CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Penali approfondimenti tematici

VOLUME I

Anno 2019

La giurisprudenza delle Sezioni Penali

Anno 2019

DIRETTORE: *Maria Rosaria San Giorgio*

VICE-DIRETTORE: *Gastone Andreazza*

COORDINATORE: *Francesca Costantini*

hanno collaborato alla redazione

Autori: *Maria Cristina Amoroso, Paolo Bernazzani, Raffaele Cantone, Elena Carusillo, Francesca Costantini, Paolo Di Geronimo, Bruno Giordano, Fulvio Filocamo, Luigi Giordano, Anna Mauro, Marzia Minutillo Turtur, Raffaele Piccirillo, Paola Proto Pisani, Stefania Riccio, Andrea Antonio Salemme, Gennaro Sessa, Debora Tripiccione e Andrea Venegoni.*

INDICE

PRESENTAZIONE.....XXV

PARTE PRIMA
QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I
LA PENA

CAPITOLO I

LA DETERMINAZIONE DELLA DURATA DELLE PENE ACCESSORIE
(LUIGI GIORDANO)

1. La durata fissa delle pene accessorie e la Costituzione.....1
2. La sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 5/12/2018.....2
3. Le pene accessorie temporanee: L'art. 37 cod. pen. 4
4. La sentenza Sezioni U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B.....5
5. L'evoluzione della giurisprudenza successiva.....5
6. La sentenza delle Sezioni Unite Suraci ed altri. 6
7. segue: Il superamento di ogni automatismo applicativo. 9
8. segue: La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.....12
9. Gli sviluppi successivi della giurisprudenza di legittimità. 12
Indice delle sentenze citate 15

CAPITOLO II

OMESSA APPLICAZIONE D'UFFICIO DEL BENEFICIO DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA DA PARTE DEL GIUDICE DI APPELLO E ONERE MOTIVAZIONALE
(ELENA CARUSILLO)

1. Premessa. 17
2. La questione giuridica controversa. 17
3. L'ordinanza di rimessione. 18
4. L'onere motivazionale del giudice d'appello.....19
5. La pronunzia delle Sezioni Unite. 21
Indice delle sentenze citate 25

SEZIONE II
IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

CAPITOLO I

IL CONCORSO COLPOSO NEL DELITTO DOLOSO
(FRANCESCA COSTANTINI)

1. Premessa: il caso esaminato e la decisione della Corte.....27
2. I diversi orientamenti susseguitisi negli anni in tema di concorso colposo nel delitto doloso.....28

3. Il mutamento di indirizzo della Quarta sezione: la non configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso....30
4. Il precedente arresto della Quinta sezione....31
Indice delle sentenze citate....33

CAPITOLO I

ACCERTAMENTO DELLA RECIDIVA E SUA RILEVANZA AI FINI DEL COMPUTO DEL TEMPO NECESSARIO A PRESCRIVERE IL REATO
(FRANCESCA COSTANTINI)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite....35
2. Le ragioni della questione controversa....35
3. L'orientamento che esclude la rilevanza della recidiva ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere il reato....38
4. L'orientamento che afferma la rilevanza della recidiva ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere il reato....41
5. I precedenti interventi delle Sezioni Unite in tema di recidiva....42
6. La sentenza "Schettino"....46
7. La diversa questione della rilevanza della recidiva subvalente....49
Indice delle sentenze citate....51

CAPITOLO II

ARCHIVIAZIONE PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E ISCRIZIONE NEL CASELLARIO GIUDIZIALE
(ELENA CARUSILLO)

1. Premessa....53
2. La questione giuridica controversa....53
3. L'ordinanza di rimessione....54
4. Il quadro normativo....55
5. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa....56
6. La pronuncia delle Sezioni Unite....58
Indice delle sentenze citate....60

SEZIONE IV
I DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CAPITOLO I

RAPPORTI TRA CORRUZIONE PROPRIA E PER L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE
(PAOLO DI GERONIMO)

1. Premessa....61
2. L'orientamento favorevole all'espansione del reato di corruzione propria....62
3. La più recente giurisprudenza in tema di corruzione per l'esercizio della funzione....65
3.1. Le ulteriori pronunce sul tema....68
4. Spunti derivanti dalla c.d. legge "Spazzacorrotti"....69
Indice delle sentenze citate....71

CAPITOLO II

PECULATO E PECULATO D'USO
(STEFANIA RICCIO)

1. Premessa. 73
2. Peculato e peculato d'uso: un confine ancora fluido? La differente oggettività giuridica delle fattispecie in comparazione. 74
2.1. Ancora su peculato e peculato d'uso. L'uso improprio dell'autovettura di servizio: i diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità. 75
3. Le condotte di peculato commesse da privati per mancato riversamento di somme allo Stato o ad enti pubblici. 79
4. Peculato e qualifica di incaricato di pubblico servizio. 81
5. Spese dei pubblici amministratori e rendicontazione contabile. 82
Indice delle sentenze citate 86

SEZIONE V
DELITTI CONTRO LA FEDE PUBBLICA

CAPITOLO I

OMESSA CONTESTAZIONE DELLA NATURA FIDEFACENTE DELL'ATTO E NON CONFIGURABILITA' DELLA FATTISPECIE AGGRAVATA DI FALSO IN ATTO PUBBLICO
(PAOLA PROTO PISANI)

1. Premessa. 87
2. Il contrasto risolto dalle Sezioni Unite. 88
3. La discussa sussistenza del contrasto. 91
4. La sentenza delle Sezioni Unite Sorge. 93
Indice delle sentenze citate 96

CAPITOLO II

FORMAZIONE DI FALSA COPIA DI ATTO INESISTENTE E CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI FALSO MATERIALE
(GENNARO SESSA)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. 97
2. L'orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità del reato di falso materiale in atto pubblico commesso da privato. 98
3. L'orientamento giurisprudenziale contrario alla configurabilità del reato di falso materiale in atto pubblico commesso da privato. 100
4. La decisione delle Sezioni Unite. 103
Indice delle sentenze citate 106

SEZIONE VI
DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

CAPITOLO I

LA NATURA DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DELL'AGEVOLAZIONE MAFIOSA
(PAOLA PROTO PISANI)

1. La questione controversa. 107
2. L'orientamento che ritiene soggettiva l'aggravante dell'agevolazione mafiosa. 108
3. L'orientamento che afferma la natura oggettiva dell'aggravante. 111

4. L'orientamento intermedio.....113
5. I termini del contrasto.....114
6. Le questioni connesse.....116
7. La giurisprudenza della Corte relativa ad altre aggravanti soggettive, e in tema di estensione ai concorrenti delle aggravanti soggettive.....118
8. La decisione delle Sezioni Unite: l'informazione provvisoria.....122
Indice delle sentenze citate.....124

CAPITOLO II

IL DELITTO DI SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO TRA EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI E NOVITÀ NORMATIVE
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

PARTE I: LA «"MAFIOSITÀ" DEL CONTESTO» NELLE PIÙ RECENTI PRONUNCE DI LEGITTIMITÀ

1. Introduzione.....127
2. Indiziarietà dell'intesa di scambio politico-mafioso.....128
2.1. (Segue) Il piano della rilevanza sostanziale della «"mafiosità" del contesto» di maturazione del reato.....128
2.2. (Segue) Esempi di contesti mafiosi rilevanti ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen.....130
3. «Autorità mafiosa» del promittente.....131
4. Evoluzione giurisprudenziale sulle «modalità [di procacciamento dei voti] di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis [cod. pen.]».....132
5. Confronto tra passato e presente: elementi di differenziazione.....135
5.1. (Segue) … e possibili convergenze.....136

PARTE II: LE MODIFICHE DELLA LEGGE 21 MAGGIO 2019, N. 43, ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

6. Le novità normative in estrema sintesi.....137
7. Gli autori del reato: l'espressa menzione degli intermediari.....139
7.1. (Segue) … e dell'appartenente «alle associazioni di cui all'articolo 416-bis cod. pen.».....141
8. L'elemento oggettivo: la semplice «disponibilità» del promissario «a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa» ….....145
8.1. (Segue) … e l'aumento di pena in caso di vittoria del promissario alle elezioni.....147

PARTE III: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 41 DELL'8 MARZO 2019

9. Legittimità costituzionale delle leggi regionali che prevedono l'obbligatorietà della costituzione di parte civile nei procedimenti per il delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen.....149
Indice delle sentenze citate.....151

SEZIONE VII
DELITTI CONTRO L'ECONOMIA

CAPITOLO I

ILLECITA CONCORRENZA CON VIOLENZA O MINACCIA, LA PORTATA DELLA CONDOTTA
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. La questione controversa.....153
2. La giurisprudenza di legittimità sul tema.....155
2.1. Il primo orientamento interpretativo.....157
2.2. Il secondo orientamento interpretativo.....161

2.3. Il terzo orientamento interpretativo come tentativo di mediazione. 165
3. Accenni alla disciplina civilistica. 168
4. Valutazione della casistica recente 174
5. L'informazione provvisoria. 176
Indice delle sentenze citate 177

SEZIONE VIII
DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO

CAPITOLO I

AUTORICICLAGGIO
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. Inquadramento sistematico. 179
2. Ostacolo alla identificazione dei beni oggetto di riciclaggio, necessità di una valutazione *ex ante*. 182
3. L'ambito penalmente rilevante della condotta speculativa e la sua riferibilità al gioco e alla scommessa. 185
4. Autoriciclaggio anche nel caso di spese di gestione sostenute per il reinvestimento dei proventi illeciti del reato presupposto. 192
5. Capacità dissimulatoria, trasferimento di beni oggetto di distrazione fallimentare e bancarotta fraudolenta. 197
6. Il concorso del terzo estraneo al reato presupposto all'autoriciclaggio. 199
7. Punibilità del riciclaggio. 203
8. Il sequestro nel rapporto tra riciclaggio e autoriciclaggio. 206
8.1. Autoriciclaggio e risparmio fiscale. 207
Indice sentenze citate 209

SEZIONE IX
LEGISLAZIONE COMPLEMENTARE

CAPITOLO I

LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE SULLA "*CANNABIS LIGHT*"
(PAOLO DI GERONIMO)

1. La disciplina concernente la coltivazione della canapa sativa. 211
2. Le argomentazioni sviluppate dalle Sezioni Unite. 213
3. L'interpretazione della legge n. 242 del 2016. 215
4. Le clausole di esonero da responsabilità. 216
5. Il limite dell'effettiva capacità drogante. 218
Indice delle sentenze citate 220

CAPITOLO II

I DELITTI IN MATERIA DI AMBIENTE
(MARIA CRISTINA AMOROSO)

1. Il traffico organizzato di rifiuti. 221
2. La fattispecie di inquinamento ambientale. 228
3. La combustione illecita di rifiuti. 233
Indice delle sentenze citate 237

CAPITOLO III

QUESTIONI IN TEMA DI CIRCOLAZIONE STRADALE
(GENNARO SESSA)

1. Premessa....239
2. Le pronunzie relative all'omesso avviso al conducente da sottoporre all'esame alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia e al termine entro cui dedurre la relativa nullità in caso di procedimento per decreto....239
3. Le pronunzie relative all'onere della prova circa l'idoneità e l'omologazione dell'etilometro. 241
4. Le pronunzie relative all'obbligo di dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore in caso di prelievo ematico presso una struttura sanitaria....242
5. Le pronunzie relative alla nozione di incidente stradale, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*bis*, c.d.s. 243
6. Le pronunzie relative all'interpretazione della previsione di cui all'art. 143 c.d.s. 244
Indice delle sentenze citate....246

CAPITOLO IV

PERCORSI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA' IN TEMA DI REATI FALLIMENTARI
(ANNA MAURO)

1. Premessa....247
2. Sentenza di fallimento: segmento della condotta incriminatrice o condizione obiettiva di punibilità? 248
3. La restituzione ai soci, nel periodo di insolvenza, dei finanziamenti concessi alla società: bancarotta fraudolenta o preferenziale?....249
4. Bancarotta documentale semplice e fraudolenta: l'elemento psicologico....250
4.1. Le scritture contabili oggetto del reato....251
4.2 L'attenuante del danno di speciale tenuità. 253
5. Operazioni infragruppo. 254
6. Il concorso di persone nel reato di bancarotta fraudolenta; il dolo dell'*extraneus*....255
7. Concorso di reati, continuazione e circostanze aggravanti. 257
8. Sequestri e reati di bancarotta. 260
Indice delle sentenze citate....263

CAPITOLO V

ESERCIZIO ABUSIVO DI ATTIVITA' FINANZIARIA
(BRUNO GIORDANO)

1. I delitti di esercizio abusivo di attività bancaria e finanziaria di cui agli artt. 131 e 132 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e i nuovi costrutti negoziali. 265
2. L'abusiva attivita' finanziaria. 265
3. La concessione di finanziamenti "sotto qualsiasi forma"....266
4. L'esercizio dell'attività finanziaria "nei confronti del pubblico". 268
5. Il bene giuridico tutelato e la natura di reato di pericolo astratto. 269
6. La successione di leggi e la pena applicabile....270
7. La buona fede e il valore scusante degli atti della Banca d'Italia....273
8. La natura delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia e il princio del *ne bis in idem*. 274
9. Elementi costitutivi dell'esercizio abusivo dell'attività bancaria. 275
Indice delle sentenze citate....277

CAPITOLO VI

COLTIVAZIONE DI PIANTE AD EFFETTO STUPEFACENTE E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ
(STEFANIA RICCIO)

1. L'informazione provvisoria. 279
2. Gli indirizzi giurisprudenziali richiamati nell'ordinanza di rimessione. Le Sezioni Unite Di Salvia. 280
2.1.1 La giurisprudenza successiva sulla efficacia drogante 283
2.2. Il primo indirizzo richiamato nell'ordinanza di rimessione: l'idoneità della coltivazione a produrre sostanza per il consumo. Le sentenze relative al ciclo di maturazione delle piantumazioni 284
2.3 L'ulteriore indirizzo. L'incremento della provvista di stupefacente e l' idoneità ad alimentare il mercato 285
3. L'inquadramento normativo del principio di offensività. 286
4. Il quadro normativo di riferimento, quanto all'attività di coltivazione. La sentenza "Cangemi" 288
5. Gli orientamenti della Corte costituzionale sull'offensività della illecita coltivazione. 289
6. L'inafferrabile nozione della "efficacia drogante". Le Sezioni Unite Castignani sulla cannabis light. 292
7. I contenuti dell'informazione provvisoria. 296
Indice delle sentenze citate 298

SEZIONE X
MISURE DI PREVENZIONE

CAPITOLO I

LA PRESCRIZIONE DI NON PARTECIPARE A PUBBLICHE RIUNIONI
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. Premessa. 301
2. La questione controversa. 301
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite. 304
Indice delle sentenze citate 310

CAPITOLO II

L'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DELLE VARIAZIONI PATRIMONIALI
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. Premessa. 311
2. La questione controversa. 314
3. Le soluzione adottata dalle Sezioni Unite. 315
Indice delle sentenze citate 318

PARTE SECONDA

IL CONTRASTO ALLA CRIMINALITA' DEL PROFITTO

SEZIONE I
CONFISCA

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI CONFISCA DI PREVENZIONE
(PAOLO BERNAZZANI)

1. Premessa....319
2. I profili di pericolosità generica all'indomani ella sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019. 319
3. Questioni in tema di intestazione fittizia. 324
4. Sequestro e confisca di beni acquistati in parte con provvista lecita. 326
5. (segue). Confisca ed attività di impresa: ipotesi di confusione tra risorse lecite e risorse illecite. 328
6. Oneri di allegazione a carico del proposto e rilevanza del c.d. "scudo fiscale". 332
7. Crediti muniti di garanzia reale e strumentalità rispetto all'attività illecita. 334
8. Procedimento di prevenzione e cause di ricusazione. 335
9. Questioni in tema di individuazione dei provvedimenti impugnabili, di legittimazione ed interesse all'intervento o all'impugnazione e di disciplina dei termini procedimentali ex artt. 24, comma 2, e 27, comma 6, cod. antimafia. 339
   9.1. (segue). Tipologie di provvedimenti impugnabili. 339
   9.2. (segue). Legittimazione ed interesse ad intervenire o ad impugnare. 340
   9.3. (segue). Termini ex artt. 24, comma 2, e 27, comma 6, cod. antimafia. 343
10. La tutela dei terzi creditori nell'ambito del procedimento di verifica dei crediti e di opposizione allo stato passivo. 346
11. La revocazione della confisca. 347
12. Rapporti fra confisca di prevenzione ed altre tipologie di provvedimenti ablatori. 354
Indice delle sentenze citate....357

CAPITOLO II

QUESTIONI IN TEMA DI CONFISCA: PERTINENZIALITÀ, DISTIZIONE DEL PATRIMONIO LECITO E TUTELA DEI TERZI
(PAOLO DI GERONIMO)

1. Premessa....361
2. Confisca del denaro e pertinenzialità. 361
   2.1 La confisca del denaro "futuro". 363
3. La successiva evoluzione giurisprudenziale. 363
   3.1. Confisca del denaro e prova della provenienza lecita. 366
4. La tutela del terzo. 368
   4.1. I limiti alla sindacabilità della confisca da parte del terzo. 370
5. Partecipazione del terzo e disciplina intertemporale. 371
Indice delle sentenze citate....373

CAPITOLO III

LE "MISURE PATRIMONIALI" PER I REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
(RAFFAELE CANTONE)

1. Il quadro normativo. 375
2. La "restituzione" *ex* art. 444, comma 1-*ter* cod. proc pen. ed i rapporti con la confisca di cui all'art. 322-*bis* cod. pen e la riparazione pecuniaria. 377
3. La natura della riparazione pecuniaria e la tipologia di sentenze di condanna da cui può conseguire. 378
4. I rapporti fra confisca allargata e confisca *ex* art. 322-*bis* cod. pen. 379
5. Il profitto del reato. 381
Indice delle sentenze citate 383

CAPITOLO IV

LA CONFISCA URBANISTICA
(LUIGI GIORDANO)

1. Premessa. 385
2. La sentenza della Corte EDU "Sud Fondi" e le sue implicazione nella giurisdizione di legittimità. 385
3. La sentenza della Corte EDU "Varvara". 387
4. Le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dopo la sentenza "Varvara". 388
5. La soluzione adottata dalla Corte costituzionale. 389
6. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015. 390
7. La sentenza della Corte EDU 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: la compatibilità della confisca con la prescrizione. 391
8. segue: il rispetto del principio di non colpevolezza ex art. 6 CEDU. 393
9. segue: la compatibilità della confisca con l'art. 1 Prot. add. CEDU; la proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito. 394
10. segue: La confisca nei confronti dei terzi estranei al giudizio. 396
11. Il rispetto del principio di non colpevolezza ex art. 6 CEDU. 398
12. segue: La prosecuzione del giudizio nonostante l'intervenuta prescrizione. 399
13. segue: La frizione con le conclusioni della sentenza Sez. U Lucci. 402
14. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza CEDU G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: l'individuazione dei beni oggetto della confisca. 404
15. La tesi secondo cui l'estinzione del reato non preclude un giudizio di rinvio limitato alla confisca urbanistica in forza della previsione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. 405
16. segue: le sentenze di annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca. 406
17. La tesi secondo cui il nuovo giudizio sulla proporzionalità della confisca urbanistica trova fondamento su un principio generale desumibile anche dalla disciplina di altre ipotesi di confisca (oltre che dallo stesso art. 578-*bis* cod. proc. pen.). 409
18. La tesi secondo cui, nel caso di intervenuta prescrizione, nessuna norma processuale giustifica l'annullamento con rinvio della sola statuizione relativa alla confisca (ed in particolare non l'art. 578-*bis* cod. proc. pen.). 416
19. La confisca nei confronti dei terzi estranei al giudizio. 418
20. segue: La mancata partecipazione al giudizio del terzo. 420
21. segue: la tutela del terzo estraneo nei confronti del provvedimento di confisca. 421
22. La natura permanente del reato di lottizzazione. 422
23. Gli effetti della confisca urbanistica. 424
24. Il rilievo dell'autorizzazione a lottizzare "postuma". 425
Indice delle sentenze citate 427

VOLUME II

PARTE TERZA

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I
GIURISDIZIONE E COMPETENZA

CAPITOLO I

COMPETENZA DEL GIUDICE SUPERIORE IN RELAZIONE AD UN REATO DI COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Introduzione. 429
2. Riqualificazione del fatto in un reato di competenza del giudice di pace. 430
3. Sopravvenuto difetto di connessione determinante l'attrazione del reato di competenza del giudice di pace nella competenza del giudice superiore. 430
4. Analisi unitaria delle questioni controverse devolute alle Sezioni Unite. 431
5. Orientamento maggioritario. 431
6. Orientamento minoritario. 432
7. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte Costituzionale. 433
8. Le decisioni delle Sezioni Unite. 433
9. Rapporto tra regola ed eccezione. 435
10. Giurisprudenza successiva agli interventi delle Sezioni Unite. 435
11. Conclusioni. 436
Indice delle sentenze citate 437

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SUL RIPARTO DI ATTRIBUZIONE PER CONNESSIONE TRA GIUDICE MONOCRATICO E COLLEGIALE
(PAOLO DI GERONIMO)

1. La fattispecie esaminata e le ragioni del contrasto. 439
2. Competenza ed attribuzione, profili differenziali. 441
3. La perpetuatio jurisdictionis. 442
4. Il rinvio a giudizio dinanzi al tribunale monocratico. 444
5. I casi riconducibili all'art. 33-*sexies* cod. proc. pen. 445
6. Gli effetti del venir meno della connessione. 446
7. Ulteriori ambiti di applicabilità del principio: la competenza per connessione. 447
7.1 Diversa qualificazione giuridica del fatto ed effetti sull'attribuzione. 448
Indice delle sentenze citate 450

SEZIONE II
MISURE CAUTELARI REALI

CAPITOLO I

IL REVIREMENT DELLE SEZIONI UNITE SULLA LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE A CONTRASTARE IL SEQUESTRO FINALIZZATO ALLA CONFISCA
(RAFFAELE PICCIRILLO)

1. I precedenti arresti delle Sezioni Unite. 451
   1.1. La soluzione Focarelli: la legittimazione del curatore quale riflesso della funzione istituzionale della procedura e dell'ufficio fallimentare. 452
   1.2. Il principio Uniland: il disconoscimento della legittimazione del curatore in quanto non portatore di diritti reali. 453
2. L'insoddisfazione della giurisprudenza per il principio Uniland. 456
3. La questione rimessa alle Sezioni Unite e la lettura dell'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. 458
4. Le caratteristiche del caso e la proposta di *distinguishing*. 459
5. L'inevitabilità del confronto con il principio Uniland. 459
   5.1. L'estensione del principio Uniland al di là dei casi di sequestro *ex* art. 19-53 d.lgs. n. 231 del 2001. 460
   5.2. L'inconferente richiamo del principio di consecuzione delle procedure concorsuali. 461
   5.3. Non è vero che il principio Uniland presuppone la concorrenza di vincoli legittimi. 463
6. Le ragioni del cambio di rotta. 464
   6.1. La centralità degli artt. 322, 322-*bis* e 325 cod. proc. pen. e la *distinta fisionomia* dell'avente diritto alla restituzione. 464
   6.2. Il curatore fallimentare titolare di una disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata dei beni fallimentari. 465
   6.3. L'interesse concreto del curatore a contrastare il sequestro. 466
   6.4. Le conclusioni delle Sezioni Unite e il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. 468
   6.5. L'autonoma legittimazione del curatore e l'opponibilità del giudicato formatosi sull'impugnazione del debitore fallito. 469
7. Legittimità del sequestro del denaro a fini di confisca diretta del profitto del reato tributario e oneri di allegazione del ricorrente. 469
8. La legittimazione del curatore a impugnare il sequestro di prevenzione. 471
Indice delle sentenze citate 474

SEZIONE III
PROVE

CAPITOLO I

ANNULLAMENTO DEL SEQUESTRO PROBATORIO E DIVIETO DI RESTITUZIONE DELLE COSE SEQUESTRATE DI CUI ALL'ART. 324, COMMA 7, COD. PROC. PEN.
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Ordinanza di rimessione e questioni controverse. 477
2. Considerazioni preliminari sulle questioni controverse. 478
3. Orientamento maggioritario in generale. 479
   3.1. Estensione del divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., al sequestro probatorio. 479
   3.2. Natura di principio generale dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. 480
   3.3. Non restituibilità di cose soggette a confisca obbligatoria anche se sequestrate in plurimi esemplari. 481
   3.4. Estensione del divieto di restituzione al caso di perdita di efficacia del provvedimento di sequestro probatorio. 481

3.5. Estensione del divieto di restituzione a cose soggette a confisca obbligatoria in forza di disposizioni diverse dall'art. 240, comma 2, cod. pen. 482
4. Orientamento minoritario. 483
4.1. La tesi dell'applicabilità del divieto di restituzione ai soli casi di perdita di efficacia del sequestro probatorio per motivi formali. 485
5. Orientamento intermedio. 485
6. La decisione delle Sezioni Unite: i principi di diritto la soluzione del caso. 487
6.1. Analisi della decisione in relazione alla prima questione controversa. 487
6.2. Analisi della decisione in relazione alla seconda questione controversa. 488
Indice delle sentenze citate 491

CAPITOLO II

L'UTILIZZAZIONE DEI RISULTATI DELLE INTERCETTAZIONI IN PROCEDIMENTI DIVERSI
(LUIGI GIORDANO)

1. La vicenda oggetto del giudizio. 493
2. Il fondamento costituzionale della disciplina delle intercettazioni. 494
3. segue: la giurisprudenza costituzionale sull'art. 270 cod. proc. pen. 495
4. segue: la portata del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni secondo la Costituzione. 496
5. Gli indirizzi giurisprudenzali sulla nozione di "diverso procedimento": la tesi prevalente. 497
6. segue: La tesi che assicura rilievo alla formale unitarietà iniziale del procedimento. 498
7. segue: La tesi che equipara la nozie di "procedimento" a quella di "reato". 499
8. Il contrasto giurisprudenziale sulla necessità del rispetto dei presupposti di cui all'art. 266 cod. proc. pen. 499
9. Le ragioni della mancata condivisione del secondo indirizzo illustrato. 501
10. Le ragioni della mancata condivisione del terzo indirizzo illustrato. 502
11. Le ragioni dell'accoglimento del primo indirizzo illustrato. Il "legame" sostanziale tra i reati. 503
12. segue: La connessione e la coincidenza della "regiudicanda". 504
13. segue: L'insufficienza del mero collegamento tra le indagini ex art. 371 cod. proc. pen. 504
14. segue: Il principio espresso dalle Sezioni Unite. 506
Indice delle sentenze citate 507

CAPITOLO III

MUTAMENTO DEL GIUDICE E RINNNOVAZIONE DEL DIBATTIMENTO
(STEFANIA RICCIO)

1. Le questioni rimesse in tema di principio di immutabilità *ex* art. 525 cod. proc.pen. 509
2. Se il principio di immutabilità richieda l'identità del giudice che decide con il giudice che ammette la prova. Gli indirizzi in contrasto. 510
3. Le modalità di prestazione del consnso alle letture, quali strumenti di riutilizzo delle prove assunte dal giudice in differente composizione. Gli orientamenti contrapposti. 511
4. Le soluzioni delle Sezioni Unite. Il nuovo portocollo operativo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. 514
Indice delle sentenze citate 518

CAPITOLO IV

OVERTURNING SFAVOREVOLE E OBBLIGO DI RINNOVAZIONE IN APPELLO DELLA PROVA PER ESPERTI NELLA DECISIONE SEZ. U, PAVAN DEVIS. ELEMENTI DI CONTINUITÀ CON L'ANTERIORE DIRITTO VIVENTE NELLE PRIME LETTURE DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL NUOVO ART. 603, COMMA 3-*BIS* COD. PROC. PEN.
(RAFFAELE PICCIRILLO)

I. PARTE PRIMA

1. Gli antefatti e il contesto della decisione Sez. U, n. 14426 del 21/12/2018, dep. 2019, Pavan Devis. 519
2. Il contrasto interpretativo. 522
2.1. L'indirizzo prevalente. 522
2.2. L'indirizzo minoritario. 525
3. Il primo principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite nella decisione Pavan Devis. 526
3.1 La caratterizzazione dichiarativa della perizia e gli elementi di assimilazione all'esame testimoniale nella disciplina interna e nella giurisprudenza convenzionale. 527
3.2. Il depotenziamento dell'assioma della neutralità della perizia. 529
3.3. La sintonia con i precedenti Franzese, Cozzini e Cantore in tema di prova scientifica. 531
3.4. La possibile *decisività* della perizia e della consulenza tecnica. 532
3.5. L'estensione della regola della rinnovazione istruttoria al contributo del consulente di parte. 534
3.6. I modi della rinnovazione istruttoria: l'alternativa tra il rinnovo dell'incarico peritale e il mero riascolto del perito esaminato in primo grado. 535
4. Il secondo principio affermato dalle Sezioni Unite: diversa classificazione *ratione temporis* del vizio di omessa rinnovazione. 536
4.1. La soluzione del caso: il contributo peritale acquisito in forma esclusivamente cartolare non è "prova dichiarativa". 537
4.2. La distinzione del contributo peritale acquisito in forma esclusivamente cartolare dalle dichiarazioni rese nelle indagini preliminari acquisite al giudizio abbreviato. 538
4.3. La *non decisività* della rivalutazione della prova per esperti nel caso Pavan Devis. 539
5. La continuità della decisione Pavan Devis con il principio *Patalano*, in tema di obbligo della rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa rivalutata nel giudizio abbreviato d'appello e la decisione Corte cost. n. 124 del 2019. 541
6. L'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. e l'appello della parte civile. 544
7. L'individuazione delle prove da rinnovare in appello, alla stregua dell'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.: il rapporto tra rinnovazione istruttoria e specificità dei motivi di appello. 545
8. Diversa valutazione della prova dichiarativa. Nozione. 548
9. Rinnovazione istruttoria in appello e incompatibilità del giudice. 549
Indice delle sentenze citate 550

SEZIONE IV
PARTECIPAZIONE AL PROCESSO

CAPITOLO I

ELEZIONE DI DOMICILIO PRESSO IL DIFENSORE D'UFFICIO E CONOSCENZA DEL PROCEDIMENTO
(ANNA MAURO)

1. Premessa. 553
2. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite. 554
3. I termini del contrasto: la tesi dell'insufficienza della sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio a costituire presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza dell'imputato. 555
4. (segue) La tesi della sufficienza dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, già nella fase delle indagini preliminari, per legittimare la dichiarazione di assenza dell'imputato. 557

5. Le presunzioni di conoscenza ex art. 420-*bis*, comma 2 cod. proc. pen. e l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. 560
6. La latitanza quale presupposto per la celebrazione del processo *in absentia*. 563
7. Considerazioni conclusive. 565
Indice delle sentenze citate 567

CAPITOLO II

L'ABROGAZIONE TACITA DELLA NOTIFICA ALL'IMPUTATO ASSENTE DELLA SENTENZA EMESSA NEL GIUDIZIO ABBREVIATO
(RAFFAELE PICCIRILLO)

1. Il caso e la questione controversa. 569
2. La linea giurisprudenziale maggioritaria. 570
3. La linea antiabrogazionista della giurisprudenza minoritaria. 570
4. Il principio enunciato da Sez. U, n. 698 del 24/10/2019 – dep. 2020, Sinito, Rv. 277470. L'impianto della decisione. 572
   4.1. La ricostruzione diacronica della disciplina della costituzione dell'imputato nel giudizio abbreviato dal Codice del 1988 alla legge Carotti. 572
   4.2. L'abrogazione dell'istituto contumaciale e della notifica ex art. 548, comma 3, cod. proc. pen. ... 574
   4.3. Nessuna *reviviscenza* dell'obbligo di notifica della decisione dopo la legge n. 67 del 2014. 575
   4.4. Confutazione del paventato contrasto della tesi abrogazionista con i principi CEDU: la superfluità della notifica della decisione nel sistema *in absentia*. 576
5. L'impregiudicata tutela dell'affidamento incolpevole e gli scenari per il *prospective overruling* in ambito penale. 578
Indice delle sentenze citate 581

SEZIONE V
PROCEDIMENTI SPECIALI

CAPITOLO I

ABBREVIATO CONDIZIONATO E MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE NON COLLEGATA ALL'ATTIVITA' INTEGRATIVA ESPLETATA
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. La questione controversa. 585
2. La giurisprudenza di legittimità sul tema. 589
3. La sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2010. 596
4. Considerazioni di sintesi. 600
Indice delle sentenze citate 602

SEZIONE VI
IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

RESTITUZIONE NEL TERMINE PER IMPUGNARE LA SENTENZA CONTUMACIALE ED EFFETTIVA CONOSCENZA DEL PROCEDIMENTO
(ANNA MAURO)

1. Premessa. 605
2. Il caso. 605
3. La rimessione alle Sezioni Unite. 606
4. La decisione delle Sezioni Unite. 607

Indice delle sentenze citate 613

CAPITOLO II

SENTENZA DI ESTINZIONE DEL REATO PER PRESCRIZIONE E INTERESSE AD IMPUGNARE DELLA PARTE CIVILE
(MARIA CRISTINA AMOROSO)

1. Premessa. 615
2. La normativa di riferimento. 615
3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. L'orientamento affermativo della ammissibilità dell'impugnazione. 616
4. L'orientamento negativo. 618
5. L'indirizzo intermedio. 618
6. La rimessione alle Sezioni Unite. 619
7. Le Sezioni Unite n. 28911 del 28 marzo 2019. 620
Indice delle sentenze citate 626

CAPITOLO III

LA RICORRIBILITA' IN CASSAZIONE DEL PROVVEDIMENTO CON CUI IL TRIBUNALE NEGHI L'APPLICAZIONE DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 34-BIS, COMMA 6, D. LGS. N. 159/2011
(GENNARO SESSA)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite. 627
2. L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'impugnabilità del provvedimento del tribunale. 629
3. L'orientamento giurisprudenziale contrario all'impugnabilità del provvedimento del tribunale. 631
4. Il contributo offerto alla soluzione del contrasto da Sez. 1, n. 29487 del 07.05.2019, Tribunale di Catanzaro c./Tribunale di Trento. 638
5. La decisione delle Sezioni Unite. 640
Indice delle sentenze citate 643

CAPITOLO IV

LA RICORRIBILITA' IN CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO PER VIZIO RELATIVO ALL'APPLICAZIONE DI UNA MISURA DI SICUREZZA O DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA ACCESSORIA
(DEBORA TRIPICCIONE)

1.Premessa. 645
2. La modifica del regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento. 645
3. La questione relativa alla ricorribilità del punto concernente l'applicazione di una misura di sicurezza. 648
3.1 La soluzione prospettata nell'ordinanza di rimessione. 657
4. La questione relativa alla ricorribilità del punto concernente l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria. 659
Indice delle sentenze citate 665

CAPITOLO V

IL GIUDIZIO DI RINVIO EX ART. 622 COD. PROC. PEN.
(PAOLA PROTO PISANI)

1. Premessa. 667
2. La giurisprudenza penale della Corte in tema di regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile. 668

3. La giurisprudenza civile della Corte in tema di regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile. 672
4. L'ambito di applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen. secondo la giurisprudenza penale della Corte. 679
4.1. Le recenti sentenze della Corte di cassazione. 685
5. Questioni in tema di ammissibilità dell'impugnazione della parte civile delle sentenze di proscioglimento. 688
Indice delle sentenze citate....695

CAPITOLO VI

L'AMMISSIBILITA' DELLA REVISIONE DELLA SENTENZA CHE DICHIARANDO NON DOVERSI PROCEDERE PER L'ESTINZIONE DEL REATO CONFERMI LE STATUIZIONI CIVILI
(PAOLA PROTO PISANI)

1. Premessa....699
2. Il contrasto risolto dalle Sezioni Unite. 699
3. La sentenza delle Sezioni Unite Milanesi. 701
4. Le questioni ancora aperte in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento. 704
Indice delle sentenze citate....706

CAPITOLO VII

LE SEZIONI UNITE SUI "FRATELLI MINORI" DI CONTRADA.
(PAOLO DI GERONIMO)

1. La sentenza della Corte EDU sul caso "Contrada 707
2. L'adeguamento alla sentenza "Contrada". 708
3. L'estensione ai "fratelli minori" della sentenza "Contrada": la tesi contraria. 711
3.1. La sentenza "Esti" e la contestazione della natura giurisprudenziale del concorso esterno....713
3.2. Le sentenze "Marfia" e "Marino". 715
4. La diversa impostazione seguita nell'ordinanza di rimessione....718
4.1. La prevedibilità soggettiva. 720
5. L'estensibilità *erga alios* dei principi affermati dalla Corte EDU nel caso "Contrada". 722
6. La soluzione accolta dalle Sezioni unite Genco. 723
Indice delle sentenze citate....725

SEZIONE VII
ESECUZIONE

CAPITOLO I

RECENTI QUESTIONI IN TEMA DI DIVIETO DI SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE E DI CONCESSIONE DEI BENEFICI PENITENZIARI PER I CONDANNATI PER REATI OSTATIVI
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. L'origine dell'art. 4-*bis* ord. pen. e le sue successive modifiche. 727
2. La compatibilità costituzionale. 729
2.1 (segue) e convenzionale. 735
3. L'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione: questioni di diritto intertemporale. 737
4. Ulteriori questioni applicative: i reati aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991. 741
4.1 La portata del rinvio dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. all'art. 4-*bis* ord. pen. 742
5. Il presupposto dell'utile collaborazione. 743

6. Lo scioglimento del cumulo in caso di provvedimento di unificazione di pene concorrenti comprendente un titolo per reato ostativo. 746
Indice delle sentenze citate 748

CAPITOLO II

L'ESPULSIONE DELLO STRANIERO QUALE MISURA ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE
(FULVIO FILOCAMO)

1. Premessa. 751
2. Aspetti procedurali. 752
2.1. Le impugnazioni. 752
2.2. Le verifiche del giudice. 753
2.3. Compatibilità con le altre misure alternative alla detenzione. 754
3. Le cause ostative. 756
Indice delle sentenze citate 758

SEZIONE VIII
RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

CAPITOLO II

L'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO
(ANDREA VENEGONI)

1. Premessa. 759
2. Autonomia del provvedimento di riconoscimento. 760
3. Questioni processuali. 761
4. Impugnazioni. 761
Indice delle sentenze citate 764

PARTE QUARTA
SPESE DI GIUSTIZIA

SEZIONE I
INDENNITÀ DI CUSTODIA

CAPITOLO I

LA COMPETENZA ALLA LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI AL CUSTODE GIUDIZIARIO: CHI E' IL "MAGISTRATO CHE PROCEDE"?
(ELENA CARUSILLO)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite. 765
2. Le ragioni della questione controversa. 766
3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. 767
4. Il decreto di archiviazione e la sua natura. 770
5. La sentenza delle Sezioni Unite "Seghaier": una traccia per la soluzione della questione. 771
6. La ricaduta della decisione sulla dichiarazione di incompetenza. 773
7. La decisione. 776
Indice delle sentenze citate 777

SEZIONE II
PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

CAPITOLO I

PARTE CIVILE AMMESSA AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO E POTERI DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUI PROVVEDIMENTI DI LIQUIDAZIONE
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Questione controversa. 779
2. Orientamento maggioritario in generale. 779
   2.1. Orientamento maggioritario esplicito. 780
   2.2. Orientamento maggioritario implicito. 780
3. Il "leading case" dell'orientamento minoritario. 782
   3.1. Orientamento minoritario e giudizio di legittimità. 784
   3.2. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte costituzionale. 784
4. Orientamento intermedio. 785
5. La decisione delle Sezioni Unite. 786
6. Riflessioni conclusive. 787
Indice delle sentenze citate 789

CAPITOLO II

FALSITA' O IMCOMPLETEZZA DELLA DICHIARAZIONE PER L'AMMISSIONE AL GRATUITO PATROCINIO E MANCATO SUPERAMENTO DEL LIMITE DI REDDITO
(ELENA CARUSILLO)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite 791
2. L'origine della questione controversa. 791
3. Natura giuridica e profili strutturali dell'istituto del patrocinio difensivo: cenni. 793
4. Il potere di controllo dell'autocertificazione da parte del giudice: la giurisrudenza sul punto. 794
5. La revoca di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002. 796
6. La sentenza delle Sezioni Unite "Infanti" e la ricaduta sulla successiva giurisprudenza. 798
7. Le ipotesi di revoca di cui all'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002. 800
8. La natura del provvedimento di revoca 802
9. La decisione. 804
Indice delle sentenze citate 805

PRESENTAZIONE

La Rassegna del Massimario sulla giurisprudenza penale della Corte di cassazione che, nel segno di una ormai consolidata tradizione, viene qui proposta, vorrebbe perseguire l'ambizioso tentativo di rappresentare il percorso della giurisprudenza di legittimità nell'anno appena trascorso, nel tentativo di restituire, a chi abbia a leggerla, non una semplice elencazione di principi, bensì il rapporto del giudice di legittimità con le norme applicate, il loro grado di assimilazione, la loro sedimentazione e, non ultima, la loro definitiva "metamorfosi" nel diritto vivente.

Tentativo, quello appena indicato, necessario non solo per ricondurre a "ragione" un flusso continuo e inarrestabile di affermazioni di principi, che necessita, sia pure per un breve momento, di essere "fotografato" e fatto decantare per meglio comprenderne il significato e per saperne prevedere gli sviluppi, ma anche per consentire di restituire alla Corte la pienezza del ruolo nomofilattico per legge assegnatole, minacciato, anche nel 2019*, dall'incessante afflusso di ricorsi.*

Si potrebbe anzi dire che la Rassegna *esemplifica esattamente ciò che l'Ufficio del Massimario è oggi e che forse nemmeno ci si poteva prefigurare con nettezza quasi un secolo fa, quando, come già si diceva l'anno scorso, presentando sempre la* Rassegna*, si adibivano, per effetto del r.d.l.* 22 *febbraio* 1924*, n.* 268*, tre magistrati di grado non superiore a consigliere di appello alle dipendenze del Primo Presidente, con il compito "di monitorare i precedenti della Corte per registrare le continuità e segnalare le eventuali difformità" : in un panorama contraddistinto da numeri del tutto inconsueti in qualsivoglia altro scenario giudiziario di Europa (nel* 2019 *i ricorsi sono stati* 50.803*), il Massimario è, prima di tutto, attraverso la "condensazione" nelle massime dei principi estratti dalle sentenze, strumento della Corte di lettura ragionata delle proprie decisioni e di riflessione e "autoanalisi" e, in definitiva, garanzia di ininterrotto esercizio della funzione nomofilattica del giudice di legittimità.*

E di tale strumento di analisi ragionata la rassegna rappresenta, in un certo modo, accanto ai numerosi e preziosi compiti che il Massimario svolge (oltre, appunto, alla massimazione delle sentenze e alla redazione delle relazioni per le Sezioni Unite, di orientamento e di contrasto, dal 2019 *sono state introdotte anche le relazioni sulle novità normative di maggiore rilievo e la rassegna delle decisioni di interesse della Corte costituzionale), proprio la esemplificazione più viva.*

Tanto più, del resto, appare vitale un tale compito in quanto sempre più le decisioni della Corte, pur in un contesto evidentemente non assimilabile agli ordinamenti di common law, e in special modo quelle delle Sezioni Unite, appaiono tuttavia destinate a divenire, per effetto dell'art. 618*, comma* 1 *bis, cod. proc. pen. (e dell'obbligo ivi previsto per le sezioni semplici di rimettere alle Sezioni Unite il proprio dissenso su temi già decisi dal supremo consesso), precedenti di natura sostanzialmente vincolante.*

L'impostazione ed i contenuti della Rassegna *riflettono dunque, anche per la giurisprudenza intervenuta nel* 2019*, la funzione e il senso dei compiti del Massimario laddove, da una parte, si*

è focalizzata l'attenzione sulle pronunce delle Sezioni Unite intervenute a dirimere contrasti o a prevenirne la possibile insorgenza e, dall'altro, si è ritenuto di enucleare temi affrontati dalle singole sezioni oggetto di letture non sempre convergenti o meritevoli di segnalazione perché riguardanti normative di recente modifica o introduzione.

Su tale sostanziale duplicità si articola dunque lo schema della Rassegna, che, composta di due volumi, è stata suddivisa in quattro parti, a propria volta ripartite in sezioni e, ciascuna di esse, ulteriormente, distribuita in uno o più capitoli.

Nella prima parte, dedicata alla pronunce afferenti il diritto penale sostanziale, sia con riguardo agli istituti generali che alle singole fattispecie; particolare attenzione è stata dunque posta con riguardo alle pronunce delle Sezioni Unite intervenute con riguardo ad "annosi contrasti" (come quello da tempo radicatosi sulla corretta lettura del reato di illecita concorrenza con violenza o minaccia) o su altri di più recente insorgenza (come quello relativo alla configurabilità del falso materiale a seguito di fotocopia di atto inesistente e quello, di indubbia rilevanza sistematica, in ordine ai criteri di determinazione della durata delle pene accessorie), venendo altresì anticipato, in attesa del deposito della relativa sentenza, l'ambito del contrasto riguardante la individuazione della esatta natura della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa.

Sempre nella prima parte si è poi ritenuto di tracciare, nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, il percorso giurisprudenziale, reso accidentato da una normativa quanto meno non chiara, sui confini intercorrenti tra il reato di corruzione propria e quello di corruzione per l'esercizio della funzione.

Nell'ambito di quanto ricompreso nella legislazione complementare merita poi qui segnalazione la pronuncia, di rilevante interesse sociale e commerciale, in ordine alla problematica lettura della recente normativa (legge 2 dicembre 2016, n.242) in tema di coltivazione lecita di canapa sativa e alla sua idoneità o meno ad interferire sulle fattispecie penali riguardanti le sostanze stupefacenti.

Sempre "incandescente" è poi rimasto, anche nel 2019, il terreno della confisca, collocato nella seconda parte, dedicata alla criminalità del profitto, e ormai costantemente alla ribalta delle pronunce della Corte sia per la difficoltà di definirne uno statuto "unitario", a fronte del polimorfismo di una misura che resta, nelle varie situazioni, accomunata dalla sola denominazione, sia per le frenetiche modifiche normative (da ultimo la l. n. 157 del 2019, di conversione del "decreto fiscale" n. 124 del 2019).

Nella terza parte, dedicata ai temi di diritto processuale, sono state in particolare ripercorse le ragioni delle decisioni delle Sezioni Unite intervenute su questioni di competenza e "dissodato" l'intreccio tra misure cautelari reali e fallimento, esitato nel revirement della Corte a Sezioni Unite sul tema della legittimazione del curatore a contrastare il sequestro preventivo. Di grande rilevanza, poi, per gli indissolubili profili costituzionali coinvolti, le pronunce, sempre adottate dal massimo consesso, in tema di limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche in altri procedimenti, di effetti del mutamento del giudice sulla già svolta istruzione dibattimentale e, nel segno degli effetti segnati dalla primigenia pronuncia delle Sez. Un. "Dasgupta" del 2016, di obbligo e latitudine

della rinnovazione della perizia in caso di ribaltamento, in appello, della sentenza assolutoria di primo grado.

Il merito di avere realizzato la Rassegna va attribuito ai colleghi Maria Cristina Amoroso, Paolo Bernazzani, Raffaele Cantone, Elena Carusillo, Francesca Costantini, Paolo Di Geronimo, Fulvio Filocamo, Bruno Giordano, Luigi Giordano, Anna Mauro, Marzia Minutillo Turtur, Raffaele Piccirillo, Paola Proto Pisani, Andrea Antonio Salemme, Gennaro Sessa, Debora Tripiccione e Andrea Venegoni.

La rifinitura dell'editing é merito invece del personale addetto alla Cancelleria e Segreteria dell'Ufficio.

Un affettuoso ricordo, infine, deve essere dedicato alla collega Maria Meloni, la cui lunga e appassionata presenza nell'Ufficio del Massimario è stata inaspettatamente spezzata sul finire dell'anno appena compiuto.

Roma, 25 *gennaio* 2020

MARIA ROSARIA SANGIORGIO – GASTONE ANDREAZZA

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I

LA PENA

CAPITOLO I

LA DETERMINAZIONE DELLA DURATA DELLE PENE ACCESSORIE

(LUIGI GIORDANO)

SOMMARIO: 1. La durata fissa delle pene accessorie e la Costituzione. - 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 5/12/2018. - 3. Le pene accessorie temporanee: L'art. 37 cod. pen. - 4. La sentenza Sezioni U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B. - 5. L'evoluzione della giurisprudenza successiva. - 6. La sentenza delle Sezioni Unite Suraci ed altri. - 7. segue: Il superamento di ogni automatismo applicativo. - 8. segue: La soluzione accolta dalle Sezioni Unite. – 9. Gli sviluppi successivi della giurisprudenza di legittimità.

1. La durata fissa delle pene accessorie e la Costituzione.

Il tema della compatibilità con i principi costituzionali della durata fissa delle pene accessorie previste dalla legge fallimentare era già stato posto al vaglio della Corte costituzionale. La Corte di appello di Trieste e la Corte di cassazione, infatti, con distinte ordinanze, prospettando la violazione del principio di eguaglianza e di quello della finalità rieducativa della pena, in relazione alla predeterminazione nella misura fissa di dieci anni della pena accessoria prevista dall'art. 216, ultimo comma, del R.d. n. 267 del 1942, avevano chiesto alla Corte costituzionale di aggiungere le parole "*fino a*" alla disposizione citata, al fine di rendere applicabile l'art. 37 cod. pen., secondo il quale, quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta.

La Corte, con la sentenza n. 134 del 31/05/2012, dichiarava inammissibile la questione di legittimità costituzionale, osservando che si richiedeva una addizione normativa la quale, essendo solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili, non costituiva la soluzione costituzionalmente obbligata, così richiedendosi una ingerenza in scelte affidate alla discrezionalità del legislatore. Questa decisione

richiamava «il principio, più volte espresso, secondo il quale sono inammissibili le questioni di costituzionalità relative a materie riservate alla discrezionalità del legislatore e che si risolvono in una richiesta di pronuncia additiva a contenuto non costituzionalmente obbligato». Nel contempo, tuttavia, la Corte sottolineava l'opportunità, peraltro già manifestata in precedenza (cfr. Corte cost. ord. n. 293 del 2008), di una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione ed in particolare con l'art. 27, comma terzo, Cost.

Successivamente, la Suprema Corte, in diverse occasioni, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della durata fissa della pena accessoria per la bancarotta fraudolenta, sia perché già risolta negativamente dalla Corte Costituzionale con la sentenza dapprima illustrata, sia perché ha ritenuto che la rigidità del sistema sanzionatorio previsto per il reato indicato sarebbe stata solo parziale, essendo limitata alle sole pene accessorie, mentre al giudice è comunque attribuito un ampio ventaglio per la graduazione della risposta sanzionatoria con la pena principale (così Sez. 5, n. 33880 del 6/07/2018, Marchesi e altro). Al riguardo, è stato evidenziato che la stessa Corte Costituzionale, nel ribadire la tendenziale contrarietà delle pene fisse «al volto costituzionale dell'illecito penale», ha precisato che questo principio deve intendersi riferito alle pene fisse nel loro complesso e non anche ai «… trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide e articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fine dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete» (Corte Cost. ord. n. 91 del 4/04/2008, che ribadisce principi già affermati nelle sentenze n. 188 del 8/11/1982 e n. 50 del 2/04/1980). I parametri costituzionali che esigono l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, di conseguenza, non possono necessariamente considerarsi lesi nell'ipotesi di comminatoria, per un determinato illecito, di una pena principale dotata di una forbice edittale, congiunta ad una pena accessoria fissa, in quanto, in una simile evenienza, il giudice, agendo anche solo sulla pena principale, conserva la possibilità di adeguare la risposta punitiva alle specificità del singolo caso (cfr. Sez. 5, n.33880 del 6/07/2018, Marchesi e altro, cit.; in questi termini, anche Sez. 5, n. 36087 del 03/05/2018, Cannone; Sez. 5, n. 33150 del 30/03/2018, Pacchioni ed altri; Sez. 5, n. 12360 del 01/02/2018, Quaranta; Sez. 5, n. 56323 del 26/10/2017, Intrieri, Rv. 271896).

2. La sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 5/12/2018.

Nonostante le decisioni appena illustrate, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 216 e 223 della legge fall. è stata nuovamente sollevata dalla

Corte di cassazione, con ordinanza della Sez. 1, n. 52613 del 6/07/2017, Geronzi ed altri, trovando questa volta accoglimento con la sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 5/12/2018.

Con questa decisione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 216, ultimo comma, del R.d. 16 marzo 1942, n. 267, nella parte in cui prevedeva che la condanna per il delitto di bancarotta fraudolenta importasse l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa nella durata fissa di anni dieci anziché "*fino a dieci anni*".

Secondo la Consulta, in linea di principio, le previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il "volto costituzionale" del sistema penale. Ogni fattispecie sanzionata con pena fissa, qualunque ne sia la specie, è per ciò solo "indiziata" di illegittimità, a meno che la peculiare struttura della fattispecie la renda "proporzionata" all'intera gamma dei comportamenti tipizzati.

La durata fissa di dieci anni delle pene accessorie previste l'art. 216, comma quarto, della legge fallimentare, in particolare, non può ritenersi «ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato».

Anzitutto, l'art. 216 della legge fallimentare (richiamato, nel suo contenuto precettivo, dall'art. 223, primo comma, della medesima legge) raggruppa una pluralità di fattispecie che, già a livello astratto, sono connotate da diverso disvalore, come dimostrano i relativi quadri sanzionatori previsti dal legislatore.

All'interno delle singole figure di reato previste in astratto da ciascun comma nonché di quelle previste dall'art. 223, comma secondo, della legge fallimentare, poi, la gravità dei fatti concreti ad esse riconducibili può essere marcatamente differente, in relazione quanto meno alla gravità del pericolo di frustrazione delle ragioni creditorie creato con la condotta costitutiva del reato.

La durata delle pene accessorie temporanee comminate dall'art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare, invece, resta indefettibilmente determinata in dieci anni, quale che sia la qualificazione astratta del reato ascritto all'imputato e quale che sia la gravità concreta delle condotte costitutive di tale reato; e resta, altresì, insensibile all'eventuale sussistenza delle circostanze aggravanti o attenuanti previste dall'art. 219 della medesima legge, le quali pure determinano variazioni significative della pena edittale.

Una simile rigidità applicativa genera la possibilità di risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso - e dunque in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. - rispetto ai fatti di bancarotta fraudolenta meno gravi, risultando comunque distonica rispetto al menzionato principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

3. Le pene accessorie temporanee: L'art. 37 cod. pen.

La Corte costituzionale, dunque, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 216, ultimo comma, del R.d. 16 marzo 1942, n. 267, stabilendo che «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni». Essendo stato fissato solo il limite massimo delle pene accessorie, è sorto il problema dell'individuazione del criterio di determinazione della loro durata.

Il nostro ordinamento, infatti, soltanto in taluni ipotesi prevede la perpetuità di tali pene, essendo stabilita, invece, in linea di principio, la loro durata temporanea. Quando la legge prescrive che la condanna importa una pena accessoria temporanea e la durata di questa non è espressamente determinata, soccorre la disciplina di cui all'art. 37 cod. pen., secondo cui "la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta, o che dovrebbe scontarsi, nel caso di conversione, per insolvibilità del condannato. Tuttavia, in nessun caso essa può oltrepassare il limite minimo e quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria".

L'interpretazione di questa norma si presenta dubbia.

Se è pacifico che sono esclusi dalla soggezione a siffatta regola equiparativa i casi più semplici in cui la legge stabilisce direttamente la durata perpetua della pena accessoria, come, ad esempio, prescrivono l'art. 29 e l'art. 317-*bis* cod. pen. per l'interdizione dai pubblici uffici (Sez. 1, n. 8126 del 06/12/2017, dep. 2018, Ngwoke, Rv. 272408; Sez. 5, n. 33150 del 30/03/2018, Pacchioni), altrettanto agevole è ricondurvi le ipotesi in cui nella norma sia assente ogni indicazione temporale, prevedendo essa soltanto la tipologia di pena da infliggere, come accade per alcune delle ipotesi previste dall'art. 609-*nonies* cod. pen.

E' discussa, invece, l'individuazione del significato da attribuire al riferimento a pena "*non espressamente determinata*", presupposto per l'attuazione concreta della prescrizione di cui all'art. 37 cod. pen., in tutte le altre situazioni in cui la legge si limita a stabilire un limite minimo ed altro massimo di durata con un possibile intervallo compreso tra i due estremi oppure una sola soglia temporale insuperabile ed una protrazione non inferiore o non superiore a tale soglia. In questi casi, al fine di individuare i criteri di determinazione della durata della pena accessoria, sono sorte nella giurisprudenza di legittimità due opinioni contrapposte.

La prima, sostenuta, sia dalla giurisprudenza di legittimità assolutamente maggioritaria, sia in dottrina, riconosce l'espressa determinazione normativa nel caso in cui il legislatore stabilisce in modo concreto e preciso la durata della pena, mentre in tutti gli altri casi in cui sono specificati il minimo e il massimo, ovvero solo il minimo o solo il massimo, la sua quantificazione resta soggetta alla regola dell'art. 37 cod. pen. con automatica e rigida conformazione alla pena principale

inflitta (Sez. 3, n. 8041 del 23/01/2018, Carlessi, Rv. 272510; Sez. 3, n. 20428 del 02/04/2014, S., Rv. 259650; Sez. 5, n. 29780 del 30/06/2010, Ramunno, Rv. 248258; Sez. 3, n. 41874 del 09/10/2008, Azzani, Rv. 241410; Sez. 1, n. 19807 del 22/04/2008, Ponchia, Rv. 240006; Sez. 5, n. 4727 del 15/03/2000, Albini, Rv. 215987).

La contraria soluzione esclude l'applicazione dell'art. 37 cod. pen. quando la pena accessoria è indicata con la previsione di un minimo o di un massimo, giacché anche in tal caso la pena accessoria deve considerarsi espressamente stabilita dalla legge, che demanda al giudice di dosarne la protrazione temporale, facendo ricorso ai parametri di cui all'art. 133 cod. pen. (Sez. 6, n. 697 del 03/12/2013, dep. 2014, Antonelli, Rv. 257850; Sez. F, n. 35729 del 01/08/2013, Agrama, Rv. 256581; Sez. 3, n. 42889 del 15/10/2008, Di Vincenzo, Rv. 241538; Sez. 3, n. 25229 del 17/04/2008, Ravara, Rv. 240256; Sez. 5, n. 759 del 21/09/1989, Denegri, Rv. 183110).

4. La sentenza Sezioni U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B.

Nel contrasto tra i due orientamenti si è inserita la pronuncia delle Sezioni U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., Rv. 262328, peraltro chiamata a dirimere una divergenza interpretativa in ordine ai poteri del giudice dell'esecuzione di rilevare, dopo la formazione del giudicato di condanna, l'illegalità della pena accessoria applicata *extra* o *contra legem* in sede di cognizione. Questa decisione ha affermato che detta illegalità può essere rilevata a condizione che «essa sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata, e non derivi da errore valutativo del giudice della cognizione». Nella conseguente ricognizione delle tipologie di pena accessoria che ammettono l'intervento emendativo in fase esecutiva in assenza di apprezzamento discrezionale, le Sezioni Unite hanno incluso anche le ipotesi per le quali sia previsto un minimo e un massimo edittale ovvero uno soltanto dei suddetti limiti, con la conseguenza che la loro durata deve essere dal giudice uniformata, ai sensi dell'art. 37 cod. pen., a quella della pena principale inflitta.

5. L'evoluzione della giurisprudenza successiva.

Il successivo sviluppo della giurisprudenza di legittimità ha mostrato in prevalenza l'allineamento ai principi espressi dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 6240 del 2015.

In riferimento alla sanzione accessoria prevista per i reati tributari dall'art. 12 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, è stato affermato il principio di uniformazione temporale alla durata della pena principale inflitta (Sez. 3, n. 8041 del 23/01/2018,

Carlessi, cit.; Sez. 3, n. 35855 del 11/05/2016, Scrollini; Sez. 3, n. 38825 del 12/04/2018, Festa; Sez. 7, n. 1306 del 27/10/2017, dep. 2018, Mantelli; Sez. 7, n. 53265 del 23/09/2016, Petrone; Sez. 3, n. 37853 del 18/06/2015, Ceriani; Sez. 3, n. 29397 del 20/04/2016, Cafarelli; Sez. 3, n. 19100 del 24/02/2016, Genova; Sez. 3, n. 23657 del 26/01/2016, Incorvaia; Sez. 3, n. 37870 del 18/06/2015, Ferraretti; Sez. 3, n. 13218 del 20/11/2015, dep. 2016, Reggiani; Sez. 1, n. 25809 del 05/05/2015, Bonalumi).

Il medesimo principio è stato espresso per la pena accessoria comminata solo nel massimo dall'art. 85 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Sez. 3, n. 36869 del 28/06/2016, Morabito; Sez. 3, 19964 del 14/12/2016, dep. 2017, Corvi).

Alla stessa soluzione sono approdate le pronunce occupatesi delle pene accessorie per i reati previsti dal codice penale in materia di violenza sessuale: rispetto alle previsioni dell'art. 609-*nonies,* comma primo, n. 4), cod. pen. che distingue l'interdizione temporanea dai pubblici uffici dall'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque in seguito alla condanna alla reclusione da tre a cinque anni, in particolare, è stato affermato che, nella prima ipotesi, in cui la pena accessoria non presenta durata espressamente determinata dalla legge penale, il giudice deve equipararla a quella della pena principale ai sensi dell'art. 37 cod. pen. (Sez. 3, n. 40679 del 01/07/2016, C., Rv. 268080).

Sulla stessa linea interpretativa si collocano le pronunce in tema di reati fallimentari: in riferimento alla fattispecie di bancarotta semplice documentale, è stato affermato che, essendo la pena accessoria prevista dall'art. 217, ultimo comma, legge fall. determinata solo nel massimo e fino a due anni, essa debba determinarsi in una durata eguale a quella della pena principale inflitta, ai sensi dell'art. 37 cod. pen. (Sez. 5, n. 50499 del 4/07/2018, V.; Sez. 5, n. 13079 del 3/12/2015, dep. 2016, Corgiolu; Sez. 5, n. 37204 del 14/04/2017, Falchi; Sez. 5, n. 15638 del 5/02/2015, Assello, Rv. 263267).

6. La sentenza delle Sezioni Unite Suraci ed altri.

La questione della durata delle pene accessorie è stata riproposta dopo la sentenza della Corte costituzionale illustrata in precedenza con ordinanza Sez. 5, n. 56458 del 12/12/2018.

Le Sezioni Unite, con la sentenza **Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, Suraci ed altri, Rv. 266286 – 01**, hanno ritenuto di superare l'indirizzo espresso dalla precedente sentenza Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., cit., ponendo a sostegno di tale conclusione gli argomenti di seguito sintetizzati.

A) Secondo la sentenza in esame, l'art. 37 cod. pen., nella parte in cui menziona la pena "*espressamente determinata*", richiede che la tecnica legislativa preveda

un'esplicita indicazione di estensione cronologica della sua durata, che non può intendersi nel solo significato di quantificazione in misura unica, fissa, invariata ed invariabile. Sul piano terminologico, la previsione espressa richiede solo la dichiarazione manifestata nel testo e non implicita, corrispondendo a tale definizione anche la previsione di una sanzione da determinare entro un intervallo compreso tra minimo e massimo edittale.

Secondo la Corte, in particolare, non è condivisibile l'osservazione secondo cui l'inserimento nel testo delle singole disposizioni che stabiliscono le pene accessorie dell'espressione "fino a" oppure della previsione di un unico limite invalicabile al di sotto o al di sopra del quale non è consentito modulare l'entità della sanzione, sia caratteristica della tecnica legislativa riferita alle sole pene complementari. Anche volendo circoscrivere la disamina alle sole norme incriminatrici codicistiche, si riscontra come questa sia la modalità di formulazione usuale e tipica delle disposizioni che descrivono le fattispecie penali di minore gravità, per le quali le sanzioni detentive e/o pecuniarie sono contenute in modo da non superare rispettivamente i due-tre anni e qualche migliaio di euro, anche se non mancano casi di alcuni delitti di maggiore gravità, per i quali si è adottata la medesima scelta lessicale. Al riguardo, gli esempi sono innumerevoli.

La medesima tecnica espressiva è riscontrabile nelle disposizioni che incriminano le fattispecie contravvenzionali quando sono punite con la pena principale detentiva dell'arresto, previsto sino ad un tetto massimo o in misura non inferiore ad una soglia minima, sicché il criterio esegetico basato sul testo e sulla formulazione terminologica non appare risolutivo e non consente di negare che in tali situazioni per volontà legislativa il trattamento punitivo sia graduabile nell'ambito di un intervallo compreso tra due estremi opposti ed invalicabili.

B) La Corte non ha ritenuto utile sul piano interpretativo il richiamo all'art. 183 disp. att. cod. proc. pen. Questa disposizione, collocata nel differente contesto dell'esecuzione penale, svolge una funzione diversa dal meccanismo di quantificazione legale della pena accessoria, apprestando uno strumento emendativo dell'*error in iudicando* contenuto nella sentenza di condanna per effetto dell'omessa applicazione della pena stessa, pur doverosa.

Il fatto che la norma ripeta, variandola, la locuzione "*determinata dalla legge*", rinvenibile anche nell'art. 37 cod. pen., cui aggiunge la specificazione "*nella specie e nella durata"*, non apporta alcun contributo valorizzabile sul piano ermeneutico, in quanto la nozione di specie di pena accessoria rimanda all'elencazione dell'art. 19 cod. pen. senza descrivere nulla di più e senza poter orientare la soluzione del quesito ermeneutico che si sta affrontando.

C) Secondo le Sezioni unite, poi, l'ulteriore argomento letterale, tratto dall'ultima proposizione dell'art. 37 cod. pen., che impone il rispetto in tutti i casi del limite

minimo e di quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria, non assume il preteso significato di conferma della applicabilità dello stesso art. 37 cod. pen. in dipendenza della mancata determinazione per legge della durata quando la stessa sia prevista con riferimento agli estremi edittali, individuati nella singola norma incriminatrice. Questa lettura dell'inciso non è l'unica possibile per riconoscere l'utilità e l'autonoma portata precettiva della previsione, altrimenti superflua. Al contrario, essa impartisce un criterio commisurativo che assicura il mancato superamento dei limiti di durata indicati in linea generale dal codice penale agli artt. 28-36 per ciascuna specie di pena accessoria sul presupposto che la singola fattispecie, inserita nello stesso codice o nelle leggi speciali, non li contempli.

D) La collocazione sistematica dell'art. 37 cod. pen. a conclusione delle altre disposizioni sulle pene accessorie, infine, se conferma l'intento di approntare una norma di chiusura che completi il quadro normativo dedicato alle sanzioni complementari, non autorizza la conclusione rassegnata dalla sentenza Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., cit., e ad elevarne la disciplina al rango di regola generale. L'art. 37 cod. pen. prevede un meccanismo decisorio suscettibile di fornire soluzione pratica di immediata attuazione anche per la futura introduzione di nuove ipotesi di pena accessoria, prive di previsioni sanzionatorie, a fronte di un sistema codicistico che nella sua parte generale contiene per ciascuna pena un proprio regolamento edittale e la gamma di criteri orientativi a guidare l'operato del giudice, stabiliti dagli artt. 132 e 133 cod. pen. Come segnalato da attenta dottrina, la formulazione dispositiva di questi articoli non contiene nessun riferimento letterale che consenta di escludere dall'ambito di applicazione le pene accessorie e di privilegiare l'opposto meccanismo quantificativo dettato dall'art. 37 cod. pen. La regola dell'equiparazione meccanica della durata della pena accessoria a quella della pena principale in concreto inflitta assume piuttosto una funzione residuale, cui fare ricorso nei casi in cui la legge in astratto sia priva di qualsiasi indicazione sul profilo temporale che circoscriva e guidi l'esercizio del potere dosimetrico del giudice.

E) Ad avviso del Collegio, la riflessione esegetica sul tema in esame non può prescindere dalla considerazione che la propria decisione interviene dopo il pronunciamento del giudice costituzionale che, con la sentenza n. 22 del 2018 dapprima indicata, ha espresso una netta opzione di disfavore per l'automatismo punitivo sotto l'aspetto dosimetrico riferito alle pene accessorie, privando la soluzione assunta da Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., cit., del suo referente sul piano dell'ermeneutica costituzionale.

7. segue: Il superamento di ogni automatismo applicativo.

Secondo la Corte, dunque, gli argomenti illustrati autorizzano una lettura dell'art. 37 cod. pen. alternativa a quella fornita dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., cit., che tenga conto dell'evoluzione maturata negli ultimi decenni nell'interpretazione del trattamento sanzionatorio e della sua funzione.

La giurisprudenza costituzionale, invero, sin dagli anni sessanta del secolo scorso (sentenze n. 67 del 1963 e n. 104 del 1968) ha posto in evidenza che i principi costituzionali - quello generale di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e quelli, specificamente riferiti alla materia penale, di legalità, di personalità della responsabilità e della finalità rieducativa della pena, dettati dagli artt. 25 e 27 Cost. - possono ricevere attuazione nella legislazione ordinaria mediante previsioni sanzionatorie caratterizzate da "mobilità" della pena, che si realizza attraverso la prescrizione quantitativa, compresa tra un minimo ed un massimo, e sul piano applicativo esigono l'intervento commisurativo giudiziale, riferito al caso specifico in base ai parametri di cui all'art. 133 cod. pen. Illuminante al riguardo il passaggio della sentenza n. 50 del 1980, nel quale la Consulta aveva affermato che «L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statuale», per concludere che «in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale; ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato» (in senso conforme, cfr. Corte cost. n. 236 del 2016, n. 341 del 1994 e n. 409 del 1989).

Ogni automatismo sanzionatorio, che sottragga alla giurisdizione il compito di apprezzare la specificità del caso e di offrirvi risposta adeguata e differenziata, pertanto, va scongiurato perché in contrasto con il "volto costituzionale" della repressione penale e con la funzione rieducativa e di reinserimento sociale della punizione, che richiede il rispetto della proporzione per qualità e quantità col fatto di reato, con la sua offensività e con la personalità del suo autore, da garantire nella fase della irrogazione, così come in quella dell'esecuzione (Corte cost. n. 257 del 2006; in senso conforme, Corte cost. n. 79 del 2007).

Anche il legislatore ha mostrato un mutato atteggiamento verso l'automatismo applicativo delle pene accessorie in contrasto con la filosofia ispiratrice

l'introduzione dell'art. 37 cod. pen., allorché, ad esempio, ha modificato l'art. 166 cod. pen., consentendo l'estensione della sospensione condizionale anche alle pene accessorie ed impedendone l'attuazione provvisoria in dipendenza della pronuncia di condanna non irrevocabile.

La considerazione autonoma delle pene accessorie emerge rafforzata dalla recente legge 9 gennaio 2019, n. 3, la quale, in un quadro di interventi volti al rafforzamento degli strumenti repressivi e preventivi dei reati contro la pubblica amministrazione, ha inciso anche sulla sottoposizione del condannato alle pene accessorie, mediante sia l'allargamento dell'area delle fattispecie che ne determinano l'applicazione, l'aggravamento della loro durata e la loro irrogazione anche nei casi di pena già espiata, pena condizionalmente sospesa e pena patteggiata, sia la distinzione dei requisiti temporali di accesso alla riabilitazione per le pene accessorie rispetto a quelli valevoli per la pena principale e l'inibizione dell'operatività su quelle di durata perpetua dell'effetto estintivo conseguente all'esito positivo dell'affidamento in prova.

In particolare, la sentenza ha sviluppato i seguenti argomenti:

A) I principi interpretativi che, in forza dei valori costituzionali di colpevolezza e proporzionalità, si oppongono agli automatismi ed alla rigida regolamentazione sanzionatoria, offrono spunti inediti per una considerazione costituzionalmente orientata anche del meccanismo parificativo vincolante, previsto dall'art. 37 cod. pen., sotto l'unico profilo del *quantum* di pena accessoria irrogabile, posto che l'indefettibilità della sua applicazione discende dalla legge e dalla esplicita e testuale definizione di effetto penale della condanna.

Seppur mediato dall'aggancio alla misura della pena principale, stabilita in via discrezionale dal giudice, l'automatismo di cui all'art. 37 cod. pen. rappresenta un sistema rigido di determinazione del trattamento punitivo, che, alla luce dei valori costituzionali indicati, non trova giustificazione soprattutto se si considera la funzione cui assolvono le pene accessorie, l'estrema varietà delle condotte che, in violazione dei precetti penali, realizzano le condizioni per la loro inflizione ed il severo carico di afflittività che le contraddistingue.

B) Secondo l'opinione più accreditata in dottrina, le pene principali svolgono funzioni retributive, preventive di carattere generale e speciale, nonché rieducative mediante la sottoposizione al trattamento orientato al graduale reinserimento sociale del condannato; le pene accessorie, specie quelle interdittive ed inabilitative, collegate al compimento di condotte postulanti lo svolgimento di determinati incarichi o attività, sono più marcatamente orientate a fini di prevenzione speciale, oltre che di rieducazione personale, che realizzano mediante il forzato allontanamento del reo dal medesimo contesto operativo, professionale, economico

e sociale, nel quale sono maturati i fatti criminosi e dallo stimolo alla violazione dei precetti penali per impedirgli di reiterare reati in futuro e per sortirne l'emenda.

Ebbene, la piena realizzazione soprattutto dello specifico finalismo preventivo, cui sono preordinate le pene complementari, richiede una loro modulazione personalizzata in correlazione con il disvalore del fatto di reato e con la personalità del responsabile, che non necessariamente deve riprodurre la durata della pena principale. Questo risultato è conseguibile soltanto ammettendone la determinazione caso per caso ad opera del giudice nell'ambito della cornice edittale disegnata dalla singola disposizione di legge sulla scorta di una valutazione discrezionale, che si avvalga della ricostruzione probatoria dell'episodio criminoso e dei parametri dell'art. 133 cod. pen. e di cui è obbligo dare conto con congrua motivazione. Al contrario, la perequazione automatica di cui all'art. 37 cod. pen., nella lettura che ne è stata offerta dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 6240 del 2015, non consente risposte individualizzate e graduate in dipendenza delle peculiarità del caso, delle esigenze specifiche ad esso sottese.

C) Va poi aggiunto che il parallelismo cronologico tra pena principale e pena accessoria presenta delle difficoltà applicative. Proprio nel settore dei reati fallimentari l'art. 219, comma primo, della legge fall. in caso sia ritenuta sussistente la circostanza aggravante dell'aver cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità stabilisce che la pena principale da tre a dieci anni di reclusione può essere aumentata sino alla metà, evenienza che renderebbe inoperante la regola dettata dall'art. 37 cod. pen. per l'impossibilità di commisurare le pene accessorie in entità superiore a dieci anni.

Altrettanto problematico è il caso posto dall'art. 229 legge fall. per il delitto di accettazione o pattuizione da parte del curatore del fallimento di retribuzione in denaro o altra forma, punito con la reclusione da tre mesi a due anni, per il quale la pena principale massima coincide con il limite minimo della pena accessoria di cui al comma 2, il che, se si facesse applicazione dell'art. 37 cod. pen. nei termini tradizionali, renderebbe del tutto eccezionale l'equiparazione della durata delle due sanzioni ed impossibile irrogare la pena dell'inabilitazione temporanea dall'ufficio di amministratore per un periodo superiore al minimo.

Analoghe considerazioni valgono in relazione alla sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte ex art. 35 cod. pen., che indica quale limite edittale minimo la durata di quindici giorni e quale massimo due anni; la stessa norma dispone però che la sospensione è irrogabile soltanto in caso di condanna all'arresto non inferiore ad un anno. Pertanto, applicandosi l'equiparazione automatica di cui all'art. 37 cod. pen., il minimo della pena accessoria sarebbe sempre di un anno, con la conseguente inutilità della previsione di una possibile durata inferiore. Difficoltà di coordinamento similari pongono anche altre norme come l'art. 544-*ter* cod. pen.,

che per il reato di maltrattamento di animali stabilisce la pena della reclusione da tre a diciotto mesi o con la multa da 5.000 a 30.000 euro, mentre l'art. 544-*sexies* cod. pen. consente la pena accessoria della sospensione dell'attività di trasporto, di commercio o di allevamento di animali da tre mesi a tre anni; l'art. 1 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, in tema di frodi sportive, la cui pena detentiva oscilla tra un mese e un anno di reclusione e le pene accessorie applicabili ai sensi dell'art. 5 dello stesso testo di legge non possono essere inferiori a sei mesi e superiori a tre anni; l'art. 85 del d.P.R. n. 9 ottobre 1990, n. 309, per il quale con la sentenza di condanna per uno dei fatti di cui agli artt. 73, 74, 79 e 82, il giudice può disporre il divieto di espatrio e il ritiro della patente di guida per un periodo non superiore a tre anni, sebbene le pene detentive irrogabili per le predette fattispecie di reato possano superare la soglia massima di tre anni; l'art. 12, comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, introduce sanzioni accessorie di durata compresa tra il minimo di un anno e massimi differenziati sino a tre e sino a cinque anni, che non trovano coincidenza con le pene detentive stabilite per le ipotesi di reato di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater*, 11 dello stesso d.lgs., per le quali il minimo edittale è fissato in sei mesi, per cui l'irrogazione di sanzione detentiva nel minimo assoluto non potrebbe comportare l'automatica perequazione di quelle accessorie ai sensi dell'art. 37 cod. pen. per la conseguente illegalità per difetto della loro durata.

Tutti gli inconvenienti segnalati, invece, trovano agevole soluzione qualora si ammetta che le rispettive sanzioni accessorie sono determinabili dal giudice anche in entità svincolata da quella della reclusione o dell'arresto.

8. segue: La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, annullando con rinvio la sentenza che aveva irrogato agli imputati le pene accessorie conseguenti al reato di bancarotta fraudolenta per il periodo fisso di dieci anni, hanno enunciato il principio di diritto così massimato: "La durata delle pene accessorie per le quali la legge stabilisce, in misura non fissa, un limite di durata minimo ed uno massimo, ovvero uno soltanto di essi, deve essere determinata in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen. e non rapportata, invece, alla durata della pena principale inflitta ex art. 37 cod. pen.".

9. Gli sviluppi successivi della giurisprudenza di legittimità.

Dopo la pronuncia illustrata, la Corte di legittimità, in numerose decisioni ha ritenuto che, anche nel caso di manifesta infondatezza dei ricorsi e di mancata articolazione da parte degli impugnanti di specifiche censure in punto di pene accessorie, non sia impedito l'esame officioso della questione relativa alla durata di tali pene, afferendo la stessa al tema del trattamento sanzionatorio divenuto illegale

e dovendo trovare applicazione il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264207, secondo cui: «Nel giudizio di cassazione l'illegalità della pena conseguente a dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d'ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo» (cfr. tra le altre, **Sez. 5, n. 45365 del 8/10/2019, Ceccarelli**, n.m.; **Sez. 5, n. 45363 del 8/10/2019, Casapietra**.; **Sez. 5, n. 45360 del 4/10/2019, Quercia**; **Sez. 5, n. 45358 del 4/10/2019, Centenaro**; **Sez. 5, n. 45143 del 20/09/2019, Pisciotta**). Quest'ultimo principio, secondo il diritto vivente, vale anche per il caso in cui la pena concretamente inflitta, pur se compresa entro la forbice prevista dalla formulazione dei nuovi limiti edittali, sia stata determinata dal giudice attraverso un procedimento dì commisurazione che si sia basato sui limiti edittali in vigore al momento del fatto, ma dichiarati successivamente incostituzionali (cfr. tra le altre, **Sez. 5, n. 45373 del 18/10/2019, Chiaverini**).

Secondo la Corte di legittimità, inoltre, non può dubitarsi della applicabilità di tali indicazioni alle pene accessorie, posto che non può non rammentarsi il principio espresso con la sentenza n. 6240 del 27/11/2014 - dep. 2015, B, Rv. 262328, secondo cui «non consentita dall'ordinamento l'esecuzione di una pena (sia essa principale o accessoria) non conforme, in tutto o in parte, ai parametri legali. Il principio di legalità della pena si applica, invero, anche con riferimento alle pene accessorie».

L'illegalità sopravvenuta della previsione della durata fissa delle pene accessorie rende, quindi, necessario l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata in punto di trattamento sanzionatorio, al fine di consentire alla Corte di appello di quantificare la durata delle pene accessorie; quantificazione che non può essere operata dalla Corte di legittimità implicando considerazioni comnnisurative in fatto inibite a detto giudice (cfr. tra le altre, **Sez. 5, n. 45373 del 18/10/2019, Chiaverini** ed altri, cit.).

Secondo **Sez. 5, n. 37201 del 11/07/2019, Ruggieri, Rv. 276852**, tuttavia, la commisurazione delle pene accessorie previste dall'art. 216, ultimo comma, R.d. 16 marzo 1942, n. 267, operata dal giudice del merito ai sensi dell'art. 37 cod. pen., anziché ai sensi dell'art. 133 cod. pen., come ritenuto da **Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, Suraci**, non dà luogo ad una pena illegale, trattandosi di pena comunque ricompresa nei limiti edittali risultanti dalla sentenza Corte cost. n. 222 del 2018. Ne consegue che, in assenza di specifico motivo di ricorso, il vizio non può essere rilevato d'ufficio dalla Corte di cassazione. La sentenza è stata adottata in una fattispecie nella quale il giudice del merito, pronunciandosi prima dell'intervento della Corte costituzionale, aveva determinato la durata delle pene

accessorie in anni cinque di reclusione, corrispondenti alla misura della pena principale.

Infine, in tema di ricorso per cassazione avverso la sentenza di di patteggiamento, **Sez. 5, n. 28345 del 12/04/2019, Morale, Rv. 276523**, ha precisato che la rideterminazione delle pene accessorie fallimentari, imposta dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, R.d. n. 267 del 1942, nella parte in cui dispone che "la condanna per uno dei delitti previsti nel presente articolo importa per la durata di anni dieci l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa", pronunziata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018, è di competenza del giudice di merito e non incide sull'accordo raggiunto dalle parti *ex* art. 445 cod. proc. pen., in quanto l'applicazione di dette sanzioni non rientra nella disponibilità delle parti.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 5, n. 759 del 21/09/1989, Denegri, Rv. 183110
Sez. 5, n. 4727 del 15/03/2000, Albini, Rv. 215987
Sez. 3, n. 25229 del 17/04/2008, Ravara, Rv. 240256
Sez. 1, n. 19807 del 22/04/2008, Ponchia, Rv. 240006
Sez. 3, n. 41874 del 09/10/2008, Azzani, Rv. 241410
Sez. 3, n. 42889 del 15/10/2008, Di Vincenzo, Rv. 241538
Sez. 5, n. 29780 del 30/06/2010, Ramunno, Rv. 248258
Sez. F, n. 35729 del 01/08/2013, Agrama, Rv. 256581
Sez. 6, n. 697 del 03/12/2013, Antonelli, Rv. 257850
Sez. 3, n. 20428 del 02/04/2014, S., Rv. 259650
Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B.
Sez. 5, n. 15638 del 5/02/2015, Assello, Rv. 263267
Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264207
Sez. 1, n. 25809 del 05/05/2015, Bonalumi
Sez. 3, n. 37853 del 18/06/2015, Ceriani
Sez. 3, n. 37870 del 18/06/2015, Ferraretti
Sez. 3, n. 13218 del 20/11/2015, dep. 2016, Reggiani
Sez. 5, n. 13079 del 3/12/2015, dep. 2016, Corgiolu
Sez. 3, n. 23657 del 26/01/2016, Incorvaia
Sez. 3, n. 19100 del 24/02/2016, Genova
Sez. 3, n. 29397 del 20/04/2016, Cafarelli
Sez. 3, n. 35855 del 11/05/2016, Scrollini
Sez. 3, n. 36869 del 28/06/2016, Morabito
Sez. 3, n. 40679 del 01/07/2016, C., Rv. 268080
Sez. 7, n. 53265 del 23/09/2016, Petrone
Sez. 3, 19964 del 14/12/2016, dep. 2017, Corvi
Sez. 5, n. 37204 del 14/04/2017, Falchi
Sez. 7, n. 1306 del 27/10/2017, dep. 2018, Mantelli
Sez. 5, n. 56323 del 26/10/2017, Intrieri, Rv. 271896
Sez. 1, n. 8126 del 06/12/2017, dep. 2018, Ngwoke, Rv. 272408
Sez. 5, n. 12360 del 01/02/2018, Quaranta
Sez. 5, n. 33150 del 30/03/2018, Pacchioni ed altri
Sez. 5, n. 36087 del 03/05/2018, Cannone
Sez. 5, n. 33880 del 6/07/2018, Marchesi
Sez. 5, n. 33150 del 30/03/2018, Pacchioni
Sez. 3, n. 8041 del 23/01/2018, Carlessi, Rv. 272510

Sez. 5, n. 28345 del 12/04/2019, Morale, Rv. 276523
Sez. 3, n. 38825 del 12/04/2018, Festa
Sez. 5, n. 50499 del 4/07/2018, V.
Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, Suraci, Rv. 266286
Sez. 5, n. 37201 del 11/07/2019, Ruggieri, Rv. 276852
Sez. 5, n. 45143 del 20/09/2019, Pisciotta
Sez. 5, n. 45360 del 4/10/2019, Quercia
Sez. 5, n. 45358 del 4/10/2019, Centenaro
Sez. 5, n. 45365 del 8/10/2019, Ceccarelli
Sez. 5, n. 45363 del 8/10/2019, Casapietra
Sez. 5, n. 45373 del 18/10/2019, Chiaverini
Sentenze della Corte di costituzionale
Corte cost., ord. n. 91 del 4/04/2008
Corte cost., sent. n. 134 del 31/05/2012
Corte cost., sent. n. 222 del 5/12/2018

CAPITOLO II

OMESSA APPLICAZIONE D'UFFICIO DEL BENEFICIO DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA DA PARTE DEL GIUDICE DI APPELLO E ONERE MOTIVAZIONALE

(ELENA CARUSILLO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La questione giuridica controversa. - 3. L'ordinanza di rimessione. - 4. L'onere motivazionale del giudice d'appello. - 5. La pronunzia delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite, con **sentenza n. 22533 del 25/10/2018, dep. 22/05/2019, Salerno, Rv. 275376 - 01**, hanno affermato il seguente principio di diritto: "Fermo il dovere del giudice di appello di motivare il mancato esercizio del suo potere di ufficio di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena, in presenza delle condizioni che ne consentono il riconoscimento, specialmente se sopravvenute al giudizio di primo grado, l'imputato non può dolersi, con ricorso per cassazione, della mancata applicazione del medesimo beneficio se non lo ha richiesto nel corso del giudizio di appello", risolvendo il contrasto giurisprudenziale che si registrava sul punto.

2. La questione giuridica controversa.

Il ricorrente, all'esito di giudizio abbreviato condizionato, era stato condannato ad una pena ostativa alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena e il giudice di prime cure non aveva svolto alcuna motivazione sulla concedibilità del beneficio di cui all'art. 163 cod. pen.

La sentenza appellata dall'imputato che ne chiedeva la riforma con assoluzione dal reato contestato, veniva riformata dalla Corte di appello in termini di riduzione della pena inflitta al di sotto dei limiti fissati dall'art. 163 cod. pen. senza tuttavia argomentare in ordine alla mancata concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena, in astratto concedibile.

Avverso quest'ultima sentenza proponeva ricorso per cassazione l'imputato deducendo quattro motivi di ricorso, nell'ultimo dei quali lamentava che "nonostante la sussistenza di tutte le condizioni per l'applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena, come ridotta in appello per la ripristinata disciplina sanzionatoria più favorevole, nessuna motivazione era stata resa con riguardo al riconoscimento del detto beneficio, affatto ignorato nella sentenza impugnata".

La Terza sezione della Corte investita del ricorso, dopo aver incidentalmente scrutinato i primi tre motivi ritenendoli inammissibili, con ordinanza n. 38398 del 17 aprile 2018 rimetteva gli atti alle Sezioni Unite, rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in merito alla sussistenza o meno di un obbligo del giudice di appello di motivare, comunque, il mancato esercizio del potere – dovere di applicare d'ufficio il beneficio della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., evidenziando la circostanza che l'imputato né in sede di appello né in sede di discussione orale aveva chiesto l'applicazione del detto beneficio.

3. L'ordinanza di rimessione.

Nel suo percorso motivazionale, il collegio rimettente richiamava sia l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il giudice di appello non è tenuto a concedere d'ufficio la sospensione condizionale della pena, né è tenuto a motivare specificatamente sul punto nel caso in cui l'interessato si limiti, nell'atto di impugnazione e in sede di discussione, ad un generico e assertivo richiamo dei benefici di legge senza indicare alcun elemento di fatto potenzialmente idoneo a fondare l'accoglimento della richiesta (Sez. 7, n. 16746 del 13/01/2015, Ciaccia, Rv. 263361; Sez. 4, n. 1513 del 03/12/2013, Shehi, Rv. 258487; Sez. 4, n. 43113 del 18/09/2012, Siekierska, Rv. 253641; Sez. 6, n. 30201 del 27/06/2011, Ferrante, Rv. 256560; Sez. 6, n. 7960 del 26/01/2004, Calluso, Rv. 228468; Sez. 5, n. 41126 del 24/09/2001, Casamassima, Rv. 220254, in tema di circostanze attenuanti generiche), sia il diverso orientamento ad avviso del quale, invece, il giudice d'appello deve, sia pure sinteticamente, dare ragione del concreto esercizio, positivo o negativo, del potere-dovere attribuitogli dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., qualora ricorrano le condizioni previste dalla legge per l'applicazione della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, tanto più quando una delle parti ne abbia fatto esplicita, richiesta a condizione di una specifica indicazione degli elementi di fatto in base ai quali il giudice avrebbe potuto ragionevolmente e fondatamente esercitarlo (Sez. 3, n. 47828 del 12/10/2017, Esposito, Rv. 271815; Sez. 3, n. 3856 del 4/11/2015, Gamboni, Rv. 266138; Sez. 5, n. 2094 del 23/10/2009, Coluccio, Rv. 245924; Sez. 5, n. 37461 del 20/09/2005, Zoffoli, Rv. 232323; Sez. 6, n. 32966 del 13/07/2001, Colbertardo, Rv. 220729).

