tra il condannato e l'associazione criminale di appartenenza, superabile solo tramite l'utile collaborazione con la giustizia, non consentiva un effettivo riesame del percorso di cambiamento e ravvedimento intrapreso dal detenuto. Tale regime finiva per privare il detenuto della prospettiva di un possibile futuro reinserimento in società, privazione talmente grave da essere elevata a violazione della sua dignità umana.

La Corte di Strasburgo, nell'effettuare una puntuale rassegna della giurisprudenza costituzionale italiana, rilevava come le più recenti pronunce della Consulta avessero dato risalto al contrasto delle presunzioni legislative assolute con il principio di uguaglianza, giungendo ad affermare la necessità che al giudice fosse attribuito il potere di vagliare gli elementi e le circostanze del caso concreto all'atto della decisione sulla accessibilità del detenuto ai benefici penitenziari<sup>60</sup>.

Ebbene, pur riconoscendo i propri limiti nel controllo dei sistemi e le politiche penali dei singoli Stati, nel valutare la compatibilità convenzionale del regime penitenziario applicabile nel caso Viola, frutto del combinato disposto degli artt. 22 c.p. con gli artt. 4 *bis* e 58 *ter* ord. penit., la Corte europea ha evidenziato come la recisione del cordone ombelicale con il sodalizio criminale di appartenenza non possa escludersi per il sol fatto della mancata collaborazione del detenuto.

Da ciò, pur salvando l'utile collaborazione come mezzo per dimostrare il distacco dal mondo della criminalità organizzata, la Corte ha lanciato un severo monito a riflettere sulla possibilità che la prova della dissociazione criminale venga validamente fornita dal condannato sulla scorta di altri elementi, picconando così l'automatismo previsto dal regime penitenziario italiano.

Quali le considerazioni a valle della pronuncia della Corte europea?

È ben vero che il rispetto della dignità della persona non può portare al sacrificio dell'esigenza collettiva di sicurezza sociale, apparentemente minata dalla progressiva erosione del regime penitenziario in commento; è altresì vero, però, che il sistema penale vigente presenta crepe profonde, dinanzi alle quali non si può rimanere inerti, dovendosi piuttosto tendere ad *“attuare un sistema che assicuri insieme l'incolumità e la sicurezza dei cittadini con la dovuta deterrenza per i crimini, e la riabilitazione e la*

*restituzione alla società dei delinquenti, mantenendo il pieno rispetto della loro persona e dei loro diritti”*<sup>61</sup>.

La sentenza Viola c. Italia n. 2 rappresenta una sorta di invitato di pietra nel dibattito politico-criminale sull'ergastolo ostativo: sarebbe però sintomo di inaccettabile ignavia attendere che i tempi diventino “maturi” per affrontarlo, semplicemente perché nessun tempo può mai dirsi davvero maturo per assumere i rischi connessi a spinte innovatrici e riformiste di tale calibro<sup>62</sup>.

Ricordando un titolo celebre, ci sarebbe da chiedersi: se non ora, quando?

*La sentenza n. 253/2019 della Consulta.*

Così come fatto da ultimo in riferimento alla legittimità delle norme che impediscono *de facto* la liberazione condizionale per gli ergastolani ostativi, era stata proprio la Sezione I Penale della Corte di Cassazione<sup>63</sup> ad investire la Consulta della questione sulla concedibilità dei permessi premio ai condannati per i reati elencati nella *black list* dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., in assenza di utile collaborazione.

La Suprema Corte aveva ritenuto che la preclusione assoluta al concreto apprezzamento della pericolosità sociale del condannato ai fini della concessione del beneficio, derivante dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., si ponesse in manifesto contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.<sup>64</sup>.

Ciò che veniva censurato – sull'onda lunga della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – era quindi l'impossibilità che il magistrato di sorveglianza operasse un giudizio individualizzato e attualizzato ai fini della concedibilità del beneficio, essendo questi tenuto a dichiarare *in limine* la inammissibilità dell'istanza del detenuto che non avesse inteso utilmente collaborare<sup>65</sup>.

L'esito di tale audace iniziativa è la nota sentenza n. 253/2019 che, come si è già avuto modo di evidenziare, ha assestato un duro colpo al regime dell'ostatività penitenziaria<sup>66</sup>.

Nella specie, con tale pronuncia la Corte Costituzionale ha riconosciuto anche ai condannati per i reati di delinquenza organizzata non collaboranti la facoltà – seppur a certe rigorose condizioni, di cui si dirà *infra* – di accedere al beneficio del permesso premio, così dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, *“nella parte in cui non prevede che – ai detenuti per i delitti di cui all'articolo 416 bis c.p. e per*

quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste – possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter del medesimo ordinamento penitenziario, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti<sup>67</sup>.

Prima di esaminare il percorso motivazionale della sentenza in commento, appare opportuno ribadire che il perimetro del *decisum* della Corte, stante la specificità della questione di cui è stata investita, è limitato alla valutazione di costituzionalità del regime ostativo di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. in relazione ai permessi premio; ne deriva che la scure della decisione della Consulta ha potuto abbattersi solo sulla relativa disciplina, lasciando intatta l'ostatività rispetto agli altri benefici penitenziari.

Ciononostante, la portata dirompente (ancorché non inaspettata) di una simile pronuncia ha lasciato preconizzare, sin da principio, che essa avrebbe fatto da battistrada per ulteriori questioni volte a riportare l'art. 4 *bis* ord. penit. entro i binari della legittimità costituzionale<sup>68</sup>. Ed è infatti proprio nel solco di tale sentenza che si inserisce la questione, oggi al vaglio della Corte Costituzionale, inerente alla preclusione all'accesso alla liberazione condizionale in difetto di utile collaborazione.

Volendo sintetizzare, il merito della sentenza n. 253 è stato di minare le fondamenta di quell'automatismo tale per cui il rifiuto di collaborazione del condannato per uno dei reati inclusi nella *black list* dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. equivarrebbe a perdurante pericolosità, con conseguente preclusione della possibilità di accedere al beneficio penitenziario. Siffatta presunzione assoluta operava aprioristicamente e a prescindere da qualsivoglia considerazione relativa al caso concreto, invero preclusa *tout court* alla magistratura di sorveglianza in caso di assenza di collaborazione, con buona pace della funzione rieducativa della pena sancita nell'art. 27, comma 3 della Carta costituzionale.

Infatti, in mancanza del requisito *ex art. 58 ter* ord. penit., al giudice della pena era inibita ogni valutazione di merito circa il percorso riabilitativo svolto dal detenuto e la sua meritevolezza di accedere ai benefici penitenziari<sup>69</sup>. Il magistrato di

sorveglianza, spogliato della propria funzione, non poteva far altro che rigettare l'istanza.

In altri termini, il *punctum dolens* affrontato dalla Corte risiedeva nel carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata derivante dalla mancata collaborazione, tacciata di frustrare gli obiettivi di risocializzazione e di vanificare la finalità rieducativa della pena<sup>70</sup> per il suo postulare l'immutabilità della persona del condannato.

Ciò sotto tre profili, distinti ma complementari.

Anzitutto, perché all'assolutezza della presunzione prevista dall'art. 4 *bis* ord. penit. sono sottese esigenze di politica investigativa e criminale, che immettono nel percorso carcerario del condannato – attraverso il decisivo rilievo attribuito alla collaborazione con la giustizia – elementi del tutto estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive a carico del detenuto non collaborante.

Osserva la Corte che la libertà di non collaborare, garantita nel processo quale espressione del *nemo tenetur se detegere*, nella fase dell'esecuzione si tramuterebbe in un – irragionevole – gravoso onere di collaborazione; in altri termini, si finisce per sacrificare il diritto al silenzio del detenuto, invero riconosciuto sia nell'ordinamento interno che in quello europeo<sup>71</sup>, sull'altare di esigenze di natura investigativa.

In secondo luogo, perché tale assolutezza impedisce in radice all'autorità giudiziaria di valutare il percorso carcerario del condannato, e ciò si pone in frontale contrasto con la finalità rieducativa della pena.

In un terzo senso, perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che potrebbe invece ben essere vinta, a determinate e rigorose condizioni, dalle allegazioni di segno contrario del detenuto (che, lo si ribadisce, devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza).

Ebbene, con questa pronuncia la Consulta ha aperto sì una significativa breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria, ma lo ha fatto senza retrocedere nel contrasto alla criminalità: ben consapevole del fondamentale ruolo della disciplina *de qua* nello smantellamento delle organizzazioni criminali<sup>72</sup>, la Corte si è infatti mossa con pregevoli prudenza ed equilibrio nel ridisegnare la trama normativa. Nella specie, nel dichiarare la illegittimità costituzionale della norma sottoposta al suo vaglio, ha subordinato

la concessione del beneficio a un severo onere di allegazione probatoria posto in capo al condannato, nonché a un rigoroso vaglio dell'autorità giudiziaria<sup>73</sup>.

Quanto all'onere di allegazione, grava sul detenuto il compito di fornire al magistrato di sorveglianza ogni elemento ritenuto idoneo a superare la presunzione di attualità dei collegamenti con l'organizzazione criminale: non può essere a tal fine ritenuta sufficiente una mera dichiarazione di dissociazione, né la buona condotta carceraria o la positiva partecipazione al percorso rieducativo<sup>74</sup>.

I recenti lavori della Commissione antimafia appaiono sotto questo profilo preziosi, nel dare sostanza al rigore richiesto dalla Corte Costituzionale: in occasione delle audizioni tenutesi nell'ambito dell'inchiesta parlamentare sull'art. 4 bis sono stati individuati quali utili parametri per vagliare la rescissione dei legami con l'organizzazione criminale il tenore di vita, le disponibilità economiche e la situazione patrimoniale del detenuto e dei suoi familiari, così come l'avvio di percorsi di giustizia riparativa e, quindi, la sussistenza di concrete e congrue condotte riparatorie, anche di natura non patrimoniale<sup>75</sup>.

E ancora, altri elementi che – nei lavori della Commissione – sono emersi quali parametri per la valutazione individualizzante rimessa alla magistratura di sorveglianza sono: il perdurare della operatività dell'organizzazione criminale; il profilo criminale del condannato e la sua (originaria e attuale) posizione all'interno dell'organizzazione; l'eventuale capacità, manifestata in costanza dell'esecuzione della pena, di mantenere collegamenti e contatti con l'organizzazione di originaria appartenenza o con altre organizzazioni; la sussistenza di significative infrazioni disciplinari; la valutazione critica del vissuto in relazione al ravvedimento; l'intervenuta adozione e lo stato di esecuzione di eventuali misure di prevenzione patrimoniali nei confronti del detenuto<sup>76</sup>.

Si badi che, nell'ottica di rinsaldare il rigore richiesto dalla Corte Costituzionale, la Commissione antimafia va ancora oltre. In aggiunta agli specifici e congrui elementi individuati quali criteri di valutazione, viene proposta l'acquisizione, da parte del giudice di sorveglianza, di pareri e informazioni tramite le autorità competenti: la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, la Direzione del carcere<sup>77</sup>.

Da quanto sopra brevemente riepilogato sul lavoro parlamentare della Commissione antimafia, può dirsi che il nostro legislatore non è rimasto del tutto sordo alle pronunce delle Corti dei diritti. Ciononostante, la questione attualmente al vaglio della Consulta ci conferma, una volta di più, che è il Giudice delle Leggi ad assolvere il ruolo di “barometro” dell'evoluzione della coscienza sociale, così facendo le veci di un Parlamento che non è solito muoversi con spiccata solerzia.

#### 4. La nuova occasione della Corte Costituzionale.

Torniamo al punto da cui siamo partiti, alla delicata questione rimessa alla Corte Costituzionale. Una importante opportunità per mettere “pace tra l'esigenza di risposta a crimini gravissimi e il bisogno di attenzione al percorso umano di qualsiasi condannato”<sup>78</sup>.

In attesa del pronunciamento della Consulta, possono essere svolte alcune riflessioni muovendo dalla posizione sorprendentemente progressista del Governo, sottoposta all'attenzione del Giudice delle leggi dall'avvocatura dello Stato.

Pur difendendo la legittimità costituzionale delle norme sottoposte al vaglio della Corte, l'avvocatura dello Stato ha dimostrato una sensibile apertura rispetto alla possibilità di accordare la liberazione condizionale agli ergastolani ostativi, anche in assenza di un'utile collaborazione: è stato infatti invocato con fermezza uno stop all'automatismo secondo cui l'assenza di una condotta collaborativa equivarrebbe, sempre e comunque, alla perduranza delle esigenze di ordine penale che precludono l'accesso al beneficio penitenziario<sup>79</sup>.

In altri termini, si è cercato di minare le fondamenta di quella presunzione assoluta – fino ad oggi tanto traballante quanto non sradicabile – che, legando indissolubilmente il reo al suo reato, stride con gli obblighi internazionali cui il nostro ordinamento è tenuto.

L'apertura del Governo non è, tuttavia, indiscriminata, bensì condizionata alla valutazione discrezionale, rimessa al magistrato di sorveglianza, delle ragioni che in concreto “non consentono di realizzare quella condotta collaborativa nei termini auspicati dallo stesso giudice”<sup>80</sup>.

La soluzione proposta dall'avvocatura dello Stato per “salvare capra e cavoli” è quella di una pronuncia interpretativa di rigetto, che consentirebbe di scongiurare la declaratoria di illegittimità della norma e, al contempo, di mitigarne la portata

dirompente riconoscendo al magistrato il potere discrezionale di vagliare, in maniera individualizzata, le motivazioni della mancata collaborazione.

Ciò sul presupposto che la collaborazione con la giustizia non è sempre una attendibile cartina al tornasole del percorso di redenzione intrapreso dal condannato, ben potendo basarsi la valutazione dei progressi e del cambiamento nella personalità del detenuto su parametri differenti. Non vi è alcuna corrispondenza biunivoca tra la confessione e la denuncia e il reale, intimo pentimento: anzi, nella cronaca giudiziaria vi è ampia dimostrazione che pentiti collaboranti di prim'ordine abbiano poi ricominciato a delinquere<sup>81</sup>.

Com'è ovvio, la decisione che la Corte oggi è chiamata a prendere non è per nulla semplice.

Se da un lato gli obblighi assunti in ambito europeo e il percorso recentemente tracciato dalla stessa Corte imporrebbero “ad occhi chiusi” la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate, nella consapevolezza che *il fine della pena incapsuli la fine della pena*<sup>82</sup>, dall'altro le resistenze emotive e le istanze giustizialiste<sup>83</sup> che ancora oggi la fanno da padrone nel nostro Paese portano a dubitare che il Giudice delle Leggi possa assumersi la responsabilità di un passo così grande.

E ciò per due ordini di ragioni: il dover fare i conti con l'esigenza retributiva della comunità, con la certa disapprovazione di un'opinione pubblica atterrita dall'idea di rimettere in libertà persone che si sono macchiate di delitti gravissimi<sup>84</sup>; il trovarsi, ancora una volta, nella scomoda posizione di dover sopperire, mediante una giurisprudenza “legislativa”, a interventi di politica criminale che sarebbero prerogativa esclusiva del legislatore (interventi peraltro invocati da più parti, come risulta dagli atti dell'inchiesta parlamentare della Commissione antimafia sull'art. 4 bis ord. penit.)<sup>85</sup>.

Ed è certamente a causa della complessità e della delicatezza di tale valutazione che il 24 marzo 2021, data prevista per la decisione, l'Ufficio stampa della Corte Costituzionale ha pubblicato il seguente, laconico, comunicato: “*Con riferimento al cosiddetto ergastolo ostativo, l'Ufficio stampa della Corte costituzionale fa sapere che la discussione sulle questioni di legittimità costituzionale proseguirà anche nella prossima settimana di lavori. Roma, 24 marzo 2021*”<sup>86</sup>.

Non resta che aspettare, dunque.

Aspettare e ricordarci che non possiamo permettere che le scelte di politica penitenziaria siano guidate dalla paura; che ripensare la normativa con accorto equilibrio non equivale ad indebolirla, né si traduce in un'offesa alle vittime delle mafie; che le spinte riformiste non devono muovere da sentimenti pietistici, ma dalla ferma convinzione che il carcere è – dovrebbe essere – la *longa manus* della giustizia.

Ma se è giusto punire e, talvolta, punire duramente, è ancora più giusto che la pena tenda (anche) allo scopo della risocializzazione e contempli la possibilità (non la certezza) di un futuro *fuori*; è ancora più giusto ancorare il protrarsi della pretesa punitiva all'accertamento concreto di un effettivo mancato ravvedimento del reo, piuttosto che a presunzioni legali assolute che con esso hanno ben poco a che fare.

**Giulia Bellini**

Avvocato del Foro di Milano

**Francesca Procopio**

Avvocato del Foro di Milano

<sup>1</sup> In tal senso si vedano, in particolare, R. DE VITO, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2020, 1, pp. 349 ss. nonché G. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1, pp. 259 ss., nota a C. Cost. 4 dicembre 2019, n. 253.

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. I, 18 giugno 2020, n. 18518 (ord. di rimessione), pubblicata in questa Rivista, [ivi](#).

<sup>3</sup> Si fa riferimento alla l. 26 luglio 1975, n. 354.

<sup>4</sup> Tale decreto-legge è stato successivamente convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 1991, n. 203.

<sup>5</sup> Sollevato con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 Cost.

<sup>6</sup> Cass. pen., n. 18518/2020, cit., *Motivi della decisione*, §9.

<sup>7</sup> C. Cost., 4 dicembre 2019, n. 253, pubblicata in questa Rivista, [ivi](#), e di cui si tratterà più approfonditamente *infra*, §4.

<sup>8</sup> La Consulta ha, infatti, dichiarato il contrasto tra la preclusione di cui all'art. 4 bis comma 1 ord. penit. e gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. limitatamente al beneficio ex art. 30 ter ord. penit.

<sup>9</sup> C. EDU, sez. I, 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia n. 2, ric. n. 77633/16, pubblicata in questa Rivista, *ivi*, con nota di M. S. MORI. Delle rilevanti considerazioni svolte dalla Corte EDU in tale pronuncia si dirà meglio *infra*, §3.

<sup>10</sup> Si fa riferimento alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950. L'art. 3 della Convenzione sancisce: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

<sup>11</sup> Sul punto si veda *infra*, nota 57.

<sup>12</sup> Si rammenta che le ipotesi di collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante sono equiparate dall'art. 4 *bis* comma 1 *bis* ord. penit. all'"utile" collaborazione di cui all'art. 58 *ter* ord. penit.

<sup>13</sup> Il Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila ha fondato la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza sulla mancata indicazione di elementi "nuovi", idonei a superare il giudicato formatosi - a seguito della prima richiesta di accesso ai permessi premio - sull'assenza di collaborazione da parte di S. F. P. e sulla possibilità ed esigibilità di tale condotta nel caso concreto. Nel giungere a tale conclusione, il Tribunale di Sorveglianza ha altresì chiarito che gli "elementi di novità" necessari al superamento del giudicato non possono essere individuati nei recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria registratisi sul tema.

<sup>14</sup> Cass. pen., 1° luglio 2016, n. 1153.

<sup>15</sup> C. Cost., 24 aprile 2003, n. 135, sulla quale si tornerà *infra*, §2.

<sup>16</sup> Vedi, *supra*, nota 4.

<sup>17</sup> In tal senso si veda C. Cost., n. 253/2019, cit., *Considerato in diritto*, §12.

<sup>18</sup> In relazione all'istituto della liberazione condizionale, l'art. 2, comma 1 del D.L. n. 152 del 1991 prevedeva, infatti: "I condannati per i delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4- *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati. Si osservano le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 4 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354".

<sup>19</sup> L'onere probatorio a carico dei condannati di "prima fascia" è stato da molti definito una *probatio diabolica*, stante l'evidente difficoltà di fornire, a maggior ragione da dentro il carcere, elementi "positivi" tali da consentire di escludere l'attualità dei legami con la criminalità organizzata. In tal senso si vedano, per tutti, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 1999; G. ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Arch. Pen.*, 1992, p. 490; D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 3, pp. 1156-1189; G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Delitti e Pene*, 1991, 2, p. 145.

<sup>20</sup> In tal senso si veda, tra le altre, C. Cost., 11 luglio 2018, n. 149, pubblicata in questa Rivista, *ivi*, *Considerato in diritto*, §2.1. Il D.L. n. 152 del 1991, oltre ad introdurre le due fasce di delitti sopra descritte, aveva, infatti, innalzato per i condannati ostativi le soglie di pena per l'ammissione ai benefici penitenziari. Ciò in ragione dell'intensità del vincolo di affiliazione all'organizzazione criminale, che richiedeva il protrarsi del percorso di rieducazione del reo per un lasso di tempo maggiore prima che gli fosse consentito di allontanarsi, anche solo temporaneamente, dalla struttura carceraria (Cfr. gli artt. 21, 30 *ter* e 50 ord. penit., così come modificati dall'art. 1 del D.L. n. 152 del 1991).

<sup>21</sup> L'art. 58 *ter* ord. penit., introdotto dal D.L. n. 152 del 1991, nella sua formulazione originaria al comma 1 prevedeva: "Le disposizioni del comma 1 dell'art. 21, del comma 4 dell'art. 30- *ter* e del comma 2 dell'art. 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4- *bis*, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati".

<sup>22</sup> Si veda C. Cost., n. 253/2019, cit., *Considerato in diritto*, §7.1.

<sup>23</sup> La finalità di prevenzione generale e di sicurezza collettiva perseguita dalla riforma del 1992 è stata sottolineata da C. Cost., 8 luglio 1993, n. 306, *Considerato in diritto*, §11. Ha, invece, sottolineato la concezione retributiva della pena sottesa all'art. 4 *bis* ord. penit. R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo*, in *L'Altro Diritto*, 2006, §3.1.2.7.

<sup>24</sup> Convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356, emanata a sole due settimane da un altro gravissimo attentato mafioso, la strage di Via D'Amelio.

<sup>25</sup> Si evidenzia che il D.L. n. 306 del 1992 ha, tra l'altro, apportato modifiche all'art. 41 *bis* ord. penit., introducendo, al comma 2 della norma, il regime del c.d. "carcere duro" per i detenuti per taluno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.

<sup>26</sup> Si evidenzia comunque che la riforma del 1992 ha lasciato intatta, rispetto alla disciplina previgente, la possibilità anche per i detenuti "di prima fascia", in caso di utile collaborazione, di accedere ai benefici penitenziari nei tempi ordinari previsti per i condannati comuni.

<sup>27</sup> Così, tra gli altri, A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 *bis* o.p.*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, pp. 308-309 nota a C. Cost. n. 253/2019, cit..

<sup>28</sup> Come rilevato, tra gli altri, da D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, p. 4. Del resto, che il rilievo "esclusivo" attribuito alla collaborazione rispondesse ad esigenze di carattere investigativo è stato ammesso anche dal Ministro Guardasigilli proponente, il quale ha chiarito che la distinzione tra detenuti collaboranti e non "si è rivelata...come l'arma più efficace proprio per contrastare la criminalità organizzata. Praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato, così come le indagini che li hanno preceduti, sono stati fondati sulle rivelazioni, sulle confessioni e sulla collaborazione di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso" (si veda Assemblea del Senato, seduta del 6 agosto 1992, resoconto stenografico, p. 61, al seguente [link](#)).

<sup>29</sup> In particolare: l'art. 62 n. 6 c.p. introduce la circostanza attenuante comune de "l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato" (peraltro, l'art. 4 bis, comma 1, secondo capoverso ord. penit., ha sin da subito ammesso la configurabilità di tale circostanza anche qualora "il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna"); l'art. 114 c.p., invece, prevede che "1. Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena. 2. Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112. 3. La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112"; da ultimo, l'art. 116, comma 2 c.p. contempla l'ipotesi di reato più grave di quello voluto da taluno dei concorrenti ("Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave").

<sup>30</sup> Sul punto si veda C. Cost., 27 luglio 1994, n. 357, *Considerato in diritto*, §2. Su tale sentenza si tornerà, *infra*, nel presente paragrafo.

<sup>31</sup> Difatti, l'istituto della liberazione condizionale è rimasto precluso ai condannati ex art. 4 bis, comma 1 ord. penit. non collaboranti anche dopo l'emanazione del D. L. n. 306 del 1992. A ciò si aggiunga che, come rilevato da A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 4, p. 27, agli ergastolani non ostativi non risulta siano mai stati concessi nemmeno grazia e indulto (art. 174 c.p.).

<sup>32</sup> Fermi restando i dubbi circa l'avvenuta rieducazione, al momento dell'uscita dal carcere, di tali detenuti. È, infatti, evidente che il regime ostativo ex art. 4 bis, comma 1 ord. penit., precludendo anche ai condannati "temporanei" non collaboranti l'accesso ai benefici penitenziari, corre il rischio di non espletare compiutamente la propria funzione trattamentale e di risocializzazione, aumentando le probabilità di recidiva da parte dell'ex detenuto. Come rilevato da G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, p. 61, il tasso di recidiva è più basso tra i detenuti che, nel corso dell'esecuzione della pena, hanno avuto accesso ai benefici penitenziari.

<sup>33</sup> Disciplinata, si rammenta, dall'art. 54 ord. penit.

<sup>34</sup> In sede di conversione, infatti, la L. n. 356 del 1992 ha modificato il primo periodo dell'art 4 bis, comma 1 ord. penit., stabilendo che ai detenuti ostativi non collaboranti è precluso l'accesso ai benefici penitenziari "fatta eccezione per la liberazione anticipata".

<sup>35</sup> Come efficacemente rilevato da E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 3, p. 9. La L. 25 novembre 1962, n. 1634 aveva, invero, esteso l'istituto della liberazione condizionale anche alla pena dell'ergastolo, introducendo, all'interno dell'art. 176 c.p., il seguente comma 3: "Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia effettivamente scontato almeno ventotto anni di pena". La successiva L. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. Legge Gozzini) aveva poi modificato l'art. 176, comma 3 c.p., riducendo la soglia di pena per l'accesso a tale istituto da parte degli ergastolani a 26 anni, e reso accessibili anche a tale categoria di detenuti i permessi premio e la semilibertà.

<sup>36</sup> D. ALIGHIERI, *Divina Commedia*, Inferno, III, 9.

<sup>37</sup> Come chiarito da C. Cost., 2 luglio 1990, n. 313, *Considerato in diritto*, §8, infatti, la finalità rieducativa è una caratteristica essenziale della pena, che deve accompagnarla dalla nascita, quando il legislatore determina la cornice edittale della previsione normativa astratta, alla comminazione nel caso concreto da parte del giudice, sino alla sua estinzione.

<sup>38</sup> Si veda C. Cost., 306/1993, cit., *Ritenuto in fatto*, §4.1.2, in cui si dà atto della censura mossa dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, con ordinanza in data 10.6.1992 (r.o. n. 550), all'art. 15, comma 1, D.L. 306/1992, in relazione all'art. 24, comma 2 Cost.

<sup>39</sup> Così anche A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 4, p. 30.

<sup>40</sup> In tal senso si vedano, *ex multis*, D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, cit., p. 192 nonché AAVV, *Amicus curiae. Ricorso n. 77633/16 – Viola v. Italy*, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 marzo 2018, p. 5, reperibile al seguente url: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>



<sup>41</sup> Si ribadisce che il secondo capoverso dell'art. 4 bis, comma 1 ord. penit. subordinava l'accesso ai benefici penitenziari anche all'integrazione di un ulteriore requisito, vale a dire l'acquisizione di "elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata".

<sup>42</sup> Si veda, *supra*, nota 25.

<sup>43</sup> C. Cost., 306/1993, cit., *Considerato in diritto*, §11.

<sup>44</sup> Si veda, *supra*, nota 33.

<sup>45</sup> C. Cost., 357/1994, cit., *Considerato in diritto*, §3-4. In particolare, la Corte ha rilevato che "deve ritenersi che una collaborazione rilevante a termini dell'art. 58-ter ord. pen. possa essere resa impossibile da una partecipazione al fatto secondaria, o comunque limitata, ma non tale da corrispondere a quella ("minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato") considerata dall'art. 114 cod. pen. [...] Se, dunque, la ratio della non preclusività della collaborazione irrilevante si collega tra l'altro alla marginalità della partecipazione del soggetto nel contesto del sodalizio criminoso[...], consegue che la norma impugnata irragionevolmente discrimina, ai fini dell'ammissione ai benefici penitenziari, il condannato che, per il suo limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone, al di là dei casi di applicazione degli artt. 62, n. 6, 114 e 116, secondo comma, cod. pen., non sia in grado di prestare un'utile collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen."

<sup>46</sup> C. Cost., 1° marzo 1995, n. 68.

<sup>47</sup> Si veda C. Cost., 68/1995, cit., *Considerato in diritto*, §6.

<sup>48</sup> L'art. 4 bis, comma 1, secondo periodo ord. penit. è stato, infatti, così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a) della legge in parola: "I benefici suddetti possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti di cui al primo periodo del presente comma purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale".

<sup>49</sup> T. Sorveglianza Firenze, 5 febbraio 2002, n. 502.

<sup>50</sup> Si veda T. Sorveglianza Firenze, n. 502/2002, cit., §4. Si evidenzia, invero, che, in mancanza di un'utile collaborazione ex art. 58 ter ord. penit., gli ergastolani ostativi perdono ogni diritto a che la pena inflittagli venga riesaminata, in corso di esecuzione, ai fini della concessione dei benefici penitenziari.

<sup>51</sup> C. Cost., 22 novembre 1974, n. 264.

<sup>52</sup> C. Cost., 4 giugno 1997, n. 161.

<sup>53</sup> Si veda C. Cost., 161/1997, cit., *Considerato in diritto*, §5.

<sup>54</sup> Si veda, *supra*, nota 16.

<sup>55</sup> In tali casi, quindi, l'impossibilità di integrare il requisito ex art. 58 ter ord. penit., preclude in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale, rendendo la pena dell'ergastolo effettivamente perpetua.

<sup>56</sup> Si veda, *supra*, nota 25. In tale sede la Corte ha altresì criticato la scelta di politica criminale attuata dal legislatore del 1992, evidenziando come "la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati reati gravi, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi d'autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita" (§11).

<sup>57</sup> C. EDU, Marcello Viola c. Italia n. 2, cit. Marcello Viola veniva condannato dalla corte di assise d'appello di Reggio Calabria alla pena della reclusione per dodici anni per il delitto di associazione di tipo mafioso, aggravato dal ruolo di direzione e promozione, nonché dalla corte di assise di Palmi alla pena dell'ergastolo per i delitti di omicidio, detenzione di armi da fuoco e sequestro di persona aggravato dalla morte della persona, tutti con l'aggravante del metodo mafioso.

In costanza dell'esecuzione della pena, Marcello Viola aveva più volte fatto istanza di accesso ai benefici penitenziari (nella specie, permessi premio e liberazione condizionale), richieste sempre respinte dall'autorità giudiziaria in forza della preclusione assoluta prevista dall'art. 4 bis ord. penit.

Ciò considerato, Marcello Viola sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 bis ord. penit., in relazione agli artt. 27, comma 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione. Poiché le questioni proposte venivano ritenute nell'un caso irrilevante e nell'altro manifestamente infondata, il Viola adiva la Corte EDU, valorizzando il proprio percorso rieducativo, intrapreso con convinzione, e la positiva condotta carceraria; progressi che, ai sensi della normativa penitenziaria vigente, non avrebbero potuto essere valutati dal magistrato di sorveglianza in assenza di utile collaborazione,

con conseguente violazione della dignità umana derivante dalla privazione della prospettiva – anche solo potenziale – di un reinserimento sociale.

<sup>58</sup> Per il testo del citato articolo, si veda *supra*, nota 10.

<sup>59</sup> Per completezza, si precisa che le norme dell'ordinamento italiano rilevanti nel caso *de quo*, oltre all'art. 4 *bis* ord. penit., sono gli artt. 58 *ter*, 21, 30 *ter* della medesima l. n. 356/1975, l'art. 2 d.l. n. 152/1999, convertito con modificazioni dalla l. 203/1991, gli artt. 22, 176 e 416 *bis* c.p. e l'art. 27, comma 3 Cost.

<sup>60</sup> Il riferimento è a C. Cost., sentt. nn. 466/1999, 355/2006 e 189/2010.

<sup>61</sup> C. MARTINI-G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, Einaudi, 2003, p. 59.

<sup>62</sup> E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo, 2015, pp. 186-189.

<sup>63</sup> Si precisa che, in aggiunta alla Corte di Cassazione, questione simile (ancorché non del tutto sovrapponibile) era stata sollevata anche dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, con ordinanza di rimessione n. 135 del 28 maggio 2019, pubblicata in questa Rivista, *ivi*.

<sup>64</sup> Così Cass Pen., sez. I, del 20 dicembre 2018, n. 4474 (ord. di rimessione).

<sup>65</sup> Similmente, il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, con la citata ordinanza n. 135 del 28 maggio 2019, motivava il ritenuto contrasto della disciplina allora vigente con gli artt. 3 e 27 Cost. sulla scorta del fatto che, nella peculiare fase dell'esecuzione penale, la preclusione assoluta alla concessione di un beneficio penitenziario, in assenza di una condotta collaborativa, impediva "il vaglio di altri elementi che nel caso concreto potrebbero condurre ugualmente ad un giudizio di cessata pericolosità sociale e di meritevolezza dell'invocato beneficio".

<sup>66</sup> Sul punto, si rimanda al § I. Si veda anche A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Studium Iuris*, 4, 2020, p. 399 ss.

<sup>67</sup> Per completezza, si precisa che la declaratoria di incostituzionalità ha altresì travolto, in via consequenziale, il medesimo art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. anche in rapporto a tutti gli altri delitti *ivi* indicati.

Diversamente, la pronuncia avrebbe determinato un indesiderabile – per non dire paradossale – effetto discriminatorio nei confronti dei detenuti per reati (ad esempio, quelli contro la Pubblica Amministrazione) rispetto ai quali la collaborazione con la giustizia, finalizzata a dimostrare la rescissione di ogni legame con il sodalizio criminale di originaria appartenenza, sarebbe requisito del tutto inconferente. Così C. Cost., n. 253/2019, cit., *Considerato in diritto*, §12. Sul punto, si veda anche la *Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, approvata dalla Commissione Antimafia nella seduta del 20 maggio 2020, p. 26.

<sup>68</sup> All'indomani della sentenza n. 253/2019, la tesi era assai diffusa in dottrina: si veda A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giur. Cost.*, 2019, 6, §5.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Appare utile evidenziare che, già nella precedente pronuncia n. 306/1993, la Corte aveva avuto modo di evidenziare che non necessariamente la collaborazione è sintomo di credibile ravvedimento, ben potendo essere frutto di valutazioni utilitaristiche. Nelle parole della Consulta, la mancata collaborazione non "può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento o emenda".

<sup>71</sup> Per la normativa europea, si veda la Direttiva UE 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 gennaio 2016, che fa espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (*ex multis*, Saunders v. Regno Unito, 17 dicembre 1996, §68).

<sup>72</sup> Sotto questo profilo, è utile richiamare l'opinione dissenziente del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia n. 2, pubblicata in questa Rivista, *ivi*, con nota di S. ROMICE. Il giudice ha espresso forti riserve in merito all'adeguatezza della legislazione penale con riguardo agli obblighi di protezione del diritto alla vita: "Qualora si versi in un contesto normativo insufficiente, che abbassi il livello di protezione legale del diritto alla vita al di sotto di quanto è richiesto in una società democratica, la Corte Europea considera che le carenze della legislazione penale nella loro concreta modalità di applicazione, possono integrare una violazione dell'obbligo positivo di prevenire le lesioni del diritto alla vita. [...] Questo obbligo riguarda, in particolare, la protezione contro il crimine organizzato. Le Alte Parti contraenti hanno l'obbligo di adottare delle misure efficaci per smantellare le organizzazioni criminali che costituiscono una minaccia per la vita delle persone. Per raggiungere questo obiettivo, è cruciale distruggere la solidarietà tra i membri di tali organizzazioni e infrangere la relativa legge del silenzio. A tal fine, le autorità nazionali devono adottare delle misure idonee, tenuto conto delle circostanze specifiche del loro paese".

<sup>73</sup> C. Cost., n. 253/2019, cit.

<sup>74</sup> C. Cost., n. 253/2019, *Considerato in diritto*, §9.

<sup>75</sup> Si veda la *Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, approvata dalla Commissione Antimafia nella seduta del 20 maggio 2020, pp. 27-28. Per gli interventi degli auditi, si rimanda alla riunione del Gruppo di



lavoro *ad hoc* del 10 dicembre 2019, audizione del Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Bologna, Antonietta Fiorillo; resoconto stenografico n. 49 dell'11 dicembre 2019, audizione del Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Roma, Maria Antonietta Vertaldi; resoconto stenografico n. 51 del 12 dicembre 2019, audizione del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, Federico Cafiero De Raho.

<sup>76</sup> *Ivi*, pp. 31-31.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Le parole sono di E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., p. 182.

<sup>79</sup> La notizia è stata riportata, tra gli altri, da S. MUSCO, *Ergastolo ostativo, il governo "apre" alla liberazione condizionale*, in *ildubbio.news*, 23 marzo 2021, reperibile al seguente [link](#).

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Guardando alla cronaca recente, può farsi l'esempio del processo *Predominio*, nel messinese: si veda A. SERIO, *Predominio, condannati gli ex pentiti tornati a far mafia a Messina*, in *tempostretto.it*, 30 novembre 2020, reperibile al seguente [link](#).

<sup>82</sup> L'efficace espressione è di A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., §12.

<sup>83</sup> Si rammentano, da ultimo, le parole pronunciate da Salvatore Calleri, Presidente della Fondazione Antonino Caponetto, in data 20 marzo 2021, in occasione della Giornata della Memoria e dell'Impegno in ricordo delle vittime innocenti delle mafie, proprio in relazione all'apertura dell'Avvocatura dello Stato alla liberazione condizionale per gli ergastolani ostativi: "Ciò che chi combatte realmente la mafia, noi insieme ad altri, temevamo è puntualmente avvenuto: la fine del cosiddetto doppio binario. Per i non addetti ai lavori il doppio binario è quell'insieme di norme antimafia speciali nate con il sangue delle vittime [...] L'ergastolo per un mafioso era vero, ossia senza fine pena [...] Oggi in nome di una sorta di buonismo pro-mafia volontario, indotto oppure involontario, consapevole o inconsapevole, il risultato non cambia, abbiamo de facto eliminato il doppio binario". L'intervento è reperibile al seguente [link](#).