Evidenziava il collegio la circostanza che entrambi gli orientamenti convergevano sulla necessità della astratta sussistenza delle condizioni di applicazione della sospensione condizionale della pena e, dunque, sulla necessità dell'esistenza di un concreto interesse dell'imputato a lamentarsi dell'omessa

motivazione, non ricorrendo in assenza di tali condizioni (nemmeno dedotte in sede di legittimità) l'obbligo del giudice dell'appello di giustificare l'omesso esercizio delle prerogative officiose di cui all'art. 597, u.c., cod. proc. pen..

Ancora, il collegio rimettente annotava che, con riferimento al diverso caso di sussistenza delle condizioni per la astratta applicazione del beneficio, si registravano due orientamenti.

In alcune pronunce si riteneva necessario, ai fini dell'esercizio del potere di applicare d'ufficio la sospensione condizionale della pena, l'impulso proveniente dall'imputato cosicchè solo dalla presenza della richiesta conseguiva l'obbligo per il giudice d'appello di motivare la decisione.

Diversamente, secondo altre pronunce, l'impulso proveniente dall'imputato non era richiesto sicché il giudice dell'appello era obbligato a motivare comunque le ragioni della propria decisione, qualunque essa fosse.

4. L'onere motivazionale del giudice d'appello.

Per meglio comprendere le ragioni del contrasto, giova rammentare sia che, in termini generali e quindi anche con riferimento al primo grado, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale "Il giudice non è tenuto a motivare la mancata concessione della sospensione condizionale della pena se nessuna richiesta è stata formulata nel giudizio" (Sez. 3, n. 23228 del 12/04/2012, Giovanrosa, Rv. 253057; Sez. 6, n.4374/2009 del 28/10/2008, Maugliani, Rv. 242785; Sez. 5, n. 9455 del 24/09/1984, Soppelsa, Rv. 166423; Sez. 2, n. 9452 del 08/03/1982, Casula, Rv. 155650), sia che l'art. 546 cod. proc. pen., relativo ai requisiti della sentenza, come modificato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, prevede al comma 1, lett. e) n. 2, l'obbligo di una concisa motivazione con riguardo "alla punibilità, e alla determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'art. 533, e della misura di sicurezza", senza far alcun cenno ai benefici di legge come la sospensione condizionale della pena della quale, ovviamente, non sia stata formulata specifica richiesta di concessione. In questa prospettiva si muove l'orientamento giurisprudenziale che da un lato nega l'esistenza di un onere motivazionale del giudice d'appello in ordine al mancato esercizio del potere discrezionale di concedere d'ufficio la sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., nel caso in cui l'interessato non abbia formulato al riguardo alcuna richiesta, e dall'altro esclude la configurabilità del mancato riconoscimento del beneficio quale ipotesi di violazione di legge o mancanza di motivazione suscettibile di ricorso per cassazione (Sez. 2, n. 15930 del 19/02/2016, Moudi, Rv. 266563; Sez. 4, n. 1513 del 03/12/2013, Shehi, Rv. 258487;

Sez. 4, n. 43113 del 18/09/2012, Siekierska, Rv. 253641; Sez. 6, n. 30201 del 27/06/2011, Ferrante, Rv. 256560; Sez. 3, n. 21273 del 18/03/2003, Gueli, Rv. 224850 e Sez. 5, n. 41126 del 24/09/2001, Casamassima, Rv. 220254; Sez. 1, n. 8558 del 02/05/1997, Chiavaroli, Rv. 208572; in tema di concessione della non menzione della condanna: Sez. 5, n. 1099 del 26/11/1997, Pirri, Rv. 209683; in tema di riconoscimento d'ufficio di circostanze attenuanti: Sez. 5, n. 37569 del 08/7/2015, Tota, Rv. 264552; Sez. 7, n. 16746 del 13/01/2015, Ciaccia, Rv. 263361; Sez. 6, n. 7960 del 26/01/2004, Calluso, Rv. 228468; Sez. 5, n. 496 del 17/11/1998, Bonotti, Rv. 212152; Sez. 1, n. 9731 del 12/05/1998, Totaro, Rv. 211325; Sez. 1, n.4978 del 12/1071995, Schirippa, Rv. 202675; Sez. 2, n. 6458 del 21/01/1991, La Marca, Rv. 187618; Sez. 1, n. 5924 del 07/02/1991, Incognito, Rv. 187975; Sez. 6, n. 1133/1991 del 11/07/1990, Ricco, Rv. 186407).

In termini puntuali, Sez. 2, n. 15930 del 19/02/2016, Moundi, Rv. 266563, ha ribadito, con argomentazioni già svolte in numerosi precedenti, che il potere riconosciuto al giudice d'appello di applicare d'ufficio il beneficio della sospensione condizionale della pena ex art. 597, comma 5 cod. proc. pen. è eccezionale e discrezionale rispetto al generale principio devolutivo di cui all'art. 597, comma 1 cod. proc. pen., da ciò conseguendo sia che "la parte, che ha un autonomo potere di chiedere l'applicazione del beneficio, non è legittimata ad impugnare la sentenza d'appello a motivo del mancato esercizio di tale potere, se non abbia formulato, nei motivi di appello la corrispondente richiesta", sia che non può costituire motivo di ricorso l'omessa motivazione circa il mancato esercizio ex officio, di tale potere, nel caso in cui la difesa non abbia formulato esplicita richiesta nel corso della discussione finale, "non potendo tale richiesta considerarsi compresa nella domanda di assoluzione" (Sez. 6 28/2/2005 n. 7544, Bassi e altri; Sez. 4, 43113/2012, Rv. 253641; Sez. 5 41126/2001, Rv. 220254).

Di diverso avviso è quell'indirizzo minoritario secondo il quale il giudice d'appello deve, sia pure sinteticamente, dare ragione del concreto esercizio, positivo o negativo, del potere d'ufficio attribuitogli dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., qualora ricorrano in astratto le condizioni previste dalla legge per l'applicazione della sospensione condizionale della pena, sia quando una delle parti (anche il pubblico ministero nell'interesse dell'imputato) ne abbia fatto esplicita richiesta nell'atto di impugnazione o anche semplicemente in sede di discussione, sia in caso di assenza di sollecitazione delle parti purché ricorrano gli elementi di fatto ed i presupposti di legge per l'esercizio del potere officioso attribuitogli dalla legge in deroga al principio devolutivo (Sez. 5, n. 5581 del 8/10/2014 dep. 2015, Ciodaro, Rv. 264215; Sez. 6, n. 14758 del 27/03/2013, V., Rv. 254690; Sez. 5, n. 2094 del 23/10/2009, Coluccio, Rv. 245924; Sez. 6, n. 3917 del 08/01/2009, Chiacchierini, Rv. 242527; Sez. 5, n. 40865 del 25/09/2007, Catalano e altro, Rv. 238187; Sez. 5, n. 37461 del

20/09/2005, Zoffoli, Rv. 232323; Sez. 6, n. 32966 del 13/07/2001, Colbertardo, Rv. 220729).

Val la pena sottolineare che le sentenze valorizzanti il potere-dovere del giudice di appello di motivare l'esercizio positivo o negativo del potere ufficioso di applicare benefici o attenuanti, indipendentemente da specifica richiesta di parte, riguardano specialmente i casi di *reformatio in peius* della sentenza di primo grado, in accoglimento di impugnazione del pubblico ministero, ipotesi nelle quali più sentita è la necessità che il giudice di secondo grado dia specifico conto del grado di estensione dell'accoglimento della impugnazione spiegando perché esso non sia, eventualmente, contenuto, ove ne sussistano i presupposti legali, nei limiti di una condanna condizionalmente sospesa (Sez. 6, n. 12839 del 2005, De Martino, Rv. 231431).

5. La pronunzia delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, nel corpo dell'articolato percorso motivazionale, hanno esplicitamente dichiarato di voler dare al quesito una risposta comprensiva della valutazione di tutti i casi previsti dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen.: applicazione della sospensione condizionale della pena (art. 163 cod. pen.); applicazione della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (art. 175 cod. pen.); applicazione di una o più attenuanti (artt. 62, 62-bis, cod. pen.) rispetto alle quali effettuare nuovamente o per la prima volta (se in precedenza erano state applicate solo circostanze aggravanti) il giudizio di comparazione a norma dell'art. 69 cod. pen.

Premessa la esclusione di ogni valutazione in merito ai "casi in cui il giudice di primo o di secondo grado, anche di ufficio, abbia vagliato l'applicazione dei benefici e, segnatamente, della sospensione condizionale della pena, riconoscendola o escludendola, con conseguente facoltà della parte interessata di impugnare specificamente il corrispondente punto della decisione nel rispetto delle disposizioni generali in materia di impugnazioni e, quanto al ricorso per cassazione, negli stretti limiti in cui tale mezzo è ammesso", e, dunque, delimitato il "campo" di valutazione all'ipotesi di mancato esercizio del potere officioso riconosciuto al giudice di appello ai sensi dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., e alle conseguenze in termini di tutela dell'interesse delle parti al suo concreto esercizio, la Corte, con la decisione assunta, ha aderito a quell'orientamento che esclude che il mancato esercizio (con esito positivo o negativo) del potere dovere del giudice di appello di applicare di ufficio i benefici di legge, non accompagnato da alcuna motivazione che renda ragione di tale "non decisione", possa costituire motivo di ricorso per cassazione

per violazione di legge o difetto di motivazione, qualora "l'effettivo espletamento del medesimo potere-dovere non sia stato sollecitato da una delle parti, almeno in sede di conclusioni nel giudizio di appello, ovvero, nei casi in cui intervenga condanna la prima volta in appello, neppure con le conclusioni subordinate proposte dall'imputato nel giudizio di primo grado".

La decisione delle Sezioni Unite trova il suo più rilevante approdo nella circostanza che il potere riconosciuto al giudice di appello ai sensi dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., costituisce una deroga al principio devolutivo enunciato dal comma 1 dello stesso articolo, che circoscrive l'ambito della cognizione del giudice di appello ai soli punti della decisione che si riferiscono ai motivi proposti, così ponendosi come potere eccezionale che, tuttavia, opera con modalità discrezionali. Invero, a differenza delle altre ipotesi di deroga al principio devolutivo "imposte dal rilievo ordinamentale e inderogabile delle norme da osservare", la peculiarità della previsione di cui all'art. 597, comma 5, cod. proc. pen. risiedere nel potere del giudice di appello di concedere i benefici di cui agli artt. 163 e 175 cod. pen. dopo una attenta valutazione di tutte le circostanze indicate nell'art. 133 cod. pen. ed anche previo riconoscimento di nuove circostanze attenuanti con eventuale giudizio di comparazione.

Ciò posto, ad avviso della Corte lo stretto nesso intercorrente tra officiosità, eccezionalità e discrezionalità del potere dovere attribuito al giudice di appello esclude che il mancato esercizio possa configurare un vizio deducibile in cassazione poiché la "non decisione" in appello non è inquadrabile tra i casi di ricorso né come violazione di norma penale sostanziale, ai sensi dell'art. art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., né come violazione di norma processuale stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza (art. 606, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.), né come vizio di motivazione "per mancanza", ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen.), vizio quest'ultimo che rimanda proprio al contenuto della motivazione, come delineato dall'art. 546, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., strutturata "in chiave dialettica" con l'espresso richiamo all'indicazione delle prove poste a base della decisione e all'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice non abbia ritenuto attendibili le prove contrarie.

La Corte, per avvalorare il suo percorso motivazionale, ha richiamato l'apporto argomentativo di Sez. 6, n. 22120 del 29/04/2009, Tatone, Rv. 243946, nella parte in cui, in caso di reformatio in peius della decisione assunta in primo grado, aveva ravvisato l'obbligo del giudice di appello "di confutare in modo specifico e completo le argomentazioni della decisione di assoluzione e di valutare le ulteriori argomentazioni non sviluppate in tale decisione ma comunque dedotte dall'imputato dopo la stessa e prima della sentenza di appello, pronunciandosi altresì su violazioni di legge intervenute nel giudizio di primo grado in danno dell'imputato

e da questi non dedotte per carenza di interesse in appello, nonché sulle richieste subordinate avanzate dall'imputato stesso in sede di discussione nel giudizio di primo grado" ivi inclusa l'istanza di applicazione del beneficio di legge della sospensione condizionale della pena.

Le Sezioni Unite nel dare risposta al quesito hanno richiamato le risposte all'interrogativo sul quale la giurisprudenza si è, anche nel vigore del precedente codice di rito, a lungo soffermata per capire se la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena rappresenti sempre un effettivo "vantaggio" per l'imputato e se questi possa in qualche modo opporsi alla concessione, la prima delle quali veniva data da Sez. U, n. 12234 del 23/11/1985, Di Trapani, Rv. 171394, che riconosce, in capo all'imputato, il diritto di impugnare il provvedimento con cui gli sia stata concessa la sospensione condizionale della pena e di ottenere la revoca di tale beneficio "qualora da esso possa derivargli anziché un vantaggio la lesione di un diritto o di un interesse giuridico", seguita da Sez. U, n. 6563 del 16/03/1994, Rusconi, Rv. 197535, che, sul presupposto che la sospensione condizionale non può risolversi in un pregiudizio per l'imputato in termini di compromissione del carattere personalistico e rieducativo della pena, ravvisa l'interesse all'impugnazione "tutte le volte in cui il provvedimento di concessione del beneficio sia idoneo a produrre in concreto la lesione della sfera giuridica dell'impugnante e la sua eliminazione consenta il conseguimento di una situazione giuridica più vantaggiosa", purchè il pregiudizio addotto dall'interessato non attenga a valutazioni meramente soggettive di opportunità e di ordine pratico, ma concerna interessi giuridicamente apprezzabili in quanto correlati alla funzione stessa della sospensione condizionale, consistente nella "individualizzazione" della pena e nella sua finalizzazione alla reintegrazione sociale del condannato. E più di recente la risposta al quesito è stata ribadita da Sez. 3, n. 28690 del 09/02/2017, Rochira, Rv. 270587, che, in un caso di annullamento senza rinvio della sentenza impugnata limitatamente alla disposta applicazione, di ufficio, del beneficio della sospensione condizionale della modesta ammenda inflitta all'imputato, ha finito con il rafforzare la "non censurabilità" nel giudizio di cassazione del mancato esercizio del potere officioso del giudice di appello di ordinare l'applicazione del beneficio in assenza di sollecitazione di parte interessata, sia attribuendo al condannato uno spazio significativo nella fase della esecuzione della pena riconoscendogli la possibilità di presentare una richiesta di misure alternative alla detenzione, sia assegnando a tale richiesta il valore di rinuncia tacita proprio al beneficio della sospensione condizionale della pena.

Il nucleo centrale del ragionamento seguito dalle Sezioni Unite appare incentrato sull'opportunità che l'imputato in qualche modo partecipi alla decisione di concedergli il beneficio della sospensione condizionale della pena poiché non

necessariamente tale scelta corrisponde ad un effettivo interesse in tal senso e sulla considerazione che un provvedimento reso d'ufficio senza nessuna interlocuzione potrebbe anche essere impugnato dall'imputato per ottenerne la revoca.

Per completezza, va segnalato che, successivamente alla data del 25 ottobre 2018, **Sez. 4, n. 29538 del 28/05/2019, Calcinoni, Rv. 276596 – 02,** allineandosi alla decisione delle Sezioni Unite, ha affermato il principio di diritto secondo il quale "Il mancato esercizio del potere-dovere del giudice di appello di applicare di ufficio i benefici di legge e una o più circostanze attenuanti, non accompagnato da alcuna motivazione, non può costituire motivo di ricorso per cassazione per violazione di legge o difetto di motivazione, se l'effettivo espletamento del medesimo potere-dovere non sia stato sollecitato da una delle parti, almeno in sede di conclusioni nel giudizio di appello, ovvero, nei casi in cui intervenga condanna la prima volta in appello, neppure con le conclusioni subordinate proposte dall'imputato nel giudizio di primo grado. (Fattispecie in cui con la sentenza di condanna emessa in riforma di sentenza assolutoria di primo grado, non era stata concessa la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale e non era stata applicata la circostanza attenuante del risarcimento del danno)".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 2, n. 9452 del 08/03/1982, Casula, Rv. 155650
Sez. 5, n. 9455 del 24/09/1984, Soppelsa, Rv. 166423
Sez. U, n. 12234 del 23/11/1985, Di Trapani, Rv. 171394
Sez. 6, n. 1133/1991 del 11/07/1990, Ricco, Rv. 186407
Sez. 2, n. 6458 del 21/01/1991, La Marca, Rv. 187618
Sez. 1, n. 5924 del 07/02/1991, Incognito, Rv. 187975
Sez. U, n. 6563 del 16/03/1994, Rusconi, Rv. 197535
Sez. 1, n. 4978 del 12/10/1995, Schirippa, Rv. 202675
Sez. 1, n. 8558 del 02/05/1997, Chiavaroli, Rv. 208572
Sez. 5, n. 1099 del 26/11/1997, Pirri, Rv. 209683
Sez. 1, n. 9731 del 12/05/1998, Totaro, Rv. 211325
Sez. 5, n. 496 del 17/11/1998, Bonotti, Rv. 212152
Sez. 6, n. 32966 del 13/07/2001, Colbertardo, Rv. 220729
Sez. 5, n. 41126 del 24/09/2001, Casamassima, Rv. 220254
Sez. 3, n. 21273 del 18/03/2003, Gueli, Rv. 224850
Sez. 6, n. 7960 del 26/01/2004, Calluso, Rv. 228468
Sez. 6, n. 7544 del 19/10/2004 dep. 2005, Bassi
Sez. 6, n. 12839 del 10/02/2005, De Martino, Rv. 231431S
Sez. 5, n. 37461 del 20/09/2005, Zoffoli, Rv. 232323
Sez. 5, n. 40865 del 25/09/2007, Catalano e altro, Rv. 238187
Sez. 6, n.4374/2009 del 28/10/2008, Maugliani, Rv. 242785
Sez. 6, n. 3917 del 08/01/2009, Chiacchierini, Rv. 242527
Sez. 6, n. 22120 del 29/04/2009, Tatone, Rv. 243946
Sez. 5, n. 2094 del 23/10/2009, Coluccio, Rv. 245924
Sez. 6, n. 30201 del 27/06/2011, Ferrante, Rv. 256560
Sez. 3, n. 23228 del 12/04/2012, Giovanrosa, Rv. 253057
Sez. 4, n. 43113 del 18/09/2012, Siekierska, Rv. 253641
Sez. 6, n. 14758 del 27/03/2013, V., Rv. 254690
Sez. 4, n. 1513 del 03/12/2013, Shehi, Rv. 258487
Sez. 5, n. 5581 del 8/10/2014, Ciodaro, Rv. 264215
Sez. 7, n. 16746 del 13/01/2015, Ciaccia, Rv. 263361
Sez. 5, n. 37569 del 08/7/2015, Tota, Rv. 264552
Sez. 3, n. 3856 del 4/11/2015, Gamboni, Rv. 266138
Sez. 2, n. 15930 del 19/02/2016, Moudi, Rv. 266563
Sez. 3, n. 28690 del 09/02/2017, Rochira, Rv. 270587

Sez. 3, n. 47828 del 12/10/2017, Esposito, Rv. 271815
Sez. U, n. 22533 del 25/10/2018, dep. 2019, Salerno, Rv. 275376
Sez. 4, n. 29538 del 28/05/2019, Calcinoni, Rv. 276596

SEZIONE II

IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

CAPITOLO I

IL CONCORSO COLPOSO NEL DELITTO DOLOSO

(FRANCESCA COSTANTINI)

SOMMARIO: 1. Premessa: il caso esaminato e la decisione della Corte. - 2. I diversi orientamenti susseguitisi negli anni in tema di concorso colposo nel delitto doloso. - 3. Il mutamento di indirizzo della Quarta sezione: la non configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso. - 4. Il precedente arresto della Quinta sezione.

1. Premessa: il caso esaminato e la decisione della Corte.

Nel corso dell'ultimo anno appare opportuno segnalare un importante arresto della Quarta sezione che ha segnato un mutamento di indirizzo della giurisprudenza di legittimità sulla delicata questione relativa alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso (**Sez. 4, n. 7032 del 19/07/2018, dep. 14/02/2019, Zampi, Rv. 276624**). Il caso esaminato dalla Corte riguardava la uccisione, con arma da fuoco, di due persone da parte di un soggetto, che poi si era suicidato, cui era stato rilasciato il porto d'armi anche in virtù di un certificato medico attestante l'assenza di malattie del sistema nervoso, di disturbi mentali, di personalità o comportamentali. Al medico di base, che aveva rilasciato il certificato anamnestico, pur essendo consapevole del fatto che l'istante era affetto da disturbo bipolare, in quanto già seguito dalle strutture specialistiche per disturbi mentali e per avergli egli stesso più volte prescritto un farmaco specificamente indicato per il trattamento di tale patologia, era addebitato di avere, con la propria condotta negligente ed imprudente, concorso colposamente nei reati di omicidio volontario commessi dal paziente e di avere altresì causato il suicidio dello stesso. La decisione di primo grado, che aveva concluso per l'assoluzione dell'imputato, era stata ribaltata in appello avendo la corte distrettuale optato per l'adesione a quell'orientamento, da tempo prevalente nella giurisprudenza di legittimità, che ritiene ammissibile l'istituto del concorso colposo nel delitto doloso. La Corte di cassazione, con la pronuncia in esame, ha invece superato il precedente indirizzo ed ha escluso la configurabilità di tale istituto affermando il principio per cui "non è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso in assenza di una espressa previsione normativa, non ravvisabile nell'art. 113 cod. pen. che contempla esclusivamente la cooperazione colposa nel delitto colposo". Ritenendosi però configurabile a carico del medico una

responsbilità a titolo autonomo ex artt. 41 e 589 cod. pen., la sentenza impugnata è stata annullato con rinvio per un nuovo giudizio, ai fini di una più adeguata valutazione circa la prevedibilità degli eventi.

2. I diversi orientamenti susseguitisi negli anni in tema di concorso colposo nel delitto doloso.

Sulla questione relativa alla ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso si registrava in seno alla giurisprudenza di legittimità un contrasto di orientamenti. Con una risalente pronuncia, infatti, le Sezioni unite, esaminando il caso di un notaio che aveva rogato negligentemente atti pubblici per una lottizzazione abusiva, avevano affermato che la responsabilità dello stesso sarebbe ravvisabile solo in caso di partecipazione cosciente e volontaria al piano lottizzatorio, non essendo concepibile un concorso colposo in reato di natura dolosa (Sez. U, n. 2720 del 03/02/1990, Cancilleri, Rv. 183495). Tale orientamento aveva immediatamente trovato seguito nella giurisprudenza delle sezioni semplici che avevano osservato che l'art. 42, comma secondo, cod. pen., prescrivendo che «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge», impone la necessità di una espressa previsione di legge per ascrivere a titolo di colpa una qualunque fattispecie delittuosa, non individuabile nell'art. 113 cod. pen., che, facendo testuale riferimento alla cooperazione nel delitto colposo e non già alla cooperazione colposa nel delitto, limita la cooperazione colposa al solo delitto colposo (Sez. 3, n. 5017 del 20/03/1991, Festa, Rv. 187331; Sez. 4, n. 9542 del 11/10/1996, De Santis, Rv. 206798). Tale impostazione ermeneutica è stata tuttavia superata da una serie di successive pronunce che hanno portato al consolidamento dell'opposta soluzione incline ad ammettere la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso. Già con Sez. 4, n. 39680 del 09/10/2002, Capecchi, Rv. 223214, relativa ad un caso d'incendio doloso ad opera di ignoti di un deposito di pneumatici, si è riconosciuta la responsabilità a carico del custode del deposito per aver tenuto una condotta colposa, consistita nel mancato rispetto delle disposizioni impartite dalle autorità competenti. Secondo tale pronuncia, l'art. 42 cod. pen. non avrebbe rilevanza dirimente nella soluzione della questione, riguardando esclusivamente le fattispecie incriminatrici di parte speciale e non interessando, invece, se non in maniera indiretta e mediata, le disposizioni di cui agli artt. 110 e 113 cod. pen. Sostiene invece la Corte che il criterio ermeneutico da utilizzare attiene piuttosto al profilo funzionale del rapporto di causalità disciplinato dagli artt. 40 e 41 cod. pen.: ciò che distingue l'ipotesi del concorso di cause indipendenti dalla cooperazione colposa

(art. 113 cod. pen.) è soltanto l'elemento della rappresentazione dell'altrui condotta che, assente nel primo caso, deve essere presente nel secondo. E pertanto, mentre nel primo caso l'evento sarà posto separatamente a carico degli agenti senza alcun vincolo soggettivo, nel secondo caso si avrà un unico reato posto in essere da una pluralità di persone. Una volta quindi ammesso il concorso doloso nel delitto colposo, per il quale il legislatore non avrebbe posto preclusioni formali, non si potrebbe escludere la possibilità, astratta ed in via di principio, della corrispondente possibilità di configurare ipotesi di partecipazione colposa nel delitto doloso, non ostandovi per quanto detto il disposto di cui all'art. 42 cod. pen.

Le argomentazioni esposte nella sentenza "Capecchi" sono state successivamente riprese ed articolate in altre due pronunce, entrambe relative a medici psichiatri ritenuti responsabili a titolo di concorso colposo nei delitti dolosi commessi da loro pazienti (Sez. 4, n. 10795 del 14/11/2007, dep. 2008, Pozzi, Rv. 238957 e Sez. 4, n. 4107 del 12/11/2008, dep. 2009, Calabrò, Rv. 242830). In tale ultimo arresto, in cui si è ritenuto configurabile il concorso colposo dei medici che avevano consentito il rilascio del porto d'armi ad un paziente affetto da gravi problemi di ordine psichico, nei delitti dolosi di omicidio e lesioni personali commessi dal paziente il quale, dopo aver conseguito il porto d'armi, aveva con un'arma da fuoco colpito quattro passanti, ucciso la propria convivente ed una condomina, ed infine si era suicidato, e dunque un caso del tutto sovrapponibile a quello esaminato nella sentenza "Zampi", la Corte ha nuovamente approfondito e sviluppato la tematica. Si osserva in tale pronuncia che l'esame congiunto delle due norme invocate a sostegno della opposta soluzione (art. 42 cod. pen., comma 2 e art. 113 cod. pen.) consente invece di pervenire alla diversa opzione della ammissibilità del concorso; «la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo perché, nel caso di reato doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso ma di una costruzione che comprende un elemento ulteriore - potrebbe dirsi "in aggiunta" - rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l'aver previsto e voluto l'evento (sia pure, nel caso del dolo eventuale, con la sola accettazione del suo verificarsi). Insomma il dolo è qualche cosa di più, non di diverso, rispetto alla colpa. Conseguentemente, non sarebbe necessario prevedere espressamente l'applicabilità del concorso colposo nel delitto doloso perché «se è prevista la compartecipazione nell'ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell'ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili». Tale orientamento ha trovato consolidamento nell'ultimo decennio in ulteriori pronunce interne alla Quarta sezione che si sono però limitate a ribadire il principio per cui «il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, sia nel caso in cui la condotta colposa concorra con quella dolosa alla causazione dell'evento secondo

lo schema del concorso di cause indipendenti, sia in quello della cooperazione colposa purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella sua condotta siano presenti gli elementi della colpa, in particolare la finalizzazione della regola cautelare violata alla prevenzione del rischio dell'atto doloso del terzo e la prevedibilità per l'agente dell'atto del terzo» (Sez. 4, n. 34385 del 14/07/2011, Costantino, Rv. 251511; Sez. 4, n. 22042 del 27/04/2015, Donatelli, Rv. 263499).

3. Il mutamento di indirizzo della Quarta sezione: la non configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso.

Con la pronuncia in esame la Corte ha ritenuto di dover riconsiderare la tesi da ultimo esposta mettendone in dubbio il fondamento e giungendo, conseguentemente, alla conclusione per cui la condotta colposa che accede al fatto doloso è punibile solo in via autonoma e a condizione che integri una fattispecie colposa espressamente prevista dall'ordinamento. La premessa è data dalla considerazione per cui, in assenza di una esplicita previsione legale, «il rinvenimento di una disciplina 'implicita' deve risultare incontrovertibile allorquando - come nel caso che occupa - la tesi non opera una contrazione dell'area del penalmente rilevante, bensì una sua espansione». In particolare, secondo la Corte, nel rispetto del principio di legalità, non è possibile avallare «un'impostazione che miri ad evidenziare che 'nulla osta' alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso; piuttosto è necessario dimostrare che vi è una previsione legale che contempla tale istituto». Posta tale premessa, viene quindi evidenziata la fallacia degli argomenti posti a fondamento della diversa ricostruzione esegetica. In primo luogo, si osserva che «l'argomento secondo cui la cooperazione colposa prevista nell'art. 113 cod. pen. sarebbe, di per sé, ricomprensiva dell'ipotesi più ampia, ovvero quella del dolo, collide con il principio di legalità che implica il divieto di analogia in *malam partem*, posto che il dolo e la colpa sono coefficienti soggettivi di attribuzione della responsabilità che presentano una diversità strutturale tanto a livello ontologico quanto normativo». Sarebbe, del resto, la stessa lettera della disposizione a non consentire una tale interpretazione posto che la nozione di "cooperazione" allude all'agire congiunto di più persone ed implica la consapevolezza della convergenza del proprio e dell'altrui comportamento alla realizzazione di una condotta unitaria e comune, non potendosi invece ipotizzare una consapevole interazione, sul piano soggettivo, tra la condotta colposa dell'agente e il comportamento doloso del terzo. Inoltre, facendo la norma specifico riferimento al "delitto colposo", la diversa interpretazione secondo cui essa rinvierebbe sia alla partecipazione colposa che a quella dolosa, «sembra marginalizzare in eccesso tale dato testuale, leggendo la

disposizione come se menzionasse un onnicomprensivo fatto plurisoggettivo, in ordine al quale si preoccuperebbe di esplicare la sorte del contributo colposo». In ogni caso, «poiché la previsione dispone che ciascuno dei partecipi soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso, non essendo revocabile in dubbio che "stesso" sta ad indicare proprio il delitto colposo, si dovrebbe ammettere che grazie all'art. 113 cod. pen. il partecipe doloso sia assoggettato alle pene previste per il delitto colposo: una conclusione evidentemente assurda». Per quanto riguarda poi il diverso profilo relativo ai rapporti tra dolo e colpa, ritiene la Corte che la opposta tesi che sostiene che "non c'è dolo senza colpa" e che per tale motivo risulta disciplinata espressamente la sola compartecipazione dolosa, "opera un salto logico"; sostenere infatti che dolo e colpa abbiano un aspetto in comune in quanto nel delitto doloso è comunque riscontrabile la violazione di un dovere oggettivo di diligenza non significa ancora che il legislatore abbia voluto riconoscere attraverso l'art. 113 cod. pen. il concorso colposo nel delitto doloso. Prosegue ancora la Corte che «le condotte atipiche connotate da colpa possono dar luogo alla fattispecie plurisoggettiva solo se vi è consapevolezza dell'agire cooperativo». Ne consegue che l'istituto del concorso colposo nel delitto doloso rischierebbe di caratterizzarsi per la compresenza di due requisiti logicamente incompatibili, ossia la colpa derivante dalla violazione di una regola cautelare costruita sulla prevedibilità di un fatto doloso di terzi e la contestuale rappresentazione della condotta del terzo con la erronea convinzione, al

contempo, che quest'ultimo non versi in dolo. Dovrebbe, infatti, essere accertata la realizzazione di un delitto doloso che costituisca la concretizzazione del rischio che la regola cautelare mirava a prevenire e la consapevolezza di cooperare con il terzo, autore della condotta dolosa, ma tale ipotesi comporterebbe, inevitabilmente, la configurabilità di un concorso doloso nel delitto doloso. Sulla scorta di tali argomentazioni, la Corte, esclusa dunque la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso è giunta alla conclusione che, difettando il necessario requisito soggettivo delle fattispecie concorsuali, ovvero il legame psichico dei coagenti, unica strada percorribile è quella della verifica della sussistenza dei presupposti di due fattispecie monosoggettive, una colposa ed altra dolosa secondo lo schema del concorso di cause indipendenti.

4. Il precedente arresto della Quinta sezione.

Per completezza occorre, infine, segnalare che la linea interpretativa adottata dalla Quarta sezione sulla scorta delle ragioni analiticamente esposte nella pronuncia in disamina, era stata già intrapresa, seppure senza particolari approfondimenti, da Sez. 5, n. 57006 del 05/10/2018, Curti, Rv. 274626, che aveva affermato il principio

per cui "non è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso in assenza di una espressa previsione normativa non ravvisabile nell'art. 113 cod. pen. che contempla esclusivamente la cooperazione colposa nel delitto colposo; ne consegue che nei delitti la condotta colposa che accede al fatto principale doloso, è punibile solo in via autonoma, a condizione che integri una fattispecie colposa espressamente prevista dall'ordinamento". Anche la Quinta sezione, pronunciandosi riguardo a fatti di bancarotta commessi da più persone in concorso ma a diverso titolo, richiamando Sez. U, n. 2720 del 03/02/1990, Cancilleri, Rv. 183495, aveva infatti affermato di prediligere l'orientamento volto a ritenere inammissibile il concorso colposo nel delitto doloso, escludendo la compatibilità dell'istituto con il sistema positivo. Si osserva infatti in tale arresto che «l'art. 42 secondo comma cod. pen. stabilisce che nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto colposo (o preterintenzionale) previsti dalla legge; l'art. 113 cod. pen. riguarda la cooperazione colposa "nel delitto colposo" dunque non può estendersi fino ad abbracciare il concorso colposo nel delitto doloso, figura, quest'ultima, che rimane priva di copertura normativa». Conseguentemente, anche in tal caso, la Corte ha concluso per la soluzione per cui la condotta colposa che accede al fatto principale doloso è punibile solo in via autonoma, purché integri una fattispecie colposa espressamente prevista nella parte speciale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 2720 del 03/02/1990, Cancilleri, Rv. 183495
Sez. 3, n. 5017 del 20/03/1991, Festa, Rv. 187331
Sez. 4, n. 9542 del 11/10/1996, De Santis, Rv. 206798
Sez. 4, n. 39680 del 09/10/2002, Capecchi, Rv. 223214
Sez. 4, n. 10795 del 14/11/2007, dep. 2008, Pozzi, Rv. 238957
Sez. 4, n. 4107del 12/11/2008, dep. 2009, Calabrò, Rv. 242830
Sez. 4, n. 34385 del 14/07/2011, Costantino, Rv. 251511
Sez. 4, n. 22042 del 27/04/2015, Donatelli, Rv. 263499
Sez. 5, n. 57006 del 05/10/2018, Curti, Rv. 274626
Sez. 4, n. 7032 del 19/07/2018, dep. 2019, Zampi, Rv. 276624

SEZIONE III
CAUSE DI ESTINZIONE E DI NON PUNIBILITA' DEL REATO

CAPITOLO I

ACCERTAMENTO DELLA RECIDIVA E SUA RILEVANZA AI FINI DEL COMPUTO DEL TEMPO NECESSARIO A PRESCRIVERE IL REATO

(FRANCESCA COSTANTINI)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. 2. Le ragioni della questione controversa. 3. L'orientamento che esclude la rilevanza della recidiva ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere il reato. 4. L'orientamento che afferma la rilevanza della recidiva ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere il reato. 5. I precedenti interventi delle Sezioni Unite in tema di recidiva. 6. La sentenza "Schettino". 7. La diversa questione della rilevanza della recidiva subvalente.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite.

Con ordinanza n. 30042 del 21 giugno 2018, la Terza sezione penale, rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in merito alla questione della rilevanza, agli effetti del computo del termine di prescrizione, della recidiva contestata e solo implicitamente riconosciuta dal giudice di merito il quale, senza aumentare la pena, l'abbia valorizzata per negare il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite. Nell'ordinanza di rimessione sono stati richiamati alcuni arresti relativi a fattispecie nelle quali i giudici di merito, pur non applicando l'aumento per la recidiva contestata dal pubblico ministero, hanno comunque negato le circostanze attenuanti generiche dando conto dell'esistenza di precedenti penali gravanti sull'imputato. In tali casi, le sezioni semplici hanno a volte ritenuto che la recidiva fosse stata implicitamente riconosciuta e fosse dunque rilevante anche ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere il reato, mentre altre volte hanno escluso tale rilevanza. La divergenza tra tali epiloghi decisori si è posta, pertanto, a fondamento della rimessione alle Sezioni Unite.

2. Le ragioni della questione controversa.

Per meglio comprendere le ragioni fondanti il contrasto sviluppatosi tra le Sezioni semplici occorre rammentare che la recidiva di cui all'art. 99 cod. pen., oltre a determinare quale effetto diretto quello dell'aggravamento della pena, produce anche una pluralità di effetti indiretti che escludono o restringono l'applicazione di una serie di istituti favorevoli al reo. L'istituto in esame, infatti, è stato ampiamente riformato ad opera della legge 5 dicembre 2005, n. 251, con la quale si è determinato un inasprimento del trattamento per i recidivi, realizzato mediante la introduzione

una serie di automatismi sanzionatori fondati su presunzioni assolute di maggiore pericolosità, con corrispondente compressione degli spazi di discrezionalità del giudice.

Tali automatismi hanno interessato diversi istituti quali: il giudizio di bilanciamento tra circostanze ex art. 69 cod. pen., con il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata di cui al comma 4 dell'art. 99 cod. pen.; il reato continuato e il concorso formale di reati ex art. 81 cod. pen., imponendo una misura minima dell'aumento di pena (art. 81, co. 4, c.p.); le circostanze attenuanti generiche ex art. 62-bis cod. pen., con limitazioni alla loro applicazione.

Per quanto riguarda in particolare il computo dei termini di prescrizione, sia l'art. 157 cod. pen. che l'art. 161 cod. pen. prevedono che la qualifica di recidivo reiterato, in quanto circostanza ad effetto speciale, determina un innalzamento dei tempi di maturazione della causa estintiva.

In particolare, l'art. 157 prevede, per le circostanze ad effetto speciale, una specifica deroga al generale principio di neutralizzazione degli effetti delle circostanze sia aggravanti che attenuanti, ne consegue dunque che, come qualsiasi altra circostanza aggravante ad effetto speciale, anche la recidiva reiterata influisce sul tempo necessario a prescrivere dovendosi tener conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante (art. 157, comma 2, cod. pen.).

L'art. 161 cod. pen., invece, ricollega alla condizione di recidivo (o di delinquente abituale o professionale) i diversi e più lunghi tempi di prescrizione derivanti dall'interruzione del tempo necessario all'estinzione del reato.

Ebbene, in merito alle ricadute della recidiva in termini di prescrizione del reato, nella giurisprudenza di legittimità già in passato si era posto il problema volto a chiarire se gli effetti indiretti dell'istituto si producano sulla base della sola contestazione oppure se sia comunque necessaria una dichiarazione del giudice in ordine alla sua sussistenza.

Su tale questione la giurisprudenza, anche a seguito dei numerosi interventi in materia da parte della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che hanno definitivamente riconosciuto la natura discrezionale della recidiva pluriaggravata e reiterata di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 99 cod. pen. con l'esclusione di ogni forma di automatismo sanzionatorio, era ormai orientata nel senso che, mentre prima della sentenza di merito la più severa disciplina dei tempi di prescrizione opera sulla base della mera contestazione della recidiva, una volta intervenuta la decisione che non abbia ravvisato una relazione qualificata fra i precedenti dell'imputato e il fatto a lui addebitato (recidiva ritenuta ma non applicata) la circostanza perde il suo rilievo ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato (Sez. 6, n. 43771 del 07/10/2010, Karmaoui, Rv. 248714; Sez. 2, n. 18595 del 08/04/2009, Pancaglio, Rv. 244158). In tali pronunce si era, infatti,

osservato che, essendosi definitivamente chiarito che la recidiva deriva non automaticamente dal certificato penale, bensì da una valutazione del giudice riguardante la situazione esistente al momento in cui il nuovo fatto-reato è stato commesso e che, conseguentemente, ove il giudice escluda la circostanza aggravante, «rimangono esclusi ... l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante, (a cominciare da quelli incidenti sul giudizio di valenza di cui all'art. 69 cod. pen. e sull'aumento per la continuazione, di cui all'art. 81, comma 4, cod. pen. nonché in tema di patteggiamento allargato), non c'è ragione per non applicare tale conclusione anche al calcolo del tempo necessario alla maturazione della prescrizione (art. 157 c.p., comma 2, e art. 161 c.p., comma 2) che, a ben vedere, costituisce anch'esso un effetto commisurativo della pena».

Pertanto, si era concluso che, se la circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole non deriva automaticamente dal certificato penale o dal contenuto di precedenti provvedimenti di condanna, bensì da una concreta valutazione del giudice riguardante la situazione esistente al momento in cui il nuovo fatto-reato è stato commesso, non v'è alcuna ragione di "far pesare" nel calcolo dei termini prescrizionali la contestazione della circostanza da parte del pubblico ministero sulla base della mera iscrizione di precedenti penali nel certificato del casellario giudiziale, anziché la concreta valutazione *causa cognita* operata dal giudice.

Con specifico rilievo rispetto al quesito oggetto della decisione delle Sezioni Unite, deve poi segnalarsi come si fosse più volte affermato che la recidiva reiterata, essendo una circostanza aggravante ad effetto speciale, rileva ai fini della determinazione del termine di prescrizione, anche qualora nel giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti sia stata considerata equivalente (Sez. 6, n. 39849 del 16/9/2015, Palombella, Rv. 264483; in precedenza conformi Sez. 2, n. 35805 del 18/6/2013, Romano, Rv. 257298; Sez. 1, n. 26786 del 18/6/2009, Favuzza, Rv. 244656; Sez. 5, n. 37550 del 26/6/2008, Locatelli, Rv. 241945).

Successivamente poi Sez. 2, n. 2731 del 2/12/2015, dep. 2016, Conti, Rv. 265729, aveva sottolineato che il giudizio di equivalenza tra recidiva e circostanze attenuanti generiche comporta l'applicazione della recidiva, rilevante ai fini del computo del termine di prescrizione, in quanto la circostanza aggravante deve ritenersi, oltre che riconosciuta, applicata, non solo quando esplica il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando produca, nel bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti di cui all'art. 69 cod. pen. un altro degli effetti che le sono propri, cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena da irrogare.

Non può dunque dubitarsi che già prima della rimessione alle Sezioni Unite fosse un principio ormai consolidato quello per cui l'applicazione della recidiva

implica certamente un elemento ulteriore rispetto al semplice riconoscimento conseguente alla formale contestazione, essendo necessaria una valutazione in concreto che determini l'inasprimento della pena o la confluenza dell'aggravante nel giudizio di comparazione *ex* art. 69 cod. pen.

In tale panorama giurisprudenziale, pertanto, la questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite si è posta quale ulteriore passaggio rispetto agli approdi raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità ponendosi l'ulteriore esigenza di valutare e chiarire se possa ritenersi che il giudice abbia effettivamente proceduto all'accertamento della recidiva mediante una concreta valutazione della esistenza di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato anche allorquando la risposta motivazionale sul punto non sia esplicita ma rinvenibile esclusivamente nella valorizzazione dei precedenti penali ai fini della esclusione delle circostanze attenuanti generiche, in relazione a fattispecie nelle quali peraltro il mancato aumento della pena principale e l'assenza di un giudizio di bilanciamento potrebbe orientare l'interprete verso una soluzione di segno opposto.

3. L'orientamento che esclude la rilevanza della recidiva ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere il reato.

Sulla specifica questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, come rilevato dalla Sezione rimettente, si registravano in primo luogo alcune pronunce di legittimità che avevano ritenuto la recidiva non rilevante ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere il reato.

Per le argomentazioni sviluppate viene in rilievo Sez. 6, n. 54043, del 16/11/2017, S., Rv. 271714, secondo la quale in tema di prescrizione del reato, quando il giudice abbia escluso, anche implicitamente, la circostanza aggravante della recidiva, non ritenendola in concreto espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato, la predetta circostanza deve ritenersi ininfluente anche ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato.

La pronuncia atteneva ad un caso in cui il giudice, pur non avendo sviluppato alcuna argomentazione sulla concreta attitudine dimostrativa dei precedenti penali dell'imputato ai fini del giudizio di pericolosità e non avendo applicato alcun aumento di pena per la recidiva, aveva negato la concessione delle circostanze attenuanti generiche in ragione dei precedenti penali dell'imputato.

Secondo la Sesta sezione, infatti, alla luce dei plurimi interventi della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite sul tema, poteva ritenersi principio consolidato quello del rifiuto di ogni forma di automatismo nel riconoscimento e

nell'applicazione della recidiva, principio che opera non solo sul piano dell'aumento della sanzione ma anche su quello concernente gli effetti secondari o indiretti della recidiva, tra i quali la individuazione dei termini di prescrizione.

Conseguentemente, il collegio precisava che, mentre il giudizio di equivalenza tra recidiva e circostanze attenuanti generiche comporta l'applicazione della recidiva, secondo pacifica e ricorrente affermazione della giurisprudenza, viceversa, una volta intervenuta la decisione che non abbia ravvisato una relazione qualificata fra i precedenti dell'imputato e il fatto a lui addebitato, a prescindere dalla mancata formale esclusione della recidiva, la circostanza perde il suo rilievo ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato.

Pertanto, «se è vero che l'applicazione della recidiva non può farsi discendere automaticamente dal certificato penale o dal contenuto di precedenti provvedimenti di condanna emessi nei confronti di una persona, men che mai può ritenersi che, attraverso il diniego delle circostanze attenuanti per effetto della esistenza dei precedenti penali, la recidiva può dirsi implicitamente riconosciuta dal giudice così rilevando, come circostanza aggravante speciale, ai fini del calcolo dei termini di prescrizione, ragionamento che introduce, surrettiziamente, proprio quel meccanismo automatico che una coerente interpretazione dei meccanismi sanzionatori del moderno diritto penale - incentrato sulla funzione rieducativa della risposta sanzionatoria vuole evitare collegando ragionevolmente le valutazioni del giudice, in tema di trattamento punitivo, alla situazione esistente al momento in cui il nuovo fatto-reato è stato commesso piuttosto che ad un mero status personale».

Conclusivamente, in applicazione del principio, la Corte, rilevando che il giudice non aveva svolto alcuna considerazione sulla concreta attitudine dimostrativa dei precedenti penali dell'imputato ai fini del giudizio di pericolosità e non aveva applicato alcun aumento di pena, limitandosi ad una valutazione di per sé ancorata allo specifico fatto di reato e rientrante nei criteri direttivi fissati in via generale dall'art. 133, comma secondo, n. 2 cod. pen., ai fini della determinazione della pena e per nulla proiettata al giudizio prognostico sulla probabilità di commissione di nuovi reati, che presiede alla valutazione della rilevanza della capacità criminale ai fini della recidiva, aveva escluso che potesse ritenersi un riconoscimento implicito della recidiva e pertanto i conseguenti effetti in tema di prescrizione.

Sempre in relazione ad un caso in cui, a fronte del mancato aumento di pena per la recidiva contestata, i precedenti penali dell'imputato erano stati considerati nel giudizio di cognizione come motivo di esclusione delle circostanze attenuanti generiche, l'indicato principio era stato affermato da Sez. 2, n. 48293 del 26/11/2015, Carbone, Rv. 265382, nella quale si era ulteriormente argomentato che l'esclusione implicita della recidiva risultante dalla mancata applicazione

dell'aumento di pena non può ritenersi inconciliabile con la valorizzazione dei precedenti penali ai fini del diniego delle attenuanti generiche venendo in considerazione due distinti tipi di valutazione in quanto «la valutazione relativa alla concessione delle attenuanti generiche è di per sé ancorata (anche "storicamente") allo specifico fatto di reato e rientra nei criteri direttivi fissati in via generale dall'art. 133 cod. pen. (vedi il comma 2, nr. 2), per la determinazione della pena; non nel giudizio prognostico sulla probabilità di commissione di nuovi reati, che presiede alla valutazione della rilevanza della recidiva. Del resto, la differenza tra i due piani di valutazione sarebbe altresì rivelata anche dall'ovvia possibilità di considerare i precedenti penali del reo agli effetti dell'art. 133 cod. pen., anche in mancanza della contestazione della recidiva». In precedenza, l'assenza di contraddizione alcuna tra la mancata applicazione della recidiva e la valutazione dell'esistenza di precedenti penali specifici ai fini del diniego della concessione delle circostanze attenuanti generiche e dei benefici di legge era stata evidenziata anche da Sez. 6, n. 38780 del 17/06/2014, Morabito, Rv. 260460, nella quale si era precisato che trattasi di profili di valutazione del tutto distinti, in quanto, mentre la recidiva «si basa su una valutazione in termini di maggior spessore criminale dell'imputato, la concessione delle attenuanti generiche e dei benefici di legge è correlata alla presenza di indici positivi di personalità dell'imputato, che legittimano un giudizio prognostico in termini di astensione dalla commissione di ulteriori reati. Ne deriva che la reiterazione di condotte criminose specifiche ben può essere presa in considerazione, quale elemento negativo della personalità dell'imputato, ai fini del diniego delle attenuanti generiche, nonché quale elemento che fonda un giudizio prognostico sfavorevole, nell'ottica delineata dall'art. 164 cod. pen., anche qualora si ritenga che tale dato, sulla base di un giudizio complessivo in ordine al fatto - reato e alla personalità dell'imputato, non denoti, in quest'ultimo, uno spessore criminologico di tale rilievo da giustificare l'aumento di pena, a norma dell'art. 99 cod. pen.».

In termini analoghi si era anche escluso che fosse ravvisabile il vizio di contraddittorietà di motivazione nel caso di diniego delle circostanze attenuanti generiche per i precedenti penali dell'imputato e di contemporaneo giudizio di equivalenza tra una circostanza attenuante e la recidiva, trattandosi di due ben distinte valutazioni non necessariamente collegate ad identici presupposti (Sez. 2, n. 106 del 04/11/2009, dep. 2010, Marotta, Rv. 246045).

Nella scia di tale orientamento si erano poi poste anche Sez. 6, n. 16109 del 31/03/2016, Capacci.; Sez. 2, n. 46297, del 13/07/2016, D'Onofrio e Sez. 4, n. 45833 del 19/07/2017, Lucchetti che, pur ribadendo il principio, ne aveva escluso l'applicazione nel caso oggetto del giudizio avendo i giudici del merito dato

esplicitamente conto di avere considerato la contestata recidiva anche per negare all'imputato le circostanze attenuanti generiche.

4. L'orientamento che afferma la rilevanza della recidiva ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere il reato.

In contrasto con l'esposto indirizzo ermeneutico altre pronunce della giurisprudenza di legittimità avevano invece ritenuto che, in casi quali quello esaminato deve ritenersi che la recidiva influisca sul calcolo dei termini di maturazione della causa estintiva del reato.

In questo senso si era espressa dapprima Sez. 2, n. 35805 del 18/6/2013, Romano, Rv. 257298, affermando il principio per cui «la recidiva ritenuta dal giudice di merito e applicata per escludere la concessione delle circostanze attenuanti generiche, in quanto circostanza aggravante ad effetto speciale, rileva ai fini della prescrizione anche nel caso in cui non si sia proceduto in sentenza al relativo aumento di pena». Dopo alcuni anni, il principio elaborato dalla sentenza "Romano" era stato recepito e ribadito da Sez. 5, n. 38287 del 06/04/2016, Politi, Rv. 267862, nella quale si era precisato che, nel caso esaminato, la recidiva contestata all'imputato non poteva ritenersi esclusa dal primo giudice che aveva, nel complessivo trattamento sanzionatorio, citato e valutato la presenza, nel certificato penale dell'imputato, dei numerosi precedenti, considerandoli pertanto dimostrativi di una sua maggiore pericolosità e di rilievo sulla quantificazione della pena.

Da ultimo, nel solco di tale orientamento si era posta Sez. 5, n. 34137 del 11/05/2017, Briji, Rv. 270678, che aveva affermato il principio per cui la recidiva contestata e accertata nei confronti dell'imputato e solo implicitamente riconosciuta dal giudice di merito che, pur non ritenendo di aumentare la pena a tale titolo, abbia specificamente valorizzato, per negare il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, i precedenti penali dell'imputato, rileva ai fini del calcolo del tempo necessario ai fini della prescrizione del reato. In motivazione si considerava che solo la recidiva contestata ma non valutata in alcun modo ai fini dell'applicazione del trattamento sanzionatorio, può ritenersi ininfluente sui termini prescrizionali.

In relazione all'orientamento in esame assumevano altresì rilievo ulteriori arresti più risalenti che, seppure riferiti a fattispecie del tutto dissimili, avevano comunque affermato il principio per cui affinché la recidiva reiterata possa determinare i suoi effetti di circostanza aggravante ad effetto speciale è sufficiente che essa sia stata validamente contestata in un giudizio di cognizione e che non sia stata esclusa dal giudice, essendo poi irrilevante che essa non abbia avuto concreta efficacia nella determinazione della pena, in esito ad un giudizio di bilanciamento delle circostanze, ovvero per non essere stato applicato lo specifico aumento di pena (Sez. 1, n. 26786

del 18/06/2009, Favuzza, Rv. 244656 e Sez. 5, Sentenza n. 37550 del 26/06/2008, Locatelli, Rv. 241945).

5. I precedenti interventi delle Sezioni Unite in tema di recidiva.

A seguito della novella del 2005, sia la Corte costituzionale che le Sezioni Unite sono più volte intervenute in relazione al nuovo regime della recidiva al fine di mitigarne il rigore, individuando il fondamento dell'istituto nella più accentuata colpevolezza e nella maggiore pericolosità del reo e prospettando la facoltatività di tutte le ipotesi di recidiva. In linea con la interpretazione elaborata dalla giurisprudenza costituzionale volta ad escludere la conformità ai principi costituzionali di qualunque lettura dell'art. 99 cod. pen. basata su forme di automatismo tali da elidere la discrezionalità del giudice (sent. n. 192 del 2007, ord. n. 409 del 2007, n. 33 del 2008, n. 90 del 2008 e n. 193 del 2008, n. 257 del 2008), la Corte di cassazione ha ribadito con chiarezza la natura discrezionale della recidiva pluriaggravata e reiterata di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 99 cod. pen.

Può ad oggi, infatti, ritenersi consolidato l'orientamento interpretativo secondo il quale non può affermarsi la conformità ai principi fondamentali in tema di ragionevolezza, proporzione e funzione rieducativa della pena enunciati dalla Carta Costituzionale di una concezione della recidiva quale *status* soggettivo desumibile dal certificato penale che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione.

In tal senso, Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247839, ha specificato che «l'interpretazione che ritiene l'obbligatorietà della recidiva qualificata e degli effetti commisurativi della sanzione ad essa riconnessi finisce per configurare una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato - dunque foriero di possibili diseguaglianze - nell' an e nel quantum (previsto in misura fissa), operante sia nei casi in cui la ricaduta nel reato si manifesti quale indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne e in definitiva verso l'ordinamento, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente, sia nei casi in cui, al di là del dato meramente oggettivo della ripetizione del delitto, il nuovo episodio non appaia concretamente significativo in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo».

Ad avviso della Corte si impone una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., sicché nel testo dei commi terzo e quarto il verbo essere è utilizzato con evidente riferimento al *quantum* dell'aumento della sanzione

discendente dal riconoscimento della recidiva ivi contemplata (pluriaggravata e reiterata), ma non coinvolge l'*an* dell'aumento medesimo, che rimane affidato alla valutazione del giudice secondo la costruzione dell'ipotesi base di cui al primo comma.

Le figure di recidiva ivi contemplate non costituiscono invero autonome tipologie svincolate dagli elementi normativi e costitutivi della recidiva semplice, bensì mere specificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie che comportano, le quali sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo.

Per quanto riguarda poi, in particolare, la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 cod. pen., questa opera quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa dovendosi escludere che la novella abbia operato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva.

Il giudice ha dunque il potere discrezionale di escluderla motivatamente e considerarla *tamquam non esset* in relazione al trattamento sanzionatorio, all'esito di una verifica in concreto sulla reiterazione dell'illecito quale indice sintomatico di riprovevolezza e pericolosità, da effettuare tenendo conto della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali. All'esito di tale verifica al giudice è consentito negare la rilevanza aggravatrice della recidiva ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione.

Qualora la verifica effettuata si concluda nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo, la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi e dunque, nell'ipotesi di recidiva reiterata, l'aumento della pena base nella misura fissa indicata dall'art. 99, comma 4 cod. pen.; il divieto imposto dall'art. 69 comma 4 cod. pen., di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento fra gli elementi accidentali eterogenei eventualmente presenti; il limite minimo di aumento per la continuazione stabilito dall'art. 81 comma 4 cod. pen.; l'inibizione dell'accesso al "patteggiamento allargato" di cui all'art. 444, comma 1 bis cod. proc. pen. In tale ipotesi la recidiva deve intendersi, oltre che "accertata" nei suoi presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), "ritenuta" dal

giudice ed "applicata", determinando essa l'effetto tipico di aggravamento della pena: e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante.

Qualora, viceversa, la verifica si concluda nel senso della non significanza della ricaduta nei termini più su precisati e il giudice escluda la recidiva (dunque non la ritenga rilevante e conseguentemente non la applichi), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante.

Ribadita quindi la natura facoltativa ed il tipo di apprezzamento che il giudice deve effettuare ai fini del riconoscimento dell'aggravante, la Corte ha affrontato una ulteriore rilevante questione escludendo che la facoltatività della recidiva possa atteggiarsi come parziale o bifasica e dunque operare solo con riferimento all'effetto primario dell'aggravamento della pena e non avuto riguardo ai cd. "ulteriori effetti" commisurativi della sanzione ricollegati dalla legge alla recidiva.

E' stato così definitivamente avallato l'orientamento formatosi nella giurisprudenza di legittimità per cui gli effetti commisurativi della recidiva non sono svincolati dalle determinazioni assunte dal giudice in relazione al riconoscimento dell'aggravante ma sono bensì a questo strettamente collegati, nel senso che anch'essi vengono meno quando la circostanza non concorra, sulla base della valutazione del giudice effettuata ai fini e secondo i parametri di cui si è detto, a determinare l'aumento di pena. Può dirsi quindi definitivamente abbandonata la tesi della "facoltatività bifasica" della recidiva per cui, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, siano invece obbligatori gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione.

I principi elaborati in tale pronuncia sono stati poi ribaditi da Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664, che ha affermato la natura di circostanza ad affetto speciale della recidiva avuto riguardo al criterio edittale. Le Sezioni Unite hanno posto in evidenza la natura della recidiva quale circostanza pertinente al reato, che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il fatto, che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale, respingendo, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata, la possibilità di qualsiasi automatismo, inteso come instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra *status* della persona e reato commesso, e privilegiando, invece, una valutazione discrezionale cui è correlato uno specifico obbligo motivazionale per il giudice.

Con particolare riferimento poi agli effetti secondari della recidiva, riallacciandosi alla ricostruzione dell'istituto elaborata a partire da Sez. U. "Calibè", anche in tale pronuncia si è ribadita la necessità dell'aumento di pena in concreto o,

se del caso, della valutazione di meritevolezza, quale presupposto per l'attivazione delle varie discipline speciali operanti nei confronti del recidivo.

Conseguentemente, anche in tema di computo dei termini prescrizionali del reato, si è argomentato che, mentre prima della sentenza di merito, la più severa disciplina dei tempi di estinzione (art. 157, comma secondo, cod. pen.) opera sulla base della mera contestazione della recidiva, da considerare circostanza aggravante ad effetto speciale (cfr. Sez. 5, n. 35852 del 07/06/2010, Di Canio, Rv. 248502), una volta intervenuta la decisione che non abbia ravvisato una relazione qualificata fra i precedenti dell'imputato e il fatto a lui addebitato (recidiva ritenuta, ma non applicata), la circostanza perde il suo rilievo ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato (Sez. 6, n. 43771 del 07/10/2010, Karmaoui, Rv. 248714; Sez. 2, n. 18595 dell'08/4/2009, Pancaglio, Rv. 244158).

Più di recente, infine, le Sezioni Unite, chiamate a risolvere il contrasto ermeneutico in tema di applicabilità o meno dell'aumento di pena di cui all'art. 81 comma 4, cod. pen. in caso di giudizio di equivalenza fra recidiva e circostanze attenuanti, sono tornate sul tema e, con la sentenza Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, Rv. 267044, hanno affermato che il limite di aumento di pena non inferiore ad un terzo di quella stabilita per il reato più grave – previsto dall'art. 81, comma quarto, cod. pen. nei confronti dei soggetti ai quali è stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen. - opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti.

Nell'affermare il principio, il Supremo collegio, dopo aver evocato, in motivazione, i precedenti approdi di Sez. U "Calibè" e "Indelicato", sopra passati in rassegna, ha osservato come la recidiva richiede, da parte del giudice, un accertamento complesso e articolato, inerente la maggiore colpevolezza e l'aumentata capacità a delinquere, che solo se negativo esclude ogni conseguenza e che, invece, permane e sopravvive comunque alla valutazione comparativa operata nel giudizio di bilanciamento.

Le Sezioni Unite hanno esaminato in particolare la questione relativa alla individuazione del corretto significato del verbo "applicare" utilizzato dall'art. 81, quarto comma, cod. pen., verificando, quindi, quando la recidiva possa dirsi "applicata" dal giudice.

Richiamando quanto già messo in evidenza nella più risalente pronuncia Sez. U, n. 17 del 18/6/1991, Grassi, Rv. 187856, la Corte ha dunque osservato che la circostanza aggravante deve ritenersi, oltre che riconosciuta, anche applicata, non solo quando esplica il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando produce, nel bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti, un altro degli effetti che le sono propri, cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo

a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena da irrogare, precisandosi che, ogniqualvolta il giudice abbia operato in termini positivi l'accertamento inerente la maggiore colpevolezza e l'aumentata capacità a delinquere del reo, la recidiva è stata già riconosciuta ed applicata, essendole stata attribuita quell'oggettiva consistenza che consente il confronto con le attenuanti concorrenti: attività successiva, questa, rimessa alla discrezionalità del giudice.

Conseguendone che, all'atto del giudizio di comparazione, l'azione dell'applicare la recidiva deve ritenersi già esaurita, perché altrimenti il bilanciamento non sarebbe stato necessario: la recidiva ha comunque esplicato i suoi effetti nel giudizio comparativo, sebbene gli stessi siano stati ritenuti dal giudice equivalenti rispetto alle circostanze attenuanti concorrenti, in assenza delle quali, però, la recidiva avrebbe comportato l'aumento di pena.

6. La sentenza "Schettino".

Le Sezioni Unite con **sentenza del 25 ottobre 2018, dep. 15 maggio 2019, n. 20808, Schettino, Rv. 275319-01**, hanno affermato il principio per cui "in tema di recidiva, la valorizzazione da parte del giudice dei precedenti penali dell'imputato ai fini del diniego delle circostanze attenuanti generiche non implica il riconoscimento della recidiva contestata in assenza di aumento della pena a tale titolo o di confluenza della stessa nel giudizio di comparazione tra le circostanze concorrenti eterogenee, attesa la diversità dei giudizi riguardanti i due istituti, sicché di essa non può tenersi conto ai fini del calcolo dei termini di prescrizione del reato".

La Corte ha aderito al primo degli esposti orientamenti escludendo che la recidiva possa dirsi implicitamente ritenuta dal giudice che si sia limitato a dare conto dei precedenti penali al fine di escludere le circostanze attenuanti generiche.

Il Supremo consesso ha preso le mosse dall'analisi della copiosa giurisprudenza costituzionale e di legittimità sviluppatasi sul tema che, a seguito della riforma dell'istituto della recidiva ad opera della legge 5 dicembre 2005, n. 251, è approdata alla definitiva negazione di una concezione della recidiva quale *status* soggettivo desumibile dal certificato penale che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione, per affermare invece che, nel vigente quadro normativo, la recidiva è sempre facoltativa, e che tale facoltatività investe il piano del suo riconoscimento, mentre risulta estranea al piano degli effetti, che si dispiegano o rimangono inespressi a seconda che l'aggravante sia ritenuta o esclusa. Si richiamano, in particolare, sul punto, gli insegnamenti offerti da Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247839; Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664, nonché Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, Rv. 267044, che tutte hanno espresso analoghe considerazioni

circa la necessità che il giudice, proprio perché investito di un potere discrezionale, proceda, ai fini del riconoscimento della recidiva, ad un accertamento complesso e articolato, spiegando la sua scelta in relazione ad entrambi i profili costitutivi del presupposto sostanziale dell'aggravante in esame inerenti alla maggiore colpevolezza e all'aumentata capacità a delinquere dell'imputato, svolgendo una verifica in concreto sulla reiterazione dell'illecito quale indice sintomatico di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali.

Con la pronuncia in esame la Corte ha, pertanto, precisato che alla natura facoltativa della recidiva consegue uno specifico obbligo motivazionale del giudice che, tuttavia può tradursi anche in una motivazione "implicita", ove la sentenza dia comunque conto della ricorrenza di quei requisiti di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, che sono alla base dell'aggravamento di pena disposto dal legislatore per effetto della circostanza di cui all'art. 99 cod. pen., ovvero dell'insussistenza di tali elementi nel caso in cui escluda l'aggravante. Sul punto le Sezioni Unite hanno dunque definitivamente avallato l'orientamento ormai prevalente nella giurisprudenza di legittimità per cui è indubbio che il giudice possa argomentare secondo la tecnica della motivazione implicita (tra le altre, Sez. 3, n. 4135 del 12/12/2017 - dep. 2018, Alessio, Rv. 272040; Sez. 6, n. 20271 del 27/04/2016, Duse, Rv. 267130; Sez. 2, n. 39743 del 17/09/2015, Del Vento, Rv. 264533; Sez. 2, n. 40218 del 19/06/2012, Fatale, Rv. 254341), rimarcando comunque che «anche ove si faccia ricorso a tale particolare modalità argomentativa deve risultare che sia stata compiuta la specifica indagine imposta dalla contestazione della recidiva».

Alla luce di tali considerazioni, e passando all'esame della specifica questione sottoposta al suo vaglio, il Supremo collegio ha precisato che gli indicati parametri non possono ritenersi rispettati, e deve dunque escludersi che possa ritenersi configurabile una motivazione implicita ai fini del giudizio che riconosce la recidiva, allorquando il giudice si sia limitato a valorizzare i precedenti penali utilizzati quali fattori ostativi alle attenuanti generiche, in considerazione della diversità delle valutazioni che concernono i due istituti. Si osserva, infatti, che i precedenti penali dei quali fa menzione l'art. 133 cod. pen., e che vengono in rilievo nel giudizio relativo alla concessione delle circostanze attenuanti generiche, non sono del tutto

coincidenti con quelli che contribuiscono a costituire la recidiva. Invero, nei primi rientrano anche le sentenze che concedono il perdono giudiziale; quelle che escludono la punibilità per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen. e le sentenze di condanna per reati colposi e per le contravvenzioni, che non possono, invece, essere considerate agli effetti della recidiva. Costituiscono, viceversa, «precedenti penali valutabili ai fini della recidiva unicamente le condanne definitive e solo quelle che siano divenute tali prima della commissione del nuovo reato; a seconda della specie di recidiva, la condanna deve avere connotazioni particolari, quanto all'oggetto, al tempo, al numero. In concreto, quindi, ben può accadere che i giudizi - quello concernente il (negato) riconoscimento delle attenuanti generiche e quello attinente al (positivo) riconoscimento della recidiva - non abbiano una base fattuale coincidente». Ma anche la valutazione dei medesimi elementi, ad avviso della Corte, dà comunque luogo ad operazioni non sovrapponibili in considerazione della diversità prospettica delle valutazioni dei precedenti penali cui chiamano, rispettivamente, l'art. 133 e l'art. 99 cod. pen. Mentre, infatti, la prima considera i precedenti penali per la loro attitudine a dare indicazioni in merito alla personalità del reo, quale ulteriore elemento di conoscenza che, in una considerazione globale (che quindi può vederlo recessivo), permette di apprezzare la gravità del reato, la seconda assume il precedente penale per l'accertamento della consapevolezza del disvalore dell'azione da parte del reo e della pericolosità sociale dello stesso.

Conclusivamente ritengono le Sezioni Unite che «la parziale diversità della nozione di precedente penale; l'insufficienza della sola presenza di precedenti penali a sostenere il giudizio sulla recidiva; il diverso modo in cui essi vengono in considerazione nel giudizio che nega le attenuanti generiche; la differente proiezione teleologica delle due valutazioni in comparazione rendono evidente che non può ravvisarsi alcun nesso di conseguenzialità logica e giuridica tra il diniego di riconoscimento della attenuanti generiche giustificato dalla presenza di precedenti penali e una statuizione di riconoscimento della recidiva«. Per contro, l'avverso orientamento «non coglie la profonda diversità che caratterizza l'uno e l'altro istituto, con le conseguenti difformità impresse ai giudizi che li concernono. Depaupera il giudizio concernente la recidiva, finendo con il ridurlo alla constatazione della presenza di pertinenti "precedenti penali", che accidentalmente, in forza del reclutamento di mere formule di stile, possono anche risultare correlati retoricamente ad una maggiore colpevolezza per il fatto e ad una maggiore pericolosità sociale del reo, ma senza che il linguaggio possa far velo all'assenza di una reale indagine al riguardo».

7. La diversa questione della rilevanza della recidiva subvalente.

Così risolta la questione espressamente rimessa al loro esame, le Sezioni Unite hanno altresì affrontato, seppure in via del tutto incidentale, la diversa questione relativa alle conseguenze da trarre in caso di recidiva che, in esito al giudizio di cui all'art. 69 cod. pen., sia stata valutata subvalente. Invero, tale nodo problematico, ad avviso del Supremo collegio, era rimasto irrisolto pur a seguito dell'intervento di Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, Grassi, Rv. 187856, che ha affermato il principio secondo il quale «una circostanza aggravante deve essere ritenuta, oltre che riconosciuta, anche come applicata, non solo allorquando nella realtà giuridica di un processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga - ai sensi dell'art. 69 c.p. - un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena irroganda per il reato. Invece, non è da ritenere applicata solo allorquando, ancorchè riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatto e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri a cagione della prevalenza attribuita all'attenuante la quale non si limita a paralizzarla, ma la sopraffà in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravante risulta *tamquam non esset*»; ma anche a seguito della successiva Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, Rv. 267044, con la quale le Sezioni Unite, chiamate a risolvere il contrasto ermeneutico in tema di applicabilità o meno dell'aumento di pena di cui all'art. 81 comma quarto, cod. pen., in caso di giudizio di equivalenza fra recidiva e circostanze attenuanti, hanno affermato che il limite di aumento di pena non inferiore ad un terzo di quella stabilita per il reato più grave – previsto dall'art. 81, comma quarto, cod. pen. nei confronti dei soggetti ai quali è stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen. - opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti.

La mancanza di una espressa pronuncia delle Sezioni Unite sul tema ha dunque determinato, proprio con specifico riferimento alla incidenza sulla prescrizione della recidiva ritenuta subvalente, l'affermarsi di posizioni divergenti nella giurisprudenza di legittimità che hanno indotto la Corte ad affrontare la questione. Mentre, infatti, secondo un primo orientamento, ai fini del computo del termine di prescrizione, deve ritenersi "applicata" la recidiva anche se considerata subvalente nel giudizio di bilanciamento con le attenuanti concorrenti (Sez. 7, n. 15681 del 13/12/2016 - dep. 2017, Esposito, Rv. 269669; Sez. 4, n. 8079 del 22/11/2016 - dep. 2017, D'Uva, Rv. 269129), per altro indirizzo giurisprudenziale la recidiva contestata all'imputato, ritenuta e non applicata dal giudice di merito perché considerata subvalente rispetto

alla circostanza attenuante, non rileva nel calcolo del tempo necessario alla prescrizione del reato (Sez. 2, n. 53133 del 04/11/2016, Chen, Rv. 269139).

Ai fini della risoluzione della questione la Corte, pur considerando che il fatto stesso di aver operato il giudizio di bilanciamento presuppone il riconoscimento della recidiva anche quando la circostanza aggravante non riesca ad annullare l'attenuante in quanto subvalente all'esito del giudizio di comparazione, ha, tuttavia, rilevato che non può non considerarsi che l'aggravante in esame si caratterizza, tra le circostanze del reato, per essere produttiva non solo dell'escursione sanzionatoria, ma anche di effetti ulteriori, decisivi per la concreta conformazione del trattamento del condannato recidivo. Quando, infatti, il giudice di merito formula un giudizio di subvalenza, egli «esprime una valutazione di disfunzionalità della recidiva rispetto al programma di trattamento che comincia a delinearsi con la fissazione della pena da infliggere. Risulterebbe quindi in patente contraddizione con il giudizio che si cristallizza con la definitività della pronuncia attribuire in questi casi valore alla recidiva nel contesto di successive valutazioni che pure si riflettono sulla conformazione di quel programma». Ne consegue pertanto che, in caso di recidiva subvalente deve ritenersi che non solo non si produce l'effetto principale di aggravamento della pena ma non si producono nemmeno gli effetti indiretti dell'aggravante. Posto tale principio generale, ad avviso della Corte, non può, tuttavia, non considerarsi che sono riscontrabili casi in cui è espressamente previsto dal legislatore che si debba tener conto della recidiva senza avere riguardo al giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 cod. pen., così come avviene proprio in tema di prescrizione laddove l'art. 157, terzo comma cod. pen. esclude espressamente che possa tenersi in considerazione il giudizio di cui all'art. 69 cod. pen. ai fini della determinazione della pena massima del reato. Ne consegue, pertanto, che ai fini del computo del termine di prescrizione del reato deve ritenersi rilevante la recidiva anche quando il giudizio di bilanciamento con le concorrenti circostanze attenuanti l'abbia vista subvalente.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 17 del 18/6/1991, Grassi, Rv. 187856
Sez. 5, n. 37550 del 26/6/2008, Locatelli, Rv. 241945
Sez. 1, n. 26786 del 18/6/2009, Favuzza, Rv. 244656
Sez. 2, n. 18595 del 08/04/2009, Pancaglio, Rv. 244158
Sez. 2, n. 106 del 04/11/2009, dep. 2010, Marotta, Rv. 246045
Sez. 6, n. 43771 del 07/10/2010, Karmaoui, Rv. 248714
Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247839
Sez. 5, n. 35852 del 07/06/2010, Di Canio, Rv. 248502
Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664
Sez. 2, n. 35805 del 18/6/2013, Romano, Rv. 257298
Sez. 6, n. 38780 del 17/06/2014, Morabito, Rv. 260460
Sez. 6, n. 39849 del 16/9/2015, Palombella, Rv. 264483
Sez. 2, n. 2731 del 2/12/2015, dep. 2016, Conti, Rv. 265729
Sez. 2, n. 48293 del 26/11/2015, Carbone, Rv. 265382
Sez. 6, n. 16109 del 31/03/2016, Capacci
Sez. 2, n. 46297, del 13/07/2016, D'Onofrio
Sez. U,n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, Rv. 267044
Sez. 2, n. 53133 del 04/11/2016, Chen, Rv. 269139
Sez. 7, n. 15681 del 13/12/2016, Esposito, Rv. 269669
Sez. 4, n. 8079 del 22/11/2016, D'Uva, Rv. 269129
Sez. 4, n. 45833 del 19/07/2017, Lucchetti
Sez. 6, n. 54043, del 16/11/2017, S., Rv. 271714
Sez. U, n. 20808, del 25/10/2018, - dep. 2019 -, Schettino, Rv. 275319

CAPITOLO II

ARCHIVIAZIONE PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E ISCRIZIONE NEL CASELLARIO GIUDIZIALE

(ELENA CARUSILLO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione giuridica controversa. – 3. L'ordinanza di rimessione. – 4. Il quadro normativo. – 5. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. – 6. La pronunzia delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite, con **sentenza n. 38954 del 30/05/2019, dep. 24/09/2019, De Martino, Rv. 276463 - 01**, risolvendo il contrasto giurisprudenziale che si registrava sul punto, hanno affermato il seguente principio di diritto: "Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, ferma restando la non menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione".

2. La questione giuridica controversa.

Il Tribunale di Salerno, in funzione di giudice del casellario, *ex* art. 40 d.P.R. n. 313 del 2002, ordinava la cancellazione dal casellario giudiziale del provvedimento con cui il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Nocera Inferiore aveva disposto, ai sensi dell'art. 411, comma 1-*bis*, l'archiviazione per tenuità del fatto nei confronti di soggetto indagato del reato di cui all'art. 650 cod. pen., in quanto trattandosi di provvedimento non definitivo non era soggetto ad iscrizione.

Il procuratore della repubblica proponeva ricorso per cassazione chiedendo l'annullamento del provvedimento in ragione del fatto che l'art. 3, comma 1, lett. f), d.P.R. n. 303 del 2002 non prevede alcuna preclusione all'iscrizione dei tutti i provvedimenti dichiarativi la non punibilità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen., all'evidente scopo di consentire al giudice di valutare, in eventuali procedimenti futuri, l'abitualità del reato ostacolo all'applicazione della causa di non punibilità.

La Prima sezione della Corte investita del ricorso, ravvisando la sussistenza di un contrasto, già segnalato dall'Ufficio del Massimario con relazione n. 89/2017, rimetteva la questione alle Sezioni Unite.

Il Primo Presidente Aggiunto fissava per la trattazione del ricorso in camera di consiglio l'udienza del 30 maggio 2019 in ordine alla questione: Se il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen. debba essere

iscritto nel casellario giudiziale, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. f), d. P.R. 14 novembre 2002, n. 313, come modificato dall'art. 4 d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

3. L'ordinanza di rimessione.

Nel suo percorso motivazionale, la Prima sezione evidenziava le criticità dell'opzione ermeneutica secondo la quale il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto non è soggetto ad iscrizione nel casellario giudiziale, non rientrando nella categoria dei provvedimenti giudiziari definitivi menzionati dall'art. 3, comma 1, lett. f), d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, (Sez. 5, n. 3817 del 15/01/2018, Pisani, Rv. 272282; Sez. 3, n. 30685 del 26/01/2017, Vanzo, Rv. 270247; Sez. 1, n. 31600 del 25/06/2018, Matarrese, Rv. 273523).

Ad avviso del collegio rimettente, l'esclusione dalla categoria dei provvedimenti iscrivibili del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto precluderebbe al titolare dell'azione penale di "avere un quadro completo e veritiero sulla personalità del soggetto", con pregiudizio per le successive valutazioni del requisito della non abitualità del comportamento e con una ricaduta anche in termini di efficienza del sistema processuale e di inutile dispendio di attività, in quanto il pubblico ministero, al fine di conservare traccia della declaratoria di non punibilità, non avrebbe più anticipato alla fase delle indagini la richiesta *ex* art. 131-*bis* cod. pen., rinviandola ad una successiva all'esercizio dell'azione penale.

Per i giudici, poi, la circostanza che il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità non ha natura di accertamento del fatto ed è privo di efficacia extra-penale non rappresenta un limite alla iscrizione sia perché tale natura è propria di ogni provvedimento di archiviazione, sia perché si tratta di un provvedimento destinato a definire il procedimento per "carenza di elementi idonei a giustificare il proseguimento delle indagini", salva la possibilità di riapertura, da ritenersi "meramente teorica", condizionata dall'esigenza di nuove investigazioni (Sez. U, n. 9 del 22/03/2000, Finocchiaro, Rv. 216004; Corte cost., n. 27 del 1995).

Ancora, l'esclusione del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità dal novero di quelli iscrivibili nel casellario non sarebbe esente da dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost. quanto al profilo della disparità di trattamento con i destinatari del proscioglimento per particolare tenuità disposto con sentenza suscettibile di iscrizione.

Ad escludere l'iscrivibilità nel casellario giudiziale del provvedimento di archiviazione *ex* art. 131-*bis* cod. pen. non soccorrerebbe neanche il tenore letterale dell'art. 3, comma 1, lett. f) d.P.R. n. 303/2002 che prevede l'iscrizione dei "provvedimenti giudiziari definitivi che hanno prosciolto l'imputato o dichiarato non luogo a procedere per difetto di imputabilità, o disposto una misura di

sicurezza, nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale" sia perchè alla congiunzione "nonché", contenuta nella norma, deve attribuirsi un valore additivo e non riduttivo del catalogo dei provvedimenti iscrivibili, sia perché lo stesso testo normativo prevede l'iscrizione al casellario giudiziale di altri provvedimenti non definitivi, come quello di messa alla prova *ex* art. 168-*bis* cod. pen.

4. Il quadro normativo.

Le Sezioni unite, nel dare risposta al quesito, hanno, in primo luogo, ripercorso il quadro normativo di riferimento sotteso al contrasto, rammentando che:

- il d.P.R. n. 313 del 14 novembre 2002, "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di casellario giudiziale europeo, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti", ha sostituito la disciplina contenuta nel codice di rito e nel R.D. 18 giugno 1931, n. 778, facendo confluire nel sistema diverse banche dati tra cui quella del casellario giudiziale, definito, all'art. 2, lettera a) del d.P.R. n. 313 del 2002 (come modificato dal d.lgs. 12 maggio 2016, n. 74), "registro nazionale che contiene l'insieme dei dati relativi a provvedimenti giudiziari e amministrativi riferiti a soggetti determinati";

- nel catalogo dei provvedimenti di cui all'art. 3, comma 1, d.P.R. n. 313 del 2002, di cui è disposta l'iscrizione nel casellario giudiziale, in origine dedicato esclusivamente ai provvedimenti definitivi di proscioglimento o di non luogo a procedere per difetto di imputabilità ed a quelli applicativi di una misura di sicurezza, sono stati inseriti, a seguito delle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 28 del 2015, anche i provvedimenti con i quali viene dichiarata la non punibilità per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen.;

- l'art. 5, comma 2, d.P.R. n. 313 del 2002, lett. d-*bis*) prevede, trascorsi dieci anni dalla loro pronunzia, l'eliminazione dal casellario giudiziale delle iscrizioni dei provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità per particolare tenuità del fatto;

-gli artt. 24 e 25 del Testo Unico prevedono la non menzione dei suddetti provvedimenti giudiziari, rispettivamente, nel certificato generale ed in quello penale rilasciati a richiesta dell'interessato;

- l'art. 1, comma 18, legge 23 giugno 2017, n. 103, nel conferire la delega al Governo per l'ulteriore revisione dello statuto del casellario giudiziale, ha previsto sia l'eliminazione dell'iscrizione dei provvedimenti applicativi della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, sia l'attribuzione al pubblico ministero

del compito di verificare, prima che venga emesso il provvedimento, la circostanza che il fatto addebitato sia occasionale. La delega, attuata con d. l.gs. 2 ottobre 2018, n. 122, pur non avendo disposto nulla sul punto, cosicchè i provvedimenti per particolare tenuità vanno iscritti, ha tuttavia eliminato la dicotomia tra certificato generale e certificato penale del casellario, senza incidere sul contenuto del certificato unico rilasciato all'interessato ed al datore di lavoro - che rimane quello stabilito dall'art. 24 comma 1 del d.P.R. 313 del 2002 per il certificato generale, con esclusione della menzione dei provvedimenti adottati ex art. 131-bis cod. pen.-, e riformulato l'art. 28 del d.P.R. stabilendo per le pubbliche amministrazioni il rilascio, a seconda delle necessità, del certificato generale o del certificato "selettivo" escludendo, in entrambi i casi, qualsiasi richiamo ai provvedimenti giudiziari che dichiarino la non punibilità per particolare tenuità del fatto, esattamente come previsto nei certificati rilasciati all'interessato ed ai privati.

5. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa.

Le Sezioni semplici hanno costantemente negato l'iscrivibilità nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione adottati *ex* art. 131-*bis* cod. pen.

Sul punto, Sez. 3, n. 30685 del 26/01/2017, Vanzo, Rv. 270247, nel ritenere insussistente l'interesse dell'indagato a ricorrere avverso il provvedimento di archiviazione adottato ai sensi dell'art. 411, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. in ragione della sua non iscrivibilità nel casellario giudiziale, ha sottolineato che, poiché l'applicazione dell'art. 131-*bis,* cod. pen. presuppone l'accertamento di responsabilità dell'indagato per il fatto reato contestato, avrebbe potuto dubitarsi della compatibilità costituzionale e convenzionale della disposizione relativa all'archiviazione per particolare tenuità del fatto qualora dal provvedimento fosse scaturito l'effetto pregiudizievole dell'iscrizione nel casellario in ragione del fatto che l'interessato né può rinunziare alla causa di non punibilità né può impugnare il merito della decisione dinanzi ad una giurisdizione superiore (in senso analogo Sez. 3, n. 45601 del 27/06/2017, Benetti; Sez. 3, n. 46379 del 26 giugno 2017, Gobbo; Sez. 3, n. 47832 del 3/11/2016, dep. 2017, Rinaldi; Sez. 1, n. 53618 del 27/09/ 2017, Di Lauro).

Sez. 5, n. 3817 del 15/01/2018, Pisani, Rv. 272282, affermato il principio di diritto secondo il quale "Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, non rientrando nella categoria dei provvedimenti giudiziari definitivi di cui all'art. 3, comma 1, lett. f), d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, non è soggetto ad iscrizione nel casellario giudiziale", ha evidenziato in motivazione la natura "non definitiva" del provvedimento a fronte della possibilità per il pubblico ministero di ottenere una riapertura delle indagini *ex* art. 414 cod. proc. pen.

Sez. 1, n. 31600 del 25/06/2018, Matarrese, Rv. 273523, ribadita l'inammissibilità per carenza d'interesse dell'impugnazione del provvedimento di archiviazione ex art. 131-*bis* cod. pen., ha dichiarato illegittimo l'ordine di iscrizione nel casellario adottato dal giudice in quanto provvedimento autonomo rispetto a quello di archiviazione, la cui adozione è di competenza esclusiva dell'ufficio del casellario.

Al consolidato orientamento giurisprudenziale si è contrapposta Sez. 5, n. 40293 del 15/06/2017, Serra, Rv. 271010 che, affermato il principio di diritto secondo cui "Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, pronunciato ai sensi dell'art. 411, comma 1, cod. proc. pen., è nullo se emesso senza l'osservanza della speciale procedura prevista al comma 1-*bis* di detta norma, non essendo le disposizioni generali contenute negli artt. 408 e ss. cod. proc. pen. idonee a garantire il necessario contraddittorio sulla configurabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen.", ha in motivazione osservato che l'instaurazione del contraddittorio nelle forme di cui all'art. 411, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. è condizione ineludibile per la validità del provvedimento di archiviazione in quanto "non completamente liberatorio" e come tale destinato ad essere iscritto nel casellario giudiziale.

Tale ultimo inciso, presupponendo una interpretazione della modifica apportata all'art. 3, comma 1, lettera f) del d.P.R. n. 313 del 2002 in termini diametralmente opposti a quella condivisa dall'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, ha generato il contrasto che, ad avviso della Corte, non ha carattere di assoluta novità.

Invero già Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266591, dopo aver affermato il principio di diritto secondo cui "Ai fini del presupposto ostativo alla configurabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., il comportamento è abituale quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, ha commesso almeno due illeciti, oltre quello preso in esame", avevano evidenziato ha evidenziato che l'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* cod. pen. è definito non solo dalla gravità del reato desunta dalla pena edittale, ma anche dal profilo soggettivo relativo alla non abitualità del comportamento, come definito dal terzo comma dell'art. 131-*bis* cod. pen. che accomuna al delinquente abituale, professionale e per tendenza l'autore di "più reati della stessa indole".

Affrontando il problema della rilevanza ai fini della valutazione della non abitualità del comportamento, anche di reati commessi dal medesimo autore ma ritenuti non punibili ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen., la sentenza "Tushaj" ha, sia pur incidentalmente, evidenziato l'opportunità che il provvedimento di archiviazione sia iscritto nel casellario così da escludere il rischio di concedere la non punibilità più volte nei confronti della stessa persona.

6. La pronuncia delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, nel risolvere il contrasto, hanno esplicitamente dichiarato di discostarsi, in continuità con la linea interpretativa tracciata dalla sentenza "Tushaj" e ripresa dalla sentenza "Serra", dall'orientamento maggioritario secondo il quale i provvedimenti di archiviazione per particolare tenuità del fatto non debbano essere iscritti nel casellario giudiziario.

I giudici hanno indicato come primo approdo del loro percorso argomentativo, il tenore letterale dell'art. 3, comma 1, lett. f) del d.P.R. n. 313 del 2002, come modificato dal d.lgs. n. 28 del 2015, che non prevede affatto la circostanza che sono iscrivibili nel casellario solo i provvedimenti che in via definitiva hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen., evidenziando che, al contrario, con la locuzione "nonché", introdotta nell'art. 3 d.P.R. n. 313 del 2002, il Legislatore ha inteso ampliare il contenuto del catalogo dei provvedimenti giudiziari senza richiederne il carattere definitivo.

Ad avviso della Corte, un elemento idoneo a perimetrare l'estensione dell'obbligo di iscrizione al casellario si rinviene proprio nella Relazione governativa di illustrazione del d.lgs. n. 28 del 2015, nella parte in cui chiarisce la necessità della iscrizione di tutti i provvedimenti che dichiarano la non punibilità per tenuità del fatto sul presupposto che l'istituto, prevedendo la "non abitualità" del comportamento come requisito di applicabilità, richiede "un sistema di registrazione delle decisioni che accertano la particolarità tenuità che comprenda ovviamente anche i provvedimenti di archiviazione adottati per tale causa".

Ulteriore elemento decisivo in favore dell'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione *ex* art 131-*bis* cod. pen. è desumibile dall'art. 2 del d.P.R. n. 313 del 2002, che, alla lett. f), definisce "provvedimenti giudiziari" la sentenza, il decreto penale e ogni altro provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria e, alla lett. g), indica come "provvedimenti giudiziari definitivi" solo quelli divenuti irrevocabili o, comunque, non più soggetti ad impugnazione con strumenti diversi dalla revocazione, operando una netta distinzione tra le due categorie.

Su tale premessa, le Sezioni unite hanno evidenziato che il d. lgs. n. 28 del 2015 è intervenuto anche sugli artt. 24 e 25 d.P.R. n. 313 del 2002 che individuano il contenuto dei certificati del casellario, da un lato vietando la menzione di quei "provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale" e dall'altro estendendo agli stessi l'obbligo di eliminazione delle iscrizioni trascorsi dieci anni dalla loro pronuncia.

Secondo la Corte tali modifiche, evocando i "provvedimenti giudiziari" e non solo quelli "definitivi", presuppongono l'avvenuta iscrizione nel casellario di tutti i provvedimenti assunti per particolare tenuità del fatto, compresi quelli di

archiviazione, "dissolvendo così l'ambiguità del periodo aggiunto dalla stessa novella all'art. 3, comma 1, lettera f) del Testo Unico".

A conclusione del suo percorso argomentativo, la Corte ha inteso sgombrare il campo da ogni eventuale riserva di compatibilità costituzionale e convenzionale della decisione assunta, escludendo:

- la violazione dell'art. 24 Cost., in ragione del fatto che l'art. 411, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. consente all'indagato di dispiegare le proprie difese dinanzi al giudice investito della richiesta di archiviazione per tenuità del fatto;

- l'incompatibilità dell'iscrizione al casellario giudiziale con l'art. 2 del Protocollo n. 7 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in quanto norma formulata solo con riferimento alle dichiarazioni di colpevolezza o alle condanne, tra le quali non rientra la valutazione pregiudiziale sulla sussistenza del fatto e sulla sua attribuibilità all'indagato compiuta in sede di archiviazione.

Inoltre, nel dare risposta al quesito, la Corte ha ribadito che la funzione dell'iscrizione dei provvedimenti di archiviazione *ex* art. 131-*bis* cod. pen. nel casellario giudiziale è solo quella di memorizzazione, all'interno del circuito giudiziario, della loro adozione, fermo restando il *dictat* della non menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 9 del 22/03/2000, Finocchiaro, Rv. 216004
Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266591
Sez. 3, n. 47832 del 3/11/2016, dep. 2017, Rinaldi
Sez. 3, n. 30685 del 26/01/2017, Vanzo, Rv. 270247
Sez. 5, n. 40293 del 15/06/2017, Serra, Rv.271010
Sez. 3, n. 45601 del 27/06/2017, Benetti
Sez. 3, n. 46379 del 26/06/2017, Gobbo
Sez. 1, n. 53618 del 27/09/2017, Di Lauro
Sez. 5, n. 3817 del 15/01/2018, Pisani, Rv. 272282
Sez. 1, n. 31600 del 25/06/2018, Matarrese, Rv. 273523
Sentenze della Corte Costituzionale
Corte cost., sent. n. 27 del 1995

SEZIONE IV

I DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CAPITOLO I

RAPPORTI TRA CORRUZIONE PROPRIA E PER L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'orientamento favorevole all'espansione del reato di corruzione propria. – 3. La più recente giurisprudenza in tema di corruzione per l'esercizio della funzione. – 3.1. Le ulteriori pronunce sul tema. - 4. Spunti derivanti dalla c.d. legge "Spazzacorrotti".

1. Premessa.

La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, introdotta con la legge 6 novembre 2012, n. 190, si caratterizzava per l'integrale riformulazione della fattispecie prevista dall'art. 318 cod. pen., originariamente costituita sulla falsariga della corruzione propria, da cui differiva principalmente perché l'oggetto del mercimonio era un atto conforme ai doveri d'ufficio, anziché ad essi contrario, come previsto dall'art. 319 cod. pen.

Intervenendo sulla dicotomia atto contrario-atto conforme ai doveri d'ufficio, la riformulazione dell'art. 318 cod. pen. ha svincolato la condotta illecita dal rapporto sinallagmatico tra la prestazione del privato ed il compimento di uno specifico atto, ritenendo di per sé sufficiente a ledere l'interesse tutelato la dazione effettuata in ragione dell'esercizio della funzione del pubblico agente.

Nelle intenzioni del legislatore, il novellato art. 318 cod. pen. era destinato a recepisce quell'esigenza, ampiamente rappresentata anche in precedenti proposte di riforma della materia, di svincolare il reato di corruzione dal sinallagma con la commissione di un atto specifico – sia esso conforme o contrario ai doveri d'ufficio – andando a sanzionare quelle forme di indebita commistione tra interesse pubblico e privato che inevitabilmente si ingenerano nel momento in cui il pubblico agente riceve utilità dal privato, in ragione della qualità e delle funzioni svolte. In tal modo il legislatore della riforma intendeva attingere le forme di corruzione sistemica, basate non già sulla compravendita di un atto individuato, bensì sulla acquisizione di una generalizzata disponibilità del pubblico ufficiale ad assecondare le esigenze del corruttore.

L'eliminazione di qualsiasi riferimento all'atto oggetto di scambio, con conseguente valorizzazione del solo esercizio delle funzioni, ingenera una asimmetria tra l'elemento oggettivo della corruzione ex art. 318 c.p. e la corruzione propria, fattispecie che in precedenza si distinguevano non già per la natura dell'indebito scambio di utilità tra pubblico ufficiale e privato, bensì per la maggior gravità dell'atto – conforme o contrario ai doveri d'ufficio – oggetto dell'accordo corruttivo.

Attualmente le due previsioni di reato non si pongono più in rapporto di specialità reciproca, bensì la corruzione per l'esercizio delle funzioni finisce per essere l'ipotesi generale di corruzione, rispetto alla quale la corruzione propria assume il ruolo di norma speciale, nel cui ambito l'elemento di differenziazione è individuabile nel compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio. Il dato comune che lega le due fattispecie di reato è la promessa o dazione di utilità da parte del privato in favore del pubblico agente nell'ambito di un accordo corruttivo, ma solo la corruzione propria richiede anche il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio; nel reato di corruzione per l'esercizio della funzione, invece, è il semplice raggiungimento dell'accordo illecito che lede di per sé il bene giuridico tutelato, anche se il pubblico agente non dovesse compiere alcun atto in adempimento del suddetto accordo.

2. L'orientamento favorevole all'espansione del reato di corruzione propria.

A fronte della riformulazione dell'art. 318 cod. pen. e della conseguente cesura con l'originaria distinzione tra corruzione propria ed impropria, la prima risposta che la giurisprudenza di legittimità ha dato all'individuazione dei tratti differenziali tra i due reati è stata tendenzialmente quella di ampliare l'ambito applicativo della corruzione propria, fino a farvi rientrare anche casi nei quali – come richiesto dal novellato art. 318 cod.pen. – non risultava la commissione di atti contrari ai doveri d'ufficio.

Il riformulato art. 318 cod. pen. è stato interpretato sulla base della pregressa elaborazione giurisprudenziale che aveva notevolmente ampliato il concetto di atto contrario ai doveri d'ufficio, facendo rientrare nella nozione di atto di ufficio una vasta gamma di comportamenti umani, effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale, e quindi non solo il compimento di atti di amministrazione attiva, ma anche la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri ed addirittura anche le condotte meramente materiali o il compimento di atti di diritto privato (Sez. 6, n. 38698 del 26/9/2006, Moschetti, Rv. 234991).

Più in generale, si riteneva che ai fini della prova del delitto di corruzione propria, l'individuazione dell'attività amministrativa oggetto dell'accordo corruttivo può ben limitarsi al genere di atti da compiere, sicché tale elemento oggettivo deve ritenersi integrato allorché la condotta presa in considerazione dall'illecito rapporto tra privato e pubblico ufficiale sia individuabile anche genericamente, in ragione della competenza o della concreta sfera di intervento di quest'ultimo, così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di atti singoli non preventivamente fissati o programmati, ma pur sempre appartenenti al *genus* previsto (Sez. 6, n. 30058 del 16/05/2012, Di Giorgio, Rv. 253216).

In buona sostanza, la giurisprudenza formatasi *ante riforma*, tendeva chiaramente a svalutare il requisito della contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio, sia facendo rientrare nella nozione di "atto" anche meri comportamenti, sia ritenendo che l'indeterminatezza dell'atto da compiere non impediva la configurabilità del reato di corruzione propria.

A seguito della rimodulazione dei reati di corruzione e della conseguente introduzione di una specifica figura di reato che sanziona anche gli accordi corruttivi rispetto ai quali risulti del tutto indeterminata la natura e tipologia di atto da compiere, con la conseguente impossibilità di affermarne la contrarietà ai doveri d'ufficio, la giurisprudenza si era tendenzialmente limitata a riproporre gli orientamenti formatisi in un contesto normativo nel frattempo mutato.

La difficile revisione dei rapporti tra corruzione propria e per l'esercizio delle funzioni, peraltro, ha dato luogo a difficoltà interpretative legate anche all'esigenza di salvaguardare la proporzionalità della pena rispetto alla gravità dell'offesa.

La questione si è posta con specifico riguardo alle figure del cosiddetto funzionario "a libro paga", ricorrente in tutti quei casi in cui l'accordo corruttivo si sostanzia in una generalizzata svendita della funzione in favore del privato, cui consegue un rapporto corruttivo stabile e protratto nel tempo, senza che sia sempre individuabile lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio posto in essere in adempimento dell'accordo.

Nell'esaminare la giurisprudenza formatasi in materia è bene sottolineare come una pluralità di pronunce, pur richiamando il concetto di "asservimento delle funzioni" quale motivo della configurabilità della corruzione propria, hanno in effetti fatto riferimento ad ipotesi nelle quali vi era stato l'accertamento della commissione di atti contrari ai doveri d'ufficio (Sez. 6, n. 40237 del 07/07/2016, Giangreco, Rv. 267634; Sez. 6, n. 15959 del 23/2/2016, Caiazzo, Rv. 266735; Sez. 6, n. 8211 del 11/2/2016, Ferrante, Rv. 266510; Sez. 6, n. 6056 del 10/2/2015, Staffieri, Rv. 262333). In simili situazioni, invero, il richiamo all'asservimento delle funzioni piuttosto che alla messa a libro paga del pubblico agente, descrivono delle

mere modalità di esecuzione del reato di corruzione propria continuato. A ben vedere, infatti, lì dove è provata la commissione di un atto contrario ai doveri d'ufficio, la circostanza che la corruzione si sia articolata mediante una stabile e continuativa remunerazione del pubblico agente rappresenta semplicemente una modalità di esecuzione del reato, eventualmente rilevante ai fini dell'apprezzamento della sua gravità, ma non va direttamente ad incidere sulla struttura dell'illecito e sulla conseguente individuazione degli elementi costitutivi.

Maggiormente problematica è la fattispecie nella quale, pur risultando l'asservimento del pubblico ufficiale, manca la prova dello specifico atto – contrario ai doveri d'ufficio – siccchè si pone la questione di stabilire se la mera condotta di stabile assoggettamento del pubblico agente rispetto agli interessi del privato possa o meno dar luogo al più grave reato di cui all'art.319 c.p.

In tal senso depone parte della giurisprudenza di legittimità, favorevole a valorizzare in primo luogo l'elemento della maggior offensività, rispetto all'interesse al buon andamento ed imparzialità della p.a., che consegue all'asservimento del pubblico ufficiale agli interessi del privato.

Fin da una delle prime pronunce intervenute in materia, la Cassazione ha affermato che «il generico riferimento, anticipato dalla preposizione finalistica "per", all'esercizio delle funzioni e dei poteri del pubblico ufficiale espresso dal nuovo art. 318 c.p. non consente una immediata decifrabilità delle concrete forme o espressioni che il mercimonio di funzioni e poteri possa assumere in concreto. Da un altro lato appare ben singolare che una disciplina normativa (quella introdotta dalla legge n. 190/2012) tesa ad armonizzare le disposizioni sanzionatone di sempre più diffusi fenomeni di corruzione e a renderne più agevole l'accertamento e la perseguibilità, offra il fianco a possibili rilievi in termini di graduazione dell'offensività, di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.). Rilievi non privi di spessore allorché si consideri che la condotta di un pubblico ufficiale che compia per denaro o altra utilità ("venda") un solo suo atto contrario all'ufficio (ad esempio rilasci un permesso di accesso in z.t.l. non consentito, ecc.) sia punito con una cospicua pena oscillante tra i quattro e gli otto anni di reclusione (come da novellato incremento delle pene dell'art. 319 c.p.). Laddove un pubblico funzionario stabilmente infedele, che ponga l'intera sua funzione e i suoi poteri al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, con contegni di infedeltà sistematici e in relazione ad atti contrari alla funzione non predefiniti o non specificamente individuabili *ex post* (in caso diverso si rifluirebbe, come è ovvio, nella previsione dell'art. 319 c.p.), si vedrebbe oggi -secondo la tesi del ricorrente- irrazionalmente punito con una pena assai più mite, quale quella prevista dal riformato art. 318 c.p. (da uno a cinque anni di reclusione). E ciò malgrado appaiano in tutta evidenza indiscutibili la ben maggiore offensività e il più

elevato disvalore giuridico e sociale della seconda condotta, integrata appunto dall'asservimento costante e metodico dell'intera funzione del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi privati» (Sez. 6, n. 9883 del 28/2/2014, Terenghi, Rv. 258521).

Nel solco di tale pronuncia si inseriscono anche quelle successive che hanno ribadito come ai fini della integrazione del delitto di cui all'art. 319, non è necessaria l'individuazione di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio per il quale il pubblico ufficiale abbia ricevuto somme di denaro o altre utilità non dovute, a condizione che, dal suo comportamento, emerga comunque un atteggiamento diretto in concreto a vanificare la funzione demandatagli e dunque a violare i doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento esclusivo degli interessi pubblici che sullo stesso incombono (Sez. 6, n. 15959 del 23/02/2016, Caiazzo, Rv. 266735).

Si è ritenuto che configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio - e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 cod. pen. - lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati nell'*an*, nel *quando* o nel *quomodo*, si conformino all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali (Sez. 6, n. 3606 del 24/01/2017, Bonanno, Rv. 269347). In tal caso, pertanto, il parametro della contrarietà ai doveri d'ufficio è stato ravvisato nel fatto stesso che tra il pubblico agente ed il privato sia intercorso un accordo corruttivo, essendo in tale condotta insito lo sviamento dei poteri pubblicistici.

In una successiva pronuncia si è ribadito, infatti, che è configurabile il reato di corruzione propria nel caso in cui lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali (Sez. 6, n. 46492 del 15/09/2017, Argenziano, Rv. 271383; nello stesso senso si veda anche Sez. 6, n. 29267 del 05/04/2018, Baccari, Rv. 273448; Sez. 6, n. 51946 del 19/04/2018, Cavazzoli, Rv. 274507).

3. La più recente giurisprudenza in tema di corruzione per l'esercizio della funzione.

L'orientamento allo stato prevalente, pertanto, si è mostrato tendenzialmente favorevole a depotenziare l'elemento della indeterminatezza degli atti, come pure a

ritenere che la formale conformità ai doveri d'ufficio, soprattutto nei casi di atti discrezionali, non costituisca un limite alla configurabilità della corruzione propria.

Tuttavia, nel corso dell'ultimo anno si sono registrate plurime pronunce che, pur non ponendosi in aperto contrasto con l'orientamento prevalente, tendono a dare una lettura dell'art. 318 cod. pen. meno angusta, avendo individuato con più precisione i margini di differenziazione rispetto alla corruzione propria.

In particolare, è meritevole di segnalazione la sentenza resa da **Sez. 6, n. 4486 del 11/12/2018 (dep. 29/1/2019), Palozzi, Rv. 274984**, così massimata «In tema di corruzione, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi realizzato attraverso l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, integra il reato di cui all'art. 318 cod. pen. e non il più grave reato di corruzione propria di cui all'art. 319 cod. pen., salvo che la messa a disposizione della funzione abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio. (In motivazione, la Corte ha precisato che nel caso della corruzione per l'esercizio della funzione la dazione indebita pone in pericolo il corretto svolgimento dei pubblici poteri, mentre ove la dazione è sinallagmaticamente connessa al compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio si realizza la concreta lesione del bene giuridico protetto)».

In motivazione, la Corte ha preso spunto dalla modifica normativa e dalla diversa modulazione delle due ipotesi di corruzione descritte agli artt. 318 e 319 cod. pen., sottolineando come per la prima ipotesi il baricentro del reato non è più l'atto da compiere o già compiuto, ma l'esercizio stesso della funzione pubblica.

Il nuovo criterio di punibilità risulta pertanto ancorato al mero "esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri", a prescindere dal fatto che tale esercizio assuma carattere legittimo o illegittimo e, quindi, senza che sia necessario accertare l'esistenza di un nesso tra la dazione indebita e uno specifico atto dell'ufficio.

Nell'ottica della riforma, l'art. 318 cod. pen. sanziona la violazione di un generale divieto per il pubblico funzionario di ricevere denaro o altre utilità in ragione della funzione pubblica esercitata; l'aver sanzionato la mera "remunerazione" della funzione consente di prevenire la compravendita degli atti d'ufficio e garantire al contempo il corretto funzionamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

In tale contesto, pertanto, la nuova formulazione dell'art. 318 cod. pen. ha anticipato la soglia delle condotte penalmente rilevanti, salvo restando che il limite esterno del nuovo reato di cui all'art. 318 cod. pen., rispetto alla più grave fattispecie della corruzione propria, resta pur sempre l'ipotesi in cui sia accertato un nesso strumentale tra la dazione-promessa e il compimento di un determinato o comunque ben determinabile atto contrario ai doveri d'ufficio.

La riformulata fattispecie di cui all'art. 318 cod. pen. è stata, pertanto, qualificata come un reato di pericolo presunto, contrapponendosi alla tradizione connotazione

del reato di corruzione propria quale reato di evento, individuabile nel compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio.

Osserva la citata sentenza che il delitto descritto all'art. 318 cod. pen., anche nella formulazione post riforma, è ancora una ipotesi meno grave di corruzione, ma mentre nella precedente versione la fattispecie era pur sempre costruita come reato di danno (la violazione del principio di correttezza e del dovere di imparzialità del pubblico ufficiale), connesso alla compravendita di un atto d'ufficio (purché non contrario ai doveri di ufficio, nel senso che la parzialità non doveva trasferirsi sull'atto, segnandolo di connotazioni privatistiche, restando pertanto l'unico possibile per attuare interessi esclusivamente pubblici), nella nuova tipizzazione il legislatore ha inteso ricomprendere tutte le forme di "compravendita della funzione", non connesse causalmente al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio.

La nuova fattispecie ha inteso superare i limiti applicativi della previgente normativa codicistica, così da colmare lo iato tra diritto positivo e diritto vivente formatosi in ordine al concetto di atto di ufficio, punendo tutte quelle ipotesi di mercimonio connesse causalmente all'esercizio di pubblici funzioni o poteri, costituenti forme di generica messa a disposizione del pubblico funzionario.

Seguendo tale impostazione, la differenza tra la corruzione propria e per l'esercizio delle funzioni, da un lato, presuppone la mancata individuazione di uno specifico e determinato atto contrario ai doveri d'ufficio, e, dall'altro, consente di attrarre nell'alveo della previsione dell'art. 318 cod. pen. anche quelle ipotesi di asservimento del pubblico agente che non siano sfociate nel compimento di atti individuabili.

La sentenza in commento ha recepito quell'orientamento giurisprudenziale emerso all'indomani della riforma e che era stato tendenzialmente accantonato dalla giurisprudenza successiva.

Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza resa da Sez. 6, n. 49226 del 25/09/2014, Chisso, Rv. 261352, secondo cui « lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi realizzato attraverso l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, integra il reato di cui all'art. 318 cod. pen. (nel testo introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190), e non il più grave reato di corruzione propria di cui all'art. 319 cod. pen., salvo che la messa a disposizione della funzione abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, poichè, in tal caso, si determina una progressione criminosa nel cui ambito le singole dazioni eventualmente effettuate si atteggiano a momenti esecutivi di un unico reato di corruzione propria a consumazione permanente».

Anche tale condotta, al pari di quella più grave prevista dall'art. 319 cod. pen., si connota per la lesione dei doveri di fedeltà ed imparzialità gravanti sul pubblico agente, tuttavia si colloca ad un livello di offensività meno rilevante proprio perché non sfocia nella sicura commissione di atti contrari ai doveri d'ufficio.

Proprio per tale ragione, afferma la più recente sentenza resa da Sez.6, n.4486 del 2019, cit., che «Il discrimine tra le due ipotesi corruttive resta pertanto segnato dalla progressione criminosa dell'interesse protetto in termini di gravità (che giustifica la diversa risposta punitiva) da una situazione di pericolo (il generico asservimento della funzione) ad una fattispecie di danno, in cui si realizza la massima offensività del reato (con l'individuazione di un atto contrario ai doveri d'ufficio). Nel primo caso la dazione indebita, condizionando la fedeltà ed imparzialità del pubblico ufficiale che si mette genericamente a disposizione del privato, pone in pericolo il corretto svolgimento della pubblica funzione; nell'altro, la dazione, essendo connessa sinallagmaticamente con il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, realizza una concreta lesione del bene giuridico protetto, meritando quindi una pena più severa».

3.1. Le ulteriori pronunce sul tema.

Nel solco della sentenza n. 4486 del 2019, si sono inserite ulteriori pronunce che hanno applicato i medesimi principi, riconoscendo la sussistenza del reato di cui all'art. 318 cod. pen. a fronte di condotte connotate dalla dazione di denaro volta a creare un rapporto privilegiato e di favore per il privato.

In particolare, si segnala **Sez. 6, n. 32401 del 20/4/2019, Monaco, Rv. 276801** così massimata « Integra il reato di corruzione per l'esercizio della funzione, previsto dall'art. 318 cod. pen., lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, realizzato attraverso l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata. (Fattispecie in cui risultava la dazione di denaro, in favore di un appartenente alla Guardia di Finanza, da parte di soggetti interessati ad avere informazioni circa gli accertamenti fiscali svolti a carico delle proprie società, ma non anche l'effettivo compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio)».

Altra pronuncia, resa da **Sez. 6, n. 13406 del 13/2/2019, Carollo, Rv. 275428**, ha anche sottolineato come la corruzione per l'esercizio delle funzioni è configurabile anche qualora il generico "interessamento" del pubblico agente rispetto alle vicende riguardanti il privato corruttore sia destinato ad esplicarsi con riguardo ad un settore diverso da quello di appartenenza, sul quale l'agente possa esercitare un'ingerenza anche di mero fatto. Il caso esaminato dalla sentenza riguardava la condotta di un appartenente alla Guardia di Finanza che si interessava,

presso i colleghi addetti ad un diverso settore del medesimo corpo, al fine di verificare se ed a quali condizioni fosse possibile addivenire alla definizione di una sanzione amministrativa, suggerendo al privato le modalità da seguire per estinguere la sanzione e ricevendo in cambio una somma di denaro ed altre regalie di non modico valore.

Sottolineava la Corte come, nel caso di specie, era emersa non una generica raccomandazione fatta nei confronti di altro pubblico ufficiale, operante in un ambito strutturalmente diverso, bensì l'estensione in via di fatto della sfera operativa dei due pubblici ufficiali coinvolti in un settore comunque ricompreso nell'ambito funzionale proprio della Guardia di Finanza.

Un'ipotesi similare è stata oggetto della decisione assunta da **Sez. 6, n. 33838 del 26/4/2019, Massobrio, Rv. 276783**, con la quale si è affermato che «Integra il reato di corruzione di cui all'art. 318 cod. pen. la promessa o dazione indebita di somme di danaro o di altre utilità in favore del pubblico ufficiale che sia sinallagmaticamente connessa all'esercizio della funzione, a prescindere dal compimento di uno specifico atto e della sua contrarietà o meno ai doveri del pubblico agente. (Fattispecie relativa alla occasionale dazione in favore di militari della guardia di finanza della somma di 750,00 euro ciascuno e di altre regalie da parte di imprenditori soggetti a periodiche verifiche ispettive)».

In motivazione, la Corte ha precisato che è corretta la qualificazione in termini di corruzione per l'esercizio delle funzioni, trattandosi di ipotesi che si fonda sull'indebita locupletazione del *munus publicum* e sulla correlazione causale tra dazione o promessa e funzione svolta, a prescindere dal fatto che questa si tramuti nell'effettivo compimento di un atto di cui possa affermarsi la contrarietà o meno ai doveri del soggetto agente.

Ne consegue che il reato di cui all'art. 318 cod. pen. colpisce il generico mercimonio della funzione, ove nel fatto illecito non risulti dedotto specificamente un atto che si concretizzi in uno specifico ed individuabile sviamento dall'esercizio della pubblica funzione.

4. Spunti derivanti dalla c.d. legge "Spazzacorrotti".

L'evoluzione della giurisprudenza in tema di rapporti tra corruzione propria e per l'esercizio della funzione, contraddistinta dal tendenziale recupero di quest'ultima fattispecie ritenuta idonea a sanzionare le condotte di generica "messa a libro paga" del pubblico agente, si colloca pienamente in linea con le modifiche ai limiti edittali dell'art. 318 cod. pen.

L'art. 1, lett. n) della legge 9 gennaio 2019, n. 3 ha innalzato la pena minima e massima dell'art. 318 cod. pen., così che dall'originale forbice edittale variante tra

un minimo di un anno al massimo di sei anni di reclusione, si è passati all'attuale previsione della pena minima di tre anni e di quella massima di otto anni.

Si tratta di un incremento significativo che contribuisce ad avvicinare la corruzione per l'esercizio della funzione alla più grave fattispecie della corruzione propria, per la quale l'art. 319 cod. pen. prevede la pena variabile tra sei e dieci anni di reclusione.

L'inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 318 cod. pen. si innesta nel panorama giurisprudenziale, nel tentativo di escludere che una rigorosa applicazione della fattispecie meno grave ingeneri una sproporzione della risposta penale a fronte di condotte di offensività similare.

Che questa sia stata l'intenzione del Legislatore è direttamente desumibile dalla Relazione al Disegno di legge n. 1189, lì dove si parte dalla premessa secondo cui la fattispecie prevista dall'art. 318 cod. pen. punisce non solo le condotte di corruzione tradizionalmente ascrivibili al paradigma della corruzione "impropria" per atto conforme ai doveri d'ufficio, ma anche i casi di corruzione sistemica, nella quale l'accettazione della dazione o della promessa non si correla alla realizzazione di un singolo atto determinato o individuabile, bensì alla generalità degli atti propri della funzione.

Affinché le condotte di corruzione sistemica, rispetto alle quali non sia stata individuata la commissione di specifici atti contrari ai doveri d'ufficio, vengano attratte nell'alveo della corruzione ex art. 318 cod. pen., è apparso imprescindibile un adeguamento della risposta repressiva alla concreta portata offensiva delle condotte riconducibili a tale fattispecie di reato, armonizzando il trattamento sanzionatorio – pur mantenendo una congrua differenziazione di pene – rispetto a quanto previsto per i reati di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio.

In conclusione, quindi, l'innalzamento delle pene previste per la corruzione per l'esercizio della funzione dovrebbe consentire l'attuazione dei principi di graduazione, ragionevolezza e proporzionalità della pena, in rapporto all'ampio spettro di gravità che la corruzione per l'esercizio della funzione può assumere, in tal modo superando la principale spinta che aveva indotto la giurisprudenza ad accogliere la nuova figura di reato di cui all'art. 318 cod. pen. con estrema riserva.

Nella Relazione, infine, si sottolinea come il potenziamento della risposta punitiva offerta dall'art. 318 cod. pen. dovrebbe favorire il ricorso ad una norma che ha risvolti processuali di assoluto favore per la pubblica accusa.

Posto che il reato di corruzione per l'esercizio della funzione non richiede lo specifico accertamento dell'atto compiuto dal pubblico agente nell'ambito del rapporto sinallagmatico con il corruttore, ne discende una semplificazione probatoria che dovrebbe determinare un risultato positivo nell'ottica dell'accrescimento dell'efficacia della risposta penale al fenomeno corruttivo.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 33838 del 26/4/2019, Massobrio, Rv. 276783
Sez. 6, n. 13406 del 13/2/2019, Carollo, Rv. 275428
Sez. 6, n. 4486 del 11/12/2018 (dep. 29/1/2019), Palozzi, Rv. 274984
Sez. 6, n. 51946 del 19/04/2018, Cavazzoli, Rv. 274507
Sez. 6, n. 29267 del 05/04/2018, Baccari, Rv. 273448
Sez. 6, n. 46492 del 15/09/2017, Argenziano, Rv. 271383
Sez. 6, n. 3606 del 24/01/2017, Bonanno, Rv. 269347
Sez. 6, n. 40237 del 07/07/2016, Giangreco, Rv. 267634
Sez. 6, n. 15959 del 23/2/2016, Caiazzo, Rv. 266735
Sez. 6, n. 8211 del 11/2/2016, Ferrante, Rv. 266510
Sez. 6, n. 6056 del 10/2/2015, Staffieri, Rv. 262333
Sez. 6, n. 9883 del 28/2/2014, Terenghi Rv. 258521
Sez. 6, n. 49226 del 25/09/2014, Chisso, Rv. 261352
Sez. 6, n. 30058 del 16/05/2012, Di Giorgio, Rv. 253216

CAPITOLO II

PECULATO E PECULATO D'USO

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Peculato e peculato d'uso: un confine ancora fluido? La differente oggettività giuridica delle fattispecie in comparazione – 2.1. Ancora su peculato e peculato d'uso. L'uso improprio dell'autovettura di servizio: i diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità. - 3. Le condotte di peculato commesse da privati per mancato riversamento di somme allo Stato o ad enti pubblici - 4. Peculato e qualifica di incaricato di pubblico servizio – 5. Spese dei pubblici amministratori e rendicontazione contabile.

1. Premessa.

Tra le questioni affrontate dalla Suprema Corte nell'anno decorso, in tema di peculato, risalta ancora l'individuazione dei tratti distintivi tra l'ipotesi "base", prevista dall'art. 314, comma primo, cod. pen., incentrata sulla condotta appropriativa, e l'autonoma figura criminosa del peculato di uso, di cui al successivo comma.

Alcune pronunce attengono, in particolare, a condotte di uso improprio da parte del pubblico agente di beni strumentali, la cui qualificazione giuridica non è ad oggi univocamente definita nella giurisprudenza di legittimità, tanto che l'Ufficio del Massimario ha ritenuto opportuna una segnalazione di contrasto interpretativo, sia pure con riferimento all'uso illegittimo dell'autovettura di servizio.

Altri arresti, di particolare interesse, hanno riguardato ipotesi di peculato riferibili a soggetti privati, correlate al mancato riversamento all'avente diritto di somme percepite nell'interesse dello Stato ovvero di enti pubblici, nel cui ambito si pongono problematiche inerenti alla qualifica soggettiva dell'agente ed al momento perfezionativo del delitto.

Ancora, si segnalano decisioni che hanno compiutamente ricostruito la figura dell'incaricato di pubblico servizio, aderendo alla concezione funzionalistico-oggettiva, con interessanti applicazioni in tema di società *in house,* nell'ambito di rapporti di natura concessoria.

Da ultimo, alcune pronunce hanno espresso opzioni ricostruttive non convergenti con riferimento alle spese effettuate da pubblici amministratori in violazione degli specifici obblighi di rendicontazione contabili, in tesi pure riconducibili al paradigma del peculato.

2. Peculato e peculato d'uso: un confine ancora fluido? La differente oggettività giuridica delle fattispecie in comparazione.

Tra le decisioni in tema di peculato che hanno delineato i caratteri distintivi tra l'ipotesi "base" prevista dall'art. 314, comma primo, cod. pen., costruita sulla condotta appropriativa del bene o danaro altrui, e la figura del peculato d'uso, di cui al successivo comma, incentrata invece sull'uso solo momentaneo della *res*, **Sez. 6, n. 23824 del 26/04/2019, Bifolco, Rv. 276070,** affronta il tema dalla prospettiva dell'oggettività giuridica dei reati in comparazione, ponendo in risalto la differente offensività delle relative condotte.

Al riguardo, giova premettere che la Suprema Corte aderisce all'impostazione teorica, condivisa anche dalla dottrina dominante, che ritiene la natura plurioffensiva dei reati contro la pubblica amministrazione, distinguendo un bene giuridico "di categoria", comune a tutte le fattispecie incriminatrici, ed un bene giuridico specifico, proprio delle singole ipotesi.

Su tale base, la giurisprudenza maggioritaria assume che peculato e peculato d'uso sono reati posti a presidio, da un lato, del buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione (sotto i diversi profili della legalità, efficienza, probità ed imparzialità), dall'altro, del patrimonio della amministrazione o di terzi, ma finisce con l'attribuire carattere recessivo a tale secondo bene-interesse, tant'è che, in linea con l'insegnamento della pur risalente Sez. U. n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, Rv. 244190, ritiene che l'eventuale mancanza della lesione al patrimonio non sia ostativa alla configurabilità del reato, purché la condotta sia lesiva quantomeno dell'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, nelle sue varie declinazioni, come innanzi richiamate.

La sentenza in commento, in particolare, evidenzia come peculato e peculato d'uso siano reati – oltre che autonomi, data la loro incompatibilità ontologica – connotati da una carica di disvalore molto diversa, sostanziandosi il primo nella definitiva sottrazione del bene alla sfera di dominio o di controllo della pubblica amministrazione, l'altro in un uso temporalmente limitato – "momentaneo", nella dizione legislativa - del bene stesso, cui faccia seguito l'immediata (ed *ex ante* già preventivata) restituzione.

La differente strutturazione delle fattispecie a confronto, sul piano oggettivo, spiega perché i beni-interessi come sopra individuati non assumano in esse la medesima rilevanza; ed appare altresì evidente come, sul profilo dell'offensività non possa non influire anche il differente gradiente di gravità delle condotte (evincibile dalla previsione di una cornice sanzionatoria assai meno severa per il peculato d'uso).

Ed invero, solo nel peculato l'atto appropriativo integra *ex se* la condotta tipica ed è valutato, per la sua gravità, come offensivo del preminente interesse alla legalità dell'operato dei pubblici agenti, di modo che resta ininfluente l'entità del danno patrimoniale arrecato all'amministrazione e neppure si richiede la verifica del pregiudizio causato alla funzione o al servizio pubblico.

Al contrario, l'entità del danno patrimoniale e/o la compromissione della funzione o del servizio pubblico tornano ad assumere rilevanza quando si versi in ipotesi di peculato d'uso, la cui condotta presenta una caratterizzazione, sul piano dell'offensività decisamente più sfumata, giacché il bene viene solo momentaneamente distolto dalla sua destinazione pubblicistica, per essere impiegato a fini personali.

La pronuncia, che giunge a ritenere configurabile l'ipotesi del comma 1 anche in presenza dell'appropriazione di un minimo quantitativo di carburante, rievoca, nella sostanza, la posizione cristallizzata da Sez. U., n. 19054 del 20/12/2012, Vattani, Rv. 255296, pronuncia particolarmente pregnante per la qualificazione giuridica delle condotte dei pubblici funzionari che utilizzano, a fini personali, beni strumentali della pubblica amministrazione.

Intervenute a dirimere il contrasto di giurisprudenza sull' inquadramento dell'uso improprio del telefono d'ufficio da parte del pubblico agente - avvenuto al di fuori dei casi d'urgenza ed in mancanza delle autorizzazioni che avrebbero potuto consentirlo – le Sezioni Unite sancirono che è solo il prodursi di un apprezzabile danno al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi o, in alternativa, di una concreta lesione alla funzionalità dell'ufficio, che permette di sussumere la condotta in questione nel delitto di peculato d'uso; ciò perché, in un'ottica di valorizzazione dell'offensività in concreto – ossia di selezione dell'area di rilevanza penale delle condotte, ispirata al sistema valoriale della Costituzione – assumono rilievo i soli fatti di uso improprio temporaneo che siano produttivi di conseguenze economicamente e funzionalmente significative.

2.1. Ancora su peculato e peculato d'uso. L'uso improprio dell'autovettura di servizio: i diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

E' tuttora controversa nella giurisprudenza della Corte la qualificazione giuridica dell'uso indebito da parte del pubblico agente dell'autovettura di servizio.

Si evidenziano al riguardo due differenti opzioni interpretative.

Aderisce, nella sostanza, alla distinzione di cui a Sez. U., n. 19054 del 20/12/2012, Vattani, Rv. 255296 (già richiamata sopra), incentrata sul parametro dell'offensività, **Sez. 5, n. 37186 del 01/07/2019, Ciancarella, Rv. 277004,** la quale, posta la premessa che l'uso occasionale ed episodico del veicolo è inquadrabile nel

più lieve delitto del peculato d'uso, ha concluso che, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, la condotta - consistita nell'accompagnamento di un amico da parte di un appartenente alla polizia di Stato, avvenuto con l'autovettura di servizio, per un tempo brevissimo e senza deviazioni dal percorso prestabilito per la sorveglianza di obiettivi sensibili - non potesse essere ritenuta integrativa del reato, non comportando alcuna compromissione della funzionalità dell'azione amministrativa, né alcun danno patrimoniale apprezzabile.

Nel delineare il perimetro applicativo tra le fattispecie in comparazione, ulteriori decisioni puntano invece il fuoco sul profilo della durata della condotta, valorizzando il dato letterale.

In tal senso **Sez. 6, n. 26330 del 21/05/2019, Pisacane, Rv. 276218,** ha affermato che appare necessario riconoscere al peculato d'uso un'applicazione specifica e ristretta alle ipotesi di uso che sia effettivamente "momentaneo" della cosa, mentre vanno riferite al paradigma normativo del peculato, nella ipotesi-base di cui al comma primo dell'art. 314 cod. pen., condotte di utilizzo di un bene mobile per un consistente periodo di tempo e per finalità extra-istituzionali, che si svolgano al di fuori di ogni controllo sulla sua destinazione pubblicistica.

Sicché, nella specifica vicenda all'attenzione della Corte, l'uso reiterato nel tempo, per fini privati, dell'autovettura di servizio - nella specie ascritto ad un sindaco, che se ne era avvalso per attendere ai concomitanti impegni di parlamentare nonché, in un'occasione, per raggiungere l'aeroporto durante il viaggio di nozze – è stato qualificato in termini di peculato.

Con riferimento al profilo, più squisitamente processuale, della ripartizione dell'onere probatorio, la Corte ha richiamato, nella medesima decisione, spunti ricostruttivi espressi dalla giurisprudenza precedente ed affermato che la condotta di uso a fini privati del veicolo di servizio è vietata in modo assoluto e che l'esclusiva destinazione del bene ad uso pubblico va presunta, in assenza di provvedimenti che consentano deroghe – le quali devono tuttavia essere puntuali e documentate - rispetto a tale impiego.

E' espressione del medesimo indirizzo Sez. 6, n. 39832 del 10/07/2019, Zappulla, Rv. 277066, che ha ritenuto integrativa del delitto di peculato la condotta di un dirigente scolastico il quale aveva fatto un uso continuativo e sistematico dell'autovettura di servizio per finalità attinenti alla vita privata. Con articolata motivazione, la sentenza ribadisce che la condotta di appropriazione identifica quella di chi eserciti sul bene di pertinenza pubblica un potere "uti dominus" non corrispondente al titolo per il quale la cosa è nel suo possesso o nella sua disponibilità, nel che in definitiva si realizza il duplice momento della "espropriazione", intesa quale negazione dell'altrui diritto sul bene, e della "impropriazione", intesa quale instaurazione di una relazione con esso dell'agente.

Ricalcando il percorso logico argomentativo di Sez. U. Vattani, la decisione in commento evidenzia altresì, in punto di distinzione tra i reati a confronto: a) che l'espunzione dal testo dell'art. 314, comma primo, cod. pen., della condotta distrattiva, ad opera della novella di cui alla legge n. 86 del 1990, non ha determinato puramente e semplicemente il transito di tutte le condotte di distrazione poste in essere dal pubblico agente nell'area di rilevanza penale dell'abuso di ufficio ex art. 323 cod. pen., dovendosi apprezzare la specificità della singola fattispecie; b) che quel che rileva, ai fini della configurabilità del peculato, è la sottrazione di risorse dalla destinazione pubblica ed il loro impiego per il soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, mentre la norma incriminatrice del peculato d'uso, connotata dall'elemento intenzionale dell'uso momentaneo, in funzione specializzante, della res, descrive una condotta intrinsecamente diversa da quella del primo comma, giacchè detto uso, seguito dalla restituzione – la quale, programmata ab initio, deve seguire alla cessazione dell'uso momentaneo senza sostanziali discontinuità - non determina la definitiva soppressione della sua destinazione originaria.

Le pronunce sin qui richiamate si inscrivono, a ben vedere, nel medesimo indirizzo ermeneutico di cui a Sez. 6, n. 13038 del 10/03/2016, Bertin, Rv. 266191, Sez. 6, n. 53974 del 15/11/2016, Freda e altri, Rv. 268588, nonché Sez. 3, n. 57517 del 27/09/2018, Romano, Rv. 274679, tutte fautrici della configurabilità, in simili condotte, del peculato e relative, rispettivamente: 1) ad un caso in cui l'agente si era appropriato dell'autovettura di servizio e ne aveva fatto un utilizzo quotidiano, continuativo e sistematico, nonché protratto per un considerevole lasso temporale, per finalità private e, comunque estranee a quelle proprie dell'ufficio ricoperto; 2) all'uso di un veicolo di proprietà pubblica gestito dall'assegnatario con criteri personalistici, per finalità del tutto extra-istituzionali, per un periodo prolungato e al di fuori di ogni controllo, al punto che non appariva possibile stabilire se e in qual misura esso rimanesse destinato al soddisfacimento di finalità pubbliche; 3) ad un caso in cui l'utilizzo dell'autovettura di servizio, sebbene limitato alla percorrenza di tragitti di pochi chilometri, aveva avuto una rilevantissima reiterazione, tale da cagionare all'ente pubblico un notevole danno economico, in carenza di qualsivoglia provvedimento amministrativo che legittimasse l'impiego privato del mezzo.

Su un diverso versante si pone, invece, Sez. 6, n. 39102, 26/04/2019 Varrassi, Rv. 276836, per la quale, tenuto conto sia del dato legislativo, che del profilo dell'offensività della condotta, l'utilizzo temporaneo del veicolo di servizio da parte del pubblico agente per il trasferimento non autorizzato dall'abitazione all'ufficio, cui faccia seguito l'immediata restituzione della stessa, integra piuttosto il delitto di peculato d'uso.

Tanto la decisione ha ritenuto sul rilievo che il sintagma "uso momentaneo" non equivalga ad "uso istantaneo", bensì solo temporalmente limitato, così da comportare una sottrazione della cosa alla sua destinazione istituzionale, che tuttavia non compromette in misura considerevole la funzionalità della pubblica amministrazione. Su questo sostrato argomentativo si è affermato che la reiterazione nel tempo della condotta illecita permette di ravvisare, semmai, una pluralità di reati di peculato d'uso, ex art. 314, comma secondo, cod. pen., suscettibili di essere unificati nel vincolo della continuazione, ma non integra un'effettiva interversione del possesso tale da implicare il mutamento della qualificazione giuridica del fatto in peculato ex art. 314, comma primo, cod. pen.

Sotto altro profilo, la stessa decisione ha puntualizzato che il consumo del carburante e dell'olio, come pure l'usura del veicolo, non rilevano autonomamente ai fini della qualificazione giuridica, bensì concorrono a determinare l'entità del danno patrimoniale cagionato dal reato all'ente proprietario del veicolo, siccome determinativi dell'illegittimo trasferimento a carico dell'ente stesso della spesa da sostenersi per l'impiego scorretto dei beni in dotazione.

La decisione dà continuità a quanto affermato dalla più risalente Sez. 3, n. 26616 dell'08/05/2013, M., Rv. 255619, per la quale il carattere momentaneo della sottrazione non viene meno, e non è soprattutto significativo di interversione del titolo del possesso, neanche in ipotesi di reiterazione degli indebiti utilizzi.

Sulla stessa linea ricostruttiva si attestano inoltre Sez. 6, n. 14040 del 29/01/2015, Soardi, Rv. 262974, la quale, condiviso l'auspicio, espresso da più parti, di una lettura costituzionalmente orientata della previsione incriminatrice, aveva ribadito come l'abuso del possesso non possa essere assimilato alla sua stabile interversione in dominio e che la ratio storica dell'introduzione della fattispecie in esame era stata in effetti proprio quella di reprimere anche in ambito penale, oltre che disciplinare, il diffuso ed ingravescente fenomeno dell'utilizzo improprio dei beni della pubblica amministrazione (in termini rispetto a quanto affermato da Sez. 6, n. 39770 del 27/05/2014, P.C. in proc. Giordano, Rv. 260458); ed ancora Sez. 6, n. 5206 del 15/12/2017, S. e altro, Rv. 272178, la quale aveva ritenuto configurabile il delitto di peculato d'uso con riferimento alla condotta dell'appartenente ad una forza di polizia che aveva utilizzato l'auto di servizio per incontrarsi con una prostituta.

In sintesi, per i fautori di tale orientamento, la reiterazione nel tempo dell'uso non refluisce in mutamento della qualificazione giuridica, quando ciascun segmento di azione sia temporalmente limitato, essendo invece possibile l'unificazione dei più reati di peculato d'uso nel vincolo della continuazione, qualora siano espressivi di un disegno finalistico unitario.

3. Le condotte di peculato commesse da privati per mancato riversamento di somme allo Stato o ad enti pubblici.

Non poche decisioni hanno poi affrontato la questione del peculato commesso da privati per mancato riversamento di danaro di pertinenza dello Stato o di enti pubblici all'avente diritto.

Si tratta di pronunce che hanno puntualizzato a quali condizioni il privato che percepisca tali importi assuma la veste di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio e quale sia il momento consumativo della condotta.

Sez. 6, n. 27707 del 26/03/2019, Norsa, Rv. 276220, ha ravvisato la qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al privato gestore di una struttura ricettiva residenziale, in relazione all'attività di riscossione dai clienti delle somme dovute al comune a titolo di imposta di soggiorno. Nel tessuto motivazionale della decisione, la Corte ha spiegato che la responsabilità del versamento che è attribuita a tale soggetto ne assimila la posizione a quella di un agente contabile esercente attività ausiliaria nei confronti dell'ente impositore, in quanto in tutto strumentale all'esecuzione nel concreto dell'obbligazione tributaria; e poiché le somme percepite entrano nella disponibilità dell'amministrazione già al momento dell'incasso, costituisce condotta appropriativa ogni imputazione di dette somme alla copertura di voci di altra natura, che esulino dalla suindicata finalità pubblicistica (in tal senso, si veda anche Cass. Sez. 6, n.32058 del 17/5/2018, Locane Pantaleone, Rv. 273446).

Parimenti, Sez. 2, n. 32033 del 21/03/2019, Bern, in corso di massimazione, ha ritenuto che rivesta la qualifica di pubblico ufficiale il commissario liquidatore di una società cooperativa in fallimento, ma limitatamente agli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni liquidatorie, nulla ostando a che detta qualifica coesista con quella, eminentemente privatistica, di componente del consiglio di amministrazione della società; sicchè gli atti dispositivi di somme di denaro posti in essere dal commissario liquidatore a proprio profitto, quando si trovi ad operare nella diversa veste di vice presedente del consiglio di amministrazione della medesima società, ben possono integrare, nel concorso degli ulteriori presupposti, la fattispecie di appropriazione indebita ex art. 646 cod. pen. e non invece quella di peculato.

Dunque, tra i due ruoli, dunque, l'uno pubblicistico, l'altro privatistico, pur se eterogenei, non sussiste relazione di incompatibilità, né di reciproca esclusione.

Nell'ambito di questa categoria di pronunce, Sez. 6, n. 31920 del 06/06/2019, Orsi, Rv. 276805, affronta la questione del momento consumativo del peculato realizzato in forma di omesso versamento, da parte dal concessionario del servizio di ricevitoria del lotto, delle giocate riscosse per conto dell'Azienda Autonoma Monopoli di Stato. Illustrate le normative speciali che disciplinano le cadenze temporali della riscossione, prevedendo sanzioni sia penali che amministrative nel

caso di pagamento tardivo, la Corte ritiene che il reato di peculato, in forma omissiva, si consumi allo spirare del termine indicato nella intimazione che l'amministrazione è tenuta ad inviare al gestore del servizio in regime di concessione per sollecitare il deposito degli introiti, perché in tal momento può dirsi certificata l'interversione del titolo del possesso del danaro.

Da quanto precede scaturisce, ad avviso della Corte, che il peculato è in rapporto di progressione criminosa con il reato ex art.8 della legge 19 aprile 1990, n. 85, avente ad oggetto il versamento tardivo (id est eseguito oltre il termine del giovedì della settimana successiva a quella della raccolta delle giocate), che è correlato ad una situazione iniziale ed ancora equivoca quanto alla destinazione degli importi, di tal che detto reato, meno grave, resta assorbito in quello di peculato.

Sez. 6, n. 24878 del 06/03/2019, Gueli, in corso di massimazione, ha riconosciuto la qualifica di pubblico agente anche in capo al presentatore dei titoli cambiari che sia stato delegato dal notaio, o nominato su richiesta di questi dal presidente del tribunale, per elevare il protesto dei titoli rimasti insoluti alla scadenza.

Nella vicenda al vaglio, in particolare, l'imputato aveva omesso di riversare sui conti intestati al notaio, entro il termine di scadenza stabilito, le somme di denaro che gli erano state corrisposte dai debitori in pagamento degli effetti cartolari.

La decisione fonda sull'assunto che a tale attività debba riconoscersi natura pubblicistica, agendo il presentatore nella qualità di longa manus del notaio, ovvero come rappresentante dello stesso nei rapporti con i debitori protestabili. In realtà – osserva al Corte - l'intera sequenza procedurale dell'attività che culmina nel protesto, ovvero nel pagamento ritardato da parte del debitore del titolo rimasto insoluto alla scadenza, come pure tutte le fasi successive, sebbene costituite da atti la cui intrinseca valenza è di interesse privato, sono caratterizzate dalla pubblicità, intesa come tutela della fede pubblica nelle transazioni commerciali, e ciò allo scopo di tutelare la posizione di chiunque abbia rapporti economici con il debitore protestato o accettante il titolo pagato dopo la scadenza; di tal che, è stato valutato non risolutivo l'argomento dedotto dalle difese secondo cui, una volta eseguita la presentazione dei titoli e redatto l'atto di protesto a cura del notaio, che va sottoscritto anche dal presentatore, questi esaurirebbe le attività che — alla stregua della legge 12 giugno 1973, n. 349, regolativa della materia - lo vedono equiparato ad un pubblico ufficiale.

Sotto il diverso profilo del momento perfezionativo della fattispecie criminosa, la Corte ha spiegato che, in caso di riscossione di denaro per conto della pubblica amministrazione, il denaro diviene immediatamente di proprietà pubblica, sicchè l'agente non è autorizzato a confonderlo con il proprio patrimonio, sia pure con l'intento di assumere l'obbligazione di erogare all'amministrazione l'equivalente, e neppure a scambiarlo con titoli di credito di sua pertinenza, perché simili

comportamenti avrebbero valenza appropriativa, almeno nell'ipotesi in cui il lasso temporale trascorso tra la riscossione ed il versamento ecceda quello ragionevolmente necessario in relazione alla complessità delle operazioni da compiere.

4. Peculato e qualifica di incaricato di pubblico servizio.

Merita segnalare, perché tratteggiano nel dettaglio la qualifica dell'incaricato di pubblico servizio, quale soggetto attivo del delitto di peculato, due arresti giurisprudenziali intervenuti nell'anno appena passato.

In ordine cronologico, il primo - **Sez. 6, n. 39434 del 26/03/2019, Paventi,** - ha ricostruito i caratteri della qualifica di incaricato di pubblico servizio ex art. 357 cod. pen., spiegando come essa presupponga lo svolgimento di un'attività di natura intellettiva, disciplinata da norme di diritto pubblico, che si situi ad un livello intermedio tra la pubblica funzione – rispetto alla quale è in rapporto di complementarietà/accessorietà, ma di cui non condivide i poteri autoritativi e certificativi - e le prestazioni d'opera meramente materiale.

In accoglimento della teoria oggettivo-funzionalistica, alla quale la Corte mostra di aderire, rimangono dunque irrilevanti a tali fini tanto la natura dell'ente, quanto la tipologia del rapporto di impiego con esso; sicchè, poste tali premesse, è stato disposto l'annullamento con rinvio della condanna pronunciata nei confronti di un conducente di automezzi pesanti di proprietà dell'ente-Provincia, in relazione agli indebiti prelievi di carburante effettuati con le schede in dotazione, essendosi valutato insufficiente l'accertamento operato nel giudizio di merito sull'attività svolta dal soggetto, ed irrilevante a fini qualificatori la sola natura pubblica dell'ente-Provincia, alle cui dipendenze egli operava.

Alcune importanti puntualizzazioni in relazione alla qualifica soggettiva del soggetto attivo della condotta sono state svolte, in seguito, da **Sez. 6, n. 42952 del 17/09/2019, Morriale, Rv. 277209**, con riferimento alla figura del legale rappresentante di una società in house, gerente servizi aeroportuali in regime di concessione dall'E.N.A.C.

Nella specifica vicenda processuale erano stati utilizzati dall'imputato fondi di pertinenza della società, in conformità alle previsioni di statuto, al fine di ottemperare al pagamento di sanzioni per contravvenzioni al codice della strada elevate nei suoi confronti, ma non era stata adempiuta la conseguente obbligazione di rimborso (la norma statutaria contemplava al riguardo l'obbligo della rivalsa, che non era stata attivata e che avrebbe dovuto comportare la detrazione di un importo equivalente dalle retribuzioni mensili corrisposte al contravventore).

Nella decisione la Corte, muovendo dall'identico presupposto della decisione che precede, per cui costituisce pubblico servizio ex art. 357 cod. pen. un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico, seppure non connotata dai poteri tipici della pubblica funzione, ha ritenuto che la condotta al vaglio non fosse inquadrabile nel delitto in oggetto, non già perché una società per azioni non possa astrattamente svolgere un servizio pubblico, ma perché non poteva ravvisarsi in concreto una condotta di natura appropriativa.

Osta, in particolare, alla configurabilità del peculato, nel caso esaminato dalla Corte, la circostanza che la condotta appropriativa presuppone, se non il possesso, quantomeno la disponibilità giuridica del danaro o del bene mobile, ossia il potere giuridico in capo all'agente di adottare un atto dispositivo di quel bene, avvalendosi della posizione gerarchica o funzionale rivestita all'interno dell'apparato amministrativo in cui egli è inserito, laddove, nella vicenda processuale, si era piuttosto realizzato un mero inadempimento rispetto al debito assunto nei confronti della società, non avendo il legale rappresentante della società mai avuto la disponibilità, come innanzi intesa, del danaro che aveva utilizzato per onorare la sanzione amministrativa.

5. Spese dei pubblici amministratori e rendicontazione contabile.

Vanno anche ricordate, in questa sede, alcune pronunce inerenti al filone delle cd. "spese pazze", ossia delle spese operate da pubblici amministratori, non corredate da adeguata rendicontazione contabile, pure astrattamente riconducibili allo schema giuridico del peculato.

Tra queste **Sez. 6, n. 21166 del 09/04/2019, Marino, Rv. 276067,** ha annullato senza rinvio la condanna per peculato, in tesi consistito nell'indebito utilizzo da parte di un sindaco della carta di credito, che gli era stata assegnata in dotazione dall'amministrazione comunale per acquistare servizi di ristorazione, e che sarebbe stata invece utilizzata a fini privati, con appropriazione delle dotazioni finanziarie del relativo capitolo di spesa.

La sentenza si sviluppa secondo una duplice direttrice.

Da un lato, punto focale del *decisum* è la ripartizione degli oneri dimostrativi, quanto all'appropriazione del denaro pubblico ed alla sua destinazione a finalità privatistiche, quali elementi costitutivi oggettivi della condotta.

Ad avviso del Collegio decidente, la relativa prova non può che fare carico all'accusa, secondo lo statuto costituzionale del processo penale fondato sulla presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), la quale non configura solo un dovere, con valenza meramente deontologica, in capo all'organo inquirente,

ma concretizza un insuperabile criterio processuale di valutazione della prova penale e, pertanto, un canone di legittimità del giudizio stesso.

Sulla base di tali postulati, la Corte ha dunque affermato che la dimostrazione della destinazione a fini privati non può essere desunta dalla genericità delle indicazioni o dalla mera inadeguatezza ed incompletezza dei giustificativi contabili (che potrebbero al più radicare una responsabilità di natura amministrativo/contabile del pubblico ufficiale) e che, se è vero che l'interversione del possesso del denaro può desumersi in via inferenziale, è anche vero che l'eventuale prova logica deve fondare su "situazioni altamente significative".

A titolo esemplificativo, possono dunque venire in rilievo l'assoluta carenza di atti che permettano di collegare l'impiego del denaro alle funzioni istituzionali dell'ente, ovvero la sistematica elusione di specifiche regole disciplinanti le modalità di adempimento dell'obbligo di rendicontazione, ma tali situazioni sono state entrambe escluse nella vicenda processuale all'esame della Corte.

Sotto altro profilo, comunque correlato al precedente, la pronuncia accoglie un'ampia latitudine del concetto di "legittime spese di rappresentanza", alla stregua del quale valutare la condotta del pubblico agente. Secondo quanto già precisato dalla pregressa giurisprudenza di legittimità (si veda, da ultimo, Sez. 6, n. 36827 del 04/07/2018, M., Rv. 274023), tali devono ritenersi le erogazioni correlate alla realizzazione di un fine istituzionale dell'ente, per essere strumentali a soddisfare la funzione rappresentativa esterna dell'ente stesso, ma anche quelle dirette ad accrescere il prestigio della sua immagine e la diffusione delle relative attività istituzionali.

Al medesimo orientamento si ascrive **Sez. 6, n. 38245 del 03/07/2019, De Luca, Rv. 276712**, in relazione ad una vicenda di omessa rendicontazione del cd "contributo unificato" pervenuto nella disponibilità del ricorrente, in qualità di presidente di un gruppo della Assemblea regionale sicula, contributo non restituito al termine della legislatura senza che egli avesse fornito alcun documento fiscale, contabile o extracontabile, giustificativo del relativo impiego in conformità alle previsioni normative che ne disciplinano l'utilizzo (v. legge 7 dicembre 2012, n. 213).

Come già argomentato da Sez. 6, n. 35683 del 01/06/2017, Adamo e altri, Rv. 270549, con riferimento a vicenda analoga, la mancata giustificazione causale delle spese sostenute da parte del deputato regionale, in assenza di elementi di segno contrario, il cui onere dimostrativo non può che gravare sulla pubblica accusa, non può costituire prova di improprio utilizzo delle somme erogate, per scopi estranei alle finalità istituzionali del gruppo di appartenenza e riconducibili ad interessi od esigenze di carattere personale del parlamentare; *id est*, la prova di un simile contegno omissivo non può ritenersi sostitutiva della prova dell'appropriazione e non permette, *ex se,* di ritenere integrata l'offensività della condotta, la quale deve

manifestarsi quantomeno in termini di alterazione del principio di buon andamento cui deve informarsi l'azione amministrativa.

Anche in tal caso la Corte ha dunque ritenuto che la mancata giustificazione delle spese sia suscettiva di determinare una responsabilità di natura contabile, ma non anche penale.

Va poi osservato che sul tema dei contributi elargiti ai gruppi consiliari regionali, al fine di assicurare l'esercizio della funzione legislativa e, più specificamente, l'esplicazione del mandato in collegamento con la base elettorale, la Corte si pone in discontinuità con Sez. 6, n. 23066 del 14/05/2009, Provenzano, Rv. 244061.

La vicenda aveva riguardato indebiti prelievi effettuati dal presidente della Regione Sicilia su fondi riservati, accreditati in un capitolo *ad hoc* del bilancio regionale.

Nel contesto, la Corte aveva teorizzato un generale obbligo di giustificazione causale della spesa effettuata con danaro pubblico che, secondo i principi costituzionalmente asseverati in materia di contabilità, deve corrispondere alle finalità correlate alle specifiche attribuzioni e competenze istituzionali, positivamente disciplinate, del soggetto che ne dispone.

Un simile obbligo, in particolare, configurerebbe condizione imprescindibile di liceità della spesa stessa, di tal che l'utilizzo di danaro pubblico accreditato su un capitolo di bilancio, ancorchè intestato a "spese riservate" – connotate da un basso coefficiente di specificità - integra *ex se* il delitto di peculato, quando non sia offerta una giustificazione coeva e puntuale, in relazione alle norme generali della contabilità pubblica ovvero a quelle derogative contenute nella normativa di previsione della spesa, in definitiva risolvendosi nell'utilizzo di quelle risorse *uti princeps*.

Ciò perché il concetto di "spesa riservata" non si identifica con quello di spesa insindacabile o ignota nel suo contenuto. Il connotato della riservatezza implica piuttosto l'esenzione dall'obbligo di rendicontazione secondo le ordinarie modalità, esenzione la quale è però bilanciata, in ossequio ai principi costituzionali, dalla previsione di un potere di controllo *ab externo* sul soggetto che spende, secondo moduli operativi compatibili con la riservatezza stessa (mentre quel che resta eventualmente insindacabile, una volta ritenuta la coerenza della spesa con le finalità per cui è riconosciuta, è la singola scelta, che è rimessa, questa sì, alla discrezionalità dell'agente).

Muovendo dagli svolti rilievi, la Corte aveva infine respinto la prospettazione difensiva per la quale la condotta avrebbe dovuto essere riqualificata piuttosto in termini di abuso di ufficio, evidenziando come tale ultima fattispecie incriminatrice sia configurabile nel solo in caso in cui la spesa avvenga per finalità diverse da quelle specificamente previste, ma che siano comunque riconducibili alle attribuzioni

proprie del ruolo istituzionale svolto dal pubblico agente, postulando il delitto di cui all'art. 323 cod. pen., il cui evento è costituito dall'ingiusto vantaggio patrimoniale (eventualmente ottenuto mediante l'appropriazione di un bene rientrante nella sfera pubblica), che la destinazione impressa a quel bene, pur viziata, mantenga natura pubblicistica e non favorisca interessi estranei alla pubblica amministrazione, così traducendosi in una distrazione a profitto proprio.

Analoga linea ricostruttiva aveva seguito Sez. 6, n. 53331 del 19/09/2017, Piredda, Rv. 271654, che aveva ritenuto integrata la fattispecie di peculato con riferimento ai finanziamenti erogati in favore dei consiglieri della Regione Liguria, quanto alle spese prive di pezze giustificative, o rispetto alle quali fossero prodotti scontrini o fatture recanti indicazioni talmente generiche od equivoche, da impedire la verifica della loro riconducibilità all'attività istituzionale.

In quella vicenda, tuttavia, un ruolo decisivo aveva avuto la peculiarità della normativa di riferimento, costituita dall'art. 4, comma 3, della legge regionale n. 38 del 19 dicembre 1990 – applicabile *ratione temporis* –, la quale contiene un'enunciazione specifica delle categorie di spesa che legittimamente avrebbero potuto essere coperte dal contributo.

Il meccanismo sequenziale delineato da tale disciplina, imperniato sull'elargizione in regime di anticipazione dei fondi, nonché sulla successiva presentazione dei titoli giustificativi, poneva difatti espressamente a carico di ciascun componente del gruppo consiliare l'obbligo di fornire un'idonea giustificazione all'incameramento delle risorse percepite e non restituite a fine anno, così determinandosi l'inversione dell'onere della prova sul punto.

Nell'occasione la Corte aveva dunque affermato che documenti di riscontro costituiti da scontrini di acquisto, titoli di viaggio o ricevute di consumazioni presso bar e ristoranti, se privi di menzione dell'identità degli ospiti o delle occasioni di spesa, valgono ad attestare l'effettuazione della spesa stessa, ma nulla hanno a che vedere con la sua giustificazione.

Conclusivamente, nel destinare le risorse economiche erogate per il funzionamento del gruppo consiliare — perciò assoggettate ad uno specifico vincolo di destinazione - ad una finalità diversa, estranea rispetto a quella istituzionale, gli imputati si erano comportati *uti dominus,* realizzandosi per tale via l'interversione del possesso, che sostanzia il momento appropriativo del peculato.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 23066 del 14/05/2009, Provenzano, Rv. 244061
Sez. U, n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, Rv. 244190
Sez. U, n. 19054 del 20/12/2012, Vattani, Rv. 255296
Sez. 3, n. 26616 dell'08/05/2013, M., Rv. 255619
Sez. 6, n. 39770 del 27/05/2014, Giordano, Rv. 260458
Sez. 6, n. 14040 del 29/01/2015, Soardi, Rv. 262974
Sez. 6, n. 13038 del 10/03/2016, Bertin, Rv. 266191
Sez. 6, n. 53974 del 15/11/2016, Freda e altri, Rv. 268588
Sez. 6, n. 35683 del 01/06/2017, Adamo e altri, Rv. 270549
Sez. 6, n. 53331 del 19/09/2017, Piredda, Rv. 271654
Sez. 6, n. 5206 del 15/12/2017, S. e altro, Rv. 272178
Sez. 6, n. 32058 del 17/5/2018, Locane Pantaleone, Rv. 273446
Sez. 6, n. 36827 del 04/07/2018, M., Rv. 274023
Sez. 3, n. 57517 del 27/09/2018, Romano, Rv. 274679
Sez. 6, n. 24878 del 06/03/2019, Gueli,
Sez. 2, n. 32033 del 21/03/2019, Berni,
Sez. 6, n. 27707 del 26/03/2019, Norsa, Rv. 276220
Sez. 6, n. 39434 del 26/03/2019, Paventi,
Sez. 6, n. 21166 del 09/04/2019, Marino, Rv. 276067
Sez. 6, n. 23824 del 26/04/2019, Bifolco, Rv. 276070
Sez. 6, n. 39102 del 26/04/2019 Varrassi, Rv. 276836
Sez. 6, n. 26330 del 21/05/2019, Pisacane Rv. 276218
Sez. 6, n. 31920 del 06/06/2019, Orsi, Rv. 276805
Sez. 5, n. 37186 del 01/07/2019, Ciancarella, Rv. 277004
Sez. 6, n. 38245 del 03/07/2019, De Luca, Rv. 276712
Sez. 6, n. 39832 del 10/07/2019, Zappulla, Rv. 277066
Sez. 6, n. 42952 del 17/09/2019, Morriale, Rv. 277209

SEZIONE V

DELITTI CONTRO LA FEDE PUBBLICA

CAPITOLO I

OMESSA CONTESTAZIONE DELLA NATURA FIDEFACENTE DELL'ATTO E NON CONFIGURABILITA' DELLA FATTISPECIE AGGRAVATA DI FALSO IN ATTO PUBBLICO

(PAOLA PROTO PISANI)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il contrasto risolto dalle Sezioni unite. 3. La discussa sussistenza del contrasto. 4. La sentenza delle Sezioni unite Sorge.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite con la sentenza "Sorge" (**Sez. U, n. 24906 del 18/04/2019, Sorge, Rv. 275436),** risolvendo il contrasto sul punto, hanno affermato il principio di diritto così massimato "In tema di reato di falso in atto pubblico, non può ritenersi legittimamente contestata, sì che non può essere ritenuta in sentenza dal giudice, la fattispecie aggravata di cui all'art. 476, comma secondo, cod. pen., qualora nel capo d'imputazione non sia esposta la natura fidefacente dell'atto, o direttamente, o mediante l'impiego di formule equivalenti, ovvero attraverso l'indicazione della relativa norma".

La questione controversa rimessa alle Sezioni Unite attiene alla sussistenza o meno del potere del giudice di ritenere in sentenza la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 476, secondo comma, cod. pen. nel caso in cui l'imputazione non contenga né il richiamo a tale disposizione né l'indicazione della natura fidefaciente dell'atto la cui falsità è ascritta all'imputato.

La questione, per come sollevata nell'ordinanza di rimessione e affrontata in alcune delle sentenze riconducibili ai due diversi orientamenti, e per come impostata dalle Sezioni unite, attiene alla necessità o meno, ai fini della valida contestazione in fatto dell'aggravante prevista dall'art. 476, comma secondo, cod. pen., dell'indicazione, nell'imputazione, della natura fidefaciente dell'atto.

Sotto tale profilo viene in questione il principio di correlazione tra accusa e sentenza, applicato alle circostanze aggravanti, la cui violazione è sanzionata dall'art. 522, comma 2, cod. proc. pen, prevedendo la nullità della sentenza della sentenza di condanna soltanto nella parte relativa alla circostanza aggravante non ritualmente contestata, neppure in fatto.

La questione, tuttavia, per come affrontata in altre pronunce, sembra coinvolgere anche il problema del potere del giudice di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella contestata nell'imputazione, attenendo al riconoscimento, da parte del giudice, della sussistenza di una circostanza che viene configurata, dalla norma che la prevede, con riferimento alla qualificazione giuridica dell'atto che l'imputazione assume falso, e non sulla base di elementi meramente fattuali.

Il potere del giudice di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella contestata nell'imputazione, espressamente previsto dall'art. 521 cod. proc. pen., a condizione che, in ossequio al principio di correlazione tra accusa e sentenza, il fatto rimanga lo stesso, è stato oggetto di una profonda rimeditazione nella giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni a seguito dell'interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo dell'art. 6, par. 3, CEDU, e dell'affermazione del principio secondo cui la garanzia del contraddittorio (assicurata dagli artt. da 516 a 522 cod. proc. pen. riguardo al fatto) si estende alla qualificazione giuridica del fatto. La garanzia del contraddittorio in ordine alla qualificazione giuridica del fatto, al pari della garanzia del contraddittorio sul fatto, è stata letta, tanto dalla Corte di Strasburgo quanto dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, in correlazione con il diritto di difesa dell'imputato, escludendone la violazione nei casi in cui la diversa qualificazione giuridica sia stata operata dal giudice allorquando il diritto di difesa sia stato concretamente esercitato o fosse esercitabile perché la diversa qualificazione giuridica era prevedibile.

Dall'analisi delle sentenze riconducibili ai due orientamenti che l'ordinanza di rimessione definisce "opposti" emerge che gli stessi sono accomunati dalla concreta applicazione dei principi elaborati dalla Corte di Strasburgo, per come recepiti dalla Corte di cassazione, in ordine alla garanzia del contraddittorio relativamente alla qualificazione giuridica del fatto.

2. Il contrasto risolto dalle Sezioni Unite.

Secondo un primo orientamento della Corte, il giudice può ritenere in sentenza la sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 476, secondo comma, cod. pen., non contestata nell'imputazione né con l'indicazione della disposizione di legge che la prevede né con un'enunciazione che faccia esplicito riferimento alla natura fidefaciente dell'atto assunto come falso, essendo sufficiente, ai fini della valida contestazione di tale circostanza e del rispetto del principio di correlazione tra accusa e sentenza, l'indicazione dell'elemento di fatto integrante l'aggravante, cioè del tipo di atto, il quale sia riconducibile a quelli dotati di fede privilegiata (Sez. 5, n. 33843 del 04/04/2018, Scopelliti, Rv. 273624; Sez. 5, n. 23609 del 04/04/2018,

Musso, Rv. 273473; Sez. 5, n. 55804 del 20/09/2017, Vitagliano , Rv. 271838; Sez. 5, n. 2712 del 14/09/2016 - dep. 2017 -, Seddone, Rv. 268864; Sez. 5, n. 38931 del 02/04/2015, Maida, Rv. 265501; Sez. 1, n. 24870 del 12/03/2015, Morichelli, non mass; Sez. 5, n. 38588 del 16/09/2008, Fornaro, Rv. 242027)

Tale orientamento trae origine dall'applicazione (Sez. 5, n. 38588 del 16/09/2008, Fornaro, Rv. 242027), al caso della circostanza di cui all'art. 476, secondo comma, cod. pen., del principio di diritto già in precedenza affermato (Sez. 2, n. 47863 del 28/10/2003, Ruggio, Rv. 227076, con riferimento all'aggravante di cui all'art. 61, n. 11, cod. pen.) e costantemente ribadito (Sez. 1, n. 51260 del 08/02/2017, Archinito, Rv. 271261, con riferimento alla circostanza aggravante della premeditazione; Sez. 6, n. 4461 del 15/12/2016 - dep. 2017 - , Quaranta, Rv. 269615, con riferimento all'aggravante ex art. 576, n. 2, cod. pen.; Sez. 2, n. 14651 del 10/01/2013, Chatbi, Rv. 255793, con riferimento all'aggravante dell'abuso di prestazione d'opera; Sez. 6, n. 40283 del 28/09/2012, Diaji, Rv. 253776, con riferimento all'aggravante dell'uso del mezzo fraudolento nel delitto di furto) dalla Corte, secondo cui «ai fini della contestazione di una circostanza aggravante non è indispensabile una formula specifica espressa con enunciazione letterale, né l'indicazione della disposizione di legge che la prevede, essendo sufficiente che, conformemente al principio di correlazione tra accusa e decisione, l'imputato sia posto nelle condizioni di espletare pienamente la difesa sugli elementi di fatto integranti l'aggravante».

Nell'ambito di tale orientamento è stato quindi affermato che «può essere ritenuta in sentenza dal giudice la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ex art. 476, comma secondo, cod. pen., qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso, pur non esplicitamente contestata nel capo di imputazione, sia stata indicata chiaramente "in fatto" ed emerga inequivocamente dalla tipologia dell'atto oggetto del falso» (così esplicitamente: Sez. 5, n. 2712 del 14/09/2016 - dep. 2017 -, Seddone, Rv. 268864 e Sez. 5, n. 55804 del 20/09/2017, Vitagliano, Rv. 271838, nelle quali la Corte ribadisce il principio di diritto formulato dalla massima redatta da questo Ufficio in relazione al principio affermato dalla citata sentenza Maida).

Nell'ambito del medesimo orientamento alcune pronunce richiamano l'articolo 6, § 3, lett. a), CEDU, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo, ritenendo che tale norma non imponga alcuna forma particolare dell'informazione da fornire all'imputato della natura e del motivo dell'accusa formulata nei suoi confronti, nonché la correlazione tra tale diritto all'informazione e il diritto di difesa dell'imputato, ritenuta dalla Corte europea nella sentenza Drassich e dalle Sezioni unite della Corte di cassazione che, nella sentenza Lucci (Sez. U, n. 31617 del

26/06/2015, Lucci, Rv. 264438), hanno evidenziato che non sussiste la violazione della CEDU (né del principio di correlazione tra accusa e sentenza) allorquando la prospettiva della nuova definizione giuridica fosse nota o comunque prevedibile per l'imputato, e la riqualificazione dell'addebito non abbia assunto le caratteristiche di atto a sorpresa (Sez. 5, n. 33843 del 04/04/2018, Scopelliti, Rv. 273624; Sez. 5, n. 55804 del 20/09/2017, Vitagliano, Rv. 271838; Sez. 5, n. 2712 del 14/09/2016 - dep. 2017 -, Seddone, Rv. 268864).

Altre pronunce sottolineano il ruolo fondamentale dell'assistenza tecnica garantita all'imputato nel nostro ordinamento, riconosciuta anche nella giurisprudenza comunitaria (Corte EDU, 14/04/2015, Contrada c. Italia), in considerazione della sua incidenza sulla prevedibilità dello sviluppo processuale, alla luce delle caratteristiche dell'atto indicato nella contestazione, nonché sulla concreta possibilità di difesa rispetto alla (prevedibile) più grave qualificazione giuridica del fatto ad opera del giudice (Sez. 5, n. 23609 del 04/04/2018, Musso, Rv. 273473; Sez. 5, n. 33843 del 04/04/2018, Scopelliti, Rv. 273624).

Secondo un diverso orientamento della Corte il giudice non può validamente ritenere in sentenza la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 476, secondo comma, cod. pen. se l'imputazione non richiama tale disposizione né contiene alcuna indicazione esplicita della natura fidefacente dell'atto che assume falso, né indica "in fatto" la natura fidefacente dell'atto con l'uso di «sinonimi o con il ricorso a formule verbali equivalenti». (Sez. 5, n. 30435 del 18/04/2018, Trombetta, Rv. 273807; Sez. 5, n. 24643 del 13/04/2018, Degli Angioli, Rv. 273339; Sez. 5, n. 8359 del 05/02/2016, Calì, non mass.; Sez. 3, n. 6809 del 08/10/2014 - dep. 2015-, Sauro, Rv. 262550; Sez. 5, n. 12213 del 13/02/2014, Amoroso, Rv. 260209).

Ciò in quanto, oltre a mancare l'indicazione dell'articolo di legge che prevede l'aggravante in questione, quest'ultima non è contestata «né esplicitamente né in fatto» nei "tempi canonici" all'imputato, con conseguente irrimediabile lesione del diritto di difesa, stanti i vincolanti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU, 25/03/1999, Pelissier e Sassi c. Francia; Corte EDU, 11/12/2007, Drassich c. Italia) in ordine al diritto dell'imputato di essere tempestivamente informato dettagliatamente, tanto dei fatti materiali posti a suo carico, quanto della qualificazione giuridica data a questi ultimi.

Nell'ambito di tale orientamento si segnala la sentenza Trombetta (Sez. 5, n. 30435 del 18/04/2018, Trombetta, Rv. 273807) per l'approfondimento del tema della contestazione in fatto dell'aggravante in questione.

In tale pronuncia la Corte ritiene, infatti, che il difforme indirizzo, ricollegando la contestazione in fatto della circostanza di cui al secondo comma dell'art. 476 cod. pen. alla mera riconducibilità del documento oggetto di *immutatio veri* nel novero di quelli facenti fede fino a querela di falso, pur in assenza di qualsiasi indicazione,

contenuta nell'imputazione, circa la natura stessa del documento, precluda all'imputato di espletare pienamente la difesa sugli elementi integranti l'aggravante.

Ed in proposito rileva che «il perimetro all'interno del quale può collocarsi una valida contestazione in fatto è definito anche dalla natura della stessa fattispecie circostanziale, nel senso che quando essa è delineata dalla norma sulla base di elementi fattuali, più ampia è l'area in cui può essere riconosciuta siffatta contestazione … Più circoscritto, invece, è il perimetro all'interno del quale può ritenersi valida la contestazione "in fatto" di una circostanza aggravante configurata dal legislatore con riferimento - non già ad elementi fattuali, ma - ad una determinata qualificazione giuridica, quale la natura del documento, come nell'aggravante di cui al secondo comma dell'art. 476 cod. pen. In ipotesi del genere, se deve ritenersi comunque non indispensabile la specifica indicazione della disposizione legislativa (*ex plurimis,* Sez. 2, n. 47863 del 28/10/2003, Ruggio, Rv. 227076), è comunque necessario l'uso di formule linguistiche chiaramente evocative della peculiare efficacia dell'atto (formule del tutto assenti nel caso in esame): formule linguistiche, queste, la cui mancanza impedisce all'imputato il pieno esercizio del diritto di difesa su elementi all'evidenza centrali dell'imputazione».

3. La discussa sussistenza del contrasto.

In alcune delle sentenze riconducibili all'uno o all'altro orientamento la Corte ha negato la sussistenza del contrasto poi rimesso alle Sezioni Unite.

In particolare la Corte, fin dalla sentenza Maida (Sez. 5, n. 38931 del 02/04/2015, Maida, Rv. 265501), dando atto dell'orientamento espresso nelle già citate sentenze Sauro e Amoroso - che richiede l'esplicita indicazione della natura fidefacente dell'atto considerato falso – non lo definisce in alcun modo opposto o contrastante, e neppure diverso, limitandosi a rilevare la differenza del caso al suo esame rispetto alle ipotesi che hanno determinato il suddetto orientamento, rappresentata dall'inequivoca fidefacenza dell'atto falso (relata di notifica dell'ufficiale giudiziario).

Nelle sentenze Seddone e Vitagliano (Sez. 5, n. 2712 del 14/09/2016 - dep. 2017 -, Seddone, Rv. 268864 e Sez. 5, n. 55804 del 20/09/2017, Vitagliano, Rv. 271838) la Corte ritiene "superabile" l'orientamento di cui sono espressione le sentenze Amoroso e Sauro, in ragione del fatto che nei casi al suo esame – a differenza di quelli decisi con le sentenze Amoroso e Sauro - tanto nella sentenza di primo grado quanto in quella d'appello era stata espressamente riconosciuta l'aggravante in questione, la quale non era mai stata espressamente contestata dalla difesa se non con il ricorso per cassazione e ai soli fini della declaratoria di prescrizione.

Analogamente nella sentenza Degli Angioli (Sez. 5, n. 24643 del 13/04/2018, Degli Angioli, Rv. 273339) - riconducibile al diverso orientamento che nega il potere del giudice di ritenere in sentenza l'aggravante di cui all'art. 476, secondo comma, cod. pen., ove la natura fidefacente dell'atto non sia stata esplicitamente contestata - la Corte ha ritenuto il contrasto non ancora maturato nel senso di una vera e propria contrapposizione di tesi tale da richiedere l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, evidenziando che le citate sentenze Seddone e Maida (che hanno ammesso che il giudice possa ritenere in sentenza la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ex art. 476, secondo comma, cod. pen., anche quando la natura fidefacente dell'atto considerato falso, non esplicitamente contestata nel capo di imputazione, emerga dalla tipologia dell'atto oggetto del falso), sono state pronunciate in ipotesi in cui l'oggetto della falsificazione riguardava atti, quali la "relata di notifica formata da un ufficiale giudiziario", inequivocabilmente fidefacenti, o in casi in cui l'aggravante era stata riconosciuta fin dalla sentenza di primo grado.

In altra occasione la Corte (Sez. 5, n. 33843 del 04/04/2018, Scopelliti, Rv. 273624) ha escluso la sussistenza del contrasto, rilevando che tutte le sentenze riconducibili ai due diversi orientamenti sono accomunate dalla necessità almeno di una contestazione in fatto, a seconda dei casi ritenuta sussistente o meno.

La Corte nel negare la sussistenza del contrasto ha, in sostanza, valorizzato la differenza tra i casi concreti in cui si sono pronunciate sentenze riconducibili ai diversi orientamenti, attinente alle topologie di atti pubblici oggetto delle contestazioni, la cui natura fidefacente può essere più o meno inequivoca, oppure al momento processuale in cui avviene il riconoscimento, ad opera del giudice, dell'aggravante non contestata nell'imputazione; rilevando come la diversità dei principi affermati dalla Corte nelle varie pronunce dipenda dalla sussistenza o meno di una riqualificazione giuridica operata dal giudice a "sorpresa".

Ed effettivamente entrambi gli orientamenti esaminati invocano a sostegno della tesi prescelta l'art. 6, par. 3, CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, e la diversità delle fattispecie in cui si sono pronunciate sentenze in "contrasto" incide sulla sussistenza o meno del carattere "a sorpresa" del riconoscimento dell'aggravante di cui all'art. 476, secondo comma, cod. pen.

Alla luce dell'analisi delle fattispecie in relazione alle quali sono intervenute le varie pronunce della Corte sembra, pertanto, potersi ritenere che in tutte le sentenze riconducibili ad entrambi gli orientamenti in esame siano stati osservati i principi elaborati dalla Corte di cassazione che ha recepito la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine alla garanzia del diritto di difesa dell'imputato sotto il profilo del suo diritto a essere informato sia dei fatti materiali posti a fondamento dell'accusa, sia della qualificazione giuridica attribuita a tali fatti.

4. La sentenza delle Sezioni Unite Sorge.

Le Sezioni unite ritengono che l'oggetto della questione controversa possa essere indicato nella "nella ammissibilità o meno di una contestazione in fatto della circostanza aggravante prevista dall'art. 476, comma 2, cod. pen.", intendendo per "contestazione in fatto" "una formulazione dell'imputazione che non sia espressa nell'enunciazione letterale della fattispecie circostanziale o nell'indicazione della specifica norma di legge che la prevede, ma riporti in maniera sufficientemente chiara e precisa gli elementi di fatto che integrano la fattispecie, consentendo all'imputato di averne piena cognizione e di espletare adeguatamente la propria difesa sugli stessi".

Ritenendo improprio l'inquadramento della questione controversa nell'ambito della riqualificazione giuridica del fatto il Supremo consesso:

- ricostruisce il contrasto come quello tra un orientamento che afferma e uno, contrapposto, che nega l'ammissibilità della contestazione in fatto dell'aggravante in questione attraverso la mera indicazione della tipologia di atto in relazione al quale la condotta di falso è contestata;

- considera non pertinenti i richiami operati da talune sentenze ad arresti giurisprudenziali, anche di derivazione comunitaria, riferibili alla diversa tematica della diversa qualificazione giuridica del fatto, e relativi alla prevedibilità della riqualificazione ed alla rilevanza in tal senso dell'assistenza tecnica garantita all'imputato.

Le Sezioni unite ritengono condivisibile l'orientamento che nega l'ammissibilità di una contestazione in fatto dell'aggravante di cui all'art. 476, secondo comma, cod. pen., rilevando che i principi giurisprudenziali già affermati dalla Corte sulla legittimità di una contestazione in fatto delle circostanze aggravanti, pur dovendo essere ribaditi, "non sono tuttavia applicabili in modo indifferenziato con riguardo a tutte le fattispecie circostanziali, prescindendo dalle particolari connotazioni con le quali le stesse sono costruite nelle norme che le prevedono".

In particolare, ribadendo che la contestazione in fatto delle circostanze aggravanti, è consentita, e quindi legittima, a condizione che "l'imputazione riporti in maniera sufficientemente chiara e precisa gli elementi di fatto che integrano la fattispecie circostanziale, permettendo all'imputato di averne piena cognizione e di espletare adeguatamente la propria difesa sugli stessi", ritengono che l'ammissibilità della contestazione in fatto delle circostanze aggravanti debba essere "verificata rispetto alle caratteristiche delle singole fattispecie circostanziali e, in particolare, alla natura degli elementi costitutivi delle stesse".

La natura degli elementi costitutivi delle singole fattispecie circostanziali, infatti, incide sul "livello di precisione e determinatezza che rende l'indicazione di tali elementi, nell'imputazione contestata, sufficiente a garantire la puntuale comprensione del contenuto dell'accusa da parte dell'imputato".

La Corte distingue le "circostanze aggravanti le cui fattispecie, secondo la previsione normativa, si esauriscono in comportamenti descritti nella loro materialità, ovvero riferiti a mezzi o oggetti determinati nelle loro caratteristiche oggettive", da quelle "nelle quali, in luogo dei fatti materiali o in aggiunta agli stessi, la previsione normativa include componenti valutative; risultandone di conseguenza che le modalità della condotta integrano l'ipotesi aggravata ove alle stesse siano attribuibili particolari connotazioni qualitative o quantitative".

Con riferimento alle circostanze aggravanti riconducibili alla prima delle tipologie appena indicate la contestazione in fatto è ritenuta ammissibile, in quanto l'indicazione, nell'imputazione, dei fatti materiali che le integrano "è idonea a riportare nell'imputazione la fattispecie aggravatrice in tutti i suoi elementi costitutivi, rendendo possibile l'adeguato esercizio dei diritti di difesa dell'imputato".

Diversamente, con riguardo alle circostanze aggravanti nelle quali la previsione normativa include componenti valutative, e il riconoscimento della cui integrazione dipende, quindi, da una valutazione, le Sezioni unite hanno ritenuto che "ove il risultato di questa valutazione non sia esplicitato nell'imputazione … la contestazione risulterà priva di una compiuta indicazione degli elementi costitutivi della fattispecie circostanziale. Né può esigersi dall'imputato, pur se assistito da una difesa tecnica, l'individuazione dell'esito qualificativo che connota l'ipotesi aggravata in base ad un autonomo compimento del percorso valutativo dell'autorità giudiziaria sulla base dei dati di fatto contestati, trattandosi per l'appunto di una valutazione potenzialmente destinata a condurre a conclusioni diverse. La necessità dell'enunciazione in forma chiara e precisa del contenuto dell'imputazione, prevista dalla legge processuale, impone che la scelta operata dalla pubblica accusa fra tali possibili conclusioni sia portata a conoscenza della difesa; non potendosi pertanto ravvisare una valida contestazione della circostanza aggravante nella mera prospettazione in fatto degli elementi materiali della relativa fattispecie".

La circostanza aggravante oggetto della questione rimessa alle Sezioni Unite, integrata nel caso in cui «la falsità concerne un atto, o parte di un atto, che faccia fede fino a querela di falso», viene ricondotta dalla Corte tra quelle in cui la norma che la prevede include tra gli elementi costitutivi della fattispecie circostanziata, un "elemento valutativo", costituito dalla possibilità di qualificare l'atto come facente fede fino a querela di falso; con la peculiarità che la componente valutativa concerne un profilo normativo, relativo all'efficacia fidefaciente dell'atto, descritta dall'art. 2700 cod. civ., richiedendo due elementi essenziali, rispettivamente relativi alla

titolarità, in capo al pubblico ufficiale, del potere di conferire all'atto l'efficacia fidefacente, ed all'oggetto di tale efficacia (attestazioni del documento su quanto fatto o rilevato dal pubblico ufficiale, o su quanto avvenuto in sua presenza).