<sup>84</sup> Le riflessioni proposte sono tratte da E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit. pp. 186-189, il quale svolge simili considerazioni rispetto all'ipotesi dell'abolizione dell'ergastolo, prima che ancora che rispetto alla prospettiva di un ripensamento garantista della relativa disciplina.

<sup>85</sup> Più in dettaglio, sulla scorta delle sentenze Viola c. Italia n. 2 della Corte di Strasburgo e n. 253/2019 della Corte Costituzionale, la Commissione Antimafia ha avviato un ciclo di audizioni finalizzate all'individuazione delle opportunità e degli spazi di intervento sui temi oggetto di censura giurisdizionale. Nella *Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, approvata dalla Commissione alla seduta del 20 maggio 2020, p. 27, si legge che "Tutti gli auditi hanno concordato sull'opportunità che una eventuale modifica legislativa riguardi tutti i benefici penitenziari indicati nell'articolo 4-bis O.P., oltre che la liberazione condizionale, essendo altrimenti prevedibili ulteriori successivi interventi della Corte costituzionale volti a censurare la presunzione assoluta ove questa venisse mantenuta per i benefici di versi dal permesso premio".

<sup>86</sup> Il comunicato è reperibile al seguente [link](#).

## Il legal framework europeo di contrasto al riciclaggio transnazionale verso una svolta? Problemi attuali e prospettive di revisione organica.

di **F. Gianfelici** e **F. A. Siena**<sup>1</sup>

L'articolo, partendo da una ricostruzione critica delle principali linee evolutive del complesso sistema normativo eretto al fine di contrastare il riciclaggio transnazionale, evidenzia le principali carenze ancora rinvenibili nella prospettiva della cooperazione europea tra le Financial Intelligence Units e tra queste e il law enforcement nazionale e sovranazionale (EPPO, Europol, Eurojust).

La Commissione europea ha annunciato un Action plan davvero ambizioso negli obiettivi, ma ancora tutto da definire negli strumenti necessari per raggiungerlo, salvo alcune riforme ormai da tempo invocate nel dibattito europeo (quale il superamento del modello normativo della Direttiva e l'istituzione di un robusto coordinamento centrale degli organi antiriciclaggio).

La strada maestra, come si tenterà di mettere in evidenza, non può prescindere da una profonda riflessione sullo stato di armonizzazione dei diritti penali sostanziali, che proprio in relazione al riciclaggio, o meglio, ai reati presupposto del riciclaggio, presenta, allo stato, numerosi ostacoli.

**Sommario.** **1.** Premessa. – **2.** Gli strumenti di prevenzione e contrasto. – **3.** Il sistema europeo dell'antiriciclaggio. – **4.** L'allargamento della definizione di "criminal activity" e la V Direttiva AML. – **5.** Il quadro attuale della cooperazione. – **6.** Una precisazione preliminare. – **7.** La cooperazione tra le F.I.U. – **8.** Lo scambio di dati. – **8.1.** Obbligo di assenso e prior consent – **9.** La questione del reato presupposto – **10.** FIU.net. – **11.** Conclusioni.

### 1. Premessa.

Il *framework* europeo dell'antiriciclaggio, a partire dalla *road map* indicata dalla Commissione<sup>2</sup>, è in un momento di fibrillazione: si prospettano riforme radicali e una riduzione di alcuni margini di discrezionalità sinora riconosciuti ai singoli Stati membri, sia sul piano della normazione che su quello operativo. Questo contributo, ripercorrendo le principali linee evolutive della materia, da rinvenire nel terreno della cooperazione internazionale, analizza alcuni aspetti nevralgici dell'attuale sistema per coglierne le prospettive future.

Il contrasto alla circolazione e al reimpiego di denaro e beni di provenienza illecita ha acquisito nel corso degli anni un significato ben più ampio: diverso tanto dall'impostazione codicistica dei reati di ricettazione e incauto acquisto, espressione, nell'idea dei compilatori, di una rinnovata lesione del patrimonio; quanto di quella propria dei primi "prototipi" del reato di riciclaggio nei vari Stati. Nei primi interventi normativi degli anni '70 il reato di riciclaggio ha carattere accessorio alla lotta aperta contro alcune forme particolarmente allarmanti di criminalità (si pone, cioè, solo sulla scia di altri reati ricondotti dalla dottrina al c.d. reato accessorio, come il delitto di

favoreggiamento reale o una sorta di "concorso postumo"<sup>3</sup>).

In Italia l'art. 648-bis c.p., sotto la rubrica "Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione", è il frutto della legislazione emergenziale degli "anni di piombo"<sup>4</sup>; negli Stati Uniti, allo stesso modo, il riciclaggio si inserisce nella "guerra" al traffico degli stupefacenti<sup>5</sup> e, così, più in generale, avviene in tutto il panorama internazionale.

La *ratio* politico-criminale guarda qui ai rischi più immediati connessi al riciclaggio (in senso lato), il quale amplifica, anzitutto, il rischio di commissione di innumerevoli categorie di reati<sup>6</sup>. La mole dei proventi da essi generati e la possibilità di poterne liberamente godere (anche lontano nel tempo), finisce per ridurre la contropinta motivazionale delle sanzioni penali, anche molto pesanti, minacciate dagli Stati, specie a fronte dell'esonero di responsabilità per il riciclaggio commesso dagli autori dei reati presupposto e dai loro concorrenti. Ciò vale, peraltro, come si è solo gradualmente compreso, non solo per i reati connessi alla droga e alle mafie, ma a maggior ragione per tutti i reati che ruotano intorno al profitto, come fine o come mezzo,

e, così è, da un lato, per la criminalità dei colletti bianchi (corruzione, abusi di mercato, frodi e reati tributari) e, dall'altro, per il finanziamento del terrorismo.

Sul finire degli anni '80 vi è stata, però, una progressiva presa di coscienza nella comunità internazionale dell'autonoma carica offensiva dell'attività di ripulitura e reimpiego del "denaro sporco"<sup>7</sup>, che non si esaurisce nell'ostacolo frapposto alle indagini penali e all'effettiva forza deterrente delle sanzioni contro la criminalità "del profitto".

Infatti, gli ingentissimi flussi finanziari generati dalle organizzazioni criminali danneggiano di per sé stessi l'integrità del sistema economico, intaccando le precondizioni essenziali della concorrenza e destabilizzando profondamente gli equilibri del mercato, con effetti che arrivano finanche ad incidere sugli andamenti macroeconomici<sup>8</sup>. Ancor di più nella prospettiva europea, e in quella della globalizzazione e informatizzazione dei mercati finanziari, il riciclaggio costituisce una crescente minaccia, avvantaggiandosi e abusando della libera circolazione dei capitali<sup>9</sup> e, sempre di più, delle innovazioni tecnologiche, di cui costituisce, per così dire, l'altro lato della medaglia<sup>10</sup>. La crescente diffusione delle criptovalute, in particolare, che non si è accompagnata ad un altrettanto rapida risposta normativa, costituisce oggi un canale "sicuro" per l'occultamento di ingenti patrimoni illeciti, in cui l'anonimato è garantito da una tecnologia, quella della *blockchain*, che potendo fare a meno di un "ente centrale", semplicemente elude ogni barriera del sistema bancario.

Passaggio fondamentale di una mutata presa di coscienza costituisce senz'altro la Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite del 1988 contro il narcotraffico, nel cui preambolo si prende atto del fatto che le risorse scaturenti dal traffico illegale di droga consentano alla criminalità di «penetrare, contaminare e corrompere le strutture di governo, le imprese commerciali e finanziarie legittime, e la società a tutti i livelli»<sup>11</sup>. A questa segue, a un dipresso, la Convenzione di Strasburgo del 1990 stipulata in seno al Consiglio d'Europa<sup>12</sup> (sostituita, poi, dalla Convenzione di Varsavia del 2005), con cui si giunge ad affrancare la punibilità del riciclaggio da un ristretto novero di fattispecie, estendendo i reati presupposto ad «any criminal offence as a result of which proceeds were generated» (pur lasciando ancora all'ampia discrezionalità degli Stati aderenti la

possibilità di restringere la portata di questo generale principio, facendone riserva all'atto della ratifica).

In entrambe tali Convenzioni, inoltre, va affermandosi la massima, oggi indiscussa, che per contrastare un fenomeno che trova proprio nella dimensione transnazionale il suo maggior grado di insidiosità, occorra un'azione di contrasto globale e coordinata, capace di colpire i proventi di reato al di là dei ristretti confini nazionali di cui la criminalità si avvantaggia. L'esistenza di paradisi finanziari o di "Stati non collaborativi" costituisce, infatti, una falla generale, che rischia di svilire ogni seria iniziativa preventiva e repressiva (e lo strumento del *blacklisting* si è mostrato spesso solo parzialmente efficace<sup>13</sup>). Basti pensare alla paradigmatica vicenda dei *Panama Papers*<sup>14</sup>.

## 2. Gli strumenti di prevenzione e contrasto.

L'azione internazionale antiriciclaggio si muove oggi su più fronti<sup>15</sup>: (i.) l'uniforme criminalizzazione del riciclaggio (via via estesa quanto a condotte, autori e reati-presupposto); (ii.) il sequestro e la confisca dei proventi illeciti (secondo regimi differenziati che si ispirano al principio guida "il crimine non paghi"); (iii.) la vigilanza sul sistema finanziario, resa possibile da una fitta regolamentazione improntata a nuovi canoni di trasparenza (con lo smantellamento del segreto bancario<sup>16</sup>) e alla *partnership* con gli operatori professionali privati.

Il primo impulso significativo in questa direzione è da rinvenirsi nelle 40 raccomandazioni elaborate dalla *Financial Action Task Force* (FAFT)<sup>17</sup> costituita nel summit di Parigi del G-7 del 1989, ampiamente recepite, nel panorama europeo, nella c.d. prima direttiva antiriciclaggio<sup>18</sup>.

La novità sta nel fatto che allo strumentario repressivo si è andato affiancando un complesso apparato di tipo preventivo<sup>19</sup> volto ad impedire la stessa immissione nel sistema bancario di denaro di provenienza illecita anche solo sospetta, pure al costo, ritenuto proporzionato, di limitare così talune fondamentali libertà previste dai Trattati<sup>20</sup> e caricare le imprese di un onere di autorganizzazione e *compliance* particolarmente gravoso (a fronte di una normazione in continua e alluvionale evoluzione, spesso caotica e difficilmente riconducibile ad un sistema unitario e coerente).

Il fenomeno del riciclaggio, secondo il modello criminologico trifasico<sup>21</sup>, si articola, infatti, in tre *step*

successivi di (i.) immissione di proventi illeciti nel sistema finanziario, in modo diretto o più spesso indiretto (*placement*); (ii.) travisamento della loro origine attraverso artifici di varia natura e complessità (*layering*) e, infine, (iii.) reimpiego in attività economiche lecite (*integration*), che possono quindi godere di un vantaggio competitivo tale da scalzare la presenza sul mercato delle imprese “sane”. Alla base del sistema antiriciclaggio, sta l’idea, semplice quanto efficace, che, viste le difficoltà investigative che si incontrano alla fine dell’*iter* criminale, è soprattutto sulla prima di queste tre fasi che occorre appuntare l’attenzione e lo si può fare solo con il supporto attivo degli operatori privati (banche, intermediari, professionisti) chiamati a svolgere un’attenta verifica, calibrata secondo il *risk approach*, sull’identità del cliente e del *beneficial owner* (oltre gli schermi societari e negoziali) e sulla funzione economica della transazione richiesta; nonché, infine, addirittura a sospendere l’esecuzione della transazione e a segnalare ad apposite autorità di *intelligence* finanziaria nel caso in cui risultasse “sospetta”.

In ciascuno Stato sono state costituite, quindi, delle *Financial Intelligence Units* (FIUs), per lo più presso le banche centrali nazionali, che hanno il compito di analizzare le segnalazioni ricevute e svolgere, in posizione di autonomia e indipendenza, approfondite analisi e investigazioni, servendosi di poteri di accesso alle informazioni bancarie, anche in assenza di segnalazioni, sempre più penetranti<sup>22</sup>. Esse costituiscono non solo la vera e propria cabina di regia dei meccanismi di prevenzione, bensì l’*hub* di collegamento tra il momento preventivo e quello repressivo, le cui potenzialità, solo in parte ad oggi sfruttate, vanno ben al di là di quanto le forze di polizia potrebbero ottenere: si tratta di una mole gigantesca di dati finanziari, che si accompagna al crescente numero delle segnalazioni di operazione sospetta in tutto il contesto europeo, che possono essere sfruttati a pieno solo con uno sforzo volto alla massima specializzazione dei funzionari e alla standardizzazione sia dei modelli di segnalazione sia dei metodi di analisi, in cui il ruolo della tecnologia e, potremmo dire, finanche dell’intelligenza algoritmica<sup>23</sup>, potrebbe condurre a risultati ben più appaganti<sup>24</sup>.

L’idea di fondo del sistema antiriciclaggio è andata nel tempo affinandosi e sviluppandosi, fino a costituire oggi un *legal framework* che si articola non

solo in fonti normative, in gran parte di derivazione sovranazionale<sup>25</sup>, ma anche di un apparato di *soft laws*, prassi codificate e protocolli in continua evoluzione, che orientano i diversi attori (ai vari livelli) verso una trasformazione costante (e potremmo dire frenetica), sia per tenere il passo con l’ingegno delle attività criminali, sia per consentire l’elaborazione di tale massa di dati. Si pensi ai *red flags* elaborati dal FATF e agli indicatori e schemi di anomalia elaborati e aggiornati periodicamente dalla UIF italiana, istituita come organo indipendente di Banca d’Italia, nonché agli altri documenti elaborati dalle FIU di altri Stati Membri.

Il sistema di prevenzione, in definitiva, pur non affrancandosi da quello repressivo, ha assunto nel tempo un ruolo di sicura preminenza e autonomia, sia, a monte, quale imprescindibile ed agile complemento del diritto penale, sia, a valle, quale catalizzatore di una nuova cultura della legalità nel sistema finanziario, chiamato a produrre esso stesso gli “anticorpi” necessari<sup>26</sup>.

### 3. L’evoluzione del sistema europeo dell’antiriciclaggio.

Negli ultimi anni la Commissione UE ha promosso un piano di riforme incisivo, su tutti i fronti, volto a superare numerose carenze e criticità del sistema antiriciclaggio europeo, per lo più dovute al forte decentramento nazionale che lo caratterizza e all’esistenza di differenze, talvolta significative, nella disciplina normativa e nelle prassi applicative dei vari Stati<sup>27</sup>, generatesi tra le maglie della flessibilità dello strumento prevalentemente utilizzato, cioè la direttiva.

Le fonti europee sono andate moltiplicandosi<sup>28</sup>, sia nella direzione del riavvicinamento delle legislazioni nazionali in funzione di garanzia del mercato interno (art. 114 TFUE, a cui ancora si richiamano nelle premesse le Direttive AML/CFT), sia nell’ambito dell’avvicinamento della legislazione penale degli Stati Membri e della cooperazione giudiziaria e di polizia (art. 83 TFUE), tenuto conto che la materia si pone a cavallo di questi generali ambiti e obiettivi politici dell’Unione<sup>29</sup>.

Le varie Direttive antiriciclaggio e, da ultimo, la V Direttiva, hanno via via ampliato il novero degli operatori privati assoggettati agli obblighi antiriciclaggio (con particolare attenzione, da ultimo, a coloro che operano nel campo delle *virtual currencies*, come *custodian wallet providers*) e quello

delle *predicate offences* rilevanti (includendo, ad esempio, i reati tributari, come definiti dalle legislazioni nazionali); hanno rinsaldato il *risk approach*, già introdotto dalla III Direttiva, e ridisegnato i confini della *enhanced customer due diligence* e di quella semplificata (si pensi alla particolare attenzione rivolta agli Stati terzi ad alto rischio<sup>30</sup>, secondo la lista aggiornata periodicamente, in parallelo al FAFT, dalla Commissione, nonché alla categoria delle *Political Exposed Persons*); hanno rafforzato i poteri investigativi delle FIU e creato nuovi e pervasivi *IT tools* (quale la creazione di registri centralizzati dei conti correnti bancari<sup>31</sup>); hanno potenziato i meccanismi di cooperazione<sup>32</sup> spontanea e su richiesta tra le FIU (area in cui ancora si rinvergono, come si vedrà oltre, le più forti criticità)<sup>33</sup>.

È un *trend* che non è destinato ad arrestarsi, in quanto la Commissione, a partire dall'ultimo *risk assesment* annuale e da altri tre report del 24 luglio 2019 che analizzano gli aspetti nevralgici del *framework* dell'antiriciclaggio, lo scorso 7 maggio ha preannunciato un ambizioso *Action plan*, fondato su sei finalità politiche fondamentali, sottoponendolo altresì ad una consultazione pubblica conclusasi nel mese di settembre<sup>34</sup>.

La *roadmap* della Commissione richiede, anzitutto, la creazione di un meccanismo di supervisione europea del rischio connesso al riciclaggio e di un ente di coordinamento europeo dell'attività delle FIU (che potrà essere affidato ad una agenzia già esistente ovvero ad una nuova entità); prevede, poi, la creazione di un armonizzato *rulebook*, che, per superare le perduranti disomogeneità nell'attuazione delle Direttive, sarà adottato con Regolamento; annuncia l'ulteriore rafforzamento del ruolo dell'Autorità Bancaria Europea (EBA)<sup>35</sup> per condurre, coordinare e vigilare sull'attuazione del meccanismo AML nel sistema bancario, nonché un maggior impegno della Commissione nei rapporti con gli Stati terzi e verso l'innalzamento uniforme, a livello globale, degli standard antiriciclaggio europei e del FAFT (al quale la stessa UE partecipa).

Come già avvenuto per altri settori dell'azione penale dell'Unione europea, si pensi alla normativa sulla tutela dei dati personali oggi contenuta in un unico regolamento (c.d. GDPR), il grado di armonizzazione ad oggi raggiunto consente di ipotizzare riforme ancora più penetranti, nell'ottica di una maggiore integrazione internazionale e del superamento,

almeno parziale, del modello di decentramento statale sinora seguito.

#### 4. L'allargamento della definizione di “criminal activity” e la V Direttiva AML.

Presupposto essenziale dell'efficacia delle analisi ed elaborazioni delle FIU, specie nell'ipotesi in cui emergano profili di transnazionalità, è che la diversa conformazione delle norme penali<sup>36</sup> che puniscono il riciclaggio nei vari Stati Membri non produca cortocircuiti in questa articolata macchina burocratica<sup>37</sup>.

L'Unione si è mossa in due direzioni per raggiungere questo obiettivo: (i.) l'armonizzazione della disciplina penale sostanziale; (ii.) la creazione di strumenti per agevolare la cooperazione transnazionale, “aggirando” le differenze esistenti nei diversi ordinamenti.

Sotto il primo profilo, occorre rilevare che la Direttiva antiriciclaggio del 1991 non era stata in grado di fornire una definizione ampia e comprensiva della “criminal activity” da cui vengono generati i profitti illeciti. Essa richiedeva l'inclusione necessaria dei soli reati concernenti la droga di cui alla Convenzione di Vienna.

Inoltre, benché la Convenzione di Strasburgo avesse previsto una potenziale espansione della “criminal activity” rilevante, molti Stati, a differenza dell'Italia<sup>38</sup>, hanno adottato un modello di criminalizzazione del riciclaggio che in vari modi (fortemente eterogenei) la limita.

Oggi la Direttiva 2018/1673/UE, ancora inattuata nella gran parte degli Stati Membri, delinea un quadro di maggior dettaglio<sup>39</sup>, che, peraltro, si è evoluto in parallelo a quello delineato dalle Direttive AML, per le rispettive finalità<sup>41</sup>.

L'espansione delle competenze in materia penale dell'Unione Europea, su cui il Trattato di Lisbona ha inciso profondamente, costituisce la base legale di riferimento di questa mutata prospettiva (il *money laundering* è espressamente citato dall'art. 83 TFUE); mentre la dimensione transnazionale del fenomeno e il coinvolgimento di interessi sovranazionali ne motiva, sotto il profilo della sussidiarietà e della proporzionalità, il carattere così pervasivo e penetrante (secondo un modello già sperimentato nella Direttiva PIF)<sup>41</sup>.

Essa prevede, anzitutto, un'ampia ridefinizione delle condotte rilevanti, che copre fatti riconducibili tanto alla nostra fattispecie di riciclaggio quanto a quella

di ricettazione<sup>42</sup>; apre alla possibilità di punire tali condotte anche a titolo colposo<sup>43</sup>; richiede la criminalizzazione dell'autoriciclaggio, nonché la previsione di un'ipotesi di responsabilità penale degli enti.

Quanto ai reati presupposto del riciclaggio, si prevede, in generale, che vi rientrino tutti quelli che, secondo il diritto nazionale, sono puniti nel massimo con una pena detentiva superiore ad un anno ovvero con una pena minima superiore ai sei mesi. A questi si aggiunge una ricca elencazione di reati presupposto che gli Stati sono obbligati, in ogni caso, a prendere in considerazione<sup>44</sup>.

Infine, e trattasi di una sicura innovazione, si disciplina l'ipotesi, particolarmente importante, in cui il (solo) reato presupposto sia stato commesso all'estero.

Molti Stati<sup>45</sup>, e così è orientata pure la giurisprudenza Italiana<sup>46</sup>, richiedono che il reato presupposto debba essere penalmente rilevante sia nello Stato estero, sia in quello in cui si è realizzata la successiva condotta di riciclaggio. La Direttiva prevede per una serie di reati presupposto (tra cui, ad esempio, quelli legati al crimine organizzato e alla corruzione) un regime normativo differenziato (un po' come avviene, per altri versi, nel mandato di arresto europeo). In tal caso dovrà essere ritenuto sufficiente che il fatto da cui derivano i proventi illeciti, pur se commesso all'estero, costituisca astrattamente reato solo nello Stato in cui l'attività di riciclaggio è stata successivamente posta in essere<sup>47</sup>. Come è evidente, a parte le non banali perplessità che tale modello fa emergere sotto il profilo dell'effettiva colpevolezza dell'agente che opera lecitamente all'estero, il legislatore europeo si muove con l'obiettivo di impedire di massimizzare l'area di prescrizione punitiva della fattispecie, superando non solo le peculiarità esistenti negli Stati europei, ma anche le eventuali carenze di ordinamenti che adottano una legislazione penale, per alcuni fenomeni criminali, non conforme agli standard europei.

Sotto il secondo profilo sopra indicato, è intervenuta invece la V Direttiva antiriciclaggio. Ha previsto, a monte, un meccanismo volto a "neutralizzare", almeno sotto il profilo procedurale, le ricadute negative della perdurante differenza delle legislazioni penali dei vari Stati Membri.

È evidente, infatti, che pure il pregevole tentativo di armonizzazione attuato dalla Direttiva 1673/2018 (e dalla stessa V Direttiva AML) non è di per sé in grado

di evitare ipotesi in cui le norme penali dei diversi Stati risultino essere incompatibili. Pur nell'ambito delle medesime classi di reato che devono essere considerate "criminal activity" alla luce della definizione europea di riciclaggio, le legislazioni nazionali restano, in alcuni casi, profondamente disomogenee: posto che è una definizione affatto autonoma, ma che si serve e rinvia, in larga parte, alle norme penali domestiche, specie per alcuni reati (si pensi a quelli tributari), per i quali l'armonizzazione europea appare essere, almeno in questo momento, molto lontana, anche nella prospettiva del principio di sussidiarietà che condiziona le competenze penali dell'UE.

Il nuovo art. 57 della Direttiva 849/2015/UE prevede, allora, che la differente conformazione dei reati presupposto non può condurre, in nessun caso, ad un rifiuto della cooperazione tra le FIU, anche quindi nel caso in cui, ad esempio, sia richiesto ad una FIU di fornire informazioni su fatti che nel suo territorio non costituiscono reato; l'art. 53, a sua volta, prevede che lo scambio di informazioni tra le FIU debba avvenire «indipendentemente dal tipo di reati presupposto eventualmente associato e anche laddove il tipo di reati presupposto eventualmente associato non sia stato individuato al momento dello scambio». Che tale approccio sia sufficiente a superare ogni criticità, però, come si vedrà oltre, non è del tutto condivisibile.

## 5. Il quadro attuale della cooperazione.

È bene ora entrare nel dettaglio e chiarire in cosa consiste la cooperazione tra le F.I.U. sulla quale ha scommesso il legislatore europeo. Si formerà così la base per completare da un punto di vista "dinamico" la descrizione sinora condotta con riguardo all'evoluzione della legislazione sovranazionale, mettendone a fuoco le questioni che stanno via via emergendo nello scenario tecnico.

Nel tessere la propria rete e colpire i fenomeni criminali lesivi degli interessi finanziari, tra cui il riciclaggio, l'Unione non può intervenire direttamente, non potendosi ingerire oltre una certa misura negli affari degli stati nazionali, deve necessariamente devolvere a questi ultimi l'azione contro il riciclaggio. Il problema però è che ogni stato può agire ed informarsi di quello che avviene solamente all'interno del proprio territorio, non potendo acquisire informazione sull'acquisizione di capitali illeciti avvenuti all'estero. E così le indagini



delle autorità nazionali incaricate del *law enforcement*, non solo giudiziario ma anche amministrativo fiscale, non potrebbero mai superare il relativo confine nazionale e acquisire le informazioni necessarie al proseguimento dell'indagine domestica<sup>48</sup>, che rimarrebbe inevitabilmente pregiudicata.

Da qui l'importanza della cooperazione tra le F.I.U. che, scambiandosi le informazioni finanziarie concernenti gli spostamenti di capitale all'interno del circuito bancario, ovvero tracciando il flusso di danaro che si muove tra più stati, dovrebbero proprio colmare questo vuoto. Del resto non è un caso che il vasto *corpus* normativo approntato dall'Unione e culminato con la Quinta Direttiva Antiriciclaggio, il più compiuto tentativo di sistematizzare la materia<sup>49</sup>, si concentri per la maggior parte sull'attività di scambio, come vedremo a breve. Il senso di questa cooperazione, sta proprio nella messa in comune dei dati in proprio possesso per la costruzione di un unico quadro di indagine che abbia ad oggetto il sistema economico transnazionale delle banche. Il che è testimoniato dai particolari strumenti che vengono in gioco quando si parla di questa attività, che a differenza di quanto avviene per una qualsiasi indagine penale, qui appaiono invece assai specialistici: *report*, informazioni finanziarie sospette, analisi finanziarie e anche le c.d. *joint analysis*, di cui in seguito.

Ecco perché i punti più delicati, su cui è tornato più volte il legislatore europeo, sono le tecniche attraverso cui queste informazioni vengono condivise: lo scambio di informazioni quali quello su iniziativa, *spontaneous dissemination*, a richiesta, *on request*. Inoltre, con la Quinta Direttiva a questi meccanismi poi se ne aggiungono altri volti a facilitare ulteriormente lo scambio di informazioni, ovvero il divieto per la F.I.U. che riceve la richiesta di rifiutare la trasmissione e del c.d. *prior consent*. Su tali meccanismi si tornerà poi in dettaglio e vedremo anche che, seguendo la direzione politica che spinge l'Unione a incrementare le attività di scambio, l'*Eu Platform*, il consorzio dei rappresentanti delle F.I.U. e l'*Egmont Group*, hanno emesso diverse raccomandazioni per superare diversi dubbi interpretativi che potrebbero rallentare quest'attività<sup>50</sup>.

Ed è sempre per questo che con il tempo si sono progressivamente allentati anche i legacci che fino a pochi anni fa ostacolavano questo scambio. Si fa

riferimento in primo luogo alla problematica del reato presupposto che non sembrava superabile fino all'ultima modifica avvenuta con la Quinta direttiva. E tuttavia vedremo che, nonostante l'intervento dell'art. 57 che afferma l'irrelevanza della qualificazione legale del reato presupposto e l'introduzione del concetto di *criminal activity* sembra farsi espressamente carico di stabilire in quali casi deve avvenire lo scambio, sembra esserci ancora almeno un profilo rimasto apparentemente irrisolto<sup>51</sup>. In secondo, invece, per garantire al massimo l'efficienza dello scambio, si cerca di sostituire un sistema di comunicazione personalizzato e cartolare, con quello informatizzato. Sotto questo profilo oggi la Commissione ha aperto una questione politica ancora sul tavolo della legislazione sovranazionale, premendo per il sempre più frequente ricorso agli *IT tools*, gli strumenti informatici che dovrebbero rendere più veloce l'identificazione e lo scambio di informazioni utili alle indagini delle diverse F.I.U., riducendo la complessità dell'attività di scambio a pochi *click* del *mouse*<sup>52</sup>.

## 6. Una precisazione preliminare.

Ora, prima di entrare nel merito della disciplina, occorre previamente fare una precisazione che permetta da subito di non fraintendere le potenzialità di questo sistema, e sapere da subito quali sono gli obiettivi che si potrebbero raggiungere attraverso questa scelta di politico criminale.

In particolare si dovrebbe evitare di pensare che questa disciplina da sola basti al contrasto del riciclaggio transnazionale. Perché una singola autorità si muova nei confronti del riciclaggio, serve che questo sia previsto come reato dal proprio diritto nazionale, che rimane l'unico strumento che spinge ad attivare la reazione penale e, prima ancora, le indagini per stabilire se questa debba prendere piede. Così anche la F.I.U., come ogni autorità investigativa, "indaga" per prevenire il delitto di riciclaggio per come descritto dal proprio ordinamento nazionale e in questo senso seleziona anche tutte le informazioni finanziarie che riceve dagli istituti di credito che hanno sede nel proprio territorio e che trasmettono i dati finanziari in adempimento della *due diligence*. Pertanto, l'efficienza di questo sistema rimane inevitabilmente condizionata dal fatto che la condotta transnazionale tenuta dal singolo costituisca riciclaggio anche per

l'ordinamento all'interno dei quali dovrebbe prendere piede l'indagine.

Certo è che se si vuole evitare questo inconveniente si dovrebbe far sì che tutti gli ordinamenti nazionali puniscano ugualmente quella stessa condotta a titolo di riciclaggio, attivandosi simultaneamente per reprimerla. Infatti, questo rimedio avrebbe permesso un avvicinamento del diritto sostanziale degli Stati membri, con la conseguenza che si sarebbero adottate disposizioni penali analoghe in ciascuno stato, e le relative sarebbero state portate autonomamente a reprimere gli stessi fatti di riciclaggio, generando un naturale interesse alla collaborazione. Però armonizzare il reato di riciclaggio significa uniformare anche i reati presupposto, i quali però potenzialmente si identificano con un qualsiasi reato del sistema nazionale. E ciò non avrebbe imposto il lavoro capillare tipico delle direttive, ma un'opera *magna* di omologazione dei diritti nazionali<sup>53</sup> che allo stato politico attuale appare ben lungi dal potersi realizzare.

In questa prospettiva, la politica dell'Unione di regolare solamente un particolare aspetto dell'attività di indagine, quella dello scambio di informazioni, ha costituito di certo una scelta meno "impegnativa" rispetto all'intrusione nel diritto sostanziale come quella prospettata. Prendendo in esame solamente tale aspetto, l'accento è caduto solamente su un particolare momento dell'attività di indagine di una singola autorità nazionale, la quale poi provvederà ad attivare il proprio *law enforcement*, e i relativi meccanismi sanzionatori, le pene e soprattutto le confische. Un ritocco, insomma, solamente "a valle" del sistema penale, con riguardo al momento della raccolta di indizi e, talvolta, delle prove.

Però chiaramente la scelta è ben lungi dal realizzare un composito sistema di repressione del riciclaggio capace di superare i confini dei singoli stati e mettere in piedi un unico sistema di azione repressiva. Questa invece appare di fatto frammentaria, dipendendo ancora dalla conformazione del singolo diritto penale nazionale per l'applicazione del quale la singola F.I.U. indaga<sup>54</sup> nella ricostruzione del flusso di danaro. E dunque sarebbe improprio oggi parlare di una vera e propria azione coordinata nella materia dell'antiriciclaggio, poiché se si indaga, lo si fa pur sempre a causa dell'interesse di un singolo stato a colpire il fatto considerato come riciclaggio; e, del

pari, la facilitazione delle indagini attraverso lo scambio di informazioni servirà solamente a meglio soddisfare questo interesse particolare. Il che, come si vedrà, per lungo tempo ha determinato alcuni problemi relativi al coordinamento tra F.I.U. qualora queste agiscano in paesi dove il diritto penale considera una stessa condotta di riciclaggio in modo giuridicamente differente<sup>55</sup>.

### 7. La cooperazione tra le F.I.U..

Tanto premesso, la questione dello scambio di informazioni sembrerebbe dover essere riportata all'ambito delle ordinarie attività di indagine, con la sola particolarità che si queste si svolgerebbero con l'aiuto di un'autorità straniera. In questo senso, sembra dover essere inteso il riferimento ad un'attività di *intelligence*, laddove l'"intelligenza"<sup>56</sup> sta nell'accordo di scambiarsi le informazioni con tale autorità come controparte<sup>57</sup>.

Per sincerarsene è sufficiente un sommario esame della direttiva, guardando al tipo di atti che costituiscono oggetto dello scambio secondo l'attuale testo della Direttiva Antiriciclaggio: es. gli artt. 51 ss., i quali ci ricordano che lo scambio riguarda le *information analysis* e *proceedings*, e, dopo il ritocco dovuto alla Quinta Direttiva, formano anche le c.d. *joint analysis*, ovvero analisi che non vengono semplicemente "scambiate", ma più propriamente "formate" attraverso lo scambio di informazioni sul flusso di capitale<sup>58</sup>. Infatti, come visto nei primi paragrafi di questo lavoro, le F.I.U. non si limitano a raccogliere nude informazioni bancarie, meri record, ma compongono vere e proprie analisi degli spostamenti di capitale da un ente finanziario all'altro. Quel che interessa, insomma, non è il nudo *record* bancario, ma il suo *significato* per il compimento di questa operazione, in quanto deve essere utile a ricostruire l'evoluzione della dinamica criminosa tanto ai fini dell'indagine, quanto ai fini del successivo processo, dove queste informazioni possono essere spese come prova del fatto. In altre parole, l'attività di scambio serve a costruire analisi e queste analisi sono lo strumento fondamentale per svolgere un'indagine sugli spostamenti del danaro. Sotto questo profilo, l'intelligenza tra le F.I.U. diventa lo strumento principale per far emergere il riciclaggio di danaro all'estero rispetto ad un determinato sistema tributario o processuale penale, che viene informato dalla F.I.U. che ha ottenuto le informazioni sui flussi di capitale. Tant'è che per questa ragione il

legislatore europeo, nel proporre l'istituzione di nuovi organismi di controllo all'interno del territorio degli stati membri, considera la rete tra le F.I.U. come un tassello essenziale per le attività di cooperazione orizzontale non solo tra le autorità del *law enforcement* nazionale, ma anche tra i menzionati organismi che tutelano gli interessi finanziari dell'Unione all'interno del sistema amministrativo e processuale penale del singolo stato, quali *Europol* ed *EPPO*<sup>59</sup>. Stesso discorso vale poi anche per gli organismi che operano solamente a livello sovranazionale e cooperano c.d. "verticalmente" con le autorità nazionali, e in particolare con le F.I.U. dalle quali ricevono la segnalazione dell'attività di riciclaggio. Il che oggi è evidente se solo si scorrono le più recenti opinioni dei vertici dell'OLAF e di *Eurojust*<sup>60</sup>.

Per economia di trattazione, è bene qui aggiungere che questa "rete" di intelligence non sempre funziona a dovere a causa dell'ostacolo legato alle differenze tra i vari ordinamenti, e che qui si traduce nel differente *status* giuridico conferito alle F.I.U. in diversi paesi, pregiudicando così la cooperazione orizzontale tra stati. Infatti, può accadere che proprio valorizzando il ruolo di analista finanziario della F.I.U., l'attività di queste ultime non risulti disciplinata con lo statuto giuridico tipico del *law enforcement*, che porterebbe ad avvicinarle concettualmente alla polizia giudiziaria, ma con quello di una semplice autorità amministrativa, che non rientra nel novero dei soggetti ai quali può rivolgersi un'autorità giudiziaria straniera<sup>61</sup>. In altre parole, la F.I.U. giudiziaria si rivolge solamente alle sue simili e non "riconosce" invece come controparte anche quella amministrativa, evitando così di considerarla come autorità legittimata alla trasmissione di informazioni utili<sup>62</sup>. Prova ne è la preoccupazione della Commissione, che indica questa differenza di *status* giuridici come una delle principali cause ostative allo scambio di informazioni<sup>63</sup>.

## 8. Lo scambio di dati.

Entrando nel dettaglio nella disciplina dello scambio di dati, va rilevato in primo luogo che ogni F.I.U. deve assicurarsi che l'informazione richiesta serva ad un'indagine sul riciclaggio. Né si potrebbe pretendere diversamente, dato che, come si diceva, questo è lo scopo di queste unità di intelligence, che si adoperano solo per scoprire i fenomeni previsti come riciclaggio dal proprio ordinamento nazionale.

Ma proprio questo assunto di fondo, vedremo a breve, crea non pochi problemi.

Ora, la prima ipotesi prevista dall'art. 53 della Direttiva è la c.d. *spontaneous dissemination*, secondo cui quando la F.I.U. nazionale riceve un report *relevant for an other member State*<sup>64</sup> ha l'obbligo di trasmetterla. La seconda, invece, concerne la c.d. *dissemination on request*, e cioè a richiesta della F.I.U. che vuole ricevere l'informazione, a patto che tale richiesta abbia adeguata *justification*. Su queste ipotesi non sembra esserci molto da dire, la F.I.U. del paese interessato ha due modi per entrare in possesso delle informazioni necessarie all'analisi: può sperare che la sua corrispondente le trametta quando quelle si trovano già nella sua disponibilità per qualche ragione oppure può farsi avanti e domandarle, sollecitandola eventualmente anche ad indagare. Del resto, la richiesta ricevuta, può ben essere intesa come una segnalazione, che può far sorgere il sospetto da cui potrà successivamente scaturire anche l'indagine sull'operato degli operatori finanziari nazionali.