E poiché la qualificazione dell'atto come fidefaciente costituisce il risultato di una pluralità di giudizi valutativi (individuati dalla Corte, in primo luogo, nell'interpretazione e applicazione di norme anche extrapenali; e in secondo luogo, sulla base di tali norme, nella valutazione della sussistenza in capo al singolo pubblico ufficiale del potere attribuire a quello specifico atto l'efficacia probatoria di fede privilegiata, nonché della riconducibilità del contenuto dell'atto alla rappresentazione di operazioni compiute dal pubblico ufficiale o di fatti dallo stesso constatati) la Corte ritiene che l'aggravante in questione non possa ritenersi "debitamente contestata con la mera indicazione dell'atto stesso nell'imputazione", in quanto tale indicazione si riduce alla descrizione dell'elemento materiale della fattispecie aggravatrice, e "non consente che sia portata ad effettiva conoscenza dell'imputato la componente valutativa costituita dall'attribuzione all'atto della qualità di documento fidefacente".

Affinchè "la contestazione dell'accusa possa dirsi compiutamente realizzata" la Corte richiede, quindi, "che la valutazione accusatoria, nel senso della ritenuta natura fidefacente dell'atto oggetto della condotta di falso", sia esplicitata o mediante l'indicazione nell'imputazione della norma di cui al secondo comma dell'art. 476 cod. pen., o con l'espressa qualificazione dell'atto come fidefacente, "ovvero con l'adozione di formulazioni testuali che descrivano in termini equivalenti la natura fidefacente dell'atto, nel riferimento alla fede privilegiata dello stesso o alla necessità della querela di falso perché la sua funzione probatoria sia esclusa".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 2, n. 47863 del 28/10/2003, Ruggio, Rv. 227076
Sez. 5, n. 38588 del 16/09/2008, Fornaro, Rv. 242027
Sez. 6, n. 40283 del 28/09/2012, Diaji, Rv. 253776
Sez. 2, n. 14651 del 10/01/2013, Chatbi, Rv. 255793
Sez. 5, n. 12213 del 13/02/2014, Amoroso, Rv. 260209
Sez. 3, n. 6809 del 08/10/2014 - dep. 2015 -, Sauro, Rv. 262550
Sez. 1, n. 24870 del 12/03/2015, Morichelli, non mass.
Sez. 5, n. 38931 del 02/04/2015, Maida, Rv. 265501
Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264438
Sez. 5, n. 8359 del 05/02/2016, Calì, non mass.
Sez. 5, n. 2712 del 14/09/2016 - dep. 2017 -, Seddone, Rv. 268864
Sez. 6, n. 4461 del 15/12/2016 - dep. 2017 - , Quaranta, Rv. 269615
Sez. 1, n. 51260 del 08/02/2017, Archinito, Rv. 271261
Sez. 5, n. 55804 del 20/09/2017, Vitagliano , Rv. 271838
Sez. 5, n. 33843 del 04/04/2018, Scopelliti, Rv. 273624
Sez. 5, n. 23609 del 04/04/2018, Musso, Rv. 273473
Sez. 5, n. 24643 del 13/04/2018, Degli Angioli , Rv. 273339
Sez. 5, n. 30435 del 18/04/2018, Trombetta, Rv. 273807
Sez. U, n. 24906 del 18/04/2019, Sorge, Rv. 275436
Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo
Corte EDU, 25/03/1999, Pelissier e Sassi c. Francia
Corte EDU, 11/12/2007, Drassich c. Italia
Corte EDU, 14/04/2015, Contrada c. Italia

CAPITOLO II

FORMAZIONE DI FALSA COPIA DI ATTO INESISTENTE E CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI FALSO MATERIALE

(GENNARO SESSA)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. – 2. L'orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità del reato di falso materiale in atto pubblico commesso da privato. – 3. L'orientamento giurisprudenziale contrario alla configurabilità del reato di falso materiale in atto pubblico commesso da privato. – 4. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite.

Nel corso dell'anno 2019 ha formato oggetto di esame da parte delle Sezioni unite la seguente questione controversa: «Se la formazione di una falsa copia di un atto in realtà inesistente integri o meno il reato di falsità materiale».

Il delinearsi di due contrapposti orientamenti – l'uno sostenitore della configurabilità del reato di falso materiale in atto pubblico, l'altro assertore della non configurabilità di detto illecito – ha reso necessario l'intervento della Corte a Sezioni Unite.

La trattazione del ricorso è stata rimessa al supremo consesso con ordinanza della Quinta sezione penale n. 54689 del 21.11.2018 (dep. il successivo 06.12.2018).

Nello specifico, i giudici rimettenti hanno rilevato l'esistenza di un contrasto, interno alla giurisprudenza di legittimità, sul tema della configurabilità del reato di falso materiale nel caso in cui sia formata una falsa copia di un atto pubblico in realtà inesistente.

L'ordinanza di rimessione ha pertanto individuato un primo orientamento, secondo cui la mera utilizzazione della fotocopia contraffatta non integra il reato di falsità materiale, in assenza di determinate condizioni, indicate nella presenza, nell'atto in fotocopia, di requisiti di forma e di sostanza tali da farlo apparire come il documento originale o come la copia autentica di esso.

Talune pronunzie riconducibili all'anzidetto orientamento indicano poi, quale condizione alternativa a quelle descritte, l'attitudine della fotocopia a documentare l'effettiva esistenza del documento originale, aggiungendo che detta attitudine è desumibile dalla presenza, nella fotocopia stessa, di attestazioni formali che la facciano figurare come estratta da un documento originale, con l'effetto di ricondurla sostanzialmente alla categoria delle copie autentiche.

Altre pronunzie, invece, non specificano in cosa consista il *quid pluris* richiesto, facendo genericamente riferimento all'idoneità della fotocopia a documentare, nei confronti dei terzi, l'esistenza di un originale conforme.

La visione dell'offensività dei reati di falso su cui fonda l'anzidetto orientamento appare strettamente correlata al contenuto attestativo dell'atto, ove si consideri che tale offensività non è riscontrabile nel caso in cui la falsa copia del documento inesistente non sia formalmente dimostrativa dell'esistenza di esso.

L'ordinanza di rimessione ha individuato, poi, un diverso orientamento, secondo cui integra il reato di falso la mera formazione di un atto presentato come riproduzione fotostatica di un documento in realtà insussistente, del quale si intendano attestare artificiosamente l'esistenza e gli effetti probatori.

Tale opzione ermeneutica si fonda sul duplice rilievo che l'esibizione di una fotocopia recante il contenuto apparente di un atto pubblico implica, al più, la previa falsa formazione di tale atto e che, per la punibilità della condotta di falso, non è necessario un intervento di manipolazione su un atto pubblico, essendo sufficiente che, con la falsa rappresentazione offerta dalla fotocopia, lo stesso, contrariamente al vero, appaia esistente, atteso che ciò comporta una lesione della pubblica fede.

Delineati i tratti salienti dei contrapposti orientamenti, l'ordinanza ha rimarcato che gli stessi si pongono in insanabile contrasto nel caso in cui la fotocopia di un atto inesistente non sia utilizzata facendola figurare come originale o come copia autentica di esso, ma sia presentata come tale in luogo dell'originale, onde dimostrare, con tale produzione, l'esistenza dell'originale stesso, atteso che, secondo la prima opzione ermeneutica, per la sussistenza del reato è necessario che nella copia vi siano particolari attestazioni o che il documento sia confezionato in modo tale da risultare dimostrativo dell'esistenza dell'atto, mentre, secondo l'altra linea di pensiero, è sufficiente l'utilizzazione della copia fotostatica quale falsa rappresentazione dell'esistenza dell'atto originale.

2. L'orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità del reato di falso materiale in atto pubblico commesso da privato.

L'orientamento favorevole alla configurabilità del reato, non condizionata da presupposti di sorta, si è formato a partire da Sez. 6, n. 6572 del 10.12.2007, dep. 2008, Capodicasa, Rv. 239453, decisione in cui la Corte, pronunciando con riguardo alla falsa fotocopia di un atto di affidamento di incarico per lo svolgimento di attività progettuali da parte di un'università, ebbe ad affermare che la falsità non è integrata dalla modificazione di una realtà probatoria preesistente, che, nel caso concreto, difettava, stante il mancato rinvenimento del documento originale, ma, piuttosto, dalla mendace rappresentazione di una tale realtà (la fotocopia), che risulta intrinsecamente idonea a ledere il bene giuridico tutelato, costituito dalla pubblica affidabilità di un atto proveniente dall'amministrazione, aggiungendo che una fotocopia presentata come prova di un originale inesistente, del quale intenda

artificiosamente attestare l'esistenza e i connessi effetti probatori, integra una falsità penalmente rilevante ai sensi dell'art. 476 cod. pen.

Nel breve volgere di poco più di un anno, si uniformarono a tale decisione Sez. 5, n. 14308 del 19.03.2008, Maresta, Rv. 239490 e Sez. 5, n. 24012 del 12.05.2010, Pezone, Rv. 247399, pronunzie in cui più contenuto risultava lo sforzo argomentativo della Corte.

Nell'una, infatti, al momento assertivo si aggiungeva la mera considerazione che nessun rilievo assume la mancata attestazione di autenticità allorchè la copia falsificata (che, nel caso specifico, era relativa a un permesso di sosta) abbia l'apparenza di un originale e sia utilizzata come tale; nell'altra, invece, si evidenziava che, quando la falsa fotocopia esibita (che, in specie, riguardava una certificazione sanitaria) diverge in uno o più punti dall'originale, acquisisce un'evidente capacità decettiva autonoma.

Nello stesso filone interpretativo si inseriva, poi, Sez. 5, n. 40415 del 17.05.2012, Della Peruta, Rv. 254632, in cui la Corte, dopo aver affermato che integra il delitto di cui all'art. 476 cod. pen. la formazione di una fotocopia di un atto inesistente, di cui invece si intendano attestare artificiosamente l'esistenza e i connessi effetti probatori, per l'idoneità del documento a trarre in inganno la pubblica fede (nella specie si trattava della copia di un'autorizzazione comunale), ha esplicitato le ragioni a fondamento dell'asserto, rilevando, da un canto, che l'esistenza di una fotocopia avente il contenuto apparente di un atto pubblico dimostra che tale atto è stato previamente contraffatto per poterne trarre la copia e, d'altro canto, che per la sussistenza del delitto *de quo* non è necessario che vi sia un intervento materiale su un atto pubblico, essendo sufficiente che, attraverso la falsa rappresentazione della realtà veicolata dalla fotocopia, tale atto appaia sussistente, con conseguente lesione della fede pubblica.

Si è aggiunto ancora, nella pronunzia di cui trattasi, che, a tal fine, è del tutto indifferente che la copia sia autentica, tanto più nel caso in cui le circostanze dell'utilizzo facciano presumere la sua conformità all'originale, inducendo a ritenere che tale atto pubblico esista, atteso che la falsità – come antecedentemente già posto in rilievo – non è integrata dalla modifica di una realtà probatoria preesistente, che, in concreto, difetta, ma dalla mendace rappresentazione di una tale realtà (creata attraverso la fotocopia), idonea *ex se* a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, costituito dalla pubblica affidabilità di un atto proveniente dall'amministrazione.

Perfettamente in linea con l'indicata opzione ermeneutica risulta poi Sez. 5, n. 4651 del 16.10.2017, dep. 2018, Lisca, Rv. 272275, in cui la Corte, nel ribadire le argomentazioni poste a fondamento della pronunzia da ultimo indicata, ha

evidenziato che non assume rilievo la circostanza che la fotocopia esibita (nella vicenda concreta relativa a una carta d'identità manipolata mediante l'eliminazione della dicitura «non valida per l'espatrio» e la sostituzione della fotografia) fosse priva di valenza probatoria perchè carente dei requisiti di forma e di sostanza valevoli a farla apparire come un originale o una copia conforme, dal momento che, in concreto, essa non era stata spacciata per l'originale e utilizzata come tale, ma era stata presentata come esattamente riproducente l'originale.

Aderente all'orientamento in disamina risulta ancora Sez. 5, n. 33858 del 24.04.2018, Manganaro, Rv. 273629, in cui la Corte, trattando di false fotocopie di provvedimenti giudiziari in realtà inesistenti, recanti altresì la dicitura «copia conforme all'originale», ha affermato che le stesse integrano il delitto di cui agli artt. 476 e 482 cod. pen. per la loro intrinseca capacità decettiva.

Con precipuo riguardo alla falsa attestazione di conformità all'originale il giudice di legittimità ha ribadito poi il principio già affermato da Sez. 5, n. 40415 del 17.05.2012, Della Peruta, Rv. 254632, asserendo che l'anzidetta attestazione è del tutto irrilevante, dal momento che sono le concrete circostanze dell'utilizzo a far presumere la conformità della fotocopia all'originale e ad indurre a ritenere che l'atto pubblico esista.

Tali circostanze, congiuntamente a una materialità della fotocopia che valga a distinguerla da quelle *ictu oculi* riconoscibili come mere riproduzioni, non utilizzate come prova di atti originali inesistenti, giustificano inoltre, secondo l'arresto in commento, la sussistenza del reato.

Infine, si inserisce nel filone interpretativo *de quo* Sez. 5, n. 5452 del 18.01.2018, Peroni, non massimata, in cui la Corte, in un caso di falsificazione della fotocopia di un'autorizzazione alla somministrazione di cibi e bevande in realtà inesistente, ha affermato ancora una volta la sussistenza del delitto di cui agli artt. 476 e 482 cod. pen., argomentando alla stregua dei principi di cui s'è detto e ribadendo che distingue tale fattispecie da altre in cui, in sede di legittimità, si è ritenuta l'insussistenza dell'illecito, la circostanza che la fotocopia sia stata realizzata con modalità tali da creare un'apparenza dell'esistenza dell'atto pubblico riprodotto.

3. L'orientamento giurisprudenziale contrario alla configurabilità del reato di falso materiale in atto pubblico commesso da privato.

Il diverso orientamento, secondo cui la falsificazione di una fotocopia non dà luogo a reato, iniziò a delinearsi, nella giurisprudenza di legittimità, sul finire dell'ultimo decennio del secolo scorso, con due pronunzie intervenute nel breve volgere di meno di un anno.

Ci si riferisce, in specie, a Sez. 5, n. 11185 del 05.05.1998, Detti, Rv. 212130 e a Sez. 5, n. 4406 del 04.03.1999, Pegoraro, Rv. 213125.

Con la prima di tali decisioni la Corte, pronunciando relativamente a fotocopie falsificate di ricevute postali attestanti l'avvenuto versamento all'INPS di somme contestate, ebbe ad affermare che la copia fotostatica non autentica o informale non ha, di per sé, valore e tenore di documento derivato, in quanto ontologicamente e giuridicamente inidonea a svolgere funzione probatoria, con conseguente applicabilità del disposto dell'art. 49 cod. pen. in tema di delitto impossibile per inesistenza dell'oggetto.

Con la seconda decisione, il giudice di legittimità, in una vicenda in cui risultava falsificata la fotocopia di una ricetta medica, ribadì il precedente arresto, evidenziando che la copia di un atto assume il carattere di documento solo in seguito alla pubblica autenticazione del contenuto dell'atto stesso, dalla qual cosa deriva che, tutelando le norme sul falso materiale l'autenticità degli atti in relazione al loro contenuto e/o alla loro provenienza, la falsificazione di una copia priva di attestazione di autenticità non dà luogo a un illecito penale, in quanto, in tal caso, la contraffazione viene effettuata *ex novo* su un oggetto, cui sono attribuite le sembianze di ciò che lo stesso non è nella realtà.

Si inscrive ancora nell'anzidetto filone interpretativo Sez. 5, n. 7385 del 14.12.2007, dep. 2008, Favia, Rv. 239112, pronunzia nella quale la Corte, in una vicenda in cui risultava utilizzata una falsa fotocopia di un'ordinanza cautelare mai emessa dall'A.G., dopo aver fatto espresso richiamo ai precedenti arresti appena menzionati, affermò che la formazione ad opera del privato di una falsa fotocopia di un documento originale inesistente, presentata come tale e priva di qualsiasi attestazione che confermi la sua originalità o la sua estrazione da un originale esistente, non integra alcun falso documentale, anche nell'eventualità in cui la fotocopia stessa abbia, in astratto e per la sua verosimiglianza, attitudine a trarre in inganno i terzi, potendo il suo uso essere, in tal caso, sanzionato eventualmente a titolo di truffa.

Aggiunse altresì il giudice di legittimità che la contraffazione è, invece, sanzionabile *ex* artt. 476 o 477 cod. pen. allorchè la fotocopia di un documento si presenti con caratteristiche tali da sembrare un originale e averne l'apparenza e venga usata non come fotocopia, ma come originale ovvero quando la sua formazione sia idonea e sufficiente a documentare, nei confronti dei terzi, l'esistenza di un originale conforme.

Aderisce all'orientamento in disamina anche Sez. 5, n. 42065 del 03.11.2010, Russo, Rv. 248922.

In tale decisione, afferente l'uso di una fotocopia falsificata di una procura generale *ad litem* per atto notarile inesistente, la Corte non è andata, tuttavia, oltre il momento assertivo, limitandosi a ribadire che integra il reato di cui agli artt. 476 e 482 cod. pen. l'alterazione di copie autentiche di atti pubblici, sicchè deve escludersi la sussistenza del reato nel caso di alterazione di copie informali.

Aderente al medesimo orientamento risulta poi Sez. 5, n. 10959 del 12.12.2012, dep. 2013, Carrozzini, Rv. 255217, pronunzia nella quale la Corte, in una vicenda in cui risultava falsificata la copia di una circolare interna che autorizzava il personale di cancelleria all'uso di un punzone non regolamentare, ha posto in rilievo che la copia fotostatica, se presentata come tale, priva quindi di qualsiasi attestazione che ne confermi l'autenticità, non può mai integrare il reato di falso materiale, neanche in caso d'inesistenza dell'originale, a meno che la stessa non sia presentata con l'apparenza di un documento originale, atto a trarre in inganno i terzi di buona fede.

Ha aggiunto che è, pertanto, solo apparente il contrasto con altro orientamento recepito da talune pronunzie della Sezione sesta, evidenziando che, nella *subiecta materia*, ciò che rileva è l'attitudine della copia fotostatica a sorprendere la fede pubblica (in quanto intesa a rappresentare falsamente un inesistente originale), dal che discende la sussistenza del reato nel caso in cui la fotocopia sia presentata con l'apparenza di un documento originale.

Sposa l'anzidetta opzione ermeneutica anche Sez. 5, n. 8870 del 09.10.2014, dep. 2015, Felline, Rv. 263422, pronunzia in cui la Corte ha escluso la rilevanza penale dell'uso di una copia falsificata di un'autorizzazione paesaggistica inesistente sul rilievo che tale atto, in quanto privo di autenticazione di conformità all'originale, non ha alcuna valenza probatoria, potendo lo stesso assumere una tale efficacia nei soli casi espressamente previsti dall'ordinamento.

Si inserisce ancora nel filone interpretativo in disamina Sez. 5, n. 2278 del 10.11.2017, dep. 2018, D'Ambrosio, Rv. 272373, pronunzia in cui la Corte, in un caso in cui risultava falsificata la fotocopia di un'attestazione di avvenuto pagamento di una fattura da parte di un comune, ha affermato che non integra il delitto di falsità materiale la condotta di colui che esibisca la falsa fotocopia di un documento, esistente o meno in originale, onde conseguire un qualche vantaggio, qualora si tratti di fotocopia esibita e usata come tale, dal momento che la stessa è priva dei requisiti di forma e di sostanza capaci di farla sembrare un provvedimento originale o la copia conforme di essa ed è da escludere che sia comunque documentativa dell'esistenza di un atto corrispondente, aggiungendo che le norme sulla falsità materiale colpiscono la contraffazione o l'alterazione dei documenti originali e sono dirette a reprimere la condotta di colui che ne crei l'apparenza, non anche la condotta di colui che utilizzi le riproduzioni di un documento, quando, per modalità e circostanze dell'uso, sia chiaro che si tratti di una copia.

Da ultimo, risulta riconducibile all'opzione ermeneutica in disamina **Sez. 5, n. 3273 del 26.10.2018, dep. 2019, Buccella, Rv. 274628**, recentissima pronunzia in cui la Corte, trattando dell'uso di una falsa fotocopia di un atto notarile di compravendita immobiliare, ha osservato che l'orientamento che sostiene la rilevanza penale della condotta non può prescindere dalla condizione che la riproduzione sia fatta passare come prova di un atto originale che non esiste, del quale intende attestare artificiosamente l'esistenza e i connessi effetti probatori, aggiungendo che l'offesa al bene tutelato ricorre, tuttavia, soltanto quando la falsificazione riguarda un documento provvisto di contenuto giuridicamente rilevante, dotato cioè della specifica funzione probatoria assegnatagli dall'ordinamento e ha concluso che l'anzidetta funzione non può essere riconosciuta *ex se* alla mera riproduzione di un documento originale, inferendo dall'asserto che la copia fotostatica, se presentata come tale e priva di qualsiasi attestazione che ne confermi l'autenticità, non può mai integrare il reato di falso, anche nel caso di inesistenza dell'originale, atteso che è per sua natura priva di valenza probatoria.

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Con la decisione assunta all'udienza del 28.03.2019, le Sezioni Unite hanno dato risposta al quesito dianzi riportato, affermando che «la formazione della copia di un atto inesistente non integra il reato di falsità materiale, salvo che la copia assuma l'apparenza di un atto originale».

Ha premesso innanzitutto il Supremo consesso che i due orientamenti indicati si pongono in contrasto nel caso in cui la fotocopia di un atto inesistente non sia utilizzata facendola figurare come originale o come copia autentica dello stesso, ma sia presentata come tale, in luogo dell'originale, al fine di dimostrare, attraverso la produzione, l'esistenza dello stesso.

La contraffazione che si realizza mediante la formazione di un atto in realtà inesistente ben può realizzarsi – secondo l'assunto della Corte – con l'utilizzo di una falsa copia, documentando una volontà solo apparente, in quanto in realtà non espressa, neanche per simulazione.

L'ordito argomentativo evidenzia, poi, che il problema della rilevanza della contraffazione attraverso l'utilizzo di una copia si pone quando il soggetto attivo abbia direttamente prodotto detta copia, chiarendo che, nel caso in cui il predetto abbia alterato una fotocopia non materialmente prodotta, dovrebbe rispondere di un diverso reato e, segnatamente, del falso in scrittura privata *ex* art. 485 cod. pen., illecito che, nelle more, è stato tuttavia abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. a), del decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7.

Tanto premesso, il Giudice di legittimità focalizza l'attenzione *in primis* su quello dei contrastanti indirizzi ermeneutici che ha affermato che non sussiste il reato di falso documentale per inesistenza dell'oggetto *ex* art. 49 cod. pen. quando la falsificazione riguardi una copia fotostatica presentata come tale, in quanto la stessa non ha valore di documento e può essere produttiva di effetti giuridici solo se autenticata o non espressamente disconosciuta, precisando che non si verifica tuttavia tale ipotesi nel caso di riproduzione, realizzata con un fotomontaggio fraudolento e con l'utilizzo di particolari caratteristiche formali, che dia luogo, oggettivamente e nelle intenzioni dell'agente, all'apparenza di un documento originale, integrandosi in tal caso il reato previsto dagli artt. 482 e 476 cod. pen. in ragione della sostanziale assimilazione di tale fattispecie all'alterazione dell'originale del documento.

Nel contempo, il percorso motivo rimarca che, in senso contrario, non v'è alcuna norma che richieda la certificazione ufficiale di conformità per l'efficacia probatoria delle copie fotostatiche, atteso che per aversi un documento è sufficiente che la dichiarazione appaia destinata alla prova, soggiungendo che l'orientamento richiamato, per un verso, rischia di sovrapporsi alla peculiare ipotesi di reato disciplinata dall'art. 478 cod. pen. (che sanziona il falso in copia autenticata) e, per altro verso, sembra confondere il problema della falsificabilità del documento-fotocopia con la diversa questione attinente alla contraffazione di un documento mediante la fotocopia, in cui il tema dell'autenticazione non assume alcun rilievo.

Volgendo l'attenzione al diverso orientamento giurisprudenziale, secondo cui la formazione di una copia fotostatica può integrare gli estremi della falsità materiale quando le modalità di utilizzo siano tali da farla apparire come un originale, traendo in inganno i terzi di buona fede, la Corte evidenzia che, per detta opzione ermeneutica, è escluso che possa assumere rilievo l'assenza dell'attestazione di autenticità, non incidendo la stessa sulla rilevanza penale del fatto, allorchè il documento abbia comunque l'apparenza di un originale e come tale sia utilizzato, considerato anche il notevole grado di sofisticazione raggiunto dai macchinari attualmente utilizzabili.

Nell'intento di porre in luce i limiti di detto indirizzo, rileva che la dottrina ha avuto modo di chiarire che l'utilizzo di una fotocopia non implica, di per sé, l'alterazione della paternità dell'atto, ma determina, piuttosto, un inganno, in quanto crea i presupposti di una condotta truffaldina e ha aggiunto che l'opzione esegetica *de qua*, senza esprimere una reale capacità selettiva dell'area di rilevanza penale del falso in fotocopia, rischia, da un lato, di limitare il suo ambito di operatività a una scontata verifica della natura grossolana del falso e, dall'altro, di trasferire l'accertamento della condotta di falsità materiale su un piano eccentrico rispetto al

giudizio di tipicità, rinviando all'utilizzo che in concreto è stato fatto della copia e così attribuendo rilievo a un profilo irrilevante nella struttura tipica del fatto.

Maggiormente condivisibile risulterebbe invece, all'interno di tale indirizzo, quel filone interpretativo che meglio ne definisce l'ambito di estensione, incentrando l'attenzione sulle ipotesi in cui la copia di un documento si presenti o venga esibita con caratteristiche tali da voler sembrare un originale e averne l'apparenza o la sua formazione sia idonea e sufficiente a documentare, nei confronti dei terzi, l'esistenza di un originale conforme, in quanto trova concreta applicazione un criterio di riferimento oggettivo, secondo cui il soggetto che produce la copia deve compiere anche un'attività di contraffazione incidente sui tratti caratterizzanti il documento prodotto, attributivo allo stesso di una parvenza di originalità, valevole a farlo sembrare, per la presenza di determinati requisiti formali e sostanziali, un provvedimento originale o la copia conforme di un tale atto ovvero comunque documentativa dell'esistenza di un atto corrispondente.

Entro tale prospettiva risulta, invero, indifferente la circostanza di fatto della materiale esistenza o meno dell'atto originale rispetto al quale dovrebbe operarsi il raffronto comparativo, atteso che l'intervento falsificatorio effettuato con la contraffazione assume come riferimento non tanto la copia in sé, quanto il falso contenuto dichiarativo o di attestazione apparentemente mostrato dalla natura della copia formata ed esibita dall'agente, laddove l'atto originale non esiste affatto ovvero, se realmente esistente, rimane inalterato e comunque estraneo alla vicenda.

Tanto chiarito, la Corte ha ulteriormente aggiunto che non si pone, nella *subiecta materia*, un problema di indebita estensione degli effetti della previsione di cui all'art. 2719 cod. civ. in tema di efficacia delle fotocopie di atti, dovendosi far riferimento al documento che risulta effettivamente oggetto dell'attività di contraffazione, del cui inesistente originale la copia è, nell'intenzione dell'agente, destinata a provare artificiosamente l'esistenza e che neppure può ritenersi fondata l'evocata disparità di trattamento a fronte del più severo regime sanzionatorio che deriverebbe per la ipotesi di contraffazione della copia semplice rispetto a quella della fotocopia autentica (costituente il meno grave reato di cui all'art. 478 cod. pen.), essendo l'oggetto reale del delitto di cui all'art. 476 cod. pen. il documento originale di cui è contraffatta l'esistenza e non la sua copia.

Alla stregua delle osservazioni complessivamente esposte, il Supremo consesso ha concluso quindi che «la formazione della copia di un atto inesistente non integra il reato di falsità materiale, salvo che la copia assuma l'apparenza di un atto originale».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 6572 del 10/12/2007, Capodicasa, Rv. 239453
Sez. 5, n. 14308 del 19/03/2008, Maresta, Rv. 239490
Sez. 5, n. 24012 del 12/05/2010, Pezone, Rv. 247399
Sez. 5, n. 40415 del 17/05/2012, Della Peruta, Rv. 254632
Sez. 5, n. 4651 del 16/10/2017, dep. 2018, Lisca, Rv. 272275
Sez. 5, n. 5452 del 18/01/2018, Peroni
Sez. 5, n. 33858 del 24/04/2018, Manganaro, Rv. 273629
Sez. 5, n. 11185 del 05/05/1998, Detti, Rv. 212130
Sez. 5, n. 4406 del 04/03/1999, Pegoraro, Rv. 213125
Sez. 5, n. 7385 del 14/12/2007, dep. 2008, Favia, Rv. 239112
Sez. 5, n. 42065 del 03/11/2010, Russo, Rv. 248922
Sez. 5, n. 10959 del 12/12/2012, Carrozzini, Rv. 255217
Sez. 5, n. 8870 del 09/10/2014, dep. 2015, Felline, Rv. 263422
Sez. 5, n. 2278 del 10/11/2017, D'Ambrosio, Rv. 272373
Sez. 5, n. 3273 del 26/10/2018, dep. 2019, Buccella, Rv. 274628

SEZIONE VI

DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

CAPITOLO I

LA NATURA DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DELL'AGEVOLAZIONE MAFIOSA

(PAOLA PROTO PISANI)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. 2. L'orientamento che ritiene soggettiva l'aggravante dell'agevolazione mafiosa. 3. L'orientamento che afferma la natura oggettiva dell'aggravante. 4. L'orientamento intermedio. 5. I termini del contrasto. 6. Le questioni connesse. 7. La giurisprudenza della Corte relativa ad altre aggravanti soggettive, e in tema di estensione ai concorrenti delle aggravanti soggettive. 8. La decisione delle Sezioni unite: l'informazione provvisoria.

1. La questione controversa.

Nella giurisprudenza della Corte si è registrato un contrasto in ordine alla configurazione dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa introdotta nell'ordinamento dall'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, ed oggi inserita nell'art. 416-*bis*.1 cod. pen., che prevede un aumento di pena in caso di delitti commessi "al fine di agevolare l'attività delle associazioni" previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale, nonché in relazione all'individuazione della disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato.

Secondo un primo orientamento, tale circostanza è integrata da un atteggiamento di tipo psicologico dell'agente ed essendo riconducibile tra quelle concernenti i motivi a delinquere rientra tra quelle soggettive indicate nell'art. 118 cod. pen., con la conseguenza che non è estensibile ai concorrenti nel reato.

Secondo un contrapposto orientamento, invece, l'aggravante è integrata da un elemento obiettivo, attinente alle modalità dell'azione, ed è quindi riconducibile tra quelle di natura oggettiva ai sensi dell'art. 70 cod. pen., non contemplate dall'art. 118 cod. pen., con conseguente estensibilità ai concorrenti, ai sensi dell'art. 59, secondo comma, cod. pen., purché conosciuta o conoscibile.

Secondo un ulteriore orientamento, infine, la natura dell'aggravante e la relativa disciplina in caso di concorso di persone nel reato dipendono da come tale aggravante si atteggia in concreto e dal reato a cui la stessa accede.

2. L'orientamento che ritiene soggettiva l'aggravante dell'agevolazione mafiosa.

Secondo l'orientamento che ne sostiene la natura soggettiva l'aggravante in esame è integrata da un atteggiamento psicologico, per lo più definito in termini di dolo specifico: occorre cioè che l'agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale integrante l'elemento oggettivo del reato base, agisca per un fine particolare (quello di agevolare l'attività dell'associazione di tipo mafioso), la cui realizzazione non è necessaria per l'integrazione dell'aggravante stessa (Sez. 6, n. 9691 del 19/09/1996, Mango, Rv. 206013; Sez. 6, n. 2730 del 28/01/1997, Accetta, Rv. 207532; Sez. 6, n. 5991 del 14/03/1997, Vasile, Rv. 208202; Sez. U, n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, Rv. 218377; Sez. U, n. 337 del 18/12/2008, dep. 2009, Antonucci, Rv. 241578; Sez. 5, n. 4037 del 22/11/2013, B., Rv. 258868; Sez.6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro, Rv. 265359; Sez. 6, n. 31874 del 09/05/2017, Ferrante, Rv. 270590; Sez. 6, n. 52910 del 24/10/2018, Vitale; Sez. 6, n. 28212 del 12/10/2017 - dep. 2018 -, Barallo, Rv. 273538; Sez. 6, n. 53691 del 17/10/2018, Belvedere, Rv. 274615; Sez. 6, n. 35677 del 02/05/2017, Mungelli, Rv. 271662; Sez. 1, n. 54085 del 15/11/2017, Quaranta, Rv. 271641).

Così configurata, l'aggravante viene ritenuta di natura soggettiva, in quanto concernente i motivi a delinquere (Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018 -, Lamanna, Rv. 276150; Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280) o l'intensità del dolo (Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017 - dep. 2018 -, Ardente, Rv. 272525), e riconducibile nell'ambito di quelle contemplate dall'art. 118 cod. pen., che *"sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono"* e non si estendono, pertanto, ai concorrenti nel reato (Sez. 3, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso, non mass.; Sez. 3, n. 9142 del 13/01/2016, Basile, Rv. 266464; Sez. 6, n. 29816 del 29/03/2017, Gioffré, Rv. 270602; Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270158; Sez. 6, n. 35677 del 02/05/2017, Mungelli, Rv. 271662; Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098; Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017 - dep. 2018 -, Ardente, Rv. 272525 ; Sez. 2, n. 6021 del 29/11/2017 - dep. 2018 -, Lombardo, Rv. 272007; Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018 -, Lamanna, Rv. 276150; Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685).

Nel senso della natura soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa si sono già espresse le Sezioni Unite della Corte, nelle due decisioni che si sono occupate di questioni concernenti l'applicazione dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, diverse da quella relativa alla natura dell'aggravante e ai requisiti necessari per la sua estensione ai concorrenti nel reato.

Nella sentenza "Cinalli" (Sez. U, n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, Rv. 218377) l'aggravante dell'agevolazione – a differenza di quella del metodo mafioso – è stata ritenuta dalle Sezioni Unite di "tipo soggettivo", rilevando che essa "si sostanzia nella volontà specifica di favorire ovvero di facilitare, con il delitto posto in essere, l'attività del gruppo" ed è "relativa alla semplice volontà di favorire, indipendentemente dal risultato, l'attività del gruppo, e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo"; concetto, quest'ultimo "che non coincide con il perseguimento dei fini sociali in cui si sostanzia invece il dolo specifico della figura di cui all'art. 416-*bis* cod. pen.".

Secondo quanto ritenuto dalle Sezioni Unite nella sentenza "Antonucci" (Sez. U, n. 337 del 18/12/2008, dep. 2009, Antonucci, Rv. 241578) l'aggravante in esame è di "natura soggettiva", giacché è "costituita dallo scopo di agevolare, con il delitto posto in essere, l'attività dell'associazione di tipo mafioso", e, inoltre, si pone in rapporto di specialità con l'aggravante comune dei motivi abietti o futili.

Nell'ambito dell'orientamento che ritiene l'aggravante di natura soggettiva non è tuttavia pacifico quale sia l'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante.

La Corte se, infatti, in molte sentenze ritiene che, in considerazione della particolare motivazione a delinquere su cui è incentrata, l'aggravante in esame "è costruita strutturalmente richiedendo la necessaria presenza del dolo specifico" (*ex multis*: Sez. 6, n. 28212 del 12/10/2017 - dep. 2018 -, Barallo, Rv. 273538; Sez. 6, n. 53691 del 17/10/2018, Belvedere, Rv. 274615; Sez. 6, n. 35677 del 02/05/2017, Mungelli, Rv. 271662), in molte altre, tuttavia, ritiene che l'aggravante non sia esclusa dal fatto che l'agente persegua un diverso scopo, purché sia consapevole di avvantaggiare l'associazione mafiosa (dolo diretto) (Sez. 5, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713; Sez. 3, n. 9142 del 13/01/2016, Basile, Rv. 266464; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018 , Inzillo, Rv. 274685).

Il tema del concorso di un movente egoistico dell'azione delittuosa è stato approfondito dalla Corte (Sez. 6, n. 29311 del 03/12/2014 - dep. 2015 -, Cioffo, Rv. 264082), rilevando che, ai fini dell'integrazione dell'aggravante in esame, se "non occorre che l'agevolazione rappresenti il movente esclusivo ad anche solo dominante dell'azione criminosa, ben potendo la stessa essere determinata anche da finalità diverse, cominciando da quella di lucro personale", è tuttavia necessario che sia ravvisabile "un personale interesse dell'agente affinché sia prodotto un vantaggio a favore dell'ente", e cioè che il fine di agevolare l'associazione mafiosa abbia costituito "lo scopo almeno concorrente dell'agire delittuoso", non bastando la mera accettazione dell'eventualità o della certezza di un vantaggio per l'ente, cioè il dolo eventuale e il dolo diretto.

Analogamente non appare pacifico, nell'ambito del medesimo orientamento, quale sia il requisito necessario ai fini dell'applicazione della circostanza in caso di concorso di persone nel reato, ai sensi dell'art. 118 cod. pen., e cioè se sia necessario individuare in capo a ciascun concorrente il dolo specifico richiesto dalla norma o se, invece, sia sufficiente che il concorrente abbia arrecato il proprio contributo nella consapevolezza della finalità agevolatrice perseguita dall'agente.

Infatti la Corte, mentre in alcune pronunce richiede la necessità di accertare il dolo specifico di agevolazione in capo a ciascun concorrente a cui deve essere applicata (Sez. 6, n. 35677 del 02/05/2017, Mungelli, Rv. 271662; Sez. 6, n. 8891 del 19/12/2017 - dep. 2018 -, Castiglione, Rv. 272335; Sez. 6, n. 54481 del 06/11/2017, Madaffari, Rv. 271652; **Sez. 2, n. 8452 del 21/01/2019, Riela, Rv. 275611**), in molte altre ritiene che l'aggravante dell'agevolazione mafiosa possa essere applicata al concorrente nel reato, in base all'art. 118 cod. pen., non soltanto quando risulti che lo stesso abbia agito con lo scopo di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso, ma anche quando abbia conosciuto e fatta propria tale finalità, perseguita da altro concorrente, in linea con la giurisprudenza della Corte in tema di applicabilità ai concorrenti di altre aggravanti di natura soggettiva, quali quelle dei motivi abietti o futili, del nesso teleologico, e della premeditazione, espressamente richiamata da alcune pronunce (Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270158; Sez. 2, n. 6021 del 29/11/2017 - dep. 2018 -, Lombardo, Rv. 272007; Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280; Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098; Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017 - dep. 2018 -, Ardente, Rv. 272525; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018 , Inzillo, Rv. 274685; Sez. 1, n. 19818 del 23/05/2017 - dep. 2019 -, Tagliavia, Rv. 276188; Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018 -, Lamanna, Rv. 276150).

Nell'ambito dell'orientamento in esame, che ritiene l'aggravante integrata da un elemento di natura psicologica, è tuttavia generalmente richiesta la necessaria presenza, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, di un elemento di natura oggettiva, costituito dalla direzione o dall'idoneità dell'azione ad agevolare l'associazione mafiosa.

Prevalentemente tale requisito è richiesto a soli fini di prova dell'elemento soggettivo in cui si sostanzia l'aggravante e non quale ulteriore elemento costitutivo necessario ai fini della sua integrazione (Sez. 6, n. 28212 del 12/10/2017 - dep. 2018 -, Barallo, Rv. 273538; Sez. 6, n. 53691 del 17/10/2018, Belvedere, Rv. 274615; Sez. 6, n. 35677 del 02/05/2017, Mungelli, Rv. 271662; Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018 -, Lamanna, Rv. 276150; Sez. 3, n. 9142 del 13/01/2016, Basile, Rv. 266464 e Sez. 3, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso, non mass.).

Tuttavia, almeno in una occasione, la Corte ha evidenziato la necessità, ai fini del'integrazione dell'aggravante, di un elemento di natura oggettiva (individuato

nell'idoneità del fatto a realizzare il fine dell'agente, e quindi nell'idoneità del fatto ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa) non a meri fini di prova del dolo specifico, bensì quale ulteriore elemento costitutivo dell'aggravante, accanto al dolo specifico, ai fini del rispetto del principio di offensività (Sez. 6, n. 11008 del 07/02/2001, Trimigno, Rv. 218783). In tale occasione la Corte sembra aver configurato una circostanza mista, i cui elementi costitutivi sono uno di natura soggettiva e uno di natura oggettiva, riconducibile tanto a quelle soggettive attinenti ai motivi a delinquere, quanto a quelle oggettive inerenti le modalità della condotta.

La Corte ha avuto altresì occasione di precisare che "anche a voler ritenere che l'aggravante in questione implichi una condotta idonea, secondo una valutazione ex ante, alla realizzazione della finalità di agevolazione, ai fini della valutazione della sua natura giuridica, il profilo del dolo specifico risulta sicuramente assorbente rispetto a quello attinente alle modalità di esecuzione *dell'azione",* ritenendo indiscutibile che l'aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, nella sua dimensione agevolativa, sia denotata in termini di dolo specifico, in quanto dal testo della disposizione normativa proviene una precisa indicazione testuale in tale direzione (Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270158).

3. L'orientamento che afferma la natura oggettiva dell'aggravante.

Il contrapposto orientamento ritiene che la circostanza in esame sia integrata da un elemento oggettivo, consistente nell'essere *l'azione "rivolta ad agevolare un'associazione di tipo mafioso",* e che sia quindi di natura oggettiva ai sensi dell'art. 70 cod. pen., in quanto concernente le modalità dell'azione, ed estensibile ai concorrenti nel reato, in quanto non riconducibile tra quelle contemplate dall'art. 118 cod. pen.. (Sez. 6, n. 19802 del 22/01/2009, Napolitano, Rv. 244261; Sez. 5, n. 10966 del 08/11/2012, dep. 2013, Minniti, Rv. 255206; Sez. 5, n. 9429 del 13/10/2016 - dep. 2017 -, Mancuso, Rv. 269365; Sez. 2, n. 52025 del 24/11/2016, Vernengo, Rv. 268856.; Sez. 2, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300).

Le sentenze riconducibili a tale orientamento per quanto è dato comprendere dalle succinte motivazioni, non ritengono tuttavia sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza, la colpevole ignoranza dell'elemento oggettivo della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso.

Ed invero secondo Sez. 6, n. 19802 del 22/01/2009, Napolitano, Rv. 244261, da cui sembra trarre origine l'orientamento che ritiene oggettiva l'aggravante in questione: «L'aggravante è oggettiva ai sensi dell'art. 70, n. 1, cod. pen., perché riguardante una modalità dell'azione in quanto rivolta ad agevolare un'associazione

di tipo mafioso, cui corrisponde sotto il profilo soggettivo il dolo specifico, e si trasmette a tutti i concorrenti».

Il principio - così enunciato dalla Corte in tale sentenza, senza ulteriori precisazioni, né argomentazioni - sembrerebbe richiedere espressamente l'accertamento del dolo specifico in capo ad uno concorrenti, ed ammettere l'estensione di tale aggravante agli altri che non abbiano agito in base a tale finalità. La sentenza, tuttavia, non precisa quale sia il criterio di imputazione della circostanza aggravante ai concorrenti, né tramite il ricorso a locuzioni quali quelle di "consapevolezza" o "colpevole ignoranza", né tramite il richiamo all'art. 59, secondo comma, cod. pen..

Alcune successive pronunce si limitano ad affermare la natura oggettiva dell'aggravante, senza aggiungere alcun argomento a sostegno di tale tesi né chiarire quale sia il criterio di imputazione dell'aggravante all'agente e ai concorrenti nel reato (Sez. 2, n. 52025 del 24/11/2016, Vernengo, Rv. 268856.; Sez. 2, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300).

In una occasione la Corte ha affermato che "stante la comunicabilità della circostanza ai corresponsabili nel medesimo reato, è sufficiente che l'aspetto volitivo – espresso nella norma col riferimento al "fine di agevolare" l'associazione mafiosa" – sussista in capo ad alcuni, o anche a uno soltanto di essi", con la precisazione che per i concorrenti "viene in considerazione soltanto l'aspetto conoscitivo, il cui accertamento è sollecitato dal disposto dell'art. 59, comma secondo, cod. pen.". (Sez. 5, n. 10966 del 08/11/2012, dep. 2013, Minniti, Rv. 255206).

In altra occasione la Corte ha ritenuto l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, siccome di natura oggettiva "attenendo alla natura dell'azione", estensibile ai concorrenti ai sensi dell'art. 59, secondo comma, cod. pen., anche quando essi "non siano consapevoli della finalizzazione dell'azione delittuosa a vantaggio di un'associazione di stampo mafioso, ma versino in una situazione di ignoranza colpevole" (Sez. 5, n. 9429 del 13/10/2016 - dep. 2017 -, Mancuso, Rv. 269365).

La configurabilità dell'aggravante a carico dei concorrenti che la abbiano colposamente ignorata, ai sensi dell'art. 59, secondo comma, cod. pen., è stata ritenuta dalla Corte anche in altre sentenze che non affermano espressamente la natura oggettiva della circostanza (Sez. 2, n. 13707 del 11/03/2016, Ciarfaglia, Rv. 266518; Sez. 2, n. 11987 del 18/02/2016, Pantisano Trusciglio, Rv. 266681; Sez. 6, n. 24025 del 30/05/2012, Di Mauro, Rv. 253114), ed è stato precisato che la consapevolezza della finalizzazione dell'azione al finanziamento di un'associazione mafiosa è essenziale alla configurazione dell'aggravante ma non è richiesto che tale consapevolezza sia condivisa da parte di tutti i concorrenti, perché trova applicazione il disposto dell'art. 59, secondo comma, cod. pen., che impone di

valutare le circostanze a carico dell'agente, anche quando le abbia ignorate per sua colpa (Sez. 6, n. 24025 del 30/05/2012, Di Mauro, Rv. 253114).

Pertanto, le sentenze riconducibili all'orientamento che ritiene di natura oggettiva l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, per quanto è dato comprendere dalle succinte motivazioni, non ritengono sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza, un atteggiamento di ignoranza incolpevole.

L'ignoranza incolpevole, secondo tale orientamento, può essere infatti sufficiente ai fini dell'estensione della circostanza ai concorrenti nel reato, ma non per l'integrazione dell'aggravante, per la quale sembra richiesta la sussistenza, in capo ad almeno uno dei concorrenti, oltre all'elemento oggettivo dell'essere la condotta rivolta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso, anche quello soggettivo individuato o nel dolo specifico o nella consapevolezza di tale oggettiva funzionalizzazione della condotta.

Si segnala che nessuna delle sentenze riconducibili all'orientamento che ritiene di natura oggettiva l'aggravante dell'agevolazione dà atto del contrasto sul punto che si è registrato nella giurisprudenza della Corte, né, quindi, si confronta con le argomentazioni poste alla base della tesi contrapposta.

4. L'orientamento intermedio.

L'orientamento intermedio ritiene che la natura dell'aggravante e la relativa disciplina in caso di concorso di persone nel reato dipendano da come la stessa si atteggia in concreto e dal reato a cui essa accede: quando l'aggravante in concreto si configura come un dato oggettivo, che travalica la condotta del singolo agente, e che, piuttosto che denotare una specifica attitudine delittuosa del singolo concorrente, finisce per agevolare la commissione del reato, deve ritenersi estensibile ai concorrenti, in base al principio "*ubi commoda ibi incommoda*" che deve guidare l'interpretazione nei casi dubbi sino a far ritenere oggettive le aggravanti che abbiano facilitato la commissione del reato. (Sez. 2, n. 22153 del 11/12/2018 – dep. 2019 -, Gumari, Rv. 275588; Sez. 6, n. 53646 del 04/10/2017, Aperi, Rv. 271685).

Ciò viene ritenuto ravvisabile con riferimento al reato associativo allorquando la finalità di agevolare un'associazione mafiosa risulta direttamente connessa alla concreta struttura organizzativa dell'associazione semplice, perché questa si pone in collegamento alla associazione mafiosa (vuoi perché la seconda le garantisce spazi di operatività nei territori controllati, oppure avallo e protezione in cambio dello svolgimento a suo vantaggio di parte della propria attività, vuoi perché la prima "foraggia" la seconda o ne reimpiega i profitti, o contribuisce a formare una "cassa comune" o comunque la agevola con altre modalità), e rappresenta un dato

oggettivo e strutturale che riguarda il modo di essere della associazione e, dunque, le modalità di commissione del fatto di reato.

Anche tale orientamento richiede, in via generale, ai fini dell'integrazione dell'aggravante, che l'attività dell'agente esprima comunque una oggettiva capacità di agevolare, almeno potenzialmente, l'associazione criminale, ritenendo necessaria un'interpretazione della norma che prevede l'aggravante in termini che, non confinati entro il tenore letterale della disposizione, si conformino alla struttura di un diritto penale (quale è quello del vigente sistema italiano) del comportamento.

5. I termini del contrasto.

Dall'analisi delle sentenze, e dalla loro lettura anche alla luce delle fattispecie in cui si sono pronunciate, il contrasto sembra, quindi, riguardare:

sia l'individuazione dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, dovendosi stabilire se esso consista nel dolo specifico o nella mera consapevolezza della direzione (o idoneità) della condotta ad agevolare l'attività dell'organizzazione criminale (con la puntualizzazione che entrambe le tesi sono sostenute nell'ambito di ciascuno dei contrapposti orientamenti);

sia il requisito necessario per l'"estensione" o l'applicabilità dell'aggravante ai concorrenti nel reato, individuato nel dolo specifico o nella consapevolezza dalle sentenze riconducibili all'orientamento che la ritiene di natura soggettiva, e anche nella mera ignoranza colposa dalle sentenze che la ritengono invece di natura oggettiva.

Infatti, per quanto attiene all'individuazione dell'elemento soggettivo integrante l'aggravante dell'agevolazione mafiosa:

nell'ambito dell'orientamento che ritiene soggettiva l'aggravante l'elemento psicologico necessario ad integrarla, per alcune sentenze, consiste nel dolo specifico (si vedano *ex multis*: Sez. 5, n. 4037 del 22/11/2013, B., Rv. 258868; Sez.6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro, Rv. 265359; Sez. 6, n. 35677 del 02/05/2017, Mungelli, Rv. 271662; Sez. 6, n. 31874 del 09/05/2017, Ferrante, Rv. 270590; Sez. 6, n. 28212 del 12/10/2017 - dep. 2018 -, Barallo, Rv. 273538; Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017 - dep. 2018 -, Ardente, Rv. 272525; Sez. 1, n. 54085 del 15/11/2017, Quaranta, Rv. 271641; Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018-, Lamanna, Rv. 276150; Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280 – 02; Sez. 6, n. 53691 del 17/10/2018, Belvedere, Rv. 274615; Sez. 6, n. 52910 del 24/10/2018, Vitale, non mass.), mentre, per altre, è ravvisabile nella consapevolezza che la condotta sia funzionale ad agevolare l'organizzazione criminale (Sez. 5, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713; Sez. 3, n. 36364 del 2015, Mancuso, non mass.; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018 , Inzillo, Rv. 274685);

analogamente, anche nell'ambito del contrapposto orientamento che ritiene oggettiva l'aggravante, alcune sentenze richiedono, ai fini della sua integrazione, oltre all'elemento oggettivo inerente le modalità della condotta, che in capo ad almeno uno dei concorrenti sia configurabile il dolo specifico (Sez. 6, n. 19802 del 22/01/2009, Napolitano, Rv. 244261; Sez. 5, n. 10966 del 08/11/2012, dep. 2013, Minniti, Rv. 255206), mentre altre ritengono che, oltre all'elemento oggettivo, sia necessaria e sufficiente, in capo ad almeno uno dei concorrenti, la consapevolezza, della oggettiva finalizzazione dell'azione all'agevolazione dell'attività dell'associazione mafiosa (Sez. 6, n. 24025 del 30/05/2012, Di Mauro, Rv. 253114).

Per quanto riguarda la disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato il contrasto non si riduce alla mera alternativa tra chi sostiene l'applicabilità dell'art. 118, cod. pen., e chi ritiene invece applicabile l'art. 59, secondo comma, cod. pen., e quindi sufficiente l'ignoranza colposa per l'estensione dell'aggravante al concorrente nel reato.

Infatti, nell'ambito dell'orientamento che ritiene di natura soggettiva l'aggravante, si distingue la tesi che richiede, per la sua applicazione al concorrente nel reato, che anch'esso sia animato dal dolo specifico richiesto dalla norma (Sez. 6, n. 35677 del 02/05/2017, Mungelli, Rv. 271662; Sez. 6, n. 8891 del 19/12/2017 - dep. 2018 -, Castiglione, Rv. 272335; Sez. 6, n. 54481 del 06/11/2017, Madaffari, Rv. 271652; **Sez. 2, n. 8452 del 21/01/2019, Riela, Rv. 275611**; si veda anche Sez. 6, n. 29816 del 29/03/2017, Gioffré, Rv. 270602), da quella che ritiene invece sufficiente la mera consapevolezza da parte del concorrente della finalità perseguita dall'agente (in tal senso sembrerebbero orientate: Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270158; Sez. 2, n. 6021 del 29/11/2017 - dep. 2018 -, Lombardo, Rv. 272007; Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280; Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098; Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017 - dep. 2018 -, Ardente, Rv. 272525; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Sez. 1, n. 19818 del 23/05/2017 - dep. 2019 -, Tagliavia, Rv. 276188; Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018 -, Lamanna, Rv. 276150, secondo le quali è sufficiente che il concorrente abbia "fatta propria" la finalità di agevolare l'associazione mafiosa, propria dell'agente).

Controverso risulta pertanto se sia necessario il dolo specifico in capo a ciascun concorrente, se sia sufficiente la consapevolezza da parte del concorrente della finalità perseguita dall'agente, o se sia sufficiente addirittura la sola ignoranza colposa dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa.

L'individuazione dei requisiti necessari per l'applicazione della circostanza in esame al concorrente dipende, altresì, da come si ricostruisca l'elemento soggettivo integrante l'aggravante, essendo evidente che laddove si ritenga sufficiente la mera

consapevolezza dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, ai fini del riferimento dell'aggravante tanto a carico dell'agente, quanto a carico del concorrente, ai sensi dell'art. 118 cod. pen., risulta sufficiente tale mera consapevolezza.

6. Le questioni connesse.

La questione controversa risulta connessa con quella della configurabilità dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa con riferimento ai reati commessi dagli appartenenti al sodalizio, risolta in senso positivo dalle Sezioni unite "Cinalli" (Sez. U, n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, Rv. 218377) , le quali hanno escluso, avuto riguardo all'art. 416-bis cod. pen., che si verta in un'ipotesi di concorso apparente di norme, e quindi che si abbia violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, proprio aderendo alla configurazione dell'aggravante in chiave soggettiva, per la cui integrazione è richiesta la semplice volontà di favorire l'attività dell'organizzazione, indipendentemente dal conseguimento di tale risultato, a differenza del reato associativo che postula un effettivo contributo alla causa comune.

Altra questione connessa a quella oggi sottoposta all'esame delle Sezioni Unite è quella relativa ai requisiti, di natura oggettiva e soggettiva, necessari e sufficienti ad integrare il concorso esterno in associazione mafiosa.

L'interpretazione dell'art. 7 d.l. cit. è infatti condizionata dal tema del concorso esterno, per la necessità di individuare un ambito applicativo autonomo per ciascuna delle due figure.

Secondo la giurisprudenza della Corte, ai fini della configurabilità del concorso esterno, sul fronte dell'elemento oggettivo, è necessario un contributo causale effettivo, da valutarsi *ex post*, al rafforzamento o al consolidamento dell'organizzazione e alla realizzazione, anche parziale, del suo programma criminoso, e sul piano dell'elemento soggettivo è sufficiente il dolo diretto, configurabile anche quando il contributo prestato all'associazione non abbia rappresentato l'obiettivo primario dell'agente ma costituisca il mezzo attraverso il quale raggiungere un diverso scopo finale (Sez. U, n. 16 del 05/10/1994, Demitry, Rv. 199386; Sez. U, n. 22327 del 30/10/2002 - dep. 2003 - Carnevale, Rv. 224181; Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231671)

La differenza con la fattispecie aggravata ai sensi dell'art.7 d.l. cit., in linea teorica, se si riconosce all'aggravante dell'agevolazione mafiosa natura soggettiva, si coglie sotto entrambi i profili, soggettivo e oggettivo: infatti l'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante viene individuato nel dolo specifico (avente, peraltro ad oggetto l'agevolazione dell'attività dell'associazione e non necessariamente il rafforzamento o consolidamento del sodalizio, né la realizzazione

del relativo programma criminoso) mentre l'elemento oggettivo, se e quando richiesto ai fini dell'integrazione dell'aggravante, è individuato nell'idoneità *ex ante* della condotta, non dovendosi realizzare la finalità perseguita dall'agente affinché possa ritenersi sussistente l'aggravante.

Tale differenza, tuttavia, tende ad attenuarsi ove si ritenga che ai fini dell'integrazione dell'aggravante sia sufficiente, quale elemento psicologico, la mera consapevolezza dell'idoneità della condotta ad agevolare l'associazione mafiosa (come nei casi in cui l'autore del delitto così aggravato persegua, anche, un fine diverso, di natura egoistica), nonché nelle fattispecie concrete in cui il delitto commesso, contestato come aggravato dall'art. 7 d.l. cit., agevoli effettivamente l'associazione mafiosa (magari addirittura contribuendo al rafforzamento o consolidamento del sodalizio, e alla parziale realizzazione del relativo programma criminoso, come in molti casi di favoreggiamento personale di un capo mafia latitante).

Anche se si aderisce alla tesi della natura oggettiva dell'aggravante che ritiene integrata la circostanza in caso di mera consapevolezza dell'essere l'azione oggettivamente rivolta ad agevolare l'attività dell'associazione di tipo mafioso, la differenza con il concorso esterno in associazione mafiosa si fa più sottile, essendo entrambe le figure connotate dal dolo generico, che diverge solo per il suo oggetto, peraltro "sfuggente" (idoneità *ex ante*, o *ex post* della condotta, ad agevolare l'attività dell'associazione, o a rafforzare o consolidare il sodalizio), e cogliendosi la differenza sul piano oggettivo della "scivolosa" distinzione tra idoneità *ex ante* della condotta, ed efficienza causale del contributo, secondo una valutazione *ex post*.

La giurisprudenza della Corte, oltre a valorizzare la differenza strutturale tra concorso esterno e fattispecie aggravata dall'agevolazione mafiosa (nel senso che per l'integrazione della circostanza, a differenza che per il concorso esterno, non occorre che la finalità di agevolazione si sia realizzata: in tal senso Sez. U, n. 22327 del 30/10/2002 - dep. 2003 - Carnevale, Rv. 224181), tenendo conto dei casi in cui avviene che tale finalità si sia invece in concreto realizzata, e della necessità di accertamento di un elemento oggettivo anche ai fini del riconoscimento dell'aggravante, ha dato rilievo, ai fini della distinzione tra fattispecie aggravata dall'art. 7 d.l. cit. e concorso esterno in associazione mafiosa, al diverso referente causale del contributo, individuato, nel caso di concorso esterno, nel mantenimento o rafforzamento del sodalizio e, nella fattispecie aggravata dall'agevolazione mafiosa, nella agevolazione dell' "attività" dell'associazione, nonché alla rilevante importanza della "cointeressenza" , che deve caratterizzare il solo concorso esterno (**Sez. 2, n. 8452 del 21/01/2019, Riela, Rv. 275611**).

Con specifico riferimento al favoreggiamento personale aggravato dall'agevolazione mafiosa è stata esclusa la possibilità di configurare il concorso di reati con il concorso esterno in associazione mafiosa, allorquando sia identica la condotta contestata per entrambi i reati, sia per l'espressa riserva contenuta nell'art. 378 cod. pen., sia perché l'aggravante dell'agevolazione coincide con l'attività del concorrente diretta ad avvantaggiare l'associazione, con la conseguenza che, nel caso in cui un pubblico ufficiale dia sistematicamente informazioni ad uno o più associati su indagini a carico di essi o dell'intero sodalizio, sarà configurabile il concorso nel reato associativo che assorbe quello di favoreggiamento aggravato (Sez. 4, n. 2100 del 10/09/1996 - dep. 1997 - , Mastrorosa, Rv. 208781. Nello stesso senso anche Sez. 2, n. 18376 del 21/03/2013, Cuffaro, Rv. 255838, secondo cui esiste, per previsione normativa un'incompatibilità strutturale tra il reato di favoreggiamento e quello di favoreggiamento aggravato ai sensi dell'art. 7, realizzati attraverso una medesima condotta).

7. La giurisprudenza della Corte relativa ad altre aggravanti soggettive, e in tema di estensione ai concorrenti delle aggravanti soggettive.

In considerazione dei rilievi mossi dalla dottrina in ordine all'incompatibilità con il principio di offensività di una configurazione dell'aggravante in chiave meramente psicologica appare opportuno qualche cenno in ordine alla giurisprudenza della Corte in tema di altre aggravanti soggettive.

Al riguardo si segnala che, da un lato, la Corte, con riferimento ad altre aggravanti integrate da un elemento di natura psicologica, non ha trovato difficoltà a giustificare l'aumento di pena in ragione di "un atteggiamento interiore particolarmente riprovevole" (Sez. U, n. 40516 del 23/06/2016, Del Vecchio, Rv. 267629, con riferimento all'aggravante della crudeltà) o di "un istinto criminale più spiccato e della più grave pericolosità del soggetto" (Sez. 1, n. 13596 del 28/09/2011 - dep. 2012 -, Corodda, Rv. 252348 e precedenti ivi richiamati, con riferimento all'aggravante dei futili motivi), dando rilievo alle modalità dell'azione in cui tale atteggiamento si è manifestato al solo fine di evitare le derive di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, ma senza porsi, riguardo agli elementi accidentali del reato, questioni di compatibilità con il principio di offensività.

Dall'altro lato invece, avuto riguardo all'evoluzione normativa che ha caratterizzato l'aggravante della finalità di terrorismo, è stata messa in luce la rilevanza, proprio sul piano dell'offensività, dell'elemento oggettivo dell'idoneità della condotta a produrre il danno che l'agente si prefigge come fine della sua azione. (Sez. 6, n. 28009 del 15/05/2014, Alberto, Rv. 260077).

Inoltre sembra rilevante, in ordine al contrasto in rassegna, tener conto della giurisprudenza della Corte in tema di estensione ai concorrenti di altre aggravanti soggettive.

Al riguardo si segnala che le circostanze aggravanti soggettive concernenti «le condizioni e le qualità personali del colpevole» (quali ad esempio la qualità di custode di cui all'art. 349, secondo comma, cod. pen.) e quelle riguardanti «i rapporti fra il colpevole e l'offeso», non contemplate dall'art. 118 cod. pen., sono state ritenute, dalla giurisprudenza della Corte prevalente almeno fino al 2010, estensibili ai concorrenti, col solo temperamento di cui all'art. 59, secondo comma cod. pen., cioè in quanto conosciute o conoscibili da parte del concorrente nel reato (si vedano, con riguardo all'aggravante di cui all'art. 349, secondo comma, cod. pen.: Sez. 6, n. 6577 del 26/04/1991, Cuomo, Rv. 187421; Sez. 6, n. 5218 del 10/03/1993, Ferrara, Rv. 194020; Sez. 6, n. 853 del 24/03/1993, Sorrentino, Rv. 194189; Sez. 6, n. 2732 del 20/01/1994, Mazzaglia, Rv. 198249; Sez. 3, n. 35500 del 30/05/2003, Vaghih, Rv. 225878; Sez. 3, n. 35550 del 20/05/2010, Coppola, Rv. 248365; Sez. 3, n. 2283 del 24/11/2017 – dep. 2018 -, Marrone, Rv. 272358; con riferimento all'aggravante di cui all'art. 353, secondo comma, cod. pen.: Sez. 6, n. 18310 del 24/04/2007, Cristiano, Rv. 236455; Sez. 5, n. 806 del 08/03/1993, Arena, Rv. 194140; Sez. 1, n. 4836 del 27/01/2005, Scianna, Rv. 230614; con riferimento a circostanze aggravanti inerenti i rapporti fra il colpevole e l'offeso: Sez. 3, n. 8328 del 30/06/1994, Montegrandi, Rv. 198700).

Tuttavia, fin dai primi anni 90 del secolo scorso la Corte (Sez. 1, n. 297 del 23/09/1991 - dep. 1992 -, Cappelletti, Rv. 190725), rilevando che la riforma del 1990 ha voluto rendere sempre più operativo nella normativa il principio della personalità della responsabilità penale ritenendo estensibili ai concorrenti solo "quelle circostanze la cui ragione giustificativa sia tale da coinvolgerlo", ha segnalato le notevoli perplessità aperte dall'interpretazione del nuovo testo dell'art. 118 cod. pen., stante il raccordo esistente tra esso e la modifica dell'art. 59 cod. pen. in materia di regime di imputazione delle circostanze, ritenendo non accettabile l'interpretazione secondo cui le aggravanti soggettive non riconducibili a quelle elencate dall'art. 118 cod. pen. dovrebbero ritenersi applicabili al concorrente purché conosciute o ignorate per colpa "perché dilaterebbe eccessivamente l'area di estensibilità al concorrente delle circostanze, in modo irragionevole e, per certi aspetti, anche oltre i limiti indicati dalla norma precedente che prevedeva la comunicabilità delle circostanze aggravanti soggettive solo quando avevano agevolato la esecuzione del reato".

A partire dal secondo decennio del nuovo secolo si è, quindi, andata affermando nella giurisprudenza della Corte, con specifico riferimento alle circostanze

concernenti «le condizioni e le qualità personali del colpevole» (quali ad esempio la qualità di custode di cui all'art. 349, secondo comma, cod. pen. e quella prevista dall'art. 61, n. 6) cod. pen.) e quelle riguardanti «i rapporti fra il colpevole e l'offeso» (quali quella di cui all'art. 4, n. 3, legge 20 febbraio 1958, n. 75, o quella relativa al rapporto di parentela con la vittima prevista dall'art. 600-sexies cod. pen.), un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 118 cod. pen., alla luce degli art. 3, 13 e 27 Cost., secondo cui le circostanze soggettive non riconducibili a quelle indicate nell'art. 118 cod. pen., sono estensibili ai concorrenti solo se, oltre ad essere conosciute dal concorrente, abbiano agevolato la commissione del reato, in quanto una diversa interpretazione comporterebbe un'irragionevole compressione della libertà personale in evidente difetto di esigenze rieducative, del concorrente nel reato attraverso l'assoggettamento a un aumento della durata della detenzione (Sez. 2, Sentenza n. 22136 del 19/02/2013, Nisi, Rv. 255728; Sez. 4, n. 27046, del 01/03/2016, M., Rv. 267731; Sez. 3, Sentenza n. 38870 del 05/04/2018, B., Rv. 273706. Nello stesso senso, ma senza ricorrere a un'interpretazione costituzionalmente orientata: Sez. 3, n. 5029 del 18/10/2011 - dep. 2012 -, Ventura, Rv. 252086).

Specularmente, con riferimento alle aggravanti soggettive riconducibili a quelle elencate nell'art. 118 cod. pen., la Corte (Sez. 1, n. 7205 del 17/05/1994, Caparrotta, Rv. 199812), fin dai primi anni di applicazione della novella del 1990, ha rilevato che la loro rilevanza "strettamente individuale .. ne giustifica l'ambito di applicazione rispetto alla persona a cui si riferiscono", precisando, tuttavia, che in tale ambito, se la recidiva e l'imputabilità, quali circostanze "inerenti la persona del colpevole" sono in ogni caso inestensibili al concorrente, altre circostanze, come quella della premeditazione, "appaiono invece dotate di una potenziale forza espansiva, il cui concreto dispiegarsi deve essere accertato di volta in volta". E siccome la locuzione usata dal legislatore nell'art. 118 cod. pen. comporta un *quid pluris* rispetto alla previsione di cui all'art. 59, secondo comma cod. pen., altrimenti la norma sarebbe priva di un contenuto precettivo autonomo, la mera conoscibilità non è ritenuta sufficiente perché la premeditazione possa comunicarsi al concorrente, mentre la conoscenza effettiva legittima pienamente la sua estensione: "se, infatti il concorrente, pur non avendo direttamente premeditato l'omicidio, nondimeno ad esso partecipa nella piena consapevolezza, maturata prima dell'esaurirsi del proprio volontario apporto alla realizzazione dell'evento criminoso, della altrui premeditazione, la sua volontà, adesiva al progetto, investe e fa propria la particolare intensità dell'altrui dolo, talchè la relativa aggravante non può non essere riferita anche a lui, così come richiede il nuovo art. 118 cod. pen." (così, testualmente: Sez. 1, n. 7205 del 17/05/1994, Caparrotta, Rv. 199812; nello stesso senso: Sez. 5, n. 8346 del 26/06/1997, Morelli, Rv. 208704, ove la corte ha precisato che la

premeditazione attiene all'intensità del dolo; Sez. 1, n. 6182 del 28/04/1997, Matrone, Rv. 207997; Sez. 1, n. 12595 del 16/11/1998, Hass, Rv. 211772; Sez. 1, n. 12473 del 19/12/2001 - dep. 2002 -, Vaccaro, Rv. 221526; Sez. 1, n. 22773 del 25/03/2002, Grimoli, Rv. 221479; Sez. 1, n. 12879 del 24/01/2005, Bagarella, Rv. 231124; Sez. 2, n. 21956 del 16/03/2005, Laraspata, Rv. 231974; Sez. 1, n. 40237 del 10/10/2007, Cacisi, Rv. 237866; Sez. 5, n. 29202 del 11/03/2014, C., Rv. 262383; Sez. 6, n. 56956 del 21/09/2017, Argentieri, Rv. 271952).

Analogamente, anche la circostanza aggravante dell'aver agito per motivi abietti e futili - ritenuta dalla Corte di natura soggettiva, siccome attinente all'intensità del dolo -, ai sensi dell' art. 118 cod. pen., viene ritenuta configurabile a carico del "concorrente che, con il proprio volontario contributo, abbia dato adesione alla realizzazione dell'event*o,* rappresentandosi e condividendo gli sviluppi dell'azione esecutiva posta in essere dall'autore materiale del delitto e, perciò, maturando e facendo propria la particolare intensità del dolo che abbia assistito quest'ultima" (Sez. 1, n. 6775 del 28/01/2005, Erra, Rv. 230147; Sez. 1, n. 13596 del 28/09/2011 - dep. 2012 -, Corodda, Rv. 252348; Sez. 1 , n. 50405 del 10/07/2018, Gjergji, Rv. 274538).

Più articolata è, invece, la giurisprudenza della Corte in ordine all'applicabilità dell'aggravante del nesso teleologico al concorrente nel reato.

Se, infatti, può dirsi pacifico il riconoscimento della natura soggettiva di tale aggravante (*ex multis*: Sez. 1, n. 12584 del 21/10/1994, Riola, Rv. 200071; Sez. 5 n. 1149 del 28/10/1996 - dep. 1997 -, Di Micco, Rv. 206915; Sez. 5, n. 11497 del 26/09/2000, Carbone, Rv. 217977; Sez. 5, n. 57488 del 06/11/2017, Pesarini, Rv. 271873), per lo più inquadrata tra quelle concernenti i motivi a delinquere, tuttavia si registrano differenze, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, in ordine alla configurazione dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, e quindi anche a riconoscerne la sussistenza in capo al concorrente nel reato ai sensi dell'art. 118 cod. pen..

Alcune sentenze, infatti, configurando l'elemento soggettivo integrante l'aggravante del nesso teleologico in termini di "dolo diretto o intenzionale", richiedono, ai fini della sua applicazione al concorrente nel reato, che costui abbia "voluto la finalità conseguita dall'agente" (Sez. 1, n. 12584 del 21/10/1994, Riola, Rv. 200071) ritenendo non sufficiente che il concorrente abbia consapevolezza della finalità del compartecipe (Sez. 5 n. 1149 del 28/10/1996 - dep. 1997 -, Di Micco, Rv. 206915; nello stesso senso sembra orientata Sez. 5, n. 11497 del 26/09/2000, Carbone, Rv. 217977 che ammette la configurabilità dell'aggravante in caso di cd. "dolo condizionato, ben distinto dal dolo eventuale, che concerne la direzione dell'azione voluta all'evento in concreto verificatosi").

Per altre pronunce, invece, l'aggravante in questione può estendersi al concorrente purché "i motivi a delinquere dell'autore della condotta" rientrino "nella rappresentazione e volizione, anche solo sotto il profilo del dolo eventuale, del concorrente" (Sez. 1, n. 20756 del 02/02/2018, Giangreco, Rv. 273125).

Quest'ultima posizione sembra coerente con l'orientamento secondo cui l'aggravante soggettiva del nesso teleologico "trova fondamento nella consapevole accettazione della commissione di un altro reato, sì che la stessa è pienamente compatibile col dolo indiretto nelle sue due forme del dolo alternativo e di quello eventuale" (Sez. 5, n. 57488 del 06/11/2017, Pesarini, Rv. 271873; nello stesso senso si era già espressa Sez. 1, n. 9068 del 07/06/1979, La Neve, Rv. 143298; sembrerebbe, invece richiedere il dolo diretto: Sez. 5, n. 11497 del 26/09/2000, Carbone, Rv. 217977).

Diversamente la Corte, in tema di reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ha ritenuto che la circostanza aggravante del fine di profitto, prevista dall'art. 12, comma 3-ter, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286 (ritenuta "indiscutibilmente" di natura soggettiva, essendo incentrata su una particolare motivazione a delinquere e sulla specifica direzione finalistica del dolo e della condotta), non sia applicabile ai concorrenti nel reato che, pur consapevoli del profitto altrui, non abbiano agito in base a tale finalità (**Sez. 1 , n. 35510 del 30/05/2019, Fantini, Rv. 276613**, relativa a una fattispecie in cui la Corte ha escluso che l'aggravante fosse ravvisabile riguardo a un imputato che aveva agito per fini non patrimoniali, volendo far giungere in Italia la moglie a la figlia).

Tanto si evidenzia in questa sede in quanto, secondo la giurisprudenza della Corte la natura soggettiva di una circostanza aggravante, quand'anche riconducibile a quelle espressamente contemplate dall'art. 118 cod. pen., non ne esclude automaticamente l'applicazione ai concorrenti che siano stati consapevoli della sua sussistenza.

8. La decisione delle Sezioni Unite: l'informazione provvisoria.

Il contrasto è stato rimesso alle Sezioni unite, e la questione controversa è stata così formulata : "Se l'aggravante speciale già prevista dall'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, ed oggi inserita nell'art. 416-bis.1 cod. pen., che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata "al fine di" agevolare l'attività delle associazioni mafiose, abbia natura "oggettiva" concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura "soggettiva" concernendo la direzione della volontà".

Le Sezioni unite si sono pronunciate con sentenza in data 19/12/2017, imp. Chioccini.

Di tale decisione è ad oggi nota la sola informazione provvisoria, del seguente tenore: "L'aggravante agevolativa dell'attività mafiosa ha natura soggettiva e si applica al concorrente solo se da lui conosciuta".

Dall'informazione provvisoria emerge, quindi, che il Supremo consesso si è discostato dall'orientamento che ritiene l'aggravante di natura oggettiva ed estensibile anche ai concorrenti che la abbiano colposamente ignorata.

Deve attendersi invece il deposito della motivazione per comprendere se le Sezioni unite abbiano ritenuto sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante, la sussistenza di un elemento di tipo psicologico, o abbiano ritenuto necessario anche un elemento di natura oggettiva, e se tale elemento psicologico consista nel dolo specifico o nella mera consapevolezza dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 9068 del 07/06/1979, La Neve, Rv. 143298
Sez. 6, n. 6577 del 26/04/1991, Cuomo, Rv. 187421
Sez. 5, n. 806 del 08/03/1993, Arena, Rv. 194140
Sez. 6, n. 5218 del 10/03/1993, Ferrara, Rv. 194020
Sez. 6, n. 853 del 24/03/1993, Sorrentino, Rv. 194189
Sez. 6, n. 2732 del 20/01/1994, Mazzaglia, Rv. 198249
Sez. 1, n. 7205 del 17/05/1994, Caparrotta, Rv. 199812
Sez. 3, n. 8328 del 30/06/1994, Montegrandi, Rv. 198700
Sez. U, n. 16 del 05/10/1994, Demitry, Rv. 199386
Sez. 1, n. 12584 del 21/10/1994, Riola, Rv. 200071
Sez. 4, n. 2100 del 10/09/1996 - dep. 1997 - , Mastrorosa, Rv. 208781
Sez. 6, n. 9691 del 19/09/1996, Mango, Rv. 206013
Sez. 5 n. 1149 del 28/10/1996 - dep. 1997 -, Di Micco, Rv. 206915
Sez. 6, n. 2730 del 28/01/1997, Accetta, Rv. 207532
Sez. 1, n. 6182 del 28/04/1997, Matrone, Rv. 207997
Sez. 6, n. 5991 del 14/03/1997, Vasile Rv. 208202
Sez. 5, n. 8346 del 26/06/1997, Morelli, Rv. 208704
Sez. 1, n. 12595 del 16/11/1998, Hass, Rv. 211772
Sez. 5, n. 11497 del 26/09/2000, Carbone, Rv. 217977
Sez. 6, n. 11008 del 07/02/2001, Trimigno, Rv. 218783
Sez. U, n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, Rv. 218377
Sez. 1, n. 12473 del 19/12/2001 - dep. 2002 -, Vaccaro, Rv. 221526
Sez. 1, n. 22773 del 25/03/2002, Grimoli, Rv. 221479
Sez. U, n. 22327 del 30/10/2002 - dep. 2003 - Carnevale, Rv. 224181
Sez. 3, n. 35500 del 30/05/2003, Vaghih, Rv. 225878
Sez. 1, n. 12879 del 24/01/2005, Bagarella, Rv. 231124
Sez. 1, n. 4836 del 27/01/2005, Scianna, Rv. 230614
Sez. 1, n. 6775 del 28/01/2005, Erra, Rv. 230147
Sez. 2, n. 21956 del 16/03/2005, Laraspata, Rv. 231974
Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231671
Sez. 6, n. 18310 del 24/04/2007, Cristiano, Rv. 236455
Sez. 1, n. 40237 del 10/10/2007, Cacisi, Rv. 237866
Sez. U, n. 337 del 18/12/2008, dep. 2009, Antonucci, Rv. 241578
Sez. 6, n. 19802 del 22/01/2009, Napolitano, Rv. 244261
Sez. 3, n. 35550 del 20/05/2010, Coppola, Rv. 248365
Sez. 1, n. 13596 del 28/09/2011 - dep. 2012 -, Corodda, Rv. 252348

Sez. 3, n. 5029 del 18/10/2011 - dep. 2012 -, Ventura, Rv. 252086
Sez. 6, n. 24025 del 30/05/2012, Di Mauro, Rv. 253114
Sez. 1, n. 49086 del 24/05/2012, Acanfora, Rv. 253962
Sez. 5, n. 10966 del 08/11/2012, dep. 2013, Minniti, Rv. 255206
Sez. 2, n. 22136 del 19/02/2013, Nisi, Rv. 255728
Sez. 2, n. 18376 del 21/03/2013, Cuffaro, Rv. 255838
Sez. 5, n. 4037 del 22/11/2013, B., Rv. 258868
Sez. 5, n. 29202 del 11/03/2014, C., Rv. 262383
Sez. 6, n. 29311 del 03/12/2014 - dep. 2015 -, Cioffo, Rv. 264082
Sez. 5, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713
Sez. 2, n. 12622 del 13/02/2015, Cosentino, Rv. 262776
Sez. 3, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso, non mass.
Sez.6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro, Rv.265359
Sez. 3, n. 9142 del 13/01/2016, Basile, Rv. 266464
Sez. 2, n. 11987 del 18/02/2016, Pantisano Trusciglio, Rv. 266681
Sez. 4, n. 27046, del 01/03/2016, M., Rv. 267731
Sez. 2, n. 13707 del 11/03/2016, Ciarfaglia, Rv. 266518
Sez. U, n. 40516 del 23/06/2016, Del Vecchio, Rv. 267629
Sez. 5, n. 9429 del 13/10/2016 - dep. 2017 -, Mancuso, Rv. 269365
Sez. 2, n. 52025 del 24/11/2016, Vernengo, Rv. 268856
Sez. 2, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300
Sez. 6, n. 29816 del 29/03/2017, Gioffré, Rv. 270602
Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270158
Sez. 6, n. 31874 del 09/05/2017, Ferrante, Rv. 270590
Sez. 6, n. 35677 del 02/05/2017, Mungelli, Rv. 271662
Sez. 1, n. 19818 del 23/05/2017 - dep. 2019 -, Tagliavia, Rv. 276188
Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098
Sez. 6, n. 56956 del 21/09/2017, Argentieri, Rv. 271952
Sez. 6, n. 28212 del 12/10/2017 - dep. 2018 -, Barallo, Rv. 273538
Sez. 6, n. 54481 del 06/11/2017, Madaffari, Rv. 271652
Sez. 5, n. 57488 del 06/11/2017, Pesarini, Rv. 271873
Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017 - dep. 2018 -, Ardente, Rv. 272525
Sez. 1, n. 54085 del 15/11/2017, Quaranta, Rv. 271641
Sez. 3, n. 2283 del 24/11/2017 – dep. 2018 -, Marrone, Rv. 272358
Sez. 2, n. 6021 del 29/11/2017 - dep. 2018 -, Lombardo, Rv. 272007
Sez. 6, n. 8891 del 19/12/2017 - dep. 2018 -, Castiglione, Rv. 272335
Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018-, Lamanna, Rv. 276150
Sez. 3, n. 38870 del 05/04/2018, B., Rv. 273706

Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280
Sez. 1, n. 50405 del 10/07/2018, Gjergji, Rv. 274538
Sez. 6, n. 53691 del 17/10/2018, Belvedere, Rv. 274615
Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685
Sez. 6, n. 52910 del 24/10/2018, Vitale, non mass.
Sez. 2, n. 8452 del 21/01/2019, Riela, Rv. 275611
Sez. 1, n. 35510 del 30/05/2019, Fantini, Rv. 276613

CAPITOLO II

IL DELITTO DI SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO TRA EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI E NOVITÀ NORMATIVE

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: PARTE I: LA «"MAFIOSITÀ" DEL CONTESTO» NELLE PIÙ RECENTI PRONUNCE DI LEGITTIMITÀ. 1. Introduzione. 2. Indiziarietà dell'intesa di scambio politico-mafioso. Il piano della prova. 2.1. (Segue) Il piano della rilevanza sostanziale della «"mafiosità" del contesto» di maturazione del reato. 2.2. (Segue) Esempi di contesti mafiosi rilevanti ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen. 3. «Autorità mafiosa» del promittente. 4. Evoluzione giurisprudenziale sulle «modalità [di procacciamento dei voti] di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis [cod. pen.]». 5. Confronto tra passato e presente: elementi di differenziazione …. 5.1. (Segue) … e possibili convergenze. PARTE II: LE MODIFICHE DELLA LEGGE 21 MAGGIO 2019, N. 43, ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. 6. Le novità normative in estrema sintesi. 7. Gli autori del reato: l'espressa menzione degli intermediari …. 7.1. (Segue) … e dell'appartenente «alle associazioni di cui all'articolo 416-bis cod. pen.». 8. L'elemento oggettivo: la semplice «disponibilità» del promissario «a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa» …. 8.1. (Segue) … e l'aumento di pena in caso di vittoria del promissario alle elezioni. PARTE III: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 41 DELL'8 MARZO 2019. 9. Legittimità costituzionale delle leggi regionali che prevedono l'obbligatorietà della costituzione di parte civile nei procedimenti per il delitto di cui all'art. 416-*ter* cod. pen.

PARTE I: LA «"MAFIOSITÀ" DEL CONTESTO» NELLE PIÙ RECENTI PRONUNCE DI LEGITTIMITÀ

1. Introduzione.

Proprio a ridosso della pubblicazione della legge 21 maggio 2019, n. 43, intitolata: «Modifica all'art. 416-ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso» ed entrata in vigore l'11 giugno 2019, si registrano due arresti ravvicinati della Corte di cassazione – **Sez. 5, n. 26426 del 07/05/2019, Rv. 275638-01, Merola, e Sez. 6, n. 9442 del 20/02/2019, Rv. 275157-01, P.M. in proc. Zullo** – conformi nell'enunciare il principio della desumibilità in via indiziaria della prova dell'intesa di scambio. L'enunciazione di tale principio si affaccia per la prima volta nel circuito delle massime, anche se, in quello dei provvedimenti per esteso, già era stata compiuta dalle due gemelle Sez. 6, n. 18846 del 23/02/2018, Eboli, e Sez. 6, n. 18844 del 23/02/2018, Pignataro, cui si aggiunge, in relazione alla medesima vicenda, la consorella Sez. 6, n. 22840 del 18/04/2018, Cesarano. Infine, **Sez. 5, n. 26426 del 2019**, e **Sez. 6, n. 9442 del 2019**, sono espressamente richiamate e condivise da **Sez. 5, n. 47269 del 15/07/2019, Alcamo**. L'obiettiva rilevanza del principio ne impone una trattazione autonoma, che, per ragioni di convenienza espositiva, pare opportuno anteporre all'analisi degli aggiornamenti

normativi. In questo modo, quest'ultima potrà criticamente giovarsi dell'esposizione dell'evoluzione giurisprudenziale esitata nel principio stesso, arricchendosi, però, nel contempo, di una sintesi delle riformate caratteristiche del delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen., condotta sulla retrospettiva dei precedenti più rappresentativi.

2. Indiziarietà dell'intesa di scambio politico-mafioso.

Il piano della prova. **Sez. 5, n. 26426 del 2019**, e **Sez. 6, n. 9442 del 2019**, affermano concordemente il principio – che si riporta nella formulazione della massima ricavata da quest'ultimo arresto "sub" **Rv. 275157-01** – per cui «l'esistenza dell'intesa per il procacciamento di consensi elettorali con ricorso a modalità mafiose può desumersi anche in via indiziaria, mediante la valorizzazione di indici fattuali sintomatici della natura dell'accordo, quali la fama criminale del procacciatore, l'assoggettamento alla forza intimidatrice promanante dagli affiliati ad associazione di tipo mafioso e l'utilità del loro apporto per il reclutamento elettorale nella zona d'influenza, risultando, per converso, irrilevante il "post factum" costituito dal mancato incremento delle preferenze». A prima lettura, sembrerebbe che la portata del principio si esaurisca sul piano esclusivamente probatorio, enunciando esso due cose:

- che la prova dell'intesa illecita – corrente tra chi promette i voti (ossia il "promittente", che può essere un appartenente ad un'associazione di tipo mafioso o un emissario non intraneo della stessa ovvero "tout court" un "extraneus") e chi accetta la promessa del medesimo (ossia il "promissario", che può essere l'uomo politico o un suo collaboratore o un suo sostenitore o altri avente comunque interesse alla sua elezione) – può essere ricavata anche indiziariamente da una serie di «indicatori sintomatici» esemplificativamente elencati (tanto per recuperare il linguaggio di **Sez. 5, n. 26426 del 2019**);

- che nel perimetro di detta prova non è compreso l'incremento delle preferenze, non costituendo dunque questo un fattore condizionante l'affermazione giudiziale di esistenza dell'intesa stessa.

2.1. (Segue) Il piano della rilevanza sostanziale della «"mafiosità" del contesto» di maturazione del reato.

Il piano probatorio, tuttavia, rappresenta una finestra aggettante sulla realtà fenomenica, di cui consente la rappresentazione in giudizio mediante l'ingresso dei rammentati «indicatori sintomatici». La pregnanza di questi ultimi, polarizzati sulla fama criminale del procacciatore e sul controllo territoriale dell'associazione di tipo mafioso, consente di reputare raggiunta, e quindi provata, l'intesa ogniqualvolta il terreno di coltura degli accordi sia intriso di mafiosità e l'interlocutore del

promissario, ben lungi dall'essere un suo, pur potente, ma onesto sostenitore, goda, non di una generica fama criminale, ma a sua volta di una specifica credibilità mafiosa (che può derivargli – secondo una graduazione decrescente – dall'appartenenza in sé all'associazione, ovvero dalla vicinanza alla stessa o a sue propaggini ovvero ancora dalla mera capacità di intrattenere rapporti con i suoi esponenti di livello tendenzialmente non basilare). In buona sostanza, quel che gli arresti più recenti paiono dire è che, in un contesto mafioso, è di per sé "significativo" – e dunque probatoriamente concludente, salve emergenze di segno contrario – che un politico si rivolga ad un mafioso o ad un soggetto "in odore di mafia" per stipulare un accordo finalizzato alla raccolta di voti sul territorio sottoposto a controllo. La «"mafiosità" del contesto» (**Sez. 5, n. 26426 del 2019**, par. 1.1, p. 6) costituisce l'unica spiegazione plausibile della condotta del politico, istante per l'incetta di suffragi presso chi sa ragionevolmente avere un "background" sufficiente a garantirgliela. Tale, in effetti, è la testuale conclusione – oltreché, nuovamente, di **Sez. 5, n. 26426 del 2019**, par. 2.1, p. 7: «[…] si deve rilevare come non si sia individuata alcuna altra ragione per la quale il candidato alle elezioni del consiglio regionale, [promissario], si sia rivolto al [promittente], [per il] tramite [del]l'intermediario […], se non quella della sua prossimità al clan mafioso di riferimento del territorio, capeggiato dai […]», in una realtà territoriale così sovrastata dal controllo camorristico che il clan costringeva i candidati, con metodi autenticamente estorsivi, ad avvalersi di una certa cooperativa per l'affissione dei manifesti elettorali – anche di **Sez. 5, n. 47269 del 2019**, par. 2.1.3, pp. 3 e 4, che, pur'essa ragionando del «contesto mafioso» in quel di Trapani, replica addirittura fraseologia e costrutti del precedente, limitandosi ad aggiungere, quanto all'intermediario tra una candidata alle elezioni regionali siciliane e la famiglia mafiosa imperante del trapanese, che «anzi proprio l'intermediazione d[el medesimo …], quale soggetto ritenuto insospettabile, ha consentito che si concludesse l'accordo». Il risultato probatorio, compenetrando la lettura fenomenico-ricostruttiva del singolo episodio di contiguità politico-mafiosa con la prova logica dell'unica spiegazione plausibile – alle date condizioni – della condotta del politico, si preserva da ricadute apodittiche, ossequiando il canone della ragionevolezza. D'altra parte, ad avere "appeal" sul politico è la potenza mafiosa di per sé considerata, in grado di astrattamente assicurargli, nel territorio, il "consenso coatto" degli assoggettati, ossia quella marcia in più che al medesimo serve per sbaragliare la concorrenza dei contendenti leali nella competizione elettorale. Icasticamente, Sez. 6, n. 18844 del 2018, scrive che «la "logica causale" dell'accordo e della scelta dell'interlocutore, da parte del candidato, è determinata proprio dalla

fama criminale del promittente e dalla consapevolezza delle modalità con cui sarà attuato il reclutamento elettorale» (primo par. di p. 7, virgolette aggiunte).