Ancora, è bene accorpate gli aspetti critici del sistema, che qui si compendiano in un unico aspetto, considerato sotto differenti profili e concernente l'interesse di uno dei due stati a scambiare l'informazione. Con riguardo alla *spontaneous dissemination* il problema emerge quando occorre stabilire se l'informazione è "relevant"<sup>65</sup>. Come potrebbe la F.I.U. nazionale conoscere l'interesse della sua corrispondente estere a ricevere l'informazione? Si potrebbe giustamente rispondere che basta che il flusso di danaro vada in quella direzione per dedurre automaticamente l'interesse a conoscerla, oppure suggerire di contattarla informalmente. Ma, da un lato, l'art. 53 pretende che si conosca questa rilevanza e quindi si sappia già che quell'informazione serve, e ciò potrebbe sapersi solo vestendo i panni della F.I.U. ricevente; dall'altro, ad una richiesta informale sull'oggetto delle proprie indagini, la F.I.U. potrebbe sempre opporre il segreto d'ufficio. Forse, il problema potrebbe sdrammatizzarsi con un approccio più pragmatico, trasmettendo direttamente l'informazione sul flusso di danaro per il solo fatto che passa per lo stato estero nel qual caso la F.I.U. straniera se interessata la accoglierà o si limiterà a cestinare. Tuttavia il rischio sarà di far agire a vuoto la F.I.U. nazionale e che spesso si rischia di trasmettere in blocco un gran

volume di dati, che impegna il ricevente ad una lunga elaborazione<sup>66</sup>.

Analogo problema poi si pone rispetto alla *dissemination on request*, con riguardo all'aspetto della *justification*. In base a quali criteri, infatti, la richiesta può dirsi giustificata? Se bastasse solo quello del richiedente, questo sarebbe già provato con la stessa giustificazione, quindi probabilmente dovrebbe esserci anche un interesse del cedente, ovvero la cessione delle informazioni dovrebbe servire *anche* alla F.I.U. che riceve la richiesta per mandare avanti la propria indagine: magari per la costruzione di un'analisi che segua il flusso di danaro anche nel paese straniero. Quindi ancora una volta si dovrebbero vestire i panni della F.I.U. che riceve la richiesta oppure cercare un contatto informale<sup>67</sup>.

Preso coscienza del problema, l'*Eu platform* suggerisce di evitare che il ricevente esprima la propria *double evaluation* sulla fondatezza della giustificazione, che si vorrebbe ridotta ad atto meramente formale del richiedente<sup>68</sup>. E anche qui viene da domandarsi se questa prassi non finisca a volte per sacrificare le energie della F.I.U. che riceve le informazioni, quando la richiesta verta su fatti sui quali non altrimenti avrebbe indagato per ragioni interne all'ordinamento nazionale. Non a caso, infatti, il legislatore europeo ha previsto sì che per ottemperare alla richiesta la F.I.U. debba spendere tutti i propri poteri investigativi, art. 53 par. 2, però ha anche lasciato agli Stati membri il compito di stabilire in che misura questo sforzo debba realizzarsi.

### 8.1. Obbligo di assenso e prior consent.

Di fianco alla disciplina della richiesta, l'art. 53 par. 3, prevede che la F.I.U. che abbia ricevuto la richiesta giustificata, non possa rifiutare il trasferimento, salva tutela dei diritti fondamentali ed esigenze legate alle investigazioni di particolare importanza per il proprio paese<sup>69</sup>. È evidente che la norma tende all'ampliamento della circolazione evitando ipotesi di rifiuto "non essenziali".

Rimane però il fatto che una discrezionalità da questo punto di vista potrebbe essere sempre esercitata in sede di valutazione della giustificazione: naturalmente però solo dopo aver disciolto la questione precedente in favore di una *double evaluation* dove la F.I.U. cedente possa esprimersi sulla convenienza dello scambio per la propria indagine.

Segue, infine, la disciplina del c.d. *prior consent* che riguarda l'obbligo di chiedere il consenso della F.I.U. che trasmette l'informazione quando questa sia usata per scopi diversi da quelli investigativi per i quali è ceduta. La disciplina riguarda principalmente la cessione al *law enforcement*, che utilizza l'informazione ai fini del successivo processo, dato che la repressione finisce inevitabilmente per allertare chi prende parte al riciclaggio anche in altri paesi. Per questo, inoltre, l'art. 53 stabilisce che tale consenso va dato sempre salvo, oltre che a ragioni legati alla tutela dei diritti fondamentali, per motivi di indagine<sup>70</sup>.

Anche stavolta allora lo spirito sembra quello di ridurre le valutazioni al minimo, per non intralciare la circolazione. Solo che anche qui vien da domandarsi se così non si finisca per produrre un effetto *boomerang* in tutti i casi in cui non si raggiunga la sicurezza che il giudizio straniero comprometterebbe l'indagine.

### 9. La questione del reato presupposto.

Per diversi anni le F.I.U. sono rifiutate di scambiarsi informazioni finanziarie per un problema che discende inevitabilmente dal fatto che ognuna di esse indaga solo sui fatti previsti dal proprio ordinamento nazionale. Poteva darsi che più F.I.U. di diversi stati membri indagassero sopra uno stesso fatto di riciclaggio di danaro derivante da una condotta presupposta considerata diversamente dai diversi ordinamenti di appartenenza. In particolare si davano due ipotesi: il fatto da cui proviene il danaro è considerato reato da entrambi, ma questi lo prevedono in modo diverso, es. per l'uno il fatto è truffa e per l'altro è un semplice falso; oppure che solo uno dei due ordinamenti consideri reato quel fatto, es. per uno è un falso dell'ufficiale e per l'altro semplicemente non rileva come reato. Chiaramente chi fa le indagini potrebbe chiedersi se l'autorità che gli chiede le informazioni indaga sul medesimo fatto, su cui indaga a sua volta, e potrebbe darsi che la diversa qualificazione suggerisca una risposta negativa. Il che sarebbe particolarmente evidente poi nella seconda ipotesi, dove per almeno una delle due F.I.U. il traffico di danaro non riguarderebbe soldi "sporchi" ma "puliti" perché non proverrebbero da alcun reato e dunque non ci sarebbe neanche il bisogno di indagare.

In breve: in certi casi si potrebbe dubitare che due F.I.U. abbiano interesse ad indagare su uno stesso

fatto di riciclaggio perché in certe ipotesi questo risulta *giuridicamente diverso* o, addirittura, perché tale interesse potrebbe mancare in una delle due se i soldi non provengono da reato e risultano quindi “puliti”.

Così ci si potrebbe domandare allora se in caso di scambio spontaneo o a richiesta si debba tener conto anche di queste differenze “giuridiche”. E ce ne sarebbe ben ragione, poiché rispetto almeno alla prima ipotesi, nel silenzio della disciplina previgente<sup>71</sup>, la risposta della prassi si traduceva nel secco rifiuto di trasmettere le informazioni. Semplicemente la F.I.U. del *locus commissi delicti* del reato presupposto rifiutava lo scambio se tale fatto non aveva lo stesso *nomen iuris* di quello previsto dal diritto nazionale. Riprendendo l'esempio: la F.I.U. italiana chiede i record bancari di un imprenditore che in Belgio ha commesso un omesso versamento delle ritenute i cui proventi sono stati investiti in Italia, ma la F.I.U. belga rifiuta perché il relativo sistema penale qualifica quella stessa omissione come “truffa”. Così, ricapitolando, essendo giuridicamente diverso il reato presupposto si considera diverso l'interesse ad indagare e la F.I.U. rifiuta lo scambio.

Merito della Quinta Direttiva Antiriciclaggio è stato aver superato questo stato di cose con la lettera dell'art. 57, che sancisce l'irrelevanza delle differenti definizioni legali riguardanti il *predicate offence*. Con questo il legislatore europeo ha riconosciuto che ai fini dell'indagine non serve indagare il *nomen iuris* del fatto, ma ci si può accontentare di qualcosa di meno. Con la conseguenza che il messaggio che passa alla F.I.U. è di non curarsi della qualificazione del fatto e delle eventuali differenze tra legislazioni, ma di trasmettere le informazioni a prescindere dalle definizioni normative. E dunque non c'è problema per l'autorità belga a trasmettere le informazioni, basta che il reato rientri nella nozione di *criminal activity* di cui si è discusso in precedenza, in questo caso probabilmente nella famiglia delle offese contro il patrimonio.

Sembrerebbe però rimanere in piedi la questione che si pone se il danaro scaturisce dal fatto che invece non costituisca affatto reato per almeno uno degli ordinamenti delle F.I.U. coinvolte nello scambio, tanto che almeno una di esse non dovrebbe avere interesse ad indagare sulla provenienza del danaro, che appare “pulito”. E allora ci si potrebbe domandare: 1) se la F.I.U. straniera, presso la quale il

reato presupposto è commesso, e il cui ordinamento lo considera reato, possa tramettere un'informazione “*relevant*” per l'altra, presso la quale il fatto è considerato invece lecito, nel caso della *spontaneous dissemination*, oppure 2) se chiedendo le informazioni per sapere se i soldi sono stati riciclati possa produrre una “*justification*” fondata in base all'interesse alle indagini della F.I.U. ricevente. Infatti, è evidente che la F.I.U. destinataria dell'informazione o della richiesta non aprirebbe neanche un'indagine<sup>72</sup>.

In questo caso, si potrebbe dubitare che l'art. 57 offra una prova decisiva per superare il problema, e così anche la nozione di *criminal activity*, poiché la lettera se anche afferma che non rileva la qualificazione giuridica, nondimeno evidentemente non esclude che questa qualificazione giuridica ci sia, diversa magari, ma nondimeno presente per entrambi gli ordinamenti. E inoltre sembrerebbe anche vanificata la previsione dell'art. 52, par. 2, che proprio per incentivare la cooperazione prescrive che gli Stati membri devono approntare le misure necessarie perché le F.I.U. spendano tutti i poteri necessari per reperire le informazioni richieste<sup>73</sup>. Infatti, questo potere, esercitabile solo con riguardo allo scambio *on request*, potrebbe essere esercitato solamente dopo aver valutato la fondatezza della richiesta e quindi aver preso in esame l'interesse ad indagare sul fatto.

Tuttavia, la questione sembra rivestire rilievo più teorico che pratico, se solo si pensa che in queste indagini ci si può accontentare anche solamente del *fumus commissi delicti*, ovvero di una valutazione fattuale ben distante dall'esatta qualificazione negli schemi del diritto, quale quella che si avrebbe con la condanna al termine del procedimento. Infatti, l'investigatore si accontenta solo della possibilità che il fatto costituisca reato, con ciò raccogliendo nella propria rete anche una serie di fatti che, a conti fatti al termine del procedimento, non meriterebbero affatto questa qualificazione conducendo all'assoluzione dell'imputato. Pertanto, salvo casi in cui la liceità del fatto indicato come reato presupposto sia, per così dire, tanto evidente da scoraggiare la F.I.U. anche solo dall'ipotizzare la commissione di un delitto presupposto e con esso dell'esistenza di un delitto riciclaggio, non ci sarà probabilmente ragione per cui questa non si giovi delle informazioni spontaneamente trasmesse o rifiuti di trasmettere quelle richieste.

## 10. FIU.net.

Quando poi ci si pronuncia per l'utilità dello scambio le informazioni devono essere trasmesse e lì, in genere, si rischia di avere a che fare con grandi quantità di materiale che possono richiedere molto tempo per essere processate. Basti pensare che la richiesta del *record* bancario di un individuo non interessa solamente le operazioni sospette ma contempla l'intero storico delle operazioni compiute presso la banca al quale il record viene richiesto e tra le quali oltre a quelle che hanno fatto nascere il sospetto, andranno ricercare anche quelle utili invece a "confermarlo". Da qui il rischio che il superamento di tutte le questioni concernenti lo scambio di informazioni si riveli tendenzialmente inutile, perché le lungaggini dell'attività di esame dei documenti potrebbero giovare a chi ricicla per far sparire i danari nei circuiti della circolazione legale. Per questa ragione, la Commissione pone oggi al vertice della propria agenda l'adozione di nuovi *IT tools*, capaci di ridurre sensibilmente i tempi nello sfolgimento del materiale.

Di questa materia si occupa l'art. 56 della direttiva che incoraggia ad usare canali protetti di comunicazione e incoraggia l'uso di *FIU.net*, che attualmente è il sistema più usato per le indagini. Si tratta di un sistema decentralizzato, ovvero ogni F.I.U. ha una propria piattaforma dove conserva tutti i dati, i *report* sospetti e le analisi<sup>74</sup>, e poi queste piattaforme vengono messe in contatto attraverso *FIU.net*. in modo non dissimile da un *social network*, dove sono presenti tanti utenti, ma ognuno gestisce i propri dati. In questo modo, e qui sta il punto, la ricerca può essere condotta in buona parte *online* verificando se la F.I.U. straniera alla quale si vorrebbe fare una richiesta ha già ricevuto segnalazioni riguardo ad operazioni compiute dalla persona sulla quale si indaga, potendo quindi identificare con maggiore precisione le informazioni utili alla propria indagine. In questa prospettiva, il punto di forza di *FIU.net* è il motore di ricerca, il *software Mat3ch*, che serve a gemellare le informazioni inserite con quelle disponibili nel sistema in modo che diventi immediatamente visibile la F.I.U. straniera in possesso di tali dati. In questo modo, si dice, si garantisce «standardizzazione applicativa, immediatezza e sicurezza degli scambi»<sup>75</sup>.

Significativi i vantaggi di questo sistema. Da un lato, se i dati inseriti riguardano un'operazione indagata

anche da un'altra F.I.U., questa viene subito indicata come possibile fonte di informazioni e al contempo viene allertata dal sistema<sup>76</sup>. Dall'altro, questa prassi guadagna non solo un risparmio di sforzi ma anche una maggiore tutela della *privacy*, poiché il sistema sceglie solamente le informazioni strettamente correlate a quelle inserite, superando molte preoccupazioni riguardanti l'eccessiva quantità di dati "sensibili" in genere coinvolti da un'indagine finanziaria<sup>77</sup>.

Inoltre, nell'ottica di favorire al massimo la cooperazione orizzontale, la gestione di *FIU.net* inoltre è oggi devoluta ad *Europol* che si occupa della manutenzione e coordina l'accesso delle singole F.I.U. attraverso le proprie unità nazionali, in modo da garantire la massima sinergia tra le prime e le seconde nello scambio orizzontale di informazioni e, indirettamente, anche a livello verticale rispetto alla sede centrale dell'organizzazione europea<sup>78</sup>.

Peraltro alcune potenzialità di tale sistema sono ancora in parte da scoprire, data la propensione di questo *network* a raccogliere al proprio interno i dati concernenti le diverse esperienze tecniche utili alla creazione di modelli per la prevenzione dei comportamenti a rischio riciclaggio o per analisi di *network* per identificare le relazioni sospette finanziari. Sono questioni oggi sotto gli occhi dei *policy makers* e destinate a successivi sviluppi nei prossimi anni.

Riportando poi in coda le criticità, va rilevato che si tratta di un sistema ancora perfezionabile, come testimonia l'art. 56 par 2 che incentiva gli stati a trovare sistemi più avanzati per lo scambio in forma anonima. Inoltre, trattandosi di un sistema decentrato, ciascuna F.I.U. mantiene il controllo dei propri dati, i quali dunque non possano essere trasmessi se non dietro consenso, riproponendo tutte le farraginosità concernenti la valutazione dell'interesse alla trasmissione spontanea o a richiesta, che abbiamo visto poco sopra. Eppure proprio queste sono le questioni cruciali sulle quali occorre concentrarsi per determinare già al monte se le informazioni reperite possono o meno essere trasmesse. Tant'è vero questo che attualmente *l'Eu Platform* aspira a risolvere questo problema so una serie di progetti pilota di nuovi *network* capaci di sostituire *FIU.net*<sup>79</sup>. E quindi forse non c'è da meravigliarsi se, come ha rilevato la Commissione in un recente *report*, nonostante il tentativo di

standardizzazione applicativa, il *network* non è ancora usato in molti stati<sup>80</sup>.

### 11. Conclusioni.

Come emerge dal quadro complessivo che si è tentato di tracciare, l'evoluzione storica e le finalità politico-criminali del *legal framework* antiriciclaggio partono da un assunto ben definito: la circolazione dei proventi di reato minaccia gli assetti generali del mercato internazionale e di quello europeo e il fenomeno, pur con i poderosi passi in avanti fatti, in almeno trent'anni di iniziative legislative e par-legislative sovranazionali, è tutt'altro che in regressione, ma dimostra una capacità di adattarsi alle limitazioni erette nel sistema finanziario e di sfruttarne, anzi, i sempre più agili meccanismi informatici di funzionamento.

La Commissione europea ha ben chiari gli *shortcomings* che ancora incontra la cooperazione tra le FIU e tra queste e gli organi di *law enforcement* nazionali e fissa obiettivi molto ambiziosi, volti a "ribaltare", o quantomeno attenuare significativamente, il principio di decentramento territoriale che da sempre ispira le direttive europee in materia: la costituzione di un'agenzia europea di coordinamento e l'emanazione di una disciplina organica compendiate in un unico regolamento, sono passaggi giustamente ritenuti imprescindibili. Tuttavia, come si è cercato di mettere in evidenza, regole procedurali volte ad aggirare l'ostacolo della territorialità, pur ampliando gli spazi di manovra dell'*intelligence* nazionale della prevenzione del riciclaggio, rischiano di essere inefficaci, come dimostrano i dati sugli interscambi informativi raccolti dalla Commissione nel suo ultimo report, di molto al di sotto dei risultati che la IV e V Direttiva AML miravano a raggiungere.

Inoltre, occorre tener a mente l'inadeguatezza del sistema antiriciclaggio come unico strumento di contrasto, posto che il recupero dei proventi e la repressione dei fatti di reato presuppone necessariamente l'intervento del diritto penale. Trattasi di sistemi, cioè, reciprocamente complementari e non autosufficienti.

L'armonizzazione dei sistemi penali sostanziali rimane, allora, la strada maestra, per quanto sia evidentemente quella in cui si incontrano i maggiori ostacoli, anche dovuti alle ancora limitate competenze penali dell'Unione Europea.

E, infatti, la struttura della fattispecie di riciclaggio dipende in buona parte dai reati-presupposto, che riempiono di effettivo contenuto la definizione di provento illecito: ecco allora che le diversità di ciascun ordinamento giuridico riemergono e creano cortocircuiti proprio rispetto alla più insidiosa fenomenologia criminale che si intende colpire, ovvero quella del riciclaggio transnazionale, quello più raffinato e complesso di cui si servono le organizzazioni criminali che raccolgono "fiumi" di denaro sporco.

È ormai chiaro, in conclusione, che la vera partita – che proprio la necessità di arginare il riciclaggio consente di cogliere e apprezzare a pieno – è la costruzione di un diritto penale europeo, che nell'Action Plan della Commissione, invece, resta ancora sullo sfondo.

#### Folco Gianfelici

Avvocato del Foro di Perugia  
Dottore di ricerca in Diritto penale

#### Fabio Antonio Siena

Avvocato del Foro di Milano  
Dottore di ricerca in Diritto penale

<sup>1</sup> L'articolo è il frutto di una riflessione comune dei due autori e di un costante e reciproco confronto. I §§1-4 e 11 possono attribuirsi a F. A. SIENA e i §§5-10 possono attribuirsi a F. GIANFELICI.

<sup>2</sup> V. oltre par. 3.

<sup>3</sup> Nel sistema penale vigente, risultante di una molteplicità di novelle all'impianto codicistico, vengono in gioco una pluralità di fattispecie di reato, quali il favoreggiamento reale, il trasferimento fraudolento di valori, la ricettazione, il riciclaggio e il reimpiego dei proventi di reato, nonché da ultimo l'autoriciclaggio, che coprono, nel loro complesso, le diverse fasi e le possibili modalità di un *iter* criminale articolato. Cfr. V. PLANTAMURA, *Tipo d'autore o bene giuridico tutelato per l'interpretazione, e la riforma, del delitto di riciclaggio?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, 1/2, pp. 161-191 e, ivi, pp. 179-180.

<sup>4</sup> P. V. REINOTTI, *Ricettazione e riciclaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, 462 ss., spec. p. 462 ricorda come nel diritto romano la ricettazione costituiva una forma di compartecipazione criminosa nel furto e ancora nei codici preunitari e nell'art. 421 del codice Zanardelli la sua autonomia concettuale era limitata, posto che la misura della pena

dipendeva dalla gravità del reato presupposto. Nella relazione al codice Rocco la ricettazione altro non era che l'espressione di un'ulteriore lesione al patrimonio (così si esprimevano in dottrina, peraltro, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, ed. V, vol. 9, Torino, UTET, 1984, pp. 1005 e 1043; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, ed. VII, vol. I, Milano, Giuffrè, 1977, p. 336, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, ed. II, Padova, Cedam, 2002, p. 248-249 - ma vedi, in relazione al riciclaggio, *ivi*, pp. 259-261 -, nonché, in parte, S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1988, p. 134, che parlava di reati di «perpetuazione di una precedente situazione anti-giuridica»). Lo stesso autore inquadra la ricettazione, così come il riciclaggio, nella categoria dogmatica dei c.d. reati accessori e muove serie critiche a quello che costituisce l'antesignano della fattispecie di riciclaggio, introdotto con il D.L. n. 59/1978, ed avente quali reati presupposti la sola rapina ed estorsione aggravate e il sequestro di persona a scopo di estorsione, affermando che «La pressione esercitata sull'opinione pubblica dal susseguirsi di gravi eventi criminosi ha ancora una volta indotto il legislatore a varare norme sulle cui caratteristiche in termini tecnico-giuridici è legittimo sollevare delle perplessità (non per niente la fattispecie va sotto il nome corrente, emotivamente ben più evocativo, di "riciclaggio di denaro sporco")». L'introduzione del reato di riciclaggio nel 1978, come rilevato da G. PECORELLA, *Denaro (sostituzione di)*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. III, Torino, UTET, 1989, pp. 366-378, si muoveva verso il superamento del modello della ricettazione, mediante l'introduzione di una pena, ben più grave, rapportata ai reati presupposti selezionati «che ricorda alla lontana la cosiddetta complicità a posteriori» (*ivi*, 367), accomunando così gli autori dei delitti e quelli della successiva sostituzione del relativo profitto. In argomento G. D. PISAPIA, *Osservazioni sul 'delitto di riciclaggio'*, in *Rivista Guardia di Finanza*, 1980, pp. 753 ss.

<sup>5</sup> Cfr., per una panoramica di questa evoluzione a partire dagli Stati Uniti, A. M. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 5-8; R. RAZZANTE, *Manuale di legislazione e prassi dell'antiriciclaggio*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 40-51. *Funditus* cfr. M. BARBETTI, *Il riciclaggio di denaro negli Stati Uniti*, in R. RAZZANTE (a cura di), *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 357-406.

<sup>6</sup> M. GALLANT, *Tackling the Risks of Money Laundering*, in N. RYDER (a cura di), *White Collar Crime and Risk. Financial Crime, Corruption and the Financial Crisis*, Londra, Palgrave, 2018, pp. 115-138 e, *ivi*, pp. 117-119, ove si distinguono *associational risks* e *non-derivative risks* connessi al riciclaggio.

<sup>7</sup> Il riferimento è, anzitutto, alle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa del 1980 e alla Dichiarazione di Principi di Basilea del 1988. Per una panoramica delle numerose convenzioni che si sono susseguite negli anni cfr. V. MAIELLO, *Il fenomeno criminale*, in V. MAIELLO - L. DELLA RAGIONE (a cura di), *Riciclaggio e reati nella gestione dei flussi di denaro sporco*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 1-39 e, *ivi*, pp. 19-21.

<sup>8</sup> Cfr., sul versante della dottrina, le osservazioni di G. M. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, 4, pp. 1255-1273, spec. p. 1261 ove specifica che il riciclaggio è un «fattore, in sé, di inquinamento e di destabilizzazione del mercato», quindi, come tale, costituisce pericolo per l'ordine economico; G. PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, 4, pp. 1220-1248 spec. pp. 1221-1222; A. CRESPI, *Aziende di credito e repressione del riciclaggio dei proventi illeciti (appunti intorno a recenti disegni di legge)*, in *Rivista delle Società*, 1990, 5/6, pp. 1403-1410, pp. 1403 ss.; S. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 3, pp. 728-749 spec. p. 728. Su questo mutamento di prospettiva della *ratio* politica-criminologica dei reati di riciclaggio (in senso lato), dal patrimonio verso l'ordine economico, cfr. A. M. STILE, *Riciclaggio e reimpiego di proventi illeciti*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 2009, disponibile su <<https://www.treccani.it/enciclopedia/riciclaggio-e-reimpiego-di-proventi-illeciti%28XXI-Secolo%29/>> per cui «l'investimento di proventi illeciti pone chi lo effettua in una posizione di evidente vantaggio rispetto a chi deve procurarsi in maniera lecita i mezzi finanziari necessari. In questa prospettiva a essere minacciata è senza dubbio la concorrenza, come effetto certo, a monte, della violazione della par condicio, e come esito eventuale, a valle, del metodo criminale di gestione che penalizza e deprime l'imprenditore inserito nel circuito legale». V. pure V. MAIELLO, *Il fenomeno criminale*, cit., pp. 4-6 e 16-18; V. PLANTAMURA, *Tipo d'autore o bene giuridico tutelato per l'interpretazione, e la riforma, del delitto di riciclaggio?*, cit., pp. 177-178; M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 205, 255. Ora, se è vero che l'offesa, come da alcuni correttamente sostenuto, non giunge a cogliere, nel tipo definito dal legislatore, l'ordine economico, ma piuttosto beni intermedi e strumentali come l'amministrazione della giustizia (penale), questo costituisce comunque la chiave di lettura obbligata di tutta la recente evoluzione legislativa in materia e, se si vuole, il motore politico delle plurime evoluzioni normative che hanno interessato le varie fattispecie di reato in gioco.

<sup>9</sup> A. M. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, cit., pp. 43-49; V. MAIELLO, *Il fenomeno criminale*, cit., p. 10-13; V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2004, 1, pp. 36-80 e, *ivi*, pp. 37-41.

<sup>10</sup> In tal senso si veda da ultimo la «*Joint Opinion of the European Supervisory Authorities on the risks of money laundering and terrorist financing affecting the European Union's financial sector*» del 4 ottobre 2019 emanata dalla Joint Committee ESAs, in cui si evidenzia che le principali criticità del sistema antiriciclaggio siano da rinvenire nell'avvento delle nuove tecnologie (spec. cap. 4.2. e, per le cryptovalute, cap. 4.3., nonché §71,103, 116, 149 e 158 per i diversi settori - credit



insitutions, e-money issuers, payment institutions, Investment firms, Investment funds) e nella perdurante esistenza di soluzioni legislative e pratiche differenziate nei diversi Stati Membri (cap. 4.4.), dovuta a una differenziata trasposizione delle direttive europee. In argomento cfr. A. KARAPATAKIS, *Virtual worlds and money laundering under EU law: The inadequacy of the existing legal framework and the challenges of regulation*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 2, pp. 128-150; V. COVOLO, *The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, 3, pp. 217-251; R. BARONE - D. MASCIANDARO, *Cryptocurrency or usury? Crime and alternative money laundering techniques*, in *European Journal of Law and Economics*, 2019, pp. 233-254

<sup>11</sup> In linea con questi obiettivi la Convenzione prevede all'art. 3, lett. b) la necessità di sanzionare «*The conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from any offence or offences established in accordance with subparagraph a) of this paragraph, or from an act of participation in such offence or offences, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an offence or offences to evade the legal consequences of his actions*».

<sup>12</sup> Recepita dalla L. 328/1993 che, in particolare, amplia per la prima volta l'area di applicazione dell'art. 648-bis c.p. a tutti i «*provenienti da delitto non colposo*».

<sup>13</sup> La qualifica di "Stato non collaborativo" attribuita dal FATF, che è uno dei meccanismi volti a spingere i paradisi finanziari ad accettare talune restrizioni sul segreto bancario e taluni standard antiriciclaggio, si è dimostrata, peraltro, del tutto inefficiente. Da un lato, l'effetto stigma che dovrebbe conseguirne non si traduce in significative riduzioni dei flussi finanziari verso questi Stati, dall'altro, vengono posti in essere molteplici meccanismi per aggirare anche le norme che richiedono un maggior livello di attenzione sui flussi di denaro provenienti da questi Stati (ad es. le c.d. triangolazioni). Cfr. C. KOLIGKIONIS, *Money laundering and the role of offshore financial centres*, in SPINELLIS et AL. (a cura di), *Europe in crisis: Crime, Criminal Justice, and the way forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, vol II, Sakkoulas Publishers, Atene, 2017, pp. 1351-1363, spec. pp. 1357-1360, nonché lo studio empirico condotto da O. BALAKINA - A. D'ANDREA - D. MASCIANDARO, *Bank Secrecy in Offshore Centres and Capital Flows: Does Blacklisting Matter?*, in *BAFFI CAREFIN Centre Research Paper No. 2016-20*, Centre for Applied Research on International Markets Banking Finance and Regulation, Università Bocconi, Milano, disponibile su <<ftp://ftp.unibocconi.it/pub/RePEc/baf/papers/cbafwp1620.pdf>>.

<sup>14</sup> Su cui v. D. MASCIANDARO, *Panama Papers? Just One More Round of the Never-Ending Banking Secrecy Tango*, in *Oxford Business Law Blog*, 01.06.2016 disponibile su <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/06/panama-papers-just-one-more-round-never-ending-banking-secrecy-tango>>; N. EVERTSSON, *Corporate Tax Avoidance and Neutralization Techniques: A Case Study on the Panama Papers*, in *Critical Criminology*, 2019, 28, pp. 721-738, disponibile su <<https://doi.org/10.1007/s10612-019-09455-7>>.

<sup>15</sup> M. GALLANT, *Tackling the Risks of Money Laundering*, cit., pp. 121-124.

<sup>16</sup> G. M. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria*, cit., p. 1256 sottolinea come in passato «all'insegna del principio "pecunia non olet" – qualsiasi tentativo di intervento in quest'ambito si scontrava con la sacralità e con la tradizione del segreto bancario».

<sup>17</sup> I c.d. FATF Standard oggi in vigore sono stati interamente rielaborati nel 2012 e sono periodicamente aggiornati. Aderiscono al FATF 39 Stati, che accettano di sottoporsi ad una periodica *mutual evaluation* del loro sistema di contrasto al riciclaggio. Oggi esistono altri gruppi di lavoro internazionali che perseguono le medesime finalità, quali MONEYVAL, organo del Consiglio d'Europa istituito nel 1997, e l'Egmont Group, di cui fanno parte 165 FIU, ma anche la EU FIU Platform. Per una panoramica cfr. L. CUZZOCREA, *La normativa sovranazionale e gli organismi di monitoraggio e controllo del "fenomeno riciclaggio"*, in R. RAZZANTE, *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale*, cit., pp. 73-114.

<sup>18</sup> Direttiva 1991/308/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, su cui v. L. SALAZAR, *Riciclaggio dei capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana*, in *Foro italiano*, 1991, pp. 461-480; G. M. FLICK, *Accessi al settore finanziario e segnalazioni degli intermediari: controlli, obblighi, responsabilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, 4, pp. 1201-1219.

<sup>19</sup> M. GALLANT, *Tackling the Risks of Money Laundering*, cit., pp. 128 parla di una vera e propria "fortress of norms".

<sup>20</sup> Più volte la Corte di Giustizia ha ritenuto che queste possano essere giustificate, nella misura in cui siano proporzionate alla finalità perseguita, in generale e anche mediante l'adozione di legislazioni Statali più stringenti rispetto al grado di armonizzazione raggiunto al livello europeo (purché proporzionate e non discriminatorie). Cfr. il *leading case* C. Giust., sent. 25 aprile 2013, C-212/11, *Jyske Bank Gibraltar Ltd*, spec. §§58 e 64, ove si afferma che «the combating of money laundering, which is related to the aim of protecting public order, constitutes a legitimate aim capable of justifying a barrier to the freedom to provide services». Per una decisione in senso opposto, in relazione ad alcune presunzioni di maggior rischio previste nella disciplina antiriciclaggio spagnola, cfr. C. Giust., sent. 10 marzo 2016, C-235/14, *Safe Interenvíos SA*, spec. §§98-111. Un'ulteriore possibile limitazione delle libertà riconosciute a livello europeo, peraltro, è stata rilevata in relazione agli art. 6 e 8 CEDU, posto che tra i soggetti obbligati alle SOS vi rientrano anche gli avvocati, quando prestano assistenza al compimento di specifiche operazioni. Viene in gioco, quindi, la garanzia di segretezza dei fatti appresi dell'avvocato nell'ambito del suo mandato difensivo. Sul punto, peraltro, sono intervenute sia la Corte di Giustizia che la Corte EDU,

ritenendo tali limitazioni proporzionate e adeguate, in quanto trattasi di ipotesi estranee all'esistenza di un procedimento giudiziario in corso. In argomento, con note critiche, cfr. S. DE VIDO, *Anti-Money Laundering Measures Versus European Union Fundamental Freedoms and Human Rights in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2015, 5, pp. 1271-1292.

<sup>21</sup> C. KOLIGKIONIS, *Money laundering and the role of offshore financial centres*, cit., pp. 1352-1356; A. M. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, cit., pp. 33-42; V. MAIELLO, *Il fenomeno criminale*, cit., pp. 7-10, che analizza il fenomeno distinguendo i rapporti intercorrenti tra l'impresa che ricicla il denaro e la commissione dei reati presupposto, distinguendo tra impresa (i.) intrinsecamente criminale; (ii.) contigua alla criminalità; (iii.) strumentalmente criminale; (iv.) strumentalizzata non criminale.

<sup>22</sup> V. oltre par. 7

<sup>23</sup> Cfr. N. HEIDARINIA - A. HAROUNABADI - M. SADEGHZADEH, *An Intelligent Anti-Money Laundering Method for Detecting Risky Users in the Banking Systems*, in *International Journal of Computer Applications*, 2014, 22, pp. 35-39, disponibile su <<https://doi.org/10.5120/17141-7780>>; R. DREZEWSKIA - J. SEPIELAKA - W. FILIPKOWSKIB, *System supporting money laundering detection*, in *Digital Investigation*, 2012, 1, pp. 8-21, disponibile su <<https://doi.org/10.1016/j.diin.2012.04.003>>; ID., *The application of social network analysis algorithms in a system supporting money laundering detection*, in *Information Sciences*, 2015, pp. 18-32, disponibile su <<https://doi.org/10.1016/j.ins.2014.10.015>>.

<sup>24</sup> Nonostante gli sforzi degli Stati, secondo le più recenti stime dello United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) ancora tra il 2 e il 5 % del prodotto lordo globale ogni anno proviene dal riciclaggio, per un ammontare che va tra i 715 e i 1.870 miliardi di euro.

<sup>25</sup> Nell'ambito dell'Unione Europea si sono susseguite ben cinque direttive antiriciclaggio, che hanno modificato l'assetto delineato nel '91: la Direttiva 2001/97/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 dicembre 2001; la Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005; la Direttiva 2015/849/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 (Quarta Direttiva antiriciclaggio), emendata pure dalla Direttiva 2018/843/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 (Quinta Direttiva antiriciclaggio).

<sup>26</sup> Più in generale ciò si inserisce in una tendenza fondamentale delle linee evolutive del diritto penale dell'economia contemporaneo, ove un ruolo di sempre maggior protagonismo è svolto dagli obblighi sostanziali e procedurali, imposti alle organizzazioni private, chiamate ad affiancarsi o talvolta a sostituirsi alle autorità pubbliche. In argomento cfr., per tutti, A. SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 3-18; K. LIGETI - S. TOSZA, *Challenges and Trends in Enforcing Economic and Financial Crime Criminal Law and Alternatives in Europe and the US*, in AA. VV., *White Collar Crime. A comparative perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 1-34, spec. pp. 25-27.

<sup>27</sup> Si veda il dettagliato report, coordinato dall'UIF Italiana istituita presso Banca d'Italia, della EU FIUs' Platform, *Mapping exercise and gap analysis on FIUs' powers and obstacles for obtaining and exchanging information*, 15.12.2016, nonché i quattro report della Commissione europea sul sistema AML del 24 luglio 2019: *assessment of the risk of money laundering and terrorist financing affecting the internal market and relating to cross-border activities*, COM(2019) 370 final; *report assessing the framework for cooperation between Financial Intelligence Units*, COM(2019) 371 final; *Report on the interconnection of national centralised automated mechanisms (central registries or central electronic data retrieval systems) of the Member States on bank accounts*, COM(2019) 372 final; *assessment of recent alleged money laundering cases involving EU credit institutions*, COM(2019) 373 final.

<sup>28</sup> P. G. SILVA, *Recent developments in EU legislation on anti-money laundering and terrorism financing*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 1, pp. 57-67; V. MAIELLO, *Il fenomeno criminale*, cit., pp. 24 ss.; F. MOUZAKITI, *Cooperation between Financial Intelligence Units: Stuck in the middle between the General Data Protection Regulation and the Police Data Protection Directive*, *New Journal of European Criminal Law*, 2020, 3, pp. 351-374, pp. 351-374; A. MET-DOMESTICI, *The Fight against Money Laundering in the EU. The Framework Set by the Fourth Directive and Its Proposed Enhancements*, in *EuCrim*, 2016, 4, pp. 170-179, disponibile su <<https://doi.org/10.30709/eucrim-2016-021>>; E. HERLIN-KARNELL, *The EU Sanctions and the Fight Against Financial Crime*, in N. RYDE, *White Collar Crime and Risk*, cit., pp. 95-114, spec. pp. 102-104; J. KIRSCHENBAUM - N. VÉRON, *A better European Union architecture to fight money laundering*, in *Policy Contribution - Bruegel*, 2018, 19, disponibile su <<https://bruegel.org/2018/10/a-better-european-union-architecture-to-fight-money-laundering/>>.

<sup>29</sup> Sono ricondotte all'art. 114 TFUE le Direttive AML, ma anche, ad esempio, il Regolamento (UE) 2018/1672 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018 relativo ai controlli sul denaro contante in entrata o in uscita dall'Unione. Sul fronte della cooperazione giudiziaria in materia penale, invece, si annoverano la Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, ove è previsto all'art. 5 l'obbligo degli Stati di introdurre ipotesi di confisca c.d. per sproporzione, e, da ultimo, il Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca. In argomento F. MEYER, *Recognizing the Unknown. The New Confiscation Regulation*, in *European Criminal Law Review*, 2020, 2, pp. 140-170, pp. 140 ss.

<sup>30</sup> Ma si pensi pure agli obblighi di dichiarazione e trasparenza sulla provenienza economica e sulle finalità dei trasferimenti di denaro da e verso Stati terzi disciplinati dal Regolamento 2018/1805, ove pure è previsto il coinvolgimento attivo delle FIU.

<sup>31</sup> La V Direttiva AML ha previsto la costituzione entro il settembre 2020 di registri centralizzati dei conti correnti bancari accessibili dalle FIU e, da ultimo, la Direttiva (UE) 2019/1153 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 ha introdotto norme per agevolare l'uso di informazioni finanziarie a fini di prevenzione, accertamento, indagine o perseguimento dei reati, prevedendo obblighi di cooperazione tra le FIU dei diversi Stati e tra esse e le autorità investigative nazionali e sovranazionali (OLAF, EPPO, Europol). Cfr. T. WHAL, *New Directive on Law Enforcement Access to Financial Information*, in *EUCrim*, 10.09.2019, disponibile su <<https://eucrim.eu/news/new-directive-law-enforcement-access-financial-information/>>. Sul sistema FIU.net e le prospettive di implementazione futura di questo strumento da parte della Commissione v. oltre par. 10.

<sup>32</sup> Sotto tale profilo occorre menzionare il ruolo fondamentale svolto dall'Egmont Group, che ha condotto, a livello europeo, alla Decisione 2000/642/GAI del 7 ottobre 2000 concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni, che costituisce il punto di partenza dei successivi sviluppi, oggi definitivamente superata ed eliminata dalla già menzionata Direttiva 2019/1153.

<sup>33</sup> Su queste evoluzioni cfr. V. MAIELLO, *Il fenomeno criminale*, cit., pp. 36-39; P. G. SILVA, *Recent developments in EU legislation on anti-money laundering and terrorism financing*, cit., pp. 59-60; A. MET-DOMESTICI, *The Fight against Money Laundering in the EU*, cit. V. *infra* par. 9.

<sup>34</sup> *Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing*, COM (2020) 2800 final, del 07.05.2020.

<sup>35</sup> Su cui si veda già il Regolamento (EU) 2019/2175 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2019, spec. cons. 14 ove si rimarca che «è opportuno che l'ABE assuma un ruolo guida di coordinamento e monitoraggio a livello di Unione per prevenire l'uso del sistema finanziario a tali fini. È pertanto necessario affidare all'ABE, in aggiunta alle sue attuali competenze, il potere di agire nell'ambito di applicazione dei regolamenti (UE) n. 1094/2010 e (UE) n. 1095/2010, nella misura in cui tale potere sia finalizzato alla prevenzione e al contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo e riguardi gli operatori del settore finanziario e le relative autorità di vigilanza competenti di cui ai predetti regolamenti».

<sup>36</sup> Si vedano per un'analisi comparativa M. MAINWALD, *Profili problematici del riciclaggio in Germania e in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 2, pp. 369-381; V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., pp. 51 ss.

<sup>37</sup> V. in tal senso ancora il report della EU FIUs' Platform, pp. 231-232.

<sup>38</sup> Occorre rammentare che l'Italia, da questo punto di vista, ha previsto sin dal 1993 una grande apertura, essendo previsti tra i reati presupposto tutti i delitti non colposi.

<sup>39</sup> Preceduta, come tappa intermedia, dalla Decisione quadro del Consiglio 500/2001/GAI del 26 giugno 2001 e da una serie di modifiche parallele nelle varie Direttive AML (sempre fortemente influenzata dall'evoluzione e dagli aggiornamenti delle raccomandazioni FAFT), nonché il II Protocollo della Convenzione PIF del 1997 e la Direttiva PIF 2017/1371/EU.

<sup>40</sup> Vds. il nuovo art. 3, par. 4 della Direttiva 2015/849/UE, modificato dalla Direttiva 2018/843/UE.

<sup>41</sup> In argomento, cfr. *ex multis* K. AMBOS, *European Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 6-10 e 317 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, 2012, 1, pp. 43-78, pp. 64 ss.; M. DELMAS-MARTY, *L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016, 3, pp. 447-454; S. MANACORDA, *Le droit pénal sous Lisbonne: vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, 4, pp. 945-958.

<sup>42</sup> Vds. l'art. 3, par. 1, lett. c) della citata Direttiva 2018/1673/UE.

<sup>43</sup> Ipotesi già prevista, come opzionale, dalla Convenzione di Strasburgo del 1990 e attuata, ad esempio, dall'art. 301, comma 3 del Código Penal spagnolo; dal §6 del *Lag (2014:307) om straff för penningtvättsbrott* svedese; dal §261.5 *StGB* tedesco.

<sup>44</sup> Tra questi compaiono la partecipazione a gruppi criminali organizzati, i reati legati al terrorismo, al traffico di esseri umani, lo sfruttamento sessuale, il narcotraffico, nonché corruzione, frodi, contraffazioni, reati ambientali, reati tributari, abusi di mercato e cyber-crime.

<sup>45</sup> Si veda, ad esempio, del §261.8 *StGB* tedesco e il §31.11 del *Criminal Justice Act* del 1994 irlandese.

<sup>46</sup> Cass. pen., sez. II, n. 42120 del 9.10.2012, Scimone, rv. 253830; Cass. pen., sez. II, n. 49427 del 17.11.2009, Iammetti, rv. 246469; Cass. pen., sez. II, n. 23190 del 27.05.2019, Procura Asti; Cass. pen., sez. II, n. 23679 del 14.07.2020, Aire, rv. 279482

<sup>47</sup> Vds. art. 1, par. 3, lett. c) e par. 4 della Direttiva 2018/1673/UE.

<sup>48</sup> Sul punto la Commissione è chiara nel *report, Assessing the Framework for Cooperation Between Financial Intelligence Units*, COM (2019) 371, par. 1, 3, dove si legge «*FIUs also have to cooperate and exchange information with other public authorities, including law enforcement authorities, customs and tax authorities, Anti-Fraud Office, and Asset Recovery Offices. Some issues on such cooperation have been flagged in some instances, for example, Suspicious Transaction Reports and other AML-related information is not being disseminated to all tax administrations in the EU, as most are not considered as*

competent authorities by the FIUs<sup>13</sup>, which creates obstacles in combatting tax crime effectively<sup>14</sup>. As regards cooperation with the European Anti-Fraud Office (OLAF), the Commission has proposed<sup>15</sup> that the European Anti-Fraud Office should be able to obtain banking information relevant for its investigative activity via the Financial Intelligence Units in the Member States.».

<sup>49</sup> V. *ut supra* n. 31.

<sup>50</sup> Per l'influenza delle F.A.T.F. sull'evoluzione del Quadro europeo dell'antiriciclaggio, con particolare riguardo all'Eu Platform V. MITSILEGAS - N. VAVOULA, *The Evolving EU Anti-Money Laundering Regime: Challenges for Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 2, pp. 261-293

<sup>51</sup> V. *supra* par. 4.

<sup>52</sup> È da tenere presente che l'obiettivo della commissione è la centralizzazione delle banche dati nazionali, in modo che possa esserci un'immediata comunicazione tra F.I.U. e uffici giudiziari, *tax offices* e altre istituzioni che registrano nelle proprie banche dati gli spostamenti di danaro e si trovano nelle condizioni di segnalare un'anomalia. Rispetto a questo punto, si rimanda al report della Commissione "on the interconnection of national centralised automated mechanisms (central registries or central electronic data retrieval systems) of the Member States on bank accounts", COM (2019) 372, par. 2, 4.

<sup>53</sup> Questo aspetto è rilevato, nell'ambito di un lavoro, ormai datato, teso a ricostruire l'impatto degli strumenti internazionali sui singoli ordinamenti statali antiriciclaggio, L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 342 e 358-9, dove, riepilogate le scelte di fondo delle organizzazioni internazionali e dell'allora Comunità europea, stimava l'insufficienza di un avvicinamento fondato sulla sola cooperazione investigativa, rilevando la necessità di un'armonizzazione dei reati presupposto, la quale però sarebbe risultata al tempo un intervento troppo aggressivo nella sfera di sovranità degli Stati. Prova ne sono poi i progetti di armonizzazione, rimasti per lo più lettera morta, e le analisi sulle possibilità di coordinare i singoli reati di riciclaggio. Sul punto si rimanda allo studio sul Corpus Juris europeo, dove il riciclaggio è trattato all'art. 7. V. M. DELMAS-MARTY, *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, Paris, Direction Générale du Contrôle Financiers, 1997, p. 179. Più in generale sul *Corpus Juris* M. DELMAS-MARTY - J. A. E. VERVAELE (a cura di), *The implementation of the Corpus juris in the member states: penal provisions for the protection of European finances*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

<sup>54</sup> Queste disarmonie peraltro non passano inosservate. Sul punto Clemente, *Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia: Il «Piano d'Azione» della Commissione europea del 7 maggio 2020*, disponibile in [https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi/documenti/Audizione\\_ActionPlan\\_Clemente\\_13102020.pdf](https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi/documenti/Audizione_ActionPlan_Clemente_13102020.pdf), dove, partendo dalla premessa che l'azione delle F.I.U. obbedisce ai relativi sistemi nazionali, in modo reciprocamente indipendente ma coordinato, finisce poi per rilevare (ivi, p. 8) che la causa delle difformità e delle disuguaglianze sono le differenze tra ordinamenti nazionali, che finiscono per incentivare le pratiche di riciclaggio, sia da parte degli operatori finanziari (il riciclaggio d'impresa) sia da parte della criminalità organizzata.

<sup>55</sup> V. par. 8.

<sup>56</sup> Nel ripercorrere la storia di questa cooperazione, pone in evidenza l'inesorabilità della scelta su questo tipo di cooperazione, che finisce di fatto per generare un diverso tipo di indagine J. A. E. VERVAELE, *Surveillance and Criminal Investigation: Blurring of Thresholds and Boundaries in the Criminal Justice System?*, in S. GUTWIRTH - R. LEENES - P. DE HERT (a cura di), *Reloading Data Protection. Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*, Londra, Springer, 2013, pp. 115 ss. Infatti la competenza delle F.I.U., concepite come agenzie d'intelligence rispetto agli intermediari finanziari, si è progressivamente estesa anche ad altre F.I.U. in modo da estendere mediamente la conoscenza anche al mercato finanziario degli altri stati membri.

<sup>57</sup> La consapevolezza in questo approccio è emersa con l'art. 21 della Terza Direttiva Antiriciclaggio, dove riprendendo le indicazioni delle F.A.T.F., si stabiliva l'obbligo per gli stati membri di organizzare almeno una F.I.U. «responsible for receiving (and to the extent permitted, requesting), analysing and disseminating to the competent authorities, disclosures of information which concern potential money laundering, potential terrorist financing or are required by national legislation or regulation». Infatti la Raccomandazione 31 della F.A.T.F. del 2003, indirizzava i singoli stati membri a dotarsi/potenziare questi apparati in vista di una futura cooperazione investigativa, prescrivendo anche l'adozione di una disciplina per l'investigazione. Tale raccomandazione peraltro riprodotta ugualmente all'art. 38 della Terza Direttiva, dove era previsto il dovere della Commissione di favorire i meccanismi nazionali di coordinamento tra le F.I.U. nazionali.

<sup>58</sup> Le joint analysis sono un prodotto dell'art 51 Quinta Direttiva Antiriciclaggio, che ha iniziato di recente ad affermarsi. Per questo per alcuni, questo modello è di contenuto ancora indeterminato, come testimonierebbe il silenzio della direttiva F. MOUZAKITI, *Cooperation between Financial Intelligence Units*, cit., pp. 359-360. Ne sottolinea invece l'utilità pratica C. CLEMENTE, *Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia: Il «Piano d'Azione» della Commissione europea del 7 maggio 2020*, 2020, p. 13 disponibile su [https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi/documenti/Audizione\\_ActionPlan\\_Clemente\\_13102020.pdf](https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi/documenti/Audizione_ActionPlan_Clemente_13102020.pdf), spiegando che a volte la costruzione simultanea dell'analisi, mettendo insieme l'operato di più F.I.U., si rivela uno strumento imprescindibile per tracciare gli spostamenti internazionali di capitale.

<sup>59</sup> Di questa prospettiva nell'ottica della cooperazione orizzontale si rimanda al report Europol, *2016 Consolidated Annual Activity Report*, 32, disponibile in <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/consolidated-annual-activity-reports-caar>.

<sup>60</sup> Questa prospettiva, relativa alla creazione di una cooperazione verticale tra le autorità nazionali e gli enti investigativi europei emerge dal par 23 dell'opinione espressa dall' OLAF con riguardo alla cooperazione tra l'ente e l'ufficio del pubblico ministero europeo, da un lato, e le F.I.U., dall'altro. Sul punto V. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU, Euratom) No 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor's Office and the effectiveness of OLAF investigations*, COM(2018) 338.

<sup>61</sup> Questa problematica è emersa in modo eclatante nel Case C-212/11, *Jyske Bank Gibraltar Ltd v. Administracion del Estado, Judgment of the Court of Justice*, giudicato dalla Third Chamber, n. 270 del 2013, opinion of AG Bot, 63–70, dove con riguardo alla prova dello spostamento di capitale della Jiske Bank si discuteva della legittimità delle richieste della F.I.U. spagnola a quelle straniere, concludendo per la legittimità dei rifiuti dovuta all'ampia discrezionalità con la quale gli stati disciplinano lo status giuridico delle F.I.U.. Sull'analisi di questo caso e del suo significato come presa di coscienza dei limiti della politica investigativa affidata alle F.I.U. si rimanda alla più diffusa analisi di T. INCALZA, *National Anti-Money Laundering Legislation in a Unified Europe*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 1829-1850.

<sup>62</sup> Sul punto si rimanda a EU FIUs Platform, *Mapping Exercise and Gap Analysis on FIUs' Powers and Obstacles for Obtaining and Exchanging Information*, 2016, disponibile online presso, 5–7 dove si elencano le differenti collocazioni delle F.I.U. europee. Sono classificate come amministrative quelle di Belgio, Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Francia, Italia, Malta, Polonia, Romania, Slovenia e Spagna. Hanno invece carattere "giudiziario" o appartenente alle forze di polizia Austria, Estonia, Finlandia, Germania, Irlanda, Lituania, Portogallo, Repubblica Slovacca e Svezia.

<sup>63</sup> Questo ostacolo era già rilevato tempo addietro dalla Commissione già negli anni 90 nel *Secondo Commission Report to the European Parliament and the Council on the Implementation of the Anti-Money Laundering Directive*, COM (1998) 401, 14–15. E oggi come ieri riemerge nel già citato report sullo status delle F.I.U. *Assessing the Framework for Cooperation Between Financial Intelligence Units*, 9 dove si legge «*Other challenges derived from the different working methodologies applied by the FIUs (e.g. understanding of the analytical task, the weight assigned to the "law enforcement" or the "financial" elements, depending on the status and nature of the FIU, different objectives and procedures)*».

<sup>64</sup> Oggi peraltro a questa ipotesi se ne è aggiunta un'altra facoltativa ad opera dell'art. 9 Direttiva 2019/1153, che secondo cui «*in exceptional and urgent cases, their FIUs are entitled to exchange financial information or financial analysis that may be relevant for the processing or analysis of information related to terrorism or organised crime associated with terrorism*».

<sup>65</sup> Si veda sempre il report della Commissione, *Assessing the Framework*, 7.

<sup>66</sup> Sul punto V. par 9. Si tratta inoltre di un problema, che ancor prima delle dinamiche della cooperazione internazionale, interessa le attività di intelligence in genere. Lo rileva ORLANDI, *Attività di intelligence e diritto penale della prevenzione*, in *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, a cura di *Illuminati*, Torino, 2010, pp. 230 ss. L'autore riconduce la questione ad un vuoto della cultura giuridica italiana che ancora non dà adeguato valore al diritto alla privacy, per via dell'eccessivo valore attribuito alle politiche securitarie. Si tratta di una constatazione, in effetti, che oggi viene ripetuta sempre più spesso con riguardo alle indagini delle F.I.U. dove assai spesso sono trattati alcuni tra i dati più sensibili delle persone, come la posizione fiscale, il conto bancario e la posizione rispetto ai servizi sociali che erogano un finanziamento. Sul punto diffusamente F. MOUZAKITI, *Cooperation between Financial Intelligence Units*, cit., pp. 365 ss. e P. G. SILVA, *Recent developments in EU legislation on anti-money laundering and terrorism financing*, cit., passim.

<sup>67</sup> Lo sottolinea esattamente F. MOUZAKITI, *Cooperation between Financial Intelligence Units*, cit., p. 358.

<sup>68</sup> Si veda EU FIUs Platform, *Mapping Exercise and Gap Analysis on FIUs' Powers*, 170–171, dove si afferma che la doppia valutazione del sospetto ad opera della F.I.U. ricevente violerebbe il principio del "mutuo riconoscimento" del sospetto tra le F.I.U. dell'Unione.

<sup>69</sup> Secondo l'art. 53 par 3 della V Direttiva Antiriciclaggio: «*A FIU may refuse to exchange information only in exceptional circumstances where the exchange could be contrary to fundamental principles of its national law. Those exceptions shall be specified in a way which prevents misuse of, and undue limitations on, the free exchange of information for analytical purposes*».

<sup>70</sup> L'art. 55 della Quinta Direttiva antiriciclaggio prescrive, infatti, che quando la F.I.U. che ha trasmesso l'informazione riceve la richiesta di consenso, deve prestarlo nel modo più rapido e ampio, *promptly and freely as possible*. E prevede che possa essere negato solamente in tre casi: 1) *the planned dissemination falls outside the scope of application of the AML/CTF provisions*; 2) *it could impair an investigation*; 3) *it could violate the fundamental principles of national law of the Member State where the requested FIU is situated*. Si tratta peraltro di una disciplina che recepisce alla lettera le indicazioni dell'Egmont Group. Si vedano sul punto i '*Principles of Information Exchange Between Financial Intelligence Units*' 2013, par 26, disponibili su <[www.egmontgroup.org](http://www.egmontgroup.org)>.

<sup>71</sup> EU FIUs Platform, *Mapping Exercise and Gap Analysis on FIUs' Powers*, 197 dove si rileva che il principale problema in questa materia con il quale si confronta (si sarebbe confrontata) di lì a poco la Quinta Direttiva Antiriciclaggio era proprio

la qualificazione in termini giuridici del reato presupposto. Si rilevava, infatti, che: «*Other significant constraints and limitations to the FIUs' capacity to exchange information derive from requirements concerning the indication in the request of the underlying predicate offence and to the type of this offence. Precisely because FIUs perform analysis (that is, they do not gather evidence) on suspicions (that is, facts that may not reveal well delineated features of particular crimes), the exchange of information for this purpose, differently from what happens in the context of police or judicial cooperation, cannot depend on the identification of particular offences or be conditioned to the type or nature of these offences. Obviously, in order to trigger FIU-to-FIU cooperation it is still necessary that the analysis pertains to suspicions of potential money laundering or terrorist financing.*».

<sup>72</sup> EU FIUs Platform, *Mapping Exercise and Gap Analysis on FIUs' Powers*, XL, dove si pone al primo posto dei problemi della cooperazione tra F.I.U. il fatto che: «*the predicate crime is not identified in the request or not criminalized in the Country of the requested FIU or, in some cases, when it is a tax offence (conditions of "double criminality" and "fiscal excuse")*[...].».

<sup>73</sup> Il secondo paragrafo dell'art. 55, infatti, recita: «*Member States shall ensure that the FIU to whom the request is made is required to use the whole range of its available powers which it would normally use domestically for receiving and analysing information when it replies to a request for information referred to in paragraph 1 from another FIU. The FIU to whom the request is made shall respond in a timely manner.*». Il che lascia presagire che a questa collaborazione, quando non sia già prevista per qualche ragione, debba farsi spazio solo attraverso un'apposita previsione.

<sup>74</sup> Sulla struttura di FIU.net e dei rapporti con le banche dati nazionali si rimanda al report della Commissione «*on the interconnection of national centralised automated mechanisms*», passim. Per un'analisi del funzionamento del sito nell'attività di indagine si rimanda a U. KROON, *Ma3Tch: Privacy and Knowledge: 'Dynamic Networked Collective Intelligence'*, in *IEEE International Conference on Big Data*, Silicon Valley, 2013, pp. 23-31, disponibile su <<https://doi.ieeecomputersociety.org/10.1109/BigData.2013.6691683>>, il quale efficacemente descrive l'utilità di questo network rilevando che: «*shapes a virtual information cloud between the FIUs and their (over 550) distributed government, commercial and public information sources and it enables real time analysis of distributed dynamic information and knowledge otherwise legally, organisationally, technically, and/or financially impossible to achieve.*».

<sup>75</sup> L'appellativo proviene dalla sezione Glossario del sito della Banca d'Italia, dove è descritta l'azione dell'unità di intelligenza nazionale, <[www.uif.bancaditalia.it/footer/glossario/index.html?letter=f](http://www.uif.bancaditalia.it/footer/glossario/index.html?letter=f)>.

<sup>76</sup> Per la descrizione in dettaglio del Sistema Mat3ch e il bilanciamento tra l'anonimato del richiedente e l'interesse di chi riceve la richiesta a conoscerne l'identità per gemellare le indagini A. AMICELLE - K. CHAUDIEU, *In Search of Transnational Financial Intelligence: Questioning Cooperation between Financial Intelligence Units*, in J. GURULÉ - C. KING - C. WALKER (a cura di), *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*, Londra, Palgrave MacMillan, 2018, pp. 649-675 e, *ivi*, pp. 658-659.

<sup>77</sup> Lo osserva P. BALBONI - M. MACENAITE, *Privacy by Design and Anonymisation Techniques in Action: Case Study of Ma3tch Technology*, in *Computer Law and Security Review*, 2013, 29, pp. 330-340, disponibile su <<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2013.05.005>>.

<sup>78</sup> Sull'attuale funzionamento di questo meccanismo da un punto di vista tecnico si rimanda al sito di Europol, sotto la voce «*Financial Intelligence Units - FIU.net*», disponibile su <[www.europol.europa.eu/about-europol/financial-intelligence-units-fiu-net](http://www.europol.europa.eu/about-europol/financial-intelligence-units-fiu-net)>.

<sup>79</sup> Rispetto a questo punto, si intende investire su un network, attualmente allo stato progettuale, chiamato e-CODEX nel report della Commissione «*on the interconnection of national centralised automated mechanisms (central registries or central electronic data retrieval systems) of the Member States on bank accounts*», COM(2019) 372, par. 2, 4. Ciò è reso qui icasticamente «*The e-CODEX system (e-Justice Communication via Online Data Exchange) facilitates secure communication in civil and criminal proceedings by providing a decentralised system for cross-border electronic messages exchange in the justice area. e-CODEX is currently facilitating the electronic communication between citizens and courts, and between Member State administrations in piloting the European Order for Payment and the European Small Claims Procedure. In the criminal justice field, e-CODEX is also the solution of choice for the e-Evidence Digital Exchange System, for electronic exchanges in the context of the European Investigation Order (EIO) and Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs).*».

<sup>80</sup> Commissione «*Assessing the Framework*», 16 dove si rileva proprio questo «*Member States sent less than 100 cross-border disseminations<sup>26</sup>, whereas there are still 6 Member States not using this functionality of the FIU.net at all.<sup>27</sup> From the replies to the questionnaires and the statistics provided by Europol it is clear that some Member States do not comply with their obligation to disseminate cross-border information relevant to other Member States and that several others only partially comply with this obligation.*».

## La riforma del Mandato d'Arresto Europeo. Meno diritto e più diritti.

di **L. Scollo**

In data 5 febbraio 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 30 il D. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 recante “Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione delle delega di cui all’articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117”, con entrata in vigore il 20 febbraio 2021.

L’articolo illustra le principali modifiche apportate dal decreto legislativo alla disciplina del mandato d’arresto europeo (MAE), contenuta nella L. 22 aprile 2005, n. 69, focalizzandosi in particolare sul nuovo e più ampio sindacato del giudice sui diritti fondamentali ed inalienabili previsti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali, sulla semplificazione delle procedure e dei documenti richiesti per la consegna, in base al «principio del mutuo riconoscimento» che viene ora espressamente menzionato nella legge, ed a cui risulta fortemente ispirata l’intera riforma, nonché sui nuovi termini e limiti alle impugnazioni.

**Sommario.** 1. Introduzione. – 2. Principi e garanzie. – 2.1. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione e il ruolo del Consiglio. – 2.2. I diritti fondamentali ed il sindacato del giudice. – 2.3. Regole e limiti alla doppia punibilità, in genere e per i reati tributari. – 3. Il contenuto del mandato: semplificazione alias rivoluzione. – 4. La procedura giurisdizionale di consegna. – 4.1. Il consenso alla consegna e la rinuncia al principio di specialità. – 4.2. Il giudice competente ed i tempi della decisione. – 4.3. La decisione ed i limitati motivi di rifiuto, obbligatori e facoltativi. – 4.4. Le impugnazioni ed il termine (troppo) breve. – 5. Le misure cautelari. – 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Il Consiglio dei Ministri, riunitosi il 29 gennaio 2021, ha definitivamente approvato la riforma del Mandato d’Arresto Europeo (MAE). In data 5 febbraio 2021 è stato, infatti, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D. Lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 recante «*Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione delle delega di cui all’articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117*», che modifica la disciplina contenuta nella L. 22 aprile 2005, n. 69 (L. MAE)<sup>1</sup>.

Il provvedimento, che entrerà in vigore il prossimo 20 febbraio, come vedremo, apporta considerevoli novità alla disciplina del MAE, sia di ordine sostanziale (principi, garanzie, doppia punibilità) che di ordine processuale (tempi, forme e modalità di esecuzione).

I numeri dell’intervento normativo rendono evidente che si tratta di una riforma «organica». il decreto legislativo appena approvato, infatti, modifica oltre la metà dei circa quaranta articoli contenuti nella l. 69 del 2005, cinque dei quali vengono completamente sostituiti ed aggiungendone quattro *ex novo*.

Si tratta, *ça va sans dire*, di una riforma in senso marcatamente europeista, volta a semplificare le procedure di consegna all’interno dello spazio europeo, ed ispirata al principio cardine del mutuo riconoscimento, la quale intende di rimuovere inutili ostacoli e formalismi contenuti nella legge del 2005, in parte già superati dall’interpretazione giurisprudenziale, e nel contempo di allargare la gamma dei diritti espressamente riconosciuti al consegnando. Insomma, per dirla con uno slogan, “meno diritto e più diritti”.

Il presente commento si propone di illustrare le modifiche più significative apportate dal decreto, a partire proprio da quelle in tema di garanzie e di diritti fondamentali (§ 2, 2.1 e 2.2), ed in tema di doppia punibilità (§ 2.3), per poi soffermarsi sulle rilevanti semplificazioni circa il contenuto del mandato (§ 3) e delle procedure giurisdizionali di consegna (§ 4), con uno sguardo finale sulle misure cautelari ed i termini massimi previsti per le stesse (§ 5).

Il *Leit motiv* della riforma è intuibile già dal titolo del decreto legislativo, ossia l’intento di raggiungere il «*compiuto adeguamento*» della disciplina nazionale alla decisione quadro, quell’adeguamento che è

sembrato “svanire” nel convulso *iter* parlamentare di approvazione della legge del 2005.

## 2. Principi e garanzie.

Il D. Lgs. 10/2021 ha, anzitutto, modificato le disposizioni in tema di principi, diritti fondamentali e garanzie costituzionali, contenute nel Titolo I della L. MAE.

L'intervento più significativo è l'inserimento, nell'art. 1 comma 3 della L. MAE, della norma programmatica per cui «*l'Italia da' esecuzione al mandato d'arresto europeo in base al principio del mutuo riconoscimento*»: tale espresso principio costituisce, probabilmente, il manifesto dell'intera riforma. È al principio del mutuo riconoscimento, infatti, che si ispira la semplificazione circa le procedure e la documentazione richieste allo Stato straniero.

Come vedremo, a seguito della riforma, non sarà più necessaria l'allegazione del provvedimento giurisdizionale alla base della richiesta di consegna, sia che si tratti di una sentenza di condanna ovvero di un provvedimento che disponga una misura di sicurezza o cautelare, bensì risulterà unicamente sufficiente la mera trasmissione del MAE. Si tratta, com'è evidente, di una vera rivoluzione copernicana. Difatti, sebbene la giurisprudenza di legittimità avesse da tempo circoscritto il sindacato del giudice italiano circa la fondatezza dell'accusa o della gravità indiziaria, la riforma sembra invero escludere ogni valutazione sui motivi di merito che sorreggono la richiesta di consegna, operando in tal senso e per l'appunto il principio del mutuo riconoscimento<sup>2</sup>.

Non si tratta, però, di un principio assoluto. Al contrario, come vedremo, dovrà cedere il passo di fronte alla possibilità che vengano violati i diritti fondamentali, cui la riforma attribuisce espressa rilevanza.

### 2.1. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e il ruolo del Consiglio.

Il principio del mutuo riconoscimento incontra un primo limite “invalidabile” qualora dovesse verificarsi la «grave e persistente» violazione dei principi sanciti dall'Art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona (TUE), ossia quelli contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (Carta di Nizza).

Il nuovo comma 3-ter dell'art. 1 della L. MAE dispone, infatti, che l'Italia non darà esecuzione al mandato di arresto europeo emesso da uno Stato membro nei cui confronti il Consiglio dell'Unione abbia sospeso l'attuazione del meccanismo per le suddette

violazioni. Una disposizione analoga era già prevista nell'art. 2 comma 3, oggi abrogato, il quale disponeva, tuttavia, che tali violazioni costituissero un mero motivo di «*rifiuto*», senza perciò impedire espressamente l'avvio della procedura, e quindi – ad esempio – l'applicazione di misure coercitive in vista della possibile consegna, sebbene tale limite implicito potesse ricavarsi in via interpretativa dal combinato disposto con l'art. 9 comma 6. La nuova formulazione sembra, perciò, esporre maggiori garanzie per l'interessato e risultare, dunque, più coerente con le finalità stesse della disposizione, la quale è ora atta ad impedire ogni effetto al MAE emanato dallo Stato membro sotto “inchiesta”<sup>3</sup>.

Va tuttavia osservato che, a differenza del testo precedente, non sarà più sufficiente la mera contestazione delle violazioni, bensì occorrerà la sospensione del meccanismo, all'esito del procedimento indicato dall'Art. 7 del TUE. In questo senso, la nuova disciplina sembra “sacrificare” il possibile allarme derivante dall'apertura di una procedura di verifica, in seno al Consiglio dell'Unione, proprio in nome dell'affidamento tra gli Stati membri.

La scelta operata, sebbene appaia *prima facie* razionale, rischia tuttavia di non risultare proporzionata se si considera che (1) la contestazione di cui all'Art 7 del TUE, che avvia il procedimento, è preceduta dalla «*proposta motivata*» di almeno un terzo degli Stati membri, del Parlamento ovvero della Commissione, che (2) il rischio di violazione debba essere «*evidente*», ed infine che (3) debba trattarsi di violazioni «*gravi*» perché possa intervenire la sospensione. Sarebbe stato, perciò, preferibile l'inserimento nel comma 3-ter dell'art. 1 anche di una disposizione intermedia per cui «*dall'atto della contestazione, l'Italia ne sospende comunque l'esecuzione*», in attesa che il procedimento di verifica giunga a compimento.

La formale apertura della procedura di infrazione non sembra, tuttavia, insuscettibile di spiegare effetto nel procedimento giurisdizionale di consegna.

Il nuovo art. 2 della L. MAE, difatti, stabilisce che «*l'esecuzione del mandato di arresto europeo*» tra le altre «*non può, in alcun caso, comportare la violazione... dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea*», con ciò riferendosi proprio alla Carta di Nizza. A ben vedere, tale espressa previsione aumenta il livello di tutela garantito al consegnando, affidando non già alla sola



contestazione formale del Consiglio dell'Unione, bensì ed anzitutto al giudice italiano il compito di verificare, in concreto, che l'esecuzione del mandato non rechi pregiudizio ai diritti fondamentali nella stessa riconosciuti. L'apertura della procedura di infrazione ed i fatti nella stessa considerati potranno, perciò, ben costituire la prova della possibile violazione che osta all'accoglimento della richiesta di consegna. Sarà, perciò, compito del giudice quello di verificare che la Carta di Nizza sia rispettata nel caso concreto<sup>4</sup>.

## 2.2. I diritti fondamentali ed il sindacato del giudice.

Il decreto legislativo ha sostituito integralmente l'art. 2 della L. MAE, nel quale è ora previsto che l'esecuzione del mandato di arresto europeo non possa, in alcun caso, comportare una violazione:

- a) dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato;
- b) dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione;
- c) dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del TUE, che rimanda – come si è detto – alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione;
- d) dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dai Protocolli addizionali alla stessa.

Il combinato disposto tra il nuovo art. 2 e il nuovo art. 18 – in cui si disciplinano i casi di «*rifiuto obbligatorio della consegna*» ulteriori a quelli previsti «*dagli articoli 1, comma 3 e 3-ter, 2 e 7*» – investe, perciò, il giudice italiano del compito di verificare l'assenza, in concreto, delle predette violazioni che costituiscono vere e proprie «*cause ostative*» alla consegna (nel senso indicato dall'art. 17 comma 4).

Il meccanismo introdotto dalla riforma appare diverso da quello previsto in precedenza. A norma dell'art. 2, nella previgente formulazione, l'Italia dava esecuzione al MAE «*nel rispetto*» dei diritti e principi stabiliti dai trattati internazionali (precisamente, la CEDU ed i Protocolli addizionali) e dalla Costituzione, chiedendo – se del caso – «*idonee garanzie*» allo Stato membro di emissione (art. 2 comma 2, oggi abrogato). Tale procedura è stata eliminata, con l'immediata conseguenza che la possibile violazione dei predetti principi e diritti dovrà essere affrontata e decisa dal giudice nel senso di impedire *tout court* l'esecuzione del MAE<sup>5</sup>.

Ad eccezione della Carta di Nizza che, come si è visto, fa ingresso nel testo della L. MAE con la riforma in

commento, il rimanente catalogo di garanzie non è del tutto nuovo alla disciplina previgente.

L'osservanza dei «*principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato*», ad esempio, era menzionata nel previgente art. 1, ancorché con una diversa funzione. Infatti, essa era espressa non come limite all'esecuzione del MAE, bensì come limite all'attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI «*relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*». La collocazione del principio nell'ambito del nuovo art. 2 sembra, invece, avere una portata considerevolmente diversa.

In dettaglio, possiamo osservare come nel primo caso, si trattava della esplicitazione di un limite interno al legislatore, peraltro neppure necessario, essendo pacifico che il Parlamento non potesse adottare una legge in violazione dell'ordine costituzionale, neppure in attuazione di una decisione dell'Unione. Nel secondo caso, invece, venendo a commentare la novella che ci occupa, l'assunto sembra effettivamente costituire un limite tipico all'accoglimento della richiesta di consegna. Ancorché improbabile che si verifichi sul piano concreto, non sembra insensato domandarsi in questa sede – almeno sul piano teorico – se sia possibile contemplare un'ipotesi di violazione dei predetti principi supremi nella esecuzione di un MAE che non comporti l'illegittimità costituzionale della disposizione che la consenta e, conseguentemente, l'esclusivo potere della Corte costituzionale di conoscere della stessa, in virtù del ben noto sistema accentrato di costituzionalità.

Lo stesso può dirsi in relazione ai «*diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione*» di fronte alla cui possibile violazione, in applicazione della L. MAE, il giudice sarebbe tenuto a rimettere gli atti alla Consulta. Entrambe le disposizioni – al pari delle altre contenute nel novellato art. 2 – non possono, perciò, che essere interpretate come limiti all'accoglimento della richiesta di consegna, e propriamente come limiti all'esecuzione stessa del MAE, in combinato disposto con il nuovo art. 18 che le richiama espressamente.

Sui «*diritti inalienabili*» riconosciuti dalla Carta fondamentale appare necessaria una riflessione, evidenziando un punto di tensione tra l'ordinamento interno e il diritto dell'Unione, risolto a favore del secondo non senza qualche «sacrificio», quantomeno teorico, in termini di garanzie per il consegnando.

Con l'inserimento dei «*diritti inalienabili*» nell'art. 2 della L. MAE, difatti, la novella sostituisce la lett. b)

del previgente art. 2 comma 1, in cui figuravano «*i principi e le regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, attinenti al giusto processo, ivi compresi quelli relativi alla tutela della libertà personale, anche in relazione al diritto di difesa e al principio di eguaglianza, nonché quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali*».

È evidente come tanto i «*principi*» quanto le «*regole*» indicati, ancorché contenuti nella Carta fondamentale, non potessero di per sé essere ritenuti prevalenti rispetto al diritto dell'Unione, cui l'ordinamento italiano notoriamente si conforma. La novella, come correttamente osservato anche nei lavori preparatori al progetto di riforma, si era perciò resa necessaria anche per evitare un possibile conflitto sia con il diritto europeo sia con la stessa Carta, e precisamente con quanto disposto dall'art. 117.

Discorso diverso, invece, vale ovviamente per i diritti inalienabili riconosciuti in quest'ultima, ovvero i principi supremi dell'ordinamento costituzionale rispetto ai quali – secondo la c.d. teoria dei controlimiti – il diritto dell'Unione cessa di prevalere. In concreto, toccherà al giudice, volta per volta, e sulla constatazione di una base fattuale sufficiente<sup>6</sup>, discernere se la violazione delle norme in materia di giusto processo, di libertà personale od in relazione al diritto di difesa sia tale da costituire nel contempo una violazione dei diritti inalienabili e, solo in quanto tale, con l'effetto di impedire la consegna<sup>7</sup>.

### **2.3. Regole e limiti alla doppia punibilità, in genere e per i reati tributari.**

Le modifiche introdotte dal decreto legislativo in commento hanno riguardato anche il tema della doppia punibilità del fatto come reato, nell'ordinamento italiano ed in quello dello Stato richiedente.

Il nuovo comma 1 dell'art. 7 della L. MAE continua, invero, a prevedere che «*l'Italia dà esecuzione al mandato d'arresto europeo solo nel caso in cui il fatto sia previsto come reato anche dalla legge nazionale*». Tuttavia, allo stesso tempo, precisa che il requisito della doppia punibilità sarà ritenuto sussistente indipendentemente sia dalla «*qualificazione giuridica*» sia dai «*singoli elementi costitutivi del reato*», con l'effetto cioè di consentire la consegna qualora il nucleo centrale delle fattispecie incriminatrici possa ritenersi analogo, con speciale riguardo all'offesa, senza che la mancanza, nella fattispecie straniera, di uno degli elementi costitutivi

previsti nella fattispecie italiana sia d'ostacolo alla esecuzione del MAE.