2.2. (Segue) Esempi di contesti mafiosi rilevanti ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen.

L'insegnamento testé illustrato trova plastica rispondenza nel raffronto del principio riprodotto in apertura con la fattispecie su cui è intervenuta **Sez. 6, n. 9442 del 2019**. Si verteva della promessa di chi, in tesi d'accusa, si assumeva essere il capo dell'associazione camorristica egemone di procurare voti ad un candidato alle elezioni comunali – accettante a mezzo del solito intermediario – in cambio della successiva costituzione di una cooperativa di ex-detenuti da assumere per lo svolgimento di servizi di pubblica utilità. I giudici della cautela, pur ritenuta fondata in fatto l'ipotesi accusatoria, avevano respinto la richiesta di misura per difetto dei gravi indizi di colpevolezza, in quanto era stata annullata dal tribunale del riesame, per mancata prova della mafiosità del clan, l'ordinanza con cui al promittente – condannato decenni addietro per il delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen. – era stato contestato di esserne il capo; le estorsioni al medesimo contestate in altro procedimento cautelare non erano aggravate dal metodo mafioso e l'intesa raggiunta non aveva prodotto risultati, avendo il candidato ottenuto, nella zona controllata dal clan, lo stesso numero di preferenze registrate nella precedente tornata elettorale. La Corte, rilevato tra l'altro come l'ordinanza sulla partecipazione del promittente ad un clan camorristico nella qualità di capo sia stata annullata in sede di legittimità, ritiene che, in relazione al voto di scambio, medesimamente i giudici di merito siano incorsi in errore, «per un verso, valorizzando una circostanza, quella del numero delle preferenze conseguite dal candidato […], che costituisce un "post factum" del tutto irrilevante ai fini della configurabilità del delitto in argomento, tenuto conto che è pacifico che questo illecito si consuma nel momento dello scambio delle promesse, a nulla rilevando l'eventuale mancato rispetto degli impegni assunti; per altro verso, sminuendo la portata indiziaria di una serie di elementi di conoscenza offerti dalle carte del procedimento – quali i gravi e specifici precedenti penali del [promittente], l'assenza di un qualsivoglia impegno lavorativo lecito da parte di quest'ultimo ed il tenore delle propalazioni al riguardo fornite da [un] collaboratore di giustizia […] – da [cui] sarebbe stato ben possibile desumere la più che probabile certezza che le parti di quell'accordo avessero dato per scontato che, per la notoria fama criminale del promittente, la promessa di ricerca di quei voti si sarebbe tradotta in una campagna di reclutamento attuata mediante forme di condizionamento basate sul compimento di atti di prepotenza e di sopraffazione tipici dell'agire mafioso» (par. 4, p. 5). Nella direzione dell'assorbente consistenza

della «notoria fama criminale del promittente», ancor più emblematico è forse il caso di Sez. 6, n. 18844 del 2018 (comune a Sez. 6, n. 22840 del 2018, e Sez. 6, n. 18846 del 2018, come indicato nel par. 1). Originariamente contestata, anche questa volta in sede cautelare, la duplice violazione degli artt. 416-bis e 416-ter cod. pen., il tribunale del riesame aveva ritenuto insussistenti i gravi indizi di colpevolezza rispetto al primo delitto, nondimeno confermando l'ordinanza genetica con riferimento al voto di scambio politico-mafioso, intercorso tra un noto pluriomicida, già appartenuto alla N.C.O. e successivamente condannato quale esponente di vertice di un clan camorristico, ed un consigliere comunale che, in cambio di sostegno per le imminenti elezioni, aveva promesso di «attivarsi sul fronte politico-amministrativo per ottenere una modifica dello strumento urbanistico comunale, necessaria per la realizzazione di un progetto edilizio di interesse d[i detto pregiudicato] e [e di un] suo stretto collaboratore» (par. 1 del «Ritenuto in fatto», p. 2). Alla censura difensiva volta a dedurre l'erroneità del provvedimento impugnato nella parte in cui, facendo riferimento alla risalente fama criminale del promittente in funzione della partecipazione ad organizzazioni ormai estinte, aveva aderito ad un'inammissibile interpretazione estensiva dell'art. 416-ter cod. pen., non considerando come questo presupponga invece l'esistenza in vita di un'associazione di stampo mafioso, risponde la Corte che, in realtà, i giudici di merito avevano descritto e valorizzato «una pluralità di condotte del [promittente]», tra cui in specie quella di irrogare punizioni e di «dirimere controversie», «dimostrativ[e] degli interessi illeciti coltivati in costanza di detenzione [peraltro scontata in regime domiciliare per motivi di salute che non gli impedivano di circolare liberamente], della considerazione di cui ancora gode[va] e dell'abituale ricorso a modalità mafiose e violente per preservare e consolidare fama e potere criminale nel territorio e nell'ambiente, in cui storicamente aveva operato in posizione egemone, di matrice e marca camorristica» (par. 1, p. 4). In ragione di ciò, correttamente il tribunale aveva «valorizzato la consapevolezza del [promissario] della caratura criminale e del potere di controllo esercitabile dal [promittente] su un consistente numero di elettori», «in forza della capacità intimidatoria», «indipendentemente dalla attuale disponibilità di un proprio sodalizio, potendo [egli], comunque, disporre di fidati collaboratori e di fedeli esecutori dei suoi ordini» (par. 1, p. 5).

3. «Autorità mafiosa» del promittente.

La rilevanza, nella dinamica del delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen., della «notoria fama criminale» (**Sez. 6, n. 9442 del 2019**, loc. ult. cit.) o dell'«autorità mafiosa» del promittente (Sez. 6, n. 18844 del 2018, par. 1, p. 6), non obnubila quella

normativamente prescritta delle «modalità [di procacciamento dei voti] di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis [cod. pen.]» (art. 416-ter, comma 1, cod, pen.).

Trattasi, invero, di due facce della stessa medaglia, sol che si consideri che il promittente non è una monade, ma si inserisce in una rete di rapporti e di collegamenti che egli stesso spende come capacità di coagulare i voti sul candidato prescelto e che quest'ultimo, o chi per lui, mira a volgere a proprio vantaggio, a tal punto da essere disposto a remunerarla senza garanzia del risultato.

Proprio la mancanza di garanzia del risultato – essendo questo indifferente, come visto, sul piano probatorio, poiché "a priori" lo è su quello sostanziale – costituisce la chiave di volta del sistema, saldandosi con la condizione necessaria, ma anche sufficiente, delle qualità mafiose per le quali il promittente è conosciuto ed in ragione delle quali soltanto il promissario, interessato alla sua prestazione, scende a patti con lui. Ciò che si coniuga perfettamente con l'affermazione costante in giurisprudenza per cui è l'intesa in sé ad integrare il reato, che non a caso si atteggia a reato di pericolo [secondo Sez. 1, n. 19230 del 30/11/2015 (dep. 2016), Zappalà, par. 1.2, p. 13, finanche «astratto»], a misura della finalizzazione del suo oggetto all'«acquisizione del consenso elettorale con metodo mafioso» (Sez. 6, n. 18844 del 2018, par. 1, p. 7).

4. Evoluzione giurisprudenziale sulle «modalità [di procacciamento dei voti] di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis [cod. pen.]».

Sviluppando uno spunto di riflessione offerto da **Sez. 6, n. 9442 del 2019**, par. 4, p. 4, sembra di poter affermare che la valorizzazione della «notoria fama criminale» o dell'«autorità mafiosa» del promittente costituisca l'approdo più recente – e, ci si permette di aggiungere, più avanzato – della giurisprudenza della S.C. con riferimento alle diverse possibili qualità che il medesimo può assumere. Emergerà tuttavia che è stato l'intervento novellistico di cui alla legge 17 aprile 2014, n. 62, a segnare una sorta di battuta d'arresto nell'evoluzione giurisprudenziale, con la conseguenza che detto approdo può essere interpretato come il recupero delle fila di un discorso che viene dal passato, sebbene proiettato verso un orizzonte che indica il futuro. Già un decennio prima della legge n. 62 del 2014, il lavorio esegetico aveva portato ad affermare che, «per la sussistenza del reato […], non [era] necessario che, nello svolgimento della campagna elettorale, ven[issero] posti in essere singoli e individuabili atti di sopraffazione o di minaccia, [essendo] sufficiente che l'indicazione di voto [fosse] percepita all'esterno come proveniente dal "clan" e come tale sorretta dalla forza intimidatrice del vincolo associativo»: in tal senso è la massima di Sez. 1, n. 3859 del 14/01/2004, Rv. 227476-01, P.M. in proc. Milella, in cui la sintesi della fattispecie – che rende conto dell'annullamento con rinvio

dell'ordinanza del tribunale del riesame che aveva qualificato il fatto come corruzione elettorale ex art. 96 del decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, modificando l'originaria imputazione di delitto ex art. 416-ter cod. pen. sul presupposto che la sola qualità di "mafioso" del promittente non fosse sufficiente né a comprovare la collusione fra candidato ed organizzazione criminale né a dimostrare l'impiego della forza intimidatrice del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento che ne deriva per orientare il voto – deve però essere letta in uno alla motivazione, che enuclea una riflessione aggiuntiva: «[…] il giudice di merito, dopo avere correttamente rilevato che la sola affiliazione ad associazioni di tipo mafioso delle persone contattate dal [politico] per il tramite del [suo collaboratore, sottoposto a misura cautelare] non implicava di per sé il concordato uso della capacità di intimidazione propria del gruppo criminale di appartenenza, avrebbe dovuto poi stabilire se – indipendentemente dalla diretta esplicazione di violenza fisica o morale – il loro interessamento in favore del candidato fosse presentato e percepito dagli elettori come proveniente dal "clan" e sorretto dal potere di fatto da questo esercitato nella zona; ed a tal fine non potevano essere trascurati o ritenuti irrilevanti comportamenti descritti nell'ordinanza: in particolare[, la distribuzione di] buoni-acquisto forniti dal candidato a persone [scelte dagli emissari dell'associazione] nei quartieri rispettivamente controllati […]» (cpv. di p. 6). Fermo dunque il principio enunciato in massima, è anche vero, però, che, stando alla motivazione, «la sola affiliazione ad associazioni di tipo mafioso de[gli interlocutori del politico]» non conduce ad inferire la necessaria deduzione dell'uso della capacità intimidatoria ad oggetto dell'accordo. Su questo punto, un balzo in avanti, ancora in relazione a fatti anteriori alla legge n. 62 del 2014, è compiuto da Sez. 6, n. 37374 del 06/05/2014, Rv. 260167-01, P.M. in proc. Polizzi, che, nell'annullare con rinvio un'ordinanza del tribunale del riesame secondo cui, per l'integrazione del delitto, non era sufficiente la promessa di denaro ad «esponenti di Cosa Nostra» (par. 1 del «Ritenuto in fatto», p. 2, caratteri maiuscoli nell'originale), occorrendo invece che questi avessero fatto ricorso al metodo mafioso, afferma – come riportato in massima – che il delitto di scambio elettorale politico-mafioso è reato di pericolo, con la conseguenza che «è sufficiente che, nell'accordo concernente lo scambio tra voto e denaro o altra utilità, il soggetto che si impegna a reclutare i suffragi sia persona la quale esercita un condizionamento diffuso fondato sulla prepotenza e sulla sopraffazione e le cui indicazioni di voto sono percepite all'esterno come provenienti da un sodalizio mafioso, mentre non sono necessarie né l'attuazione né l'esplicita programmazione di una campagna attuata mediante intimidazioni». Sensibile è la distanza concettuale rispetto al passato, pur in una prospettiva esegetica omogenea, perché, alla stregua di ragionamenti,

"mutatis mutandis", anticipatori delle sentenze del 2018-2019, basta la capacità in sé del promittente ad esercitare un «condizionamento diffuso». La spiegazione risiede in ciò che «la figura incriminatrice contestata […] non prevede[va, "ratione temporis", …] che il soggetto alla ricerca di voti chied[esse] all'interlocutore mafioso specifiche modalità di attuazione della campagna, e ne otten[esse] la promessa. Se anche la "ratio" dell'incriminazione consiste[va] nello specifico rischio di alterazione del processo democratico che si determina quando il voto viene sollecitato da una organizzazione mafiosa, il suo riflesso sul piano degli elementi di fattispecie si esauri[va] nella logica del comportamento di chi, per proprie esigenze elettorali, promette denaro ad una organizzazione criminale siffatta, ovviamente consapevole della sua natura e dei metodi che la connotano» [Sez. 6, n. 37374 del 2014, par. 2, p. 4, la quale, su tali basi, poco oltre (par. 3, p. 5), conclude che «ciò che caratterizza[va] il reato in questione [era] la particolare qualità del soggetto che promette la campagna di reclutamento, soggetto il quale esercita un condizionamento diffuso e fondato sulla prepotenza e la sopraffazione (Sez. 5^, Sentenza n. 23005 del 22/01/2013, rv. 255502)» (per la precisione, Sez. 5, n. 23005 del 22/01/2013, Rv. 255502, Alagna e altri, è la prima pronuncia ad aver stabilito che, in uno al promissario, espressamente colpito dall'originaria versione dell'art. 416-ter cod. pen., era punibile anche il promittente a titolo di concorso necessario nel reato commesso dal primo). Successivamente alla legge n. 62 del 2014 – qualificante l'oggetto della promessa come il procacciamento di voti «mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis [cod. pen.]» – la giurisprudenza sembra invece idealmente prendere le distanze dalla sufficienza, affermata pochi mesi prima, della capacità del promittente di «esercitare un condizionamento diffuso», sostenendo che, «solo quando il soggetto che si impegna a reclutare i suffragi è persona intranea ad una consorteria di tipo mafioso, ed agisce per conto e nell'interesse di quest'ultima, non è necessario che l'accordo concernente lo scambio tra voto e denaro o altra utilità contempli l'attuazione, o l'esplicita programmazione, di una campagna elettorale mediante intimidazioni, poiché esclusivamente in tal caso il ricorso alle modalità di acquisizione del consenso [nelle forme] di cui all'art. 416-bis, terzo comma, cod. pen. può dirsi immanente all'illecita pattuizione» (Sez. 6, n. 25302 del 19/05/2015, Rv. 263845-01, P.M. in proc. Albero, cui "adde" Sez. 5, n. 47569 del 20/09/2016, Pelle Antonio), mentre, all'opposto, «qualora [tale] soggetto sia una persona estranea alla consorteria di tipo mafioso, ovvero [addirittura] un soggetto intraneo che agisca "uti singulus", è necessaria la prova della pattuizione delle modalità di procacciamento del consenso con metodo mafioso» [Sez. 1, n. 19230 del 2016, Rv. 266794-01, Zappalà]. Il fattore legittimante la nuova interpretazione è l'ampliamento, alla lettera, del novero soggettivo operato dalla novella, ricavandosi, pertanto, la distinzione dei casi in cui il ricorso alle modalità

mafiose è «immanente all'illecita pattuizione» rispetto a quelli in cui non lo è dalla previa distinzione logico-giuridica tra chi è intraneo all'associazione di tipo mafioso e chi non lo è.

5. Confronto tra passato e presente: elementi di differenziazione

La misura del cambiamento segnato dagli arresti del biennio 2018-2019 emerge tangibile ove, ad esempio, si ponga mente alla fattispecie su cui hanno pronunciato Sez. 6, n. 41801 del 16/09/2015 (dep. 2016), Serino, e Sez. 6, n. 31348 del 10/06/2015, Annunziata, comune alla testé evocata Sez. 6, n. 25302 del 2015. Sotto entrambi i profili procedimentale e sostanziale, detta fattispecie è pressoché sovrapponibile a quella di Sez. 6, n. 22840 del 2018, Sez. 6, n. 18846 del 2018, Sez. 6, n. 18844 del 2018, poiché identicamente il tribunale del riesame aveva escluso la ricorrenza in fatto degli estremi di un'associazione camorristica, ma ritenuto, nel contempo, la gravità indiziaria del delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen. Nondimeno le sentenze meno recenti sono pervenute a conclusioni ben diverse dalle ultime, rilevando che, «nell'argomentare in ordine alla matrice mafiosa d[el] patto elettorale ed ai profili inerenti il dolo[,] la decisione impugnata manifesta carenze e contraddittorietà tali da imporre l'annullamento»: ciò in quanto, lo svilimento delle «indicazioni dell'accusa proprio con riferimento alla effettiva presenza della forza di intimidazione e sopraffazione sul territorio di riferimento, smarrita dal clan una volta sottoposti a detenzione carceraria i suoi esponenti di maggior rilievo», «colloca necessariamente, a meno di insanabili aporie logiche, gli interlocutori del [promissario] fuori da logiche criminali di matrice associativa e camorristica immediatamente ascrivibili agli stessi. L'esteriorizzazione della matrice mafiosa di un gruppo rappresenta una chiave di lettura imprescindibile nella fattispecie in disamina perché solo attraverso di essa sono consentiti ragionamenti probatori [– notasi –] di tipo logico diversamente non autorizzati[,] sicché[,] se si è escluso, per un verso, che i [promittenti] , malgrado la loro storia criminale pregressa ed un passato associativo incontestato, siano oggi portatori di una presenza sul territorio, anche marcata da iniziative illecite, colorata dalle connotazioni tipiche dell'azione comune di matrice mafiosa, per altro verso non può affermarsi, così come ha mostrato di fare il tribunale, che, nel contrattare con [il promissario], siano ancora rappresentativi di un modo di agire così qualificato»; invero, «nulla esclude che […] l'offerta negoziale prospettata [al promissario] possa essere stata concretata dal riferimento alle modalità di reperimento del consenso elettorale mediante il metodo mafioso, non occorrendo […] che il promittente sia allo stato intraneo ad una associazione mafiosa né che quest'ultima effettivamente esista. In tali casi, per quanto già segnalato, la prova della natura mafiosa del patto sfugge tuttavia ad ogni

possibile automatismo logico. L'esponente criminale non agisce in rappresentanza di una associazione effettivamente presente sul territorio cosi come già rappresentato in precedenza dallo stesso tribunale del riesame. Occorreva, dunque, precisare da quali momenti indiziari è stata tratta l'affermazione delle connotazioni oggettive della promessa […]. Per contro, le indicazioni argomentative segnalate nel provvedimento impugnato (la possibilità di muoversi sfruttando l'aurea tracciata in precedenza dalla storia criminale dei protagonisti dell'accordo diversi dal candidato, avvalendosi di contatti e collegamenti favoriti dalla loro pregressa mafiosità) assumono esclusivamente il tenore delle congetture […]» (parr. 5 ss., p. 9 s.).

Fermo quanto precede, si coglieva più sopra una comunanza tra quanto detto da Sez. 6, n. 37374 del 2014, e quanto detto da **Sez. 5, n. 47269 del 2019**, **Sez. 5, n. 26426 del 2019**, **Sez. 6, n. 9442 del 2019**, Sez. 6, n. 22840 del 2018, Sez. 6, n. 18846 del 2018, e Sez. 6, n. 18844 del 2018, in specie circa la figura del promittente, capace di esercitare un «condizionamento diffuso» per l'una e dotato di «fama criminale» per le altre. Non può tuttavia sottacersi che ben diverso è il contesto normativo sotto il vigore del quale sono stati pronunciati quella e queste: all'epoca di Sez. 6, n. 37374 del 2014, nonostante gli enunciati generalizzanti che la contraddistinguono, autore del reato poteva essere, "ex littera legis", solo un associato, sebbene già la giurisprudenza avesse esteso la categoria dei soggetti attivi; mentre, dopo la legge n. 62 del 2014, autore del reato può essere chiunque. Ne consegue che le sentenze del 2018-2019, quando proclamano la centralità della mafiosità del promittente in funzione della mafiosità del contesto, attingono un contesto mafioso finanche extra-associativo.

5.1. (Segue) … e possibili convergenze.

Nell'obiettiva diversità delle sentenze del 2015-2016, da una parte, e di quelle del 2018-2019, dall'altra, un punto di convergenza potrebbe, verosimilmente, essere rintracciato nelle rispettive affermazioni delle prime, laddove scrivono che «non [occorre] che il promittente sia allo stato intraneo ad una associazione mafiosa né [– soprattutto –] che quest'ultima effettivamente esista», e delle seconde, laddove scrivono che deve aversi riguardo alla «caratura criminale e [a]l potere di controllo esercitabile dal [promittente]», «indipendentemente dalla attuale disponibilità di un proprio sodalizio, potendo [egli], comunque, disporre di fidati collaboratori e di fedeli esecutori dei suoi ordini». Rilevato un possibile disallineamento tra la riportata affermazione delle sentenze del 2015-2016 e quella, pure in esse contenuta, secondo cui «l'esteriorizzazione della matrice mafiosa di un gruppo rappresenta una chiave di lettura imprescindibile nella fattispecie in disamina», nondimeno, il "trait d'union" tra le due impostazioni illustrate potrebbe essere rappresentato dalla disponibilità,

in capo al promittente, «di fidati collaboratori e di fedeli esecutori dei suoi ordini», in grado di accreditarne la mafiosità. Non è necessario che il promittente abbia l'«attuale disponibilità di un proprio sodalizio»; anzi, alla stregua di una posizione dogmatica più avanzata, espressa curiosamente dalla S.C. negli arresti del 2015-2016, propugnanti sul punto conclusioni d massimo rigore, non è necessario neppure che un'associazione di tipo mafioso «effettivamente esista», giacché a venire, essenzialmente, in linea di conto sono le modalità mafiose, che rimandano al metodo mafioso. In considerazione di ciò, non pare inopinato proporre un parallelismo tra l'art. 416-ter cod. pen. e l'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, ora art. 416-bis.1 cod. pen.; nondimeno, l'area di punibilità coperta dall'art. 416-ter cod. pen. non potrebbe dirsi esaurita dai cd. delitti elettorali ex artt. 96 e 97 d.P.R. n. 361 del 1957 aggravati ex art. 416-bis.1 cod. pen., sia perché l'art. 416-ter cod. pen. anticipa la soglia della punibilità al mero scambio di promesse, e dunque all'accordo, sia perché, dopo la legge n. 43 del 2019, ad integrare il reato è sufficiente, da un canto, che la promessa di illecito procacciamento dei voti provenga da un associato, indipendentemente dalle modalità mafiose del procacciamento stesso, e, dall'altro, che il promissario offra la mera «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa». Ciò introduce alla necessità che si renda, brevemente, conto della novella.

PARTE II: LE MODIFICHE DELLA LEGGE 21 MAGGIO 2019, N. 43, ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

6. Le novità normative in estrema sintesi.

Per la seconda volta in meno di due anni, il legislatore ha avvertito l'urgenza di intervenire sull'art. 416-ter cod. pen., a dimostrazione della necessità, per la sopravvivenza stessa della democrazia, che le istituzioni rappresentative siano preservate, non solo "ex post" da permeazioni mafiose volte ad inquinarne le compagini, ma altresì "ex ante" dal pericolo di trame illecite condizionanti le competizioni elettorali, prodromiche all'insediamento "in cathedra" dei corpi politici. Nondimeno, mentre l'art. 15 della legge 23 giugno 2017, n. 103 (nota come "Riforma Orlando"), si era limitata ad un inasprimento della cornice edittale (da sei a dodici anni di reclusione, in luogo della precedente previsione da quattro a dieci anni di reclusione), la legge n. 43 del 2019, assume i tratti di una novellazione più profonda, incidente sia – quantomeno in parte – sulla conformazione della fattispecie, sia – di nuovo – sul trattamento sanzionatorio, da riguardasi però nel suo complesso e non solo in relazione all'entità della cornice edittale. Quanto al primo profilo, emerge la volontà del legislatore di estendere l'ambito di applicazione della

disposizione incriminatrice, sul duplice versante soggettivo ed oggettivo. Sul versante soggettivo, autori del reato possono ora essere, oltre che «direttamente» il promittente ed il promissario dei voti, anche eventuali «intermediari» dell'uno o dell'altro, con conseguente realizzabilità sia della promessa che dell'accettazione anche da siffatti personaggi. La modifica più vistosa si registra però sul versante del promittente, che ora può coincidere, esplicitamente, con uno dei «soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'articolo 416-bis cod. pen.». L'incidenza ampliativa dell'intervento novellistico sul versante oggettivo concerne, invece, il solo promissario, la cui contro-prestazione, nella dinamica della concorsualità necessaria che lo riguarda, non è più limitata all'«erogazione o [a]lla promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità», ma è estesa alla «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa». Anche in riguardo al trattamento sanzionatorio, la legge n. 43 del 2019 va oltre un ulteriore aumento di pena:

- in primo luogo, l'effetto del sensibile innalzamento di entrambi i limiti della cornice edittale, attestata ora sulla reclusione da dieci a quindici anni, in relazione all'ipotesi divenuta, per così dire, "basilare", è realizzato attraverso il rinvio del comma 1 dell'art. 416-ter cod. pen. – e l'ulteriore rinvio del comma 2 al comma 1 – alla «pena stabilita nel primo comma dell'articolo 416-bis [cod. pen.]»: talché, "mutatis mutandis", si finisce per tornare alla versione originaria del delitto, a termini della quale «la pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416-bis [cod. pen.] si applica[va] anche a chi ott[eneva] la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione di denaro».

Conviene sin da subito anticipare che, qualora si accedesse alle critiche dei primi autorevoli commenti dottrinali, intesi a sottolineare come l'equiparazione sanzionatoria dell'art. 416-ter cod. pen. all'art. 416-bis cod. pen. non sia sorretta da un'equivalente gravità delle condotte, posta la centralità del disvalore di quelle associative, potrebbe aprirsi un varco per la devoluzione dell'irragionevolezza "intrinseca" della scelta del legislatore della novella al giudizio della Corte Costituzionale. Ciò in quanto quest'ultima si dimostra ormai propensa ad esercitare un penetrante sindacato sull'entità della pena, spingendosi sino al punto di effettuarne direttamente una rimodulazione entro i limiti della proporzionalità e dell'adeguatezza, pur quando la soluzione adottata non sia costituzionalmente obbligata e quindi permanga la possibilità di ulteriori diversi apprezzamenti da parte del legislatore (cfr. in specie la **sentenza n. 40 del 23 gennaio 2019**, in G.U. 13 marzo 2019, n. 11, la quale, facendo seguito alla sentenza-monito n. 179 del 7 giugno 2017, in G.U. 19 luglio 2017, n. 29, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nella parte in cui in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni; detta sentenza porta a maturazione linee evolutive

che si rintracciano, andando a ritroso nel tempo, nelle sentenze n. 222 del 25 settembre 2018, in G.U. 12 dicembre 2018, n. 49; n. 236 del 21 settembre 2016, in G.U. 16 novembre 2016, n. 46; n. 68 del 6 marzo 2012, in G. U. 28 marzo 2012, n. 13; n. 341 dell'11 maggio 1994, in G.U. 3 agosto 1994, n. 32);

- in secondo luogo, alla previsione "basilare" di cui ai commi 1 e 2, è venuto affiancandosi un inedito comma 3, che si innesta sull'evoluzione della medesima in funzione dei risultati della competizione elettorale e fa scattare un verticale aumento "secco" di pena, pari alla metà di quella di cui all'art. 416-bis, comma 1, cod. pen., «se colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale».

Rinviata al prosieguo l'analisi dei problemi strutturali scaturenti da detto innesto, mette qui conto di rilevare come anche l'aumento di pena che ne occupa sia suscettibile di un controllo di costituzionalità in punto di ragionevolezza, viepiù sotto un duplice profilo: sia quanto alla sua entità, che, spingendo la cornice edittale verso limiti particolarmente elevati, esibisce una potenziale distonia rispetto alla griglia delle fattispecie, in teoria più gravi, di cui all'art. 416-bis cod. pen.; sia quanto alla sua misura, che, essendo fissa, potrebbe entrare in rotta di collisione con la salvaguardia delle esigenze di individualizzazione della pena evocate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 222 del 2018, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, l. fall., nella parte in cui prevede le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per dieci anni anziché fino a dieci anni;

-in terzo luogo, alla stregua del comma 4 dell'art. 416-ter cod. pen., il trattamento sanzionatorio si completa con l'affiancamento alla pena principale di quella accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici «in caso di condanna per i reati di cui al presente articolo».

L'evidente finalità preventiva incappa nell'estremo rigore sanzionatorio, a proposito del quale riemergono nuovamente dubbi di tenuta costituzionale, data la misura della pena, non solo fissa (come nel comma 3), ma altresì perpetua.

7. Gli autori del reato: l'espressa menzione degli intermediari.

L'ampliamento del novero degli autori del reato agli intermediari del promittente e del promissario dei voti non sembra avere una reale portata estensiva della punibilità, sebbene sia opportuno compiere una precisazione di ordine sistematico. Nell'attuale formulazione dei commi 1 e 2 dell'art. 416-ter cod. pen., l'intermediario è un emissario del promittente (comma 2) o del promissario (comma 1), letteralmente "interposto" nell'effettuazione della promessa o dell'accettazione.

"Rebus sic stantibus", l'intermediario non è autonomamente caratterizzato e la sua punibilità, pur in difetto di uno specifico inserimento nei suddetti commi, avrebbe potuto ricavarsi in applicazione, "quantomeno", dell'art. 110 cod. pen.: "quantomeno" perché, a prescindere da una condotta concorsuale, l'intermediario non sarebbe sfuggito prima, e non sfuggirebbe ora, alla punibilità quale diretto destinatario dell'incriminazione. Di ciò offre conferma **Sez. 6, n. 9442 del 2019**, laddove spiega che il delitto p. e p. dall'art. 416-ter cod. pen. «è configurabile nei confronti di "chiunque", dunque anche del mediatore, oltre che del promittente 'mafioso' e del candidato, e sussiste nei suoi elementi costitutivi per il solo fatto che sia stata raggiunta quella intesa, venendo così anticipata la punibilità rispetto alle iniziative che dovessero (o anche non dovessero) essere concretamente adottate per la ricerca di quei voti» (par. 4, pag. 3).

Talché, già punibili intermediari ed interposti, una valenza innovatrice della novella potrebbe "in limine" agganciarsi alla separata considerazione dei rispettivi intermediari del promittente e del promissario.

In argomento, a partire dalla trasformazione della fattispecie operata dalla legge n. 62 del 2014, la S.C. è orientata a ritenere la valenza 'costitutiva' dell'accordo illecito, sussumendo il delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen. nello schema del cd. reato-contratto (Sez. 1, n. 19230 del 2016, par. 1.2, p. 12), salvo chiedersi se le modalità mafiose già in precedenza caratterizzassero o meno l'accordo (secondo Sez. 6, n. 36382 del 03/06/2014, Rv. 260168-01, Antinoro, il testo sopravvenuto configurava una "lex mitior", poiché si perdeva la penalizzazione di condotte consistenti in mere intese politico-mafiose, prive di specificazione circa le "modalità" di raccolta dei voti, mentre, secondo Sez. n. 36079 del 10/05/2016, Rv. 268003-01, Costa, esulava alcuna "abolitio criminis", poiché anche prima era necessaria una «promessa di acquisizione del consenso elettorale facendo ricorso alle tipiche modalità mafiose della sopraffazione e dell'intimidazione»).

Oggi, qualora si traesse spunto dall'estrema dilatazione compiuta dalla legge n. 47 del 2019 sul terreno della contro-prestazione del promissario per affermare che la stessa non ha più, necessariamente, un oggetto «determinato o determinabile» [arg. ex artt. 1325 n. 3) e 1346 cod. civ.], come tale idoneo a fondare la conclusione di un accordo pur con causa illecita (art. 1343 cod. civ.), atteso che alle precise condotte di «erogazione» o «promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità» si aggiunge un'indeterminata «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa»; e qualora, in conseguenza di ciò, si sostenesse che il raggiungimento dell'intesa segna la consumazione del reato solo per il promissario (il quale, con l'accettazione della promessa, conclude l'accordo sullo schema degli artt. 1321 e 1329 cod. civ.), ma non anche per il promittente (la cui promessa resta ferma anche in attesa dell'accettazione), gli intermediari dovrebbero

seguire le sorti, distintamente, dei loro referenti, con conseguente polarizzazione della fattispecie concorsuale o sull'uno o sull'altro.

Al di là di ciò, una valenza propriamente innovatrice la legge n. 43 del 2019 avrebbe posseduto se avesse colpito, non già gli intermediari quali soggetti ancillari dei contraenti, ma quei figuri gravitanti nel sottobosco politico che, da "battitori liberi", si ritagliano il ruolo di "procacciatori d'affari" in specie nell'interesse del promissario (il candidato in cerca di voti), ma anche, disgiuntamente, del promittente (l'associazione mafiosa o il singolo mafioso in cerca di "business"). In tal guisa, però, la condotta dei predetti procacciatori-facilitatori-faccendieri-fornitori di servizi – che non è quella di effettuare ed accettare la promessa, neppure per conto di terzi, ma di far fare e di far accettare la promessa da chi di ragione, sfuggendo così alla sfera applicativa dell'art. 416-ter cod. pen. – avrebbe dovuto essere cesellata in via autonoma rispetto a quella del promittente o del promissario, in quanto rivolta a procurare la disponibilità di costoro.

7.1. (Segue) … e dell'appartenente «alle associazioni di cui all'articolo 416-bis cod. pen.».

Assai più complesso è l'inquadramento dell'ulteriore novità sul piano soggettivo, a termini della quale il promittente può essere un appartenente «alle associazioni di cui all'articolo 416-bis cod. pen.».

La novità non pare tale in merito all'allargamento della sfera soggettiva del reato.

Basti pensare che, nella versione originaria dell'art. 416-ter cod. pen., il promittente era "naturaliter" un associato, punito a titolo di concorso nel reato del promissario (Sez. 5, n. 23005 del 2013).

Solo con la legge n. 62 del 2014 si è realizzato il formale "sganciamento" – comunque già guadagnato dalla giurisprudenza (Sez. 1, n. 17455 del 30/01/2018, Alesci, par. 3, p. 6 s. – della condotta del promittente da quella del partecipe, potendo il primo coincidere, ma anche non, con il secondo (Sez. 6, n. 41801 del 2015, par. 3.5, p. 7).

Potrebbe ritenersi, a questo punto, che la legge n. 43 del 2019 abbia una valenza meramente ricognitiva dello stato della giurisprudenza, anche per quel che riguarda l'affermazione secondo cui non è necessaria la prova della pattuizione delle modalità mafiose di procacciamento dei voti se a contrattare nella veste di promittente è un associato. Ciò, in effetti, è quanto parrebbe suggerire una difficoltosa costruzione sintattica e logica del comma 1 dell'art. 416-ter cod. pen., che, ad esito delle modifiche, finisce per giustapporre due entità eterogenee quali la provenienza della promessa e le modalità, non già, però, di questa, bensì del suo oggetto, ossia il procacciamento di voti: in tal guisa, a misura che la promessa promani da un

associato, "hoc sufficit", con conseguente semplificazione degli oneri probatori della pubblica accusa. Ma, come soventemente accade, risolto un problema, ne sorgono altri. Anzitutto, nella versione definitiva della novella, è stato superato il testo licenziato dal Senato della Repubblica in prima lettura, secondo cui al promissario avrebbe dovuto essere nota l'appartenenza del promittente ad un'associazione di tipo mafioso. Nondimeno, detto superamento non obnubila il problema della consapevolezza, o, meglio, del grado di consapevolezza, in capo al promissario, della caratura mafiosa dell'interlocutore, in funzione, peraltro, non soltanto della sua eventuale appartenenza ad una siffatta associazione, ma anche, a prescindere da essa, della sua capacità di garantire comunque la prospettica attuazione delle «modalità di cui al terzo comma dell'art. 416-bis [cod. pen.]». Al riguardo, uno degli pochi precedenti occupatisi, e per vero mai "funditus", dell'elemento soggettivo del reato – ossia Sez. 1, n. 19230 del 2016, par. 1.2, p. 16 – muove dalla già esaminata premessa che, diverso «dal caso dell'intraneo che agisce nell'interesse dell[']associazione[,] impegnandola a svolgere una campagna in favore del politico committente», è quello del non partecipe, con riferimento al quale necessita «una prova chiara ed immediata della pattuizione delle modalità del procacciamento cui risulta piegato l'illecito patto di scambio elettorale, non potendosene ricavare la presenza dal mero ruolo di interlocuzione riferito in precedenza ["i.e.", nella formulazione originaria dell'art. 416-ter cod. pen.] esclusivamente all'organizzazione criminale»; ma da tale premessa ricava una (non esplicita) conclusione comunque distonica da quella auspicata dal Senato in prima lettura: nella prospettiva di tale precedente, infatti, il dolo, anzitutto del promissario, ma parimenti del promittente, resta ancorato alla rappresentazione e volizione dell'accordo volto alla raccolta di voti con modalità mafiose, ragion per cui deve coprire siffatte modalità "specialmente" qualora il promittente sia un non associato, senza necessità, però, che il promissario abbia consapevolezza dell'intraneità o dell'estraneità del promittente all'associazione, la quale è di per sé relegata sullo sfondo, a fronte del rilievo primario della mafiosità delle modalità in sé di raccolta dei voti. Detto ciò, la prospettiva potrebbe cambiare a seguito della legge n. 43 del 2019, nella misura in cui ci si attenesse alla lettera del comma 1 dell'art. 416-ter cod. pen. e quindi si fondasse la punibilità del promissario sul fatto in sé dell'accettazione della promessa di procurare voti che promani da un appartenente ad un'associazione di tipo mafioso. Così opinando, infatti, poiché le «modalità» mafiose di raccolta dei voti non verrebbero più, "in parte qua", in linea di conto, siccome assorbite dall'appartenenza del promittente all'associazione (di per sé impegnata sul fronte elettorale ai sensi del comma 3 dell'art. 416-bis cod. pen.), potrebbe trovare spazio (sulla china della versione abbandonata nell'approvazione definitiva) un'esegesi volta a colmare il corrispondente "deficit" con un ragionevole indice di consapevolezza

del promissario di trattare con un associato. Nondimeno, non richiedendosi, in termini di diritto positivo, che egli abbia conoscenza della qualità dell'interlocutore, dovrebbe essere sufficiente che, al momento della condotta, disponesse di informazioni per rendersene conto o di strumenti per acquisirne notizia, di guisa da vedersi ascritto il reato a titolo di dolo eventuale qualora abbia contrattato accettando il rischio che l'interlocutore fosse un mafioso. Le considerazioni appena svolte consentono di passare al secondo rilievo critico, che si concentra sull'«appartenenza» del promittente ad un'associazione di tipo mafioso. Rimanda essa alla condotta del promittente di «far parte», o partecipare, ad una tale associazione, punita dal comma 1 dell'art. 416-bis cod. pen., ragion per cui si riverberano sul comma 1 dell'art. 416-ter cod. pen. tutti gli arrovellamenti che, nonostante l'intervento miliare delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Rv. 231670-01, Mannino), affliggono la prima disposizione. La "quaestio" si dimostra suscettiva di assumere una dimensione costituzionale e sovranazionale sotto il profilo di una possibile "mancanza di qualità" della legge penale, sindacabile ai sensi degli artt. 25 Cost. e 7 CEDU, dal momento che si scarica sul promissario il compito di discernere, financo in astratto, chi può essere considerato appartenente ad un'associazione di tipo mafioso e chi no [quanto, in particolare, alla dimensione sovranazionale, la Corte EDU – a prescindere da Sez. IV, sentenza del **14 aprile 2015, causa n. 66655/13, Contrada c. Italia (n. 3), fondata sul peculiare presupposto, di cui al par. 66, primo periodo, del testo ufficiale in lingua francese, «**que le concours externe en association de type mafieux constitue une infraction d'origine jurisprudentielle», "infrazione" non ancora "conformata" all'epoca di commissione dei fatti da parte dell'agente – si attiene al principio, quale criterio del vaglio da Essa esperibile in tema di legalità penale, che «la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef» (Grande Camera, sentenza del 21 ottobre 2013, causa 42750/09, Del Rio Prada c. Spagna, par. 79, ribadita da Grande Camera, sentenza del 27 gennaio 2015, causa 59552, Rohlena c. Repubblica Ceca, par. 50); un esempio di ritenuta mancanza di qualità della legge, ancorché concernente il settore non penale ex artt. 6 e 7 CEDU delle misure di prevenzione personali, ma, per la portata generale delle argomentazioni, estensibile "a fortiori" alla materia penale, è offerto da Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2017, causa n. 43395/09, de Tommaso c. Italia, par. 117, la quale, in relazione alla pericolosità sociale generica, ritiene che

né la legge – ossia l'art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, ora art. 1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 – né la Corte Costituzionale «have clearly identified the "factual evidence" or the specific types of behaviour which must be taken into consideration in order to assess the danger to society posed by the individual and which may give rise to preventive measures»]. Viepiù, nel limbo tra appartenenza e non appartenenza, da sempre trova spazio il concorso esterno: si potrebbe opinare, superando la lettera della legge per abbracciare un punto di vista sistematico [similmente a quanto fatto, nella materia della prevenzione, da Sez. U, n. 111 del 30/11/2017 (dep. 2018), Mancuso], che appartenente ad un'associazione di tipo mafioso ex comma 1 dell'art. 416-ter cod. pen. è anche il concorrente esterno, in quanto responsabile di un'azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità al gruppo criminale; all'opposto, in applicazione del principio di stretta legalità, si potrebbe replicare che proprio la chiamata in causa dell'art 110 cod. pen. esplicita un'ontologica diversità della condotta partecipativa da quelle concorsuali, in guisa da concludere che solo il partecipe ex comma 1 dell'art. 416-bis cod. pen. può esserlo anche ex comma 1 dell'art. 416-ter cod. pen. Ad ogni modo (fermo che, alla stregua della seconda tesi, potrebbe rimproverarsi al legislatore di aver perso l'occasione di tipizzare la punibilità delle c.d. "facce pulite", spesso "colletti bianchi", moltiplicatrici della loro potenza), nuovamente è revocabile in dubbio la tenuta qualitativa dell'incriminazione, incombendo sul promissario il compito di stabilire chi può essere considerato appartenente ad un'associazione mafiosa e chi "semplice" concorrente esterno: compito la cui gravosità si accentua al cospetto dell'ormai costante giurisprudenza interna che ricusa gli approdi della Corte EDU sul concorso esterno (cfr. da ultimo **Sez. 1, n. 26686 del 10/04/2019, Rv. 276197-01, Marino**, alla stregua di un orientamento che, stante l'informazione provvisoria n. 22 relativa all'udienza pubblica del 24 ottobre 2019 in proc. Genco, trova ormai l'avallo delle Sezioni Unite). Dati per risolti i problemi accennati, residuerebbe pur sempre il dubbio relativo alle caratteristiche dell'accertamento giudiziario dell'appartenenza, atteso che la qualità di associato del promittente non è soltanto un elemento costitutivo della fattispecie, ma un profilo fattuale destinato ad interagire, come visto, con la sfera del promissario. Nei lavoratori preparatori si legge che «la proposta lascia all'interprete il compito di chiarire quando l'interlocutore del politico possa definirsi "appartenente all'associazione mafiosa"; a tal fine potrebbe essere necessaria una condanna definitiva per [il delitto di cui all'art.] 416-bis c.p., oppure essere ritenuta 'sufficiente' l'applicazione di una misura di prevenzione in base al Codice antimafia» [Sen. Rep., Serv. St., A.S. n. 510-B, Dossier n. 61 (a cura di C. Andreuccioli), in www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/dossier/51426_dossier.htm, p. 2,

corsivo nell'originale]. Acuto il riferimento al titolo prevenzionale (che rimanda alla circostanza aggravante di cui all'art. 71 d.lgs. n. 159 del 2011, prevista per una serie di delitti, tra cui quello p. e p. dall'art. 416-ter cod. pen., «commessi da persona sottoposta con provvedimento [– sottolineasi –] definitivo ad una misura di prevenzione personale […]») in parallelo a quello condannatorio, ma il problema sembra che stia a monte, dovendosi stabilire se sia necessario un accertamento definitivo di merito ovvero se sia sufficiente anche un accertamento incidentale, da condursi ad opera del giudice che procede.

8. L'elemento oggettivo: la semplice «disponibilità» del promissario «a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa» ….

Sul piano oggettivo, una prima novità è che la contro-prestazione del promissario può consistere anche nella semplice «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa». Sono punite, pertanto, anche le mere intese politico-mafiose, allo scopo di bandire qualsiasi convergenza di volontà dell'associazione e del politico rivolta all'appoggio elettorale dell'una in favore dell'altro. I primi commenti evidenziano un'insufficiente tipizzazione del concetto di disponibilità, suscettibile di assumere rilevanza sul piano della tenuta costituzionale della norma. Al di là di questo, due sono le possibili considerazioni sistematiche suggerite da un ideale confronto dialettico con la giurisprudenza:

- in primo luogo, con uno sguardo proiettato sui futuri sviluppi dell'esegesi, se la contro-prestazione del promissario coincide con la sua generica disponibilità a favorire l'associazione, si paventa la necessità di compiere un'"actio finium regundorum" rispetto alla condotta partecipativa.

Invero, definita quest'ultima – a partire da Sez. U, n. 33748 del 2005, par. 4, pp. 26 e 27 – come il "prender parte" dell'agente al fenomeno associativo, «rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi» (Sez. 5, n. 45840 del 14/06/2018, Rv. 274180-01, M.), a misura che si consideri che la disponibilità del promissario è espressa ed attuale, in quanto confluente nell'accordo stretto con il promittente, potrebbe, nella concorrenza di ulteriori indici di detta messa a disposizione, revocarsi in dubbio l'estraneità del promissario, al momento dell'esplicitazione del suo impegno, al contesto associativo. Peraltro, anche a voler far scalare la "proiezione organica" dell'impegno del promissario a dopo l'elezione alla carica, resterebbe il dato di fondo che l'associazione gode sin da subito del suo sostegno, in guisa da potersi ravvisare, quantomeno, un'ipotesi di concorso esterno (potenzialmente destinata ad evolvere in partecipazione).

In argomento, a fungere da faro è la testé citata Sez. U, n. 33748 del 2005, il cui «"thema decidendum"» – per utilizzare le sue stesse parole – «riguarda ["funditus"]

quella particolare forma di contiguità alla mafia comunemente definita come "patto di scambio politico-mafioso"» (par. 5, p. 32, corsivo nell'originale). Insegnano Esse che «è [ben] configurabile il concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso nell'ipotesi di scambio elettorale politico-mafioso, in forza del quale il personaggio politico, a fronte del richiesto appoggio dell'associazione nella competizione elettorale, si impegna ad attivarsi[,] una volta eletto[,] a favore del sodalizio criminoso, pur senza essere organicamente inserito in esso, a condizione che: a) gli impegni assunti dal politico, per l'affidabilità dei protagonisti dell'accordo, per i caratteri strutturali dell'associazione, per il contesto di riferimento e per la specificità dei contenuti, abbiano il carattere della serietà e della concretezza; b) all'esito della verifica probatoria "ex post" della loro efficacia causale risulti accertato, sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità, che gli impegni assunti dal politico abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sé e a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali» (Rv. 231670-01; conf., di recente, Sez. 2, n. 45402 del 02/07/2018, Rv. 275510-02, P.G. in proc. Lombardo). Mandando a segno la lezione delle Sezioni Unite – la qual cosa comporta la necessità di coniugare la massima appena riportata con la motivazione – è configurabile, in capo al politico non organico che «si impegna [– con «efficacia causale» –] ad attivarsi[,] una volta eletto[,] a favore del sodalizio criminoso», un'ipotesi di concorso formale tra il delitto di cui agli artt. 110 e 416-bis cod. pen. ed il delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen., atteso che «neppure un'ampia e diffusa frammentazione legislativa di autonome e tipiche fattispecie criminose dei vari casi di contiguità mafiosa […] sarebbe comunque in grado di paralizzare l'espansione operativa della clausola generale di estensione della responsabilità per i contributi atipici ed esterni diversi da quelli analiticamente elencati, secondo il modello dettato dall'art. 110 cod. pen. sul concorso di persone nel reato, se non introducendosi una disposizione derogatoria escludente l'applicabilità della suddetta clausola per i reati associativi» (par. 5, p. 34). Nondimeno, qualora in fatto non si ravvisino, nei confronti del promissario, gli estremi del delitto di cui agli artt. 110 e 416-bis cod. pen. (segnatamente per difetto del requisito della causalità della condotta al rafforzamento dell'associazione), s'impone ugualmente "de residuo" la verifica della sussistenza dei presupposti dello scambio elettorale politico-mafioso (in conformità a Sez. 6, n. 8654 del 11/02/2014, Costa, par. 1, p. 5, e Sez. 2, n. 23186 del 05/06/2012, Costa, par. 6.2, pp. 8 e 9, intervenute nell'ambito del medesimo procedimento);

- in secondo luogo, con uno sguardo concentrato sugli ultimi approdi applicativi dell'art. 416-ter cod. pen., di cui, in specie, a **Sez. 5, n. 47269 del 2019**, **Sez. 5, n.**

26426 del 2019, **Sez. 6, n. 9442 del 2019**, esaminate nella prima parte del presente lavoro, affiora una concezione del legislatore della novella che, in quanto ancorata ad una disponibilità del promissario verso un'«associazione mafiosa» ("recte", un'associazione di tipo mafioso, come più appropriatamente recita la rubrica dell'art. 416-bis cod. pen.), pare meno avanzata della posizione raggiunta dalla S.C. Come visto, Sez. 6, n. 22840 del 2018, Sez. 6, n. 18846 del 2018, e Sez. 6, n. 18844 del 2018, ritengono nient'affatto indispensabile l'«attuale disponibilità – in capo al promittente – di un proprio sodalizio». Donde, portando a compimento tale lezione della giurisprudenza, l'ampliamento della contro-prestazione punibile del promissario – sotteso alla modifica di cui alla legge n. 43 del 2019 – in riguardo alla «disponibilità [del medesimo] a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa» rischia di apparire disallineato rispetto ad un'architettura della fattispecie orientata a porre l'accento più sulle modalità mafiose che sull'esistenza in sé di un'associazione di tipo mafioso. Ad ogni buon conto, detto ampliamento finisce per godere di un raggio d'azione più limitato rispetto a quello auspicato con la sua introduzione, in quanto destinato ad avere concreta operatività solo nei casi in cui il promittente spenda, sin già in sede di trattative, un collegamento con un'associazione di tipo mafioso.

8.1. (Segue) … e l'aumento di pena in caso di vittoria del promissario alle elezioni.

L'altra novità oggettiva, che attende la prova di più mature concettualizzazioni, è concentrata nell'inedito comma 3 dell'art. 416-ter cod. pen., contemplante un aumento di pena della metà, rispetto alla pena-base del comma 1, «se colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale». In generale, il comma 3 finisce per intaccare l'affermazione costante – ribadita, infine, da **Sez. 5, n. 26426 del 2019**, e **Sez. 6, n. 9442 del 2019** – secondo cui l'esito delle elezioni è irrilevante, perché quello di scambio elettorale politico-mafioso è un reato di pericolo, che si consuma con il mero accordo.

L'irrilevanza dell'esito delle elezioni è il fattore che consente di ritenere la sussistenza del reato pur quando, alla stregua di quanto recitano le due richiamate sentenze, non si sia verificato un incremento delle preferenze. Peraltro, sebbene questo sia il profilo di maggior rilievo pratico (che normalmente si accompagna alla pretesa dell'associazione di turno di essere comunque remunerata per i propri servigi), val la pena di aggiungere che detta irrilevanza è altresì il fattore che consente di ritenere la sussistenza del reato pur quando si sia verificato un incremento delle preferenze e tuttavia lo stesso non sia probatoriamente ascrivibile all'esercizio

dell'intimidazione o comunque all'assoggettamento omertoso dei votanti alle indicazioni loro somministrate: a questo riguardo, sia consentito di rilevare, traendo spunto dalle riflessioni contenute nelle consorelle Sez. 6, n. 37374 del 06/05/2014, Polizzi, par. 4, p. 6, e Sez. 6, n. 19525 del 17/04/2014, Licata, par. 2, p. 6 («[…] rimane indifferente che il gruppo si attivi distribuendo ai singoli elettori, o agli intermediari utilizzati, le utilità economiche percepite, trattandosi di modalità esecutiva che sopraggiunge al perfezionamento dell'accordo, e quindi alla consumazione del reato»), che l'associazione ben può, in alternativa all'uso della forza (anche "solo" intimidatrice), impiegare metodi di "persuasione partecipata", tipicamente distribuendo regalie in vista delle elezioni e, se del caso, "a consultivo" delle stesse. In conseguenza di quanto precede, l'esito delle elezioni costituisce un "post factum", che esula dal reato sia sul piano strutturale che, per l'effetto, su quello probatorio. Con il novello comma 3, invece, l'elezione del promissario – la quale, oltretutto, è alcunché di diverso dal mero incremento dei voti – esce dall'area del "post factum" per entrare nel perimetro di una fattispecie "arricchita" rispetto all'ipotesi di base di cui ai commi 1 e 2.

Ciò fa emergere due profili critici:

- il primo riguarda il rapporto tra il risultato elettorale favorevole per il promissario e l'accordo, posto che, di per sé, l'espressione «a seguito dell'accordo», alludendo alla mera "consecutio" del risultato all'accordo, potrebbe risultare neutra ed in definitiva pleonastica.

Qualora si propendesse per tale lettura, l'aumento scatterebbe automaticamente alla vittoria del promissario alle elezioni, sul presupposto, astrattamente ritenuto dal legislatore, che l'accordo abbia comunque influito sul risultato della competizione: in tal modo, si realizzerebbe un'evidente semplificazione in sede applicativa, essendo il P.M. sollevato dalla prova dell'incidenza causale dell'accordo. Un'interpretazione opposta, invece, potrebbe attribuire alla ridetta espressione un significato, non temporale, ma deterministico, in guisa che l'aumento conseguirebbe alla dimostrazione dell'incidenza dell'accordo sul numero di voti raccolti del promissario: dimostrazione che, però, specialmente in difetto della collaborazione del promittente sulle concrete modalità di raccolta dei voti e sugli elettori raggiunti dal messaggio mafioso, rasenta la "probatio diabolica";

- il secondo è collegato al primo ed attiene alla qualificazione giuridica in sé dell'aumento.

Nei lavori preparatori leggesi che «il terzo comma prevede sostanzialmente un'aggravante di evento» (Sen. Rep., op. loc. ult. cit.): talché l'elezione del promissario dovrebbe costituire l'evento dell'accordo, di per sé integrante il reato, ma, ciò nonostante, sarebbe punibile a titolo di circostanza aggravante.

Tuttavia, alla stregua delle ricostruzioni dogmatiche più diffuse, che evidenziano la contraddittorietà della riduzione ad elemento specializzante, e quindi circostanziale, dell'entità costituente invece il nucleo portante della fattispecie, qual è l'evento, ben potrebbe ritenersi che il comma 3 dell'art. 416-ter cod. pen. introduca un'ipotesi di delitto aggravato dall'evento. Note sono le diverse conseguenze della sussunzione del comma 3 nella categoria delle circostanze o in quella dei delitti aggravati dall'evento. Peraltro, anche in una prospettiva tutta interna a quest'ultima, un fronte problematico potrebbe ulteriormente aprirsi in relazione ai criteri di imputazione soggettiva dell'evento in rapporto, distintamente, al promittente e al promissario: invero, mentre, quanto a quest'ultimo, l'evento sarebbe voluto, quanto al primo, sarebbe indifferente che sia voluto o meno.

PARTE III: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 41 DELL'8 MARZO 2019

9. Legittimità costituzionale delle leggi regionali che prevedono l'obbligatorietà della costituzione di parte civile nei procedimenti per il delitto di cui all'art. 416-ter cod. pen.

Prima di concludere, curiosità vuole che si renda conto della **sentenza della Corte costituzionale n. 41 dell'8 marzo 2019**, che ha dichiarato non fondata la q.l.c., sollevata per lesione della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia dell'«ordinamento penale» ex art. 117, comma 2, lett. l), Cost., in relazione all'art. 74 cod. proc. pen., dell'art. 2, comma 1, della legge della Regione Veneto 26 gennaio 2018, n. 1, sollevata per violazione dell'art. 117 Cost., nella parte in cui stabilisce l'obbligo di detta Regione di costituirsi parte civile in tutti i procedimenti penali relativi ai delitti, commessi nel suo territorio, p. e p. dagli artt. 416-bis e 416-ter cod. pen. ovvero consumati o tentati avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis cod. pen. La Corte, rammentato come un simile obbligo sia comune a svariate altre leggi regionali, osserva che «alla norma regionale censurata non può attribuirsi alcun rilievo di carattere ordinamentale o processuale […], non incidendo essa né sul potere del giudice di valutare la legittimazione della Regione a costituirsi parte civile nel processo penale, né potendosi ritenere che essa si sovrapponga a quelle norme dell'ordinamento che fondano l'azione risarcitoria e che ne disciplinano l'esercizio nel processo penale» (par. 3, terzo cpv.). Detta norma, alla luce della particolare gravità dei delitti che ne occupano, «esaurisce, pertanto, la sua funzione all'interno della Regione e, come tale, appare espressione, del tutto legittima, del potere di indirizzo politico-amministrativo spettante al Consiglio regionale nei confronti degli altri organi dell'ente» (ivi, sesto cpv.). A mo' di chiosa,

sia consentito di osservare come recentissime vicende di cronaca dimostrino che l'obbligatorietà della costituzione di parte civile, pur costituzionalmente legittima, può porre delicatissimi problemi di coordinamento con le procedure amministrative, laddove il responsabile dell'emissione dell'atto autorizzatorio della costituzione coincida con il soggetto raggiunto dal procedimento penale, soprattutto se questo pende ancora in fase embrionale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 1, n. 3859 del 14/01/2004, Rv. 227476-01, P.M. in proc. Milella
Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Rv. 231670-01, Mannino
Sez. 2, n. 23186 del 05/06/2012, Costa
Sez. 5, n. 23005 del 22/01/2013, Rv. 255502, Alagna
Sez. 6, n. 37374 del 06/05/2014, Polizzi
Sez. 6, n. 19525 del 17/04/2014, Licata
Sez. 6, n. 8654 del 11/02/2014, Costa
Sez. 6, n. 36382 del 03/06/2014, Rv. 260168-01, Antinoro
Sez. 6, n. 37374 del 06/05/2014, Rv. 260167-01, P.M. in proc. Polizzi
Sez. 1, n. 19230 del 30/11/2015 (dep. 2016), Zappalà
Sez. 6, n. 41801 del 16/09/2015 (dep. 2016), Serino
Sez. 6, n. 31348 del 10/06/2015, Annunziata
Sez. 6, n. 25302 del 19/05/2015, Rv. 263845-01, P.M. in proc. Albero
Sez. 5, n. 47569 del 20/09/2016, Pelle Antonio
Sez. n. 36079 del 10/05/2016, Rv. 268003-01, Costa
Sez. U, n. 111 del 30/11/2017 (dep. 2018), Mancuso
Sez. 2, n. 45402 del 02/07/2018, Lombardo, Rv. 275510-02
Sez. 5, n. 45840 del 14/06/2018, Rv. 274180-01
Sez. 6, n. 22840 del 18/04/2018, cesarano
Sez. 6, n. 18846 del 23/02/2018, Eboli
Sez. 6, n. 18844 del 23/02/2018, Pignataro
Sez. 1, n. 17455 del 30/01/2018, Alesci
Sez. U, udienza 24/10/2019, Genco
Sez. 5, n. 47269 del 15/07/2019, Alcamo
Sez. 5, n. 26426 del 07/05/2019, Rv. 275638-01, Merola
Sez. 1, n. 26686 del 10/04/2019, Rv. 276197-01, Marino
Sez. 6, n. 9442 del 20/02/2019, Rv. 275157-01, P.M. in proc. Zullo
Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 41 dell'8 marzo 2019
Corte cost., sent. n. 40 del 23 gennaio 2019
Corte cost., sent., n. 222 del 25 settembre 2018
Corte cost., sent. n. 236 del 21 settembre 2016
Corte cost., sent. n. 68 del 6 marzo 2012
Corte cost., sent. n. 341 dell'11 maggio 1994
Sentenze della Cedu

Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2017, causa n. 43395/09, de Tommaso c. Italia

Sez. IV, del 14 aprile 2015, causa n. 66655/13, Contrada c. Italia (n. 3)

Grande Camera, sentenza del 27 gennaio 2015, causa 59552/08, Rohlena c. Repubblica Ceca

Grande Camera, sentenza del 21 ottobre 2013, causa 42750/09, Del Rio Prada c. Spagna

SEZIONE VII

DELITTI CONTRO L'ECONOMIA

CAPITOLO I

ILLECITA CONCORRENZA CON VIOLENZA O MINACCIA, LA PORTATA DELLA CONDOTTA

(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. - 2. La giurisprudenza di legittimità sul tema.- 2.1. Il primo orientamento interpretativo. – 2.2. Il secondo orientamento interpretativo. – 2.3. Il terzo orientamento interpretativo come tentativo di mediazione. - 3. Accenni alla disciplina civilistica. – 4. Valutazione della casistica recente. – 5. L'informazione provvisoria.

1. La questione controversa.

La questione rimessa alle Sezioni Unite trae origine da un contrasto di giurisprudenza, assai risalente ed articolato, e tuttora persistente, in tema di illecita concorrenza con violenza e minaccia, con particolare riferimento alla portata della condotta, alle sue caratteristiche, al fine di poter ritenere integrato il reato. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite è stato così formulato: "Se ai fini della configurabilità del reato di illecita concorrenza con violenza o minaccia, sia necessario il compimento di condotte illecite tipicamente concorrenziali o, invece, sia sufficiente anche il solo compimento di atti di violenza o minaccia comunque idonei a contrastare od ostacolare l'altrui libertà di concorrenza".

La Terza sezione, cui era stato assegnato il ricorso, ha evidenziato che è da tempo radicato, nell'ambito della giurisprudenza della Corte, un contrasto circa il perimetro applicativo della fattispecie ex art. 513 – *bis* cod. pen., relativo al "se essa intenda reprimere solamente le condotte tipicamente concorrenziali, come definite dall'art. 2598 cod. civ., poste in essere con violenza o minaccia nell'esercizio dell'attività commerciale, ovvero se essa abbracci anche gli atti intimidatori comunque idonei ad impedire al concorrente di autodeterminarsi nell'esercizio della propria attività imprenditoriale".

Il collegio remittente richiama un primo orientamento, più aderente alla lettera della norma, secondo il quale l'elemento oggettivo del reato consiste nella repressione delle sole condotte illecite tipicamente concorrenziali e competitive (quali il boicottaggio, lo storno di dipendenti, il rifiuto di contrattare), realizzate con atti di violenza o minaccia, che inibiscono la normale dinamica imprenditoriale, non rientrando invece nella fattispecie astratta quelle condotte intimidatorie finalizzate

ad ostacolare e contrastare l'altrui libera concorrenza, e però poste al di fuori dell'attività concorrenziale, come nel caso di diretta aggressione ai beni dell'imprenditore concorrente o della sua persona (Sez. 2, n. 49365 del 08/11/2016, Prezioso, Rv. 268515, Sez. 6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro Rv. 265358, Sez. 2, n. 9763 del 10/02/2015, Amadoro, Rv. 263299, Sez. 2, n. 29009 del 27/05/2014, Ciliberti, Rv. 260039, Sez. 3, n. 16195 del 06/03/2013, Fammilume, Rv. 255398, Sez. 1, Sez. 2 n. 6541 del 02/02/2012, Aquino, Rv. 252435, Sez. 1, n. 9750 del 03/02/2010, P.G.c/ Bongiorno, Rv. 246515, Sez. 2, n. 35611 del 27/06/2007, Tarantino, Rv. 237801, Sez.3, n. 46756 del 03/11/2005, Mannone, Rv. 232650).

L'interpretazione richiamata si concentra sulla *ratio* della norma, intesa come tutela diretta e piena della libera concorrenza, sicché ai fini dell'integrazione del reato, si ritengono atti di concorrenza soltanto quelle condotte concorrenziali ritenute illecite da un punto di vista civilistico, realizzate con metodi di coartazione volti ad ostacolare la normale dinamica imprenditoriale. Tale interpretazione trova il proprio principale supporto nel necessario rispetto del principio di legalità e tassatività, poiché ai fini della ricostruzione del fatto non può essere eliminato proprio ciò che rappresenta l'elemento oggettivo dell'incriminazione e il nucleo fondamentale, ovvero la realizzazione di un atto di concorrenza, che non può essere considerato coincidente, né ricorrente in caso di meri atti di intimidazione, di per sé valutabili tuttavia come violenza o minaccia. Non può dunque giungersi ad un'applicazione dell'art. 513 – *bis* cod. pen. rispetto ad atti di violenza o minaccia, in relazione ai quali la limitazione della concorrenza rappresenta esclusivamente la mira teleologica dell'agente.

Un secondo orientamento invece ritiene configurabile il delitto previsto dall'art. 513 – *bis* cod. pen. ogniqualvolta sia realizzato un comportamento che, attraverso l'uso strumentale della violenza o della minaccia, sia idoneo ad impedire al concorrente di autodeterminarsi nell'esercizio della sua attività commerciale, industriale o comunque produttiva. In tal senso atti di concorrenza illecita sono tutti quei comportamenti sia "attivi" che "impeditivi" dell'altrui concorrenza, che, commessi da un imprenditore con violenza o minaccia, sono idonei a falsare il mercato e a consentirgli di acquisire, in danno dell'imprenditore minacciato, illegittime posizioni di vantaggio, senza alcun merito derivante dalla propria capacità operativa (Sez. 2, n. 18122 del 13/04/2016, P.M. in proc. Gencarelli, Rv. 266847, Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180). Questa diversa opzione ermeneutica trova il proprio fondamento nella *voluntas legislatoris*, che con l'art. 513 – *bis* cod. pen., introdotto dall'art. 8 della legge 13 settembre 1982, n. 646, ha inteso reprimere forme di intimidazione che, nello specifico ambiente della criminalità organizzata, specie di stampo mafioso, tendono a controllare e/o a condizionare le attività commerciali e produttive, sebbene il riferimento alle condotte tipiche della

criminalità organizzata intenda non già delimitare e dimensionare l'ambito di applicabilità della norma, ma solamente caratterizzare i comportamenti punibili con il ricorso ad un significativo parallelismo (Sez. 3, n. 450 del 15/02/1995, Tamborrini, Rv. 201578). Deve inoltre essere considerato il portato dell'art. 2598 cod. civ. come elemento-guida extrapenale nella definizione della condotta penalisticamente rilevante che, se da una parte prevede ai numeri 1) e 2) casi tipici di concorrenza sleale parassitaria, ovvero attiva, dall'altra al numero 3) contempla una norma di chiusura, secondo la quale sono atti di concorrenza sleale tutti i comportamenti contrari ai principi della correttezza professionale idonei a danneggiare l'altrui azienda. Da ciò consegue che possono essere ritenuti ricompresi nella previsione non solo le condotte tipicamente concorrenziali, ma anche tutti quegli atti intimidatori che siano finalizzati a contrastare o ad ostacolare l'altrui libertà di concorrenza (Sez. 6, n. 50084 del 12/07/2018, Terracciano, Rv. 274288, Sez. 6, n. 38551 del 05/06/2018, D., Rv. 274101, Sez. 2, n. 30406 del 19/06/2018, P.M. in proc. Sergi, Rv. 273374, Sez. 2, n. 9513 del 18/01/2018, Ietto, Rv. 272371, Sez. 2, n. 18122 del 13/04/2016, P.M. in proc. Gencarelli, Rv. 266847, Sez. 6, n. 24741 del 05/05/2015, P.M. in procedimento Iacopino, Rv. 265603, Sez.3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180, Sez. 2, n. 15781 del 26/03/2015, Arrichiello, Rv. 263530, Sez.3, n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683, Sez. 3, n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683).

2. La giurisprudenza di legittimità sul tema.

Come sottolineato dall'ordinanza di rimessione, la questione proposta all'attenzione delle Sezioni Unite è oggetto di contrasto risalente, caratterizzato da diverse sfumature ed evoluzioni interpretative, anche tenendo conto dell'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina sulla concorrenza e delle previsioni del TFUE, in motivazioni articolate e approfondite dalla giurisprudenza più recente.

L'analisi dell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità fa emergere una decisa complessità della questione, risultando, in una prima fase temporale, due orientamenti più nettamente contrapposti (ovvero da un lato ritenendosi necessaria, nella realizzazione della condotta, al fine di integrare il delitto ex art. 513 – *bis* cod. pen., la materiale realizzazione di atti di concorrenza in senso stretto, commessi con coartazione, e dall'altro, invece, ritenendosi integrato il delitto anche in presenza di atti di violenza e minaccia per così dire autonomi e puri, purché finalizzati ad ostacolare o impedire del tutto la libera determinazione imprenditoriale del concorrente imprenditore), mentre in una seconda e più recente fase, che trova la sua base di partenza nella decisione della Sez. 3, n. 44169 del 22/10/2008, Di

Nuzzo, Rv. 241683, emerge un orientamento di mediazione, che tende a comporre il contrasto insorto, giungendo ad un'interpretazione orientata anche alla luce delle disposizioni del TFUE e della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in tema di concorrenza.

In tal senso, a partire dalla decisione della Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180, può dirsi consolidato anche un terzo orientamento, che, trovando il proprio fondamento ermeneutico di partenza nel primo orientamento (che richiede la necessaria commissione di atti di concorrenza sleale tipici, commessi con coartazione), arriva a proporre una interpretazione evolutiva del concetto di atti di concorrenza, inteso in senso non restrittivo (anche in considerazione della atipicità della previsione civilistica) e basato sulla clausola presente nella previsione di cui all'art. 2598 n. 3) cod. civ. Si ritiene conseguentemente integrata la condotta di cui all'art. 513 – *bis* cod. pen. anche nel caso di "atti impeditivi" dell'altrui libera determinazione imprenditoriale, che determinino l'acquisizione di aree di mercato non correlate alla capacità imprenditoriale del soggetto agente (nello stesso senso di recente e in modo articolato Sez. 2, n. 30406 del 19/06/2018, P.M. in proc. Sergi, Rv. 273374, Sez. 6 , n. 50084 del 12/07/2018, Terracciano, Rv. 274288, Sez. 6, n. 50094 del 12/07/2018, PMT c/Alati, Rv. 275717).

Un ulteriore profilo oggetto di considerazione nell'elaborazione della giurisprudenza, che si caratterizza per essere trasversale ai diversi orientamenti, è poi quello relativo alla riferibilità o meno delle condotte violente e minacciose esclusivamente all'ambito delle associazioni a delinquere di stampo mafioso o meno. La riflessione trae spunto dalla *voluntas* del legislatore, espressa chiaramente anche nella relazione di accompagnamento alla legge Rognoni – La Torre e nell'originaria proposta di legge, di porre argine con tale disposizione a tutti quei classici comportamenti intimidatori in campo imprenditoriale riconducibili al metodo mafioso (danneggiamenti, incendi ed altro). La previsione normativa, nella sua definitiva formulazione, ha eliminato il riferimento specifico alle modalità di azione delle associazioni di stampo mafioso, e dunque si è concordemente considerato il campo di incidenza della previsione ex art. 513 – *bis* cod. pen. in senso ampio e relativo a qualsiasi tipo di attività imprenditoriale, a prescindere dalla sua connotazione mafiosa o meno, purché caratterizzata dall'imprenditorialità del contesto. Nell'ambito di questa ricostruzione non appare tuttavia superfluo ricordare come il materiale riscontro dell'utilizzo di metodi tipicamente mafiosi, in zone caratterizzate da forte infiltrazione di associazioni di tal genere, ha determinato la formulazione di gran parte delle imputazioni ex art. 513 – *bis* cod. pen., a riprova dell'incidenza e rilevanza della problematica segnalata, durante i lavori preparatori, già nella legge Rognoni – La Torre.

La particolare pervasività di questo fenomeno ha poi nel tempo portato ad un'ampia considerazione, nel ritenere l'effettiva integrazione del reato, del capitale

di intimidazione e minaccia accumulato dalle c.d. "mafie storiche", con la necessaria valutazione dell'evolversi del fenomeno anche per il tramite di c.d. minacce "implicite", percepite come tali proprio per notorietà e pervasività di dette mafie. Ciò ha determinato anche un'evoluzione interpretativa in ordine al contenuto e portata del comportamento minaccioso, inizialmente ritenuto assolutamente necessario al fine di integrare il delitto in questione, in seguito considerato in prospettive diverse e più articolate, anche quanto al potenziale di intimidazione appunto delle mafie storiche (in questo senso Sez. 6, n. 24741 del 05/05/2015, P.M. in procedimento Iacopino, Rv. 265603 – 01).

2.1. Il primo orientamento interpretativo.

Va menzionata Sez. 3, n. 46756 del 03/11/2005, Mannone, Rv. 232650, così massimata: "Il reato di cui all'art. 513 - *bis* cod. pen. (illecita concorrenza con violenza o minaccia), non è riferibile anche a colui che nell'esercizio di una attività imprenditoriale compie atti intimidatori al fine di contrastare o scoraggiare l'altrui libera concorrenza, atteso che la disposizione in questione, introdotta dall'art. 8 della legge n. 646 del 1982 (cosiddetta legge antimafia), reprime la concorrenza illecita che si concretizza in forme di intimidazione tipiche della criminalità organizzata che tende a controllare, con metodi violenti o mafiosi, le attività commerciali, industriali e più genericamente produttive.", che ha affrontato il caso di un venditore ambulante che aveva posto in essere atti inequivocabilmente diretti ad impedire ad altro venditore ambulante di esercitare il lavoro in zona che reputava di sua esclusiva pertinenza. Nella condotta posta in essere dall'imputato i giudici di merito hanno riconosciuto una vera e propria condotta di concorrenza sleale, perché volta a raggiungere l'obiettivo di eliminare la presenza dell'antagonista da una parte del territorio di cui si era riservato arbitrariamente la prerogativa di vendita. La decisione in esame, così come la precedente Sez. 6, n. 3492 del 09/01/1989, Spano, Rv. 180706, ritiene che il comportamento posto in essere rappresenti un tipico atto di concorrenza illecita e sleale, che si concretizza anche mediante intimidazioni tipiche della criminalità organizzata, che con metodi violenti tende a controllare le attività commerciali, industriali e produttive, e a condizionarle, con evidente lesione del bene tutelato dalla norma rappresentato dal buon funzionamento del sistema economico. Ne consegue la limitazione della libertà delle persone di determinarsi nel settore. Precisa in motivazione la Corte come la previsione debba essere considerata alla luce della richiesta commissione di atti di concorrenza, ma solo di atti di concorrenza che si pongono "oltre i limiti legali", con conseguente turbativa del libero mercato, in un "clima di intimidazione e con metodi violenti". Il testo legislativo deve essere interpretato secondo la Corte individuando l'ambito di

applicabilità dell'art. 513 – *bis* cod. pen. solo con riferimento alle tipiche condotte e comportamenti competitivi che si prestano ad essere realizzati con mezzi vessatori, come il boicottaggio, lo storno di dipendenti e il rifiuto di contrattare. In modo esplicito si chiarisce come non possa essere accolta l'interpretazione che tende ad ammettere l'integrazione del reato nel caso di violenza e minaccia connotata finalisticamente dall'intenzione di scoraggiare l'altrui concorrenza (quindi incidendo sull'elemento soggettivo del reato), poiché questa interpretazione non può essere considerata conforme al testo normativo e pone inevitabili problemi di violazione del principio di legalità e tassatività. Non si può eliminare infatti dall'elemento oggettivo il nucleo essenziale rappresentato dalla realizzazione di un atto di concorrenza. Conclude la Corte sottolineando ancora una volta che: «la previsione non è applicabile ad atti di violenza e minaccia, in relazione ai quali la limitazione della concorrenza è solo la mira teleologica dell'agente; tali condotte rimangono riconducibili ad altre fattispecie preesistenti».

La considerazione di queste decisioni, seppur risalenti nel tempo, evidenzia come gli elementi essenziali del primo orientamento fossero già chiari e focalizzati sin dalla sentenza Spano del 1989, approfonditi e chiariti dalla sentenza Mannone. Tuttavia si deve osservare come la decisione non abbia chiarito in modo esplicito a quale atto di concorrenza sarebbe esattamente riconducibile la condotta dell'imputato, consistente nel minacciare un altro venditore ambulante di allontanarsi dalla zona che riteneva di sua competenza.

Questo stesso comportamento, così come forme non nette di concorrenza parassitaria, saranno infatti considerate da altre decisioni della Corte non rilevanti ai sensi dell'art. 513 – *bis* cod. pen., bensì ai sensi di altre disposizioni penali, come la violenza privata, la minaccia, l'estorsione, considerate come limiti esterni alle condotte contestate ai sensi dell'art. 513 – *bis* cod. pen.

Sez. 2, n. 35611 del 27/06/2007, Tarantino, Rv. 237801, ha affrontato in modo articolato e approfondito la questione relativa alla necessità, al fine di ritenere integrato il delitto, della realizzazione di veri e propri atti di concorrenza. Viene infatti esclusa, in relazione ad una condotta del tutto simile a quella oggetto della decisione Mannone (contrasto tra piccoli imprenditori con minaccia per il controllo della zona di lavoro), la responsabilità per il delitto contestato ai sensi dell'art. 513 – *bis* cod. pen. Richiamando la finalità prevista dalla norma, volta a tutelare l'ordine economico, minacciato da attività o infiltrazioni di tipo mafioso, che rendano impossibile il libero gioco del mercato, la decisione sottolinea che proprio la dizione letterale utilizzata dal legislatore «restringe l'ambito di applicabilità dell'art. 513 – *bis* cod. pen. alle condotte concorrenziali attuate con mezzi di coartazione che inibiscono la normale dinamica imprenditoriale; pertanto vi rientrano i tipici comportamenti competitivi che si prestano ad essere realizzati con mezzi vessatori

(boicottaggio, storno di dipendenti, rifiuto a contrattare), consistendo la condotta tipica nel compimento di atti di concorrenza posti in essere con violenza e minaccia nei confronti di altri soggetti economici operanti nello stesso settore». La sentenza analizza poi il rapporto tra l'art. 513 – *bis* cod. pen. e altre fattispecie contigue alla stessa, come l'art. 629 cod. pen., e considera integrato tale diverso delitto, essendo la finalità dell'imputato stata proprio quella di salvaguardare il suo patrimonio e non di limitare la concorrenza in senso tecnico.

L'ordinanza di rimessione richiama come decisione riferibile al primo orientamento ermeneutico anche Sez. 1, n. 9750 del 03/02/2010, P.G. in proc. Bongiorno, Rv. 246515, così massimata: «Al fine della configurabilità del delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia, che è reato di pericolo, è del tutto irrilevante la mancanza di un concreto effetto della condotta sul piano dei rapporti commerciali, bastando a integrarlo il solo compimento, con modalità violente o minacciose, di atti di concorrenza». La lettura della motivazione della sentenza, e della fattispecie oggetto di giudizio, fa emergere una situazione più articolata rispetto al principio affermato, che occorre considerare. La motivazione della decisione sembra essere incentrata sull'analisi della natura di reato di pericolo dell'art. 513 – *bis* cod. pen. e la condotta oggetto di considerazione sembra integrare una vera e propria forma tipica di intimidazione di stampo mafioso, rispetto alla quale viene ritenuta la sussistenza del reato. In questo caso la condotta contestata era relativa alle ritenute infiltrazioni mafiose nell'ambito portuale di Porto Empedocle, con particolare riferimento all'attività di commercializzazione del pesce. In sostanza si trattava di una disputa intervenuta tra due acquirenti di pescato e della richiesta di aiuto formulata da uno degli imputati all'altro imputato, mafioso conclamato, perché intervenisse - intervento effettivamente posto in essere - affinché un terzo commerciante rinunciasse alla pretesa di contratto in esclusiva sul pescato in questione. La Corte ha osservato come il reato si concretizzi con il compimento di quegli atti di concorrenza espletata con violenza e minaccia, ed in ciò si esaurisce, senza alcuna rilevanza per l'eventuale raggiungimento del risultato, ovvero del vantaggio per il singolo commerciante o imprenditore. Non affrontando dunque in modo esplicito la natura dell'atto di intimidazione vera e propria posta in essere da un noto mafioso della zona, la Corte ha ritenuto corretta l'affermazione di responsabilità ai sensi dell'art. 513 – *bis* cod. pen. Ad una lettura più analitica della motivazione, non sembra allora essere stato affrontato il problema centrale della questione rimessa alle Sezioni Unite, ovvero cosa possa effettivamente integrare la condotta prevista dall'art. 513 – *bis* cod. pen., senza alcuna enunciazione sul punto al fine di identificare la portata dell'elemento materiale del delitto in questione, tuttavia giungendosi ad una conferma dell'affermazione di responsabilità degli

imputati per una condotta che si caratterizza per la sua natura di tipica intimidazione mafiosa, per il rispetto di equilibri voluti proprio in relazione all'appartenenza all'associazione.

Sez. 1, n. 6541 del 02/02/2012, Aquino, Rv. 252435, affronta la questione relativa alla rilevanza, nell'ambito della previsione di cui all'art. 513 – *bis* cod. pen., della così detta interposizione parassitaria. Secondo l'impostazione accusatoria risultavano posti in essere atti di illecita concorrenza volti al controllo e al condizionamento del mercato della fornitura di ferro, a causa dell'imposizione agli imprenditori del settore di rifornirsi del relativo materiale solo ed esclusivamente da una determinata società, che svolgeva il ruolo di interposta tra le ferriere e le ditte costruttrici, applicando un prezzo maggiorato, grazie alla "minaccia implicita" derivante dalla vicinanza della società interposta alla famiglia mafiosa della zona. Tale condotta veniva presa in considerazione dalla Corte quanto al disposto sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 240 cod. pen. Secondo la Corte, la condotta oggetto d'imputazione non risultava connotata da violenza e minaccia, in mancanza di esplicita indicazione in tal senso da parte dell'accusa, soprattutto in quanto correlata alla limitazione della concorrenza, e seppure ci si fosse materialmente trovati di fronte ad una condotta di intermediazione parassitaria, per la mancata indicazione da parte dell'accusa anche del mero *metus* derivante dalla vicinanza all'associazione mafiosa della società interposta, non era possibile ritenere sussistente il *fumus* del reato contestato, tanto più non essendo stati indicati i destinatari di siffatto atteggiamento. In sostanza la Corte ha ritenuto che l'interposizione, seppur parassitaria, non sia idonea ad integrare una condotta riconducibile all'art. 513 – *bis* cod. pen., perché consumata senza che sia stato chiarito l'aspetto relativo all'effettiva ricorrenza di violenza e minaccia da parte dell'organo dell'accusa. Questa decisione si attesta dunque, in un caso di interposizione parassitaria (che avrebbe natura di atto concorrenziale in senso stretto), sull'impossibilità di ritenere fondata la prospettazione a livello di *fumus* dell'accusa per mancata indicazione dei comportamenti violenti e minacciosi (tale soluzione è stata sostanzialmente sorpassata dalla decisione della Sez. 6, Sentenza n. 24741 del 05/05/2015, P.M. in procedimento Iacopino, Rv. 265603, che ha sottolineato la valenza del capitale intimidatorio acquisito dalle mafie storiche, tanto che il semplice rapporto di vicinanza, contiguità, riferibilità ad una associazione mafiosa di risalente formazione potrebbe giustificare l'intimidazione implicitamente conseguente a tale rapporto).

Sez. 3, n. 16195 del 06/03/2013, Fammilume, Rv. 255398, ha fondato la propria decisione richiamando la inequivocità del dato letterale della disposizione e la necessità di applicare in modo rigoroso, anche per la fattispecie in esame, il principio di legalità. Sez. 2, n. 29009 del 27/05/2014, Ciliberti, Rv. 260039, ha affrontato il

tema dei rapporti tra il reato di cui all'art. 513 – *bis* cod. pen. e gli altri reati che possono trovarsi in rapporto di specialità reciproca con lo stesso (come l'estorsione) e i reati che residuano una volta esclusa la ricorrenza del delitto in questione quando, appunto, non sia stata verificata la ricorrenza di condotte a carattere illecito "tipicamente concorrenziale". Lo stesso identico percorso argomentativo si rinviene in Sez. 2, n. 9763 del 10/02/2015, Amadoro, Rv. 263299. Sez. 6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro Rv. 265358, ha nuovamente ribadito la necessità del compimento di condotte tipicamente concorrenziali, la Corte ha chiarito come materialmente fossero emerse solo ed esclusivamente azioni a carattere intimidatorio. (Nello stesso senso si è espressa anche Sez. 2, n. 49365 del 08/11/2016, Prezioso, Rv. 268515 e Sez. 2, n. 53139 del 08/11/2016, Cotardo, Rv. 268640).

Può essere interessante osservare che, seppure si riscontri la ripetizione sostanzialmente costante del principio di diritto, tuttavia l'analisi della casistica e dei comportamenti concretamente giudicati sembra far emergere alcune discrasie specialmente nella considerazione dei c.d. atti di intimidazione, spesso commessi in ambito contiguo ad associazioni a delinquere di stampo mafioso, a volte ritenuti in quanto tali atti di concorrenza sleale, senza tuttavia chiarire in quale categoria di atti di concorrenza sleale rientrerebbero, ed invece ritenuti in altre occasioni non rilevanti al fine di poter ritenere integrata la condotta sanzionata ex art. 513 – *bis* cod. pen., pur residuando la possibilità di un inquadramento in altre fattispecie.

2.2. Il secondo orientamento interpretativo.

Venendo al secondo indirizzo interpretativo già richiamato, l'analisi deve muovere da Sez. 3, n. 450 del 15/02/1995, Tamborrini, Rv. 201578, secondo cui il reato di illecita concorrenza con minaccia o violenza, di cui all'art. 513 - *bis* cod. pen., non deve necessariamente realizzarsi in ambienti di criminalità organizzata, nè l'autore deve appartenere a un'organizzazione criminale, nè sono necessari atti di concorrenza nel senso tecnico giuridico di cui all'art. 2595 cod. civ. Infatti, l'art. 513 - *bis* citato si riferisce a quei comportamenti che, per essere attuati con minaccia o violenza, configurano una concorrenza illecita e si concretizzano in forme di intimidazione, tipiche della criminalità organizzata, che tendono a controllare le attività commerciali, industriali o produttive o, comunque, a condizionare. Il riferimento alle condotte tipiche della criminalità organizzata non intende affatto dimensionare l'ambito di applicabilità della norma (restringendolo alle sole operazioni di criminalità organizzata), ma solo caratterizzare i comportamenti punibili con il ricorso a un significativo parallelismo, che, seppur risalente, già aveva enucleato la diversa opzione ermeneutica nella considerazione della previsione

dell'art. 513 – *bis* cod. pen. Richiamando chiaramente la *voluntas* del legislatore, la sentenza precisa ambito e connotazione del reato e propone un'interpretazione ampia, proprio al fine di tutelare al massimo il bene protetto dalla norma, ovvero il corretto andamento dell'economia. Nel giungere a tale conclusione chiarisce come l'ambito non possa ritenersi limitato al campo della criminalità organizzata, e che ciò che conta non è tanto la commissione di tipici atti di concorrenza, quanto la realizzazione di una serie di attività violente e minacciose, che proprio per le loro caratteristiche di fatto configurano una concorrenza illecita e tendono a controllare attività commerciali, o comunque a condizionarle nella loro azione. Nella stessa direzione interpretativa si pone anche Sez. 2, n. 13691 del 2005 del 15/03/2005, De Noia Mecenero, Rv. 231129. Le decisioni si caratterizzano per un'interpretazione volta a realizzare la massima portata applicativa dell'art. 513 – *bis* cod. pen. Ciò, tenuto conto della *ratio* della legislazione antimafia e della volontà del legislatore di tutelare l'economia pubblica perseguendo fenomeni violenti e intimidatori di fatto limitativi della concorrenza, diversi per le loro caratteristiche rispetto ai comportamenti oggetto di disciplina in campo civilistico, connotati invece, come già detto, nella maggior parte dei casi, dall'uso del mezzo fraudolento.

Tale indirizzo interpretativo tende dunque a realizzare una tutela caratterizzata da immediatezza ed effettività rispetto ad una serie di comportamenti che, seppur non tipicamente concorrenziali, tuttavia incidono fortemente sul sostrato imprenditoriale, grazie a forme di contiguità con le associazioni mafiose, dalle quali traggono metodi e modalità di intimidazione e violenza, anche in contesti assai semplici come quelli del commercio. Proprio la finalità tipica del delitto previsto dall'art. 513 – *bis* cod. pen. porta infatti, anche nell'ambito di questo orientamento, a considerare la possibilità piena di concorso tra questo delitto e l'estorsione, a causa della diversità dei beni protetti, sebbene entrambi i delitti si esplichino con forme di violenza e intimidazione volti a coartare l'agire della persona (in questo senso Sez. 2, n. 14467 del 28/02/2004, Arangio, Rv. 228719).