Il limite della doppia punibilità risulta, invece, sostanzialmente abrogato per i reati tributati. In materia di tasse e imposte, difatti, mentre il precedente comma 2 dell'art. 7 richiedeva una sostanziale «*assimilabilità*» della disciplina tributaria e l'esistenza, nell'ordinamento italiano, di sanzioni penali per la violazione della stessa, per di più con reclusione nel massimo «*pari o superiore a tre anni*», nel riformato comma secondo entrambi i requisiti vengono meno, tanto che si prevede che non siano necessarie, ai fini del requisito della doppia punibilità, tasse o imposte dello stesso «*tipo*» o con la medesima «*disciplina*», da intendersi quest'ultima comprensiva della disciplina sanzionatoria di tipo penale o extra-penale.

La doppia punibilità continua, invece, a non essere richiesta per un catalogo di reati gravi come quelli di associazione per delinquere, terrorismo, traffico di sostanze stupefacenti e corruzione, un tempo dettagliatamente indicati nell'art. 8 comma 1, il quale viene oggi integralmente sostituito con un rinvio all'art. 2 par. 2 della decisione quadro, che si contiene il medesimo catalogo di fattispecie incriminatrici, ma indica le stesse in termini più generali, dunque privi della caratterizzazione puntuale che il legislatore del 2005 aveva indebitamente attribuito a ciascuna, con l'effetto di consentire la consegna nei limiti in cui le fattispecie fossero previste negli stessi termini dalla disciplina italiana.

L'effetto, in concreto, è quello di ampliare le ipotesi di consegna obbligatoria per reati gravi, indipendentemente dalla doppia punibilità, in modo coerente con quanto previsto dal nuovo comma primo dell'art. 7, e dalla effettiva conoscenza della legge penale straniera, a fronte dell'abrogazione del comma 3 dell'art. 8.

Sul punto, va inoltre segnalata la modifica delle disposizioni transitorie. La consegna obbligatoria per i reati gravi previsti dall'art. 8, indipendentemente dalla doppia punibilità, risulta applicabile ai fatti commessi già a partire dal 7 agosto 2002, e non più a partire dal 2005, ossia dall'entrata in vigore della L. MAE, come originariamente previsto dal comma 3 dell'art. 40 che viene abrogato dal decreto legislativo di riforma.

Permangono, invece, così come già previsti dalla decisione quadro e recepiti nella I. cit., i limiti alla eseguibilità del MAE per i fatti bagatellari per cui la pena o la misura di sicurezza in astratto prevista ha durata inferiore ai dodici mesi (comma 3), ovvero

stabilite in concreto con sentenza di condanna con una durata inferiore ai quattro mesi (comma 4).

### 3. Il contenuto del mandato: semplificazione *alias* rivoluzione.

La riforma risulta, senz'altro, consistente con riguardo ai requisiti del MAE, operando la stessa una netta semplificazione in base al principio del mutuo riconoscimento.

L'Art. 6 della l. cit. è stato, infatti, radicalmente riformato: i commi dal terzo al sesto che, come vedremo, contenevano requisiti stringenti ed introducevano un sindacato di merito sulla fondatezza delle accuse rivolte all'interessato, sono stati definitivamente abrogati.

Il primo importante elemento da segnalare è costituito dal fatto che il MAE non sarà più accompagnato dal provvedimento cautelare o di condanna su cui si basa la richiesta di consegna. Il comma 3 dell'art. 6 prevedeva che la consegna fosse consentita *«soltanto sulla base di una richiesta alla quale [fosse] allegata copia del provvedimento restrittivo della libertà personale o della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta stessa»*, ed è stato integralmente abrogato. Del pari, risulta abrogato anche il comma successivo, il quale prescriveva, tra le altre, l'invio di una *«relazione sui fatti addebitati»* con l'indicazione *«delle fonti di prova»*. Ne consegue che alcun giudizio sarà più affidato al giudice circa la fondatezza o la solidità dell'accusa, poiché basterà la mera indicazione nel MAE *«dell'esistenza di una sentenza esecutiva»* o *«di un provvedimento cautelare»* come prescrive la lett. c) dell'art. 6 comma 1.

L'unica garanzia richiesta riguarda la *«partecipazione»* del cittadino richiesto al procedimento originario, ovvero la *«conoscenza»* dello stesso<sup>8</sup>. Difatti, con l'aggiunta del comma 1-bis nel medesimo articolo, qualora l'interessato non sia comparso personalmente nel procedimento a base del MAE, lo Stato richiedente dovrà indicare nella richiesta di consegna – pur senza la necessità di fornirne prova documentale – che questi sia stato efficacemente citato<sup>9</sup>, ovvero sia stato comunque assistito da un difensore di fiducia o d'ufficio<sup>10</sup>, che abbia fornito acquiescenza al provvedimento principale<sup>11</sup>, oppure che verrà informato dei propri diritti di impugnazione dopo la consegna<sup>12</sup>.

Si tratta, come si è anticipato, di una vera e propria *«rivoluzione copernicana»* dell'intero procedimento giurisdizionale di consegna, oramai privato di

qualsivoglia verifica sostanziale, eccetto quelle relative ai diritti fondamentali ed inalienabili di cui si è detto. L'intero giudizio, come vedremo, sarà focalizzato sulla mera completezza delle informazioni contenute nel MAE, volte alla identificazione del soggetto e ad attestare l'esistenza delle ragioni che ne giustificano la consegna, ossia la presenza di un provvedimento idoneo a norma della decisione quadro.

### 4. La procedura giurisdizionale di consegna.

La semplificazione operata dal decreto legislativo in commento ha interessato anche il procedimento giurisdizionale previsto dalla L. MAE, a cui la riforma prova ad imprimere maggiore efficienza, dettando tempi maggiormente contingentati, e descrivendone analiticamente le fasi.

#### 4.1. Il consenso alla consegna e la rinuncia al principio di specialità.

L'iter procedimentale ha, come noto, due diverse evoluzioni che dipendono essenzialmente dal consenso alla consegna che – come la rinuncia al principio di specialità<sup>13</sup> – l'interessato ha facoltà di esprimere o meno, sino alla definizione del procedimento<sup>14</sup>.

L'organo deputato ad accogliere l'eventuale consenso o la rinuncia, dopo la riforma, sarà unicamente la Corte d'Appello, nel momento in cui l'interessato viene sentito a seguito dell'applicazione della misura cautelare, oppure – eventualmente – nel corso dell'udienza di decisione, come stabilisce il nuovo comma 2 dell'art. 14<sup>15</sup>.

L'interessato, comunque, è previamente informato del fatto che, una volta resa, tale dichiarazione sul consenso o sulla rinuncia la stessa è irrevocabile<sup>16</sup>, giacché dalla manifestazione del consenso, come vedremo, il procedimento procede su una corsia preferenziale.

#### 4.2. Il giudice competente ed i tempi della decisione.

La riforma, invero, non ha modificato l'art. 5 della L. MAE. Pertanto, la competenza a decidere della richiesta rimane in capo alla Corte d'Appello nel cui distretto l'imputato o il condannato ha la residenza, la dimora o il domicilio nel momento in cui il provvedimento è ricevuto dall'Autorità Giudiziaria, ovvero – in via residuale – alla Corte d'Appello di Roma.

Diversi sono, invece, i termini del procedimento, che risultano più contingentati. L'art. 10, ai commi 4 e 4-

bis, prevede infatti un termine più breve di quello di venti giorni originariamente previsto, e precisamente di soli quindici giorni, entro cui la Corte d'Appello deve celebrare l'udienza per la decisione sulla richiesta di consegna<sup>17</sup>.

In caso non sia possibile rispettare tale termine, perché occorre «*acquisire le informazioni di cui all'articolo 16*», ossia quelle che la Corte ritiene necessarie ai fini della decisione, o per «*altre circostanze oggettive*», detto termine può essere prorogato con decreto sino a dieci giorni<sup>18</sup>.

A ben vedere, si tratta di un termine non perentorio, anche se la legge impone al giudice di adottare la decisione «*nel più breve tempo possibile*»<sup>19</sup>, tanto che nel caso sia necessario disporre accertamenti ulteriori, ovvero occorrono informazioni integrative è chiesto al giudice rispettivamente di rispettare detti termini o comunque di tenerne conto<sup>20</sup>.

Il termine è ancor più breve ove, come si è anticipato, l'interessato abbia espresso il proprio consenso alla consegna. In questo caso, difatti, a norma dell'art. 14 comma 1, l'udienza in camera di consiglio è fissata entro i successivi quattro giorni<sup>21</sup>. Detto termine, a norma dell'art. 14 comma 4 è prorogabile sino a tre giorni.

Nel caso sia stato espresso il consenso alla consegna, la decisione è pronunciata con ordinanza. Diversamente, la Corte decide sempre in camera di consiglio, ma con sentenza. Di entrambe, però, a norma rispettivamente degli artt. 14 comma 5 e 17 comma 6, è data immediata lettura che equivale a notificazione, anche ai fini del decorso dei termini d'impugnazione di cui si dirà di seguito.

#### **4.3. La decisione ed i limitati motivi di rifiuto, obbligatori e facoltativi.**

Il decreto legislativo ha ampiamente riformato la disciplina sui motivi obbligatori o facoltativi di rifiuto della richiesta di consegna, con l'effetto di ridurre la portata e facilitare l'accoglimento del MAE da parte del giudice italiano, nello spirito di leale cooperazione all'interno dei paesi dell'Unione Europea.

Come noto, a norma dell'art. 17 comma 4 L. MAE, la consegna è disposta solo «*in assenza di cause ostative*». Tali cause erano espressamente indicate nel successivo art. 18. Quest'ultimo, per la verità già emendato dalla l. 4 ottobre 2019, n. 117, è stato integralmente sostituito dal decreto di riforma, ed ora prevede, a differenza che in passato, solo tre degli originari casi rifiuto obbligatorio della consegna.

Precisamente, a norma del nuovo art. 18, costituiscono cause di rifiuto obbligatorio: l'estinzione del reato per amnistia, quando vi è giurisdizione dello Stato italiano sul fatto<sup>22</sup>; l'emissione, da parte dell'Italia o altro Stato membro, per gli stessi fatti, di una sentenza o decreto penale irrevocabili, sempre che – in caso di condanna – la pena non sia ancora integralmente da eseguire<sup>23</sup>; la commissione del fatto in età inferiore ad anni 14<sup>24</sup>.

A questi, si aggiungono ulteriori casi di rifiuto obbligatorio di carattere più generale, cui l'art. 18 fa espresso rinvio. Si tratta delle violazioni di disposizioni quali la necessaria provenienza del MAE da parte di una «*autorità giudiziaria*»<sup>25</sup>, il fatto che la sentenza da eseguire sia «*esecutiva*»<sup>26</sup>, la provenienza della richiesta da uno Stato nei cui confronti il Consiglio dell'UE non abbia «*sospeso*» il meccanismo del MAE per grave e persistente violazione dei principi sanciti dall'art. 6 par. 1 del TUE e dalla Carta di Nizza<sup>27</sup>. Lo stesso, vale per il mancato rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie costituzionali<sup>28</sup> o se non è soddisfatto il requisito della doppia punibilità<sup>29</sup>, i quali costituiscono tutti limiti obbligatori alla consegna.

A seguito della riforma, invece, non costituiscono più cause di rifiuto obbligatorio, tra le altre, l'aver commesso il fatto con il consenso dell'avente diritto, ovvero nell'ambito dell'esercizio di un diritto o dell'adempimento di un dovere, a norma della legge italiana<sup>30</sup>; l'eventuale prescrizione del reato o della pena a norma della legge italiana, sui fatti eventualmente giudicabili in Italia<sup>31</sup>; la circostanza che la persona richiesta sia una donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni<sup>32</sup> o un soggetto che al momento del fatto era in età inferiore agli anni 18 ed in stato di non imputabilità<sup>33</sup>. Quattro dei motivi di rifiuto originariamente previsti come obbligatori, risultano ora motivi di rifiuto facoltativi, e sono disciplinati dall'art. 18 *bis* della L. MAE.

Precisamente, si tratta della circostanza che sui fatti oggetto del MAE sussista la giurisdizione italiana perché commessi in tutto o in parte nel territorio dello Stato, oppure se commessi al di fuori dallo Stato richiedente, qualora non rientrino tra i reati commessi all'estero su cui l'Italia ha di norma giurisdizione<sup>34</sup>; se, ancora, in Italia pende un procedimento penale per gli stessi fatti<sup>35</sup>; oppure, infine, se la richiesta riguarda un cittadino italiano o un cittadino europeo residente in Italia o che ivi dimora, sempre che venga disposta l'esecuzione della pena in Italia<sup>36</sup>.

La consegna può essere, inoltre, rifiutata nel caso lo Stato richiedente non abbia fornito indicazioni sulla conoscenza del procedimento da parte dell'interessato, salvo che la conoscenza risulti dagli atti<sup>37</sup>.

Da quanto si è sopra osservato, risulta chiaramente l'intento di delimitare i motivi per cui deve o può non darsi esecuzione al MAE, sotto il profilo del diritto, e nel contempo l'ampliamento dei motivi di rifiuto sotto il profilo dei diritti, e precisamente dei diritti fondamentali e inalienabili. La riforma, in questo senso, tenta di sopperire all'approdo mancato del 2005, ossia all'incompiuto adattamento della disciplina interna alla decisione quadro.

#### 4.4. Le impugnazioni ed il termine (troppo) breve.

L'ordinanza e la sentenza che decidono sulla richiesta di consegna sono entrambe censurabili mediante ricorso per cassazione il quale, a norma dell'art. 22, ne sospende l'esecuzione. La riforma, tuttavia, ha limitato il gravame alla sola violazione di legge, ossia ai soli motivi indicati alle lettere a), b), e c) dell'art. 606 cod. proc. pen., eliminando perciò non solo il vizio di motivazione di cui alla lettera e), ma altresì la possibilità – com'era previsto – di presentare ricorso «anche per il merito».

Vale la pena di osservare, ancorché sinteticamente, come si tratti della definitiva eliminazione del “fatto” dagli argomenti sulla consegna, su cui la riforma si poggia, unitamente alla delimitazione dei motivi di diritto, ed all'ampliamento sulla tutela dei diritti, per compiere il più volte citato adattamento della disciplina italiana alla normativa europea.

La disposizione ora prevede che il ricorso debba essere presentato nella cancelleria della Corte d'Appello che ha emesso il provvedimento, ponendo perciò a carico del ricorrente l'onere di farvi pervenire tempestivamente l'atto d'impugnazione.

Ma a destare preoccupazione, cui non può non accennarsi in questa sede, sono i termini per l'impugnazione di dubbia costituzionalità: solo cinque giorni nel caso di ricorso avverso la sentenza, che si riducono a soli tre giorni nel caso l'impugnazione riguardi l'ordinanza<sup>38</sup>. L'intento di imprimere maggiore velocità al procedimento di consegna è chiaro. Ma, in questi termini, non lo si può nascondere, appare difficilmente compatibile con il diritto a disporre di un tempo adeguato ad approntare compiutamente la difesa nel giudizio, tanto più nel giudizio di legittimità di fronte alla Corte Suprema di Cassazione. Non appare

improprio, perciò, prospettare una possibile violazione dell'art. 111 comma 7 Cost.

Ridotti da quindici a dieci giorni anche i tempi, ancorché non perentori, per l'udienza della Suprema Corte, che si tiene nelle forme dell'art. 127 cod. proc. pen., con avviso alle parti almeno «*tre giorni prima dell'udienza*»<sup>39</sup>. Nel caso poi l'interessato abbia prestato il consenso, l'udienza per decidere sui motivi di ricorso avverso l'ordinanza è fissata nel termine più breve di sette giorni, ed è previsto il mero contraddittorio cartolare<sup>40</sup>.

Contingentati anche i tempi dell'eventuale giudizio di rinvio. La trasmissione degli atti al giudice deve avvenire «*entro il giorno successivo al deposito della decisione*», il quale si pronuncia entro dieci giorni, ridotti della metà se vi era stato consenso alla consegna<sup>41</sup>.

Si tratta, anche in questo caso, di termini non perentori il cui mancato rispetto non produce effetti diretti, né sul piano dell'accoglimento della richiesta di consegna, né sul piano delle misure cautelari eventualmente in essere, per le quali – come vedremo – sono previsti termini di decadenza appositi. Tuttavia, risulta evidente l'intento del legislatore di assegnare massima priorità alle richieste provenienti dagli Stati membri dell'Unione.

#### 5. Le misure cautelari.

Il decreto legislativo di riforma della L. MAE è intervenuto anche sul tema delle misure cautelari, su cui è bene soffermarsi analiticamente, illustrandone i principali elementi di novità.

L'applicazione di una misura coercitiva compete, come noto, alla Corte d'Appello determinata a norma dell'art. 5 della L. MAE, che si pronuncia – sentito il Procuratore generale – «*tenendo conto in particolare dell'esigenza di garantire che la persona della quale è richiesta la consegna non si sottragga alla stessa*»<sup>42</sup>. L'ordinanza cautelare, perciò, può fondarsi esclusivamente sul pericolo di fuga, della cui sussistenza occorre dare conto nella motivazione del provvedimento: il comma 5 dell'art. 9 specifica, difatti, che si osserva l'art. 274 comma 1 lett. b) cod. proc. pen.<sup>43</sup>.

Nessun sindacato, invece, circa la fondatezza dell'accusa, cristallizzata nel provvedimento alla base del MAE, sia che si tratti di un provvedimento cautelare, sia che si tratti di una sentenza esecutiva, né sulle esigenze di cautela che hanno portato all'emissione del provvedimento principale, qualora si tratti di MAE c.d. processuale<sup>44</sup>. In base al principio del mutuo riconoscimento, infatti, la mera

attestazione dell'esistenza stessa del provvedimento principale, che tra l'altro non sarà più neppure allegato al MAE, a norma del riformato art. 6, risulterà di per sé sufficiente a fondare la richiesta di consegna, sotto tale profilo. Vi è più. Nel caso di arresto d'iniziativa della polizia giudiziaria, a seguito di inserimento del nominativo dell'interessato nel SIS (Sistema di informazione Schengen), non sarà necessario neppure l'invio del MAE, qualora la segnalazione contenga le informazioni richieste dall'art. 6: la segnalazione SIS varrà come perfetto sostituto.

Il decreto legislativo introduce nella L. MAE l'art. 22 bis nel quale sono indicati termini di verifica delle misure e di durata massima. Nel citato articolo si prevede, infatti, un termine iniziale di sessanta giorni entro cui deve intervenire la decisione sulla richiesta di consegna. Il termine è ridotto a dieci giorni, nel caso l'interessato abbia prestato consenso. La scadenza di tali termini impone all'autorità procedente di informare il Ministro della giustizia<sup>45</sup>. Se la decisione non interviene nei successivi trenta giorni da tale data, la Corte d'Appello informa nuovamente il Ministro<sup>46</sup> ed, inoltre, «*valuta se la custodia cautelare applicata alla persona della quale è richiesta la consegna è ancora assolutamente necessaria*», nonché «*se la sua durata è proporzionata rispetto all'entità della pena*», «*disponendone, in caso contrario, la revoca o la sostituzione con altre misure cautelari*»<sup>47</sup>.

La Corte, dunque, è chiamata ad effettuare un doppio vaglio di assoluta necessità e di proporzionalità, rispetto alla sanzione concretamente irrogabile od irrogata. La revoca della custodia cautelare è disposta se il ritardo continua a protrarsi «*ingiustificatamente*» oltre il citato termine di trenta giorni, e comunque, al più tardi, decorsi ulteriori novanta giorni<sup>48</sup>.

La revoca della custodia, tuttavia, non impedisce l'applicazione delle restanti misure coercitive, né implica il rifiuto della consegna, il quale tuttavia andrà disposto qualora decorsi detti novanta giorni lo Stato richiedente, adeguatamente sollecitato, non abbia fatto pervenire entro un congruo termine le oramai sparute informazioni necessarie alla

esecuzione del MAE, dovendo interpretare l'inerzia come rinuncia allo stesso e non potendo la pendenza del procedimento costituire pregiudizio alle libertà fondamentali dell'interessato scevro di qualunque significato.

## 6. Conclusioni.

La riforma del mandato d'arresto europeo, adottata con il D.Lgs 2 febbraio 2021, n. 10 compie un passo decisivo verso l'armonizzazione della disciplina interna rispetto alla decisione quadro adottata quasi venti anni prima.

Il decreto interviene espungendo le ragioni di fatto dalle procedure di consegna, e limitando fortemente le questioni di diritto sostanziale e processuale alla stessa sottese, in osservanza del principio del mutuo riconoscimento. Inoltre, detta tempi contingentati e (forse troppo) brevi per la decisione definitiva sulla richiesta, al fine di rispettare i tempi previsti dalla medesima decisione quadro.

La riforma può dirsi solo in parte figlia del nuovo clima di cooperazione giudiziaria in materia penale, ossia, per intenderci, quello che sottende alla creazione ed all'auspicato avvio della Procura europea. A ben vedere, tale riforma costituisce il ritrovamento di un sentiero perduto in una stagione di politica legislativa oramai superata, ossia quella della prima metà degli anni 2000 di cui è sicuramente figlia la l. 69 del 2005, oggi riformata. La stessa aveva portato, in Parlamento, allo "stravolgimento" della iniziale proposta Kessler (C. 4246), la quale trova oggi reviviscenza, già a partire dalla novella dell'art. 1 primo comma, con la simbolica abrogazione dell'inciso «*nei limiti...*», che costituiva la disposizione manifesto della legge approvata dal centrodestra, a cui la nuova riforma contrappone oggi un nuovo corso, ossia quello della cooperazione «*in base al principio del mutuo riconoscimento*», espressamente inserito al terzo comma del medesimo articolo. Meglio tardi che mai.

### Luigi Scollo

Avvocato del Foro di Milano

Dottore di ricerca in Diritto penale

<sup>1</sup> La l. 22 aprile 2005, n. 69 recante «*Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*» (G.U. n. 98 del 29/04/2005) è entrata in vigore il 14/05/2005. Per un approfondito commento cfr. KALB, *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 1 ss.

<sup>2</sup> Cfr., sul punto, *ex multis*, Cass., Sez. VI, 25/06/2020, n. 19394, in cui si ribadiva l'esistenza, in capo al giudice italiano, di un limitato dovere di verifica della mera sussistenza di ragioni e mezzi di prova a fondamento dell'accusa, non sulla loro natura conducente. Precisamente, nella decisione, in linea con un orientamento consolidato, la Corte affermava: «*Nel valutare il*

presupposto dei gravi indizi di colpevolezza L. n. 69 del 2005, ex art. 17, comma 4, per accogliere la domanda di consegna in esecuzione di un mandato di arresto processuale Europeo, l'A.G. italiana deve limitarsi a verificare che il mandato sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa, fondato su un compendio indiziario che l'A.G. emittente abbia ritenuto seriamente evocativo di un fatto-reato commesso dalla persona della quale si chiede la consegna. Non è necessario che il mandato di arresto contenga una elaborazione dei dati fattuali che conduca alla conclusione della gravità indiziaria, ma è sufficiente che le fonti di prova relative all'attività criminosa e al coinvolgimento della persona richiesta siano astrattamente idonee a fondare la gravità indiziaria sia pure con la sola indicazione delle evidenze fattuali a suo carico, mentre la valutazione in concreto delle stesse è riservata all'A.G. del Paese emittente».

<sup>3</sup> Cfr., sul punto, CGUE, Grande sezione, 25/07/2018, n. 216, in Cass. Pen., 2018, fasc. 11, p. 3907, secondo cui «l'autorità giudiziaria chiamata ad eseguire un mandato d'arresto europeo è tenuta a rifiutarne automaticamente l'esecuzione, senza dover svolgere alcuna valutazione concreta del rischio reale, corso dall'interessato, di lesione del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo, nell'ipotesi in cui una decisione del Consiglio europeo abbia constatato, alle condizioni previste dall'art. 7, par. 2, TUE, una violazione grave e persistente nello Stato membro emittente dei principi sanciti dall'art. 2 TUE, seguita dalla sospensione da parte del Consiglio dell'applicazione della decisione quadro 2002/584 nei confronti di tale Stato membro».

<sup>4</sup> Cfr., sul punto, CGUE, Grande sezione, 05/04/2016, n. 404, in Cass. Pen., 2016, fasc. 9, p. 3470, secondo cui è compito del giudice verificare se l'interessato «corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in caso di consegna».

<sup>5</sup> Cfr., sul punto, Cass., Sez. VI, 11/06/2020, n. 18352, pronunciata a norma della disciplina previgente, secondo cui «in tema di mandato di arresto europeo, qualora lo Stato emittente abbia fornito assicurazioni che la persona interessata non subirà un trattamento inumano e degradante, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione può rifiutarsi di eseguire la richiesta solo quando, sulla base di elementi precisi, riscontri comunque il pericolo che le condizioni di detenzione siano contrarie all'art. 4 Carta dei diritti fondamentali Ue», ed in cui – in motivazione – la Corte aveva richiamato i principi sul tema affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza Grande Sezione, 15 ottobre 2019, causa C-128/19 e nella sentenza 25 luglio 2018, causa C-220/18, per cui «è solo in circostanze eccezionali, e sulla base di elementi precisi, che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può constatare che, malgrado un'assicurazione quale quella contemplata al punto precedente, esiste un rischio reale di vedere la persona interessata sottoposta ad un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta, in ragione delle condizioni della sua detenzione nello Stato membro emittente». La cooperazione tra gli Stati membri, infatti, implica per ciascuno l'obbligo di presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri, con limitate ed eccezionali eccezioni. Cfr., sul punto, CGUE, Grande sezione, 25/07/2018, n. 216, in Riv. Dir. Internaz., 2018, fasc. 4, p. 1279.

<sup>6</sup> Cfr., sul punto, Corte europea diritti dell'uomo, Sez. II, 09/07/2019, n. 8351, in Cass. Pen., 2019, fasc. 12, p. 4505.

<sup>7</sup> Cfr., sul punto, CGUE, Grande sezione, 15/10/2019, n. 128, in Cass. Pen., 2020, fasc. 2, p. 773, secondo cui «In tema di mandato d'arresto europeo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve, al fine di valutare se esistano seri e comprovati motivi di ritenere che la persona richiesta in consegna dallo Stato di emissione correrà un rischio reale di essere sottoposta ad un trattamento inumano o degradante, tener conto dell'insieme degli aspetti materiali delle condizioni di detenzione nell'istituto penitenziario nel quale è concretamente previsto che tale persona verrà reclusa, quali lo spazio personale disponibile per detenuto in una cella, le condizioni sanitarie, nonché l'ampiezza della sua libertà di movimento nell'ambito di detto istituto». In argomento, v. anche Cass., Sez. fer., 17/08/2017, n. 39207, secondo cui «in tema di mandato di arresto europeo, ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalla superficie lorda della cella devono essere detratte l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili».

<sup>8</sup> Cfr., sul punto, le analoghe disposizioni contenute nell'art. 19, prima della modifica intervenuta con il decreto legislativo in commento.

<sup>9</sup> Cfr., sul punto, l'art. 6, comma 1-bis, lett. a).

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, l'art. 6, comma 1-bis, lett. b).

<sup>11</sup> Cfr., sul punto, l'art. 6, comma 1-bis, lett. c).

<sup>12</sup> Cfr., sul punto, l'art. 6, comma 1-bis, lett. d). È il caso, ad esempio, dell'opposizione avverso la sentenza contumaciale pronunciata in Francia. Cfr., sul punto, Cass., Sez. VI, 07/05/2020, n. 14721.

<sup>13</sup> Cfr., sul punto, l'art. 26.

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, l'art. 14.

<sup>15</sup> Cfr., sul punto, l'art. 14 comma 2 nella previgente formulazione, il quale prevedeva che «il consenso [potesse] essere espresso anche successivamente mediante dichiarazione indirizzata al direttore della casa di reclusione e dallo stesso immediatamente trasmessa al presidente della corte di appello».

<sup>16</sup> Cfr., sul punto, l'art. 10 comma 1. In argomento, va osservato che l'art. 14 comma 3 prevede che «il consenso [sia] irrevocabile», mentre la legge nulla dice espressamente circa l'irrevocabilità della rinuncia al principio di specialità, neppure all'art. 26 che ne disciplina il contenuto, nel quale si fa riferimento soltanto alle forme in cui la medesima è espressa. Il dato

dovrà perciò essere ricavato in via interpretativa, ancorché, a ben vedere, la natura irrevocabile della rinuncia mal si concilia con la disposizione di cui all'art. 26 che esprime un chiaro *favor* per il principio di specialità, nella misura in cui prevede che la consegna è sempre allo stesso subordinata. Nulla osterebbe, perciò, che l'interessato modifichi la propria intenzione entro la definizione del procedimento davanti alla Corte d'Appello.

<sup>17</sup> Detto termine decorre dalla data di applicazione della misura cautelare, ove applicata a norma dell'art. 9, per pericolo di fuga, ovvero dalla data della camera di consiglio in cui la Corte l'ha ritenuta non necessaria.

<sup>18</sup> Cfr., sul punto, l'art. 17 comma 2-bis.

<sup>19</sup> Cfr., sul punto, l'art. 17 comma 1.

<sup>20</sup> Cfr., sul punto, l'art. 16.

<sup>21</sup> Cfr., sul punto, l'art. 14 comma 4 nella previgente formulazione, in cui era previsto un termine più lungo, e precisamente di dieci giorni.

<sup>22</sup> Tale ipotesi, oggi contenuta nella lett. a) dell'art. 18, comma 1, era originariamente contemplata in modo identico nella lett. l).

<sup>23</sup> Tale ipotesi, oggi contenuta nella lett. b) dell'art. 18, comma 1, era originariamente contemplata in modo parzialmente differente nelle lett. m) e o).

<sup>24</sup> Tale ipotesi, oggi contenuta nella lett. c) dell'art. 18, comma 1, era originariamente contemplata in modo differente nella lett. i).

<sup>25</sup> Cfr., sul punto, l'art. 1 comma 3.

<sup>26</sup> Cfr., sul punto, l'art. 1 comma 3.

<sup>27</sup> Cfr., sul punto, l'art. 1 comma 3-ter.

<sup>28</sup> Cfr., sul punto, l'art. 2.

<sup>29</sup> Cfr., sul punto, l'art. 7.

<sup>30</sup> Tale ipotesi erano originariamente prevista dalle lett. a) e b) dell'art. 18, comma 1.

<sup>31</sup> Tale ipotesi, originariamente prevista dalla lett. n) dell'art. 18, comma 1, peraltro, si poneva in aperto contrasto con la Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, con Allegato, fatta a Dublino il 27 settembre 1996, ratificata con l. 19 luglio 2019, n. 66 (GU Serie Generale n.170 del 22-07-2019, entrata in vigore il 23 luglio 2019).

<sup>32</sup> Tale ipotesi era originariamente prevista dalla lett. s) dell'art. 18, comma 1, ed impediva la consegna, salvo che vi fossero esigenze cautelari di «*eccezionale gravità*».

<sup>33</sup> Tale ipotesi era originariamente prevista dalla lett. i) dell'art. 18, comma 1.

<sup>34</sup> Tale ipotesi, originariamente prevista dalla lett. p) dell'art. 18, comma 1, costituisce ora una ipotesi di rifiuto facoltativo, a norma dell'art. 18 bis, comma 1, lett. a). Cfr., sul punto, Cass., Sez. VI, 22/01/2020, n. 2959, secondo cui «*in tema di mandato di arresto europeo, quando la richiesta di consegna riguarda fatti commessi in parte nel territorio dello Stato, o in altro luogo allo stesso assimilato, il motivo facoltativo di rifiuto della consegna, previsto dall' art. 18-bis, comma 1, lett. b) l. 22 aprile 2005, n. 69, come modificata dalla l. 4 ottobre 2019, n. 117, sussiste solo quando risulti già pendente un procedimento penale per il fatto oggetto del mandato di arresto europeo*». In motivazione, la Corte ha osservato infatti che, in tal caso, il conflitto di giurisdizione tra i due Stati trova la propria soluzione nel meccanismo disciplinato dalla decisione quadro 2009/948/GAI e dal D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 29, anche al fine di evitare una violazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>35</sup> Tale ipotesi, originariamente prevista dalla lett. o) dell'art. 18, comma 1, costituisce ora una ipotesi di rifiuto facoltativo, a norma dell'art. 18 bis, comma 1, lett. b).

<sup>36</sup> Tale ipotesi, originariamente prevista dalla lett. r) dell'art. 18, comma 1, anche a seguito della sentenza additiva della Corte costituzionale 24 giugno 2010, n. 227, costituisce ora una ipotesi di rifiuto facoltativo, a norma dell'art. 18 bis, comma 2. Cfr., sul punto, anche Cass., Sez. VI, 04/02/2020, n. 10371, secondo cui «*è rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 11, 27, comma 3, 117, comma 1, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-bis l. 22 aprile 2005, n. 69, come introdotto dall' art. 6, comma 5, lett. b), l. 4 ottobre 2019, n. 117, nella parte in cui non prevede il rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la corte di appello disponga che la pena o la misura di sicurezza irrogata nei suoi confronti dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno*».

<sup>37</sup> Cfr., sul punto, l'art. 18 ter comma 2.

<sup>38</sup> Cfr., sul punto l'art. 22 comma 1 e comma 5-bis.

<sup>39</sup> Cfr., sul punto, l'art. 22 comma 3.

<sup>40</sup> Cfr., sul punto, l'art. 22 comma 5-bis.

<sup>41</sup> Cfr., sul punto, l'art. 22 comma 6.

<sup>42</sup> Cfr., sul punto, l'art. 9 comma 4.

<sup>43</sup> Cfr., sul punto, Cass., Sez. VI, 26/01/2006, n. 3640 in cui la Corte ha stabilito che «*è nulla per vizio di motivazione l'ordinanza con la quale la misura coercitiva, nei confronti di persona raggiunta da mandato d'arresto europeo, è stata applicata sulla base della mera enunciazione della sussistenza del pericolo di fuga*».



<sup>44</sup> Il sindacato del giudice italiano, come ha più volte ribadito la Suprema Corte, è limitato alle ragioni che consentono la consegna, non anche ai motivi di fatto e di diritto che fondano il provvedimento principale. Si è detto, in merito alla fondatezza dell'accusa che «*la valutazione in concreto delle [prove] è riservata all'A.G. del Paese emittente*», per cui al giudice dello Stato richiesto non è devoluto alcun sindacato in merito alla verifica della solidità dell'accusa (cfr. Cass., Sez. VI, 25/06/2020, cit.). Parimenti, nessun sindacato neppure sull'esistenza delle esigenze di cautela che giustificano l'emissione di un mandato di cattura, qualora si tratti di MAE processuale. Cfr., sul punto, Cass., Sez. VI, 20/12/2010, n. 45525, in Cass. Pen., 2012, fasc. 1, p. 201, secondo cui «*in tema di mandato d'arresto europeo c.d. processuale, non compete all'autorità giudiziaria italiana verificare la sussistenza delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p. per l'adozione del provvedimento cautelare interno da parte dell'autorità giudiziaria estera, rilevando unicamente il fatto che il mandato d'arresto europeo sia una decisione giudiziaria emessa al fine dell'esercizio di azioni giudiziarie in materia penale*».

<sup>45</sup> Cfr., sul punto, l'art. 22 bis, comma 1.

<sup>46</sup> Cfr., sul punto, l'art. 22 bis, comma 2.

<sup>47</sup> Cfr., sul punto, l'art. 22 bis, comma 3.

<sup>48</sup> Cfr., sul punto, l'art. 22 bis, comma 4. V., inoltre, CGUE, Sez. I, 12/02/2019, n. 492, in Cass. Pen., 2019, fasc. 8, p. 3046, secondo cui «*in tema di esecuzione di un mandato di arresto europeo, la sussistenza di un concreto pericolo di fuga che legittima l'emissione di una misura cautelare al fine di garantire le condizioni materiali necessarie per la consegna effettiva del ricercato non consente la rimessione in libertà del medesimo sulla base del solo motivo che è trascorso un termine di 90 giorni dalla data del suo arresto*». Nel caso della disciplina italiana, un obbligo simile sussiste dopo un termine più lungo, consistente in almeno 130 giorni dall'arresto senza che sia intervenuta la decisione, nel caso di prestato consenso, ovvero di 180 giorni, nel caso di rifiuto del consenso.

# Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura.

di **G. Guagliardi**

Il presente contributo si propone di fornire una dettagliata panoramica della normativa europea e nazionale (aggiornata al d.lgs. n. 9/2021 entrato in vigore il 6 febbraio 2021) relativa alla neo istituita Procura Europea, con uno sguardo rivolto a ciò che sta accadendo in altri Stati europei, evidenziando possibili criticità relative al suo concreto funzionamento alle soglie dell'operatività effettiva prevista per il 1° marzo 2021.

**Sommario.** **1.** Il Regolamento UE 2017/1939. Punto di arrivo e punto di partenza. **1.1.** La competenza della Procura Europea **1.2.** La struttura organizzativa della Procura Europea. **1.3.** L'operatività dei Procuratori Europei Delegati. **1.4.** I rapporti della Procura Europea con i "partner" europei: Europol, Eurojust, OLAF. **2.** Il Regolamento interno della Procura Europea. **2.1.** Registrazione e verifica delle informazioni ricevute o acquisite dalla Procura Europea. **2.2.** Apertura del fascicolo d'indagine ed il riesame delle decisioni del PED. **2.3.** Metodo di lavoro del PED incaricato del caso, riassegnazione del caso e richieste di assistenza ad un PED di un altro Stato membro. **2.4.** Chiusura delle indagini ed esercizio dell'azione penale. **3.** L'adeguamento italiano alle disposizioni del Regolamento istitutivo della Procura Europea. **3.1.** Lo Schema di Decreto Legislativo (atto di governo n. 204). **3.2.** Il d.lgs. n. 9/2021. Una lunga "gestazione". **4.** Come si sono adeguati nel resto d'Europa? **5.** Possibili criticità nell'operatività della Procura Europea. **5.1.** Incertezze sui canali comunicativi. **5.2.** *Forum shopping* e disparità delle armi. **5.3.** "Competizione" e *bis in idem*. **5.4.** Concetti elastici e definizioni variabili. **5.5.** Gap culturale. **5.6.** Indagini sulle persone giuridiche. **6.** Conclusioni.

## 1. Il Regolamento UE 2017/1939. Punto di arrivo e punto di partenza.

La tutela degli interessi finanziari dell'UE ha ispirato un percorso di progressiva integrazione "comunitaria" in direzione "para-federativa" - a partire dalla Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari (PIF) del 26 luglio 1995<sup>1</sup> ed dai suoi tre protocolli, sostituiti dalla direttiva (UE) 2017/1371 (in seguito, Direttiva PIF<sup>2</sup>) - i cui cardini sono costituiti dalla cooperazione tra Stati membri e dall'armonizzazione delle definizioni di illeciti penali e relative risposte sanzionatorie<sup>3</sup>.

Tale percorso d'integrazione si è ulteriormente consolidato con l'approvazione del Regolamento Europeo 2017/1939 (Reg.UE) relativo all'istituzione della Procura Europea (EPPO, acronimo dell'inglese *European Public Prosecutor's Office*) mediante il meccanismo della cooperazione rafforzata ex art. 86 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)<sup>4</sup>.

Ad oggi gli Stati membri partecipanti sono 22 (Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna)<sup>5</sup>.

Il testo del Reg.UE si compone di 120 articoli. I primi 42 sono dedicati alla struttura, alla competenza ed allo svolgimento delle indagini della Procura

Europea. I restanti 78 riguardano la disciplina della protezione dei dati personali trattati dalla Procura Europea, l'accesso ai documenti ed i rapporti con gli altri organismi europei.

Ulteriori norme di dettaglio sono previste dal Regolamento Interno (Reg.In.)<sup>6</sup>, elaborato dal Procuratore Capo Europeo, pubblicato sulla Gazzetta Europea in data 21 gennaio 2021.

L'operatività dell'EPPO, inizialmente prevista per il 20 novembre 2020, è stata prorogata al 2021, anche a causa dell'emergenza Covid e connessi ritardi da parte degli Stati membri nell'espletamento degli adempimenti a loro carico: adeguamento normativo a livello nazionale, creazione dell'organizzazione a livello locale, indicazione dei nominativi dei Procuratori Europei Delegati.

L'istituzione di un organo inquirente sovranazionale - dopo circa 4 anni di negoziazioni dalla iniziale proposta di Regolamento presentata dalla Commissione Europea nel luglio 2013<sup>7</sup> - costituisce una nuova frontiera della cooperazione europea in materia penale, non più orizzontale tra autorità giudiziarie nazionali, bensì parzialmente verticale, in virtù del fatto che le decisioni strategiche e l'azione penale si pongono formalmente sul piano europeo, mentre la giurisdizione sul piano nazionale<sup>8</sup>.

Un approdo volto a colmare ciò che è stato definito "*enforcement gap*" nella protezione del bilancio europeo<sup>9</sup>, frutto di un lungo percorso di proposte,

ripensamenti e battute d'arresto<sup>10</sup>. Senza entrare nel dettaglio dei passaggi che hanno condotto all'approvazione del Regolamento istitutivo, per esigenza di sintesi, ci si limita ad osservare che l'impostazione iniziale (teorizzata per la prima volta nel 1997<sup>11</sup>) ha virato verso un sistema multilivello ed una maggiore decentralizzazione, determinando una notevole complessità strutturale della "catena di comando"<sup>12</sup> ed una potenziale disomogeneità degli strumenti investigativi in virtù del costante riferimento del Regolamento alla normativa nazionale, in assenza di una armonizzazione europea della procedura penale.

Superato il "*risque politique*" di impantanarsi, sembra esser rimasto il "*risque juridique*" paventato dalla prof.ssa Delmas-Marty insito nella "crescente complessità normativa che nasce dal groviglio di norme nazionali più o meno armonizzate, ma mai identiche, e di prassi di cooperazione a geografia e contenuto variabili"<sup>13</sup>.

### 1.1. La competenza della Procura Europea.

La Procura Europea è competente *ratione materiae*:

- ex art. 22, comma, 1 Reg.UE, per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione<sup>14</sup> di cui alla direttiva PIF ovvero sia:
  - le frodi relative a fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima (mediante le condotte indicate nell'art. 3, comma 2, lett. a), b), c) Direttiva PIF<sup>15</sup>);
  - le frodi IVA (art. 3, comma 2, lett. d) Direttiva PIF) a condizione che coinvolgano due o più Stati membri con un danno di almeno 10 milioni di EUR,
  - il riciclaggio di denaro derivante da frode al bilancio dell'Unione o ai bilanci gestiti da quest'ultima (art. 4, comma 1, Direttiva PIF<sup>16</sup>);
  - la corruzione attiva o passiva e l'appropriazione indebita del funzionario pubblico (nazionale o europeo) lesive degli interessi finanziari dell'Unione (art. 4 commi 1 e 2 Direttiva PIF<sup>17</sup>);
- ex art. 22 comma 2 Reg.UE, per i reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio (art. 2), se l'attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui alla direttiva PIF;
- ex art. 22, comma 3, Reg.UE, per qualsiasi altro reato indissolubilmente connesso a una condotta criminosa rientrante nel suddetto ambito di

applicazione, solo se rispettati i criteri dell'art. 25, commi 3 e 4.

Ai sensi dell'art. 22, comma 4, Reg.UE sono, invece, esclusi *tout court* i reati in materia di imposte dirette nazionali, ivi inclusi i reati indissolubilmente legati.

Il Reg.UE prevede inoltre una casistica nella quale l'esercizio dei poteri d'intervento della Procura Europea è diversamente modulato a seconda delle circostanze.

Ai sensi dell'art. 25, comma 2, Reg.UE, qualora un reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 22 abbia comportato o possa comportare un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a EUR 10.000, l'EPPD può esercitare la sua competenza soltanto se:

- a) il caso ha ripercussioni a livello dell'Unione che richiedono lo svolgimento di un'indagine da parte dell'EPPD; oppure
- b) possono essere sospettati di aver commesso il reato funzionari o altri agenti dell'Unione, ovvero membri delle istituzioni dell'Unione.

Al contrario, vi sono alcune circostanze che escludono la competenza della Procura Europea in casi nei quali teoricamente potrebbe esercitarla:

- l'art. 25, comma 3, Reg.UE prevede un dovere di astensione quando il reato ancillare sia punito dal diritto nazionale con sanzioni uguali o più gravi rispetto al reato PIF (salvo che il primo reato risulti meramente "strumentale" alla commissione del secondo) oppure quando il danno per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato PIF non risulti superiore al danno arrecato ad un'altra vittima dello stesso;
- l'art. 34, comma 3, Reg.UE prevede la possibilità per il collegio di emanare "*direttive generali*"<sup>18</sup> che consentano ai Procuratori Europei Delegati di decidere, "*autonomamente e senza indebito ritardo*", di far ricadere un caso nell'orbita di una gestione meramente nazionale, in presenza di un danno per i suoi interessi finanziari inferiore a EUR 100.000, qualora non sia necessario svolgere indagini o esercitare l'azione penale a livello dell'Unione e che sia nell'interesse dell'efficienza delle indagini o dell'azione penale.

La Procura Europea, quando potrà effettivamente esercitare le sue funzioni, sarà competente per i reati commessi a partire dal 20 novembre 2017. Tuttavia, nulla è specificato in relazione ai casi in cui vi siano i reati continuati o reati "indissolubilmente connessi" che si collochino a cavallo di tale data.

Quanto alla competenza territoriale e personale, ex art. 23 Reg.UE, è necessario che i suddetti reati siano stati commessi:

- a) in tutto o in parte nel territorio di uno o più Stati membri;
- b) da un cittadino di uno Stato membro, a condizione che lo Stato sia competente per tali reati quando sono commessi al di fuori del suo territorio, o
- c) al di fuori dei territori di cui alla lettera a), da una persona che al momento della commissione del reato era soggetta allo statuto o al regime applicabile, a condizione che lo Stato membro sia competente per tali reati quando sono commessi al di fuori del suo territorio.

Il Reg.UE prevede, dunque, un sistema di competenze concorrenti tra EPPO (che opera come un ufficio unico con struttura decentrata) e autorità nazionali alla luce del principio di leale cooperazione. In caso di disaccordo sulle questioni relative all'esercizio di competenza, sono le autorità nazionali competenti a decidere in merito all'attribuzione della stessa (cfr. art. 25, comma 6, Reg.UE) e non un organo terzo. Sul punto, va precisato che è stata prevista la possibilità per la Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE *“sull'interpretazione degli articoli 17 e 20 del Regolamento relativamente a eventuali conflitti di competenza tra la Procura europea e le autorità nazionali competenti”*. Trattasi tuttavia di una possibilità rimessa alla discrezionalità delle autorità giurisdizionali nazionali (ed indirettamente, come noto, alla persuasività delle argomentazioni delle parti del procedimento)<sup>19</sup>.

## 1.2. La struttura organizzativa della Procura Europea.

Dal punto di vista organizzativo (capo III Reg.UE), il livello centrale è costituito da:

- un Procuratore Capo Europeo (PCE), Laura Codruta Kövesi, a capo dell'EPPO nel suo complesso (artt. 11 e 14);
- il Collegio dei Procuratori Europei (PE)<sup>20</sup>, responsabile della supervisione generale e delle decisioni strategiche (art. 9);
- le Camere Permanenti<sup>21</sup> (art. 10), nelle quali siedono i Procuratori Europei, con il compito di monitorare e dirigere le indagini condotte dai Procuratori Europei Delegati (PED) nei singoli casi<sup>22</sup>.

Il 27 luglio 2020 sono stati nominati i 22 Procuratori Europei (artt. 12, 16) che comporranno l'Ufficio Centrale e per l'Italia è stato scelto il PM Danilo Ceccarelli (nominato inoltre come Vice Procuratore Capo Europeo, insieme al tedesco Andrés Ritter).

Il livello decentrato è costituito dai PED aventi sede negli Stati membri (artt. 13, 17). Su proposta del PCE, il Collegio nomina (per cinque anni) almeno due PED designati dagli Stati membri (art. 17, comma 1). Nomine che sono state formalizzate solo da Slovacchia, Germania, Repubblica Ceca, Lituania, Estonia, Paesi Bassi, Romania e Bulgaria (dato aggiornato al 18 febbraio 2021).

Un equilibrio delicato tra efficace attuazione delle politiche dell'Unione ed effettività delle indagini. Un obiettivo non semplice da raggiungere considerato che il Reg.UE, da un lato, lascia impregiudicati i sistemi nazionali degli Stati membri per quanto riguarda il modo in cui sono organizzate le indagini penali (cfr. capo V sezione I, II e III Reg.UE) e prevede che gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi siano soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale (cfr. art. 42 Reg.UE); dall'altro, prevede che il livello centrale monitori, indirizzi e supervisioni le indagini e le azioni penali condotte dai PED attraverso il Procuratore Europeo incaricato della supervisione ed in base alle indicazioni e istruzioni della Camera Permanente competente.

A ciò si aggiunge che i PED indosseranno un “doppio cappello”, dovendo agire esclusivamente per conto e in nome dell'EPPO nel territorio dei rispettivi Stati membri (vincolati ad un rigoroso rendiconto del proprio operato verso l'istituzione europea), potendo tuttavia continuare ad espletare le funzioni di pubblici ministeri nazionali, a condizione che ciò non impedisca loro di assolvere gli obblighi derivanti dal Regolamento.

## 1.3. L'operatività dei Procuratori Europei Delegati (PED).

Ai sensi dell'art. 25, per i reati indicati nel Reg.UE, l'EPPO esercita la sua competenza attraverso il PED il quale:

- avvia un'indagine (art. 26 Reg.UE) o decide di avvalersi del suo diritto di avocazione quando le indagini siano state già avviate da una procura di un Paese aderente (art. 27 Reg.UE);
- successivamente esercita l'azione penale tramite presentazione alla Camera Permanente di un progetto di decisione in cui propone di portare un caso a giudizio, sul quale la camera decide entro 21 giorni (art. 36 Reg.UE), salvo non decida di archiviare del caso (art. 39 Reg.UE<sup>23</sup>);
- esplica le funzioni di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati

membri fino alla pronuncia del provvedimento definitivo<sup>24</sup> (artt. 35, 36 Reg.UE) - vale a dire fino alla decisione finale sulla responsabilità dell'individuo ovvero sino alla pronuncia del provvedimento definitivo sulla base di termini convenuti con l'indagato nell'ambito della procedura semplificata (art. 40 Reg.UE).

La sezione 2 Reg.UE è dedicata alle “*Norme relative alle misure investigative e ad altre misure*”<sup>25</sup>. In particolare, è previsto che per i reati oggetto d'indagine, punibili con pena massima di almeno quattro anni di reclusione, gli Stati membri assicurano che i PED siano autorizzati a disporre o chiedere una serie di misure investigative (elencate alle lett. a)-f) dell'art. 30 Reg.UE): perquisizioni locali, personali e informatiche; misure cautelari necessarie a preservare le prove; ordini di esibizioni di documenti; produzione di dati informatici, bancari e relativi al traffico; congelamento di strumenti o proventi di reato di cui si teme la dispersione; intercettazioni di comunicazioni elettroniche; tracciamento e rintracciamento di oggetti mediante mezzi tecnici.

Sono fatte salve le disposizioni di diritto nazionale che contengono restrizioni specifiche con riguardo:

- a categorie specifiche di persone o di professionisti giuridicamente vincolati a un obbligo di riservatezza;
- alla produzione di dati informatici, bancari e relativi al traffico;
- alle intercettazioni e al tracciamento e rintracciamento (in particolare, rispetto a tali misure investigative gli Stati membri possono limitarne l'applicazione a specifici reati gravi fornendo un pertinente elenco<sup>26</sup>).

Ai sensi dell'art. 33 Reg.UE, il PED incaricato del caso può disporre o chiedere l'arresto o la detenzione preventiva dell'indagato o dell'imputato in conformità del diritto nazionale e, qualora sia necessario procedere all'arresto e alla consegna di una persona che non si trova nello Stato membro in cui ha sede il PED incaricato del caso, quest'ultimo emette o chiede all'autorità competente di detto Stato membro di emettere un mandato d'arresto europeo ai sensi della decisione quadro 2002/584/GAI<sup>27</sup>.

#### **1.4. I Rapporti della Procura Europea con i “partner” europei: Europol, Eurojust, OLAF.**

La Procura Europea si va ad aggiungere agli altri organi e agenzie istituiti nel corso degli anni per favorire la cooperazione europea: *Europol* (1995<sup>28</sup>), agenzia di contrasto incaricata dell'applicazione

della legge fornendo assistenza agli Stati membri nella lotta contro la criminalità internazionale ed il terrorismo; *European Anti Fraud Office* (OLAF) (1999), servizio della Commissione Europea incaricato di condurre indagini di natura amministrativa nella lotta antifrode; *Eurojust* (2002<sup>29</sup>), agenzia incaricata di stimolare e migliorare il coordinamento delle indagini e azioni penali tra le autorità giudiziarie competenti degli Stati membri nella lotta alla criminalità organizzata e transfrontaliera, agevolando la prestazione dell'assistenza giudiziaria internazionale e l'esecuzione di mandati d'arresto europei.

Se necessario ai fini delle sue indagini, l'EPPO può ottenere, su richiesta, qualunque informazione detenuta da Europol<sup>30</sup>, pertinente a un qualsiasi reato di sua competenza, e può anche chiedere a Europol di fornire supporto analitico ad una sua indagine specifica (art. 102 Reg.UE). In particolare, il Procuratore Capo Europeo, Laura Kövesi, ed il Direttore Esecutivo dell'Europol, Catherine De Bolle, hanno firmato nel gennaio 2021 un *Working Arrangement* nel quale sono specificate le aree di cooperazione (art. 4): scambio di conoscenze specialistiche, di report generali, di informazioni specifiche su indagini penali e sui metodi di prevenzione del crimine, partecipazione ad attività formative.

Ai sensi dell'art. 100 Reg.UE, l'EPPO ed Eurojust collaborano sul fronte operativo in conformità ai rispettivi mandati in relazione qualsiasi indagine condotta dall'EPPO in cui si consideri necessario od opportuno uno scambio di informazioni o un coordinamento delle misure investigative con riferimento a casi che rientrano nella competenza di Eurojust. D'altronde è proprio l'art. 86 TFUE a prevedere l'istituzione della Procura Europea “*a partire*” dall'Eurojust (“*from Eurojust*”).

Tuttavia, è lecito chiedersi quale sia la corretta interpretazione da dare all'inciso posto che, con l'attuale Regolamento, sussiste il rischio di una possibile, seppur parziale, duplicazione di poteri e aree di competenza. La forma ibrida prescelta per la Procura Europea (indipendente ma decentralizzata) rischia di creare sovrapposizioni – a discapito dell'efficienza nella conduzione delle indagini - tra attività dei PED e membri nazionali dell'Eurojust, la cui operatività in materia di cooperazione giudiziaria penale è stata ulteriormente rafforzata con l'approvazione del nuovo Regolamento (2018/1727) applicabile dal 12 dicembre 2019<sup>31</sup>.

Per scongiurare tale rischio, nel febbraio 2021 il Procuratore Capo Europeo, Laura Kövesi, ed il

Presidente di Eurojust, Ladislav Hamran, hanno firmato un *Working Arrangement*<sup>32</sup> con il quale – oltre alla disciplina delle modalità di accesso ai reciproci sistemi di gestione dei fascicoli (artt. 5 e 6) e di cooperazione istituzionale e amministrativa (artt. 12-16) – è stato imposto un obbligo di immediata comunicazione da parte della Procura Europea nei casi in cui, analizzate le informazioni fornite da Eurojust, decida di avviare un'indagine, di non avviare un'indagine, di non avocare un caso o di trasferire il caso alle autorità nazionali competenti. Comunicazione necessaria anche nel caso in cui le informazioni fornite da Eurojust corrispondano ad un'indagine già autonomamente avviata dalla Procura Europea o ad un caso trasferito dalla Procura Europea alle autorità nazionali (art. 7)<sup>33</sup>. Inoltre, Eurojust svolgerà un ruolo fondamentale di cooperazione nei casi transnazionali che coinvolgono paesi terzi non aderenti all'EPPO (art. 8 comma 2 e art. 9).

Qualora l'EPPO conduca un'indagine penale è espressamente previsto che l'OLAF non possa avviare alcuna indagine amministrativa parallela sugli stessi fatti. Tuttavia, l'EPPO può chiedere all'OLAF di sostenere o integrare l'attività dell'EPPO. Viceversa, al fine di consentire all'OLAF di valutare l'azione amministrativa opportuna conformemente al suo mandato, l'EPPO può fornire informazioni pertinenti in merito a casi in cui ha deciso di non condurre un'indagine o che ha archiviato (art. 101 Reg.UE).

Secondo quanto dichiarato dal PCE - durante la discussione con il Comitato per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) e con il Comitato per il Bilancio (CONT) alla seduta del 26 gennaio 2021 - sarà adottato un *Working Arrangement* anche con OLAF.

Si tenga altresì presente che dal 16 febbraio 2021 la Procura Europea è collegata all'infrastruttura TESTA (acronimo di *Trans European Services for Telematics between Administrations*) deputata allo scambio di dati tra pubbliche amministrazioni, utilizzata dalle istituzioni e agenzie europee, nonché dagli Stati UE e dalle organizzazioni che agiscono per loro conto.

## **2. Il Regolamento interno della Procura Europea.**

In data 21 gennaio 2021 è stato pubblicato sulla Gazzetta Europea il Regolamento Interno (Reg.In.)<sup>34</sup> elaborato dal Procuratore Capo Europeo, ex art. 21 Reg.UE, e sottoposto all'approvazione del collegio. Il Reg.In. disciplina l'organizzazione del lavoro e completa le disposizioni del Reg.UE.

### **2.1. Registrazione e verifica delle informazioni ricevute o acquisite dalla Procura Europea.**

Di particolare interesse è il titolo III capo 1 "*aspetti operativi*" che disciplina il Registro delle informazioni ricevute dall'EPPO ex art. 24 Reg.UE, nonché quelle acquisite d'ufficio dall'EPPO, specificando un dettagliato elenco di elementi che devono essere annotati obbligatoriamente<sup>35</sup> o facoltativamente laddove disponibili<sup>36</sup> (art. 38, commi 3 e 4, Reg.In.); nonché la procedura di verifica di tali informazioni (artt. 39 e 40 Reg.In.).

Ai sensi dell'art. 38, comma 7, Reg.In., le informazioni segnalate da privati che non facciano manifestamente riferimento a una condotta criminosa in relazione alla quale l'EPPO può esercitare la propria competenza sono trasferite in un registro apposito e trasmesse senza indebito ritardo alle autorità nazionali competenti, oppure sono restituite alla parte segnalante e/o eliminate.

Ai sensi dell'art. 38, comma 5, Reg.In., il sistema automatico di gestione dei fascicoli<sup>37</sup> informa mediante notifica i PE competenti in base allo Stato membro o agli Stati membri in cui è concentrata l'attività criminosa (vale a dire il luogo in cui è stata commessa la maggior parte dei reati, se più di uno).

Ai sensi dell'art. 39 Reg.In., a seguito della notifica, individuato il PE competente (che diviene PE incaricato della supervisione), quest'ultimo assegna ad un PED (che diviene il PED incaricato del caso) la verifica delle informazioni registrate a norma dell'art. 38 ai fini dell'avvio di una indagine<sup>38</sup> o a fini dell'avvocazione di una indagine<sup>39</sup>. Tale verifica è effettuata in conformità al diritto nazionale applicabile, utilizzando anche le fonti che sarebbero altrimenti a sua disposizione se agisse a titolo di pubblico ministero nazionale (art. 40, comma 3, Reg.In.).

Il PED completa la verifica relativa all'avvocazione di un'indagine almeno due giorni prima della scadenza del termine di cui all'articolo 27, comma 1, Reg.UE<sup>40</sup> (termine prorogabile per massimo cinque giorni). La mancata adozione di una decisione, entro il termine stabilito, da parte del PED è considerata come una presa di posizione contro l'avvocazione di un caso, e l'art. 42 del Reg.In. si applica di conseguenza (art. 40, commi 4, 6, 7, Reg.In.). La verifica relativa all'avvio di un'indagine è ultimata entro e non oltre 20 giorni dall'assegnazione (cfr. art. 40, comma 4, Reg.In.) prorogabile su richiesta del PED.

### **2.2. Apertura del fascicolo d'indagine e riesame delle decisioni del PED.**

Superato il vaglio di verifica delle informazioni e della competenza, se il PED decide di avviare una indagine o avocare un caso si passa dal Registro all'apertura di un fascicolo vero e proprio al quale è assegnato un numero di identificazione<sup>41</sup>. Il corrispondente riferimento nell'indice contiene una serie di elementi, elencati all'art. 41 comma 2 Reg.In., relativi alla persona indagata/imputata, alle persone di contatto o collegate a queste ultime, nonché alla persona segnalante o vittima.

Il 14 ottobre 2020 è stato adottato un Regolamento – che entrerà in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e andrà aggiunto quale *annex* al Reg.UE - che modifica quest'ultimo nella parte in cui indica le categorie di dati personali operativi e le categorie di interessati i cui dati personali operativi possono essere trattati dalla Procura europea<sup>42</sup>. In particolare, sono state elencate le categorie di interessati e le categorie di dati personali operativi di cui all'articolo 49, paragrafo 3, diversificati a seconda che riguardino:

- persone indagate/imputate/condannate in seguito a procedimento penale dell'EPPO;
- persone in contatto o collegate a una delle persone di cui sopra;
- persone fisiche che hanno segnalato reati di competenza dell'EPPO o ne sono vittime.

L'elenco di dati per le ultime due categorie di interessati è più ristretto<sup>43</sup> rispetto a quello della prima categoria<sup>44</sup> ed è specificato che possono essere trattati nella misura limitata a quanto necessario e proporzionato affinché l'EPPO possa svolgere i suoi compiti di indagine e di azione penale. È opportuno che gli operatori del diritto ed ogni singolo interessato siano a conoscenza della possibilità di accedere ai dati dell'EPPO. Il Reg.UE, al capo VIII “*protezione dei dati*” disciplina i principi relativi al trattamento dei dati personali (art. 47) e dei dati personali operativi (art. 49); le categorie di interessati (art. 51); le comunicazioni e modalità per l'esercizio dei diritti dell'interessato (art. 57); le informazioni da fornire all'interessato (art. 58); le condizioni ed i limiti per esercitare il diritto di accesso (artt. 59, 60); nonché il diritto di rettifica o cancellazione di dati personali operativi e limitazione di trattamento (art. 61).

Dopo l'apertura di un caso, il sistema automatico di gestione dei fascicoli ne assegna il monitoraggio a una Camera Permanente scelta in modo casuale, di cui il PE incaricato della supervisione non è un membro permanente (artt. 45, 46, 47 Reg.In., sul

potere di indirizzo e riesame da parte delle camere permanenti).

Viceversa, se il PED ritiene che non sia opportuno avviare un'indagine o avocare un caso ne iscrive i motivi nel registro e la decisione è assegnata per il riesame a una Camera Permanente di cui il PE incaricato della supervisione non è un membro permanente (art. 42 Reg.In.).

La Camera Permanente, in caso di avocazione, effettua il riesame prima della scadenza del termine di cui all'articolo 27, comma 1, del Reg.UE; in caso di avvio d'indagine, entro e non oltre 20 giorni dall'assegnazione alla Camera Permanente (art. 42, comma 4, Reg.In.). All'esito, può incaricare il PED di avviare un'indagine o di avocare il caso oppure, se non impartisce istruzioni prima della scadenza del termine fissato per il riesame, la decisione del PED si considera accettata. Ove possibile, la decisione è notificata all'autorità o alla persona che ha segnalato la condotta criminosa (art. 42, commi 5 e 6, Reg.In.). Ai sensi dell'art. 64 Reg.In., è previsto che il Collegio, su proposta del PCE, adotti un'ulteriore decisione sul trattamento dei dati personali amministrativi e operativi da parte dell'EPPO che definisca almeno le modalità pratiche per l'esercizio dei diritti dell'interessato; i termini per la conservazione dei dati personali amministrativi; i criteri e il processo relativi allo scambio di informazioni; se necessario, l'istituzione di archivi automatizzati diversi dai fascicoli ai fini del trattamento dei dati personali operativi.

### **2.3. Metodo di lavoro del PED incaricato del caso, riassegnazione del caso e richieste di assistenza ad un PED di un altro Stato membro.**

Altrettanto rilevante, per quanto qui d'interesse, il capo 2 del Reg.In. dedicato alle “*Inchieste*”. In particolare, il PED che ha deciso di avocare o avviare l'indagine provvede a condurla, eventualmente con il supporto di altri procuratori delegati dello stesso Stato. Per quanto sono inevitabilmente fatte salve le disposizioni del diritto nazionale, il Reg.In. impone ai PED un “metodo di lavoro” uniforme:

- il fascicolo – fisico ed elettronico - deve essere gestito e organizzato conformemente al Reg.In. per evitare di disomogeneità e garantire il corretto funzionamento dell'EPPO in quanto ufficio unico (art. 43 Reg.In.);
- durante il corso delle indagini il PED incaricato del caso deve redigere e mantenere aggiornata una relazione sullo stato di avanzamento dei lavori: misure investigative pianificate e adottate; qualsiasi modifica che riguardi l'indagato, il reato,

il danno, la vittima; la raccolta di prove importanti, eventuali richieste di riesame di qualsiasi atto o decisione<sup>45</sup>; breve descrizione del contenuto delle comunicazioni, atti o decisioni indirizzati ad uno Stato membro o a persona soggetta alla giurisdizione di uno Stato membro (art. 44, comma 1, Reg.In.<sup>46</sup>).

Gli artt. 49 e 50 Reg.In. disciplinano la riassegnazione del caso:

- ad un altro PED dello stesso Stato membro su decisione del PE incaricato della supervisione;
- ad un PED di un altro Stato membro su proposta del PED incaricato del caso, del PE incaricato della supervisione o di qualsiasi membro permanente della Camera Permanente di monitoraggio.

È inoltre possibile assegnare una singola misura investigativa da parte del PED incaricato del caso ad un PED incaricato di prestare assistenza di un altro Stato membro (art. 53 Reg.In.).

Quanto alla normativa da rispettare rispetto alla misura investigativa richiesta, l'art. 31 Reg.UE (*indagini transfrontaliere*) si limita a specificare che:

- se per la misura è richiesta un'autorizzazione giudiziaria ai sensi del diritto dello Stato membro del PED incaricato di prestare assistenza, quest'ultimo ottiene tale autorizzazione conformemente al diritto di detto Stato membro,
- se tale autorizzazione giudiziaria non è richiesta dal diritto dello Stato membro del PED incaricato di prestare assistenza, ma è richiesta dal diritto dello Stato membro del PED incaricato del caso, quest'ultimo ottiene l'autorizzazione e la trasmette congiuntamente all'assegnazione<sup>47</sup>.

Al PED incaricato di prestare assistenza è lasciato un margine di discrezionalità potendo valutare se una misura alternativa, ma meno intrusiva, consenta di conseguire gli stessi risultati della misura assegnata ovvero se la misura assegnata non esista o non sarebbe disponibile in un caso nazionale analogo ai sensi del diritto del suo Stato membro (cfr. art. 31, comma 5, lett c) e d), Reg.UE).

Se la misura assegnata non è prevista dalla normativa puramente interna, ma sarebbe disponibile grazie agli strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera, i PED interessati, di concerto con i PE incaricati della supervisione, possono ricorrere a tali strumenti (cfr. art. 31, comma 6, Reg.UE).

Nulla di specifico è detto del caso in cui sia necessaria un'autorizzazione giudiziaria ai sensi del diritto dello Stato membro del PED incaricato di prestare assistenza ma i criteri per concedere tale autorizzazione (e relative garanzie difensive) siano

diversi da quelli dello Stato membro del PED incaricato del caso. L'art. 32 Reg.UE riguarda il caso inverso prevedendo che nell'esecuzione della misura si osservano le formalità e le procedure espressamente indicate dal PED incaricato del caso, a meno che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro del PED incaricato di prestare assistenza.

L'art. 51 Reg.In. disciplina la riunione o separazione di casi che soddisfano i criteri di cui all'articolo 26, comma 5, lettera b), e comma 6, Reg.UE ossia finché il PED non abbia deciso di esercitare l'azione penale, tenendo debitamente conto dello stato delle indagini in quel momento, e sempre che tali decisioni siano nell'interesse generale della giustizia e conformi ai criteri di scelta del PED incaricato del procedimento ai sensi dell'art. 26 comma 4.

Considerato che un caso è di norma aperto e trattato da un PED dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa oppure, se sono stati commessi più reati connessi di competenza dell'EPPO, dello Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati, la riassegnazione del caso separato ad un altro PED così come la riassegnazione dei casi riuniti ad un unico PED dovrà tener conto dei seguenti criteri, in ordine di priorità: a) il luogo di residenza abituale dell'indagato o dell'imputato; b) la nazionalità dell'indagato o dell'imputato; c) il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale.

#### **2.4. Chiusura delle indagini ed esercizio dell'azione penale.**

Gli artt. 56, 57 e 58 Reg.In. riguardano la chiusura dell'indagine e prevedono che il PED incaricato presenti una relazione contenente la sintesi dei fatti quali risultanti dalle prove, la qualificazione giuridica, la proposta motivata di esercitare l'azione penale, di applicare una procedura semplificata, di archiviare il caso o rinviarlo alle autorità nazionali; eventualmente la proposta di riunire più cause indicando l'organo giurisdizionale dinanzi al quale portarle; i termini applicabili a norma del diritto nazionale (art. 56, comma 1, Reg.In.).

La relazione e il progetto di decisione sono presentati al PE incaricato della supervisione, il quale li trasmette entro dieci giorni alla Camera Permanente unitamente alle sue eventuali osservazioni (art. 56, comma 3, Reg.In.). Il PED presenta la relazione in modo tale da garantire che i termini di cui ai paragrafi 3 e 4 possano essere rispettati, tenendo conto dell'esistenza di eventuali



scadenze applicabili conformemente al diritto procedurale nazionale (art. 56, comma 8, Reg.In.).

Il Presidente della Camera Permanente decide la data in cui si discutono la relazione e il progetto di decisione. Quando il PED presenta un progetto di decisione in cui propone di portare un caso in giudizio, tale progetto è discusso almeno cinque giorni prima della scadenza del termine di cui all'articolo 36, comma 1, Reg.UE<sup>48</sup> (art. 56, comma 4, Reg.In.).

A norma dell'articolo 46, la Camera Permanente può adottare o modificare la decisione proposta dal PED, può adottare una decisione diversa o può incaricare il PED di proseguire l'indagine, indicando le attività specifiche da svolgere. Se lo ritiene necessario, può anche procedere a un proprio riesame conformemente all'articolo 35, comma 2, Reg.UE<sup>49</sup> (art. 56, comma 6, Reg.In.).

A norma dell'art. 34, commi da 1 a 3<sup>50</sup>, Reg.UE, il PED incaricato del caso, il PE incaricato della supervisione o qualsiasi membro della Camera Permanente di monitoraggio possono proporre, in qualsiasi momento dell'indagine, di rinviare un caso alle autorità nazionali.

Ai sensi dell'art. 57 Reg.In., il progetto di decisione è registrato nel sistema automatico di gestione dei fascicoli, che ne informa i membri permanenti della Camera Permanente, il PE incaricato della supervisione e il PED incaricato del caso. Se entro un termine di cinque giorni non pervengono osservazioni da alcuna delle parti informate, la decisione si considera adottata, è tradotta ed è trasmessa all'autorità nazionale competente. Se l'autorità nazionale competente decide di farsi carico del caso o se il rinvio si fonda sull'art. 34, commi 1 e/o 2, Reg.UE, il PED trasferisce il fascicolo senza indebito ritardo.

Nei casi in cui il rinvio si fonda sull'art. 34, comma 3, Reg.UE, se l'autorità nazionale competente non si fa carico del caso o non risponde entro 30 giorni dal ricevimento della decisione di rinvio, il PED prosegue l'indagine o procede all'applicazione dell'art. 56 del Reg.In.

Ai sensi dell'art. 59 Reg.In. è possibile la riapertura di una indagine se l'EPPO riceve informazioni relative a fatti che non erano noti al momento della decisione di archiviare un caso e che possono giustificare ulteriori indagini.

Una volta esercitata l'azione penale, il procedimento prosegue dinanzi alle autorità nazionali, permanendo in capo al PED il dovere di rendicontare il PE incaricato della supervisione.

### 3. L'adeguamento italiano alle disposizioni del Regolamento istitutivo della Procura europea.

#### 3.1. Lo schema di decreto legislativo (atto di governo n. 204).

Il Reg.UE, per quanto direttamente applicabile, ha richiesto un intervento di armonizzazione del diritto interno con il nuovo ufficio inquirente europeo, l'individuazione di nuove figure istituzionali e relative competenze, la definizione dei rapporti con le autorità inquirenti nazionali nonché gli aspetti procedurali della cooperazione. In attuazione della Legge di delegazione europea 2018 (art. 4), anche in Italia, ha preso concretamente avvio il percorso di adeguamento dell'ordinamento nazionale alle disposizioni del Regolamento istitutivo della Procura europea, a partire dallo Schema di Decreto legislativo (atto di governo n. 204) trasmesso alle Camere il 2 novembre 2020 ed assegnato alla commissione II Giustizia, V Bilancio e XIV Politiche dell'UE, con termine per l'espressione dei rispettivi pareri previsto per il 12 dicembre 2020. In data 12 novembre 2020 è iniziata la discussione dello Schema di Decreto legislativo in sede consultiva con il seguente esito:

- Il Giustizia (*favorevole con osservazioni*<sup>51</sup> - 10 dicembre 2020)
- V Bilancio (*favorevole* - 10 dicembre 2020)
- XIV Politiche dell'Unione Europea (*favorevole* - 9 dicembre 2020)

Con delibera del 30 dicembre 2020 il Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) ha espresso il suo parere sullo Schema di decreto legislativo evidenziando una serie di criticità alle quali porre rimedio. *Inter alia*, sono state evidenziate criticità con riferimento all'art. 14 (comunicazione delle denunce) chiedendo l'indicazione di criteri più chiari per la individuazione del PED destinatario della denuncia; all'art. 15 (mandato di arresto europeo) comma 1 la cui formulazione letterale risulterebbe imprecisa sembrando escludere i casi in cui il mandato di arresto sia stato emesso, su richiesta del PED, dal giudice competente; all'art. 16 (Contrasti di competenza) suggerendo una maggiore chiarezza del riferimento all'art. 54 quater c.p.p.

Il termine di esercizio della delega scadeva, originariamente, il 2 agosto 2020. Tale termine è stato però prorogato di 3 mesi dalla legge n. 27 del 2020, in considerazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale derivante dal Covid-19. Per effetto dell'art. 31, comma 3, della legge n. 234 del 2012, il termine è ulteriormente prorogato di 3 mesi (al 2 febbraio 2021) per consentire alle competenti

commissioni parlamentari di esprimere il parere e al Governo di poterne tenere conto (c.d. scorrimento dei termini).

### 3.2. Il d.lgs. n. 9/2021. Una lunga “gestazione”.

In data 29 gennaio 2021 il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legislativo n. 9/2021, composto da 21 articoli, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 5 febbraio 2021, con entrata in vigore dal 6 febbraio 2021.

Innanzitutto, nonostante la competenza territoriale dei PED sia nazionale, è da evidenziare la scelta di una dislocazione sul territorio, tramite integrazione con gli uffici esistenti, piuttosto che in un ufficio centralizzato<sup>52</sup>. Tale opzione era stata valutata inizialmente prevedendo un ufficio unico nazionale istituito presso la Procura Generale della Cassazione, ma è stata scartata sulla base degli esiti del monitoraggio svolto presso le Procure nazionali nel quale sono stati censiti i procedimenti per reati PIF (circa 1.500 procedimento nel quadriennio 2016-19), mostrando una distribuzione su tutto il territorio nazionale con una particolare concentrazione nell'area meridionale (il 50% dei procedimenti risulta iscritto ad Enna, Patti, Catania e Lecce)<sup>53</sup>.

Il d.lgs. 9/2021 disciplina, per quanto qui d'interesse, la procedura per la scelta dei PE e dei PED (cfr. art. 5) indicando i seguenti requisiti:

- terza valutazione di professionalità per i PED e quarta valutazione di professionalità per i PE (elemento obbligatorio);
- età massima 58 anni (elemento obbligatorio per entrambi);
- quelli di cui all'art. 16 Reg.UE<sup>54</sup> e quelli indicati nella delibera che sarà adottata dal CSM entro 30gg dal 6 febbraio (elementi obbligatori per entrambi);
- conoscenza adeguata della lingua inglese (elemento obbligatorio per entrambi)
- esperienza maturata nella conduzione di indagini relative a reati contro la pubblica amministrazione e in materia di criminalità economica e finanziaria e competenze nel settore della cooperazione giudiziaria (elemento preferenziale per la scelta dei PED).