Un'analisi centrata invece sul concetto di atto di concorrenza, da intendere in senso ampio come qualsiasi turbativa del libero mercato, e non limitatamente alle indicazioni provenienti dal codice civile, emerge dalla Sez. 3, n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683, così massimata: «Ai fini dell'integrazione del reato d'illecita concorrenza con violenza o minaccia qualsiasi comportamento violento o intimidatorio idoneo ad impedire al concorrente d'autodeterminarsi nell'esercizio della sua attività commerciale, industriale o comunque produttiva configura un atto di concorrenza illecita. (Fattispecie di danneggiamenti, aggressioni e minacce poste in essere per conto di un negoziante nei confronti di un altro al fine di indurre quest'ultimo a non praticare prezzi di vendita inferiori)». Si evidenzia per la prima volta l'incidenza sulla capacità di autodeterminazione di una serie di

comportamenti violenti e minacciosi, enucleando in modo esplicito il concetto di "atti impeditivi" della concorrenza. Questa connotazione della condotta tiene conto del contesto nel quale normalmente maturano i comportamenti oggetto della previsione ex art. 513 – *bis* cod. pen. e sembra accogliere la chiara *voluntas* del legislatore in particolare in relazione a comportamenti posti in essere in contesti caratterizzati dalla presenza esplicita di associazioni a delinquere di stampo mafioso o dalla contiguità dei soggetti agenti, seppur imprenditori, alle stesse. La norma tutela dunque non solo il corretto e buon funzionamento dell'economia, ma anche la libera autodeterminazione di chi opera in questo settore. Rileva, cioè, un concetto di concorrenza non solo diretta a distruggere direttamente l'attività del concorrente, ma anche «quella che è diretta ad evitare che possa essere esercitato un atto di concorrenza lecita, come ad esempio il ribasso dei prezzi». Non sono dunque necessari atti di concorrenza intesi in senso tecnico giuridico ai sensi dell'art. 2595 cod. civ. È comunque necessario accedere ad un "significato ampio" del concetto di atto di concorrenza "in modo da includere qualsiasi turbativa al libero mercato, il tutto in linea con lo scopo della norma". In tal senso si sottolinea come con gli atti di cui all'art. 513 – *bis* cod. pen., più che a migliorare la posizione di un concorrente rispetto a quella di un altro, tendano a rimuovere le condizioni che rendono possibile la stessa capacità di autodeterminarsi dei soggetti economici.

Sono diverse le decisioni successive, alcune non massimate, che hanno riaffermato, senza sostanziali variazioni, i principi sopra richiamati, mentre un momento di rilevante interesse per la questione posta all'attenzione delle Sezioni Unite è senz'altro rappresentato, come già accennato, da Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180, così massimata: «La condotta materiale del delitto previsto dall'art. 513 - *bis* cod. pen. può essere integrata da tutti gli atti di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 cod. civ., tra i quali vi rientrano quelli diretti non solo a distruggere l'attività del concorrente, ma anche ad impedire che possa essere esercitato un atto di libera concorrenza, come quello della ricerca di acquisizione di nuove fette di mercato. (In motivazione, la Corte ha affermato che l'art. 2598 cod. civ., da interpretarsi alla luce della normativa comunitaria e della Legge n. 287 del 1990, prevede ai numeri 1) e 2) i casi tipici di concorrenza sleale parassitaria, ovvero attiva, mentre al n. 3) una norma di chiusura secondo cui sono atti di concorrenza sleale tutti i comportamenti contrari ai princìpi della correttezza professionale idonei a danneggiare l'altrui azienda)». La Corte propone un'opzione ermeneutica che, rifacendosi a quanto già affermato da Sez. 2, n. 15781 del 26/03/2015, Arrichiello, Rv. 263530, supera la radicata contrapposizione dei due orientamenti richiamati, escludendo che sia necessaria una rimessione alle Sezioni Unite della questione. Sostanzialmente la Corte richiama il principio già affermato

dalla sentenza Spano, secondo la quale la concorrenza deve "non solo essere libera, ma anche liberamente attuata". In assenza di una definizione penalistica dell'atto di concorrenza, per attuare effettivamente la tutela dell'ordine economico e del libero svolgimento delle attività economiche, il nodo interpretativo è quello di ricavare la nozione di concorrenza, e conseguentemente degli atti posti in essere in tale ambito, dai testi normativi. La motivazione attribuisce rilievo centrale all'art. 2598 cod. civ., che deve tuttavia essere necessariamente interpretato, alla luce della normativa comunitaria e della legge n. 287 del 1990, come affermato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione civile (Sez. 1, n. 14394 del 10/08/2012, Rv. 624016), nel senso di prevedere ai numeri 1) e 2), casi tipici di concorrenza sleale c.d. parassitaria ovvero attiva, e poi, al n. 3), una norma di chiusura secondo la quale sarebbero atti di concorrenza sleale tutti i comportamenti contrari "ai principi della correttezza professionale" idonei a danneggiare l'altrui azienda. Si tratta dunque di comportamenti distinti di concorrenza sleale, alternativi gli uni (n. 1 e 2) all'altro (n. 3). Aggiunge la Corte che in questa ultima ipotesi sono stati normalmente ricondotti il boicottaggio, lo storno di dipendenti e di clientela, ma permane in generale la necessità di valutare in concreto i singoli comportamenti oggetto di contestazione, al fine di valutare se ricorra o meno un comportamento contrario ai principi di "correttezza professionale".

Nello stesso senso si pongono anche Sez. 2, n. 18122 del 13/04/2016, P.M./Gencarelli, Rv. 266847, nonché Sez. 6, n. 38551 del 05/06/2018, D., Rv. 274101 che hanno precisato che la previsione vuole perseguire quei comportamenti violenti e intimidatori che eliminano i presupposti stessi della concorrenza, e non gli atti tipicamente sleali in ambito concorrenziale previsti dal codice civile. L'allargamento alle condotte "impeditive" rappresenta il momento interpretativo centrale delle decisioni, anche alla luce della lettura della disposizione in combinato disposto con le previsioni comunitarie in tema di concorrenza; si sottolinea l'assenza di una definizione penalistica degli atti di concorrenza sleale, con la conseguente necessità di ricavarne la nozione sulla base di norme extrapenali e in particolare dell'art. 2598 cod. civ. Richiamata l'elaborazione sul punto, e la clausola di chiusura di cui al n. 3) dell'art. 2598 cod. civ., l'operazione che deve essere compiuta dal giudice è quella dunque di verificare se il comportamento contestato possa essere ritenuto contrario ai principi di correttezza professionale. (nello stesso senso, sebbene con motivazioni meno articolate: Sez. 2, n. 9513 del 18/01/2018, Ietto, Rv. 272371; Sez. 6, n. 24741 del 05/05/2015, P.M. in procedimento Iacopino, Rv. 265603).

2.3. Il terzo orientamento interpretativo come tentativo di mediazione.

In epoca più recente, tenuto conto dell'evoluzione del primo orientamento interpretativo, con particolare riferimento alla necessaria integrazione del precetto penale al fine di giungere ad una definizione del concetto di atti di concorrenza, si è sostanzialmente consolidato un terzo indirizzo, rappresentato da decisioni che hanno approfondito e strutturato maggiormente il riferimento alla disciplina comunitaria e alla normativa relativa alla concorrenza.

In tal senso si pongono le più recenti Sez. 2, n. 30406 del 19/06/2018, P.M. in proc. Sergi, Rv. 273374; Sez. 6, n. 50084 del 12/07/2018, Terracciano, Rv. 274288; Sez. 6, n. 50094 del 12/07/2018, PMT c/Alati, Rv. 275717. Queste decisioni sembrano essere indicative di una volontà interpretativa volta a mantenere alla previsione dell'art. 513 - *bis* cod. pen. un reale campo di operatività ed efficacia, a prescindere dal confronto e dalle diverse posizioni che ne hanno inizialmente caratterizzato l'applicazione. Nel tentativo di mediare tra i diversi orientamenti interpretativi in contrasto, queste decisioni attribuiscono un rilievo fondamentale alla ratio della norma, approfondendo il richiamo al concetto di atti di concorrenza per come integrato dalle previsioni comunitarie e dalla disciplina della concorrenza.

Sez. 2, n. 30406 del 19/06/2018, P.M. in proc. Sergi, Rv. 273374, così massimata: «Integra il delitto di cui all'art. 513 - *bis* cod. pen. qualunque comportamento violento o minatorio posto in essere nell'esercizio di attività imprenditoriale al fine di acquisire una posizione dominante non correlata alla capacità operativa dell'impresa. (In motivazione la Corte ha chiarito che la nozione di atti di concorrenza deve essere interpretata tenendo conto non soltanto delle indicazioni di cui all'art. 2598 cod. civ., ma anche delle intese restrittive della libertà di concorrenza e degli abusi di posizione dominante descritti negli artt. 2 e 3 della legge n. 287 del 1990)», affronta il caso relativo ad un imprenditore che, nell'ambito di un appalto pubblico, tramite il fratello, personaggio di nota caratura mafiosa, effettuava delle chiamate telefoniche allo scopo di impedire ad altre ditte di presentare offerte nel medesimo contesto. Il giudice di merito aveva escluso la sussistenza del reato per l'assenza effettiva di condotte illecite o minacciose, escludendo che tale potesse essere ritenuta la telefonata posta in essere dal fratello dell'imputato nel suo interesse. La Corte ha annullato con rinvio il provvedimento del Tribunale del riesame aderendo all'orientamento interpretativo secondo il quale devono essere considerati atti di concorrenza sleale anche gli "atti impeditivi" dell'altrui libera determinazione imprenditoriale, consolidando in modo deciso l'orientamento di nuova elaborazione secondo il quale si deve accedere ad una più ampia definizione degli atti di concorrenza, da interpretare in un'ottica più ampia, per cui sono tali tutti quegli atti idonei a falsare il mercato e a consentire ad un imprenditore di acquisire

in danno di altri imprenditori posizioni dominanti illegittime, senza alcun merito derivante dalle proprie capacità.

In particolare, si afferma come non ci si possa attestare sulla nozione tradizionale di atti di concorrenza, ma occorra integrare tale nozione sia quanto ad attività illecite come la creazione di cartelli tra imprese, sia quanto a condotte volte a concretizzare in modo sempre più esplicito l'abuso di una posizione dominante, anche se acquisita originariamente in modo legittimo. Questa interpretazione tende dunque a sua volta a tipizzare l'atto di concorrenza illecita, ampliandone la nozione ed integrandola mediante il riferimento al complesso delle norme previste in materia, e dunque non solo l'art. 2598 cod. civ., ma anche gli artt. 101 e 102 TFUE e art. 2 e 3 della legge n. 287 del 1990. Partendo da tale base interpretativa l'atto di concorrenza viene identificato con chiarezza "in qualunque atto attivo o impeditivo che consenta l'acquisizione di una posizione dominante non correlata alla capacità operativa dell'impresa", dunque "qualunque comportamento violento o minatorio", sia attivo che impeditivo, che sia posto in essere nell'esercizio di un'attività imprenditoriale e sia finalizzato ad ottenere una posizione dominante.

Così proposta la soluzione della questione interpretativa, la Corte poi evidenzia un altro profilo assai rilevante rispetto all'atteggiarsi in generale delle condotte oggetto di contestazione ex art. 513 – *bis* cod. pen., affermando che «il collegio ritiene che le mafie storiche abbiano un capitale criminale la cui evocazione sortisce un effetto coercitivo parificabile, se non superiore, a quello che si ottiene attraverso il ricorso a forme di minaccia tipica, l'evocazione del capitale criminale delle mafie storiche consente una semplificazione dell'azione criminale in quanto l'effetto intimidatorio si raggiunge attraverso l'evocazione della riconosciuta capacità criminale di gruppi organizzati noti per la consumazione reiterata di efferati crimini contro la persona e non richiede lo spiegamento delle energie coercitive che sono necessarie per l'efficacia di una minaccia ordinaria». Questa decisione sembra dunque riportare l'osservazione e l'analisi della condotta alla ragione che aveva originariamente caratterizzato la volontà del legislatore, e riconosce come molte, diverse e non tipizzate, possano essere le modalità di condizionamento violento e intimidatorio del buon andamento dell'economia.

Sez. 6 , n. 50084 del 12/07/2018, Terracciano, Rv. 274288, Sez. 6, n. 50094 del 12/07/2018, PMT c/Alati, Rv. 275717, a loro volta, richiamano l'allargamento del concetto di atti di concorrenza, ricomprendendo comportamenti sia "attivi" che "impeditivi", sottolineando l'importanza dell' interpretazione fornita a suo tempo dalla Terza Sezione, con la decisione n. 3868 del 2015, volta a comporre il contrasto insorto tra le diverse linee interpretative dell'art. 513 – *bis* cod. pen. Devono dunque essere considerati atti di concorrenza rilevanti sia i classici casi di concorrenza parassitaria ex art. 2598, n. 1) e 2) cod. civ., ovvero attiva, che i comportamenti,

rientranti nella norma di chiusura al n. 3), contrari ai principi della correttezza professionale idonei a danneggiare l'altrui azienda.

Quanto alla portata e significato dell'atto di concorrenza, poiché non disciplinato in ambito penale, compiendo un ulteriore approfondimento interpretativo, si afferma che: «occorre precisare come, nel momento in cui una disposizione prevista dall'ordinamento giuridico per disciplinare un fenomeno in campo civile sia utilizzata a fini ermeneutici per dare significato ad un concetto utilizzato in ambito penale, salvo una diversa indicazione normativa, detta disposizione non possa essere riduttivamente letta secondo l'ermeneusi seguita nell'applicazione giurisprudenziale in quello specifico settore del diritto (nella specie civile), che – per definizione – è destinato a regolare il rapporto o l'accadimento sotto un'ottica completamente diversa da quella penalistica", e in tal senso si deve ritenere che il numero 3) dell'art. 2598 cod. civ. "là dove fa riferimento – con un'espressione all'evidenza aperta – ad ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda, non possa non comprendere fra gli atti di concorrenza sleale anche quei comportamenti violenti o minacciosi in danno di un'azienda concorrente atti ad alterare la libera competizione tra imprese nel procacciamento degli affari, sia pure normalmente estranei al fenomeno della concorrenza sleale in ambito civilistico e commerciale, cui appunto pertiene la disciplina dello stesso art. 2598 cod. civ., in quanto condotte certamente integranti un altro mezzo, contrario alla correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda». Una lettura estensiva della portata della norma, risulta armonica con il bene giuridico tutelato dalla fattispecie, che deve essere individuato non solo nel buon funzionamento dell'intero sistema economico, ma anche nella libertà delle persone di autodeterminarsi nello svolgimento delle attività produttive. Come evidenziato dalla relazione al disegno di legge n. 1581 del 31 marzo 1980 non si può prescindere dalla considerazione che "la mafia, peraltro, opera ormai nel campo delle attività lecite e si consolida l'impresa mafiosa che interviene nelle attività produttive, forte dell'autofinanziamento illecito (sequestro di persona, contrabbando…) e mira all'accaparramento dell'intervento pubblico, scoraggiando la concorrenza … Con la previsione del reato si punisce un comportamento tipico mafioso che è quello di scoraggiare con esplosione di ordigni, danneggiamenti o con violenza alle persone, la concorrenza". La previsione in questione risponde all'esigenza di affrontare con tempi e modi di reazione rapidi, tipici dello strumento penale, quello che si può considerare il modello evolutivo, non più statico, ma dinamico, della mafia, dove "l'esercizio dell'attività di impresa rappresenta lo sbocco naturale e il centro di interessi del sodalizio criminale".

Di fatto l'imprenditoria mafiosa, mediante il ricorso a metodi violenti e intimidatori, finisce con lo scoraggiare o eliminare del tutto l'altrui lecita concorrenza, e sfrutta così il proprio inevitabile ed oggettivo vantaggio competitivo per attuare un disegno monopolistico, per settori o aree geografiche di appartenenza, che mette a repentaglio la libera dinamica economica. Ne consegue che, sebbene il legislatore nella sua formulazione definitiva, abbia svincolato la fattispecie da una necessaria connessione con il contesto specifico della criminalità organizzata, tuttavia lo scopo della disposizione è cercare di arginare proprio quelle condotte anticoncorrenziali comunque realizzate con comportamenti violenti o minatori.

Questa lettura trova poi ulteriore conforto nella tutela assicurata all'economia di mercato aperta e in libera concorrenza ai sensi della legge 10 ottobre 1990 n. 287, ma soprattutto alla luce del quadro normativo comunitario (artt. 101, 102, TFUE, art. 120 TFUE, art. 16 CEDU), a carattere prevalente, ex art. 11 e 117 Cost., sulla normativa interna come evidenziato dalla Cassazione civile, Sez.1, n. 14394 del 10/08/2012, Rv. 624016 (così massimata "Nel regime anteriore all'entrata in vigore del Regolamento comunitario n. 1 del 2003 - il quale, sostituendo il precedente Regolamento n. 4 del 1962, ha introdotto una maggiore integrazione tra gli ordinamenti nazionali in relazione alle azioni risarcitorie conseguenti a violazione delle normativa "*antitrust*"- era già consentito al giudice nazionale, alla luce degli artt.85, 86, 89 e 90 del Trattato dell'Unione europea e della legge 10 ottobre 1990, n. 287, interpretare ed applicare le norme sulla concorrenza sleale- in particolare l'art. 2598 cod. civ. - assumendo come valore di riferimento la tutela della concorrenza. Ne consegue che era possibile allegare quale fonte di danno ingiusto, nell'ambito di un giudizio interindividuale, fattispecie tipiche del diritto "*antitrus*t"; tuttavia, poiché il sistema non vieta, di per sé, il raggiungimento di una posizione dominante, bensì l'abuso della medesima, la dimostrazione che, mediante un certo contratto, è stata raggiunta tale posizione non è prova sufficiente dell'esistenza dell'illecito. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale aveva ritenuto che l'esistenza di un contratto di distribuzione esclusiva per l'Italia non fosse prova sufficiente dell'esistenza di un disegno monopolistico)."

3. Accenni alla disciplina civilistica.

Affrontando la portata delle previsioni del TFUE, occorre ricordare come la giurisprudenza di legittimità penale abbia richiamato gli artt. 101, 102 e 120 (quest'ultimo articolo in generale è considerato il presidio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza), al fine di definire la portata del concetto di atti di concorrenza, anche tenendo conto della identificazione del concetto di mercato e

concorrenza fornita dalla giurisprudenza civile di legittimità con la sentenza della Sez. 1 civ., n. 14394 del 10/08/2012, Rv. 624016. La decisione, richiamata dalla giurisprudenza penale di legittimità più recente, è così massimata: "Nel regime anteriore all'entrata in vigore del Regolamento comunitario n.1 del 2003 - il quale, sostituendo il precedente Regolamento n. 4 del 1962, ha introdotto una maggiore integrazione tra gli ordinamenti nazionali in relazione alle azioni risarcitorie conseguenti a violazione delle normativa "antitrust" - era già consentito al giudice nazionale, alla luce degli artt. 85, 86, 89 e 90 del Trattato dell'Unione europea e della legge 10 ottobre 1990, n. 287, interpretare ed applicare le norme sulla concorrenza sleale - in particolare l'art. 2598 cod. civ. - assumendo come valore di riferimento la tutela della concorrenza. Ne consegue che era possibile allegare quale fonte di danno ingiusto, nell'ambito di un giudizio interindividuale, fattispecie tipiche del diritto "antitrust"; tuttavia, poiché il sistema non vieta, di per sé, il raggiungimento di una posizione dominante, bensì l'abuso della medesima, la dimostrazione che, mediante un certo contratto, è stata raggiunta tale posizione non è prova sufficiente dell'esistenza dell'illecito. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale aveva ritenuto che l'esistenza di un contratto di distribuzione esclusiva per l'Italia non fosse prova sufficiente dell'esistenza di un disegno monopolistico)." Nell'ambito di una controversia tra imprese la Corte ha affermato che: "La dimensione giuridica della concorrenza ha assunto nel nostro sistema la funzione di "valore di riferimento", giacché gli artt. 85 ed 86 del Trattato hanno imposto limiti nuovi, mirati a proteggere la struttura concorrenziale del mercato anche indipendentemente dall'atteggiamento del soggetto leso. Da ciò il rilievo giuridico qualitativo dei presupposti, apparentemente solo quantitativi, dell'applicazione di tale novità giuridica, quali il "mercato rilevante", ed il "pregiudizio agli scambi dei paesi aderenti al Trattato". (Sez. 3 civ., n. 993 del 21/01/2010, Rv. 611386).

Il mercato, dunque, nella nozione introdotta dal Trattato, si identifica con quello concorrenziale. Bene giuridico da tutelare è la competitività. Conseguentemente, già prima del nuovo testo dell'art. 117 Cost., e dunque nel vigore del Trattato, e quindi ancora a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 287 del 1990, si può dire certa nel nostro sistema giurisprudenziale la necessità di leggere la disciplina del codice civile parallelamente a quella del Trattato, ovvero considerandone parte integrante la logica *antitrust*." La giurisprudenza di legittimità penale ha dunque richiamato quanto evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità civile e, in particolare, la necessità di realizzare una piena integrazione tra le fonti comunitarie e la disciplina penale, anche alla luce del disposto dell'art. 2598 cod. civ.

L'art. 101 del TFUE afferma che sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese, e

tutte le pratiche concorrenziali che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. Vengono elencati una serie di comportamenti in tal senso rilevanti, nessuno dei quali, occorre sottolinearlo, si caratterizza per l'esercizio di una azione violenta o minacciosa per il raggiungimento dell'obiettivo anticoncorrenziale. L'obiettivo della normativa (recepito negli stessi termini dalla l. 287 del 1990) è quello che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, al fine di incrementare il benessere dei consumatori e realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. Come è noto gli artt. 101 e 102 del TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli e attribuiscono agli interessati dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare, anche perché questi articoli contengono disposizioni di ordine pubblico che devono essere applicate di ufficio dai giudici nazionali. La previsione dell'art.101 tutela non solo la concorrenza attuale tra imprese, ma anche la concorrenza potenziale di e tra imprese, e non solo la concorrenza tra imprese che abbiano concluso un accordo, ma anche tra queste e imprese terze estranee all'accordo. Questa disciplina, come quella dell'art. 102, si applica a "comportamenti di imprese". La nozione di impresa, in diritto della concorrenza, si fonda su criteri di carattere economico, ed include qualsiasi soggetto, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, cui possa ascriversi un'attività economica consistente nella fornitura di beni o servizi su un determinato mercato.

La definizione contenuta nell'art. 513 – *bis* cod. pen. quanto alle caratteristiche del soggetto agente sembra di fatto avvicinarsi a tale definizione. È imprescindibile la riferibilità all'attività d'impresa e ai vantaggi che deriverebbero dalla commissione di comportamenti sleali nell'ambito dello stesso contesto territoriale.

In campo comunitario si è tuttavia costantemente precisato che un'attività che per sua natura esuli dalla sfera degli scambi economici sfugge alle regole di concorrenza dell'Unione. Un elemento questo da considerare rispetto all'ampliamento della portata e rilevanza degli atti di concorrenza, intesi anche come qualsiasi atto di violenza e minaccia, anche implicita. La caratteristica comune a tutti i comportamenti vietati dall'art. 101 TFUE, siano essi accordi, pratiche concordate o decisioni di associazioni di imprese, è che essi richiedono comunque il concorso della volontà di due o più imprese e i comportamenti vietati ricomprendono normalmente forme di collusione aventi la medesima natura, che si distinguono unicamente per la loro intensità e per le forme in cui si manifestano. Sembra dunque emergere una descrizione di comportamenti che, nella generalità dei casi, si dovrebbero caratterizzare per l'uso di un mezzo fraudolento e non di un mezzo violento. Tale mezzo può sia falsare che impedire totalmente la concorrenza, dovendo lo stesso comunque ricorrere, in questo dato cogliendosi quel profilo di profonda inconciliabilità tra l'atteggiarsi in concreto delle forme di concorrenza

sleale e la previsione di una condotta definita come concorrenza sleale, ma integrata, a volte, nella formulazione delle contestazioni, da semplici atti di violenza e minaccia. Tutta la casistica relativa all'applicazione del disposto dell'art. 101 TFUE richiama la ricorrenza di una serie di accordi a carattere fraudolento per restringere o escludere la concorrenza, ma sempre e solo con riferimento ad attività tipicamente imprenditoriali (accordi restrittivi per oggetto, per effetto, accordi verticali, cooperazioni orizzontali), mai caratterizzata, anche nelle decisioni della Corte di giustizia, dall'esercizio di violenza o minaccia per il raggiungimento dello scopo anticoncorrenziale.

L'art. 102 del TFUE vieta l'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. In particolare si sanziona lo sfruttamento abusivo di tale posizione sul mercato, non essendo di per sé incompatibile con il mercato la ricorrenza di una posizione dominante, ma l'uso scorretto che della stessa si faccia, per pregiudicare l'ordinario andamento del mercato. La finalità è quella di arginare ogni tipo di pratica che non solo provochi un danno al consumatore, ma anche pregiudichi la sussistenza di una concorrenza effettiva. Si è definita dominante la posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed abbia la possibilità di tenere comportamenti del tutto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, e, in ultima analisi, dei consumatori. Dall'analisi della giurisprudenza e dei casi che si sono proposti al giudizio della Corte di Giustizia emergono plurimi comportamenti di abuso, con caratteri diversi, ma sempre e restrittivamente riferiti ad attività imprenditoriale e con considerazione di violazioni in tema di ordine pubblico, da riferire però sempre al settore del libero mercato. Non sono invece mai state oggetto di considerazione condotte esclusivamente violente e minatorie poste in essere al fine di condizionare l'andamento del mercato. Tra l'altro è da ricordare che la tutela rispetto a tale previsione si basa su un fondamentale termine di analisi e comparazione che è il concetto di " mercato rilevante", sicché è necessario esaminare la struttura del mercato, i suoi fattori condizionanti e la situazione concorrenziale su detto mercato, per poter ritenere la ricorrenza di un abuso di posizione dominante. La definizione del mercato rilevante, normalmente, è il frutto della valutazione del combinato disposto di diversi e numerosi fattori, e, in particolare, dalla combinazione del mercato del prodotto e del mercato geografico rilevante. Su tali elementi-base di valutazione si inserisce poi una serie numerosa di altri fattori, come, ad esempio, la sostituibilità dei prodotti dal punto di vista del consumatore, la sostituibilità sul versante dell'offerta e l'analisi della variazione dei prezzi, per citarne solo alcuni. Una disciplina, dunque, fortemente connotata tecnicamente, che, per avere effettiva

rilevanza, deve essere valutata alla luce di parametri economici ed econometrici di sistema. I fattori isolatamente considerati potrebbero essere non decisivi, ma proprio una considerazione d'insieme, e tecnica, di questi elementi potrebbe far ritenere come ricorrente l'abuso.

La valutazione dell'insieme degli elementi caratterizzanti gli artt. 101 e 102 TFUE evidenzia l'estremo tecnicismo dei dati che possono portare ad una effettiva limitazione della concorrenza. Si riscontra un campo di azione assai distante dai casi concreti in generale analizzati dalla giurisprudenza di legittimità penale.

Sebbene si sia in generale ritenuto che rientri nel campo di applicazione dell'art. 102 "qualsiasi comportamento" atto ad ostacolare il mantenimento e lo sviluppo del grado di concorrenza su un mercato (nel quale, a causa della presenza di impresa posizione dominante, il mercato libero sia già sminuito), occorre rilevare, come già anticipato, che nell'ambito della casistica appare non essersi affrontato il caso di condotte poste in essere con violenza o minaccia (mentre ricorrono ad esempio: fissazione di prezzi ingiusti, attività di isolamento artificiale dei mercati nazionali, condizioni di transazione non eque, approvvigionamento esclusivo mediante imposizione di impegni in tal senso, sconti fedeltà, sconti quantitativi, riduzione selettiva dei prezzi, prezzi discriminatori, prezzi predatori, vendite abbinate o aggregate).

Ciò premesso, e considerata la sostanziale omogeneità di previsioni sul punto da parte della l. n. 287 del 1990, occorre portare la riflessione sull'ulteriore dato interpretativo, rappresentato dalla portata dell'art. 2598, n. 3) cod. civ., disposizione che, al fine di piena tutela del libero mercato e della concorrenza, sanziona in via residuale anche tutti i comportamenti, ovvero ogni atto che, in quanto non conforme alla correttezza professionale, sia idoneo, con esame da condurre caso per caso, a danneggiare l'altrui azienda. In questo senso si è espressa con una decisione non recente la Corte di cassazione civile, Sez. 1, n. 10684 del 11/08/2000, Rv. 539494, che ha affermato che: "Nella valutazione dei comportamenti anticoncorrenziali occorre tener conto degli interessi collettivi concorrenti alla dinamica economica, in adesione ai principi ed ai limiti di cui all'art. 41 della Costituzione, finalizzati a garantire che il mercato conservi la qualità strutturale di luogo della libertà di iniziativa economica per tutti i suoi partecipi, ovvero per chiunque pretenda di esercitare tale iniziativa. A tal riguardo la disposizione di cui al n. 3 dell'art. 2598 cod. civ. sanziona, in modo residuale rispetto alle ipotesi specifiche contemplate e descritte ai nn. 1 e 2, ogni atto che, in quanto non conforme alla correttezza professionale, sia idoneo - come da esame da condurre caso per caso - a danneggiare l'altrui azienda." La formulazione della massima, e il richiamo in generale alla dizione "ogni atto", sembra poter lasciare spazio ad un'interpretazione finalistica dell'art. 513 – bis cod. pen. Tuttavia occorre considerare come, nella

motivazione, la Corte abbia precisato che: "in via di principio è esatto ciò che la corte milanese afferma in ordine alla insussistenza della equazione: illecito di cui all'art. 2598 c.c., n. 3, e violazione di norme pubblicistiche. La Corte Suprema da tempo ha chiarito che nella valutazione dei comportamenti anticoncorrenziali occorre tener conto degli interessi collettivi concorrenti alla dinamica economica, in adesione ai principi ed ai limiti di cui all'art. 41 della Costituzione, finalizzati a garantire che il mercato conservi la qualità strutturale di luogo della libertà di iniziativa economica per tutti i suoi partecipi, ovvero per chiunque pretenda di esercitare tale iniziativa (Sez.1 civ., n. 2634 del 16/04/1983, Rv. 427520 e Sez. 1 civ., n.11859 del 26/11/1997, Rv. 510405). Orbene le diverse fattispecie di cui all'art. 2598 c.c. si collegano a distinte situazioni di fatto, e ciò vale in particolare per quella di cui al n.3 di tale norma, che sanziona, in modo residuale rispetto alle fattispecie di cui ai nn. 1 e 2, ogni atto che in quanto non conforme alla correttezza professionale, è idoneo a danneggiare l'altrui azienda. Il riferimento ad un parametro snello adeguabile ai mutamenti del costume del mercato impone all'interprete di stabilire se un comportamento ancorché non previsto da nn.1 e 2, e ferme restando le eccezioni delle privative, realizzi attualmente o potenzialmente la stessa dannosità anticoncorrenziale (Sez. 1 civ., n.1712 del 27/02/1985, Rv. 439671). Il criterio della correttezza professionale se non viene più spiegato in base ad una concezione corporativa deve dunque essere tratto dalla posizione della concorrenza nel sistema. La concorrenza libera viene lesa ogni volta che l'equilibrio delle condizioni del mercato è compromesso, ed il carattere residuale della previsione consente di evitare che l'obiettivo anticoncorrenziale venga raggiunto con comportamenti che presentano lo stesso disvalore di quelli come tali considerati dal legislatore storico. Consegue la necessità di esaminare caso per caso se il comportamento allegato costituisce illecito, dia esso luogo, o meno, anche a violazione di norme pubblicistiche. Non rientrando siffatte ipotesi dentro una fattispecie astratta a sé stante.

Da sottolineare il punto in cui il collegio ha affermato che: "il criterio della correttezza professionale se non viene più spiegato in base ad una concezione corporativa deve dunque essere tratto dalla posizione della concorrenza nel sistema". Dunque, anche se l'art. 2598 cod. civ. al n. 3 sembra aprire ad una congerie di casi diversi da quelli tipici, sembra che tali atti diversi si debbano comunque e sempre ritenere inerenti e interni alla concorrenza "nel sistema", secondo finalità tipiche anticoncorrenziali perseguite da imprenditori in posizione di antagonismo gli uni con gli altri.

Deve quindi emergere un effettivo riscontro che l'atto, seppur atipico rispetto ai n. 1) e 2) dell'art. 2598 cod. civ., sia non solo contrario alla correttezza

professionale, ma anche idoneo a danneggiare l'altrui azienda secondo una valutazione tipica concorrenziale (mercato di riferimento e ambito geografico, come già evidenziato).

Si è dunque sottolineata, in ordine alla concorrenza sleale e ai principi di correttezza professionale, la natura di disciplina a carattere oggettivo, come emerge dalla ricorrenza di parametri economici e di mercato quanto alla scorrettezza del comportamento tenuto e, pur evidenziando che una fattispecie abusiva possa essere effettivamente sleale anche sul piano dei rapporti concorrenziali individuali, è affermazione condivisa che la comune finalità della previsione dell'art. 2598 cod. civ. è quella di garantire una sostanziale par condicio fra gli imprenditori in entrambi gli ambiti descritti dai numeri 1) e 2), da una parte, e dal numero 3), dall'altra. Tale previsione deve necessariamente essere letta ed interpretata nel necessario raccordo tra la previsione del codice civile e la disciplina antitrust, in applicazione del superiore principio sancito dall'art. 41 della Costituzione. Ne consegue che dalla correttezza professionale e dall'ordinamento antitrust emerge un divieto di attività escludenti, predatorie o ingannevoli che, sul lato tanto individuale che economico, non comportino benefici al consumatore, al mercato comune e alla collettività.

Rimane dunque da valutare e considerare come debba essere intesa la violazione di norme pubblicistiche, quanto al mancato rispetto da parte dell'imprenditore dei principi di correttezza professionale. È evidente che una lettura ampia, condizionata dalla possibile lesione dei più interessi - economia pubblica e libera determinazione dell'imprenditore - protetti dalle previsioni penalistiche, potrebbe portare a far ritenere compresi in tale violazione anche atti di minaccia e intimidazione, tuttavia è sempre presente la tendenza orientata a limitare l'ambito di rilevanza di dette norme pubblicistiche al contesto applicativo conseguente alla previsione dell'art. 41 della Costituzione. Se infatti la disciplina della concorrenza sleale intende mantenere la potenziale par condicio tra imprese, evitando sviamenti di clientela o illegale articolazione dei fattori produttivi, queste norme pubblicistiche devono essere necessariamente riferite al libero mercato ed ai principi che lo regolano, con una chiara delimitazione di campo in tal senso quanto ai comportamenti rilevanti (in sostanza par condicio e diritto alla lealtà competitiva tra imprese).

4. Valutazione della casistica recente.

Un ulteriore dato, di natura descrittiva, può essere indicativo della particolarità della questione rimessa alle Sezioni Unite, richiamando le specifiche condotte che sono state oggetto di valutazione, in epoca recente, da parte della Corte a seguito di motivi proposti proprio quanto alla ricorrenza o meno di atti di concorrenza ex art. 513 - bis cod. pen. In tal senso occorre ricordare che diverse decisioni hanno

affrontato la contestazione relativa ad una serie di attività poste in essere dagli imputati per favorire, nella gestione dei servizi funebri ospedalieri, in territorio di Lamezia Terme, alcune imprese collegate ad associazioni di stampo mafioso e inserite di fatto nel contesto delle stesse. Tale obiettivo, secondo le contestazioni elevate, veniva perseguito mediante una serie di aggressioni fisiche e minacce - avvalendosi del supporto di soggetti pregiudicati legati alla 'ndrangheta - poste in essere nei confronti degli operatori sanitari, occupando spazi interni ospedalieri con mezzi delle imprese che si volevano favorire nella gestione delle onoranze funebri, accedendo senza alcuna legittimazione ai data-base ospedalieri (**Sez. 6, n. 39372 del 18/04/2019, Mauceri**; **Sez. 6, n. 29903 del 27/03/2019, Putrino**; **Sez. 6, n. 19946 del 27/03/2019, Di Spena**). In questi casi la Corte ha ritenuto non ricorrente la violazione dell'art. 513 – *bis* cod. pen., aderendo al primo orientamento interpretativo. In altri casi simili è stata invece ritenuta la ricorrenza degli elementi costitutivi del delitto ex art. 513 – *bis* cod. pen.: in particolare Sez. 2, n. 7011 del 05/11/2018, depositata 2019, Belfiore, ha affrontato il caso di imprese addette al trasporto di degenti da e per il nosocomio di Aversa, che imponevano la loro presenza mediante minacce, violenze e atti di intimidazione. La Corte ha in questo caso ritenuto corretta la contestazione ex art. 513 – *bis* cod. pen. in adesione al secondo orientamento. Altre decisioni hanno considerato le attività volte a realizzare una gestione monopolistica dell'installazione di macchine da gioco (slot machine), con imposizione di fornitori, mediante minaccia posta in essere da soggetti collegati ad associazioni camorristiche; ciò al fine di creare un mercato totalmente controllato dalle organizzazioni criminali, riscontrando una sorta di boicottaggio, realizzato con tipiche forme di intimidazione mafiosa (Sez. 2, n. 8031 del 06/11/2018, Marciano; **Sez. 2, n. 24710 del 06/11/2019, Marciano**; **Sez. 1, n. 2362/2019 del 11/10/2018, Martino**, nonchè Sez. 5, n. 45839 del 05/06/2018, Lo Boido; **Sez. 5, n. 27756 del 24/05/2019**, Capicchiano, ed ancora Sez. 6, n. 38551 del 06/06/2018, D'Angelo; medesimo tema per Sez. 2, n. 29387 del 31/05/2018, Cuzzocrea; Sez. 2, n. 57811 del 07/12/2018, Cuzzocrea, relative all'eliminazione del concorrente dell'imputato quanto alla fornitura di frutta nel territorio ritenuto di esclusiva competenza dello stesso, con aggressioni fisiche dirette anche nei confronti dei familiari del concorrente).

Atri casi hanno considerato il vasto campo dell'affidamento di appalti di gestione o per la realizzazione di lavori pubblici (**Sez. 2, n. 7867 del 22/01/2019, De Masi**, Sez. 2, n. 55228 del 27/11/2018, Fava, **Sez. 2, n. 4217/2019 del 05/12/2018, Bartolo**, **Sez. 2, n. 4436/2019 del 18/12/2018, Anello**, **Sez. 2, n. 44321/2019 del 04/12/2018, Matera**; **Sez. 2, n. 948/2019 del 21/11/2018**, D'Agostino, Sez. 2, n. 57826 del 07/12/2018, PM in proc. Giardino, Sez. 6, n. 49933

del 07/06/2018, Spadafora; Sez. 1, n. 46113 del 16/03/2018, Acri; Sez. 6, n. 39992 del 20/06/2018, Spadafora; Sez. 6, n. 39934 del 06/07/2018, Spadafora, - Sez. 6, n. 57879 del 25/10/2018, Bosta; Sez. 6, n. 49851 del 04/07/2018, Lavorato, Sez. 6, n. 51986 del 25/09/2018, Flotta, Sez. 1, n. 51503 del 11/10/2018, Ferraro, Sez. 6, n. 50096 del 12/07/2018, PM in proc. Alati, Sez. 5, n. 45334 del 12/07/2018, Traini, Sez. 2, n. 41022 del 19/04/2018, Pelle, Sez. 2, n. 28193 del 16/05/2018, PM in proc. Gencarelli, Sez. 2, n. 12205 del 20/02/2018, Sergi; Sez. 2, n. 35454 del 19/04/2018, Sergi. La casistica richiamata sembrerebbe evidenziare una quasi totale riferibilità delle condotte contestate ad ambiti di azione e territoriali tipici delle associazioni a delinquere di stampo mafioso. Non risultano infine affrontati in epoca recente casi che possano essere riferiti a condotte di concorrenza sleale secondo la definizione civilistica di cui sopra si è detto.

5. L'informazione provvisoria.

Con l'informazione provvisoria n. 24 del 2019 le Sezioni Unite, quanto alla questione rimessa e decisa in data 28 novembre 2019, hanno comunicato la soluzione adottata nel senso che: "E' necessario il compimento di atti di concorrenza che, posti in essere nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, siano connotati da violenza o minaccia e siano idonei a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della corte di casazione
Sez. 2, n. 4710 del 06/11/2019, Marciano
Sez. 5, n. 27756 del 24/05/2019, Capicchiano
Sez. 6, n. 39372 del 18/04/2019, Mauceri
Sez. 6, n. 37520 del 18/04/2019, Rocca, Rv. 276725
Sez. 6, n. 29903 del 27/03/2019, Putrino
Sez. 6, n. 19946 del 27/03/2019, Di Spena
Sez. 2, n. 7867 del 22/01/2019, De Masi
Sez. 2, n. 8031, del 06/11/2018, dep. 2019, Marciano
Sez. 2, n. 7011 del 05/11/2018, dep. 2019, Belfiore
Sez. 2, n. 4436/2019 del 18/12/2018, Anello
Sez. 2, n. 57826 del 07/12/2018, PM/Giardino
Sez. 2, n. 57811 del 07/12/2018, Cuzzocrea
Sez. 2, n. 4217 del 05/12/2018, Bartolo
Sez. 2, n. 44321 del 13/09/2018, Matera
Sez. 2, n. 55228 del 27/11/2018, Fava
Sez. 6, n. 57879 del 25/10/2018, Bosta
Sez. 1, n. 51503 del 11/10/2018, Ferraro
Sez. 1, n. 2362 del 11/10/2018, Martino
Sez. 6, n. 51986 del 25/09/2018, Flotta
Sez. 6, n. 50094 del 12/07/2018, PMT c/Alati, Rv. 275717 – 01
Sez. 6, n. 50084 del 12/07/2018, Terracciano, Rv. 274288 – 01
Sez. 5, n. 45334 del 12/07/2018, Traini
Sez. 6, n. 39934 del 06/07/2018, Spadafora
Sez. 6, n. 49851 del 04/07/2018, Lavorato
Sez. 2, n. 30406 del 19/06/2018, P.M./Sergi, Rv. 273374 - 01
Sez. 6, n. 49933 del 07/06/2018, Spadafora
Sez. 6, n. 38551 del 06/06/2018, D'Angelo
Sez. 6, n. 38551 del 05/06/2018, D., Rv. 274101 - 01
Sez. 5, n. 45839 del 05/06/2018, Lo Boido
Sez. 2, n. 29387 del 31/05/2018, Cuzzocrea
Sez. 2, n. 28193 del 16/05/2018, PM/Gencarelli
Sez. 2, n. 35454 del 19/04/2018, Sez. 2, n. 41022 del 19/04/2018, Pelle
Sez. 1, n. 46113 del 16/03/2018, Acri
Sez. 2, n. 12205 del 20/02/2018, Sergi
Sez. 2, n. 9513 del 18/01/2018, Ietto, Rv. 272371 – 01
Sez. 2, n. 49365 del 08/11/2016, Prezioso, Rv. 268515 - 01

Sez. 2, n. 18122 del 13/04/2016, P.M/ Gencarelli, Rv. 266847 - 01

Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180 - 01 Sez. 6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro Rv. 265358 - 01

Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180 – 01

Sez. 6, n. 24741 del 05/05/2015, Cc., P.M/ Iacopino, Rv. 265603 – 01

Sez. 2, n. 15781 del 26/03/2015, Arrichiello, Rv. 263530 - 01

Sez. 2, n. 9763 del 10/02/2015, Amadoro, Rv. 263299 - 01

Sez. 2, n. 29009 del 27/05/2014, Ciliberti, Rv. 260039 – 01

Sez. 3, n. 16195 del 06/03/2013, Fammilume, Rv. 255398 - 01

Sez. 1, n. 6541 del 02/02/2012, Aquino, Rv. 252435 - 01

Sez. 1, n. 9750 del 03/02/2010,P.G./ Bongiorno, Rv. 246515 - 01

Sez. 2, n. 20647 del 11/05/2010, PG/ Corniani, Rv. 247272 - 01

Sez. 3, n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683 – 01

Sez. 2, n. 35611 del 27/06/2007, Tarantino, Rv. 237801 - 01

Sez. 3, n. 46756 del 03/11/2005, Mannone, Rv. 232650 - 01

Sez. 6, n. 13691 del 2005del 15/03/2005, De Noia Mecenero, Rv. 231129 - 01

Sez. 2, n. 14467 del 28/02/2004, Arangio, Rv. 228719 - 01

Sez. 1, n. 2224 del 01/02/1995, Buzzone Rv. 203900 – 01

Sez. 3, n. 450 del 15/02/1995, Tamborrini, Rv. 201578 – 01

Sez. 1, n. 11993 del 14/11/1995, Di Mauro, Rv. 203050 – 01

Sez. 6, n. 3492 del 09/01/1989, Spano, Rv. 180706 – 01

SEZIONE VIII
DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO

CAPITOLO I

AUTORICICLAGGIO

(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

SOMMARIO: 1. Inquadramento sistematico - 2. Ostacolo alla identificazione dei beni oggetto di riciclaggio, necessità di una valutazione *ex ante*. - 3. L'ambito penalmente rilevante della condotta speculativa e la sua riferibilità al gioco e alla scommessa. – 4. Autoriciclaggio anche nel caso di spese di gestione sostenute per il reinvestimento dei proventi illeciti del reato presupposto. – 5. Capacità dissimulatoria, trasferimento di beni oggetto di distrazione fallimentare e bancarotta fraudolenta. - 6. Il concorso del terzo estraneo al reato presupposto all'autoriciclaggio. – 7. Punibilità del riciclaggio. – 8. Il sequestro nel rapporto tra riciclaggio e autoriciclaggio. – 8.1. Autoriciclaggio e risparmio fiscale.

1. Inquadramento sistematico.

La disciplina dell'autoriciclaggio trova la propria origine nell'art. 3, comma 3, della l. n. 186 del 2014. In precedenza si era a lungo discusso della rilevanza del c.d. privilegio di autoriciclaggio, che determinava la sostanziale impunità dell'autore del delitto presupposto nel caso in cui proprio tale soggetto si applicasse nel reimpiegare, sostituire o trasferire il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal delitto dallo stesso commesso. Le Convenzioni di Strasburgo e di Varsavia in realtà non imponevano alcun obbligo al fine della introduzione di questo delitto, tuttavia le sollecitazioni emergenti erano molte in considerazione della necessità di colmare un vuoto di disciplina che poteva sia indebolire la legislazione anticorruzione, che lasciare sostanzialmente impunite una serie di condotte molto incidenti sull'ordine economico nel garantire un'effettiva libertà di concorrenza (in tal senso il Rapporto sull'Italia del 2011 dell'OCSE e il Fmi sempre nel rapporto sull'Italia in epoca precedente, anno 2006). L'incidenza di una disciplina volta ad arginare l'afflusso di capitali «sporchi» nell'ambito dell'economia legale era dunque fortemente sentita sia a livello internazionale che interno, tenuto conto della portata endemica del fenomeno corruttivo nel nostro paese, oltre che della diffusività delle associazioni a delinquere di stampo mafioso con le loro più svariate articolazioni, anche economiche. E d'altra parte la rilevanza per il legislatore italiano delle condotte di reimpiego, sostituzione o trasferimento del denaro proveniente dal reato presupposto era già emersa nella previsione dell'art. 12 *quinquies* del d.l. n. 306 del 1992, definito come autoriciclaggio improprio.

Un chiarimento univoco in tale senso emerge dalla decisione delle Sez. U, n. 25191 del 27/02/2014, Iavarazzo, Rv. 259950, secondo la quale è configurabile il reato di cui all'art. 12 *quinquies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in legge 7 agosto 1992, n. 356 in capo all'autore del delitto presupposto, il quale attribuisca fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità di denaro, beni o altre utilità, di cui rimanga effettivamente "dominus", al fine di agevolare una successiva circolazione nel tessuto finanziario, economico e produttivo, poiché la disposizione di cui all'art. 12 *quinquies* citato consente di perseguire anche i fatti di "auto" ricettazione, riciclaggio o reimpiego. La giurisprudenza aveva infatti già affermato che la previsione aveva la finalità di sanzionare, sotto il profilo dell'elemento oggettivo, tutte quelle condotte che realizzino di fatto una situazione di apparenza, nelle modalità più disparate, con la separazione tra colui o coloro che hanno la titolarità effettiva del denaro o di altre utilità e coloro che, in base ad una fittizia attribuzione, ne risultano formalmente titolari o disponenti. (Cass. Sez. 6, n. 15140 del 12/04/2012, Magiaracina, Rv. 252610). Rientrano in questa disciplina tutte quelle situazioni che determinano un rapporto di signoria e padronanza sul bene da parte dell'autore del reato presupposto, nonostante l'apparente trasferimento ad altri soggetti, al fine ovviamente di eludere le disposizioni in materia di prevenzione a carattere patrimoniale o nell'agevolare la commissione dei reati di cui agli art. 648, 648 – *bis o ter* cod. pen. Il trasferimento fraudolento è stato disciplinato quale reato a forma libera, con l'effetto evidente di limitare l'autonomia privata delle parti nella realizzazione di negozi giuridici altrimenti leciti per arginare scopi illeciti. Tale previsione non contiene alcuna clausola di esclusione della responsabilità per l'autore dei reati presupposto che hanno prodotto proventi illeciti, individuando ben prima della legge del 2014 la ricorrenza di un'ipotesi tipica di autoriciclaggio, considerata la diretta partecipazione dell'autore del reato al trasferimento fraudolento di valori. In senso sostanzialmente analogo, e dunque all'evidente fine di arginare fenomeni di autoriciclaggio, è sempre stata letta anche la previsione di cui all'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 74 del 2000, che punisce l'attività di simulata alienazione di beni o la realizzazione di altri atti fraudolenti allo scopo di sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi. È in questo contesto che viene dunque introdotta la previsione dell'art. 648-*ter*.1 cod. pen. che richiama nella sua formulazione la medesima terminologia della disciplina in tema di riciclaggio e reimpiego, prevedendo la sanzione penale per chi, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione del delitto presupposto, in modo da ostacolarne concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa.

Anche per l'autoriciclaggio, come per il riciclaggio in generale, si è riproposta la riflessione in tema di bene giuridico tutelato ed anche in questo caso si tende a ritenere la ricorrenza di plurioffensività della condotta, sia per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia, che per quanto concerne la tutela dell'ordine economico e del risparmio. Quello che sembra caratterizzare in modo più incisivo questa previsione è la volontà del legislatore di garantire il rapporto fiducia quanto al sistema economico e di risparmio complessivamente considerato. Proprio la terminologia utilizzata sembra indicativa della volontà del legislatore di configurare tale delitto come di pericolo in concreto, tanto che l'attività deve risultare idonea "concretamente" ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita di beni, il cui confluire nell'ambito del complessivo ordine economico rappresenta una forma oggettiva di alterazione del mercato e della libera concorrenza. Il reato di caratterizza quale reato "proprio", considerata l'identificazione del soggetto attivo con colui che ha commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, mentre il reato presupposto si deve necessariamente riferire a condotte che possano effettivamente produrre un provento da ripulire, sicché la previsione generalizzata dei reati presupposto può essere, tenuto conto di ciò, letta restrittivamente. Il tema dell'autoriciclaggio ha sempre sollevato critiche relative alla possibile ricorrenza di un *bis in idem* nei confronti del soggetto autore del reato presupposto, con conseguente violazione del principio di tassatività e certezza del diritto penale.

Quanto al rapporto con altri reati occorre considerare che la condotta si caratterizza per la ricorrenza di un ampliamento rispetto al riciclaggio, essendo stata aggiunta come attività rilevante anche quella imprenditoriale e speculativa. L'interpretazione maggioritaria circa la portata di tali attività tende a circoscriverne l'ambito nel senso di riferire l'attività speculativa, volta a realizzare il maggior guadagno possibile dall'impiego del provento del reato presupposto, in un'attività ad alto rischio, ma pur sempre afferente ad attività commerciali o finanziarie. L'ostacolo concreto che deve essere realizzato al fine di poter impedire la ricostruzione della provenienza illecita del bene può caratterizzarsi in modo più o meno ampio, quale mero allontanamento della somma provento di reato dal patrimonio originario, oppure con una caratterizzazione della condotta in senso più attiva ed incisiva, mediante più articolate attività di occultamento, anche contabile, o con schermature societarie. L'ostacolo all'identificazione dovrebbe essere considerato come un requisito caratteristico della condotta e non come evento del reato, per cui sembra possibile poter ipotizzare per l'autoriciclaggio la non necessità di un effetto dissimulatorio della condotta.

Il delitto dunque, per come configurato, presenta due limiti che ne definiscono portata e ambito: da una parte l'effettivo ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa, dall'altra la previsione d'irrilevanza penale della condotta, ai

sensi del quarto comma dell'art. 648 *ter*.1 cod.pen. nel caso in cui i beni provento del reato presupposto siano destinati al godimento personale. Anche quanto all'elemento soggettivo l'autoriciclaggio si presenta coerente con la previsione in tema di riciclaggio, essendo richiesto il dolo generico, che appunto si caratterizza quale consapevolezza circa la realizzazione del delitto non colposo presupposto e la volontà di impiegarne i proventi nelle attività economiche, speculative e imprenditoriali al fine di ostacolarne l'identificazione.

2. Ostacolo alla identificazione dei beni oggetto di riciclaggio, necessità di una valutazione *ex ante*.

Proprio la natura di requisito caratteristico della condotta, e non dunque evento del reato, emerge nella decisione della **Sez. 2, n. 36121 del24/05/2019, PMT C/ Draebing, Rv. 276974** così massimata: "Ai fini dell'integrazione del reato di autoriciclaggio non occorre che l'agente ponga in essere una condotta di impiego, sostituzione o trasferimento del denaro, beni o altre utilità che comporti un assoluto impedimento alla identificazione della provenienza delittuosa degli stessi, essendo, al contrario, sufficiente una qualunque attività concretamente idonea anche solo ad ostacolare accertamenti sulla loro provenienza". In applicazione del principio enunciato la Corte ha ritenuto configurabile il reato in presenza di un trasferimento di somme oggetto di distrazione fallimentare su conti stranieri di una società controllante di quella fallita. Il Tribunale della libertà, nel caso concreto, aveva annullato l'ordinanza del G.i.p. quanto alla misura cautelare applicata limitatamente alla contestazione di autoriciclaggio, confermandola invece per le residue imputazioni per i reati di cui all'art. 110 cod. pen. e 216, 219, 223 Legge fallimentare. Veniva riscontrata, ad esito delle indagini, una distrazione fallimentare di circa 39 milioni di euro da parte dell'imputato nella sua qualità di componente del comitato di controllo di una s.r.l. in favore di una società controllante di diritto austriaco, con l'apparente giustificazione dell'attuazione di un sistema di tesoreria accentrata (c.d. *cash pooling*), nonché ulteriori distrazioni consistenti sia nella cessione di ramo di azienda, che in una serie di operazioni dolose consistenti nella sistematica omissione del versamento dell'IVA per oltre 310 milioni di euro, provocando così il fallimento della s.r.l.. Secondo la prospettazione del Tribunale della libertà il disinvolto trasferimento di enormi somme di denaro non aveva assunto i caratteri tipici del reato di autoriciclaggio, risultando tracciabile il trasferimento di denaro avvenuto mediante bonifici, su conti correnti afferenti al medesimo conto corrente e istituto bancario presso il quale era cliente la società controllante. Il Tribunale escludeva inoltre la ricorrenza delle caratteristiche tipiche dell'autoriciclaggio anche con riferimento alla restituzione di somme da parte della controllante verso la

controllata, intese quale forma di reinvestimento in attività economiche di capitali illecitamente accumulati. Il Pubblico Ministero ha contestato con il proprio ricorso il vizio di violazione di legge e di motivazione proprio in ordine al requisito della concretezza ed effettiva ricorrenza di una capacità dissimulatoria, chiarendo che secondo la stessa giurisprudenza della Corte di cassazione è irrilevante la tracciabilità o meno dell'operazione, mentre occorre avere riguardo alla concreta idoneità dispersiva del denaro con un criterio di giudizio *ex ante*. La Corte ha ritenuto fondato il ricorso ed ha in tal senso richiamato un principio già affermato in tema di riciclaggio da Sez. 2, n. 46319 del 21/09/2016, Cipolla, Rv. 268316, secondo la quale integra il delitto di riciclaggio il compimento di condotte volte non solo ad impedire in modo definitivo, ma anche a rendere difficile l'accertamento della provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità, e ciò anche attraverso operazioni che risultino tracciabili, in quanto l'accertamento o l'astratta individuabilità dell'origine delittuosa del bene non costituiscono l'evento del reato. Integra il reato colui che consapevolmente trasferisce denaro provento di illecito a terzi, essendo dunque irrilevante la tracciabilità dell'operazione (nello stesso senso Sez. 5, n. 21925 del 17/04/2018, Ratto Rv. 273183 – 01), perché ciò che conta è che anche un trasferimento a terzi rende la condotta idonea ad ostacolare l'individuazione del provento delittuoso. In concreto dunque si afferma un principio (riaffermato ancora da **Sez. 2, n. 21687 del 05/04/2019, Armelissasso, Rv. 276114 – 02**) estensibile al tema dell'autoriciclaggio, seppure in correlazione con il *quid pluris* richiesto dalla previsione dell'art. 648 *ter*. 1 cod. pen., secondo la quale l'ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa da delitto debba essere concretamente ravvisabile. Essendo dunque sufficiente la mera realizzazione di un ostacolo concreto all'identificazione della provenienza delittuosa la Corte ha ritenuto in violazione di legge la motivazione del Tribunale della libertà, considerato che il trasferimento era avvenuto a favore di soggetti terzi diversi dal disponente, mediante utilizzazione di conti correnti di destinazione intestati a soggetti stranieri presso istituti bancari ubicati in paesi terzi. In casi del genere secondo l'interpretazione della Corte il mero trasferimento di denaro integra il reato di autoriciclaggio, che si caratterizza quale reato a forma libera, con conseguente rilevanza di qualsiasi condotta di manipolazione, trasferimento di denaro quando idonea ad ostacolare gli accertamenti sulla provenienza dello stesso, ancor più quando al primo trasferimento ne seguano altre verso ulteriori soggetti difficilmente identificabili, anche perché residenti all'estero. Ancora più esplicita nell'affermare il principio della necessaria considerazione *ex ante* dell'idoneità delle azioni volte ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita dei beni oggetto di autoriciclaggio è **Sez. 2, n. 16908 del 05/03/2019, PMT c/ Ventola, Rv. 276419**, che ha affermato che: "In tema di autoriciclaggio, l'intervenuta tracciabilità, per effetto delle attività di

indagine poste in essere dopo la consumazione del reato, delle operazioni di trasferimento delle utilità provenienti dal delitto presupposto non esclude l'idoneità "*ex ante*" della condotta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. (Fattispecie di trasferimento di ingenti somme di denaro tramite bonifici in favore di una costellazione di società estere che, a loro volta, effettuavano nuove operazioni di trasferimento a soggetti fisici e giuridici riconducibili all'indagato)." Anche in questo caso dunque si sottolinea l'idoneità a creare un concreto ostacolo all'identificazione mediante operazioni di trasferimento delle utilità provenienti dal delitto presupposto e si sottolinea, in modo chiaro ed efficace, come tale ostacolo non possa essere escluso solo perché siano state poste in essere incisive attività di indagine a tal fine, proprio perché tali indagini richiedono attività di ricerca, competenze specialistiche che non possono portare nella normalità alla ricostruzione di complicati passaggi societari e finanziari. Nel caso concreto il Tribunale aveva respinto la richiesta di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, negando la ricorrenza degli elementi necessari quanto all'imputazione a titolo di auto riciclaggio. La Corte ha accolto, ritenendolo fondato, il ricorso del Pubblico Ministero, sottolineando come la normativa di riferimento abbia limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione che avvengano attraverso la reimmissione nel circuito economico finanziario, ovvero imprenditoriale, del denaro o dei beni di provenienza illecita proprio al fine di realizzare quell'effetto dissimultatorio che rappresenta il *quid pluris* che differenzia la condotta dal mero godimento personale del bene (non punibile), da quella di nascondimento del profitto illecito (punibile). Occorre, dunque, che l'autore del delitto presupposto abbia effettivamente voluto effettuare un impiego, utile, ma comunque caratterizzato dalla finalità di occultare l'origine illecita del denaro o dei beni oggetto del profitto. Le attività svolte dell'indagato, la natura estera della società destinataria dei passaggi di denaro (per la precisione tunisina), la chiara riferibilità delle somme di denaro alla condotta di appropriazione indebita posta in essere precedentemente dall'indagato rendono a parere della Corte fondata la ricostruzione della condotta posta in essere come auto riciclaggio. In concreto si può dunque parlare di tracciabilità solo a posteriori, e grazie alla efficace attività di indagine posta in essere, sicché deve essere riscontrata la idoneità *ex ante* della condotta posta in essere. Viene esplicitata in questa decisione, richiamando i motivi di ricorso del Pubblico Ministero, la particolare valenza dell'attività di indagine espletata quanto alla ricostruzione degli spostamenti di flussi finanziari, realizzata mediante complicate operazioni dissimulatorie per il tramite di diverse società, anche estere e dunque difficilmente tracciabili.

3. L'ambito penalmente rilevante della condotta speculativa e la sua riferibilità al gioco e alla scommessa.

Il tema della necessaria caratterizzazione della condotta di autoriciclaggio come attività speculativa, ha particolarmente impegnato la Corte in due decisioni che hanno fornito risposte sostanzialmente diverse quanto al reinvestimento in attività di gioco e scommessa. In particolare **Sez. 2, n. 13795 del 07/0372019, PMT C/ Sanna, Rv. 275528,** ha affrontato il tema, recentemente emerso, della possibilità di autoriciclare consistenti somme provenienti da reato mediante impiego in attività speculative e, segnatamente, nel settore dei giochi e delle scommesse.

La decisione è stata così massimata: "In tema di autoriciclaggio, rientrano nel novero delle attività speculative contemplate dall'art. 648-*ter.*1, comma primo, cod. pen. anche il gioco d'azzardo e le scommesse, in quanto attività idonee a rendere non tracciabili i proventi del delitto presupposto e, dunque, tali da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa. (In motivazione la Corte ha specificato che la portata del sintagma "attività speculativa", da intendersi quale investimento ad alto rischio, può essere estesa anche alle predette attività, considerato che il concetto di alea, caratteristico del gioco o della scommessa, non risulta ontologicamente diverso o inconciliabile con quello di rischio calcolabile). In concreto il Tribunale della libertà quanto all'autoriciclaggio aveva ritenuto l'insussistenza del presupposto indiziario, poiché l'impiego di oltre centomila euro nel settore dei giochi e delle scommesse non è stato considerato rientrante tra le attività speculative ai sensi dell'art. 648 *ter.* 1 cod.pen.

La decisione della Corte ha analizzato ed approfondito, sui motivi della Procura, il concetto e la nozione giuridica di attività speculativa, con particolare riferimento all'attività di investimento di proventi di reato in attività di gioco o scommessa. Viene richiamata la motivazione del Tribunale della libertà, che ha di fatto ritenuto insussistente il presupposto indiziario del delitto di cui all'art. 648 *ter.* 1 c.p. poiché si potrebbe considerare speculativa esclusivamente quell'attività consistente nello svolgimento di operazioni intese ad ottenere il massimo guadagno in attività commerciali e finanziarie, cercando per lo più di trarre un utile dalla variazione attesa dei prezzi rispetto a quello di acquisto, nello svolgimento di operazioni di investimento da cui ci si propone di realizzare un forte utile. In tal senso il Tribunale ha ritenuto non compresa l'attività d'impiego di denaro in giochi e scommesse, considerando speculativi esclusivamente gli interventi comportanti sì grandi rischi, ma comunque calcolati e finalizzati a ricevere utili, mentre i giochi si caratterizzerebbero per la ricorrenza di una mera alea, senza portare a nessun rientro economico. Si è quindi affermata nel caso in questione la ricorrenza della previsione

di cui all'art. 648 *ter*. 1*,* comma quarto, cod. pen., ovvero un mero uso e godimento personale del provento di reato in giochi e scommesse.

La decisione in esame richiama l'ampia portata dei motivi presentati dalla Procura della Repubblica, che ha in via principale contestato l'interpretazione fornita nella ricerca del significato del sintagma "attività speculativa", evidenziando che una lettura guidata dall'art. 12 comma 1 delle preleggi impedisce un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice come quella fornita dal Tribunale della libertà, che di fatto finisce per identificare le attività speculative con lo spazio già occupato dai concetti di attività economica, imprenditoriale o finanziaria, che invece rappresentano autonome ipotesi integranti il delitto di riciclaggio. Proprio in relazione all'attività di gioco o scommessa nelle sue diverse articolazioni, la Procura milanese ha contestato l'affermazione secondo la quale tali attività non sarebbero finalizzate a realizzare un utile, considerata la ricorrenza di sofisticati meccanismi capaci di governare l'alea di molti giochi e molti tipi di scommesse, sicché non appare effettivamente ricorrente la possibilità di distinguere attività caratterizzate da un rischio calcolabile e attività, come il gioco, caratterizzate dalla pura alea. Ancora, con i propri motivi, la Procura della Repubblica ha contestato la decisione del Tribunale della libertà quanto alla ricorrenza della clausola di esclusione della punibilità ex art. 648 *ter*. 1 cod. pen., richiamando la stessa giurisprudenza di legittimità, secondo la quale è possibile l'esenzione di responsabilità solo e soltanto se si goda o si utilizzino i proventi o del delitto presupposto in modo "diretto", e senza compiere su di essi alcuna operazione idonea ad ostacolarne concretamente la loro provenienza delittuosa. Si ritiene invece tale l'impiego nel gioco, che in caso di vincita consente una giustificazione contabile delle somme del tutto ripulite e difficilmente riconducibili al reato presupposto. A sostegno della propria tesi la Procura ha richiamato diversi studi e in particolare l'analisi dei rischi realizzata presso il Ministero dell'Economia circa la rilevante esposizione del settore del gioco al rischio del riciclaggio.

La Corte di cassazione ha ritenuto fondato il ricorso, richiamando in parte le osservazioni della Procura ed ha affermato che: "in ossequio a quanto disposto dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, in primo luogo attraverso l'accurata ricerca dell'effettivo significato dell'espressione attività speculativa e tramite la concreta e specifica analisi della *ratio legis* è possibile giungere ad una ricostruzione completa e costituzionalmente orientata del significato dell'espressione legislativa "attività speculativa". Tenuto conto della costante giurisprudenza di legittimità si è evidenziato come, anche per le norme penali, sia possibile un'interpretazione estensiva, volta a determinare l'effettiva portata del precetto penale, quando sia palese che il legislatore abbia detto di fatto meno di quanto volesse. E da ciò deriva la conclusione secondo la quale l'interpretazione

estensiva non amplia il contenuto effettivo della norma, ma "impedisce che fattispecie ad essa soggette si sottraggano alla sua disciplina per un ingiustificato rispetto della lettera". L'interpretazione estensiva rappresenta dunque il mezzo utilizzato dalla Corte per arrivare, nel caso in esame, all'esatto accertamento del contenuto della norma attraverso i mezzi consentiti dalla logica e dalla tecnica giuridica. Partendo quindi dall'interpretazione letterale, da integrare in seguito con la *ratio legis*, la Corte ha sottolineato come il termine attività speculativa abbia una portata molto ampia e, richiamando la voce dell'Enciclopedia delle scienze sociali, edita da Treccani, ha evidenziato come in esso rientri un concetto di attività economica ampia, sicché può essere considerata speculativa qualsiasi decisione o azione di investimento che si basa sulla previsione di effetti futuri, che in questo senso implichi rischio. Si richiama poi la circostanza che in molti contesti il termine speculazione è considerato sinonimo di gioco d'azzardo, e dunque come attività caratterizzata dallo scommettere su un esito incerto, tanto che "entrambi i termini rientrano nella categoria generale dell'investimento (definito come impegnare danaro per ottenere un guadagno)". Se dunque frequentemente con speculazione si intende un investimento che è ad alto rischio, con l'espressione gioco d'azzardo si tende a connotare un'attività a carattere fortemente speculativo, dove la differenza rilevante rispetto all'ordinaria attività speculativa deve essere individuata nel criterio in base al quale si decide se accettare la scommessa, dunque : "lo speculatore decide l'azione col criterio del confronto tra rischio e rendimento atteso, il giocatore d'azzardo accetta la scommessa anche se l'aspettativa di guadagno non è tale da compensare il rischio dell'operazione".

Partendo dall'analisi letterale la Corte rileva come attività speculativa e gioco d'azzardo ben possano svolgere linguisticamente il ruolo di sinonimi. La speculazione, proprio per l'alea che la caratterizza, non può dunque essere limitata al ristretto ambito della speculazione finanziaria e borsistica, con la conseguenza che non si riscontrano ostacoli al comprendere nell'attività speculativa anche quelle classificabili come gioco d'azzardo o come scommessa (sportiva o su eventi diversi comunque gestiti da allibratori). Ciò posto, secondo questa decisione, rileva l'impiego di modalità di gioco capaci di controllare l'esito della vincita, con eventuale parziale ritorno del capitale impiegato, che può costituire una utile modalità di sostituzione e ripulitura del profitto delittuoso, in assenza tra l'altro di costi e intermediari per realizzare tale ripulitura.

All'interpretazione letterale, che avvicina l'attività speculativa al gioco d'azzardo, la Corte affianca poi l'esegesi volta alla ricerca dell'effettiva intenzione del legislatore nel prevedere, quale condotta tipica dell'art. 648 *ter* 1 cod. pen., l'attività speculativa. Fondamentale rilevanza nella ricerca della finalità della previsione normativa ha certamente la caratterizzazione della condotta nel senso del determinare un ostacolo

concreto all'identificazione della provenienza delittuosa del bene. Occorre, dunque, che la condotta, nelle sue diverse articolazioni, abbia effettiva e particolare capacità dissimulatoria, elemento questo che costituisce un qualcosa di più rispetto al mero godimento personale dello stesso.

L'intenzione del legislatore, volta a congelare il profitto in mano al soggetto che ha realizzato il reato presupposto, per evitarne un'utilizzazione ancor più offensiva mediante il suo reinserimento non tracciabile nel circuito economico e finanziario, è quella di tutelare al massimo l'ordine economico, rispetto alle condotte ulteriori che l'autore del reato presupposto può porre in essere. L'autore del reato presupposto dunque accetta il rischio di agire e impiegare il denaro nel gioco d'azzardo o nelle scommesse, con la prospettiva di ricavarne un profitto, che può essere anche molto ingente, accettando il rischio di una perdita. Nel caso in cui non ci sia perdita, ma bensì vincita, la ripulitura del denaro che consegue all'attività di gioco e scommessa è evidente. Il denaro ha una nuova veste (parzialmente tutelata dal nostro ordinamento ex art. 1933 cod. civ.), che ne legittima la provenienza e ne consente il nuovo investimento per l'autore del reato. E comunque, anche in caso di perdita, tale denaro viene reimmesso nel mercato economico, alterandone comunque l'andamento. Se dunque per attività speculativa si deve intendere l'impegno di denaro per ottenere un guadagno in questo ambito, secondo la Corte, anche avviando un'interpretazione estensiva, deve certamente rientrare anche il gioco d'azzardo e la scommessa. Una diversa soluzione a carattere restrittivo, come quella proposta dal Tribunale, appare gravemente illogica, non perseguendo un canale di riciclaggio e autoriciclaggio diffusamente riconosciuto, e realizzando un'interpretazione abrogativa della dizione attività speculative, che di fatto dovrebbero essere identificate con gli altri concetti disciplinati dalla previsione di attività economica o finanziaria, dunque per investimenti o negozi caratterizzati da rischio elevato, ma comunque gestibile. La Corte dunque ribadisce il principio di diritto per cui l'agente può andare esente da responsabilità ai sensi dell'art. 648 *ter*.1 c.p. soltanto se utilizzi e goda dei proventi del delitto presupposto in modo diretto, e senza che compia su di essi alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Il chiaro riferimento del legislatore alla mera utilizzazione o al godimento personale rende dunque fondata l'interpretazione estensiva proposta, perché un investimento in gioco e scommesse non rappresenta mera utilizzazione, e invece rientra in un ambito atto ad ostacolare la tracciabilità della provenienza delittuosa del bene, correlata al raggiungimento del guadagno (sebbene sottoposto ad alea).

In tal senso la Corte sottolinea anche che comunque "non pare rilevante, ai fini dell'integrazione del reato, il fatto che al gioco consegua o meno una qualche vincita. Infatti il primo comma dell'art. 648 *ter*.1 cod. pen. incrimina, oltre alla condotta di

chi sostituisce i proventi illeciti, anche quella di chi semplicemente li impiega in attività funzionali ad ostacolarne concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa, così configurando un'ipotesi di reato a consumazione anticipata". La conclusione è supportata, a parere del collegio, dall'osservazione che l'impiego speculativo del denaro può ben portare a perdite totali del capitale anche nel caso di impiego su valori, valute, merci, beni o servizi caratterizzato da elevata rischiosità. E anche nel caso in cui si ritenesse necessario il raggiungimento di un qualche risultato economico, rispetto alla provvista impiegata, nulla ostacolerebbe la configurazione del delitto ex art. 648 *ter* .1 cod. pen. in forma tentata, ove il denaro investito risultasse integralmente perduto. Non può quindi essere ritenuta l'operatività della previsione del comma quarto dell'art. 648 *ter* 1 cod. pen. nel caso in cui l'attività realizzata rivesta astratta natura speculativa per l'impiego delle somme nelle scommesse e nel gioco d'azzardo, quando proprio tale attività si presenti idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene. In conclusione viene quindi richiamata la corretta ermeneusi dell'espressione attività speculativa, che deve necessariamente essere intesa estensivamente, considerato che l'indicazione normativa (attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative) non rappresenta un elenco formale, ma sembra piuttosto diretta ad individuare delle macro aree, accumunate dall'impiego del denaro per il conseguimento di un utile, con inevitabile e conseguente inquinamento del circuito economico nel quale vengono immessi denaro o altre utilità provenienti da delitto o delle quali si vuole evitare la possibile riconducibilità quale provento di delitto. Rientra dunque in questo contesto anche l'attività in cui si ricerca il raggiungimento di un utile, pur collegato all'assunzione di un rischio consistente di perdita. Tale alea, certamente intrinseca al gioco d'azzardo, non è a parere della Corte molto diversa da quella che caratterizza alcune attività finanziarie altamente speculative o rischiose (come i derivati, futures, investimento sul mercato obbligazionario).

La decisione da atto nella motivazione della presenza di un precedente della stessa sezione, la **Sez. 2, n. 9751 del 13.12.2018, depositata 06.03/2019, PMT c/ Bresciani, Rv. 276499**, che ha diversamente considerato, in tema di autoriciclaggio, l'attività di gioco (nel caso di specie rappresentato dal gioco del lotto). Non condivide tuttavia le conclusioni raggiunte da tale decisione che ha escluso la possibilità di comprendere tale forma di gioco tra le attività speculative, considerato che si è raggiunta tale conclusione ritenendo che il rigoroso rispetto del principio di tassatività e determinatezza della norma penale incriminatrice, oltre al divieto di analogia in *malam partem*, debbano essere ritenute ostative quanto alla comprensione del gioco tra le attività speculative, in assenza di una definizione normativa di attività speculativa.

Nell'ambito della motivazione di questa decisione si evidenzia come si possa effettivamente ritenere ricorrente un'attività speculativa "solo" nel caso in cui ricorra una gestione in modo razionale ed economico del rischio, così da minimizzare le occasioni di perdita e massimizzare quelle di profitto, in presenza di un fenomeno connotato da una consapevole analisi costi - benefici, mentre la causa della prestazione patrimoniale nel gioco non è riconducibile ad un interesse prettamente economico, ma rappresentativa di un intento non patrimoniale, riconosciuto come valida fonte di arricchimento ex art. 1933 cod. civ., ma sprovvisto di tutela giuridica. Nell'affermare il principio predetto la decisione in questione richiama l'art. 23 del T.U.F. (disciplina dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori, con esclusione della applicazione dell'art. 1933 cod. civ. agli strumenti finanziari derivati, ovvero per prodotti dalla portata tipicamente speculativa) e sottolinea come le attività ludiche escludono nel caso in questione qualsiasi abilità del giocatore, che nel recarsi in ricevitoria, puntando una somma al gioco del lotto, sostanzialmente e semplicemente tenta la sorte, per ricavare, con il meccanismo casuale delle estrazioni, una somma maggiore di quella di cui dispone. Un'attività dunque del tutto diversa da quella speculativa in senso stretto, posta in essere dall'investitore che gestisce un rischio. La **Sez. 2, n. 9751 del 13.12.2018, depositata 06.03/2019, PMT c/ Bresciani, Rv. 276499**, richiama, a sostegno delle proprie conclusioni, la previsione di cui all'art 67 TUIR, che prende in autonoma considerazione le vincite delle lotterie, dei concorsi a premio, dei giochi e delle scommesse organizzati per il pubblico e li ritiene "redditi diversi", rispetto ai redditi da plusvalenza originati da investimenti speculativi (con riferimento in particolare all'art. 67 TUIR quanto alle plusvalenze realizzate mediante cessioni a titolo oneroso di azioni e strumenti finanziari), che appunto sono disciplinati in modo diverso quanto alla misura e modalità di tassazione. Si sottolinea come l'art. 648 *ter.*1 cod. pen. si caratterizzi, rispetto al riciclaggio, per la selezione significativa ed evidente delle condotte punibili, mancando da una parte i riferimento ominicomprensivo alle "altre operazioni" idonee ad ostacolare la provenienza delittuosa dei beni oggetto delle operazioni stesse, che hanno rilievo penale ai sensi dell'art. 648 - *bis* cod. pen., oltre alle condotte di sostituzione e trasferimento, e dovendo essere sottolineato come le condotte di impiego, sostituzione o trasferimento dei beni di provenienza delittuosa, compiute dall'autore del reato presupposto, assumono rilevanza penale solo se poste in essere in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative in quanto in grado di ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa degli stessi. Devono dunque essere superate a parere della Corte le obiezioni opposte alla disciplina dell'autoriciclaggio mediante il richiamo alle categorie del *post factum* non punibile e del *ne bis in idem* sostanziale, considerando la evidente e autonoma lesività, oltre al reato presupposto, delle condotte ulteriori

poste in essere dall'autore dello stesso. Tali ulteriori attività devono necessariamente esplicarsi in un ambito caratterizzato tecnicamente e specificatamente dal legislatore.

Nel caso concreto (impiego in puntate al gioco del lotto di somme provento del delitto di appropriazione indebita commessa in danno di più persone offese) è stata esclusa la ricorrenza del *fumus* del delitto di autoriciclaggio, in applicazione del principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale e del divieto di analogia *in malam partem*. In sostanza è stata esclusa la riconducibilità del gioco del lotto alle attività speculative, considerata la mancanza di una definizione legislativa in materia penale e tenuto conto, come già detto, delle discipline introdotte in altri settori che possono orientare e supportare la valutazione del giudice al fine della necessaria distinzione tra attività speculativa e attività ludica.

Il panorama interpretativo richiamato è articolato e complesso, così come il fenomeno analizzato e valutato dalla decisioni citate, che presentano evidenti elementi di novità nell'analisi del caso concreto. Il punto centrale della riflessione è la ricerca di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle aree semantiche amplissime introdotte dal legislatore con la disciplina dell'autoriciclaggio, tanto che si è dibattuto anche in dottrina in ordine alla portata di tale previsione, da molti ritenuta come un'apertura incondizionata alla punibilità di condotte da considerare come veri e propri elementi *post delictum* in precedenza non rilevanti penalmente.

Se, tuttavia, questi sono gli elementi di critica da sempre proposti nei confronti della disciplina sull'autoriciclaggio, si deve rilevare come nel giungere ad un'interpretazione estensiva, ma costituzionalmente orientata sulla base della *ratio legis* della normativa introdotta, trova la sua linea di fondamento nella circostanza che tale disciplina verrebbe altrimenti fortemente depotenziata proprio a causa dell'ampiezza semantica della formulazione utilizzata dal legislatore. Nell'effettuare tale operazione si esclude che la condotta di gioco e scommessa possa rientrare nella disciplina di cui all'art. 648-*ter*.1, comma 4, c.p. così evidenziando la portata di tale previsione, che deve essere riferita esclusivamente ad un godimento diretto, senza alcuna attività di spostamento o utilizzazione, del provento del reato. La portata dell'art. 648 -*ter*.1*,* comma 4, c.p. rende possibile, secondo tale linea ermeneutica, una più chiara delimitazione dell'area semantica relativa alla attività speculativa, nella quale ricomprende senza incertezze, il gioco e la scommessa nelle sue più diverse articolazioni.

D'altro canto non si può non considerare come l'interpretazione restrittiva proposta si ponga in linea di continuità con la necessaria tassatività e prevedibilità della disciplina penale, cercando di delimitare in un'ottica di ragionevole certezza la condotta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 648 *ter*.1 cod. pen.

4. Autoriciclaggio anche nel caso di spese di gestione sostenute per il reinvestimento dei proventi illeciti del reato presupposto.

Sez. 2, n. 37606 del 21/06/2019, Novelli, in fase massimazione, ha affermato che ricorre il delitto di autoriciclaggio anche nel caso in cui vengano sostenute spese di gestione di una società al fine di realizzare concretamente il reinvestimento dei proventi illeciti del reato presupposto (nel caso di specie truffe), poiché le spese di gestione sono funzionali alla generazione di ulteriore profitto, derivante dal reimpiego del provento del reato presupposto. Il Tribunale, in sede di riesame di misure cautelari, confermava il decreto di sequestro preventivo emesso dal giudice per le indagini preliminari quanto ai reati di truffa aggravata, autoriciclaggio e per il reato di cui agli art. 56 cod. pen. e 2635 cod. civ. Il sequestro, oggetto del provvedimento impugnato dal ricorrente in cassazione, è relativo al profitto del reato di autoriciclaggio e al prezzo del reato di cui all'art. 2635 cod. civ.

Il caso concreto concerneva la vendita di diamanti a prezzi maggiorati rispetto al loro valore di mercato, realizzata da una società con la collaborazione di funzionari di banca che indirizzavano all'acquisto numerosi clienti delle banche stesse, inducendoli in concreto in tal senso e fornendo ai clienti false informazioni sul valore dei diamanti e sulle modalità dell'investimento. I diamanti di fatto sarebbero stati consegnati dalla società alle banche, sulla base di accordi precedentemente intercorsi con le stesse. La società conseguentemente avrebbe corrisposto alle banche una somma di denaro per aver indirizzato all'acquisto i clienti degli istituti bancari al fine dello smercio delle pietre preziose. Parte del profitto della truffa, posta in essere con la collaborazione dei funzionari delle banche, veniva impiegato dal ricorrente nell'attività finanziaria della società, che aveva tra l'altro acquistato altre pietre preziose da società estere. Il ricorrente ha sostenuto la violazione dell'art. 648 - *ter*. 1 cod. pen., in assenza del *fumus* del reato di riciclaggio, non ricorrendo alcun reale ostacolo concreto all'identificazione della provenienza delittuosa del bene oggetto di reimpiego. Secondo la prospettiva difensiva l'attività imprenditoriale in cui verrebbero investiti i profitti illeciti coinciderebbe esattamente con quella che, in altro capo di imputazione, viene contestata proprio in relazione al reato presupposto. Tra l'altro l'attività di acquisto dei diamanti era secondo la difesa del tutto tracciabile perché inserita nei bilanci della società. Inoltre si sottolineava come ricorresse un'aperta violazione di legge nella determinazione del profitto del reato di autoriciclaggio, perché esaminando i dati del conto economico di bilancio, non sarebbero state considerate alcune voci relative a "costi sostenuti per servizi ed altre voci passive, idonee ad alterare i conteggi" effettuati dalla GdF in ordine all'entità del profitto del reato di autoriciclaggio, mentre tali costi avrebbero dovuto essere

considerati come utilizzazione o godimento personale ai sensi dell'art. 648 *ter*. 1., comma quarto, cod. pen.

La decisione affronta diverse questioni. La prima è quella relativa alla sussistenza del *fumus* del reato di autoriciclaggio. Su questo punto la Corte ha chiarito che era stato evidenziato già nell'imputazione come il provento delle truffe perpetrate nel 2014 fosse stato reinvestito dalla società nel 2015, così come il provento delle truffe del 2015 reinvestito nel 2016. Da ciò consegue, secondo la Corte, che non ricorre alcuna duplicazione della condotta incriminata, né tanto meno una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, quanto piuttosto una "normale concatenazione temporale in successione tra la commissione del reato presupposto di truffa e l'ottenimento di un profitto da tale reato, con successiva commissione del reato di autoriciclaggio mediante il reimpiego di questo profitto derivante da truffa proprio nella stessa attività imprenditoriale, profitto impiegato appunto nel riacquisto di altri diamanti, diversi da quelli già venduti per una loro successiva rivendita".

La seconda questione è quella relativa al poter ritenere del tutto tracciabili le operazioni di acquisto dei diamanti con il profitto del reato di truffa. Tale circostanza, secondo la Corte non rappresenta un elemento idoneo ad escludere la sussistenza del delitto di autoriciclaggio, mentre ricorre, ciò nonostante, l'idoneità del reimpiego ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa. Su questo punto la Corte ha ritenuto corretta la decisione del Tribunale che, richiamando costante giurisprudenza di legittimità, ha sostenuto che integra il delitto di autoriciclaggio il compimento di condotte volte non solo ad impedire in modo definitivo, ma anche a rendere difficile l'accertamento della provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità, e ciò anche attraverso operazioni che risultino tracciabili, in quanto l'accertamento, o l'astratta individuabilità, dell'origine delittuosa del bene non costituiscono l'evento del reato. In tal senso si sottolinea che le valutazioni relative alla ricorrenza o meno dei requisiti caratteristici dell'autoriciclaggio devono essere orientate da un criterio *ex ante*, poiché si ritiene persino ovvio che nel momento in cui, in qualunque contesto di indagine, sia identificata un'operazione finanziaria o imprenditoriale sospetta, sia abbia una "riemersione dell'attività di occultamento, senza che ciò possa escludere, a posteriori, il requisito della concretezza, a meno di non voler ritenere che l'art. 648 *ter*. 1 cod. pen. prefiguri un'incriminazione impossibile". Deve dunque essere condivisa, a parere della Corte, l'osservazione del Tribunale secondo il quale l'ostacolo all'identificazione si deve caratterizzare per la sua natura di ostacolo "in concreto". L'insieme delle attività riscontrate, l'acquisto di diamanti da società estere con il profitto del reato di truffa, ha certamente reso complessa la ricostruzione dei flussi finanziari, con confusione del patrimonio lecito di queste con quello illecito e

trasformazione della *res* illecita (il denaro) in diamanti, con reimmissione degli stessi nel circuito imprenditoriale riferibile alla società per la quale prestava la sua attività il ricorrente.

La terza questione posta è poi quella relativa alla considerazione di simili operazioni (reimpiego del provento di truffa per attività della società) come mera utilizzazione o godimento personale del profitto del reato, così da poter scriminare la condotta ex art. 648 *ter* .1. comma quarto, cod. pen. La Corte esclude in modo reciso tale possibilità, sottolineando che può andare esente da responsabilità, rispetto al reato di autoriciclaggio, solo chi utilizzi o goda dei proventi del reato presupposto in modo diretto e senza che compia alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Circostanza non ricorrente nel caso esaminato, poiché la descrizione della condotta aveva senz'altro evidenziato una movimentazione dei proventi del reato di truffa, così che era impossibile poter ritenere che gli stessi fossero di fatto cristallizzati e riferibili ad un mero godimento personale, rimanendo nella esclusiva disponibilità dell'agente del reato presupposto, con conseguente mancata reimmissione nel circuito legale economico. Non vi è dubbio per la Corte quanto alla portata dinamica della condotta posta in essere dal ricorrente, considerato che il provento della truffa aveva di fatto reso ancora più proficua l'attività della società ed era stato oggettivamente reimmesso nel circuito legale il provento del reato grazie all'acquisto, difficilmente tracciabile, di altri diamanti presso società estere. Nell'ambito di tale questione la Corte evidenzia poi un principio, caratterizzato da assoluta novità, in tema di autoriciclaggio, chiarendo che le spese di gestione della società non possono essere considerate come destinate alla mera utilizzazione o godimento personale, e quindi non possono essere escluse ex art. 648 *ter* .1, comma quarto, cod. pen., dal puro reinvestimento di cui al primo comma. Afferma la Corte che: "anche le spese di gestione sostenute per il reinvestimento dei proventi illeciti del reato presupposto sono funzionali alla generazione di ulteriore profitto (derivante dal reimpiego del provento del reato presupposto) e, quindi, vanno calcolate nell'attività di impiego, sostituzione trasferimento in attività, economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative".

Il principio di diritto affermato dalla Corte è di particolare interesse nel chiarire in modo sempre più puntuale i confini della condotta di autoriciclaggio e i ristretti limiti in cui l'utilizzo del provento del reato possa essere scriminato ai sensi dell'art. 648-*ter.*1*.,* comma quarto, cod. pen., con particolare riferimento al caso in esame (caratterizzato dal reimpiego in attività societarie riferibili all'autore del reato presupposto, a seguito di una serie di articolate truffe). In tal senso deve essere ricordato che la disciplina dell'autoriciclaggio trova la propria origine nell'art. 3, comma 3, della l. n. 186 del 2014. Anche per l'autoriciclaggio, come per il riciclaggio

in generale, si è riproposta la riflessione in tema di bene giuridico tutelato ed anche in questo caso si tende a ritenere la ricorrenza di plurioffensività della condotta, sia per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia, che per quanto concerne la tutela dell'ordine economico e del risparmio. Quello che sembra caratterizzare in modo più incisivo questa previsione è la volontà del legislatore di garantire il rapporto fiducia quanto al sistema economico e di risparmio complessivamente considerato. Proprio la terminologia utilizzata sembra indicativa della volontà del legislatore di configurare tale delitto come di pericolo in concreto, tanto che l'attività deve risultare idonea "concretamente" ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita di beni, il cui confluire nell'ambito del complessivo ordine economico rappresenta una forma oggettiva di alterazione del mercato e della libera concorrenza. Il reato di caratterizza quale reato "proprio", considerata l'identificazione del soggetto attivo con colui che ha commesso o concorso a commettere un delitto non colposo. Il reato presupposto si deve necessariamente riferire a condotte che possano effettivamente produrre un provento da ripulire, sicché la previsione generalizzata dei reati presupposto può essere, tenuto conto di ciò, letta restrittivamente. La condotta si caratterizza per la ricorrenza di un ampliamento rispetto al riciclaggio, essendo stata aggiunta come attività rilevante anche quella imprenditoriale e speculativa. L'interpretazione maggioritaria circa la portata di tali attività tende a circoscriverne la portata nel senso di riferire l'attività speculativa, volta a realizzare il maggior guadagno possibile dall'impiego del provento del reato presupposto, in un'attività ad alto rischio, ma pur sempre afferente ad attività commerciali o finanziarie.