Tra gli elementi che i candidati al ruolo di PED dovranno allegare scompare il riferimento (previsto nell'originaria formulazione dell'art. 5, comma 5, di cui allo schema di decreto) a quelli attestanti il possesso di “capacità scientifica e di analisi delle norme”, per gli aspiranti che non svolgessero già funzioni di legittimità. Capacità che, in effetti, non si

comprendeva sulla base di quali criteri potesse essere dimostrata e valutata.

Nello Schema di Decreto era previsto che ai PED scelti fossero trasmesse senza ritardo, tutte le denunce di cui all'art. 331 c.p.p., in relazione a reati di competenza della Procura Europea (art. 14 “Comunicazione alla Procura Europea delle denunce di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio”). Diversamente, l'attuale art. 14 (che muta rubrica in “Comunicazione e iscrizione di notizie di reato di competenza della Procura Europea”) prevede al comma 1 che “le comunicazioni di cui all'art. 347 c.p.p., le denunce, le querele, gli esposti e gli ulteriori atti comunque denominati, che hanno ad oggetto reati in relazione ai quali la Procura Europea potrebbe esercitare la sua competenza (...) sono presentati o trasmessi, oltre che al Pubblico Ministero nazionale, al Procuratore Europeo Delegato”.

Il PM nazionale quando riceve o acquisisce *motu proprio* la notizia di reato provvede agli adempimenti ex art. 335 c.p.p. “se la Procura Europea non ha già comunicato di esercitare la sua competenza e risulta necessario procedere al compimento di atti urgenti o vi è comunque motivo di ritenere che un ritardo nell'avvio delle indagini possa comprometterne l'esito” (art. 14, comma 2) e informa la Procura Europea dell'iscrizione del procedimento e dell'avvio delle indagini preliminari (art. 14, comma 5).

Fuori dai casi di cui al comma 2, la notizia di reato finisce in una sorta di “limbo”, annotata in un apposito registro, tenuto in forma automatizzata, e vi rimane fino a quando la Procura Europea comunica che non intende esercitare la sua competenza e, in ogni caso, per 30 giorni, decorsi i quali il PM procede “immediatamente” agli adempimenti di cui all'art. 335 c.p.p.

Tale modifica – che invero recepisce alcuni desiderata espressi dalla magistratura inquirente italiana – garantisce una particolare discrezionalità nell'avvio delle indagini a livello nazionale per reati di competenza dell'EPPO nell'attesa che la Procura Europea rivendichi espressamente la sua competenza ed inoltre - prevedendo di *default* la trasmissione al PM nazionale (“oltre che al Procuratore Europeo Delegato”) - sembra mostrare una carenza di fiducia nell'efficienza operativa della Procura Europea.

Si dovrebbe quantomeno prevedere che il PM nazionale che avvii un'indagine, per ritenuti motivi d'urgenza, segua nella formazione del fascicolo lo stesso “metodo di lavoro” imposto dal Regolamento Interno della Procura Europea (cfr. *supra* ¶ 2.3.) per

evitare disomogeneità soprattutto laddove la Procura Europe avochi a sé il procedimento<sup>55</sup>.

Quanto allo svolgimento delle indagini, i PED potranno richiedere e disporre intercettazioni e consegne controllate di merci, nei limiti e in base ai presupposti previsti dalla normativa vigente in Italia (cfr. art. 17), spettando al Governo la successiva comunicazione all'EPPO del catalogo dei reati per i quali il nostro ordinamento consente l'uso dei suddetti due mezzi di ricerca della prova.

Ruolo fondamentale è demandato al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione chiamato a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale in caso di contrasti tra EPPO e Procure della Repubblica nazionali (art. 16); nonché competente ad interagire con l'EPPO sulle decisioni in tema di riparto di competenze per l'esercizio dell'azione penale, ai sensi degli artt. 25 e 34 Reg.UE<sup>56</sup>, concernenti rispettivamente il consenso all'esercizio della competenza c.d. accessoria dell'EPPO e l'assunzione dei procedimenti di indagine istruiti dall'EPPO, quando quest'ultimo decida di dismetterli o di archivarli (art. 18). Tale ultima ipotesi riguarderebbe dunque il trasferimento in Italia di procedimenti relativi a indagini condotte da PED di altri Stati membri, rispetto ai quali trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 746 ter, commi 3, 4, 5, 6 e 7 c.p.p., in tema di assunzione dei procedimenti penali dall'estero<sup>57</sup> (art. 19).

Probabilmente, l'approssimarsi della scadenza del 2 febbraio per l'esercizio della delega ha costretto il Governo a mettere un punto, quantomeno provvisorio, al percorso di adeguamento al Reg.UE, che tuttavia è tutt'altro che terminato.

Il d.lgs. 9/2021, infatti, prevede una serie di termini per ulteriori adempimenti:

- Entro 30 giorni dal 6 febbraio il CSM deve determinare i criteri e la procedura per la valutazione delle dichiarazioni di disponibilità e la designazione dei candidati alla funzione di Procuratore Europeo.
- Entro i successivi 30 giorni il CSM deve scegliere 3 candidati idonei alla posizione di PE i cui nominativi saranno comunicati al Ministero della Giustizia che, nei 15 gg successivi, potrà formulare osservazioni, anche proponendo una diversa designazione.
- Nei 15 gg successivi alla ricezione delle osservazioni, o comunque alla scadenza per la formulazione delle stesse, il CSM designa con delibera motivata i 3 candidati da comunicare alla Procura Europea. Invero, il Procuratore Europeo

per l'Italia è stato già designato nella persona di Danilo Ceccarelli.

- Entro 30 giorni dal 6 febbraio il CSM deve determinare i criteri e la procedura per la valutazione delle dichiarazioni di disponibilità e la designazione dei candidati alla funzione di PED.
- Entro i successivi 30 giorni il CSM designa per ciascuna delle sedi indicate all'art. 10 un numero di magistrati idonei corrispondente a quello indicato dal PCE all'esito della negoziazione di cui all'art. 13, comma 2, del Regolamento. I nominativi saranno comunicati immediatamente dal Ministero di Giustizia al PCE (per poi esser sottoposti al parere del PCE e nominati ufficialmente dal Collegio).
- Entro 15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta dell'accordo di cui all'art. 4, comma 1, il Ministero della Giustizia determina con decreto la pianta organica dei PED individuando le sedi di servizio presso una o più procure dei capoluoghi di distretto.
- Nei 30 giorni successivi alla pubblicazione del suddetto decreto, il Ministero individua a mezzo interpello le unità di personale amministrativo a sostegno dei PED.
- Nei 60 giorni successivi al suddetto decreto del Ministero, i dirigenti delle Procure individuate quali sedi dei PED adottano i provvedimenti organizzativi necessari a favorire la piena integrazione dei PED nell'ambito dell'ufficio.
- Entro 30 giorni dal 6 febbraio, il Ministero deve istituire un apposito registro nel quale saranno annotate le notizie di reato di competenza della Procura Europea in attesa che si esprima sull'esercizio della competenza.
- Entro 15 giorni dal 6 febbraio, il Governo su proposta del Ministero notifica alla Procura Europea l'elenco dei reati per i quali le norme vigenti consentono l'impiego delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni e delle consegne controllate delle merci.

Una lunga "gestazione" che costringerà gli operatori del diritto a rimanere ancora in attesa degli ulteriori *step*.

#### **4. Come si sono adeguati nel resto d'Europa?**

Innanzitutto, mentre l'Italia ha optato per una totale dislocazione territoriale dei PED, similmente alla Germania che, pur prevedendo un PED di coordinamento centrale, ha optato per una distribuzione per *Länder* con accorpamenti di alcuni di loro, altri Paesi si sono orientati verso un ufficio

centralizzato come Spagna, Francia, Portogallo e Romania.

Quanto all'impostazione della legislazione di adeguamento, un approccio simile a quello italiano si ritrova in Portogallo ed in Grecia.

In Portogallo, come in Italia, non sono state apportate modifiche alle norme di procedura penale. È stata promulgata la legge n. 112/2019<sup>58</sup> di adeguamento al Reg.UE che regola la procedura di nomina e lo status dei PE e dei PED; determina il Giudice competente per l'adozione di misure investigative (nel "*juízo de instrução criminal*" di Lisbona e Porto); fissa le regole per l'accesso alle informazioni e stabilisce che il Procuratore Generale è competente per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione tra EPPO (*Procuradoria Europeia*) e Procure nazionali.

In Grecia è stata promulgata la legge 4596/2019 i cui artt. 16-21 sono dedicati alla Procura Europea (Ευρωπαϊκής Εισαγγελίας)<sup>59</sup>. Nonostante il Regolamento EU sia direttamente applicabile, la suddetta legge richiama quasi pedissequamente il contenuto di diverse disposizioni del Reg.UE quanto alle funzioni del PCE e dei PE greci (art. 16). Inoltre, disciplina lo status e la procedura di nomina dei PE e dei PED greci (indicando una serie di requisiti da soddisfare per potersi candidare, ex artt. 17 e 18); individua nel Procuratore generale della Suprema Corte l'autorità competente a dirimere i contrasti di giurisdizione (art. 20) e regola il coordinamento tra PED e altre autorità nazionali (art. 21).

Diversamente, in altri Paesi aderenti all'EPPO sono state introdotte modifiche rilevanti alla normativa interna ed in particolare ai codici di procedura penale.

In Francia con la legge n. 1672/2020<sup>60</sup> è stata codicizzata la figura del PED tramite inserimento di un nuovo titolo Xbis "*Du Parquet Européen*" nel libro IV del codice di procedura penale; sono state modificate alcune altre disposizioni del codice medesimo e sono state aggiunte disposizioni al codice dell'organizzazione giudiziaria e al codice delle dogane.

Analogamente, in Lituania, con la Legge n. XIII-3051 dell'11 giugno 2020<sup>61</sup>, è stato inserito nel capitolo II del codice di procedura penale (dedicato ai Principi generali) l'art. 17-4 relativo alla Procura Europea (*Europos prokuratūra*) introducendo un espresso richiamo alle previsioni del Reg.UE.

In Lussemburgo il Consiglio dei Ministri ha approvato in data 22 gennaio 2021 un progetto di legge per l'adeguamento al Reg.UE della legislazione nazionale prevedendo modifiche al codice di

procedura penale in relazione allo svolgimento delle indagini e all'esercizio dell'azione penale<sup>62</sup>.

I Paesi Bassi hanno aderito al meccanismo di cooperazione rafforzata per l'istituzione della Procura Europea (*Europees Openbaar Ministerie*) solo nell'agosto 2018 ed il 6 aprile 2020 è stata pubblicata la proposta legislativa 35429, attualmente in fase di discussione, contenente diverse modifiche alla normativa interna olandese<sup>63</sup>.

In Spagna<sup>64</sup> l'istituzione della Procura Europea ha addirittura determinato l'avviso di una riforma integrale del processo penale, nel quale scomparirebbe la figura del giudice istruttore (*juez instructor*) al fine di lasciare nelle mani del pubblico ministero (*fiscal*) lo svolgimento dell'indagine, per adattare il sistema processuale alla normativa europea e a quella degli altri Stati europei<sup>65</sup>.

In Romania è stata approvata dal Governo in data 22 ottobre 2020 una proposta di legge di attuazione del Reg.UE istitutivo della Procura Europea (*Parchetului European*)<sup>66</sup>, che dovrà essere successivamente adottata dal Parlamento. Trattasi probabilmente di una tra le più complete, comprendendo sia norme relative all'organizzazione dei PED a livello nazionale, sia norme che modificano o integrano le disposizioni nazionali.

Sono indicate nel dettaglio le modalità di comunicazione delle notizie di reato alla Procura Europea, precisando che l'ordinanza di remissione non è soggetta ad impugnazione ai sensi dell'art. 336 c.p.p. rumeno, imponendo un obbligo di notifica alle parti coinvolte compresa la persona che ha effettuato la segnalazione (artt. 6 e 7) e prevedendo che i pubblici ministeri informino immediatamente la Procura europea per i procedimenti iscritti prima della sua attivazione, affinché possa decidere se esercitare il proprio diritto di avocazione (art. 24). È disciplinato l'utilizzo di strumenti di cooperazione giudiziaria già esistenti in materia penale. Viene istituita una struttura centrale di supporto dei PED Rumeni (art. 16), indicando il numero di personale previsto e precisando che i PED rimangono formalmente nell'organico delle sedi da cui provengono pur svolgendo la loro attività all'interno della struttura di supporto creata *ad hoc*. Sono previste delle modifiche ed integrazioni al codice di procedura penale (capitolo V), in particolare è stato aggiunto l'art. 2502 – una norma tanto attesa in Romania - che prevede un controllo giurisdizionale delle misure cautelari durante tutto il corso delle indagini e durante il processo (mentre ad oggi, è possibile presentare reclamo entro un termine

brevissimo dall'esecuzione di una misura cautelare, senza possibilità ulteriori di contestarne l'adeguatezza). Interessante l'individuazione specifica delle autorità giudiziarie nazionali competenti (per grado) per i procedimenti gestiti dai PED (art. 20).

Quanto alla Germania, la legge del 10 luglio 2020 di attuazione del Reg.UE istitutivo della Procura Europea (*Europäischen Staatsanwaltschaft*)<sup>67</sup>, invece di modificare le norme interne, indica le disposizioni nazionali non applicabili ai procedimenti di competenza dei PED o del PE e quelle applicabili sono a determinate condizioni<sup>68</sup>. Nella legge di attuazione tedesca non è inserita alcuna disposizione in merito alla procedura per la nomina dei PED e ai relativi requisiti. Tale mancata previsione potrebbe dipendere dal recente dibattito innescato dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (resa nei casi congiunti C-508/18 and C-82/19 PPU, OG e P)<sup>69</sup> che ha statuito che i Pubblici Ministeri tedeschi non sono "sufficientemente indipendenti" per poter emettere un mandato d'arresto europeo in ragione del fatto che le Procure sono organizzate in una struttura gerarchica che ha al vertice il Ministero della Giustizia<sup>70</sup>. La medesima Corte è già tornata sulla questione, rispetto alla richiesta di Ordine Investigativo Europeo (*European Investigation Order*) da parte di un Pubblico Ministero di Amburgo, con la sentenza dell'8 dicembre 2020 nel Caso C-584/19 (*Staatsanwaltschaft Wien v A. e altri*) giungendo tuttavia ad una conclusione opposta in ragione della diversa natura dell'ordine investigativo rispetto al mandato d'arresto europeo<sup>71</sup>.

In Belgio il Consiglio dei Ministri ha approvato in data 27 novembre 2020 un *avant-projet de loi* per l'attuazione del Regolamento UE<sup>72</sup>.

## 5. Possibili criticità nell'operatività della Procura Europea.

Dall'analisi del combinato disposto tra normativa europea e nazionale italiana emergono una serie di possibili criticità la cui portata, tuttavia, potrà esser valutata solo nel momento in cui la Procura Europea diventerà effettivamente operativa attraverso l'attività dei Procuratori Europei Delegati. In questa sede ci limita a proporre alcuni spunti di riflessione.

### 5.1. Incertezze sui canali comunicativi.

Il nuovo sito web della Procura Europea contiene una sezione denominata "*Report a crime*", non ancora attiva poiché l'Ufficio sta ultimando gli adempimenti amministrativi. Considerato che le segnalazioni potranno pervenire da ogni Stato membro, è lecito

chiedersi come sarà strutturata tale sezione, con quale modalità sarà possibile segnalare la notizia di reato, quali saranno i requisiti di forma e sostanza e quale documentazione dovrà esser allegata.

La sezione "*Report a Crime*" crea un filo diretto con l'autorità centrale (d'altronde il Reg.In. della Procura Europea prevede espressamente le segnalazioni provenienti da privati ex art. 38, comma 7 e prevede un meccanismo di assegnazione dei casi ai PED tramite il filtro del Procuratore Europeo).

Tuttavia, in base alla legislazione italiana di adeguamento al Reg.UE, sembrerebbe che la denuncia/querela/esposto debba esser presentata alle autorità nazionali e non direttamente alla Procura Europea (cui sarà "trasmessa"). Tale conclusione si deduce dal combinato disposto dei commi 1 e 5 dell'art. 14 del d.lgs. 9/2021 (considerate soprattutto le modifiche apportate all'originario art. 14 dello schema di decreto).

Ad avviso di chi scrive, l'eventuale esistenza di un duplice canale di comunicazione rischia di generare confusione (non solo rispetto al destinatario della segnalazione ma anche al canale corretto da utilizzare, e conseguentemente alle formalità da rispettare).

Il CSM aveva peraltro evidenziato la scarsa precisione dei criteri indicati dall'art.14 dello schema di d.lgs. per la determinazione del PED al quale la P.G. deve inoltrare la denuncia<sup>73</sup>, invitando a maggiore chiarezza e ad un miglior coordinamento con gli artt. 4 e 10. Inoltre, rilevava che l'art. 14 dello Schema non precisava se la denuncia ex art. 331 c.p.p. dovesse essere inoltrata in contemporanea anche alla Procura nazionale competente per territorio.

Sul punto il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione aveva evidenziato la necessità che la "*notizia di reato sia comunicata anche all'autorità nazionale che, nel rispetto delle prerogative dell'EPPO, potrà però intervenire ove si determinino condizioni di urgenza*" per evitare soluzioni di continuità nel necessario immediato e costante presidio dell'autorità giudiziaria dopo l'acquisizione di una notizia di reato<sup>74</sup>.

Tali desiderata sono stati recepiti nel d.lgs. 9/2021 ma, ad avviso di chi scrive, nell'attuale formulazione dell'art. 14, rimane non sufficientemente chiara l'individuazione dell'autorità cui rivolgersi per i soggetti privati che intendano presentare una denuncia/querela/esposto per reati di competenza della Procura Europea. Se, cioè, siano sempre e solo le autorità nazionali a fare da filtro per la trasmissione all'istituzione europea o se sia ammessa una comunicazione diretta.

Inoltre, nell'auspicata elaborazione di ulteriori linee-guida, sarebbe necessario – a livello europeo – precisare le modalità pratiche per la richiesta di informazioni direttamente al sistema di gestione fascicoli della Procura Europea (analogamente alle richieste ex art. 335 c.p.p.) e – a livello nazionale – garantire che le richieste ex art. 335 c.p.p. restituiscano informazioni anche sui procedimenti eventualmente annotati nell'apposito registro provvisorio (da istituirsi ex art. 14 d.lgs. 9/2021).

## 5.2. *Forum shopping* e disparità delle armi.

Se da un lato, l'esistenza di Stati europei non aderenti all'EPPO potrebbe determinare il cd. fenomeno di *forum shopping* in senso tradizionale (ossia la consapevole scelta da parte del soggetto agente del luogo ove delinquere); dall'altro, il potere di "reallocation" in altri Stati membri di procedimenti relativi a indagini condotte da PED e la libera circolazione della prova penale all'interno del territorio dell'Unione (grazie alla disciplina del mandato di arresto europeo e dell'ordine investigativo europeo<sup>75</sup>) può determinare un analogo fenomeno da parte delle autorità inquirenti – ossia la scelta dello Stato membro in cui investigare o in cui procedere e, dunque, anche del diritto penale sostanziale e processuale applicabile<sup>76</sup> – con inevitabile impatto sulle garanzie del diritto di difesa dell'indagato/imputato (conseguente alle possibili divergenze tra *lex loci* e *lex fori*<sup>77</sup>).

Invero, anche rispetto alla posizione della vittima del reato il trasferimento di un procedimento in un altro Stato potrebbe avere conseguenze dannose nell'ipotesi in cui mutino le regole per il riconoscimento dello status di persona offesa o danneggiata dal reato.

In un tale scenario a geometria variabile<sup>78</sup>, ci si domanda se possa ritenersi soddisfatto il principio di legalità, di conoscibilità del precetto penale (nella parte definitoria e sanzionatoria), di conoscibilità delle eventuali misure restrittive legate ad un determinato reato, delle misure investigative utilizzabili per un determinato reato e dei relativi mezzi a disposizione della difesa<sup>79</sup>.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha già riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU in un caso nel quale la normativa nazionale rimetteva alla discrezionalità del pubblico ministero la scelta circa l'organo giudiziario di fronte al quale l'imputato doveva essere processato, senza indicazione dei criteri di scelta, con rilevanti conseguenze sulla normativa processuale e sull'entità della pena applicabile<sup>80</sup>.

Per dovere di cronaca, è opportuno precisare che è stato sicuramente avviato un percorso di armonizzazione delle definizioni di illeciti a livello europeo e che il Reg.UE (ex art. 41) impone che siano rispettate sempre e ovunque una serie di garanzie procedurali:

- diritti degli indagati e degli imputati sanciti dalla Carta, in particolare il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa;
- diritti procedurali stabiliti dal diritto dell'Unione, comprese le direttive relative ai diritti degli indagati e degli imputati nel quadro di un processo penale, quali attuate dal diritto nazionale (diritto all'interpretazione e alla traduzione<sup>81</sup>; diritto all'informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine<sup>82</sup>; diritto di accesso a un difensore e il diritto di comunicare e informare terzi in caso di detenzione<sup>83</sup>; diritto al silenzio e il diritto alla presunzione di innocenza<sup>84</sup>; diritto al patrocinio a spese dello Stato<sup>85</sup>).

Trattasi, tuttavia, di standard minimi che non garantiscono certamente una armonizzazione completa dei modelli processuali<sup>86</sup> e delle regole processuali in tutti gli Stati membri. Non a caso, nelle impostazioni iniziali, poi abbandonate, era stata ipotizzata l'istituzione di una "Camera preliminare europea"<sup>87</sup> o di "tribunali delle libertà" a livello nazionale<sup>88</sup>, competenti del controllo sulle misure investigative intraprese dai pubblici ministeri europei fino alla chiusura delle indagini; oppure l'imposizione di regole processuali comuni ("*model rules*") per tutti i pubblici ministeri europei<sup>89</sup>.

Inoltre, l'eventuale "transnazionalità" dell'indagine (con raccolta di prove in più Stati) evidenzia l'annoso problema dell'impossibilità per il difensore di svolgere indagini difensive autonome all'estero. Il Reg.UE prevede all'art. 41 comma 3 che si possa richiedere all'EPPO l'ottenimento di misure investigative "*per conto della difesa*", ma la scelta di procedere con la richiesta di misura investigativa all'estero è pur sempre rimessa alla discrezionalità del Procuratore, senza considerare l'ulteriore criticità per il difensore costretto ad una *discovery* anticipata della propria strategia con evidente disparità delle armi. Non sembra venire in soccorso il principio in virtù del quale la pubblica accusa svolge le indagini raccogliendo tutte le prove pertinenti sia a carico che a discarico (principio ripreso anche nell'art. 5 del Reg.UE) che spesso si dimostra disapplicato nell'esperienza pratica.

## 5.3. "Competizione" e *bis in idem*.

Dato il complesso sistema di competenze, è evidente che potranno sorgere conflitti tra EPPO e autorità nazionali (cfr. artt. 25, 26, 27, 28 e 34 Reg.UE) nonché eventuali moltiplicazioni delle indagini (con potenziali violazioni del principio del *ne bis in idem* e commistione di prove raccolte in diversi Stati secondo regole e con garanzie diverse<sup>90</sup>) in ragione della natura transfrontaliera dei reati (cfr. art. 31 Reg.UE).

Considerato che non tutti gli Stati membri UE hanno aderito al meccanismo di cooperazione rafforzata potrebbero verificarsi i seguenti scenari:

- il reato è stato commesso in due Stati membri UE di cui uno non aderente all'EPPO<sup>91</sup>: in questo caso l'EPPO potrà occuparsi di tutte le condotte che rientrino nella competenza descritta nel Reg.UE (anche quelle perpetrate nello Stato non aderente) purché indissolubilmente connesse tra loro. Laddove l'EPPO portasse il caso a conclusione, la *res judicata* riguarderebbe anche le condotte commesse nello Stato non aderente all'EPPO, pur in assenza di qualsivoglia partecipazione di quest'ultimo nella procedura. Un parallelo procedimento azionato nello Stato non aderente all'EPPO comporterebbe una violazione del principio del *ne bis in idem* (riconosciuto a livello europeo) in una dimensione non propriamente transnazionale (conflitto tra due Stati), bensì sovranazionale (conflitto tra EPPO e Stato). Circostanza che potrebbe attivare una sorte di "competizione" per arrivare per primi alla definitività della decisione.
- il reato è stato commesso in uno Stato aderente da cittadino di uno Stato non aderente o, viceversa, il reato è commesso in uno Stato non aderente da cittadino di uno Stato aderente: anche in questi casi, in virtù del principio di personalità attiva o passiva, possono crearsi conflitti di giurisdizione potenzialmente lesivi del principio del *ne bis in idem* transnazionale.

#### 5.4. Concetti elastici e definizioni variabili.

Si osserva come vi siano una serie di criteri e nozioni la cui precisa delimitazione costituirà un banco di prova.

Potrebbero esservi difficoltà di coordinamento tra la nozione di partecipazione ad una "organizzazione criminale incentrata" sulla commissione di uno dei reati di competenza dell'EPPO (art. 22 comma 2 Reg.UE che fa riferimento all'art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio<sup>92</sup>) e la specifica elaborazione giurisprudenziale italiana in materia di criminalità organizzata.

Appare non sufficientemente determinato il concetto di reato "indissolubilmente connesso" che amplia la sfera di competenza dell'EPPO (art. 22 comma 3 Reg.UE)<sup>93</sup>, per la cui definizione il considerando 54 Reg.UE rimanda alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia di *ne bis in idem*, nonostante a rigor di logica il concetto di "connessione" non sembri poter coincidere con il concetto di *idem factum*<sup>94</sup>.

Stesso dicasi per il criterio di "ripercussioni a livello dell'Unione" che determina l'esercizio – eccezionale – della competenza dell'EPPO anche per quei reati normalmente esclusi in ragione del mancato raggiungimento della soglia di danno per gli interessi finanziari dell'Unione (art. 25 comma 2 Reg.UE).

Altrettanto vaghi i criteri che escludono la competenza dell'EPPO nei casi in cui le competerebbe (art. 25 comma 3 Reg.UE)<sup>95</sup>, ossia la valutazione sulla "strumentalità" del reato indissolubilmente connesso rispetto alla commissione del reato rientrante nel campo di applicazione dell'art. 22 (cd. reato nativo EPPO) o la valutazione sulla quantificazione del danno reale o potenziale agli interessi dell'Unione rispetto a quello di un'altra vittima. Ad esempio, su quest'ultimo criterio ci si domanda se, nello stabilire di chi sia il danno maggiore, si ragionerà in termini assoluti o relativi<sup>96</sup>.

Criteri e nozioni che andranno chiariti attraverso linee guida, possibilmente frutto dell'interlocuzione tra Procura Europa e autorità nazionali, in fase di operatività concreta<sup>97</sup>.

#### 5.5. Gap culturale.

Il principio di equa distribuzione del carico di lavoro tra le Camere Permanenti – che come detto hanno una funzione di indirizzo e supervisione sul livello decentrato – potrebbe far sì che decisioni chiave nell'ambito di indagini pendenti in un Paese (poniamo l'Italia) vengano prese, a causa della redistribuzione, da una Camera nella quale potenzialmente siederanno membri che non hanno competenze rispetto al sistema processuale penale italiano<sup>98</sup>.

L'eventualità della suddetta redistribuzione del carico di lavoro è tutt'altro che remota considerate l'attuale inadeguatezza del numero di risorse umane a disposizione della Procura Europea - sia a livello centrale, sia a livello decentralizzato (in particolar modo, il numero ancora limitato di PED rispetto ai 140 ipotizzati) - ed il numero di casi che si aspettano di ricevere nel breve periodo (circa 3.000 casi) e nel

lungo periodo (circa 2.000 all'anno), destinato probabilmente ad aumentare in ragione dell'imponente quantità di fondi europei destinati agli Stati a causa della pandemia da Covid19<sup>99</sup>.

### 5.6. Indagini sulle persone giuridiche.

Da una interpretazione letterale e sistematica del Reg.UE, la Procura Europea – e dunque i PED - dovrebbero essere competenti ad indagare sui reati previsti dall'art. 22 anche nei confronti di persone giuridiche (indicativo è l'art. 39 Reg.UE, coerente con la direttiva PIF) ma non in tutti gli Stati membri è prevista la responsabilità da reato degli enti (come invece è previsto in Italia anche con riferimento ai reati PIF inseriti di recente nel catalogo 231 con la l. 157/2019) e, laddove previsto, la natura e i presupposti della responsabilità non sono uniformi (es. la natura della responsabilità nell'ordinamento spagnolo e francese è nominalmente penale mentre in quello italiano e tedesco<sup>100</sup> è definita come amministrativa). Nell'auspicata elaborazione di ulteriori linee-guida, sarebbe necessario chiarire questo aspetto.

### 6. Conclusioni.

L'istituzione della Procura Europea rappresenta certamente una nuova frontiera per avvocati e magistrati destinati ad operare in un complesso sistema di norme di natura sostanziale e processuale, nazionali e sovranazionali, nel quale, sarà imprescindibile acquisire competenze specialistiche, oltre che linguistiche, anche con riferimento ai sistemi giuridici di altri Stati europei considerate le seguenti circostanze:

- il crescente fenomeno dei reati transnazionali e la già paventata possibilità di estensione della competenza *ratione materiae* dell'EPPPO<sup>101</sup>, in particolare ai reati di terrorismo<sup>102</sup>;
- la concreta operatività della Procura Europa non si fonda su regole sostanziali e processuali uniformi, lasciando impregiudicate le norme nazionali sullo svolgimento delle indagini (quanto alla previsione degli strumenti investigativi e relative garanzie difensive);

- il possibile trasferimento in Italia di procedimenti relativi ad indagini condotte da PED di altri Stati membri (indagini, dunque, svolte in base a norme processuali potenzialmente diverse da quelle italiane);
- il possibile svolgimento di singole misure investigative da parte di PED, di altri Stati membri, incaricati di dare assistenza al PED incaricato del caso;
- il possibile trasferimento in altri Stati membri di procedimenti relativi a indagini condotte da PED italiani, potenzialmente nei confronti di cittadini italiani o nei quali la persona offesa sia italiana (sottoposti, dunque, a regole di controllo giurisdizionale potenzialmente diverse e a nome di diritto penale sostanziale potenzialmente diverse);
- il conseguente coordinamento con magistrati e avvocati di altri Stati membri, con tutti i limiti del caso dati dalla diversità linguistica e dal diverso background giuridico.

A decidere del destino dell'EPPPO saranno ancora una volta gli Stati membri perché le sfide maggiori per la nuova istituzione si giocheranno sul campo: gli avvocati si troveranno a dover modulare la propria difesa rispetto ad un'accusa che potenzialmente può mutare foro (e dunque nazionalità) o mutare forma (passando dall'essere sovranazionale all'essere nazionale e viceversa); i pubblici ministeri dovranno mostrarsi all'altezza di svolgere o ereditare indagini transfrontaliere aventi ad oggetto categorie di reati caratterizzati da specifiche necessità investigative<sup>103</sup>; i giudici dovranno garantire un corretto controllo giurisdizionale (*judicial review*) ai sensi dell'art. 42 Reg.UE fondamentale per la tutela dei diritti della difesa.

Ormai ci siamo, dunque non si può non essere pronti.

**Giulia Guagliardi**  
Avvocato del Foro di Roma

<sup>1</sup> Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, (95/C 316/03).

<sup>2</sup> Per un'analisi del regime introdotto con la Direttiva PIF, N. PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale*, 2017.

<sup>3</sup> La Corte di Giustizia UE, nel noto caso *Greek Maize*, ha sancito che gli Stati membri devono proteggere gli interessi dell'UE allo stesso modo in cui proteggono gli interessi nazionali (cd. principio di assimilazione) “. . . the Member States must ensure that infringements of EU law are penalised under conditions, both procedural and substantive, which are analogous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance and which, in any event, make the penalty



*effective, proportionate and dissuasive*" (cfr. Case C-68/88, *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, 21 settembre 1989, E.C.R. I-2965, §24).

<sup>4</sup> L'art. 86 TFUE, legato a doppio filo con l'art. 83 TFUE relativo alla competenza UE in materia penale, prevede che il Consiglio "possa" adottare un Regolamento per l'istituzione della Procura Europea. Tale base legislativa cd. opzionale (*may* e non *shall*) è frutto di un compromesso tra Stati contrari e favorevoli all'adozione di una soluzione verticale e, di fatto, ha rallentato gli iniziali propositi rimettendo la decisione alle mutevoli sensibilità politiche. Altra locuzione ambigua contenuta nell'art. 86 è il riferimento all'istituzione della Procura Europea "a partire" dall'Eurojust ("*from Eurojust*") posto che, con l'attuale Regolamento, si assiste ad una parziale duplicazione piuttosto che ad una evoluzione dell'Eurojust con estensione di poteri e aree di competenza (come peraltro già previsto ex art. 85 TFUE).

<sup>5</sup> La Danimarca e l'Irlanda non partecipano alla cooperazione rafforzata per aver esercitato l'opt-out nel settore giustizia. L'Ungheria, la Polonia e la Svezia hanno scelto di non partecipare per ragioni politiche interne. Il Regno Unito, già estraneo per aver esercitato l'opt-out, ha comunque deciso di uscire dall'Unione Europea.

<sup>6</sup> Regolamento interno della Procura europea 2021/C 22/03.

<sup>7</sup> *Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, 17 Luglio 2013, COM (2013) 534 final.

<sup>8</sup> L. PRESSACCO parla di "inedito modello di apparente azione senza giurisdizione" "embrione del processo penale europeo", in *La Corte di Giustizia tra Procura Europea e Giurisdizioni Nazionali*, L'Indice penale, 2015, p. 529.

<sup>9</sup> Il bilancio europeo è principalmente composto da tre fonti di ricavo: risorse proprie tradizionali (*Traditional Own Resources*); ricavi calcolati sulla base dell'IVA raccolta dagli Stati membri (*VAT-based own resources*); risorse derivanti dal PIL degli Stati membri (*GNI-based own Resources*). Cfr. *Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, p. 11, SWD (2013) 274 final (17 luglio 2013) "Every year at least several hundred million euros are fraudulently diverted from their intended purpose. Only a small fraction of these losses are ever recovered from the criminals. These figures show that the financial interests of the European Union are insufficiently protected from fraud. In fact, the Commission's annual statistics (including those of OLAF) demonstrate that while fraud against the Union's financial interests is pervasive and causes substantial damage every year to the tax payer, national criminal enforcement efforts lag behind. In particular, OLAF's cases which are transferred to national investigation and judicial authorities are not always equally effectively followed-up".

<sup>10</sup> Per una panoramica del percorso che ha condotto all'istituzione della Procura Europea cfr. L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura Europea*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 3.

<sup>11</sup> Il Progetto "*Corpus Juris*" coordinato dalla prof.ssa Mireille Delmas-Marty, su mandato della Commissione Europea finalizzato ad esplorare le possibilità di armonizzazione del diritto penale e processuale penale in materia di tutela degli interessi finanziari dell'UE. M. DELMAS-MARTY e J. VERVAELE (a cura di), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States: penal provisions for the protection of european finances* (2000), vol. I. Tale progetto formò la base del *Green Paper on criminal law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European prosecutor*, COM (2001) 715 final, Brussels, che poi condusse alla formulazione dell'art. 86 TFUE.

<sup>12</sup> Sulla complessità strutturale, A. MARTINEZ SANTOS, *The Status of Independence of the European Public Prosecutor's Office and Its Guarantees*, in *The European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2018, p.7-9; *The European Public Prosecutor's Office: Strategies for Coping with Complexity*, Study requested by the CONT Committee, Policy Department D for Budgetary Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union PE 621.806, 2019, p. 24 e ss. Sul rischio di "frammentazione", K. LIGETI, A. MARLETTA, *The European Public Prosecutor's Office: what role for OLAF in the future*, in *European criminal procedure law in service of protection of European Union financial interests: state of play and challenges*. Croatian Association of European Criminal Law, 2016, p. 60.

<sup>13</sup> M. DELMAS-MARTY, *A legal expert's opinion (presentation of a corpus juris establishing criminal provisions to protect the financial interests of the European Union)*, Document de Travail pour un Espace Judiciaire Européen, Public Hearing organized by the Committee On Budgetary Control and the Committee On Civil Liberties And Internal Affairs, Brussels, 1997. Similmente, L. PRESSACCO parla di "nebbia giuridica foriera di notevoli incertezze interpretative", in *La Corte di Giustizia tra Procura Europea e Giurisdizioni Nazionali*, L'Indice penale, 2015, p. 566.

<sup>14</sup> Ai sensi dell'art. 2 comma 1 della direttiva PIF a) per «interessi finanziari dell'Unione» si intendono tutte le entrate, le spese e i beni che sono coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù: i) del bilancio dell'Unione; ii) dei bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati o dei bilanci da questi direttamente o indirettamente gestiti e controllati.

<sup>15</sup> cfr. Direttiva PIF art. 3 *Frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, comma 2 "Ai fini della presente direttiva si considerano frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione: a) in materia di spese non relative agli appalti, l'azione od omissione relativa: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima, o per suo conto; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero iii) alla distrazione di tali fondi o beni per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi; b) in materia di spese relative agli appalti, almeno allorché commessa al fine di procurare all'autore del reato o ad altri un ingiusto profitto arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione, l'azione od omissione relativa: i) all'utilizzo

o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegue l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegue lo stesso effetto; ovvero iii) alla distrazione di tali fondi o beni per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi, che leda gli interessi finanziari dell'Unione; c) in materia di entrate diverse dalle entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA di cui alla lettera d), l'azione od omissione relativa: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegue la diminuzione illegittima delle risorse del bilancio dell'Unione o dei bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegue lo stesso effetto; ovvero iii) alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegue lo stesso effetto; d) in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, l'azione od omissione commessa in sistemi fraudolenti transfrontalieri in relazione: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegue la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegue lo stesso effetto; ovvero iii) alla presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA".

<sup>16</sup> Cfr. considerando 7) della Direttiva PIF "Il diritto dell'Unione in materia di riciclaggio di denaro è pienamente applicabile al riciclaggio di denaro riguardante beni provenienti dai reati contemplati dalla presente direttiva. È opportuno un richiamo a detto diritto al fine di garantire che il regime sanzionatorio introdotto dalla presente direttiva si applichi a tutti i casi gravi di reati contro gli interessi finanziari dell'Unione".

<sup>17</sup> Cfr. considerando 8) della Direttiva PIF "La corruzione costituisce una minaccia particolarmente grave per gli interessi finanziari dell'Unione e può essere in molti casi legata a una condotta fraudolenta". Cfr. considerando 9) della Direttiva PIF "Possono ledere gli interessi finanziari dell'Unione alcuni tipi di condotta di un funzionario pubblico incaricato della gestione di fondi o beni, sia che sia in carica sia che agisca in una funzione di sorveglianza, che mirano alla appropriazione indebita di fondi o beni, per uno scopo contrario a quello previsto e per mezzo dei quali detti interessi vengano danneggiati".

<sup>18</sup> Come giustamente afferma L. SALAZAR, il riferimento a criteri mutevoli richiederà "Un vero e proprio esercizio di equilibrismo" per i redattori di tali direttive "che verranno verosimilmente a trovarsi in bilico tra l'esigenza di dettare una disciplina generale ed astratta e quella di descrivere i caratteri di gravità e complessità connotanti il singolo caso", *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura Europea*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 3, p. 30.

<sup>19</sup> Cfr. *The European Public Prosecutor's Office: Strategies for Coping with Complexity, Study requested by the CONT Committee, Policy Department D for Budgetary Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union PE 621.806*, 2019, p. 88 e ss.

<sup>20</sup> I Procuratori Europei svolgono un ruolo di raccordo tra Procura Europea e Stati membri; sono membri del Collegio e membri di una o più camere permanenti; supervisionano le indagini dei PED (dai quali sono aggiornati periodicamente) nel rispettivo Stato membro di origine; impartiscono istruzioni al PED laddove necessario per l'efficiente svolgimento delle indagini; possono svolgere attività d'indagine di persona.

<sup>21</sup> Al 18 febbraio 2021 sono state istituite 15 camere permanenti.

<sup>22</sup> Le Camere Permanenti decidono, in base alle proposte dei PED, se: a) portare un caso in giudizio; b) archiviare un caso; c) applicare una procedura semplificata di azione penale; d) rinviare un caso alle autorità nazionali; e) riaprire un'indagine). Inoltre, se necessario, adottano le seguenti decisioni: a) incaricare il PED di avviare un'indagine; b) incaricare il PED di esercitare il diritto di avocazione; c) deferire al collegio le questioni strategiche o le questioni di ordine generale derivanti da singoli casi; d) assegnare un caso; e) riassegnare un caso; f) approvare la decisione di un procuratore europeo di condurre esso stesso l'indagine.

<sup>23</sup> Ai sensi dell'art. 39 del Reg.UE, se l'esercizio dell'azione penale è divenuto impossibile a norma del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso, la camera permanente decide, sulla base di una relazione fornita dal procuratore europeo delegato incaricato del caso conformemente all'articolo 35, paragrafo 1, di archiviare il caso nei confronti di una persona per uno dei motivi seguenti: a) morte dell'indagato o dell'imputato o liquidazione della persona giuridica indagata o imputata; b) infermità mentale dell'indagato o dell'imputato; c) amnistia concessa all'indagato o all'imputato; d) immunità concessa all'indagato o all'imputato, a meno che non sia stata revocata; e) scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale; f) pronuncia del provvedimento definitivo nei confronti dell'indagato o dell'imputato in relazione ai medesimi fatti; g) mancanza di prove pertinenti.

<sup>24</sup> Sul punto, il CSM nel parere del 30 dicembre 2020 sul d.lgs. atto di governo n. 204, ha evidenziato che "L'estensione della competenza del PED anche dinanzi alla Corte di Cassazione, codifica, poi, come già anticipato, una regola non vigente nel nostro ordinamento, posto che le funzioni di pubblico ministero nei gradi successivi al primo sono esercitate dalle Procure generali della Repubblica presso le Corti di Appello e, nel giudizio di legittimità, dalla Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione", pp. 14-15. Analogamente, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ha affermato che "la peculiare fisionomia della Procura generale della cassazione nel giudizio di legittimità quale parte pubblica nell'interesse della legge e non mero rappresentante della pubblica accusa, che comporta peraltro la sua presenza necessaria anche nel giudizio civile, pone un problema di incompatibilità funzionale ed ordinamentale della partecipazione al giudizio di legittimità dello stesso pubblico ministero che ha svolto le indagini, non superabile con la sola adeguatezza tecnica del singolo rappresentante" (cfr. Intervento nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020, 29 gennaio 2021, p. 101 e sentenza Corte Cost. n. 86 del 1982). Cfr. anche A. BALSAMO, *Il coordinamento tra la Procura*

Generale della Corte di Cassazione e la Procura Europea, in Sistema Penale, 2019, ove si osserva che “*si tratta, senza dubbio, di una attività molto più ampia rispetto al contenuto del criterio direttivo racchiuso nell’art. 4 comma 3 lett. p) della legge di delegazione europea 2018 (L. 4 ottobre 2019, n. 117), che richiede soltanto di «prevedere che il procuratore europeo delegato svolga le funzioni ai fini della proposizione degli atti di impugnazione»*”.

<sup>25</sup> L’originaria proposta della Commissione prevedeva una lista di misure più cospicua (cfr. art. 21 della Proposta).

<sup>26</sup> Nello d.lgs. 9/2021 ex art. 17, è stata esercitata l’opzione di avvalersi delle limitazioni previste dalla normativa interna per le intercettazioni e per la consegna controllata di merci nell’ambito di operazioni sotto copertura. In conseguenza, il Governo, su proposta del Ministro della Giustizia, notificherà alla Procura Europea l’elenco dei reati per i quali le norme vigenti consentono l’impiego di dette misure investigative.

<sup>27</sup> Da segnalare il d.lgs. n. 10/2021 recante disposizioni per il compiuto adeguamento alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato di arresto europeo (“MAE”) e alle procedure di consegna tra Stati membri, in esecuzione dell’art. 6 della legge di delegazione europea (pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 5 febbraio 2021 con entrata in vigore differita al 22 febbraio 2021). Dall’analisi della novella, il dichiarato obiettivo di uniformarsi alla normativa sovranazionale e a quell’elevato grado di fiducia alla base del mutuo riconoscimento, sembra aver determinato, soprattutto in ambito di procedura passiva, una compressione delle garanzie della “persona richiesta”. In particolare, vengono modificati gli articoli della legge n. 69 del 2005 riguardanti le disposizioni di principio e le garanzie costituzionali inserendo un espresso richiamo al principio del mutuo riconoscimento con l’obiettivo di conferire alle disposizioni maggiore precisione e organicità, maggiore armonia rispetto ai contenuti della decisione quadro e al contesto normativo internazionale, anche alla luce della interpretazione della Corte di Giustizia UE. Viene modificata l’art. 6 della legge n. 69 del 2005 prevedendo uno snellimento del corredo documentale per ovviare ai problemi relativi alla trasmissione di documentazione primaria o supplementare nella procedura passiva di consegna (la cui assenza in passato ha determinato il diniego all’esecuzione del mandato). Si interviene inoltre sulle disposizioni relative alla verifica della doppia punibilità sancendo che non bisogna tener conto della qualificazione giuridica e dei singoli elementi costitutivi del reato ed eliminando la non consentita esclusione delle circostanze aggravanti. Inoltre, è stato operato un riallineamento alla decisione quadro 2002/584/GAI per l’elenco dei reati per cui è prevista la consegna obbligatoria. Sono modificati anche gli artt. 18 e 18-bis disciplinanti i motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi della consegna, che risultano ridotti. Vengono apportate modifiche alla tempistica procedimentale relativa al regime cautelare. Le nuove disposizioni non sono applicabili ai procedimenti pendenti in Corte d’Appello o Cassazione all’entrata in vigore per i quali sia stata già avviata la sequenza che si conclude con la decisione definitiva.

<sup>28</sup> Consiglio dell’Unione Europea, *Act drawing up the Convention based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the establishment of a European Police Office*, 26 luglio 1995, *Official Journal of the European Union*, C 316, 27 novembre 1995.

<sup>29</sup> Consiglio dell’Unione Europea, *Decision setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime*, 2002/187/JHA, 28 febbraio 2002, *Official Journal of the European Communities*, L 63, 6 marzo 2002.

<sup>30</sup> Rispetto ad Europol, si segnala che il 9 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato una proposta di modifica al Regolamento (UE) 2016/794 volta a rafforzare il mandato di Europol (COM(2020)796), con una serie di obiettivi tra cui incrementare la cooperazione di Europol con la Procura europea (EPPO), anche attraverso il supporto analitico al lavoro della Procura e lo scambio di informazioni, e con OLAF.

<sup>31</sup> Sul punto si segnala che il nuovo regime giuridico introdotto con il Regolamento EU 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca si applica a decorrere dal 19 dicembre 2020.

<sup>32</sup> Per una completa analisi delle disposizioni cfr. *Working Arrangement between Eurojust and EPPO*, 15 Febbraio 2021, 2021/00064 pubblicato sul sito Eurojust.

<sup>33</sup> Le comunicazioni verso Eurojust saranno rivolte al membro nazionale interessato dal caso o ad un punto di contatto designato presso Eurojust. Le comunicazioni verso la Procura Europea saranno rivolte all’ufficio centrale o al PED competente (art. 10 *Working Arrangement*).

<sup>34</sup> Regolamento interno della Procura europea 2021/C 22/03.

<sup>35</sup> A) la fonte delle informazioni, compresi l’identità e i recapiti dell’organizzazione o della persona che le ha fornite, a meno che le vigenti norme in materia di protezione degli informatori siano applicabili e dispongano diversamente; B) il formato delle informazioni, compreso il riferimento a qualsiasi documento o altro elemento, che non possono essere archiviate nel sistema automatico di gestione dei fascicoli nel loro formato originale; C) l’apertura o meno del fascicolo al fine di avviare o avocare un’indagine.

<sup>36</sup> A) la possibile qualificazione giuridica della condotta criminosa segnalata, anche se commessa da un gruppo organizzato; B) una breve descrizione della condotta criminosa segnalata, compresa la data in cui è stata commessa; C) l’importo e la natura del danno stimato; D) lo Stato membro o gli Stati membri in cui è concentrata l’attività criminosa, vale a dire il luogo in cui è stata commessa la maggior parte dei reati (se più di uno); E) altri Stati membri che possono essere coinvolti; F) conformemente all’articolo 24, comma 4, del Reg.UE, i nomi, la data e il luogo di nascita, i numeri di identificazione, la residenza abituale e/o la cittadinanza, l’occupazione e la presunta appartenenza a un’organizzazione criminale dei potenziali sospetti e di qualsiasi altra persona coinvolta; G) la possibilità di applicare privilegi o immunità; H) le potenziali vittime (diverse dall’Unione europea); I) il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale; J) reati indissolubilmente connessi; K) qualsiasi altra informazione supplementare, se ritenuta opportuna dal responsabile dell’inserimento.

<sup>37</sup> Art. 44 del Reg.UE.

<sup>38</sup> In particolare, a tal fine valuta se A) la condotta denunciata costituisce un reato che rientra nella competenza materiale, territoriale, personale e temporale dell'EPPO; B) sussistono ragionevoli motivi, ai sensi del diritto nazionale applicabile, per ritenere che un reato sia o sia stato commesso; C) vi sono evidenti motivi giuridici che ostano all'esercizio dell'azione penale; D) se del caso, sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 25, commi 2, 3 e 4 del Reg.UE (cfr. art. 40 comma 1 Reg.In.).

<sup>39</sup> In particolare, a tal fine valuta A) la scadenza dell'indagine; B) la pertinenza dell'indagine al fine di garantire la coerenza della politica dell'EPPO in materia di indagini e azione penale; C) gli aspetti transfrontalieri dell'indagine; D) la sussistenza di qualsiasi altro motivo specifico che lasci intendere che la Procura europea si trova in una posizione migliore per proseguire l'indagine (cfr. art. 40 comma 2 Reg.In.).

<sup>40</sup> Art. 27 comma 1 Reg.UE: Una volta ricevute tutte le informazioni pertinenti conformemente all'articolo 24, paragrafo 2, l'EPPO decide se esercitare il suo diritto di avocazione nel più breve tempo possibile, e comunque non oltre cinque giorni dal ricevimento delle informazioni dalle autorità nazionali, e informa queste ultime di tale decisione. In casi specifici, il procuratore capo europeo può adottare la decisione motivata di prorogare tale termine per un periodo di cinque giorni al massimo e ne informa le autorità nazionali.

<sup>41</sup> Cfr. art. 45 del Reg.UE.

<sup>42</sup> Regolamento Delegato (Ue) .../... della Commissione che modifica il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio per quanto riguarda le categorie di dati personali operativi e le categorie di interessati i cui dati personali operativi possono essere trattati dalla Procura europea, 14 ottobre 2020. C/2020/6797 final.

<sup>43</sup> (a)cognome, cognome da nubile, nome ed eventuale alias o pseudonimo; (b)data e luogo di nascita; (c)cittadinanza; (d) sesso; (e) luogo di residenza, professione e luogo di soggiorno della persona interessata; (f) codici di identificazione, documenti di identificazione e dati del passaporto. Ed in più per la sola categoria delle persone segnalanti (g) descrizione e natura dei reati nei quali la persona interessata è coinvolta o che ha segnalato, data in cui sono stati commessi i reati e loro qualifica penale.

<sup>44</sup> (a) cognome, cognome da nubile, nome ed eventuale alias o pseudonimo; (b) data e luogo di nascita; (c) cittadinanza; (d) sesso; (e) luogo di residenza, professione e luogo di soggiorno della persona interessata; (f) codici di previdenza sociale, codici di identificazione, patenti di guida, documenti d'identità, dati del passaporto, numero di identificazione doganale e numero identificativo fiscale; (g) descrizione e natura dei fatti contestati, data in cui sono stati commessi e qualifica penale dei reati; (h) informazioni concernenti persone giuridiche collegate a persone identificate o identificabili che sono oggetto di un'indagine condotta dalla Procura europea; (i) sospetto di appartenenza a un'organizzazione criminale; (j) dettagli dei conti detenuti presso banche e altri istituti finanziari; (k) numeri di telefono, numeri di carta SIM, indirizzi di posta elettronica, indirizzi IP e account e nomi utente utilizzati su piattaforme online; (l) dati relativi all'immatricolazione dei veicoli; (m) attività identificabili possedute o utilizzate dalla persona, quali criptoattività e immobili.

<sup>45</sup> Ex art. 48 del Reg.In. Qualora il diritto nazionale di uno Stato membro preveda il riesame interno degli atti nell'ambito della struttura della procura nazionale, tutte le domande di riesame di un atto adottato dal procuratore europeo delegato sono inserite nel sistema automatico di gestione dei fascicoli, che ne informa il procuratore europeo incaricato della supervisione e la camera permanente di monitoraggio.

<sup>46</sup> Anche durante il procedimento giudiziario dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali di cui all'articolo 36 del Reg.UE, il procuratore europeo delegato redige una relazione contenente eventuali sviluppi significativi del procedimento e la aggiorna periodicamente. La relazione è registrata nel sistema automatico di gestione dei fascicoli e tutti gli aggiornamenti sono notificati ai membri della camera permanente (art. 60 Reg.In.).

<sup>47</sup> Resta fermo che non dovrà venire richiesta autorizzazione due volte per la stessa misura (v. considerando n. 72).

<sup>48</sup> Art. 36 comma 1 Reg.UE: Quando il procuratore europeo delegato presenta un progetto di decisione in cui propone di portare un caso in giudizio, la camera permanente, seguendo le procedure di cui all'articolo 35, decide su tale progetto entro 21 giorni. La camera permanente non può decidere di archiviare il caso se un progetto di decisione propone di portarlo in giudizio.

<sup>49</sup> Art. 35 comma 2 Reg.UE: Qualora, sulla base delle relazioni ricevute, ritenga di non decidere conformemente a quanto proposto dal procuratore europeo delegato, la camera permanente procede, ove necessario, a un proprio riesame del fascicolo prima di adottare una decisione definitiva o di impartire ulteriori istruzioni al procuratore europeo delegato.

<sup>50</sup> Ossia nei casi in cui fatti oggetto d'indagine non costituiscono un reato di competenza dell'EPPO ex artt. 22 e 23; ovvero quando non sussistono più le condizioni specifiche per l'esercizio della competenza stabilite all'articolo 25, commi 2 e 3; ovvero qualora, con riguardo a un reato che comporti o possa comportare un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 10 milioni di euro, il collegio ritenga che, tenuto conto del grado di gravità del reato o della complessità del procedimento nel singolo caso, non sia necessario svolgere indagini o esercitare l'azione penale a livello dell'Unione e che sia nell'interesse dell'efficienza delle indagini o dell'azione penale.

<sup>51</sup> Le osservazioni al seguente link:

<https://www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2020& mese=12&giorno=10&view=&commissione=02#data.20201210.com02.allegati.all00010>.

<sup>52</sup> Come rilevato dal CSM nel parere del 30 dicembre 2020, tale decisione *“risponde verosimilmente ad una maggiore praticabilità dell'opzione prescelta rispetto a quella della creazione ex novo di una struttura centrale loro dedicata, ovvero a*

quella del loro trasferimento cumulativo presso un ufficio centrale già esistente, oltre che alla necessità di salvaguardare anche, ove possibile, un rapporto di prossimità del PED con un territorio determinato”.

<sup>53</sup> Cfr. Relazione Tecnica allo Schema di Decreto legislativo (atto di governo n.204), p. 27.

<sup>54</sup> Art. 16 Reg.UE “sono membri attivi delle procure o della magistratura dello Stato membro interessato”; “offrono tutte le garanzie di indipendenza”; “possiedono le qualifiche necessarie per essere nominati ad alte funzioni a livello di procura o giurisdizionali nei rispettivi Stati membri e vantano una rilevante esperienza pratica in materia di sistemi giuridici nazionali, di indagini finanziarie e di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale”.

<sup>55</sup> Ad es. nella proposta di legge attuazione del Reg.UE in fase di approvazione in Romania, l'art. 6 comma 2 disciplina le informazioni che il pubblico ministero nazionale deve fornire alla Procura Europea allorché comunica l'esistenza di reati per i quali quest'ultima potrebbe esercitare la sua competenza: tutti gli elementi rilevanti del caso, compresa una descrizione dei fatti oggetto d'indagine, l'ammontare del danno causato o che potrebbe essersi verificato, l'identità delle persone che possono aver partecipato al crimine, l'identità delle vittime, dati sui reati connessi indissolubilmente, in che fase sono le indagini, l'indicazione delle prove raccolte, eventuali elementi transfrontalieri, le ragioni per le quali la Procura europea è in una posizione migliore per svolgere le indagini. *Lege privind stabilirea unor măsuri pentru punerea în aplicare a Regulamentului (UE) 2017/1939 al Consiliului din 12 octombrie 2017 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în ceea ce privește instituirea Parchetului European (EPPO).*

<sup>56</sup> Il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ha affermato che “appare coerente con il sistema che, quando dovesse sorgere un conflitto con l'EPPO sull'interpretazione degli artt. 22 e 25 del regolamento in materia di competenza, secondo quanto previsto dall'art. 42 par. 2 lett. c), debba essere riservata alla Procura generale della cassazione la facoltà di interlocuzione con la Corte di giustizia per la soluzione pregiudiziale della questione ai sensi dell'art. 267 TFUE” (cfr. Intervento nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020, 29 gennaio 2021, p. 100).

<sup>57</sup> Cfr. Parere del CSM del 30 dicembre 2020: Per effetto di questo rinvio la decisione di assunzione del procedimento è notificata alla persona offesa, con avviso della facoltà dall'ordinamento interno, con la precisazione che il termine per proporla decorre dalla notificazione dell'avviso, che nell'ipotesi in cui sia stata disposta una misura cautelare si applica l'art. 27 c.p.p., con obbligo di rimettere la misura entro trenta giorni dalla ricezione degli atti, che il periodo di custodia sofferto all'estero è computato ai sensi e per gli effetti degli artt. 303, co. 4 (che disciplina la durata complessiva della custodia cautelare), 304 (in tema di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare), 657 (in tema di computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo), l'art. 303, co. 2 (sulla nuova decorrenza dei termini di custodia in caso di annullamento con rinvio da parte della Cassazione o di regressione per altra causa del procedimento ad una fase o un grado di giudizio diversi o di rinvio ad altro giudice) e co. 7 (in tema di utilizzabilità degli atti di indagine svolte all'estero se non in contrasto con i principi fondamentali dello stato).

<sup>58</sup> Lei n. 112/2019 Adapta a ordem jurídica interna ao Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia. Diário da República n. 173/2019, Série I de 2019-09-10. Cfr. V. Costa Ramos, European Public Prosecutor's Office Implementing Law Approved in Portugal, in *EuCrIm*, 2019.

<sup>59</sup> Νομοθέτημα Ν. 4596/2019 Φ.Ε.Κ.32/Α` 26.2.2019 ΙV) Εφαρμογή διατάξεων του Κανονισμού (ΕΕ) 2017/1939 του Συμβουλίου της 12ης Οκτωβρίου 2017, σχετικά με την εφαρμογή ενισχυμένης συνεργασίας για τη σύσταση της Ευρωπαϊκής Εισαγγελίας.

<sup>60</sup> cfr. *LOI n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.*

<sup>61</sup> <https://www.e-tar.lt/portal/en/legalAct/TAR.EC588C321777/bQpzbWhkSO>.

<sup>62</sup> [https://gouvernement.lu/fr/gouvernement/tanson-sam/actualites.gouvernement%2Bfr%2Bactualites%2Btoutes\\_actualites%2Bcommuniqués%2B2021%2B01-janvier%2B22-conseil-gouvernement.html](https://gouvernement.lu/fr/gouvernement/tanson-sam/actualites.gouvernement%2Bfr%2Bactualites%2Btoutes_actualites%2Bcommuniqués%2B2021%2B01-janvier%2B22-conseil-gouvernement.html)

<sup>63</sup> <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35429-3.html> Aanpassing van enkele wetten ter uitvoering van de Verordening (EU) 2017/1939 van de Raad van 12 oktober 2017 betreffende nauwere samenwerking bij de instelling van het Europees Openbaar Ministerie («EOM») (PbEU 2017, L 283) (Invoeringswet EOM).

<sup>64</sup> Per un'analisi critica dell'adeguamento dell'ordinamento spagnolo al Reg.UE vedi D. VILAS ALVAREZ, *The EPPO Implementation: A Perspective from Spain*, in *EuCrIm*, 2018.

<sup>65</sup> *Anteproyecto de ley de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim) e Anteproyecto de Ley Orgánica de la Fiscalía Europea* approvati il 24 novembre 2020.

<sup>66</sup> *Lege privind stabilirea unor măsuri pentru punerea în aplicare a Regulamentului (UE) 2017/1939 al Consiliului din 12 octombrie 2017 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în ceea ce privește instituirea Parchetului European (EPPO).*

<sup>67</sup> *Europäische-Staatsanwaltschaft-Gesetz vom 10. Juli 2020 (BGBl. I S. 1648).*

<sup>68</sup> In particolare, vi sono alcune disposizioni del codice di procedura penale relative alle indagini preliminari che non si applicano (sezione 3); alcune norme sulla protezione dei dati di cui al codice di procedura penale che non si applicano al trattamento dei dati da parte della Procura Europea (sezione 4); alcune disposizioni della legge costituzionale sui tribunali che non si applicano ai PED (sezione 5); alcune disposizioni della legge sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale che si applicano solo a determinate condizioni (sezione 6); alcune disposizioni del codice fiscale che non si applicano

ed altre che si applicano solo a determinate condizioni (sezione 7); sono regolate le condizioni di applicabilità della legge sul risarcimento delle misure di azione penale (sezione 8) e della legge sui reati amministrativi (sezione 11).

<sup>69</sup> CJEU, Judgments of 27 May 2019, *OG and PI (Public Prosecutor's Offices in Lübeck and Zwickau)* (C-508/18 and C-82/19 PPU, EU:C:2019:456), and of 27 May 2019, *PF (Prosecutor General of Lithuania)* (C-509/18, EU:C:2019:457).

<sup>70</sup> J. G. VON LUCKNER, *German prosecutors are insufficiently independent to issue European Arrest Warrants*, in European Law Blog, 2019.

<sup>71</sup> T. WAHL, *CJEU: German Public Prosecutor's Office Considered "Issuing Judicial Authority" in the EIO Context*, in Eucrium, 2021.

<sup>72</sup> Per un'analisi critica dell'adeguamento dell'ordinamento belga al Reg.UE vedi F. VERBRUGGEN, V. FRANSEN, A. L. CLAES E A. WERDING, *Implementation of the EPPO in Belgium: Making the Best of a (Politically) Forced Marriage?*, in European Law Blog, 2019.

<sup>73</sup> Sull'ambiguità della previsione, R. BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla Procura Europea: il punto della situazione*, in Sistema Penale, 7/2020.

<sup>74</sup> Intervento nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020, 29 gennaio 2021, p. 99.

<sup>75</sup> Cfr. *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, 2020.

<sup>76</sup> Rischio evidenziato dall'Unione Camere Penali Italiane nel Documento di Giunta del 24 ottobre 2019 e da A. BARLETTA, *"Pubblico Ministero Europeo: il nodo della competenza e le sfide per il diritto di difesa"*, in Giurisprudenza Penale, 2020. Rischio evidenziato anche da colleghi lussemburghesi, G. THOMANN, B. GUITTET, *Le Parquet européen – Vers une meilleure protection des intérêts financiers de l'Union européenne? Perspectives luxembourgeoises*, in Wolters Kluwer – *ACE Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg ACE 2018/4*, p. 21. Analoga preoccupazione è stata manifestata dal parlamentare **Van den Berge** (GroenLinks) e dal Ministro Grapperhaus durante la discussione della proposta legislativa n. 35429, presentata nei Paesi Bassi per l'adeguamento al Reg.UE, seduta del 14 ottobre 2020 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35429-10.html>.

<sup>77</sup> A. BALSAMO, *Il coordinamento tra la Procura Generale della Corte di Cassazione e la Procura Europea*, in Sistema Penale, 2019 *"Alla divergenza tra la lex loci e la lex fori possono, chiaramente, accompagnarsi radicali difformità di natura culturale, giuridico-sistemica, costituzionale, e persino storico-politica, tali da condurre ad una pluralità di interpretazioni sull'impatto concreto degli standard internazionali di tutela dei diritti fondamentali che costituiscono il parametro di legittimità dell'attività investigativa"*.

<sup>78</sup> J. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: A Harmonised National Patchwork?*, in Centro Studi di Diritto Penale Europeo. Versione aggiornata di *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, in *ERA Forum Journal of the Academy of European Law*, 2014, n. 2, pp. 1-17.

<sup>79</sup> Come espresso da S. ALLEGREZZA *"Il principio della lex loci ha il vantaggio di un centenario rodaggio e non chiede al giudice di applicare un diritto diverso dal proprio, che sia europeo o straniero. Il criterio in esame non risolve, però, il problema delle indagini transnazionali, poiché al superamento della frontiera esso postula il mutamento del sistema di riferimento, con un ovvio aggravio delle procedure. La difesa, poi, è chiamata a gestire un patchwork normativo ed a frammentare l'azione di contrasto con riferimento alle impugnazioni delle misure coercitive a seconda della legge applicabile ad ogni singola misura"*, in *Verso una Procura Europea per tutelare gli interessi finanziari dell'unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, Penale Contemporaneo.

<sup>80</sup> CEDU, sez. IV, sent. 27 gennaio 2013, Camilleri c. Malta.

<sup>81</sup> direttiva 2010/64/UE.

<sup>82</sup> direttiva 2012/13/UE.

<sup>83</sup> direttiva 2013/48/UE.

<sup>84</sup> direttiva (UE) 2016/343.

<sup>85</sup> direttiva (UE) 2016/1919.

<sup>86</sup> Tra gli Stati membri ve ne sono alcuni che seguono il modello accusatorio, altri che seguono quello inquisitorio, altri che seguono un modello misto.

<sup>87</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Corpus juris, parquet européen et juge national: vers une chambre préliminaire européenne?*, in *Agon*, 1999, n. 23, p. 2 ss.

<sup>88</sup> Cfr. art. 25-bis *Corpus juris*, 2000, rubricato "Il giudice delle libertà".

<sup>89</sup> *Model Rules for the Procedure of the EPPO*, Referente di progetto prof. K. Ligeti.

<sup>90</sup> Si tenga presente che ai sensi dell'art. 37 del Reg.UE le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori dell'EPPO o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro. Tuttavia, il Regolamento non pregiudica la facoltà dell'organo giurisdizionale di merito di valutare liberamente le prove presentate dall'imputato o dai procuratori dell'EPPO. Ben diverso l'originario approccio della Commissione, la quale aveva in sostanza previsto l'ammissibilità delle prove, "senza necessità di convalida o altra operazione giuridica analoga, anche se il diritto nazionale prevede norme diverse per la raccolta e la presentazione delle prove", alla sola condizione che non vi fosse pregiudizio per l'imparzialità del giudice né per i diritti

della difesa sanciti dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali (cfr. L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura Europea*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 3, p. 31).

<sup>91</sup> es. Ungheria, Polonia o Svezia.

<sup>92</sup> Art. 2 decisione quadro "Reati relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale": "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per far sì che sia considerato reato uno dei seguenti tipi di comportamento connessi ad un'organizzazione criminale o entrambi: a) il comportamento di una persona che, intenzionalmente ed essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività generale dell'organizzazione criminale o dell'intenzione di quest'ultima di commettere i reati in questione, partecipi attivamente alle attività criminali dell'organizzazione, ivi compresi la fornitura di informazioni o mezzi materiali, il reclutamento di nuovi membri nonché qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività, essendo inoltre consapevole che la sua partecipazione contribuirà alla realizzazione delle attività criminali di tale organizzazione; b) il comportamento di una persona consistente in un'intesa con una o più altre persone per porre in essere un'attività che, se attuata, comporterebbe la commissione di reati di cui all'articolo 1, anche se la persona in questione non partecipa all'esecuzione materiale dell'attività".

<sup>93</sup> Nel considerando 54 è previsto che "La nozione di «reati indissolubilmente connessi» dovrebbe essere considerata alla luce della relativa giurisprudenza che, per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, adotta come criterio pertinente l'identità dei fatti materiali (o fatti sostanzialmente identici), intesa come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio". Fra le pronunce più rilevanti, causa C-436/04, *Van Esbroeck*; causa C-467/04, *Gasparini*; causa C-150/05, *Van Straaten*; causa C288/05, *Kretzinger*; causa C-617/10, *Fransson*. Nei considerando 55 e 56 del Reg.UE è previsto che "L'EPPO dovrebbe avere il diritto di esercitare competenza, qualora i reati siano indissolubilmente connessi e il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione sia prevalente in termini di gravità del reato in causa quale rispecchiata nella massima sanzione suscettibile di essere irrogata" e che "tuttavia, l'EPPO dovrebbe avere il diritto di esercitare competenza anche nei casi di reati indissolubilmente connessi in cui il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione non sia prevalente in termini di livello delle sanzioni, ma l'altro reato indissolubilmente connesso sia ritenuto di carattere accessorio poiché meramente strumentale al reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare qualora tale altro reato sia stato commesso principalmente al fine di creare le condizioni per commettere il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione, come un reato strettamente finalizzato a procurarsi i mezzi materiali o giuridici per commettere il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione o per assicurarsi il relativo profitto o prodotto".

<sup>94</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2018.

<sup>95</sup> L'art. 25 comma 3 prevede che "L'EPPO si astiene dall'esercitare la sua competenza in relazione a qualsiasi reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 22 e, previa consultazione con le autorità nazionali competenti, rinvia senza indebito ritardo il caso a queste ultime a norma dell'articolo 34 se: a) la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, è equivalente o meno severa della sanzione massima per il reato indissolubilmente connesso di cui all'articolo 22, paragrafo 3, a meno che quest'ultimo reato non sia stato strumentale alla commissione del reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, o b) vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato di cui all'articolo 22 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima. La lettera b) del primo comma del presente paragrafo non si applica ai reati di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettere a), b) e d), della direttiva (UE) 2017/1371 quale attuata dal diritto nazionale".

<sup>96</sup> Analogo rilievo è stato mosso dal parlamentare **Van Dam** (CDA) durante la discussione della proposta legislativa n. 35429, presentata nei Paesi Bassi per l'adeguamento al Reg.UE, seduta del 14 ottobre 2020, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35429-10.html>.

<sup>97</sup> L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura Europea*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 3, p. 24. "Non appare arduo prevedere che sarà proprio intorno alla modulazione da parte dell'EPPO del concreto esercizio della propria competenza che verrà a giocarsi una parte sostanziale del successo del nuovo strumento e che potranno al tempo stesso crearsi le maggiori occasioni di frizione o anche di conflitto aperto con le autorità nazionali. In tutti i casi di disaccordo tra l'EPPO e le procure nazionali sul trovarsi o meno in presenza delle organizzazioni criminali sulle quali EPPO può esercitare la propria competenza o di "reati ancillari" od ancora sulla sussistenza delle condizioni necessarie perché la Procura europea proceda anche nei casi di danno inferiore a 10000 € o sul corretto esercizio del dovere di astensione, a decidere sui contrasti saranno proprio quelle stesse autorità nazionali che risolvono i conflitti di competenza sull'esercizio dell'azione penale a livello nazionale, con le evidenti conseguenze in termini di potenziale disparità di trattamento, da Stato membro a Stato membro, nei confronti della nuova Procura".

<sup>98</sup> Cfr. A. VENEGONI e M. MINI, "I nodi irrisolti della nuova Procura Europea", in *Giurisprudenza Penale*, 2017.

<sup>99</sup> Dichiarazioni pubbliche del PCE Laura Kovsi. Cfr. [https://multimedia.europarl.europa.eu/en/libe-cont-joint-meeting\\_20210126-1345-COMMITTEE-CONT-LIBE\\_vd](https://multimedia.europarl.europa.eu/en/libe-cont-joint-meeting_20210126-1345-COMMITTEE-CONT-LIBE_vd) Durante la discussione del 26 gennaio 2021, con il Comitato per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) e con il Comitato per il Bilancio (CONT), il PCE ha evidenziato la necessità di un più corposo staff a supporto dei Procuratori Europei, paventando il rischio che si crei un collo di bottiglia potenzialmente in grado di incidere su procedimenti penali in 22 stati membri, anche considerando il mutato scenario a causa della pandemia che ha generato un volume di interessi finanziari da proteggere senza precedenti.

<sup>100</sup> Nella legge tedesca del 10 luglio 2020 di attuazione del Reg.UE è espressamente previsto nella sezione 11, comma 1, che "La Procura europea è anche responsabile del perseguimento del reato anche laddove costituisca illecito amministrativo ai sensi della sezione 40 della legge sui reati amministrativi, nella misura in cui l'illecito amministrativo sia indissolubilmente legato ad un reato che rientra nell'articolo 22, paragrafo 1, del Regolamento UE".

<sup>101</sup> L'art. 86 comma 4 TFUE permette al Consiglio di "estendere i poteri dell'EPPO per includere gravi crimini transnazionali" e l'art. 83 comma 1 TFUE elenca una serie di reati aventi una dimensione transnazionale ritenuti particolarmente gravi: terrorismo, traffico di essere umani e sfruttamento sessuale di donne e minori, traffico di droga, traffico di armi, riciclaggio, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, reati informatici e reati di criminalità organizzata.

<sup>102</sup> Sul tema A. JUSZCZAK e E. SASON, *Fighting Terrorism through the European Public Prosecutor's Office (EPPO)? What future for the EPPO in the EU's Criminal Policy?* in The European Criminal Law Associations' Forum, 1/2019, p. 66. Emblematico anche il "Discorso sullo stato dell'Unione" del Presidente J.C. Juncker durante il meeting del Consiglio Europeo nel settembre 2017 "The European Union must also be stronger in fighting terrorism. In the past three years, we have made real progress. But we still lack the means to act quickly in case[s] of cross-border terrorist threats. (...) I also see a strong case for tasking the new European Public Prosecutor with prosecuting cross-border terrorist crimes". Ripreso alcuni giorni dopo anche da E. Macron, in un discorso pronunciato alla Sorbonne, e da A. Tajani in un discorso pronunciato in occasione dell'approvazione del Reg.UE da parte del Parlamento UE. Cfr. anche la Comunicazione della Commissione Europea "Un'Europa che protegge: un'iniziativa per estendere le competenze della Procura Europea (EPPO) ai reati di terrorismo transfrontaliero", 12 settembre 2018, COM (2018) 641 final. Del pari, c'è chi ha già evidenziato le criticità che tale estensione comporterebbe in ragione delle divergenze sulla nozione di terrorismo, nonostante il tentativo di armonizzazione ad opera dell'art. 3 della Direttiva (EU) 2017/541. Allo stesso modo, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, nel discorso inaugurale per l'anno giudiziario 2021, ha invitato ad evitare "imprudenti fughe in avanti" rispetto all'allargamento della competenza dell'EPPO (cfr. Intervento nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020, 29 gennaio 2021, p. 97). Analoga preoccupazione è stata manifestata dal parlamentare De heer Van Dam (CDA) durante la discussione della proposta legislativa n. 35429, presentata nei Paesi Bassi per l'adeguamento al Reg.UE, seduta del 14 ottobre 2020, il quale ha dichiarato "Wij vrezen een beetje dat het uiteindelijk zo gaat: je geeft ze een vinger en ze pakken je hele hand" ("Abbiamo un po' paura che alla fine vada così: dai loro un dito e si prendono tutta la mano") <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35429-10.html>.

<sup>103</sup> Come rilevato già alla fine degli anni 90 dalla prof.ssa Delmas-Marty, si tratta di crimini particolarmente difficili sia da individuare che da perseguire. L'individuazione è complicata poiché si tratta di condotte "in gran parte nascoste, inserite nei circuiti economici attraverso accordi che coinvolgono catene d'intermediari, a volte fittizi, a volte perfettamente integrati nelle strutture commerciali tradizionali". "Tali crimini sono difficili da perseguire per il loro carattere internazionale, che arriva a coinvolgere un gran numero di paesi nei casi più gravi". M. DELMAS-MARTY, *A legal expert's opinion (presentation of a corpus juris establishing criminal provisions to protect the financial interests of the European Union)*, Document de Travail pour un Espace Judiciaire Européen, Public Hearing organized by the Committee On Budgetary Control and the Committee On Civil Liberties And Internal Affairs, Brussels, 1997.





CP