L'ostacolo concreto che deve essere realizzato, e questo è un punto estremamente rilevante rispetto alla decisione in commento, al fine di poter impedire la ricostruzione della provenienza illecita del bene può caratterizzarsi in modo più o meno ampio, quale mero allontanamento della somma provento di reato dal patrimonio originario, oppure con una caratterizzazione della condotta in senso più attiva ed incisiva, mediante più articolate attività di occultamento, anche contabile, o con schermature societarie. L'ostacolo all'identificazione dovrebbe essere considerato come un requisito caratteristico della condotta e non come evento del reato, per cui sembra possibile poter ipotizzare per l'autoriciclaggio la non necessità di un effetto dissimulatorio della condotta. Il delitto dunque, per come configurato, presenta due limiti che ne definiscono portata e ambito: da una parte l'effettivo ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa, dall'altra la previsione d'irrilevanza penale della condotta, ai sensi del quarto comma dell'art. 648 *ter* 1 c.p. nel caso in cui i beni provento del reato presupposto siano determinati al godimento personale. Anche quanto all'elemento soggettivo l'autoriciclaggio si presenta coerente con la previsione in tema di riciclaggio, essendo richiesto il dolo generico,

che appunto si caratterizza quale consapevolezza circa la realizzazione del delitto non colposo presupposto e la volontà di impiegarne i proventi nella attività economiche, speculative e imprenditoriali al fine di ostacolarne l'identificazione.

Tornando alla decisione in commento, deve essere rilevata un'applicazione rigorosa da parte della Corte dei principi in tema di autoriciclaggio; difatti la Corte ha in concreto rilevato come, nonostante la tracciabilità di alcune operazioni, il complesso di attività societarie, poste in essere ad esito delle truffe realizzate con la collaborazione di funzionari bancari, rappresentano senza alcun dubbio una condotta idonea ad ostacolare non solo in modo definitivo, ma anche a rendere più difficile l'accertamento della provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità.

E in tale ambito afferma un principio assai rilevante, richiamato in una precedente decisione della stessa sezione (Sez. 2, n. 40890, 18/07/2017), che indica al giudice di merito come debba essere accertata e valutata l'effettiva idoneità dell'occultamento del provento del reato: tale accertamento richiede l'applicazione di un criterio *ex ante*, al fine di considerare nella sua reale portata un'operazione finanziaria o imprenditoriale sospetta, che riemerga solo grazie ad un'approfondita attività d indagine. Il fatto che tale attività d'indagine sia stata proficua non può far ritenere *ex post* tracciabile la condotta. E il caso concreto lo dimostra, considerato che le indagini sembrano aver riguardato una serie di verifiche relative ad acquisti di materiali preziosi effettuati all'estero (con complessa ricostruzione dei flussi finanziari posti in essere). Ricorre effettivamente, secondo la prospettazione della Corte, la concretezza dell'ostacolo all'identificazione della provenienza del denaro poi riutilizzato in attività societarie varie dal ricorrente.

A questo profilo si collega il principio affermato per la prima volta secondo il quale l'attività di reimpiego del provento del reato presupposto è rilevante anche nel caso in cui il provento del reato presupposto sia stato reinvestito per spese di gestione della società. La base dell'orientamento ermeneutico della Corte è rappresentato dalla particolare dinamicità e fruttuosità di una attività del genere, che determina proprio per le sue caratteristiche il possibile generarsi di ulteriore profitto, derivante dal reimpiego del provento del reato presupposto.

Deve dunque essere considerata la strumentalità della destinazione delle spese di gestione della società alla creazione di ulteriore profitto, chiaramente finanziata dall'esito delle truffe precedentemente poste in essere; il che è del tutto incompatibile con la scriminante di cui al comma quarto dell'art. 648 *ter*.1 cod. pen., che richiede appunto che il provento del reato sia utilizzato solo ed esclusivamente per beni strettamente personali. L'utilizzo del provento del reato anche per le spese di gestione dell'attività societaria del ricorrente, che proprio grazie a tale attività può proseguire ed accrescersi, non può dunque rientrare nell'ambito del comma quarto, proprio per la sua natura dinamica, che rientra in un'attività a carattere certamente

imprenditoriale, altamente speculativa, alimentata dalla commistione di redditi leciti e illeciti nel complessivo patrimonio del ricorrente, che è proprio la finalità che la previsione normativa tende a realizzare a tutela di un corretto andamento dell'attività economica del paese, che sia effettivamente rispondente a canoni di correttezza e trasparenza.

La decisione si allinea dunque al principio espresso anche di recente dalla stessa **Sez. 2, n. 13795 del 7/03/2019, PMT c/ Sanna, Rv. 275528 – 02**, secondo la quale in tema di autoriciclaggio, l'ipotesi di non punibilità di cui all'art. 648 *ter*.1*,* comma quarto, cod. pen. è integrata soltanto nel caso in cui l'agente utilizzi o goda dei beni provento del delitto presupposto in modo diretto e senza compiere su di essi alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa, così come da **Sez. 2, n. 16908 del 5/03/2019, PMt c/ Ventola, Rv. 276419,** secondo la quale in tema di autoriciclaggio, l'intervenuta tracciabilità, per effetto delle attività di indagine poste in essere dopo la consumazione del reato, delle operazioni di trasferimento delle utilità provenienti dal delitto presupposto non esclude l'idoneità "*ex ante*" della condotta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. (Fattispecie di trasferimento di ingenti somme di denaro tramite bonifici in favore di una costellazione di società estere che, a loro volta, effettuavano nuove operazioni di trasferimento a soggetti fisici e giuridici riconducibili all'indagato). Può dunque ritenersi condiviso dalla giurisprudenza il principio di diritto per come affermato, nel caso di specie, relativo al necessario riscontro di un utilizzo in modo diretto del bene per poter accedere alla scriminante e alla necessaria attività di valutazione della condotta da parte del giudice mediante l'applicazione di un criterio di idoneità *ex ante* della condotta concretamente posta in essere per ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa delle utilità derivanti dal reato presupposto.

5. Capacità dissimulatoria, trasferimento di beni oggetto di distrazione fallimentare e bancarotta fraudolenta.

Il tema della identificazione dell'effettiva capacità dissimulatoria delle attività poste in essere per integrare il reato di autoriciclaggio è oggetto di diverse decisioni in tema di distrazione fallimentare e bancarotta fraudolenta. In particolare **Sez. 5, n. 8851 del 01/02/2019, Petricca, Rv. 275495 e Sez. 5, n. 38919 del 05/07/2019, PMT c/De Marco, Rv. 276853** hanno affermato un identico principio di diritto chiarendo che "non integra la condotta di auto riciclaggio il mero trasferimento di somme oggetto di distrazione fallimentare a favore di imprese operative, occorrendo a tal fine un "*quid pluris*" che denoti l'attitudine dissimulatoria della condotta rispetto alla provenienza delittuosa del bene". Nel caso concreto

affrontato dalla prima decisione il Tribunale del riesame aveva confermato l'ordinanza applicativa degli arresti domiciliari nei confronti degli indagati per i reati di bancarotta fraudolenta e autoriciclaggio, quanto alla condotta di impiego in proprie attività commerciali di somme di denaro provenienti da una s.r.l. agli stessi riferibile in regime di concordato preventivo. La Corte ha annullato con rinvio il provvedimento proprio quanto alla configurabilità dell'autoriciclaggio e delle esigenze cautelari, rilevando che, anche secondo quanto evidenziato da Sez. 2, n. 33074 del 14/07/2016, Babuleac, Rv. 267459, le attività tipiche dell'autoriciclaggio devono avere la caratteristica precipua di essere idonee ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. La formulazione normativa dovrebbe indurre dunque a ritenere l'autoriciclaggio come reato di pericolo concreto, poiché il giudice deve necessariamente valutare l'idoneità specifica della condotta posta in essere dall'agente ad impedire l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni.

La necessità che sia posto in essere un ostacolo "concreto" all'identificazione richiede dunque a parere della Corte un contegno che vada oltre la mera ricezione della somma proveniente da reato.

Questo dato valutativo trova poi conferma nella considerazione dei rapporti tra bancarotta e autoriciclaggio, poiché ritenere punibile come auto riciclaggio il mero trasferimento delle somme distratte verso imprese finirebbe per sanzionare penalemente due volte la stessa condotta, proprio quando le somme sottratte alla garanzia patrimoniale dei creditori sociali siano dirette verso imprenditori, generando rispetto a tale situazione specifica "un'ingiustificata sovrapposizione punitiva" tra le due fattispecie. Questa conclusione trova conforto secondo la Corte anche nell'interpretazione della Sez. 2, n. 30401 del 07706/2018, Ceoldo, Rv. 272970, che ha chiaramente definito il concetto secondo il quale il prodotto, profitto, o prezzo dell'autoriciclaggio non coincide con il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal reato presupposto, consistendo invece nei proventi conseguiti dall'impiego di questi ultimi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative. Orientamenti conformi sempre in epoca recente sono riscontrabili in **Sez. 2, n. 44198 e 44199 del 04/07/2019, PMT c/ Valguarnera, non massimate**, che hanno affrontato il caso in imputazione consistente nell'aver distratto l'azienda di una società fallita per reimpiegarla in una nuova società appositamente costituita, mediante la conclusione di un contratto di affitto di azienda. La Corte in questo caso ha chiarito che, essendo l'atto distruttivo identificato esattamente nella conclusione del contratto di cessione di azienda, la mancanza di ulteriori attività dissimulatorie, deve far escludere la possibile sussistenza del reato di autoriciclaggio, che richiede condotte logicamente e cronologicamente differenti rispetto a quelle integranti il reato presupposto, oltre ad accorgimenti dissimulatori volti ad

ostacolare l'identificazione della provenienza dei beni. Queste decisioni evidenziano anche un profilo di riflessione particolare per quanto concerne il rapporto tra bancarotta fraudolenta e autoriciclaggio, chiarendo che il reato teoricamente presupposto si consuma in coincidenza con la sentenza dichiarativa di fallimento (in tal senso Sez. 5, n. 40477 del 18/05/2018, Alampi, Rv. 263800), mentre le condotte distrattive imputate, anche quali condotte di autoriciclaggio, sarebbero state realizzate e consumate prima della effettiva possibilità di configurare il reato presupposto. Tuttavia è da sottolineare come questa soluzione, richiamata ai sensi dell'art. 238 della Legge fall., non si applica al caso distrazioni effettuate in caso di concordato preventivo, restando tale ipotesi disciplinata dall'art. 236 della Legge fall., in questo caso è irrilevante che sia stata pronunziata sentenza di fallimento (in tal senso **Sez.5, n. 13191 del 11/12/2018, depositata 2019, Casinelli, non massimata**).

Una diversa prospettiva sembra invece emergere dalla **informazione provvisoria di decisione della Sez. 5, n. 9/2019, Ricorrente Hu Shaojing**, secondo la quale il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione può concorrere, in qualità di reato presupposto, con il delitto di autoriciclaggio, laddove gli atti spoliazione del patrimonio sociale siano dotati di "intrinseca capacità dissimulatoria e determinino l'impiego dei beni, denaro o altre utilità illecitamente sottratti in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative". In mancanza allo stato della motivazione la diversa prospettazione di questa decisione, almeno nella sua formulazione provvisoria, sembra richiamare il criterio della necessità di valutare *ex ante* l'idoneità e capacità dissimulatoria degli atti di spoliazione del patrimonio sociale, tenuto conto della rilevanza della attività di indagine allo scopo spesso espletata, già di per sé indice della complessità di ricostruzione dei diversi passaggi dei beni riferibili alla società spogliata.

6. Il concorso del terzo estraneo al reato presupposto all'autoriciclaggio.

Sul tema del concorso del terzo al reato di autoriciclaggio è intervenuta **Sez. 6, n. 3608 del 07/06/2018, depositata 24/01/2019, Potenza, Rv. 275288,** che ha affermato che: "In tema di autoriciclaggio, il soggetto che, non avendo concorso nel delitto presupposto non colposo, ponga in essere la condotta tipica di autoriciclaggio o contribuisca alla realizzazione da parte dell'autore del reato-presupposto delle condotte indicate dall'art. 648-*ter*.1 cod. pen., risponde di riciclaggio e non di concorso nel delitto di autoriciclaggio essendo quest'ultimo configurabile solo nei confronti dell' "*intraneus*". (Fattispecie in cui l'imputata aveva versato su un libretto di deposito di una cooperativa di consumo, e poi prelevato mediante assegni, denaro provento dell'attività concussiva attuata dal marito)." La

Corte ha richiamato le motivazioni di merito chiarendo come nel caso concreto fossero stati posti in essere una serie di comportamenti sintomatici della consapevolezza dell'imputata circa la provenienza illecita del denaro, ostacolando con la sua condotta di deposito e gestione delle somme di denaro la tracciabilità del percorso dei beni provento di reato. In concreto, con i motivi di ricorso, la difesa riteneva comunque necessario inquadrare la condotta posta in essere in concorso in autoriciclaggio piuttosto che riciclaggio, condotta di autoriciclaggio effettivamente posta in essere dal marito della imputata. Tenendo conto sia dell'epoca della commissione del fatto, che delle caratteristiche della condotta la Corte ha escluso recisamente la possibilità di poter configurare, come correttamente ritenuto dal giudice di appello, nel caso in esame una condotta di autoriciclaggio, in mancanza di una effettiva attività economica, imprenditoriale o finanziaria e considerato l'orientamento della Corte di cassazione, che viene condiviso, secondo il quale il concorso nel delitto di auto riciclaggio è configurabile esclusivamente nei confronti dell'i*ntraneus*. (Sez. 2, n. 17235 del 17/01/2018, Tucci, Rv. 272652). La decisione dunque ribadisce la prima esplicita decisione della Corte su questo tema secondo la quale in tema di autoriciclaggio, il soggetto che non avendo concorso nel delitto presupposto non colposo, ponga in essere la condotta tipica di autoriciclaggio o contribuisca alla realizzazione da parte dell'autore del reato presupposto a delle condotte indicate dall'art. 648-*ter.*1 cod. pen., risponde di riciclaggio e non di concorso nel delitto di autoriciclaggio essendo questo configurabile solo nei confronti dell'*intraneus*.

Appare opportuno ricordare che la sentenza Tucci ha affrontato per la prima volta il tema del concorso dell'*extraneus* e nel fornire la soluzione richiamata ha richiamato i diversi orientamenti interpretativi, anche in dottrina, quanto alle manifestazioni plurisoggettive del reato di riciclaggio. È rilevante richiamare la portata di questa decisione, quale presupposto di diverse decisioni successive sul tema del concorso nel delitto di autoriciclaggio. Il caso concreto oggetto di giudizio presentava una complessa articolazione, considerato che l'imputata aveva posto in essere plurime operazioni commerciali, finanziarie e societarie mediante le quali faceva rientrare in Italia una notevole quantità di somme di denaro, provento di appropriazione indebita (nell'ambito di note vicende giudiziarie che riguardavano la c.d. "provvista Bonifaci"). Le ingenti somme di denaro detenute all'estero venivano fatte rientrare in Italia per il tramite del meccanismo dello scudo fiscale, per acquistare una società (che possedeva anche la proprietà di quattro appartamenti in Via Trionfale a Roma), le cui quote venivano successivamente cedute ad una società belga, per essere poi riacquistate sempre dall'imputata tramite mandato fiduciario ad un *trust,* e quindi essere riconsegnate, per il loro valore, al coimputato che finalizzava la nuova disponibilità del denaro ormai "pulito" nell'acquisto degli

appartamenti di via Trionfale per un valore di circa due miliardi di lire. L'insieme delle attività di accertamento espletate, e l'esito del dibattimento, dimostravano come l'imputata fosse ispiratrice e artefice di tutte le diverse operazioni di schermatura relative al denaro provento di appropriazione indebita, tanto che veniva riscontrata la presenza di un medesimo domicilio a Roma tra la società di servizi gestita dall'imputata e le società intermediarie estere. Dunque l'attività posta in essere dall'imputata supportava la complessiva attività del coimputato al fine di realizzare un reimpiego in attività, a carattere chiaramente speculativo, delle somme di denaro illegittimamente detenute da quest'ultimo, ripulite dalla imputata, quindi consegnate al coimputato in chiaro accordo con lo stesso. La piena vicinanza tra i due soggetti imputati, la correlazione delle attività dagli stessi poste in essere risultava supportata dalle risultanze dibattimentali acquisite in giudizio. La difesa dell'imputata contestava l'esito del giudizio in primo e secondo grado e riteneva che la stessa dovesse essere eventualmente condannata per l'ipotesi più lieve di concorso in autoriciclaggio, e non per il delitto di riciclaggio come invece deciso dalla Corte di appello. Il caso concreto analizzato dalla Corte si caratterizza dunque per l'affidamento da parte dell'autore del reato presupposto dei proventi dell'attività dallo stesso posta in essere ad un terzo per l'ulteriore attività di impiego. La Corte nella propria decisione ha escluso che la questione potesse essere rimessa alle Sezioni Unite, in mancanza di qualsiasi contrasto sul punto, ma evidenziando invece la ricorrenza di una questione interpretativa caratterizzata da novità, relativa appunto alla qualificazione giuridica della condotta posta in essere dal soggetto *extraneus*, che abbia fornito un contributo concorsuale rilevante alla condotta di autoriciclaggio posta in essere dal soggetto *intraneus*.

La motivazione della Corte richiama i diversi orientamenti interpretativi della dottrina sul punto e chiarisce come la maggior parte delle interpretazioni proposte, sia pure con giustificazioni dogmatiche diverse, abbia sostenuto che l'*extraneus* che concorre con l'autoriciclatore risponde non di concorso nell'autoriciclaggio, ma bensì di riciclaggio. Come detto le giustificazioni dogmatiche sono state diverse e vengono richiamate nella loro portata dalla decisione.

Per un primo orientamento l'insieme costituito dalle condotte tipizzate dall'art. 648-*ter.*1 cod. pen. "si iscrive completamente in quello disegnato dal combinato disposto delle due disposizioni finitime (648-*bis e ter* cod. pen.)" e l'elemento specializzante non attiene alle condotte quanto piuttosto alla qualificazione soggettiva dell'autore del reato, con la conseguenza che gli insiemi in discorso si trovano in una relazione di "alternatività reciproca", con comprensione della disciplina dell'art. 648-*ter.*1 nell'insieme più ampio determinato dall'art. 648-*bis e ter* cod. pen.; da tale impostazione consegue che colui che non avendo concorso alla commissione del reato presupposto fornisce un contributo causale

all'autoriciclatore non realizzerà una fattispecie di concorso ex art. 117 cod. pen., ma la vera e propria condotta di riciclaggio sussistendone i presupposti.

Per un secondo orientamento invece nel caso di autoriciclaggio si sarebbe in presenza di c.d. "reato di mano propria", dove l'individuazione di un soggetto qualificato al fine della commissione del delitto rappresenta un "vettore insostituibile di tipicità" e componente decisiva in relazione al disvalore del fatto, con la conseguenza che la messa a disposizione del provento nelle mani del terzo, perché la reimpieghi, sarà destinata a rimanere penalmente irrilevante, perché sarà solo il terzo estraneo a realizzare compiutamente e materialmente l'illecito del quale risponderà a titolo di riciclaggio o reimpiego. Manca in sostanza, secondo tale prospettazione, una condotta tipica del soggetto imputato di autoriciclaggio, la personale esecuzione da parte dell'*intraneus*, che appunto rappresenta condizione essenziale per la consumazione dell'offesa al bene giuridico tutelato.

Un terzo orientamento, da ritenere minoritario, afferma invece la natura di "reato proprio" dell'autoriciclaggio, sicché appare ammissibile il concorso nel reato di autoriciclaggio ai sensi dell'art. 110 o 117 cod. pen. a seconda che il terzo *extraneus* abbia o meno consapevolezza della qualifica posseduta dall'*intraneus.*

La decisione nel risolvere la questione sottoposta a giudizio afferma che la premessa dalla quale l'interprete deve necessariamente partire è la *ratio* dal quale scaturisce la nuova disciplina, da identificare nella volontà del legislatore di colmare la lacuna derivante dalla sostanziale pregressa irrilevanza delle condotte di autoriciclaggio. Ne consegue l'impossibilità di applicare un regime sanzionatorio più favorevole per chi commetta comunque una condotta riciclatoria, pur se in concorso con l'*intraneus* imputato del reato di autoriciclaggio, così come la necessaria rilevanza da attribuire a comportamenti dell'*intraneus* (come la messa disposizione del provento del reato presupposto nelle mani del terzo perché lo reimpieghi) che non integrino tuttavia la "condotta tipica di riciclaggio", non potendosi dunque ritenere l'autoriciclaggio un reato di mano propria.

Le due fattispecie di riciclaggio ed autoriciclaggio devono dunque essere considerate in una relazione di etereogeneità tra loro, poiché l'autoriciclaggio si caratterizza per la presenza di un elemento di specialità per aggiunta, poiché come osservato da parte della dottrina "il reimpiego del provento non è un tratto costitutivo del riciclaggio, per la cui punizione è sufficiente la ripulitura". Eterogeneità che deve essere riscontrata anche in relazione all'autore del reato, con carattere addirittura di contrapposizione; infatti il soggetto attivo dell'autoriciclaggio è autore del delitto presupposto, mentre non può essere autore del reato di riciclaggio con impossibilità di riscontrare una relazione di specialità tra le due norme (proprio per la clausola di esclusione che caratterizza la previsione dell'art. 648-*bis* cod. pen.).

È proprio richiamando la *ratio* dell'intervento normativo in tema di autoriciclaggio che il Collegio ritiene che il soggetto che "non avendo concorso nel delitto presupposto non colposo, ponga in essere la condotta tipica dell'autoriciclaggio, o comunque contribuisca alla realizzazione da parte dell'*intraneus* delle condotte tipizzate dall'art. 648 *ter.*1. cod. pen. continui a rispondere del reato di riciclaggio" ex art. 648- *bis* cod. pen., e non di concorso nel meno grave delitto di cui all'art. 648-*ter.*1 cod. pen. Non ricorre una specialità tra le due ipotesi di reato in questione e dunque deve essere rilevata la diversificazione dei titoli di reato rispetto a condotte *latu sensu* concorrenti, ricorrendo una realizzazione plurisoggettiva di fattispecie definite a soggettività ristretta (in tal senso previsioni analoghe possono essere riscontrate in tema di evasione e procurata evasione, in tema d'infanticidio, interruzione volontaria di gravidanza).

Secondo la decisione della Corte appare condivisibile la prospettazione secondo la quale in schemi di previsioni a soggettività forte appare giustificabile la previsione di diverse risposte sanzionatorie, per attuare soluzioni che oggettivamente determinano delle differenze nelle posizioni concorsuali, e in questo senso deve essere intesa anche la previsione di una sanzione edittale meno grave per l'*intraneus* (al fine di mitigare il regime del cumulo materiale nei confronti dello stesso perché responsabile di due delitti non necessariamente in concorso ex art. 81 cod. pen.).

Se dunque in conclusione la *ratio* della nuova previsione è quella di giungere effettivamente alla mera punibilità dell'i*ntraneus*, non sussiste a parere della Corte alcuna ragione per la quale giungere ad una modifica della disciplina sul riciclaggio, sia quanto al titolo di reato, che quanto alla risposta sanzionatoria, perché sono oggettivamente rimaste immutate la dinamica e le caratteristiche di realizzazione delle attività riciclatorie. In conclusione dunque la prospettiva adottata dalla Corte ha chiarito che l'art. 648-*ter.*1. punisce come reato "unicamente le condotte poste in essere dal soggetto che abbia commesso o concorso a commettere il delitto non colposo presupposto, in precedenza non previste e punite come reato.. mentre le condotte concorsuali poste in essere da terzi *extranei*, per agevolare la condotta di autoriciclaggio posta in essere dal soggetto che abbia commesso o concorso a commettere il reato presupposto, titolare del bene di provenienza delittuosa ripulito, conservano rilevanza penale quale fatto di compartecipazione previsto e punito dall'art. 648-*bis* cod. pen."

7. Punibilità del riciclaggio.

Alcune decisioni della Corte hanno affrontato, in relazione alla natura istantanea del reato di auto riciclaggio e alle caratteristiche della condotta, il profilo della punibilità e decorrenza della disciplina in tema di autoriciclaggio a seguito della

introduzione della fattispecie in questione con la legge 15 dicembre 2014, n. 186. **Sez. 2, n. 38838 del 04/072019, PMT c/De Marco, Rv. 277098** ha affermato che: "Il reato di autoriciclaggio ha natura istantanea e si consuma nel momento in cui vengono poste in essere le condotte di impiego, sostituzione o trasformazione di beni costituenti l'oggetto materiale del delitto presupposto, nessun rilievo dovendo quindi riconoscersi, ai fini della consumazione, alla circostanza che gli effetti delle condotte indicate si protraggono nel tempo. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto non integrasse reato il reimpiego di un'azienda oggetto di bancarotta, effettuato attraverso il trasferimento pluriennale di un ramo dell'azienda medesima avvenuto prima dell'entrata in vigore della legge istitutiva del reato ed i cui effetti si erano protratti anche successivamente)." Il Tribunale di riesame aveva in concreto annullato il sequestro per equivalente disposto nei confronti dell'indagato per il reato di cui all'art. 648 *ter*. 1 cod. pen., e in tal senso aveva osservato come le attività di cessione e affitto di azienda oggetto del reato di bancarotta non potevano integrare elementi tali da ostacolare, al fine della configurazione dell'autoriciclaggio, l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni. La Corte ha ritenuto corretta la ricostruzione del Tribunale della libertà al fine di evitare la doppia punibilità di una medesima condotta, con conseguente impossibilità di ritenere che la medesima condotta, e la sola consumazione della condotta integrante il delitto presupposto, possa integrare *ex se* anche la diversa ipotesi di autoriciclaggio. La sentenza in esame, dunque, si pone in linea di continuità con le altre decisioni sopra citate in tema di attività dissimulatoria e reati fallimentari, e precisa che i reati contestati, in quanto commessi prima della introduzione dell'art. 648 *ter*.1 cod. pen., non potevano essere puniti a titolo di autoriciclaggio, considerato che tale reato si consuma nel momento in cui l'autore del reato presupposto pone in essere le condotte di impiego, sostituzione e trasformazione del denaro e dei beni costituenti oggetto materiale del delitto presupposto, ed è quindi fattispecie essenzialmente istantanea. In tal senso, al fine della corretta individuazione del momento consumativo del delitto di auto riciclaggio, la Corte richiama Sez. 2, n. 1857 del 16/11/2016, Ferrari, Rv. 269316, con la quale si era già affermato che il delitto si consuma con la realizzazione dell'effetto dissimulatorio conseguente alle condotte tipiche previste dall'art. 648 *bis* cod. pen., non essendo invece necessario che il compendio ripulito sia restituito a chi lo aveva movimentato. Nel caso concreto dunque la Corte sottolinea come la condotta contestata, di fatto non imputabile a titolo di auto riciclaggio anche *ratione temporis*, considerata la consumazione di tutte le supposte condotte dissimulatorie antecedentemente all'entrata in vigore della disciplina in tema di auto riciclaggio, senza che rilevi né la data di dichiarazione del fallimento, né la durata dei contratti stipulati, ovvero l'aggiudicazione di appalti in capo all'azienda fraudolentemente trasferita. Conclude la Corte sottolineando che "seppure si dovesse ritenere

possibile che le attività distruttive poste in essere da parte dell'imprenditore dichiarato fallito configurino un'ipotesi di concorso di reati tra la bancarotta fraudolenta e l'autoriciclaggio, quando il bene sottratto alla par condicio credito rum venga poi ad essere impiegato nel tessuto economico produttivo con riutilizzazione dell'oggetto materiale del reato presupposto attraverso ulteriori e successivi passaggi, è però sempre necessario che gli atti di cessione in vendita o concessione di affitto sano successivi all'introduzione della norma incriminatrice (1 gennaio 2015), altrimenti non potendosi contestare le condotte se non in violazione del fondamentale canone di cui agli artt. 25 Cost. e art. 2 cod. pen."

Un diverso profilo, quanto all'effettiva punibilità del delitto di auto riciclaggio, risulta affrontato dalla **Sez. 2, n. 42052 del 19/06/2019, PMT c/ Moretti Cuseri, Rv. 277609,** che ha affermato che in tema di riciclaggio ed autoriciclaggio, non è necessario che la sussistenza del delitto presupposto sia stata accertata da una sentenza di condanna passata in giudicato, essendo sufficiente che il fatto costitutivo di tale delitto non sia stato giudizialmente escluso, nella sua materialità, in modo definitivo, e che il giudice procedente per il riciclaggio o autoriciclaggio ne abbia incidentalmente ritenuto la sussistenza, in mancanza imponendosi l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non sussiste. Nel caso concreto il Tribunale, adito ex art. 324 cod. proc. pen. aveva parzialmente annullato il decreto di sequestro preventivo, disposto dal g.i.p. in relazione al reato di concorso in auto riciclaggio in funzione della confisca diretta delle disponibilità liquide deidiverso coindagati. Il Pubblico Ministero con l'impugnazione proposta lamentava l'erronea applicazione della legge circa l'affermata impossibilità di valutare la ricorrenza dei reati presupposto dei delitti di riciclaggio e autoriciclaggio perché i relativi elementi erano da riferire a fase delle indagini preliminari, sottolineando che a tal fine poteva essere ritenuta sufficiente anche una mera valutazione incidentale circa la ricorrenza dei reati presupposto. Nell'applicare il principio sopra enunciato al caso concreto, la Corte ha chiarito come fosse orientamento ermeneutico già consolidato in tema di riciclaggio, applicabile anche all'ambito dell'autoriciclaggio, quello secondo il quale il delitto presupposto non deve necessariamente essere accertato in ogni suo estremo fattuale, perché la provenienza delittuosa del bene posseduto può ben essere desunta dalla natura e dalle caratteristiche del bene stesso (in questo senso Sez. 1, n. 29486 del 26/06/2013, Cavalli, Rv. 251028). Si evidenzia come per l'affermazione della responsabilità per il delitto di ricettazione, di riciclaggio e di autoriciclaggio non è richiesto l'accertamento giudiziale del delitto presupposto, né dei suoi autori, né dell'esatta tipologia del reato, potendo il giudice affermarne l'esistenza attraverso prove logiche (Sez. 2, n. 29685 del 05/07/2011, Tartari, Rv. 251028).

In conclusione per poter procedere e ritenere punibile l'autoriciclaggio non è necessario che la sussistenza del delitto presupposto sia stata accertata con sentenza di condanna passata in giudicato, essendo sufficiente a tal fine che il fatto costitutivo di tale delitto non sia stato giudizialmente escluso, nella sua materialità, in modo definitivo. Conseguentemente all'affermazione di tale principio, la Corte ha ritenuto fondata la doglianza del Pubblico Ministero, considerato che il G.i.p. nell'originario decreto aveva considerato incidentalmente, ma in modo esplicito, la configurabilità del necessario *fumus* dei reati presupposto dei reati di riciclaggio e autoriciclaggio, nonostante la pendenza per gli stessi di mere indagini preliminari, che comunque non impedivano in alcun modo l'accertamento incidentale della loro configurabilità.

8. Il sequestro nel rapporto tra riciclaggio e autoriciclaggio.

Sempre in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca diretta o per equivalente la **Sez. 2, n. 22020 del 10/04/2017, Scimone, Rv. 276501**, ha affermato che nel caso di consumazione dei delitti di autoriciclaggio e riciclaggio da parte di soggetti diversi, all'autore di tale ultima condotta è sequestrabile "soltanto l'importo del profitto di tale delitto e non anche di quello derivante dalle operazioni poste in essere dall'autore dell'autoriciclaggio, che può avere ad oggetto somme superiori o quantitativi di beni di origine illecita trasferiti a soggetti giuridici differenti". Con il ricorso proposto avverso il provvedimento del Tribunale della libertà il ricorrente sostanzialmente ha sostenuto la ricorrenza di una violazione di legge quanto alla qualificazione giuridica della condotta dell'*extraneus* nelle condotte riciclatorie poste in essere dall'autore del delitto presupposto, perché da qualificarsi necessariamente come concorso di persone nel delitto di autoriciclaggio. Lamentava inoltre il ricorrente la violazione del disposto degli art. 321 e 324 cod. proc. pen. in relazione all'art. 648 *bis* cod. pen. quanto all'individuazione del profitto confiscabile.

La Corte, dopo aver aderito esplicitamente all'orientamento in tema di concorso dell'*extraneus* in tema di autoriciclaggio, secondo l'orientamento ermeneutico evidenziato da Sez. 2, n. 17235 del 17/01/2018, Tucci, Rv. 272652, ha affermato in tema di profitto confiscabile -identificato nel caso in esame, al fine della confisca per equivalente di denaro, beni e quote sociali, nella misura di 250.000 Euro - che trattandosi di trasferimento in denaro tra diverse società riferibili agli imputati (di diritto estero e italiano) è necessario individuare, o quanto meno prospettare, le condotte a seguito delle quali la somma perveniva ad una delle società per poi essere successivamente essere trasferita ad altra, non potendosi desumere dal generico coinvolgimento degli imputati in azioni delittuose la natura illecita di qualsiasi provvista trasferita. Occorre, dunque, pur non essendo necessario individuare con esattezza il reato presupposto, quanto meno verificare a seguito di quali iniziative e

attività l'importo sia stato accumulato. In tale ambito la Corte poi specifica che, una volta esclusa l'imputabilità della condotta a titolo di autoriciclaggio per il terzo *extraneus* al reato presupposto, qualora questi realizzi opere di ripulitura di capitali di origine illecita, rispondendo per tale attività del reato di riciclaggio, ne derivano necessarie conseguenze anche in tema di profitto del reato sequestrabile in via diretta o per equivalente. I principi normalmente affermati dalla giurisprudenza in tema di profitto confiscabile e sequestrabile per chi concorre nel reato ex art. 110 cod. pen. possono essere applicati solo nel caso in cui si concorra per lo stesso titolo di reato e non per il caso in cui, come per il riciclaggio e autoriciclaggio si concorra a titolo diverso nel reato.

Per il concorrente nelle condotte dell'autoriciclatore, che risponderà solo per il reato di riciclaggio non essendo intervenuto nell'ambito dei reati presupposto, sarà possibile giungere ad sequestro, ai fini della successiva confisca, soltanto dell'importo del profitto di tale delitto e non anche di quello posto in essere dall'autore dell'autoriciclaggio, che può avere ad oggetto somme superiori o quantitativi di beni di origine illecita trasferiti a soggetti giuridici differenti. Quindi secondo la Corte, quanto al soggetto imputato di riciclaggio, non può essere sempre disposto il sequestro dell'intero importo che si assume autoriciclato, perché non concorre nell'autoriciclaggio, ma commette un fatto diverso in cui il profitto è correlato alle sole somme o beni ricevuti ed oggetto di sostituzione, trasformazione ed occultamento. È possibile che in alcune occasioni possa esserci coincidenza tra gli importi dei due reati (quando l'intero profitto illecito derivante dal reato presupposto venga trasferito ad un solo soggetto incaricandolo di compiere le operazioni decettive), ma non sempre ciò accade, considerato che spesso l'autore del delitto presupposto può decidere di variare e ramificare le attività di auto riciclaggio attraverso diversi soggetti che svolgono il ruolo di riciclatori, ai quali vengono trasferite quote del profitto illecito e non l'interezza dello stesso.

8.1. Autoriciclaggio e risparmio fiscale.

Un ulteriore tema certamente rilevante, collegato anche all'ambito di disciplina in tema di sequestro preventivo e confisca, è rappresentato dalla possibilità di considerare provento illecito e dunque frutto di reato presupposto un risparmio di spesa, come quello conseguente alla realizzazione di condotte integrative di reati tributari. Il tema ha una sua consistente rilevanza, considerato l'oggettivo impatto di tali condotte, con riferimento alle imposte evase, sull'ordine pubblico economico. Lo snodo interpretativo fondamentale su questo tema è rappresentato (anche considerata l'elaborazione delle previsioni comunitarie sul tema) dalla possibilità di ritenere effettivamente ricompresi nell'ambito dei reati presupposto del delitto di

autoriciclaggio anche i reati tributari connessi alla omessa o non corretta corresponsione di imposte dirette e indirette. Tenendo conto dell'opzione ermeneutica secondo la quale sono esclusi dal novero dei reati presupposto esclusivamente i reati colposi e le contravvenzioni (Sez. 2, n. 6061 del 17/01/2012, Gallo, Rv. 252701, Sez.2, n. 42120 del 09/10/2012, Scimone, Rv. 253831), e considerato il principio affermato in tema di riciclaggio, secondo il quale tra le altre utilità rientra anche il risparmio di spesa, sembra potersi considerare, a determinate condizioni, la possibilità di configurare attività di auto riciclaggio anche nei confronti dell'autore del reato presupposto che abbia posto in essere reati tributari con conseguente risparmio di spesa. Tale interpretazione trova conforto anche nelle diverse decisioni in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente secondo le quali è sequestrabile non solo un incremento positivo della consistenza del patrimonio del reo, ma anche qualsiasi utilità o vantaggio suscettibile di valutazione patrimoniale o economica che determina un aumento della capacità di arricchimento, godimento o utilizzazione del patrimonio. Anche ai sensi dell'art. 1, coma 143 della l. 244 del 2007 emerge la considerazione del risparmio di spesa derivante dalla commissione di reati tributari come utilità economica, tanto che può essere disposto il sequestro preventivo al fine della successiva confisca. È infatti considerato un dato di esperienza la oggettiva protezione del patrimonio di colui che commette reati tributari evitando così che il suo patrimonio si impoverisca e utilizzando dunque quanto risparmiato eventualmente reimmetendo tale utilità nel circuito economico e finanziario. Ne potrebbe astrattamente conseguire la imputabilità ai sensi dell'art. 648 *ter.*1 cod. pen. quando ricorra e sia riscontrato l'impiego successivo in attività economiche finanziarie o speculative, con ostacolo concreto all'identificazione dell'attività delittuosa del profitto da evasione. Tuttavia una tale possibilità risulta assai complessa dal punto di vista del riscontro e prova concreta della condotta contestata, e, in tal senso, al fine di evitare una commistione tra diverse ipotesi di delitto (come il reimpiego) e la possibilità di giungere ad una punibilità in diverse occasioni della medesima condotta si è considerata la necessità che le utilità per poter essere rilevanti al fine della contestazione ex art. 648 *ter* .1 cod. pen. dovrebbero essere certamente e precisamente riconoscibili *ex ante* rispetto alla parte residua del patrimonio. Se dunque è indubbio il risparmio di spesa derivante da una attività illecita in tema di reati tributari, assai complessa appare la possibilità di individuare su tale patrimonio, rimasto inalterato nella sua consistenza, le attività che potrebbero effettivamente integrare la condotta di auto riciclaggio.

Indice sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 5, n. 38919 del 05/07/2019, PMT c/De Marco, Rv. 276853
Sez. 2, n. 44198 e 44199 del 04/07/2019, PMT c/ Valguarnera
Sez. 2, n. 38838 del 04/07/2019, PMT c/De Marco, Rv. 277098
Sez. 2, n. 37606 del 21/06/2019, Novelli
Sez. 2, n. 42052 del 19/06/2019, PMT c/ Moretti Cuseri Sez. 2, n. 36121 del 24/05/2019, PMT c/ Draebing, Rv. 276974
Sez. 2, n. 21687 del 05/04/2019, Armelissasso, Rv. 276114 – 02
Sez. 2, n. 13795 del 07/03/2019, PMT c/ Sanna, Rv. 275528
Sez. 2, n. 16908 del 05/03/2019, PMT c/ Ventola, Rv. 276419
Sez. 5, n. 8851 del 01/02/2019, Petricca, Rv. 275495
Sez. 2, n. 9751 del 13/12/2018, depositata 06.03/2019, PMT c/ Bresciani, Rv. 276499
Sez. 5, n. 13191 del 11/12/2018, depositata 2019, Casinelli
Sez. 2, n. 30401 del 07/06/2018, Ceoldo, Rv. 272970
Sez. 5, n. 40477 del 18/05/2018, Alampi, Rv. 263800
Sez. 5, n. 21925 del 17/04/2018, Ratto Rv. 273183 – 01
Sez. 2, n. 22020 del 10/04/2017, Scimone, Rv. 276501
Sez. 2, n. 1857 del 16/11/2016, Ferrari, Rv. 269316
Sez. 2, n. 46319 del 21/09/2016, Cipolla, Rv. 268316
Sez. 2, n. 33074 del 14/07/2016, Babuleac, Rv. 267459
Sez. U, n.25191 del 27/02/2014, Iavarazzo, Rv. 259950
Sez. 1, n. 29486 del 26/06/2013, Cavalli, Rv. 256108
Sez. 2, n. 42120 del 09/10/2012, Scimone, Rv. 253831
Sez. 6, n. 15140 del 12/04/2012, Magiaracina, Rv. 252610
Sez. 2, n. 6061 del 17/01/2012, Gallo, Rv. 252701
Sez. 2, n. 29685 del 05/07/2011, Tartari, Rv. 251028

SEZIONE IX

LEGISLAZIONE COMPLEMENTARE

CAPITOLO I

LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE SULLA "*CANNABIS LIGHT*"

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. La disciplina concernente la coltivazione della canapa sativa. - 2. Le argomentazioni sviluppate dalle Sezioni Unite. - 3. L'interpretazione della legge n. 242 del 2016. - 4. Le clausole di esonero da responsabilità. - 5. Il limite dell'effettiva capacità drogante.

1. La disciplina concernente la coltivazione della canapa sativa.

Con l'introduzione della legge 2 dicembre 2016, n. 242, il Legislatore è intervenuto a disciplinare il settore della coltivazione della canapa sativa, individuando le tipologie vegetali e gli usi consentiti.

La normativa in questione, all'art. 2, consente la libera coltivazione senza autorizzazione (art. 2) della canapa sativa, indicando gli utilizzi consentiti dei derivati; al contempo, l'art.4 contempla un'espressa esclusione di responsabilità in capo al coltivatore qualora il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore ai limiti ivi indicati.

In mancanza di una disciplina concernente la commercializzazione dei derivati della canapa sativa per usi diversi da quelli espressamente contemplati ed a fronte dell'esenzione da responsabilità prevista dall'art. 4, è insorto un contrasto nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla possibilità o meno che la legge n. 242 del 2016 derogasse al testo unico in materia di stupefacenti, consentendo la libera commercializzazione dei prodotti derivati dalla canapa sativa.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità si è pronunciato nel senso di escludere che la liceità della coltivazione della canapa sativa da parte della legge n. 242 del 2016 avesse comportato una corrispondente liceità della vendita al dettaglio dei prodotti derivanti da tale pianta e potenzialmente aventi natura stupefacente.

In particolare, Sez. 6, n. 56737 del 27/11/2018, Ricci, Rv. 274262, ha affermato che «In tema di stupefacenti, la legge 2 dicembre 2016, n. 242 ha previsto la liceità della sola coltivazione della cannabis sativa L per finalità espresse e tassative, mentre la commercializzazione dei prodotti della coltivazione e le conseguenti condotte di

detenzione e cessione di tali derivati continuano a essere sottoposte alla disciplina del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, a condizione che le sostanze presentino comunque un effetto drogante rilevabile. (In motivazione la Corte ha precisato che la "cannabis sativa L" ha natura di sostanza stupefacente, in quanto il generico riferimento alla "cannabis" contenuto nell'art. 14 d.P.R. n. 309 del 1990 e nell'allegata Tabella II è comprensivo di tutte le possibili varianti di tale specie). La Corte ha argomentato tale conclusione valorizzando la previsione di cui all'art. 14 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, e dell'allegata Tabella II, atteso che nell'elencazione delle sostanze stupefacenti, viene indicata la "cannabis" (sotto forma di foglie e inflorescenze, olio, resina), comprensiva di tutte le sue possibili varianti e forme di presentazione. Seguendo tale impostazione, ne deriverebbe che la legge n. 242 del 2016, avrebbe introdotto una disciplina parzialmente derogatoria rendendo lecita, senza preventiva autorizzazione, la sola coltivazione della cannabis sativa L, salvo restando che i prodotti di tale coltivazione continuerebbero ad essere classificati quali sostanze stupefacenti. Nello stesso senso si sono espresse Sez.6, n.52003 del 10/10/2018, Moramarco, Rv.274542; Sez. 4 n. 34332 del 13.6.2018, Durante, Rv. 274763; Sez. 4, n. 57703 del 19/9/2018, Durali, Rv. 274770.

In senso difforme, invece, si è pronunciata Sez. 6, n. 4920 del 29/11/2018 (dep. 2019), Castignani, Rv.274616, secondo cui «In tema di sostanze stupefacenti, è lecita la commercializzazione di inflorescenze di "cannabis sativa L" proveniente da coltivazioni consentite dalla legge 2 dicembre 2016, n. 242, a condizione che i prodotti commercializzati presentino un principio attivo di THC non superiore allo 0.6 %. (In motivazione, la Corte ha precisato che la legge n.242 del 2016 si limita a disciplinare la coltivazione della canapa, senza menzionare la successiva commercializzazione dei prodotti ottenuti da tale attività, in quanto trova applicazione il principio generale che consente la commercializzazione di un bene che non presenti intrinseche caratteristiche di illiceità)».

La Corte è giunta a tale conclusione sulla base di un'articolata argomentazione, che parte dal presupposto secondo cui la varietà di canapa sativa L non rientra nell'ambito applicativo del d.P.R. n. 309 del 1990. Richiamando il testo dell'art.1 della legge n. 242 del 2016, la Corte ha evidenziato come la nuova disciplina «si applica alle coltivazioni di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, le quali non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

Rispetto alle richiamate tesi contrapposte, altre sentenze optavano per una soluzione mediana rispetto a quelle precedentemente emerse.

In particolare, la Terza Sezione, con una pluralità di sentenze aventi contenuto sostanzialmente identico, ha affermato che «In tema di sostanze stupefacenti, è lecita la commercializzazione dei prodotti provenienti da coltivazione di canapa consentita ai sensi della legge 2 dicembre 2016, n. 242. (In motivazione la Corte ha precisato che è lecita la coltivazione che rispetti, congiuntamente, i tre seguenti requisiti: 1) abbia ad oggetto una delle varietà ammesse iscritte nel catalogo europeo delle varietà delle specie di piante agricole, che si caratterizzano per il basso dosaggio di THC; 2) presenti una percentuale di THC nella canapa non superiore allo 0,2%; 3) sia finalizzata alla realizzazione dei prodotti espressamente e tassativamente indicati nell'art. 2, comma 2, l. n. 242 del 2016)» (Sez. 3, n. 7166 del 7/12/2018 – dep. 2019, Bravi, Rv. 275168; in termini sostanzialmente identici si sono espresse anche Sez. 3, n. 7167, del 7/12/2018 – dep. 2019, Sica; Sez. 3, n. 7649, del 7/12/2018 – dep. 2019, Fergember; Sez. 3, n. 10809 del 7/12/2018 – dep. 2019, Totaro; Sez. 3, n. 10810 del 7/12/2018 – dep. 2019, Tiranti).

Le Sezioni Unite, chiamate a risolvere il contrasto giurisprudenziale, hanno sostanzialmente recepito l'orientamento maggioritario, affermando che «In tema di stupefacenti, la cessione, la vendita e, in genere, la commercializzazione al pubblico dei derivati della coltivazione di cannabis sativa L., quali foglie, inflorescenze, olio e resina, integrano il reato di cui all'art. 73, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, anche a fronte di un contenuto di THC inferiore ai valori indicati dall'art. 4, commi 5 e 7, legge 2 dicembre 2016, n. 242, salvo che tali derivati siano, in concreto, privi di ogni efficacia drogante o psicotropa, secondo il principio di offensività. (In motivazione, la Corte ha precisato che la legge 2 dicembre 2016, n. 242, qualifica come lecita unicamente l'attività di coltivazione di canapa delle varietà iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, per le finalità tassativamente indicate dall'art. 2 della predetta legge)» (**Sez. U, n. 30475 del 30/5/2019, Castignani, Rv. 275956**).

2. Le argomentazioni sviluppate dalle Sezioni Unite.

L'iter argomentativo seguito dalle Sezioni Unite si fonda essenzialmente sul presupposto secondo cui nell'attuale ordinamento penale vige una nozione legale di stupefacente, per cui sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti, che integrano il precetto penale di cui all'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

A tal proposito è stato richiamato l'insegnamento secondo cui il sistema tabellare è conforme al principio di legalità, poiché è la legge che indica, con idonea specificazione, i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità amministrativa (Sez. U, n. 29316 del 26/02/2015, De Costanzo, Rv. 264263).

Partendo da tale presupposto, le Sezioni Unite hanno operato un compiuto esame della disciplina dettata dal d.P.R. n. 309 del 1990, rilevando come sulla base di tale normativa risulta che:

- l'art. 14, comma 1, lett. b), d.P.R. n. 309/1990, stabilisce che nella tabella II sia indicata «la cannabis e i prodotti da essa ottenuti», senza effettuare alcuna distinzione rispetto alle diverse varietà;

- la tabella II, inserita dall'art. 1, comma 30, decreto-legge n. 36 del 2014, include, tra le sostanze vietate, «Cannabis (foglie e infiorescenze), Cannabis (olio), Cannabis (resina)», nonché le preparazioni contenenti le predette sostanze in conformità alle modalità di cui alla tabella dei medicinali, senza effettuare alcun riferimento alla percentuale di THC;

- l'art. 26, comma 1, d.P.R. n. 309/1990, rubricato Coltivazioni e produzioni vietate, nel testo sostituito dall'art. 1, comma 4, del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36, stabilisce che è vietata nel territorio dello Stato la coltivazione delle piante comprese nelle tabelle I e II di cui all'art. 14, del medesimo testo unico, «ad eccezione della canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, diversi da quelli indicati dall'art. 27, consentiti dalla normativa dell'Unione europea»;

- l'art. 73, commi 1 e 4, d.P.R. n. 309/1990, nel testo in vigore a seguito della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014, che incrimina, tra le diverse condotte ivi elencate, la coltivazione di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella II dell'art. 14, citato.

Le Sezioni unite hanno sottolineato, inoltre, come la distinzione tra le diverse tipologie di canapa sia stata considerata dal Legislatore il quale, tuttavia, in sede di conversione del d.l. n. 36 del 2014, ha soppresso la parola «indica», che nel testo del decreto qualificava la cannabis, in tal modo discostandosi consapevolmente dalla scelta che era stata operata con il d.l. n. 272 del 2005, che includeva tra le sostanze stupefacenti unicamente la «cannabis indica», non dissimilmente da quanto stabilito nell'originario testo dell'art. 14, d.P.R. n. 309/1990.

Sulla base di tali considerazioni si è affermata la sussistenza della precisa volontà del legislatore del 2014 di qualificare la cannabis quale sostanza stupefacente, in ogni sua varietà, ivi compresa la cannabis sativa.

3. L'interpretazione della legge n. 242 del 2016.

A fronte dell'indicazione della canapa sativa nell'ambito della tabella II – questione, del resto, non oggetto di contrasto in giurisprudenza – le Sezioni Unite si sono fatte carico di verificare l'eventuale interferenza prodotta dall'introduzione della legge n. 242 del 2016 rispetto all'assetto del testo unico sugli stupefacenti.

La questione, in particolare, ha riguardato l'interpretazione dell'art.1 della legge n. 242 del 2016, il cui secondo comma recita testualmente che « La presente legge si applica alle coltivazioni di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, le quali non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

Quest'ultima locuzione, infatti, era stata interpretata nel senso di ritenere che le varietà di canapa sativa conformi a quelle riportate nel Catalogo comune di matrice europea, non fossero qualificabili quali piante idonee a produrre sostanze stupefacenti, proprio in considerazione della loro intrinseca inidoneità a produrre elevati quantitativi di THC.

Tale soluzione non è stata avallata dalle Sezioni Unite, che hanno valorizzato la normativa europea ed interna volta a promuovere la filiera agro-industriale della canapa sativa, limitatamente agli usi espressamente indicati, tra i quali non rientra l'uso ricreativo.

Partendo da tale premessa, fondata sulla compiuta ricostruzione delle fonti normative in materia, la Corte, nel suo massimo Consesso, ha testualmente affermato che «il sintagma contenuto nell'art. 1, comma 2, legge n. 242 del 2016, ove è stabilito che le coltivazioni di cui si tratta "non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza", delinea l'ambito dell'intervento normativo, che riguarda un settore dell'attività agroalimentare ontologicamente estraneo dall'ambito dei divieti stabiliti dal T.U. stup. in tema di coltivazioni. Ciò consente di comprendere appieno, sul piano sistematico, la ragione per la quale la novella non ha effettuato alcuna modifica al dettato del T.U. stup., neppure nell'ambito delle disposizioni che inseriscono la cannabis e i prodotti da essa ottenuti nel delineato sistema tabellare. Infatti, la novella del 2016 non aveva necessità di effettuare alcuna modifica al disposto di cui all'art. 14, d.P.R. n. 309/1990 (che, come sopra rilevato, pure comprende indistintamente la categoria della cannabis) poiché il legislatore del 2016

ha disciplinato lo specifico settore dell'attività della coltivazione industriale di canapa, funzionale esclusivamente alla produzione di fibre o altri usi consentiti dalla normativa dell'Unione europea, attività che non è attinta dal generale divieto di coltivazione, come sancito dal T.U. stup., pure a seguito delle recenti modifiche introdotte all'art. 26, comma 2, T.U. stup., dal ricordato decreto-legge n. 36 del 2014. Rafforza il convincimento rilevare che l'originaria versione dell'art. 1 limitava l'applicazione della legge alle coltivazioni con percentuale di tetraidrocannabinolo inferiore allo 0,3 per cento e che l'art. 5 prevedeva l'introduzione di una modifica espressa del richiamato art. 14, comma 1, lett. a), n. 6, T.U. stup., con l'indicazione di un limite soglia di principio attivo, superiore allo 0,5 per cento: ma si tratta di previsioni che non si rinvengono nel testo della legge n. 242 del 2016, definitivamente approvato».

Sulla base di tali osservazioni, la coltivazione della canapa sativa e la commercializzazione dei suoi derivati sono attività lecite a condizione che siano rivolte agli usi "tassativamente" indicati dall'art. 2, comma 2, legge n. 242 del 2016.

In conclusione le Sezioni unite hanno affermato che «la coltivazione di cannabis sativa L. ad uso agroalimentare, promossa dalla legge n. 242 del 2016, è stata utilmente definita sia mediante l'indicazione della varietà di canapa di cui si tratta, sia in considerazione dello specifico ambito funzionale dell'attività medesima, che non contempla l'estrazione e la commercializzazione di alcun derivato con funzione stupefacente o psicotropa. Pertanto, dalla coltivazione di cannabis sativa L. non possono essere lecitamente realizzati prodotti diversi da quelli elencati dall'art. 2, comma 2, legge n. 242 del 2016 e, in particolare, foglie, infiorescenze, olio e resina».

Né a diversa soluzione può condurre l'espressa possibilità che la canapa sia destinata ad uso alimentare, avendo le Sezioni unite ritenuto che tale modalità di impiego presuppone la presenza di meri "residui" di THC, salvo restando che l'individuazione del limite massimo consentito è rimesso ad un successivo decreto ministeriale (art.5) allo stato non ancora adottato.

4. Le clausole di esonero da responsabilità.

Una volta esclusa la possibilità di estendere la disciplina della legge n. 242 del 2016 alla commercializzazione dei derivati della canapa sativa destinati ad usi diversi da quelli contemplati dall'art. 2, le Sezioni Unite hanno affrontato l'ambito di applicazione delle ipotesi di esonero da responsabilità contemplate all'art. 4.

Tale norma prevede che vengano effettuati controlli sulle coltivazioni di canapa mediante il prelevamento di campioni provenienti da colture in pieno campo, ai fini della determinazione quantitativa del contenuto di tetraidrocannabinolo (THC). L'art. 4, comma 5, legge n. 242 del 2016, stabilisce, al riguardo, che, qualora all'esito

del controllo il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore allo 0,2 per cento ed entro il limite dello 0,6 per cento, «nessuna responsabilità è posta a carico dell'agricoltore che ha rispettato le prescrizioni di cui alla presente legge»; il successivo comma 7 stabilisce che, in caso di superamento del valore soglia dello 0,6 per cento di THC, l'autorità giudiziaria può disporre il sequestro e la distruzione della coltivazione, fermo restando l'esonero da responsabilità del coltivatore.

Le Sezioni Unite hanno affermato che «Si tratta di misure volte a tutelare esclusivamente l'agricoltore che, pur impiegando qualità consentite, nell'ambito della filiera agroalimentare delineata dalla novella del 2016, coltivi canapa che, nel corso del ciclo produttivo, risulti contenere, nella struttura, una percentuale di THC compresa tra lo 0,2 per cento e lo 0,6 per cento, ovvero superiore a tale limite massimo. Il comma 5 stabilisce che, nel primo caso, nessuna responsabilità è posta a carico dell'agricoltore che ha rispettato le prescrizioni di cui alla presente legge; e il comma 7, nel prevedere la possibilità che vengano disposti il sequestro o la distruzione delle coltivazioni di canapa che, se pure impiantate nel rispetto delle disposizioni stabilite dalla legge, presentino un contenuto di THC superiore allo 0,6 per cento, ribadisce che, anche in tal caso, è esclusa la responsabilità dell'agricoltore. Si tratta di clausole di esclusione della responsabilità che riguardano il solo coltivatore, che realizza le colture di cui all'art.1, legge n. 242 del 2016, per il caso in cui la coltura lecitamente impiantata, in corso di maturazione, presenti percentuali di THC superiori ai valori soglia indicati del medesimo testo normativo del 2106 ».

Per converso, è stata esclusa la possibilità di valorizzare i suddetti limiti quantitativi di principio attivo per ritenere lecita la commercializzazione dei prodotti contenti THC, ove contenenti percentuali inferiori allo 0,6 ovvero allo 0,2 per cento.

Sottolineano le Sezioni Unite come «non assume alcuna rilevanza, al fine di escludere la illiceità della condotta, il mancato superamento delle percentuali di THC di cui all'art. 4, commi 5 e 7, legge n. 242 del 2016, atteso che tali valori riguardano esclusivamente il contenuto consentito di THC presente nella coltivazione - e non nei derivati - nell'ambito della specifica attività di coltivazione agroindustriale della canapa, per gli usi consentiti, delineata dalla stessa novella, anche in riferimento alla erogazione dei contributi al coltivatore, secondo la disciplina sovranazionale già sopra ricordata. Pertanto, la commercializzazione di foglie, inflorescenze, olio e resina, derivanti dalla coltivazione di cannabis sativa L., integra la fattispecie di reato di cui all'art. 73, commi 1 e 4, T.U. stup., atteso che la tabella II richiama testualmente tali derivati della cannabis, senza effettuare alcun riferimento alle concentrazioni di THC presenti nel prodotto. Ed il fatto che la norma incriminatrice di cui all'art. 73, commi 1 e 4, T.U. stup., riguardante la circolazione delle sostanze indicate dalla Tabella II, non effettui alcun riferimento alle concentrazioni di THC presenti nel

prodotto commercializzato, non risulta incoerente rispetto ai limiti di tollerabilità di cui all'art. 4, commi 5 e 7, legge n. 242 del 2016, stante la disomogeneità sostanziale dei termini di riferimento. La norma incriminatrice, infatti, riguarda la commercializzazione dei derivati della coltivazione - foglie, inflorescenze, olio e resina - ove si concentra il tetraidrocannabinolo; diversamente, la novella del 2016, nel promuovere la coltivazione agroindustriale della canapa a basso contenuto di THC, proveniente da semente autorizzata, pone dei limiti soglia rispetto alla concentrazione presente nella coltura medesima, rilevanti anche ai fini della erogazione dei benefici economici per il coltivatore ed elenca tassativamente i prodotti che è possibile ottenere dalla coltivazione, tra i quali non sono ricompresi foglie, inflorescenze, olio e resina. »

5. Il limite dell'effettiva capacità drogante.

Una volta affermato che la coltivazione di canapa sativa è consentita solo per la realizzazione dei prodotti destinati agli utilizzi previsti dall'art. 2, legge n. 242 del 2016 e che i limiti di THC contemplati all'art.4 introducono soglie di esclusione della responsabilità riferite ai soli coltivatori, le Sezioni Unite si sono poste il problema della compatibilità di tali conclusioni rispetto al generale principio di offensività della condotta.

Secondo una consolidata giurisprudenza di legittimità, avallata anche da plurime pronunce della Corte costituzionale (da ultimo sent.n. 109 del 2016), deve escludersi la configurabilità del reato di cui all'art. 73, d.P.R. 309 del 1990 lì dove la sostanza oggetto di cessione, pur se astrattamente riconducibile ad una delle tipologie tabellarmente previste, è in concreto inidonea a produrre alcun effetto drogante (Sez. 4, n. 6207 del 12/02/2009, Stefanelli, Rv. 242860; Sez. 4, n. 4324 del 27/10/2015, dep. 2016, Mele, Rv. 265976; Sez. 3, n. 47670 del 09/10/2014, Aiman, Rv. 261160; Sez. 6, n. 8393 del 22/01/2013, Cecconi, Rv. 25485701).

È stato, pertanto, ribadito il principio secondo cui ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 73 del d. P.R. n. 309 del 1990 è necessario dimostrare, con assoluta certezza, che il principio attivo contenuto nella dose destinata allo spaccio, o comunque oggetto di cessione, sia di entità tale da poter produrre in concreto un effetto drogante (in tal senso si veda Sez. 6, n. 6928 del 22/02/2012, Choukrallah, Rv. 252036).

Sulla base di tali principi, le Sezioni Unite hanno affermato che «secondo il vigente quadro normativo, l'offerta a qualsiasi titolo, la distribuzione e la messa in vendita dei derivati dalla coltivazione della cannabis sativa L., infatti, integrano la fattispecie incriminatrice ex art. 73, d.P.R. n. 309/1990. Ciò nondimeno, si impone l'effettuazione della puntuale verifica della concreta offensività delle singole

condotte, rispetto all'attitudine delle sostanze a produrre effetti psicotropi. Tanto si afferma, alla luce del canone ermeneutico fondato sul principio di offensività, che, come detto, opera anche sul piano concreto, di talché occorre verificare la rilevanza penale della singola condotta, rispetto alla reale efficacia drogante delle sostanze oggetto di cessione».

È opportuno precisare che le Sezioni Unite non hanno affrontato – né avrebbero potuto, non essendo stato a loro demandato – l'individuazione della soglia di principio attivo di THC a fronte della quale può ritenersi scientificamente dimostrata la produzione di effetti psicotropi; del resto, l'accertamento in concreto dell'efficacia drogante è questione tipicamente di merito.

Per mera completezza, tuttavia, si evidenzia come in pronunce – invero risalenti – la Cassazione ha avuto modo di affrontare la questione della efficacia drogante del THC, recependo le indicazioni scientifiche secondo cui gli effetti psicotropi si producono, di norma, a fronte della presenza di un principio attivo non inferiore allo 0,5% (Sez. 1, n. 5753 del 23/01/1987, Rosi, Rv. 175932; Sez. 1, n. 7530 del 25/06/1989, Bellinger, Rv. 181369; Sez. 4, n. 27404 del 13/11/2007, dep. 2008, Fabris; Sez. 6, n. 5068 del 21/11/1990, Solom, Rv. 187558).

L'aspetto concernente l'individuazione della soglia di effettiva capacità drogante, espressamente riferita ai derivati della canapa sativa, resta, pertanto, oggetto di necessario accertamento in fase di merito.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 30475 del 30/5/2019, Castignani, Rv. 275956
Sez. 3, n. 7167, del 7/12/2018 – dep. 2019, Sica
Sez. 3, n. 7649, del 7/12/2018 – dep. 2019, Fergember
Sez. 3, n. 10809 del 7/12/2018 – dep. 2019, Totaro
Sez. 3, n. 10810 del 7/12/2018 – dep. 2019, Tiranti
Sez. 3, n. 7166 del 7/12/2018 – dep. 2019, Bravi, Rv. 275168
Sez. 6, n. 4920 del 29/11/2018- dep. 2019, Castignani, Rv. 274616
Sez. 6, n. 56737 del 27/11/2018, Ricci, Rv. 274262
Sez. 6, n. 52003 del 10/10/2018, Moramarco, Rv. 274542
Sez. 4, n. 57703 del 19/9/2018, Durali, Rv. 274770
Sez. 4 n. 34332 del 13.6.2018, Durante, Rv. 274763
Sez. 4, n. 4324 del 27/10/2015, Mele, Rv. 265976
Sez. U, n. 29316 del 26/02/2015, De Costanzo, Rv. 264263
Sez. 3, n. 47670 del 09/10/2014, Aiman, Rv. 261160
Sez. 6, n. 8393 del 22/01/2013, Cecconi, Rv. 25485701

CAPITOLO II

I DELITTI IN MATERIA DI AMBIENTE

(MARIA CRISTINA AMOROSO)

SOMMARIO: 1. Il traffico organizzato di rifiuti. – 2. La fattispecie di inquinamento ambientale. 3. La combustione illecita di rifiuti.

1. Il traffico organizzato di rifiuti.

Nell'anno 2019 si registrano numerose pronunce relative al delitto di traffico organizzato di rifiuti.

Come noto, la fattispecie di cui all'art. 260 del d.lgs. 152 del 2006 ha costituito il primo, e per molti anni l'unico, delitto in materia ambientale.

Con l'art. 3 del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103, la previsione dell'art. 260, abrogata dall'art. 7 del medesimo decreto, è stata integralmente riprodotta nell'art. 452-quaterdecies cod. pen., che è stato a sua volta incluso nel novero dei reati di cui all'art. 51 comma 3 - bis cod. proc. pen. tra le materie di competenza della Direzione distrettuale antimafia.

La giurisprudenza della Suprema Corte nell'anno in rassegna si è pronunciata sia in relazione al previgente art. 260, affermando principi di diritto che evidentemente sono validi anche per il novello articolo 452 – quaterdecies cod.pen., sia su quest'ultimo delitto, in alcuni casi ribadendo approdi interpretativi già esistenti nel panorama di legittimità, in altri elaborandone di nuovi.

Tra le pronunce annoverabili tra quelle "innovative" va menzionata la decisione di **Sez. 1, n. 16123 del 12/11/2018, dep. 2019, Gup trib. Roma, Rv. 27639101** in cui si è affrontata la rilevante tematica della competenza per territorio determinata da connessione ex art. 12 cod. proc. pen. tra il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, di cui all'art. 260, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in quanto reato incluso nell'elencazione dell'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen., ed altri reati di maggiore gravità.

Prima di procedere all'analisi del contenuto di tale decisione è opportuno far riferimento al relativo quadro normativo ed alla interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza di legittimità; è inoltre imprescindibile dare conto dell'esistenza di una posizione interpretativa del tutto opposta a quella fornita nella decisione del 2019.

L'art. 51, cod. proc. pen., fissa in linea generale la ripartizione delle funzioni fra i diversi uffici del pubblico ministero; con particolare riferimento al profilo della competenza territoriale, il comma 3 della disposizione citata prevede che dette funzioni, fermo il criterio di attribuzione legato alla fase del procedimento, sono assegnate all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente a norma del capo II del titolo I del codice di rito, in applicazione di quanto previsto dagli artt. da 4 a 16 dello stesso codice.

Tale previsione è derogata, in base alla disciplina di cui al successivo comma 3 - bis, nelle ipotesi di procedimenti aventi ad oggetto i reati indicati nell'elenco contenuto nel medesimo articolo, elenco progressivamente ampliato dal legislatore rispetto alla originaria previsione normativa di cui all'art. 3 del d.l. 20 novembre 1991, convertito con modificazioni con la l. 20 gennaio 1992, n. 8.

In tal caso, precisa la medesima disposizione, le funzioni indicate nel citato art. 51, comma 1, lett. a, (vale a dire: quelle del pubblico ministero riferite alla fase delle indagini e del giudizio di primo grado) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

La giurisprudenza di legittimità precedente all'inserimento nel novero dei reati cosiddetti distrettuali della violazione prevista dall'art. 260 del Testo unico dell'ambiente, ha interpretato la disposizione nel senso che l'attribuzione delle funzioni inquirenti per tali reati all'ufficio del Pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, comporta una deroga assoluta ed esclusiva alle regole sulla competenza per territorio, anche fuori dagli ambiti distrettuali, perché stabilisce la *vis attractiva* del reato ricompreso nelle attribuzioni di quell'ufficio inquirente nei confronti dei reati connessi, anche se di maggiore gravità, con la conseguenza che, ai fini della determinazione della competenza, occorre avere riguardo unicamente al luogo di consumazione del reato per il quale vi è l'attribuzione delle predette funzioni alla Procura distrettuale (Sez. 2, n. 19831 del 11/04/2006, Mohammad, Rv. 234664; Sez. 1, n. 40012 del 05/10/2005, confl. comp. in proc. D'Amaro, Rv. 232949; Sez. 1, n. 21354 del 18/05/2005, confl. comp. in proc. Daiu, Rv. 231805, Sez. 6, Sentenza n. 4345 del 30/09/2003, dep. 2004, Arone ed altri, Rv. 228675; Sez. 6, Sentenza n. 2850 del 04/12/2003, dep. 2004, Odigie, Rv. 229767, in tema di concorso tra il delitto associativo di cui all'art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 e alcuni più gravi reati di importazione, detenzione o cessione di ingenti quantità di sostanze stupefacenti).

Tale principio si riconnette direttamente a quanto già in passato sostenuto dalla Suprema Corte, laddove ebbe ad affermare che il comma 3- bis dell'art. 51, cod. proc. pen., istituisce per i reati in esso elencati una deroga agli ordinari criteri di determinazione della competenza per territorio, di carattere assoluto, con

prevalenza della attribuzione al giudice del capoluogo distrettuale su qualunque altra regola di individuazione della competenza (Sez. 4, n. 17386 del 09/03/2006, Sirica, Rv. 233964).

La prima decisione che ha affrontato la tematica della forza attrattiva dell'art 260 del TUA è stata Sez. 3, n. 52512 del 22/05/2014, Pelaggi, Rv. 261511.

In essa si è affermato che, in tema di competenza per territorio, allorquando fra i reati connessi ai sensi dell'art. 12 cod. proc. pen. siano presenti reati di natura non associativa ricompresi fra quelli di cui all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen., la deroga al principio generale - per il quale in caso di connessione fra reati la competenza spetta al giudice competente per il reato più grave - è limitata al solo trasferimento al giudice in sede distrettuale della competenza già attribuita, secondo le regole ordinarie, ad altro giudice del medesimo distretto.

Tale decisione ha pertanto escluso che il procedimento per il delitto di cui all'art. 260 d.lgs. n. 152 del 2006, sebbene incluso fra quelli di cui all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen., potesse esercitare forza attrattiva rispetto ai procedimenti connessi che riguardino reati più gravi, commessi nel territorio di altro distretto, in quanto non avente struttura associativa.

Sul punto la pronuncia ha evidenziato che l'indirizzo consolidato, dal quale in parte si discostava, si era affermato in riferimento ai reati all'epoca inclusi nell'elenco del 51 comma 3- bis del codice di rito - tra i quali non era stato ancora inserito l'art. 260, d.lgs. 152 del 2006 - consistenti in fattispecie nelle quali il reato di competenza distrettuale era costituito da un reato associativo o comunque strettamente connesso all'ambito associativo, e che, pertanto, i principi di diritto in esso affermati erano da ritenere validi esclusivamente in relazione a tali tipologie di reati.

L'ipotesi prevista dall'art. 260 cit. ad avviso della Corte, meritava, invece, una diversa considerazione, poichè non essendovi, a monte della commissione del reato di traffico illecito di rifiuti, una struttura pluripersonale organizzata, la deroga al criterio generale fissato dall'art. 16, comma 1, cod. proc. pen., secondo cui, nel caso di connessione ex art. 12 cod. proc. pen., la competenza territoriale penale si radica presso il giudice competente per il reato più grave, non avrebbe avuto giustificazione.

In questa prospettiva, la decisione richiamata evidenziava che l'eccezionalità del criterio in deroga derivante dalla previsione di cui all'art. 51, comma 3-bis, cit. «dovrebbe imporre un'interpretazione restrittiva, in guisa da limitare l'operatività del criterio medesimo alle sole ipotesi in cui si tratti di un reato associativo, sia pure in senso lato, così prestando ossequio al principio del giudice naturale precostituito per legge, anche a salvaguardia di un efficiente esercizio del diritto di difesa».

Nella decisione resa da **Sez. 1, n. 16123 del 12/11/2018, dep. 2019, Gup trib. Roma, Rv. 27639101**, che sviluppa le argomentazioni già contenute in Sez. 1, n.

43599 del 5/7/2017, Gip Tribunale di Nola, n.m., i giudici della prima sezione, ribadiscono quanto affermato dal consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di legittimità in ordine alla *vis attractiva* del reati ricompresi nell'elencazione di cui all'art. 51 comma 3-bis nei confronti dei reati connessi anche se di maggiore gravità, applicando tale principio alla specifica ipotesi di cui all'art. 260 del TUA, oggi art. 452 - quaterdecies cod. pen.

Chiariscono che la scelta operata all'art. 51, comma 3 - bis, cod. proc. pen. è di natura normativa e predetermina, per una serie di reati, il criterio di attribuzione delle funzioni del pubblico ministero, su cui si ritiene, sulla scorta della comune prospettiva fatta propria dalle interpretazioni richiamate, radicata di riflesso la competenza territoriale del giudice e che, per tale ragione, non vi è motivo di ritenere che la *vis acctractiva* sia esercitata, all'interno di tale catalogo, dalla sola categoria dei reati associativi come sostenuto da Sez. 3, n. 52512 del 22/05/2014, Pelaggi.

Tale non è stata l'intenzione del legislatore, ed una tale interpretazione, si aggiunge, potrebbe determinare effetti distonici rispetto al principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, per l'incertezza che obiettivamente da essa deriverebbe.

La Corte afferma che i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, cit. (al pari di quelli di cui ai successivi commi 3-quater e poi 3-quinquies) individuano, per la maggior parte, fattispecie di natura associativa, ma più in generale evocano condotte antigiuridiche radicate in fenomeni di criminalità organizzata che, alla stregua dell'esperienza vissuta e dei conseguenti rimedi ordinamentali apprestati, necessitano di essere contrastati con indagini che abbiano un coordinamento accentrato negli uffici distrettuali del pubblico ministero disciplinati dallo stesso art. 51, con gli effetti a cascata in punto di competenza territoriale ritenuti ineludibili dall'esegesi richiamata.

Si osserva che molte delle figure criminose incluse nell'art. 51 comma 3 bis - l'art. 260 del TUA, ma anche i reati di cui all'art. 600, 601, 602, 630 cod. pen. - riguardano direttamente reati non aventi carattere associativo, e che a fronte della nettezza del dato normativo, non è possibile pervenire in via interpretativa alla creazione di una sorta di doppio binario nella configurazione delle caratteristiche e dei limiti della corrispondente competenza per territorio determinata da ragioni di connessione «giacché esso si fonderebbe su elementi non risultanti da criteri predeterminati per legge: criteri che il legislatore, pur avendo (con il d.lgs. n. 21 del 2018) mutato la collocazione ordinamentale al reato in esame, da art. 260 d.lgs. n. 152 del 2006 ad art. 452-quaterdecies cod. pen., non ha, allo stato, modificato».

La decisione in rassegna afferma, quindi, il principio di diritto secondo cui in tema di competenza territoriale non è consentito operare alcuna distinzione tra i reati elencati nell'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen., con la conseguenza che, ove

si proceda per uno qualsiasi di essi e per reati connessi, anche più gravi, la competenza territoriale del primo esercita una *vis attractiva* anche sugli altri, aderendo all'indirizzo maggioritario e rendendo inopportuna l'evocazione del vaglio delle Sezioni Unite, sollecitata da alcuna delle parti.

Tra le pronunce che, invece, hanno consolidato indirizzi ermeneutici preesistenti, va segnalata **Sez. 3, n. 16036 del 28/02/2019, Zoccoli, Rv. 27539502**, in cui la Terza Sezione ha affermato che il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti ha natura di reato abituale proprio in quanto necessariamente caratterizzato da una pluralità di condotte, alcune delle quali, se singolarmente considerate, potrebbero non costituire reato e si consuma con la cessazione dell'attività organizzata finalizzata al traffico illecito.

Tale decisione ha dato continuità all'indirizzo giurisprudenziale che ha avuto la sua iniziale espressione in Sez. 3, n. 46705 del 03/11/2009, Caserta, Rv. 245605, in cui si annoverano anche Sez. 3, n. 44629 del 22/10/2015, Bettelli, Rv. 265573; Sez. 3, n. 52838 del 14/07/2016, Serrao, Rv. 268920; Sez. 3, n. 44449 del 15/10/2013, Ghidoli, Rv. 258326; Sez. 3, n. 29619 del 08/07/2010, Leorati e altri, Rv. 248145.

Nella decisione Sez. 3, n. 46705 del 03/11/2009, i giudici di legittimità avevano, infatti, specificato in maniera analitica che il delitto in esame implica una pluralità di condotte in continuità temporale - relative ad una o più delle diverse fasi nella quali si concretizza ordinariamente la gestione dei rifiuti- e più operazioni illegali di soggetti che, al fine di conseguire un ingiusto profitto, fanno della illecita gestione dei rifiuti la loro redditizia, anche se non esclusiva attività.

Queste operazioni, considerate singolarmente, possono essere inquadrate sotto altre e meno gravi fattispecie, ma valutate in modo globale integrano gli estremi del reato previsto dal d. lgs. n. 152 del 2006, art. 260; in altre parole, alla pluralità delle azioni, che è elemento costitutivo del fatto, corrisponde una unica violazione di legge. Pertanto, il reato deve considerarsi abituale dal momento che per il suo perfezionamento è necessaria la realizzazione di più comportamenti della stessa specie, con la conseguenza che la competenza deve essere individuata nel luogo in cui le varie frazioni della condotta, per la loro reiterazione, hanno determinato il comportamento punibile.

Un ulteriore aspetto affrontato dalla Corte di legittimità attiene al significato della nozione di "ingente quantitativo di rifiuti", requisito necessario per configurare il delitto di attività organizzata per il traffico illecito ex art. 260 d. lgs. n. 152 del 2006 e la nuova disposizione di cui all'art. 452 - quaterdecies cod. pen.

Nella decisione **Sez. 3, n. 39952 del 16/04/2019, Radin**, in corso di massimazione, si è affermato che la valutazione sulla sussistenza di tale elemento, deve riferirsi al quantitativo complessivo di rifiuti trattati attraverso la pluralità delle operazioni svolte, anche quando queste ultime, singolarmente considerate, possono

essere qualificate di modesta entità ed anche quando la condotta si sia svolta in un arco temporale di diversi anni.

Anche in tale ipotesi, la decisione si inserisce in un solco ermeneutico già tracciato da precedenti sentenze, quali ad esempio Sez. 3, n. 46950 del 11/10/2016, Sepe, Rv. 268667, in cui, oltre al principio enunciato, si è anche affermato che l'ingente quantitativo non può essere individuato a priori, attraverso riferimenti esclusivi a dati specifici, quali, ad esempio, quello ponderale, dovendosi al contrario basare su un giudizio complessivo che tenga conto delle peculiari finalità perseguite dalla norma, della natura del reato e della pericolosità per la salute e l'ambiente e nell'ambito del quale l'elemento quantitativo rappresenta solo uno dei parametri di riferimento; e Sez. 3, n. 12433 del 15/11/2005, dep. 2006 P.M. in proc. Costa, Rv. 234009, in cui il principio veniva affermato in relazione alla previgente fattispecie disciplinata dall'art. 53 bis, d.lgs. n. 22 del 1997.

Tra le decisioni del 2019 meritano di essere menzionale due pronunce che hanno affrontato specificamente aspetti relativi al nuovo reato di cui all'art. 452 - quaterdecies cod. pen.

La prima è Sez. 3, n. 43710 del 23/05/2019, Pmt c/ Gianino Francesco, Rv. 276937.

Nella decisione si è affermato che ai fini dell'integrazione del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, di cui all'art. 452-quaterdecies cod. pen., è sufficiente che anche una sola delle fasi di gestione dei rifiuti avvenga in forma organizzata, in quanto la norma incriminatrice indica in forma alternativa le varie condotte che, nell'ambito del ciclo di gestione, possono assumere rilievo penale.

Nel caso di specie il Tribunale di Catania, in accoglimento della richiesta di riesame presentata dall'indagato, aveva annullato il decreto di sequestro preventivo, in via diretta e per equivalente, disposto dal Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale, in relazione alla contestazione del reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, di cui all'art. 452 - quaterdecies cod. pen., essendo stato accertata la sistematica illecita miscelazione di rifiuti sanitari infetti prodotti a bordo di navi con quelli solidi urbani, ascrivibile al titolare di un'agenzia marittima che si occupava di predisporre i documenti relativi agli arrivi e alle partenze delle navi ONG operanti per il soccorso di migranti.

Il tribunale, pur ribadendo la pericolosità delle plurime operazioni di conferimento di rifiuti e l'abitualità della condotta, aveva escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 452 - quaterdecies cod. pen., anche per la mancanza dell'allestimento di mezzi e di attività continuative organizzate, cioè di una struttura, anche rudimentale, nel cui alveo ricondurre i traffici illeciti.

In particolare, il giudice di merito aveva affermato che il mancato allestimento di specifiche risorse nell'ambito di una struttura deputata al traffico illecito di rifiuti,

lo svolgimento delle attività di raccolta e conferimento dei rifiuti mediante attività semplici, non implicanti l'utilizzo di mezzi né l'esistenza di un'organizzazione - in quanto consistenti nella mera collocazione dei rifiuti sanitari all'interno di sacchi e nello scarico degli stessi sottobordo - non consentiva di qualificare l'attività come "organizzata".

La Suprema Corte, di contrario avviso, ha in primo luogo ribadito il principio di diritto secondo cui la preparazione e un allestimento di specifiche risorse, anche del tutto rudimentale, richiesta dall'articolo in oggetto, può configurarsi anche in presenza di una struttura organizzativa di tipo imprenditoriale, idonea ed adeguata a realizzare l'obiettivo criminoso preso di mira, anche quando essa non sia destinata, in via esclusiva, alla commissione di attività illecite, con la conseguenza che il reato è configurabile anche quando l'attività criminosa sia marginale o secondaria rispetto all'attività principale lecitamente svolta.

Secondariamente ha aggiunto che anche la semplice titolarità dell'impresa, attraverso la quale l'indagato ponga in essere le condotte oggetto di contestazione, assume di per sé un peso al fine della configurabilità della esistenza di un'attività organizzata.

Quest'ultima può venire in rilievo anche con riferimento solamente a una parte della complessiva attività di raccolta, conferimento e smaltimento di rifiuti, nel senso che non occorre che tutte le fasi di tale attività vengano svolte in forma organizzata e che in ogni fase vi sia la consapevolezza della partecipazione a un'attività illecita e il fine di ingiusto profitto, essendo sufficiente per ritenere configurabile il reato che, nell'ambito di detta complessiva attività, s'inserisca la condotta di chi, al fine di conseguire un ingiusto profitto, costituisca o si avvalga di un'organizzazione allo scopo di realizzare un traffico continuativo e illegale di ingenti quantitativi di rifiuti.

Non è necessario, dunque, che ogni fase della attività di gestione dei rifiuti avvenga in forma organizzata e sia realizzata abusivamente (nel senso anzidetto) e a fine di ingiusto profitto, posto che ciò non è richiesto dalla norma incriminatrice, che, anzi, descrive, chiaramente in forma alternativa, le varie condotte che nell'ambito del ciclo di gestione possono assumere rilievo al fine della configurabilità del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti.

La seconda è **Sez. 3, n. 16056 del 28/02/2019, Berlingeri Antonio, Rv. 27539901,** i cui si è affermato anche in relazione alla nuova fattispecie di cui all'art. 452 - quaterdecies, cod. pen., il principio di diritto già enunciato in tema di art. 260 d.lgs. 152 del 2006 secondo cui "il profitto del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti può consistere non soltanto in un ricavo patrimoniale, ma anche nel vantaggio conseguente dalla mera riduzione dei costi aziendali o nel rafforzamento di una posizione all'interno dell'azienda, ed è ingiusto qualora discenda da una condotta abusiva che, oltre ad essere anticoncorrenziale, può anche

essere produttiva di conseguenze negative, in termini di pericolo o di danno, per la integrità dell'ambiente, impedendo il controllo da parte dei soggetti preposti sull'intera filiera dei rifiuti". (Negli stessi termini Sez. 4, n. 29627 del 21/04/2016, Silva e altri, Rv. 267845 – 01).

2. La fattispecie di inquinamento ambientale.

Nell'anno 2019, la Suprema Corte, con la decisione **Sez. 3, n. 26007 del 05/04/2019, Pucci, Rv. 276015**, si è pronunciata in ordine al delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 - bis cod. pen., che punisce "chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili: 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna. Quando l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata".

La Terza sezione ha affermato il seguente principio di diritto: "il delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 - bis cod. pen. costituisce un reato a dolo generico, per la cui punibilità è richiesta la volontà di "abusare" del titolo amministrativo di cui si ha la disponibilità, con la consapevolezza di poter determinare un inquinamento ambientale, essendo punibile, pertanto, anche a titolo di dolo eventuale".

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, il gip aveva emesso un decreto di sequestro preventivo di un impianto di depurazione delle acque urbane del comune di Briatico affidato in gestione alla società dell'indagato, nei confronti del quale si procedeva per i reati di cui agli artt. 452 - bis e 635 comma 2 cod. pen., e all'art. 181, in relazione all'art. 142, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Il sequestro aveva tratto origine dagli accertamenti svolti dalla polizia giudiziaria, che, a seguito dell'ispezione sull'impianto e della istallazione di un sistema di videosorveglianza, aveva riscontrato oltre ad altre criticità, anche la presenza di un bypass, tramite il quale i reflui fognari in esso confluiti senza alcun trattamento in ingresso venivano sversati nella condotta sottomarina.

Avverso tale sequestro, l'indagato aveva proposto istanza di riesame finalizzata a dimostrare che la sua condotta non era sorretta da dolo.

Nella sua difesa, infatti, egli non contestava la presenza del bypass, ma imputava l'esistenza dello stesso alla gestione precedente, ed all'inattività dell'amministrazione comunale che, in occasione della consegna dell'impianto, si era fatta carico di realizzare gli interventi urgenti necessari per evitare il by-pass dei liquami e, nello

specifico, di installare il misuratore di portata al bypass secondo l'autorizzazione rilasciata dall'Amministrazione provinciale, attività mai realizzate.

Sosteneva, inoltre, che l'impianto di depurazione presentava tutte le sezioni di trattamento sottodimensionate, e che pertanto il mancato trattamento di una parte dei liquami sarebbe stata collegata a oggettive carenze strutturali e non a un disegno doloso.

Sottolineava, infine, che vi erano stati due appalti di lavoro durante la gestione della società. I lavori del primo erano stati approvati e ultimati prima della data del dissequestro e, nonostante questi, il custode aveva ritenuto l'impianto carente. I secondi, al momento del sequestro non erano ancora stati ultimati, ma erano in corso di esecuzione.

Il Tribunale aveva rigettato l'istanza di riesame in quanto finalizzata a dimostrare la mancanza di dolo dell'indagato, sottolineando che, in fase cautelare, è sufficiente la sola sussistenza dell'astratta sussumibilità dei fatti nella fattispecie di reato di cui all'ipotesi accusatoria, elemento ricorrente nel caso di specie.

L'indagato, aveva, quindi proposto ricorso per cassazione deducendo, con un unico motivo, violazione di legge in relazione agli artt. 321 cod. proc. pen., con riferimento ai reati contestati, osservando che sebbene fosse pacifico che l'autorità giudiziaria si debba limitare a verificare l'astratta configurabilità di un reato, avrebbe anche dovuto verificare se il reato era soggettivamente collegato a colui che subiva il sequestro, il quale avrebbe dovuto essere l'autore del reato.

La Corte, nella decisione citata ha precisato che il delitto di cui all'art. 452 - bis, cod. pen., è reato a dolo generico, per la cui punibilità è richiesta la volontà di "abusare" del titolo amministrativo di cui si ha la disponibilità, con la consapevolezza di poter determinare un inquinamento ambientale, motivo per cui il reato è punibile anche a titolo di dolo eventuale.

Nel caso di specie, ha evidenziato la terza sezione, la società affidataria del servizio di gestione dell'impianto di depurazione, era perfettamente consapevole sin dell'esistenza del by-pass (tanto che nello stesso ricorso si afferma che l'esistenza del sistema by-pass era antecedente alla gestione della stessa), ed aveva, quindi, proseguito la gestione dell'impianto in condizioni di irregolarità pur consapevole di tali condizioni, accettando consapevolmente il rischio del verificarsi dell'evento costituito dall'inquinamento ambientale conseguente alla prosecuzione delle attività.

La decisione si aggiunge alle numerose sentenze di legittimità che hanno chiarito aspetti di rilievo collegati alla nuova fattispecie.

Sul significato da attribuire al concetto di "abusività" della condotta si registrano numerose decisioni: Sez. 3, n. 15865 del 31/01/2017, Rizzo, Rv. 269491; Sez. 3, n. 46170 del 21/09/2016, P.M. in proc. Simonelli, Rv. 268060; Sez. 3, n. 10515 del 27/10/2016; Sorvillo, Rv. 269274, nelle quali da un lato si afferma che è da ritenere

abusiva non soltanto la condotta posta in essere in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta, ma anche quella posta in essere in violazione di leggi statali o regionali - ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale - ovvero di prescrizioni amministrative; dall'altro che, ai fini della integrazione del reato, non è necessario che sia autonomamente e penalmente sanzionata la condotta causante la compromissione o il deterioramento richiesti dalla norma.

Conseguentemente l'abusività della condotta è stata individuata nell'inosservanza delle prescrizioni imposte in un progetto di bonifica (Sez. 3, n. 46170 del 21/9/2016, P.M. in proc. Simonelli, cit.), nella mancanza di autorizzazione allo scarico di un depuratore (Sez. 3, n. 10515 del 27/10/2016, Sorvillo, cit.; Sez. 3, n. 15865 del 31/1/2017, Rizzo, cit.) e nell'esercizio di attività di pesca che, seppure non vietata, sia effettuata con mezzi non consentiti o da soggetti non abilitati (Sez. 3, n. 18934 del 15/3/2017, Catapano).

La Cassazione, nelle sentenze di Sez. 3, n. 46170 del 21/09/2016 P.M. in proc. Simonelli, cit., e di Sez. 3, n. 15865 del 31/01/2017, Izzo, cit., ha inoltre chiarito che il delitto di inquinamento ambientale è reato di danno, integrato da un evento di danneggiamento che, nel caso del "deterioramento", consiste in una riduzione della cosa che ne costituisce oggetto in uno stato tale da diminuirne in modo apprezzabile, il valore o da impedirne anche parzialmente l'uso, ovvero da renderne necessaria, per il ripristino, un'attività non agevole, mentre, nel caso della "compromissione", consiste in uno squilibrio funzionale che attiene alla relazione del bene aggredito con l'uomo e ai bisogni o interessi che il bene medesimo deve soddisfare.

Da ciò consegue che non assume rilievo l'eventuale reversibilità del fenomeno inquinante, se non come uno degli elementi di distinzione tra il delitto in esame e quello, più severamente punito, del disastro ambientale di cui all'art. 452 - quater cod. pen; deterioramento e compromissione sono concetti diversi dalla "distruzione", non equivalgono, in ultima analisi, a una condizione di "tendenziale irrimediabilità" che la norma non prevede.

Il fatto che ai fini del reato di "inquinamento ambientale" non sia richiesta la tendenziale irreversibilità del danno comporta che, fin quando tale irreversibilità non si verifica, anche le condotte poste in essere successivamente all'iniziale deterioramento o compromissione non costituiscono "post factum" non punibile bensì singoli atti di un'unica azione lesiva che spostano in avanti la cessazione della consumazione.

E' dunque possibile deteriorare e compromettere quel che lo è già, fino a quando la compromissione o il deterioramento diventano irreversibili o comportano una delle conseguenze tipiche previste dal successivo art. 452-quater, cod. pen.

Quanto alla natura "significativa" e "misurabile" che qualifica il deterioramento ovvero la compromissione, nelle decisioni si è precisato che, ferma la loro funzione selettiva di condotte di maggior rilievo, «il termine "significativo" denota senz'altro incisività e rilevanza, mentre "misurabile" può dirsi ciò che è quantitativamente apprezzabile o, comunque, oggettivamente rilevabile.

L'assenza di espliciti riferimenti a limiti imposti da specifiche disposizioni o a particolari metodiche di analisi consente di escludere l'esistenza di un vincolo assoluto per l'interprete correlato a parametri imposti dalla disciplina di settore, il cui superamento non implica necessariamente una situazione di danno o di pericolo per l'ambiente, potendosi peraltro presentare casi in cui, pur in assenza di limiti imposti normativamente, tale situazione sia di macroscopica evidenza o, comunque, concretamente accertabile.

Ovviamente, tali parametri rappresentano comunque un utile riferimento nel caso in cui possono fornire, considerando lo scostamento tra gli standard prefissati e la sua ripetitività, un elemento concreto di giudizio circa il fatto che la compromissione o il deterioramento causati siano effettivamente significativi come richiesto dalla legge mentre tale condizione, ovviamente, non può farsi automaticamente derivare dal mero superamento dei limiti. (In questi termini Sez. 3, n. 10515 del 27/10/2016, Sorvillo, cit.).

Conseguentemente, l'evento di danno si è ritenuto perfezionato, ad esempio, nella ridotta utilizzazione di un corso d'acqua in conformità alla sua destinazione, quale diretta conseguenza della condotta d'inquinamento (Sez. 3, n. 15865 del 31/1/2017, Rizzo, cit.; Sez. 3, n. 10515 del 27/10/2016, Sorvillo, cit.), nella dispersione in acque marine di sedimenti contenenti sostanze inquinanti quali idrocarburi e metalli pesanti (Sez. 3, n. 46170 del 21/9/2016, P.M. in proc. Simonelli, cit.), nel depauperamento della fauna in una determinata zona con una drastica eliminazione degli esemplari ivi esistenti (Sez. 3, n.18934 del 15/3/2017, Catapano, cit.).

Nella decisione della Sez. 3, n. 28732 del 27/04/2018, Melillo, Rv. 273566 la Suprema Corte ha affermato che la sussistenza degli elementi costitutivi del reato ipotizzato non deve essere necessariamente verificata attraverso un accertamento tecnico specifico.

Sebbene non possa escludersi la necessità, in determinati casi, di verifiche tecniche volte ad accertare la sussistenza e il grado di compromissione o deterioramento di singole matrici ambientali o di un intero ecosistema, possono senz'altro verificarsi situazioni nelle quali simili situazioni siano di macroscopica

evidenza, come nel caso di distruzione di flora o fauna immediatamente percepibili, ovvero quando, una volta individuato un determinato contesto ambientale e le caratteristiche che lo contraddistinguono, possano poi direttamente apprezzarsi le conseguenze della condotta contestata. Si tratta, senza dubbio, d'indagini non sempre agevoli, da compiere anche tenendo conto delle condivisibili preoccupazioni espresse dalla dottrina, quando ha fatto notare che, l'accertamento delle conseguenze della condotta potrebbe, in alcuni casi, comportare anche la necessità di un confronto con situazioni preesistenti, impossibile o, comunque, di difficile attuazione in zone industrializzate o fortemente antropizzate per le quali non siano disponibili dati di confronto, ma che non rendono certo indispensabile il ricorso a consulenze o perizie.

La Cassazione, Sez. 3, n. 52436 del 06/07/2017, Campione, Rv. 272842, ha anche precisato che ai fini del sequestro preventivo è sufficiente accertare il deterioramento significativo o la compromissione come altamente probabili, desunti dalla natura e dalla durata nel tempo delle attività abusive.

La Suprema Corte, Sez. 3, n. 50018 del 19/09/2018, Izzo, Rv.274864 Imp., ha anche chiarito che per la sussistenza del reato previsto dall'art. 452 bis cod. pen. non è necessario accertare che ci si trovi di fronte ad un sito contaminato, secondo la definizione di cui all'art. 240, lett. e), d.lgs. 152 del 2006, testo normativo i cui concetti, elaborati in un differente contesto e a diversi fini, in assenza di specifica previsione, non possono essere richiamati per definire gli elementi costitutivi del delitto introdotto dalla successiva I. 22 maggio 2015, n. 68.

L'art. 240 d.lgs. 152 del 2006 e le definizioni in esso contenute valgono a disciplinare l'attività di bonifica dei siti quale prevista dal Titolo V del decreto, in relazione ai profili di rischio sanitario e ambientale sulla salute umana derivanti dall'esposizione prolungata all'azione delle sostanze presenti nelle matrici ambientali contaminate; mentre, invece, con riguardo al reato di inquinamento ambientale, ha quale oggetto di tutela penale l'ambiente in quanto tale e postula l'accertamento di un concreto pregiudizio a questo arrecato, secondo i limiti di rilevanza determinati dalla nuova norma incriminatrice.

Da ultimo appare utile menzionare la decisione Sez. 1, n. 58023 del 17/05/2017, Pellini, Rv. 271840, in cui si è fornita una interpretazione della clausola di riserva contenuta nell'art. 452 - quater cod. pen. " fuori dei casi previsti dall'art. 434 cod. pen.", che ha costituito indubbiamente una delle principali criticità interpretative della nuova previsione.

Nella parte motiva dedicata al tema, la prima sezione afferma che non vi è dubbio che la clausola operi sul piano della successione temporale tra norme, e che abbia la valenza di chiarire che non si è inteso abdicare alla tutela penale in materia di ambiente (specie in relazione ai giudizi in corso); e che le condotte di disastro che

la giurisprudenza aveva già enucleato in quelle caratteristiche di tipicità strutturale, rilevanti ai fini dell'incriminazione di cui all'art. 434 cod. pen., non sono state sottratte all'intervento penale.

Che tale sia la *voluntas legis*, si afferma nella decisione, si deduce dai lavori preparatori della riforma e dalla circostanza che l'introduzione dell'art. 452 -quater cod. pen., non ha costituito un'ipotesi di nuova incriminazione di un fatto prima non previsto dalla legge come reato, "poiché il disastro ambientale, sia pur nel paradigma cd. innominato, era già direttamente punito dall'art. 434 cod. pen. in funzione della tutela apprestata costituzionalmente al bene giuridico - materiale di presidio superprimario".

La nuova norma è, quindi, il risultato di un "trattamento penale modificativo", in cui il fatto lesivo permane nel suo nucleo essenziale e centrale di disvalore - che il legislatore ha rinnovato - e che risulta descritto, in maggiore aderenza al principio di tassatività, attraverso l'aggiunta di elementi ulteriori, enucleati dalle letture che la stessa giurisprudenza aveva già in passato avuto modo di operare di quel concetto lesivo.

La clausola, riferita a entrambe le figure contenute nell'art. 434 cod. pen. (sia quella di pericolo sia quella di danno di cui al comma 2 della medesima disposizione), ha inteso, quindi, fare salvi i casi di applicazione dell'art. 434 cod. pen. e salvaguardare i processi in corso per i fatti commessi nel vigore della disposizione indicata.

3. La combustione illecita di rifiuti.

Come noto, nel 2013, di fronte al sempre più frequente fenomeno di combustione di rifiuti e del connesso allarme di pericolo per la salute pubblica, prima dell'entrata in vigore della legge in tema di delitti ambientali, il Legislatore era già intervenuto nella disciplina del sistema sanzionatorio del "Codice dell'Ambiente", introducendo con l'art. 256 - bis la nuova figura delittuosa di combustione illecita di rifiuti.

La disposizione, introdotta dall'art. 3 del d.l. 10 dicembre 2013, n. 136, convertito con modifiche nella l. 6 febbraio 2014, n. 6, prevede due delitti nei primi due commi, ai quali vengono affiancati tre circostanze aggravanti al primo, al terzo e al quarto comma, un'ipotesi di confisca al quinto comma, ed un illecito amministrativo che costituisce un limite alla rilevanza penale delle condotte indicate al sesto comma.

In particolare, il primo comma recita: "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque appicca il fuoco a rifiuti abbandonati ovvero depositati in maniera incontrollata è punito con la reclusione da due a cinque anni".

Nell'anno 2019 la Suprema Corte, nella decisione **Sez. 3, n. 17069 del 24/01/2019, Galati, Rv. 275905** ha distinto tale delitto da quello previsto dalla fattispecie di cui all'art. 6 d.l. 6 novembre 2008, n. 172, "misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale", che costituisce una disciplina eccezionale e temporanea diretta a fronteggiare il "concreto ed attuale stato di emergenza" dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e destinata a cessare il 31 dicembre 2009.

L'art. 6 citato, al primo comma sanziona con la reclusione fino a tre anni e sei mesi, tra le altre condotte, quella di chiunque, in modo incontrollato o presso siti non autorizzati, nei territori in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti dichiarato ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225 "incendia rifiuti pericolosi, speciali ovvero rifiuti ingombranti domestici e non, di volume pari ad almeno 0,5 metri cubi e con almeno due delle dimensioni di altezza, lunghezza o larghezza superiori a cinquanta centimetri", se l'abbandono, lo sversamento, il deposito o l'immissione nelle acque superficiali o sotterranee riguarda rifiuti diversi, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da cento euro a seicento euro.

Attesa la parziale coincidenza degli elementi oggettivi delle due fattispecie la Suprema Corte, nella decisione citata, ha affermato che la condotta del delitto di combustione illecita di rifiuti ha ad oggetto rifiuti abbandonati, pericolosi o meno, mentre la fattispecie di cui all'art. 6 d.l. n. 172 del 2008 sanziona esclusivamente l'incendio di rifiuti pericolosi, speciali o meno. (Nel caso di specie, è stato ravvisato il reato di combustione illecita di rifiuti nell'incendio, all'interno di un terreno di proprietà dell'imputato, di due frigoriferi e di altri oggetti metallici considerati rifiuti non pericolosi).

La Suprema Corte si era già pronunciata in relazione al delitto di cui all'art. 256 - bis: in Sez. 3, n. 52610 del 04/10/2017, Sancilles, Rv. 271359, affermando che per la configurabilità del reato di combustione illecita di rifiuti è sufficiente appiccare il fuoco a rifiuti abbandonati, ovvero depositati in maniera incontrollata, non essendo richiesto, la dimostrazione del danno all'ambiente e il pericolo per la pubblica incolumità.

Si era precisato in particolare che, al pari delle altre fattispecie previste dall'art. 256 del medesimo decreto, la combustione illecita di rifiuti è un reato di pericolo per la cui integrazione non occorre la dimostrazione di aver arrecato un danno all'ambiente.

La circostanza che il legislatore abbia introdotto l'espressa clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato", e la tipizzazione della condotta con il termine linguistico "appicca il fuoco", senza ulteriori specificazioni, a differenza

della previsione dell'art. 424 cod. pen. nella quale assume significato e rilevanza penale solo se da esso "sorge il pericolo di un incendio", costituiscono elementi sulla base dei quali si desume che la fattispecie è un reato di pericolo concreto, per il quale non assume rilievo l'evento dannoso del danno all'ambiente.

In riferimento all'oggetto materiale della condotta, nella stessa decisione si è chiarito che la locuzione "rifiuti abbandonati o depositati in maniera incontrollata" deve essere riferito a quanto previsto dagli artt. 192, commi primo e secondo, 226, comma secondo, e 231, commi primo e secondo del d. lgs. n. 152 del 2006, in linea con il richiamo ad essi operato dall'art. 255 del medesimo d. lgs. nella parte in cui contempla l'illecito amministrativo di abbandono o deposito di rifiuti.

Infine, sempre nella decisione citata, quanto all'elemento soggettivo, si è affermato che, trattandosi di delitto, ed in assenza di specifiche indicazioni, questo è integrato nella forma del dolo generico.

Nella pronuncia Sez. 3, n. 21936 del 05/04/2016, Ascolese, Rv. 267470, si era anche delineato con chiarezza l'ambito applicativo della disposizione, specificando che essa non ricomprendeva le condotte di combustione degli scarti vegetali utilizzati in agricoltura mediante processi e metodi costituenti le normali pratiche agronomiche disciplinate dagli artt. 182, comma 6-bis, e 185, comma 1, lett. f), del citato d. lgs. n. 152 del 2006, posto che al rispetto di dette condizioni tali scarti non erano classificabili quali rifiuti.

Per una migliore comprensione del principio di diritto citato appare utile ricordare che l'ultimo comma dell'art. 256 bis del TUA prevede: "fermo restando quanto previsto dall'articolo 182, comma 6 - bis, le disposizioni del presente articolo non si applicano all'abbruciamento di materiale agricolo o forestale naturale, anche derivato da verde pubblico o privato".

Il comma 6 - bis dell'art. 182, introdotto dall'art. 14, comma 8, lettera bb), del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, a sua volta stabilisce che le attività di raggruppamento e abbruciamento in piccoli cumuli e in quantità giornaliere non superiori a tre metri steri per ettaro dei materiali vegetali di cui all'articolo 185, comma 1, lettera f), effettuate nel luogo di produzione, costituiscono normali pratiche agricole consentite per il reimpiego dei materiali come sostanze concimanti o ammendanti, e non attività di gestione dei rifiuti.

La richiamata lettera f) dell'art. 185, primo comma, prevede, inoltre che non rientrano nel campo di applicazione della parte quarta del d. lgs. n. 152 del 2006, tra l'altro, la paglia, gli sfalci e potature, nonché l'altro materiale agricolo - forestale naturale non pericoloso utilizzato in agricoltura, nella silvicoltura o per la produzione di energia da tale biomassa mediante processi e con metodi che non danneggiano l'ambiente ne mettono in pericolo la salute umana.

Infine ai sensi del richiamato comma 6 - bis, le attività di raggruppamento e abbruciamento in piccoli cumuli e in quantità giornaliere non superiore a tre metri steri per ettaro, dei materiali vegetali di cui all'art. 185, comma primo, lett. f), effettuate nel luogo di produzione, costituiscono normali pratiche agricole consentite per il reimpiego dei materiali come sostanze concimanti o ammendanti e non attività di gestione dei rifiuti.

La stessa disposizione aggiunge che, in ogni caso, nei periodi di massimo rischio per gli incendi boschivi, dichiarati dalle regioni, la combustione di residui vegetali agricoli e forestali è sempre vietata e che i comuni e le amministrazioni competenti in materia ambientale hanno la facoltà di sospendere, differire o vietare la combustione del materiale in caso di condizioni sfavorevoli o rischi per l'incolumità e la salute umana.

La Suprema Corte, nella decisione citata, nell'interpretare il complesso sistema normativo descritto, ha affermato che gli scarti vegetali sono esclusi dal novero dei rifiuti e che l'abbruciamento in piccoli cumuli e in quantità giornaliere non superiori a tre metri steri per ettaro dei materiali vegetali di cui all'articolo 185, comma primo, lettera f), d.lgs. n. 152 del 2006, effettuate nel luogo di produzione, costituiscono normali pratiche agricole e non attività di gestione dei rifiuti e non sono sanzionate penalmente ai sensi del d.lgs. n. 152 del 2006, artt. 256 e 256 bis.

Negli stessi termini si sono anche espresse Sez. 3, n. 38658 del 15/06/2017, Pizzo, Rv. 270897, e Sez. 3, n. 5504 del 12/01/2016, Lazzarini, Rv. 265838, in cui si è precisato che la combustione di residui vegetali effettuata senza titolo abilitativo nel luogo di produzione oppure di materiale agricolo o forestale naturale, anche derivato da verde pubblico o privato, se commessa al di fuori delle condizioni previste dall'articolo 182, comma 6-bis, primo e secondo periodo, integra la contravvenzione di cui all'art. 256, comma primo, lett. a), d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152; mentre la combustione di rifiuti urbani vegetali, abbandonati o depositati in modo incontrollato, provenienti da aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali, è punita esclusivamente in via amministrativa, ai sensi dell'art. 255 del citato d.lgs. n. 152.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 2850 del 04/12/2003 (dep. 2004), Odigie, Rv. 229767
Sez. 6, n. 4345 del 30/09/2003 (dep. 2004), Arone ed altri, Rv. 228675
Sez. 1, n. 40012 del 05/10/2005, Confl. comp.in proc. D'Amaro, Rv. 232949
Sez. 1, n. 21354 del 18/05/2005, Confl. comp.in proc. Daiu, Rv. 231805
Sez. 3, n. 12433 del 15/11/2005, dep. 2006 P.M. in proc. Costa, Rv. 234009
Sez. 2, n. 19831 del 11/04/2006, Mohammad, Rv. 234664
Sez. 4, n. 17386 del 09/03/2006, Sirica, Rv. 233964
Sez. 3, n. 46705 del 03/11/2009, Caserta, Rv. 245605
Sez. 3, n. 29619 del 08/07/2010, Leorati e altri, Rv. 248145
Sez. 3, n. 44449 del 15/10/2013, Ghidoli, Rv. 258326
Sez. 3, n. 52512 del 22/05/2014, Pelaggi, Rv. 261511
Sez. 3, n. 44629 del 22/10/2015, Bettelli, Rv. 265573
Sez. 3, n. 10515 del 27/10/2016; Sorvillo, Rv. 269274
Sez. 3, n. 46950 del 11/10/2016, Sepe, Rv. 268667
Sez. 3, n. 46170 del 21/09/2016, P.M. in proc. Simonelli, Rv. 268060
Sez. 3, n. 52838 del 14/07/2016, Serrao, Rv. 268920
Sez. 4, n. 29627 del 21/04/2016, Silva e altri, Rv. 267845
Sez. 3, n. 21936 del 05/04/2016, Ascolese, Rv. 267470
Sez. 3, n. 5504 del 12/01/2016, Lazzarini, Rv. 265838
Sez. 3, n. 52610 del 04/10/2017, Sancilles, Rv. 271359
Sez. 1, n. 43599 del 5/7/2017, Gip Tribunale di Nola
Sez. 1, n. 58023 del 17/05/2017, Pellini, Rv. 271840
Sez. 3, n. 18934 del 15/3/2017, Catapano
Sez. 3, n. 38658 del 15/06/2017, Pizzo, Rv. 270897
Sez. 3, n. 15865 del 31/01/2017, Rizzo, Rv. 269491
Sez. 1, n. 16123 del 12/11/2018, dep. 2019, Gup tribunale Roma, Rv. 27639101
Sez. 3, n. 50018 del 19/09/2018, Izzo, Rv. 274864
Sez. 3, n. 28732 del 27/04/2018, Melillo, Rv. 273565
Sez. 3, n. 43710 del 23/05/2019, Pmt c/ Gianino, Rv. 276937
Sez. 3, n. 26007 del 05/04/2019, Pucci, Rv. 276015
Sez. 3, n. 39952 del 16/04/2019, Radin, n.m.
Sez. 3, n. 16056 del 28/02/2019, Berlingeri, Rv. 27539901
Sez. 3, n. 16036 del 28/02/2019, Zoccoli, Rv. 27539502
Sez. 3, n. 17069 del 24/01/2019,Galati, Rv. 275905

CAPITOLO III

QUESTIONI IN TEMA DI CIRCOLAZIONE STRADALE

(GENNARO SESSA)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le pronunzie relative all'omesso avviso al conducente da sottoporre a esame alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia e al termine entro cui dedurre la relativa nullità in caso di procedimento per decreto. 3. Le pronunzie relative all'onere della prova circa l'idoneità e l'omologazione dell'etilometro. 4. Le pronunzie relative all'obbligo di dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia in caso di prelievo ematico presso una struttura sanitaria. 5. Le pronunzie relative alla nozione di incidente stradale ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*bis,* c.d.s. 6. Le pronunzie relative all'interpretazione della previsione di cui all'art. 143 c.d.s.

1. Premessa.

Numerose sono state le pronunzie in tema di circolazione stradale rese dalla Corte di cassazione nel corso dell'anno 2019.

Quelle maggiormente significative, in ragione della materia trattata, possono essere inquadrate in cinque gruppi diversi, distinguendosi pronunzie relative all'omesso avviso al conducente da sottoporre all'alcoltest della facoltà di farsi assistere da un difensore e al termine entro cui dedurre la relativa nullità in caso di procedimento per decreto, pronunzie relative all'onere della prova circa l'idoneità e l'omologazione dell'etilometro, pronunzie relative all'obbligo di dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore in caso di prelievo ematico presso una struttura sanitaria, pronunzie relative alla nozione di incidente stradale ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*bis*, c.d.s. e pronunzie relative all'interpretazione della previsione di cui all'art. 143 c.d.s.

2. Le pronunzie relative all'omesso avviso al conducente da sottoporre all'esame alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia e al termine entro cui dedurre la relativa nullità in caso di procedimento per decreto.

Nel novero delle pronunzie inquadrabili nel primo dei gruppi dianzi indicati si segnala la sentenza **Sez. 4, n. 33795 del 17.05.2019, dep. 25.07.2019, Venditto, Rv. 276675**, nella quale, con riferimento alla contravvenzione di guida in stato di ebbrezza, si è affermato che la violazione dell'obbligo di dare avviso al conducente da sottoporre all'esame alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia determina una nullità di ordine generale, deducibile nei termini di cui agli artt. 180 e 182, comma 2, cod. proc. pen., con la conseguenza che, in caso di

procedimento per decreto, il momento ultimo entro il quale la nullità può essere dedotta va individuato nella deliberazione della sentenza di primo grado e non nella presentazione dell'atto di opposizione al decreto stesso, essendo le norme sulla nullità di stretta interpretazione e non contenendo l'art. 180 alcun riferimento al decreto penale di condanna e al relativo atto di opposizione.

La pronunzia in oggetto merita menzione in quanto si discosta dal *dictum* di tre recentissime sentenze, risalenti segnatamente agli anni 2017 e 2018 (Sez. 4, n. 22608 del 04.04.2017, Orlandini, Rv. 270161, Sez. 4, n. 7686 del 16.01.2018, Favaro, Rv. 272465 e Sez. 4, n. 58379 del 12.12.2018, Perin, Rv. 274953), in cui i giudici di legittimità, partendo dal presupposto che la violazione del citato obbligo di avviso genera una nullità di ordine generale, deducibile nei termini di cui all'art. 182, comma 2, cod. proc. pen., avevano concordemente concluso che, ove si fosse proceduto a giudizio ordinario a seguito di opposizione a decreto penale, il momento entro il quale doveva farsi valere tale nullità andava individuato nella presentazione dell'atto di opposizione.

Nello specifico, l'innovativa pronunzia di cui s'è detto trova scaturigine in un'interpretazione del dato normativo più aderente al principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 5396 del 29/01/2015, Bianchi, Rv. 263023, massimato nei termini che, di seguito, si trascrivono: *«La nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art.* 114 *disp. att. cod. proc. pen., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt.* 180 *e* 182*, comma secondo, secondo periodo, cod. proc. pen., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado»*.

Si è ritenuto infatti un *obiter* il passo motivazionale della pronunzia *de qua* in cui si è testualmente affermato «Nel caso di specie il difensore, che non ha ricevuto alcun avviso di deposito dell'atto con il quale erano state eseguite le operazioni di alcooltest, ha eccepito la nullità già con la memoria depositata poco dopo la nomina e con altra successiva, e comunque con l'atto di opposizione al decreto penale, atto quest'ultimo che equivale alla sentenza di primo grado, cui si riferisce come termine ultimo l'art. 180 cod. proc. pen., richiamato, *come detto, dall'art.* 182*, comma* 2*, secondo periodo, cod. proc. pen. Ne discende che l'eccezione è stata tempestivamente dedotta»*.

Alla stregua di tale asserto, si è quindi concluso che l'unico senso che può attribuirsi al citato passaggio incidentale è che la nullità fatta valere dal difensore nell'atto di opposizione al decreto penale risulta tempestivamente dedotta, non potendosi trarre da esso l'ulteriore principio, peraltro inconciliabile con quello massimato, che l'eccezione di nullità sarebbe stata intempestiva se proposta successivamente all'atto di opposizione, ma comunque prima della deliberazione della sentenza di primo grado.

3. Le pronunzie relative all'onere della prova circa l'idoneità e l'omologazione dell'etilometro.

Di particolare rilevanza appare, poi, un'altra sentenza della Suprema corte – **Sez. 4, n. 38618 del 06.06.2019, Bertossi, Rv. 277189** – che, sempre con riguardo alla contravvenzione di guida in stato di ebbrezza, ha affermato che, qualora l'alcoltest risulti positivo, grava sulla parte pubblica l'onere di provare il regolare funzionamento dell'etilometro, la sua omologazione e la sua sottoposizione a revisione.

La pronunzia in oggetto si segnala per essersi discostata dal *dictum* di numerose altre sentenze, inquadrabili in un consolidato filone interpretativo, inaugurato da Sez. 4, n. 45070 del 30.03.2004, Gervasoni, Rv. 230489 e del quale costituiscono altresì espressione Sez. 4, n. 17463 del 24.03.2011, Neri, Rv. 250324, Sez. 4, n. 42084 del 04.10.2011, Salomone, Rv. 251117, Sez. 4, n. 15187 dell'08.04.2015, Bregoli, Rv. 263154 e Sez. 4, n. 28887 dell'11.06.2019, Cardinali, Rv. 276570.

Le plurime decisioni testè enumerate affermano, infatti, l'opposto principio secondo cui l'esito positivo dell'alcoltest costituisce prova della sussistenza dello stato di ebbrezza ed è onere dell'imputato fornire la prova contraria a tale accertamento, dimostrando vizi o errori di strumentazione o di metodo nell'esecuzione dell'aspirazione.

Il menzionato *revirement* giurisprudenziale trae spunto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2015, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 45, comma 6, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, nella parte in cui non prevedeva che le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità (cd. autovelox) fossero sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura.

In particolare, la Corte, recependo l'insegnamento della Consulta secondo cui l'interesse del conducente a ottenere tutela in presenza di accertamenti automatici effettuati con autovelox prevale sulle esigenze di tutela della sicurezza stradale e conformandosi ai più recenti arresti della giurisprudenza civile di legittimità che ne ha esteso la portata al caso degli accertamenti eseguiti con etilometro, ha invertito l'onere della prova, addossandolo all'organo dell'accusa ed evidenziando che tale conclusione se, per un verso, impedisce che uno stesso fatto possa dar luogo a illecito penale e non anche a illecito amministrativo, per altro verso, appare conforme, sul piano processuale, alla regola secondo cui *"onus probandi incumbit eo qui dicit"*, ossia che spetta al pubblico ministero provare gli elementi costitutivi del fatto di reato dedotto, mentre grava sull'imputato la sola dimostrazione di quelli estintivi o modificativi di una situazione giuridicamente rilevante.

4. Le pronunzie relative all'obbligo di dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore in caso di prelievo ematico presso una struttura sanitaria.

Di portata evidentemente innovativa risulta, ancora, un'altra sentenza della Corte – **Sez. 4, n. 11722, del 19.02.2019, Ellera, Rv. 275281** – massimata nei termini che, di seguito, si riportano: «In tema di guida in stato di ebbrezza, la polizia giudiziaria deve dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, ai sensi degli artt. 356 cod. proc. pen. e 114 disp. att. cod. proc. pen., non soltanto ove richieda l'effettuazione di un prelievo ematico presso una struttura sanitaria ai fini dell'accertamento del tasso alcolemico, ma anche quando richieda che tale ulteriore accertamento venga svolto sul prelievo ematico già operato autonomamente da tale struttura a fini di diagnosi e cura».

Nello specifico, il giudice di legittimità, discostandosi sensibilmente da un precedente consolidato orientamento, ha affermato che non v'è ragione per circoscrivere l'obbligo di avviso alla sola ipotesi in cui vi sia stata richiesta, da parte dell'organo di P.G., di esecuzione del prelievo ematico, dovendosene estendere l'operatività anche al caso in cui tale organo si sia limitato a richiedere l'esecuzione di un'ulteriore analisi su un campione biologico, già prelevato dal personale sanitario per fini diagnostici e/o curativi.

Coerentemente, la Corte ha quindi concluso che il solo caso in cui non v'è necessità di dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia è quello in cui siano i sanitari a procedere all'accertamento del tasso alcolemico e la P.G. rivolga una richiesta sostanzialmente inutile o si limiti ad acquisire la documentazione dell'analisi.

Come anticipato, la pronunzia in oggetto si caratterizza per una chiara portata innovativa rispetto al filone interpretativo formatosi in tema nel precedente quadriennio, secondo cui sussiste l'obbligo di avvertire il conducente coinvolto in un sinistro della facoltà di farsi assistere da un difensore *ex* artt. 356 cod. proc. pen. e 114 disp. att. cod. proc. pen. in relazione al prelievo ematico presso una struttura sanitaria volto all'accertamento del tasso alcolemico nel solo caso in cui l'esecuzione di tale prelievo non avvenga nell'ambito degli ordinari protocolli sanitari a fini di cura della persona, ma su specifica richiesta dalla polizia giudiziaria e per esclusiva finalità di ricerca della prova della colpevolezza del soggetto indiziato (così Sez. 4, n. 34886 del 06.08.2015, Cortesi, Rv. 264728, Sez. 4, n. 3340 del 22.12.2016, dep. 23.01.2017, Tolazzi, Rv. 268885, Sez. 4, n. 51284 del 10.10.2017, P.G. in proc. Lirussi, Rv. 271935, Sez. 4, n. 6514 del 18.01.2018, Tognini, Rv. 272225 e Sez. 4, n. 49371 del 25.09.2018, C., Rv. 274039).

5. Le pronunzie relative alla nozione di incidente stradale, ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*bis*, c.d.s.

Nel novero delle pronunzie inquadrabili in tale gruppo merita menzione, *in primis*, la sentenza **Sez. 4, n. 27211, del 21.05.2019, P.G. c/Granelli Stefano, Rv. 275872**, in cui la Corte, con riguardo alla contravvenzione di guida in stato di ebbrezza, ha delineato la nozione di incidente stradale, conformandosi a un orientamento ormai consolidato, formatosi a far data dall'anno 2012.

Per ragioni di completezza, si riporta, di seguito, il principio estratto, in sede di massimazione, dalla sentenza in oggetto: «In tema di guida in stato di ebbrezza, ai fini della configurabilità dell'aggravante prevista dall'art. 186, comma 2-bis, cod. strada, deve intendersi per incidente stradale qualsiasi avvenimento inatteso che, interrompendo il normale svolgimento della circolazione, possa provocare pericolo alla collettività, senza che assuma rilevanza l'avvenuto coinvolgimento di terzi o di altri veicoli».

Nella decisione *de qua* si è quindi perimetrata la nozione di incidente stradale, chiarendosi che tale deve intendersi ogni accadimento, costituente soluzione di continuità nell'ordinario svolgimento della circolazione stradale, che rechi pericolo per la collettività, indipendentemente dall'avvenuto coinvolgimento in esso di altri veicoli o di terze persone.

Come dianzi anticipato, la pronunzia in commento si inserisce in un consolidato filone giurisprudenziale, di cui costituiscono espressione, con riguardo alla contravvenzione di guida in stato di ebbrezza, Sez. 4, n. 42488 del 19.09.2012, Pititto, Rv. 253734 e Sez. 4, 47276 del 06.11.2012, Marziano, Rv. 253921 e, con riguardo alla contravvenzione di guida in stato di alterazione psicofisica per uso di sostanze stupefacenti, Sez. 4, n. 36777 del 02.07.2015, Scudiero, Rv. 264419.

Nella categoria in disamina si inquadrano, inoltre, altre due pronunzie – **Sez. 4, n. 14267 del 13.12.2018, dep. 02.04.2019, Pastocchi, Rv. 274575 e Sez. 4, n. 17183 dell'11.01.2019, Gritti, Rv. 275712** – in cui la Corte, sempre con riguardo alla contravvenzione prevista dall'art. 186 del c.d.s., ha chiarito la natura del rapporto che deve necessariamente intercorrere tra lo stato di ebbrezza e il sinistro stradale ai fini della configurabilità dell'aggravante a effetto speciale di cui al comma 2-*bis*.

Anche in tal caso, per ragioni di completezza, si riporta, di seguito, il principio estratto, in sede di massimazione, dalle sentenze in commento: «In tema di guida in stato di ebbrezza, ai fini della configurabilità dell'aggravante di aver provocato un incidente stradale, prevista dall'art. 186, comma 2-bis, cod. strada, è necessaria la sussistenza di un nesso di strumentalità-occasionalità tra lo stato di ebbrezza e l'incidente, non potendosi giustificare un deteriore trattamento sanzionatorio a

carico di chi, pur procedendo illecitamente in stato di ebbrezza, sia stato coinvolto in un incidente stradale privo di ogni connessione con il suo stato di alterazione alcolica».

Nelle decisioni in parola si è quindi precisato che è applicabile l'indicata circostanza aggravante solo nel caso in cui il sinistro stradale sia legato allo stato di ebbrezza da un coefficiente causale, e non anche nella diversa ipotesi in cui l'agente, pur in stato di alterazione per l'utilizzo di alcol, risulti meramente coinvolto in un incidente cui non abbia in alcun modo dato causa.

Le pronunzie *de quibus*, analogamente a quella dapprima esaminata, s'inseriscono in un filone interpretativo formatosi da un biennio, di cui costituiscono espressione Sez. 4, n. 33760 del 17.05.2017, Magnoni, Rv. 270612 e Sez. 4, n. 54991 del 24.10.2017, Fabris, Rv. 271557.

6. Le pronunzie relative all'interpretazione della previsione di cui all'art. 143 c.d.s.

Da ultimo vanno segnalate, per la loro significatività, talune pronunzie della Corte in tema di interpretazione della previsione di cui all'art. 143 c.d.s.

Viene in rilievo innanzitutto la sentenza **Sez. 4, n. 18802 dell'11.04.2019, Catalani, Rv. 275655** – conforme a Sez. 4, n. 50024 del 04.10.2017, Delfino, Rv. 271490 – che, interpretando l'evocata previsione normativa, afferma il principio massimato nei termini che, di seguito, si riportano: «In tema di circolazione stradale, l'obbligo di circolare sulla parte destra della carreggiata e in prossimità del margine destro della medesima, anche quando la strada è libera, previsto dall'art. 143 cod. strada, ha la finalità di garantire un'andatura corretta e regolare nell'ambito della propria corsia di marcia per la tutela del veicolo procedente e degli altri che la percorrono, e non di evitare il rischio dell'improvvisa occupazione della corsia da parte di un veicolo proveniente dalla direzione opposta, sicché, in caso di inosservanza di tale regola cautelare, deve comunque escludersi la responsabilità del conducente per l'incidente dovuto ad invasione della corsia da parte di altro veicolo».

Si sostiene, quindi, nella pronunzia in disamina che, essendo la previsione dell'art. 143 c.d.s. finalizzata a garantire una corretta andatura nella propria corsia di marcia ai veicoli che la percorrono e non ed evitare il rischio d'improvvisa occupazione della stessa da parte di quelli provenienti dall'opposta direzione, deve escludersi la penale responsabilità del conducente per il sinistro occorso in conseguenza dell'invasione della corsia da parte di altro veicolo quand'anche risulti violata l'anzidetta regola cautelare.

In tale ambito merita, poi, menzione la sentenza **Sez. 4, n. 14290 del 05.03.2019, Cavallaro, Rv. 275601** – conforme a Sez. 4, n. 2568 del 04.11.2010, dep. 26.01.2011, Berlanda, Rv. 249622 e a Sez. 4, n. 40050 del 29.03.2018, Lenarduzzi, Rv. 273870 – in cui i giudici di legittimità, nell'interpretare la medesima previsione normativa, hanno affermato il divergente principio massimato nei termini che, di seguito, si riportano: «In tema di circolazione stradale, l'art. 143 cod. strada, che prevede l'obbligo di circolare sulla parte destra della carreggiata e di non invadere l'opposta corsia, è volto ad evitare interferenze o urti fra veicoli provenienti da direzioni opposte, con la conseguenza che deve escludersi la responsabilità del conducente che non abbia tenuto strettamente la destra in caso di tamponamento da parte di altro veicolo procedente nella stessa direzione di marcia, a seguito di una manovra di sorpasso vietata».

Nella circostanza si è sostenuto, quindi, che la previsione dell'art. 143 c.d.s., stabilendo l'obbligo di circolare sulla destra della carreggiata e di non invadere l'opposta corsia, è finalizzato a evitare interferenze o urti fra veicoli provenienti da opposte direzioni.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez. U, n. 5396 del 29.01.2015, Bianchi, Rv. 263023
Sez. 4, n. 22608 del 04.04.2017, Orlandini, Rv. 270161
Sez. 4, n. 7686 del 16.01.2018, Favaro, Rv. 272465
Sez. 4, n. 58379 del 12.12.2018, Perin, Rv. 274953
Sez. 4, n. 33795 del 17.05.2019, dep. 25.07.2019, Venditto, Rv. 276675
Sez. 4, n. 45070 del 30.03.2004, Gervasoni, Rv. 230489
Sez. 4, n. 17463 del 24.03.2011, Neri, Rv. 250324
Sez. 4, n. 42084 del 04.10.2011, Salomone, Rv. 251117
Sez. 4, n. 15187 dell'08.04.2015, Bregoli, Rv. 263154
Sez. 4, n. 28887 dell'11.06.2019, Cardinali, Rv. 276570
Sez. 4, n. 38618 del 06.06.2019, Bertossi, Rv. 277189
Sez. 4, n. 34886 del 06.08.2015, Cortesi, Rv. 264728
Sez. 4, n. 3340 del 22.12.2016, dep. 23.01.2017, Tolazzi, Rv. 268885
Sez. 4, n. 51284 del 10.10.2017, Lirussi, Rv. 271935
Sez. 4, n. 6514 del 18.01.2018, Tognini, Rv. 272225
Sez. 4, n. 49371 del 25.09.2018, C., Rv. 274039
Sez. 4, n. 11722, del 19.02.2019, Ellera, Rv. 275281
Sez. 4, n. 42488 del 19.09.2012, Pititto, Rv. 253734
Sez. 4, n. 47276 del 06.11.2012, Marziano, Rv. 253921
Sez. 4, n. 36777 del 02.07.2015, Scudiero, Rv. 264419
Sez. 4, n. 33760 del 17.05.2017, Magnoni, Rv. 270612
Sez. 4, n. 54991 del 24.10.2017, Fabris, Rv. 271557
Sez. 4, n. 14267 del 13.12.2018, dep. 02.04.2019, Pastocchi, Rv. 274575
Sez. 4, n. 17183 dell'11.01.2019, Gritti, Rv. 275712
Sez. 4, n. 27211 del 21.05.2019, Granelli Stefano, Rv. 275872
Sez. 4, n. 2568 del 04.11.2010, dep. 26.01.2011, Berlanda, Rv. 249622
Sez. 4, n. 50024 del 04.10.2017, Delfino, Rv. 271490
Sez. 4, n. 40050 del 29.03.2018, Lenarduzzi, Rv. 273870
Sez. 4, n. 14290 del 05.03.2019, Cavallaro, Rv. 275601
Sez. 4, n. 18802 dell'11.04.2019, Catalani, Rv. 275655

CAPITOLO IV

PERCORSI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA' IN TEMA DI REATI FALLIMENTARI

(ANNA MAURO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sentenza di fallimento: segmento della condotta incriminatrice o condizione obiettiva di punibilità? – 3. La restituzione ai soci, nel periodo di insolvenza, dei finanziamenti concessi alla società: bancarotta fraudolenta o preferenziale?. – 4. Bancarotta documentale, semplice e fraudolenta: l'elemento psicologico. – 4.1. Le scritture contabili oggetto del reato. - 4.2 L'attenuante del danno di speciale tenuità. – 5. Operazioni infragruppo. – 6. Il concorso di persone nel reato di bancarotta fraudolenta; il dolo dell'*extraneus*. – 7. Concorso di reati, continuazione e circostanze aggravanti. – 8. Sequestri e reati di bancarotta.

1. Premessa.

I reati fallimentari, la cui trattazione è assegnata per competenza tabellare, fatti salvi i rinvii per annullamento, alla Quinta Sezione della Corte di cassazione, sono stati oggetto nel corso del corrente anno di numerose pronunce che, in parte, hanno meglio definito il percorso nomofilattico già tracciato negli scorsi anni e, in parte, si sono fatte carico di questioni inedite, connesse al continuo mutamento della realtà economico-sociale.

La disciplina delle procedure concorsuali è stata rimodellata di recente dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, attuativo della legge 19 ottobre 2017, n.155 e, per effetto di tale intervento normativo, essa è stata ricondotta all'interno del Titolo IX del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza dedicato alle "Disposizioni penali" (artt. 322-347) senza che ciò abbia comunque comportato l'abrogazione delle disposizioni contenute all'interno della legge fallimentare e, segnatamente, delle disposizioni penali sulla bancarotta. Novità di rilievo è data dalla scomparsa dei termini "fallimento" e "fallito" sostituiti da "liquidazione giudiziale" e ciò ha comportato solo un adeguamento lessicale delle disposizioni di cui alla legge fallimentare che, si ripete, non sono state riformulate.

Le decisioni della Corte che verranno qui di seguito riportate non hanno risentito in linea di massima dell'intervento normativo di cui si è detto avendo l'art. 389 delle disposizioni transitorie previsto che le procedure pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo rimangono disciplinate dalla legge fallimentare, anche agli effetti penali.

2. Sentenza di fallimento: segmento della condotta incriminatrice o condizione obiettiva di punibilità?

Una questione che parrebbe ormai risolta, essendosi ulteriormente consolidato nel 2019 l'orientamento pressoché prevalente nella giurisprudenza della Corte, è quella che riguarda la natura giuridica della sentenza di fallimento.

Mentre anche in un recente passato essa era stata considerata quale condizione di esistenza del delitto di bancarotta e quindi elemento costitutivo dello stesso, sia pure *sui generis,* in quanto sganciato dal fatto e dalla colpevolezza (così, Sez. U., n. 2 del 25/1/1958, Mezzo, Rv. 98004-01 e Sez. U. n. 24468 del 26/2/2009, Rizzoli, Rv. 243587-01), ad oggi, tranne qualche isolata decisione (Sez. 5, n. 40477 del 18/05/2018, Alampi, Rv. 273800-01), oggi viene ormai considerata quasi unanimemente condizione obiettiva di punibilità per cui essa, in tema di bancarotta, ha rilevanza in quanto provvedimento giurisdizionale e non per i fatti da essa accertati.

A tal proposito **Sez. 5, n. 2899 del 02/10/2018, dep. 2019, Signoretti, Rv. 274610-01,** dopo aver affermato, in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare per distrazione, che la condotta si perfeziona quando l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività, ha ribadito che la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce una condizione obiettiva di punibilità, poiché si pone come evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente. Ed invero, anche se la lettura delle disposizioni di cui all'art. 216 legge fall. indurrebbe, *prima facie*, all'individuazione nella dichiarazione di fallimento di un elemento interno alla fattispecie incriminatrice, riesce effettivamente di difficile comprensione il fatto che la coscienza e volontà possano investire la sentenza dichiarativa di fallimento che è del tutto estranea alla sfera volitiva del soggetto.

Dalla qualificazione della sentenza di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità deriva, così come specificato da **Sez. 5, n. 31974 del 13/03/2019, Burani, Rv. 277248-04 e Rv. 277248-03**, che il momento consumativo del reato di bancarotta deve essere identificato con l'avveramento della condizione oggettiva di punibilità e il luogo del commesso delitto, funzionale alla determinazione della competenza territoriale, va individuato con riferimento al luogo in cui tale pronuncia è avvenuta. Nel caso in esame, poi, la Corte afferma che non incide sulla competenza territoriale del giudice penale per il reato di bancarotta la sentenza civile dichiarativa dell'incompetenza territoriale (nella specie della Corte di Cassazione) intervenuta dopo l'apertura del dibattimento, non essendo ravvisabile un'ipotesi di nullità della sentenza di fallimento, emessa da giudice incompetente.

3. La restituzione ai soci, nel periodo di insolvenza, dei finanziamenti concessi alla società: bancarotta fraudolenta o preferenziale?

La Corte, con la sentenza **Sez. 5, n. 25773 del 20/2/2019, Scarpaci,** è tornata ad occuparsi della qualificazione della condotta dell'amministratore che, nella fase di dissesto della società, provveda a restituire ai soci i finanziamenti dagli stessi erogati. Nella fattispecie esaminata i finanziamenti erano stati erogati dal medesimo amministratore, *uti socius*.

La giurisprudenza di legittimità, in relazione a siffatta condotta, non mostra però un orientamento univoco.

Ed invero, con la sentenza Scarpaci si è ha dato seguito alla posizione più rigorosa, secondo cui nella situazione in esame il comportamento dell'amministratore integra gli estremi della bancarotta per distrazione piuttosto che di quella preferenziale (Sez. 5 n. 50495 del 14/6/2018, Sestili, Rv. 274602-01; Sez. 5, n. 49509 del 19/07/2017, Allia, Rv. 271464-01; Sez. 5, n. 50188 del 10/5/17, Mascellani, Rv. 271775-01; Sez. 5, n. 41143 del 20/05/2014, Zavaroni, Rv. 261250-01; Sez. 5, n. 34505 del 06/06/2014, Marchesi, Rv. 264277-01; Sez. 5, n. 42710 del 03/07/2012, De Falco, Rv. 254456-01; Sez. 5, n. 25292 del 30/05/2012, Massocchi, Rv. 253001-01; Sez. 5, n. 2273 del 06/12/2004 - dep. 2005, Martella, Rv. 231289-01) e ciò sulla scorta del rilievo che la restituzione di un finanziamento, in un periodo di difficoltà della società, oltre a violare il divieto di postergazione di cui all'art. 2467 cod civ., assume un significato diverso e più grave rispetto alla mera volontà di privilegiare un creditore in posizione paritaria rispetto a tutti gli altri.

A tale impostazione si contrappone quella seguita dalla quasi coeva **Sez. 5, n. 8431 del 1/2/2019, Vesprini, Rv. 276031-01 s**econdo cui il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie di bancarotta preferenziale, mentre la restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con analoga dizione) integra la fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società.

Secondo questo orientamento, che appare in linea con numerose altre decisioni (Sez. 5, n. 32378 del 12/04/2018, Fagiolo, Rv. 273576-01; Sez. 5, n. 5186 del 02/10/2013 - dep. 2014, Giamundo, Rv. 260196-01; Sez. 5, n. 13318 del 14/2/2013, Viale, Rv. 254985-01; Sez. 5, n. 1793 del 10/11/2011 - dep. 2012, N., Rv. 252003-01; Sez. 5 n. 14908 del 7/3/2008, Frigerio, Rv. 239487-01), non avendo i primi apporti di danaro natura di conferimenti di capitale di rischio, essi comportano il sorgere, in capo ai soci, di un credito chirografario, effettivo ed esigibile, senza che dalla sua restituzione consegua un effettivo depauperamento dell'asse patrimoniale.

Nella sentenza Vesprini, il Collegio ricorda, altresì, conformemente all'orientamento consolidato delle Sezioni civili della Corte (Sez. civ. 1, n. 15035 del 08/06/2018, Rv. 649557), che i versamenti operati dai soci in conto capitale, "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"; siffatti versamenti, dunque, non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società e possono essere chiesti dai soci in restituzione solo in caso di scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione. Se invece tra la società ed i soci è stata convenuta l'erogazione di capitale di credito, anziché di rischio e i soci hanno effettuato versamenti in favore della società a titolo di mutuo (con o senza interessi), riservandosi il diritto alla restituzione anche durante la vita della società, sussiste il conseguente obbligo per quest'ultima di restituire la somma ricevuta alla scadenza convenuta.

4. Bancarotta documentale semplice e fraudolenta: l'elemento psicologico.

Nel tracciare le differenze tra la bancarotta documentale semplice e fraudolenta, **Sez. 5, n. 2900 del 2/10/2018, dep. 2019, Pisano, Rv. 274630-01** ha sottolineato il diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo che, mentre nell'ipotesi di bancarotta semplice, *ex* art. 217, comma secondo, legge fall., può indifferentemente essere costituito dal dolo e dalla colpa riscontrabili quando l'agente ometta, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture contabili, nella bancarotta fraudolenta documentale (art. 216, comma primo, n. 2, legge fall.), può essere individuato solo nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà dell'irregolare tenuta delle scritture, con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore. Ed invero, tale elemento soggettivo è integrato dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità possa rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio e del volume d'affari non essendo necessaria la specifica volontà di impedire la ricostruzione e tantomeno di arrecare pregiudizio ai creditori.

L'arresto indicato si pone in linea, specificandolo meglio, con l'orientamento precedente, già ripetutamente affermato con riferimento alla bancarotta semplice; Sez. 5, n. 53210 del 19/10/2018, Esposito, Rv. 275133 – 02, infatti, aveva considerato la fattispecie punibile anche a titolo di colpa, non ostandovi il tenore dell'art. 42 cod. pen., che esige la previsione espressa della punibilità di un delitto a titolo di colpa, in quanto la nozione di "previsione espressa" non equivale a quella

di "previsione esplicita" e, nel caso della bancarotta semplice documentale, la previsione implicita è desumibile dalla definizione come dolosa della bancarotta fraudolenta documentale.

In termini, successivamente si è posta anche **Sez. 5, n. 20514 del 22/10/2019, Martino, Rv. 275261 - 01** che, in motivazione, ha ribadito le differenze, sotto il profilo dell'elemento psicologico, tra bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta documentale precisando che solo in quest'ultima ipotesi il fattore soggettivo è necessariamente coperto dal dolo, sia pure nella forma generica.

Con riferimento, invece, alla bancarotta fraudolenta documentale, per **Sez. 5 , n. 26613 del 22/02/2019 Amidani, Rv. 276910 - 01** il dolo generico deve essere desunto, con metodo logico-inferenziale, dalle modalità della condotta contestata e non dal solo fatto che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, poiché esso costituisce l'elemento materiale del reato ed è comune alla diversa e meno grave fattispecie di bancarotta semplice, incriminata dall'art. 217, comma secondo, legge fall.; né esso può essere dedotto dalla circostanza che l'imprenditore si sia reso irreperibile dopo il fallimento, costituendo detta condotta un *posterius* rispetto al fatto-reato.

Nella fattispecie, in cui l'imputato era stata assolto da una concorrente imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale, la Corte ha ritenuto indispensabile una motivazione particolarmente rigorosa sull'elemento soggettivo dell'addebito residuo, la cui prova non poteva giovarsi della presunzione per la quale l'irregolare tenuta delle scritture contabili è di regola funzionale all'occultamento o alla dissimulazione di atti depauperativi del patrimonio sociale.

4.1. Le scritture contabili oggetto del reato.

Nel corso dell'anno trascorso sono state numerose le questioni poste sull'oggetto della bancarotta documentale e cioè le scritture contabili.

Sez. 5, n. 20514 del 2019 Martino, cit., in tema di bancarotta semplice, in linea con quanto sostenuto anche in passato (da ultimo, Sez. 5, n. 20911 del 19/04/2011, Gaiero, Rv. 250407-01), ha ritenuto, sul presupposto che quello in questione è un reato di pericolo presunto, che l'obbligo di tenere le scritture contabili non viene meno sino a quando l'azienda non ha formalmente cessato l'attività, anche in mancanza di passività insolute, occorrendo, a tal fine, la formalizzazione della cessazione con la cancellazione dal registro delle imprese. Il reato in questione, di mera condotta, si configura, quindi, con l'inadempimento al precetto formale di cui all'art. 2214 cod. civ., non potendo riconoscersi rilevanza alcuna riconoscersi alla circostanza che non si verifichi, in concreto, alcun danno per i creditori.

Con riferimento alla bancarotta fraudolenta documentale, sembra ormai consolidata la posizione che non considera equivalenti le condotte di distruzione, occultamento o mancata consegna al curatore della documentazione e l'omessa o irregolare o incompleta tenuta delle scritture contabili; per **Sez. 5, n. 26379 del 05/03/2019, Inverardi, Rv. 276650-01**, in linea con quanto deciso già in passato dalla Corte, (*ex multis*, Sez. 5, n. 43977 del 14/7/2017, Pastechi, Rv. 271753-01), la bancarotta fraudolenta documentale prevede due fattispecie alternative, quella di sottrazione o distruzione dei libri e delle scritture contabili e quella di tenuta irregolare degli stessi in quanto, mentre nel primo caso, trattandosi di sottrazione di tali scritture (anche sotto forma di omessa tenuta) alla disponibilità degli organi fallimentari, è necessario il dolo specifico di recare pregiudizio ai creditori, nell'ipotesi di fraudolenta tenuta, il dolo è generico e presuppone un accertamento su libri contabili effettivamente rinvenuti ed esaminati dai predetti organi.

Facendo applicazione del principio, la Corte, in particolare, ha annullato la sentenza di merito che, a fronte della contestazione di un'ipotesi di sottrazione o distruzione della contabilità, aveva affermato la responsabilità dell'imputato per la diversa ipotesi di concorso nell'omessa regolare tenuta delle scritture contabili, dando peraltro atto nella motivazione dell'assenza della prova di una "sia pur parziale tenuta delle scritture contabili".

Decisamente nuova è, invece, l'affermazione di **Sez. 5, n. 34146 del 27/5/2019, Colella, Rv. 277302-01**, secondo cui anche la falsificazione del libro soci di una società a responsabilità limitata configura la bancarotta fraudolenta documentale, quando tale condotta incida sulla ricostruzione del patrimonio e degli affari dell'ente.

L'interesse della decisione si sostanzia nel fatto che viene considerata rilevante anche la falsificazione di un libro sociale che, a norma degli artt. 2214 e 2421 cod. civ., non rientra nel novero dei "libri e delle scritture contabili" e nemmeno tra le scritture e i libri obbligatori.

Per giungere alla conclusione indicata, la Corte in premessa ricorda i due diversi orientamenti della giurisprudenza precedente - uno, più risalente, secondo cui solo nel caso di bancarotta documentale dell'imprenditore individuale vengono in considerazione i libri e le scritture contabili previsti dall'art. 2214 cod. civ., mentre per le società commerciali, in forza del richiamo di cui all'art. 223 legge fall., hanno rilevanza tutti i libri che la legge considera, per esse, obbligatori e, quindi, anche quelli elencati nell'art. 2421 cod. civ. (così, Sez. 5, n. 10810 del 20/10/1993, Virgili, Rv. 196305-01); l'altro, relativamente più recente, secondo cui devono essere esclusi dall'oggetto materiale del delitto in questione i libri sociali indicati nelle disposizioni di cui all'art. 2421 cod. civ. poiché essi rappresentano fatti relativi all'organizzazione interna della società e sempre che, però, la loro falsificazione non vada ad incidere direttamente sulla rappresentazione contabile dei fatti di gestione (Sez. 5, n. 182 del

23/11/2006, dep. 2017, Piovesan, Rv. 236045-01) - per poi ritenere che il profilo dirimente non può essere rappresentato dalla natura individuale o collettiva dell'impresa e neanche dall'obbligatorietà o meno di tenuta dei libri, ma dall'incidenza concreta della condotta sulla ricostruzione del patrimonio e degli affari dell'impresa.

Nonostante a seguito delle modifiche dell'art. 2478 cod. civ., operate dal d.l. n. 185 del 2008 convertito nella l. n. 2 del 2009, non sia più obbligatoria, per le società a responsabilità limitata, la tenuta del libro soci, nella fattispecie in esame tale libro era stato tenuto e la sua falsificazione aveva ostacolato, in modo immediato e diretto, la ricostruzione degli affari sociali in quanto, l'imputato, quale liquidatore della società, dopo aver ottenuto la disponibilità di "una firma elettronica" a nome di un terzo, aveva intestato a questo, fittiziamente, le quote della società, gli aveva trasferito la carica di liquidatore e falsificato sia il verbale di assemblea, sia il libro soci nella parte relativa all'annotazione del trasferimento delle quote.

La falsificazione del libro soci aveva impedito la rappresentazione dell'identità sociale, danneggiando così i creditori che, attraverso l'identificazione dei soci, hanno modo di considerare la personale affidabilità di ciascuno.

In conclusione, ciò che rileva, secondo i Giudici, ai fini della bancarotta fraudolenta (e non anche in quella semplice nella quale l'oggetto del reato è costituito dalle sole scritture obbligatorie) non è l'obbligatorietà o meno di un documento, ma l'incidenza di questo nella ricostruzione degli affari sociali.

4.2 L'attenuante del danno di speciale tenuità.

Con due arresti, la Corte ha confermato la tesi già espressa in passato (sez. 5, n. 19304 del 18/01/2013, Tumminelli, Rv 255439-01 e Sez. 5, n. 13285 del 18/01/2013, Pastorello, Rv. 255063-01) della possibilità di configurare la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, di cui all'art. 219, comma terzo, legge fall, per il delitto di bancarotta fraudolenta documentale, indicando, altresì, in presenza di quali elementi essa può essere concessa.

Sez. 5, n. 7888 del 3/12/2018, dep. 2019, Bovini, Rv. 275345- 01 e Sez. 5, n. 45136 del 27/6/2019, Tirone, hanno ritenuto che la circostanza attenuante in esame deve essere valutata in relazione al danno causato alla massa creditoria, in seguito all'incidenza che le condotte integranti il reato hanno avuto sulla possibilità di esercitare le azioni revocatorie e le altre azioni poste a tutela degli interessi creditori.

Nella prima delle due decisioni, in motivazione, la Corte ha anche osservato che l'occultamento delle scritture contabili, rendendo impossibile la ricostruzione dei fatti di gestione dell'impresa fallita, impedisce la stessa dimostrazione del danno,

onde la mancanza delle scritture non può essere utilizzata per presumere circostanze favorevoli all'imputato, salvo che le contenute dimensioni dell'impresa non rendano plausibile la determinazione di un danno particolarmente ridotto.

5. Operazioni infragruppo.

Nel 2019 la Corte è tornata ad occuparsi del tema delle operazioni infragruppo, riprendendo sul punto sostanzialmente gli orientamenti pregressi, affermazione quest'ultima che non esime dal riportare alcune pronunce che possono essere di interesse, anche per le fattispecie esaminate.

A tal proposito, è di sicuro rilievo quanto affermato da **Sez. 5, n. 22860 del 1/3/2019, Chiaro, Rv. 276634-01** che, occupandosi del cd. contratto di *cash pooling* (che consiste nell'accentare in capo ad un unico soggetto giuridico l'amministrazione delle disponibilità finanziarie di un gruppo societario, operando attraverso la gestione di un unico conto corrente su cui vengono riversati i saldi dei conti correnti di ciascuna società consociata), ha ritenuto che il trasferimento di ingenti risorse dalla controllata alla controllante non può essere di per sé giustificato dal sistema di tesoreria accentrata (*cd. cash pooling*) in quanto nessun "sistema", qualunque sia la sua denominazione, giustifica il passaggio di risorse da una società all'altra, anche se facenti parte di un medesimo gruppo, quando la società deprivata si trovi in una situazione di conclamata sofferenza e manchino sia le garanzie di restituzione di quanto trasferito, sia un programma di riassestamento del gruppo volto a superare proprio le problematiche dell'ente in sofferenza.

A nulla giova, quindi, si è sottolineato nella decisione da ultimo riportata, che, a norma dell'art. 2497 cod. civ., sussista una responsabilità della società controllante per i debiti della controllata, poiché tale previsione non impedisce il fallimento della controllata e il danno per i suoi creditori attesa comunque la difficoltà per gli stessi di rivalersi verso un ente diverso da quello con cui si sono instaurati i rapporti commerciali.

Meritevoli di menzione sono anche **Sez. 5, n. 10633 del 30/1/2019, Scambia, Rv. 276029-01** (che ha affermato che integra distrazione, rilevante quale ipotesi di bancarotta fraudolenta, il finanziamento erogato in favore di una società dello stesso gruppo in assenza di qualsiasi vantaggio compensativo per la società finanziatrice), **Sez. 5, n. 47216 del 10/6/2019, Zanoni,** (secondo cui per escludere la natura distrattiva di un'operazione di trasferimento di somme da una società ad altra non è sufficiente allegare la mera partecipazione ad un "gruppo di società", dovendosi, invece, dimostrare, in maniera specifica, il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse di un gruppo ovvero la concreta e fondata prevedibilità di vantaggi compensativi, ex art. 2634 cod. civ, per la società

apparentemente danneggiata), **Sez. 5, n. 9843 del 12/10/2018, dep. 2019, Rossi, Rv. 275501–01** (per la quale il continuativo rilascio di garanzie, nella specie, fideiussioni bancarie, a favore di altre società del "gruppo", di cui sia noto lo stato di difficoltà, per importi che esorbitino la capienza del patrimonio della società garante, con ciò determinandone il fallimento, comporta un immediato e sproporzionato sacrificio finanziario per la società garante a fronte di vantaggi aleatori con ragionevoli probabilità di insuccesso, è incompatibile con l'interesse sociale e con i principi di buona e corretta amministrazione) ed, infine, **Sez. 5, n. 39043 del 24/9/2019, Corradini, Rv. 276960- 01** (che ha qualificato come "operazione di drenaggio di risorse della fallita" e quindi distrattiva, quella effettuata, in assenza di contropartite, a favore di una controllata con danaro proveniente dal patrimonio personale dell'imprenditore, ma già immesso nel patrimonio sociale, in quanto, una volta immesso nel patrimonio sociale, esso appartiene all'ente e costituisce garanzia delle pretese creditorie).

6. Il concorso di persone nel reato di bancarotta fraudolenta; il dolo dell'*extraneus*.

In tema di concorso di persone nel reato di bancarotta, **Sez. 5, n. 37194 dell'11/7/2019, Fede, Rv. 277340-01** si è occupata del *quid consistam* dell'elemento psicologico**,** ritenendo che il dolo dell*'extraneus* richiede la consapevolezza della qualifica di imprenditore del soggetto *intraneus,* ma non la rappresentazione della sussistenza dei requisiti soggettivi di fallibilità, quali la tipologia e le dimensioni dell'impresa.

Argomenta la Corte, innanzitutto, che il concorso di persone nel reato proprio di bancarotta fraudolenta, regolato dalle norme di cui agli artt. 110 e segg. cod. pen., presuppone l'attività tipica di almeno un *intraneus*; il contributo causale da parte della condotta dell'*extraneus* sulla verificazione del fatto e la sua consapevolezza in ordine alla qualifica di imprenditore (assoggettabile, quindi, a fallimento) del soggetto attivo primario. Il criterio di imputazione soggettiva, ricavabile dai principi costituzionali, fatto proprio dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988, richiede che esso sia riferito agli "elementi più significativi della fattispecie tipica di reato" e, tra questi, senza alcun dubbio, nei reati propri rientra la qualità di *intraneus*.

La consapevolezza della qualità di imprenditore (e, quindi, della sua fallibilità) pertanto, sufficiente per la configurabilità del dolo dell'*extraneus* senza che, dunque, abbia rilevanza la rappresentazione dei requisiti soggettivi, quali la tipologia e le dimensioni dell'impresa, inerenti alle condizioni previste per la fallibilità, requisiti estranei anche allo scrutinio del giudice penale: fallimento o dissesto, infatti, non

"giocano il ruolo di evento" del reato, con la conseguenza che non ha rilevanza la previsione o volontarietà degli stessi da parte dal concorrente *extraneus*.

Le conclusioni indicate appaiono sostanzialmente in termini con quelle secondo cui il dolo dell'*extraneus* è configurabile ogni qualvolta egli apporta un contributo causale volontario al depauperamento del patrimonio sociale, non essendo richiesta la consapevolezza dello stato di dissesto della società (da ultimo, *ex multis*, *Sez.* 5, n. 54291 del 17/05/2017 Bratomi, Rv. 271837-01; Sez. 5, n. 12414 del 26/01/2016, Morosi, Rv. 267059-01; Sez. 5, n. 9299 del 13/01/2009, Poggi Longostrevi, Rv. 243162-01; Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879-01).

Per completezza va evidenziato che in giurisprudenza si è anche in più occasioni affermata, con riferimento alla posizione del concorrente *extraneus*, la necessità da parte di quest'ultimo della conoscenza dello stato di decozione dell'impresa da cui il denaro proviene (Sez. 5, n. 41333 del 27/10/2006, Tisi, Rv. 235766-01; Sez. 5, n. 16388 del 23/3/2011, Barbato, non massimata sul punto; Sez. 5, n. 27367 del 26/04/2011, Rosace, Rv. 250409-01).

In particolare, Sez. 5, n. 16000 del 10/02/2012, Daccò, Rv 252309-01 ha sostenuto che "se è di massima legittimo ipotizzare il concorso del terzo percipiente nel reato dell'imprenditore fallito, occorre, tuttavia, che non sia posta in dubbio la sua conoscenza dello stato di decozione dell'impresa da cui il denaro proviene … Invero, il tratto saliente della nozione di "distrazione fraudolenta" in sé comporta la consapevole ed ingiustificata esposizione a repentaglio delle ragioni dei creditori. La configurazione dell'elemento psicologico è agevole se riferita alla posizione dell'imprenditore: per costui è del tutto logico supporre la conoscenza della consistenza del proprio patrimonio: dunque, anche dei meccanismi produttivi di profitto nonché dei possibili benefici che l'impiego di denaro può procurare alle sorti dell'impresa, nonché del limite oltre il quale l'uscita di ricchezza rappresenta un serio rischio di insolvenza. Per questo versante è corretto ritenere completa la rappresentazione della propria realtà economica e sufficiente ad integrare la penale responsabilità, pertanto, con la dimostrazione di un dolo generico. Ma così non può dirsi per chi, non disponendo di una completa valutazione di questo compendio informativo, non necessariamente ricavi dal dato di uscita del denaro un giudizio di concreto e serio repentaglio agli interessi creditori, tanto più se il versamento sia finalizzato ad un (fondatamente) sperato e perseguito incremento della produttività e di profitto (esito che, se raggiunto, elide il danno da reato). Dunque, per la corretta valutazione della posizione *dell'extraneus,* il giudice deve giovarsi di una rigorosa dimostrazione del sufficiente contenuto rappresentativo dell'elemento psicologico, focalizzato sul concreto rischio di insolvenza, anche se non qualificato da una specifica volontà di cagionare danno ai creditori dell'imprenditore".

7. Concorso di reati, continuazione e circostanze aggravanti.

Di grande interesse è stato l'apporto chiarificatore della Corte in tema di concorso tra le differenti ipotesi di bancarotta e tra queste e altre ipotesi di reato.

Sez. 5, n. 13399 dell'8/2/2019, P.m., Rv. 275094-01, trattando del rapporto con la truffa, ha evidenziato come quest'ultimo delitto, avente ad oggetto il conseguimento di finanziamenti bancari mediante falsificazione dei bilanci e di altra documentazione relativa alla situazione economico-patrimoniale di una società, non assorbe la condotta di bancarotta successivamente realizzata dal medesimo imputato attraverso la sottrazione al ceto creditorio delle somme derivanti dall'anzidetta condotta illecita, trattandosi di fatti illeciti naturalisticamente differenziati.

I due delitti, invece, concorrono tra loro, attesa la radicale differenza tra le due fattispecie per essere diversa sia la condotta (nella truffa consiste nell'induzione in errore determinante l'atto dispositivo, mentre nella bancarotta per distrazione, nel prelievo per fini extrasociali) che il danno (che, nel delitto di truffa, è determinato dall'entità dell'indebita prestazione erogata, mentre, nella bancarotta per distrazione, nel pregiudizio per il creditore e nel nocumento all'affidabilità dei terzi).

Non è, quindi, configurabile l'*idem factum* - ovvero il medesimo fatto storico naturalistico, inteso quale accadimento materiale comprensivo dell'azione o dell'omissione, del loro oggetto fisico, dell'evento conseguitone e del nesso di causalità con riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona - ravvisato, invece, in un precedente arresto della Corte (Sez. 5, n. 25651 del 15 febbraio 2018, Pessotto, Rv. 25651), con riferimento al rapporto fra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione.

In due diversi, ma quasi coevi arresti, la Corte si è occupata del rapporto fra bancarotta fraudolenta ed autoriciclaggio**; Sez. 5**, **n. 8851 del 1/2/2019, Petricca, Rv. 275495-01** e **Sez. 5, n. 38919 del 05/07/2019, PMT C/De Marco, Rv. 276853-01** hanno entrambe concluso nel senso che il mero trasferimento di somme oggetto di distrazione fallimentare a favore di imprese operative non integra il delitto di cui all'art. 648-ter.1, cod. pen. "occorrendo, a tal fine, un *quid pluris* che denoti l'attitudine simulatoria della condotta rispetto alla provenienza delittuosa del bene".

In particolare, nella seconda delle due decisioni citate la Corte, in presenza della stipulazione di un contratto di affitto d'azienda in previsione del fallimento, ha osservato che, in assenza della verifica della concreta idoneità dell'operazione distrattiva ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene, applicare entrambe le fattispecie, determinerebbe "un'ingiustificata sovrapposizione punitiva tra la norma sulla bancarotta e quella ex art. 648-ter.1 cod. pen.".

I principi espressi si pongono in continuità con Sez. 2, n. 30401 del 07/06/2018, Ceoldo, Rv. 272970-01, secondo cui nel delitto di autoriciclaggio il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non coincide con il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal reato presupposto, consistendo invece nei proventi conseguiti dall'impiego di questi ultimi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative e, pertanto, ritenere punibile come autoriciclaggio "il mero trasferimento delle somme distratte verso imprese (sul solo presupposto della fisiologica destinazione delle medesime all'operatività aziendale di queste ultime), finirebbe per sanzionare penalmente due volte la stessa condotta quando le somme sottratte alla garanzia patrimoniale dei creditori sociali siano dirette verso imprenditori, generando rispetto a tale situazione specifica, un'ingiustificata sovrapposizione punitiva tra la norma sulla bancarotta e quella ex art. 648-*ter*.1 cod. pen.".

In conclusione, in caso di bancarotta fraudolenta patrimoniale è possibile contestare anche l'autoriciclaggio solo se l'illecito trasferimento di danaro proveniente dalla società fallita a vantaggio di altre imprese gestite dalle medesime persone si sia realizzato mediante condotte che abbiano un'attitudine simulatoria rispetto alla provenienza delittuosa del bene, ossia un contegno che vada oltre la mera ricezione del bene proveniente da reato.

Sempre in tema di concorso, la già citata sentenza n. 1339 del 2019, in motivazione, si è poi occupata nuovamente dei rapporti tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale e bancarotta impropria, tematiche già scrutinate in passato dalla Corte (da ultimo, Sez. 5, n. 533 del 14/10/2016, dep. 2017, Zaccaria, Rv. 269019-01) e ha precisato che i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale (artt. 216 e 223, comma primo, legge fall.) hanno ambiti diversi rispetto alla bancarotta impropria di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, legge fall. in quanto, nel primo caso, vengono in evidenza atti di distrazione o dissipazione di beni societari ovvero di occultamento, distruzione o tenuta di libri e scritture contabili idonei a creare pericolo per le ragioni creditorie senza che occorra che essi abbiano causato il fallimento, ma solo che questo sia stato dichiarato; nel secondo caso, invece, le condotte dolose devono porsi in un nesso eziologico con il fallimento.

Da tale distinzione consegue, per la Corte che, mentre è da escludersi il concorso formale, è, invece, ben possibile il concorso materiale "qualora, oltre ad azioni ricomprese nello schema specifico della bancarotta ex art. 216 l. fall., si siano verificati differenti ed autonomi comportamenti dolosi i quali – concretandosi in abuso o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per l'andamento economico finanziario della società – siano stati causa del fallimento".

Sulla bancarotta impropria, vanno anche segnalate, **Sez. 5, n. 30735 del 5/4/2019, Cassano, Rv. 276996-01** (secondo cui integra il delitto di causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose, l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto e dei contributi previdenziali e assistenziali che abbia causato il dissesto della società, potendo il reato fallimentare concorrere con quello tributario e con quello previdenziale in ragione della diversità sia dei beni tutelati sia della struttura dei reati), **Sez. 5 n. 22488 del 15/2/2019, Apolloni, Rv. 276202-01,** (per la quale le operazioni dolose di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, legge fall., possono consistere anche nella compensazione dell'ingente esposizione debitoria della società nei confronti del fisco con crediti inesistenti, in quanto siffatta operazione, comportando l'azzeramento meramente formale dei debiti, consente alla società di operare e contribuisce, in modo prevedibile, ad aggravare il dissesto della stessa determinando il maturarsi di ulteriori debiti con il fisco) e **Sez. 5, n. 43562 del 24/10/2019, Vigna, Rv. 277125-01** (secondo cui la fattispecie può essere integrata anche da condotte omissive, ovvero nella sistematica elusione dei doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo, quando esse comportino il fallimento della società e un depauperamento del patrimonio non giustificato dall'interesse per l'impresa).

La Cassazione si è occupata anche nel corso dell'anno della tematica della cd. "continuazione fallimentare".

Sez. 5 n. 20532 del 2/4/2019, Angelini, Rv. 275311 - 01 ha ritenuto che, nel caso in cui all'imputato siano contestati più fatti di bancarotta, la mancata contestazione della circostanza aggravante speciale di cui all'art. 219, comma secondo, n. 1), legge fall. di non integra violazione dell'art. 522 cod. proc. pen., in quanto la predetta circostanza comporta una disciplina più favorevole di quella derivante dalle regole generali sulla determinazione della pena in caso di pluralità di reati e la contestazione di questi ultimi pone l'imputato in condizione di conoscere il significato dell'accusa e di esercitare il diritto di difesa.

Sez. 1, n. 37029 del 14/5/2019, Turri, Rv. 276941-01, invece, in termini con Sez. U. n. 21039 del 27/1/2011, Loy, Rv. 249669-01, ha affermato il principio secondo cui il giudice dell'esecuzione è tenuto ad applicare la disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti, ma relativi alla stessa procedura concorsuale, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta, sempre che il giudice della cognizione non abbia già escluso la unificazione *quoad poenam* dei suddetti reati.

Nella motivazione della decisione si legge che, sotto il profilo formale, la continuazione fallimentare di cui al citato art. 219 viene configurata quale

circostanza aggravante e ciò comporta l'assoggettabilità della stessa al giudizio di bilanciamento con le attenuanti e non l'applicabilità della disciplina della continuazione, di cui al cpv dell' art. 81 cod. pen.. .

Con riferimento, infine, alla circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità di cui all'art. 219, comma primo, legge fall., si segnalano due interessanti pronunce, che incentrano l'attenzione soprattutto sulle modalità della sua contestazione.

Sez. 5, n. 14353 del 14/12/2018, dep. 2019, Violini, Rv. 275095-01, ha ritenuto insufficiente, la mera indicazione delle somme oggetto di distrazione, anche se d'importo elevato, in assenza sia del richiamo della disposizione circostanziale dell'art. 219 legge fall., sia della precisazione nel fatto di una qualsiasi notazione dalla quale sia possibile evincere che l'aggravante sia stata contestata, sia pure in fatto.

Sez. 5, n. 34116 del 6/5/2019, Ferri, Rv. 277300-02 ha ulteriormente evidenziato che, in assenza di una specifica indicazione da cui si comprenda che l'aggravante è stata contestata, non basta né la mera indicazione delle somme oggetto di distrazione, anche se di importo elevato, né il generico richiamo alle disposizioni di cui all'art. 219 legge fall., se non sia precisato il riferimento al comma 1 di tale articolo.

8. Sequestri e reati di bancarotta.

La materia dei sequestri, in tema di bancarotta, per la particolare importanza teorico-pratica che riveste, è stata oggetto di interessanti pronunzie anche nel 2019.

Prescindendo in questa sede dall'esame delle questioni sottese alla decisione delle **Sez. U, n. 45936 del 26/9/2019, Fallimento di Mantova Petroli s.r.l., Rv. 277257-01**, che ha riconosciuto la legittimazione del curatore fallimentare a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale resi prima della dichiarazione di fallimento, di cui si tratterà in altro specifico capitolo, riveste un sicuro interesse, **Sez. 5, n. 20000 del 15/3/2019, Fondazione Istituto d'arte e mestieri Vincenzo Roncalli, Rv. 275307-01** ha ribadito quanto già affermato dalla Corte nel 2005 (Sez. 5, n. 43871 del 9/11/11, Gaito, Rv. 232731-01) in punto di legittimità del sequestro preventivo disposto prima della sentenza di fallimento.

La legittimità di siffatto provvedimento, secondo la Corte, discende direttamente dal disposto di cui all'art. 238 legge fall. che consente lo svolgimento di attività di indagine in relazione ai reati di bancarotta purché ricorrano indizi dello stato di insolvenza o concorrano gravi motivi e sia stata presentata domanda per ottenere la dichiarazione di fallimento.

Nella fattispecie, l'ente nei cui confronti era stata disposta la misura era un consorzio, partecipato da soggetti pubblici, avente natura di società commerciale e, pertanto, soggetto al fallimento non rivestendo alcuna rilevanza, a tal fine, la composizione del capitale sociale, le attività in concreto esercitate e le forme di controllo a cui l'ente è assoggettato essendo ad esso applicabile, conformemente a quanto ritenuto anche dalla giurisprudenza civile (Sez. 1 civ., n. 17279 del 02/07/2018, Rv. 649517), l'art. 2221 c.c. in forza del rinvio alle norme del codice civile, contenuto prima nell'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 135 del 2012 e poi nell'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016.

Altro problema che si è posto in argomento è quello che concerne l'ammissibilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca del danaro della società fallita che sia stato assegnato ai creditori con piano di riparto dichiarato esecutivo, ma non ancora eseguito.

Sez. 4 n. 7550 del 5/12/2018, dep. 2019, Sansone, Rv. 275129-01 ha ritenuto la legittimità della predetta misura cautelare sulla scorta del rilievo che il decreto del giudice delegato fallimentare, dichiarativo dell'esecutività del piano di riparto, non ha efficacia traslativa della proprietà dei beni ricompresi nella massa fallimentare, poiché con esso il giudice si limita ad accertare la misura dei crediti aventi diritto al riparto e ad ordinare al curatore il pagamento, mentre l'effetto traslativo si produce solo con la materiale *traditio* del danaro. Ne deriva che sino a tale momento esso è ancora del fallito e, quindi, è sequestrabile da terzi.

La decisione sembra sul punto porsi in contrasto con altra di poco precedente (Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, E., Rv. 273951– 01) che aveva, invece ritenuto non potersi adottare il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-bis, d.lgs. n. 74 del 2000, sui beni già assoggettati alla procedura fallimentare, in quanto la dichiarazione di fallimento importa il venir meno del potere di disporre del proprio patrimonio in capo al fallito, attribuendo al curatore il compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento.

Sempre in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, in applicazione tra l'altro del principio di proporzionalità operante anche per le misure cautelari reali, **Sez. 5 n. 5868 dell'11/12/2018, dep. 2019, Pungitore, Rv. 275496-01** ha ritenuto illegittimo, in tema di bancarotta fraudolenta, il sequestro preventivo totalitario delle quote di una società, indicata come destinataria di beni distratti dalla società fallita, ove sia stato disposto per un valore eccedente quello attribuito ai beni distratti e senza accertare il collegamento strumentale tra il reato fallimentare e la cosa sequestrata.

Sul sequestro conservativo, infine, vanno segnalate due decisioni.

Secondo **Sez. 5, n. 8445 del 1/2/2019, Spinazzè, Rv. 276123-01,** mentre per l'adozione del provvedimento è sufficiente che vi sia fondato motivo per ritenere che manchino le garanzie del credito, ossia che il patrimonio del debitore sia, all'attualità, insufficiente per l'adempimento delle obbligazioni di cui all'art. 316, commi 1 e 2, cod. proc. pen., non occorrendo che sia simultaneamente configurabile un futuro depauperamento del debitore medesimo, nell'apprezzamento del *periculum in mora,* invece*,* il punto di vista centrale è dato dal credito nei confronti dell'imputato e dal rischio che, all'esito del processo, la garanzia non possa trovare soddisfazione con il patrimonio del condannato; è, quindi, necessario che il provvedimento determini, sia pure in modo approssimativo, ma sulla base comunque di dati oggettivi (quali, ad esempio, il numero delle parti civili, la causale delle pretese risarcitorie, l'ammontare delle somme richieste), il *quantum* del credito risarcitorio da garantire, non essendo sufficiente il mero riferimento al valore dei beni distratti.

Sez. 5, n. 32468 del 10/10/2019, Wu Yujun, Rv. 276928-01, poi, ha escluso che il danno provocato dall'autore di delitti di bancarotta alla massa fallimentare possa considerarsi limitato alla misura (in ipotesi minore) del passivo fallimentare e, ritenuto, quindi, che il valore dei beni da sottoporre a vincolo debba essere determinato tenendo conto non del solo passivo fallimentare (a meno che non sia stato accertato in via definitiva), ma anche delle spese di procedura e di tutte le ulteriori ragioni di credito, ivi comprese quelle relative ai danni, anche non patrimoniali, cagionati alla società e agli altri soci.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 2 del 25/1/1958, Mezzo, Rv. 98004 -01
Sez. 5, n. 10810 del 20/10/1993, Virgili, Rv. 196305 -01
Sez. 5, n. 2273 del 06/12/2004 - dep. 2005-, Martella, Rv. 231289
Sez. 5, n. 41333 del 27/10/2006, Tisi, Rv. 235766 -01
Sez. U, n. 18601 del 28/2/2008, Niccoli, Rv. 239398-01
Sez. 5 n. 14908 del 7/3/2008, Frigerio, Rv. 239487
Sez. 5, n. 9299 del 13/01/2009, Poggi Longostrevi, Rv. 243162-01
Sez. U, n. 24468 del 26/2/2009, Rizzoli, Rv. 243587-01
Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879-01
Sez. 5, n. 16388 del 23/3/2011, Barbato, Rv. 250108-01
Sez. 5, n. 20911 del 19/04/2011, Gaiero e altri, Rv. 250407-01
Sez. 5, n. 27367 del 26/04/2011, Rosace, Rv. 250409-01
Sez. 5, n. 43871 del 9/11/11, Gaito, Rv. 232731-01
Sez. 5, n. 1793 del 10/11/2011 - dep. 2012-, N, Rv. 252003-01
Sez. 5, n. 16000 del 10/02/2012, Daccò, Rv 252309-01
Sez. 5, n. 25292 del 30/05/2012, Massocchi, Rv. 253001-01
Sez. 5, n. 42710 del 03/07/2012, De Falco, Rv. 254456-01
Sez. 5 n. 13318 del 14/2/2013, Viale, Rv. 254985-01
Sez. 5, n. 19304 del 18/01/2013, Tumminelli, Rv 255439-01
Sez. 5, n. 5186 del 02/10/2013-dep. 2014- Giamundo, Rv. 260196
Sez. 5, n. 41143 del 20/05/2014, Zavaroni, Rv. 261250-01
Sez. 5, n. 34505 del 06/06/2014, Marchesi, Rv. 264277-01
Sez. 5, n. 12414 del 26/01/2016, Morosi, Rv. 267059-01
Sez. 5, n. 533 del 14/10/2016, dep. 2017, Zaccaria, Rv. 269019-01
Sez. 5, n. 17819 del 24/3/2017, Palitta, Rv. 269562-01
Sez. 5, n. 50188 del 10/5/17, Mascellani, Rv. 271775-01
Sez. 5, n. 54291 del 17/05/2017 Bratomi, Rv. 271837-01
Sez. 5, n. 43977 del 14/7/2017, Pastechi, Rv. 271753-01
Sez. 5, n. 49509 del 19/07/2017, Allia, Rv. 271464-01
Sez. 5, n. 25651 del 15/2/ 2018, Pessotto, Rv. 25651-01
Sez. 5, n. 32378 del 12/04/2018, Fagiolo, Rv. 273576-01
Sez. 5, n. 40477 del 18/05/2018, Alampi, Rv. 273800-01
Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, E., Rv. 273951– 01
Sez. 2, n. 30401 del 07/06/2018, Ceoldo, Rv. 272970-01
Sez. 5 n. 50495 del 14/6/2018, Sestili, Rv. 274602-01
Sez. 5, n. 53210 del 19/10/2018, Esposito, Rv. 275133 - 02

Sez. 5, n. 2900 del 2/10/2018, dep. 2019, Pisano, Rv. 274630-01
Sez. 5, n. 2899 del 02/10/2018, dep. 2019, Signoretti, Rv. 274610
Sez. 5, n. 9843 del 12/10/2018, dep. 2019, Rossi, Rv. 275501-01
Sez. 4, n. 7550 del 5/12/2018, dep. 2019, Sansone, Rv. 275129-01
Sez. 5, n. 6548 del 10/12/2918, dep. 2019, Villa, Rv. 275499-01
Sez. 5, n. 5868 dell'11/12/2018, dep. 2019, Pungitore, Rv. 27549
Sez. 5, n. 14353 del 14/12/2018, dep. 2019, Violini, Rv. 275095
Sez. 5, n. 23609 del 14/12/2018, Musso, Rv. 273473-01
Sez. 5, n. 10633 del 30/1/2019, Scambia, Rv. 2760297-01
Sez. 5, n. 13390 del 23/1/2019, Simonetta
Sez. 5, n. 8851 del 1/2/2019, Petricca, Rv. 275495-01
Sez. 5, n. 8445 del 1/2/2019, Spinazzè, Rv. 276123-01
Sez. 5, n. 8431 del 1/2/2019, Vesprini, Rv. 276031-01
Sez. 5, n. 13399 dell'8/2/2019, P.m. Rv. 275094-01
Sez. 5, n. 22488 del 15/2/2019, Apolloni, Rv. 276202-01
Sez. 5, n. 25773 del 20/2/2019, Scarpaci
Sez. 5, n. 26613 del 22/02/2019 Amidani, Rv. 276910-01
Sez. 5, n. 31974 del 13/3/2019, Burani, Rv 277248
Sez. 5, n. 20000 del 15/3/2019, Fondazione Roncalli, Rv. 275307
Sez. 5, n. 22860 del 1/3/2019, Chiaro, Rv.276634-01
Sez. 5, n. 20532 del 2/4/2019, Angelini, Rv. 275311-01
Sez. 5, n. 34116 del 6/5/2019, Ferri, Rv. 277300-01
Sez. 1, n. 37029 del 14/5/2019, Turri, Rv. 276941-01
Sez. 5, n.34146 del 27/5/2019, Colella, Rv. 277302-01
Sez. 5, n. 32468 del 28/5/2019, Wu Yujun, Rv. 276928- 01
Sez. 5, n. 47216 del 10/6/2019, Zanoni
Sez. 5, n. 45136 del 27/6/2019, Tirone
Sez. 5, n. 37194 dell'11/7/2019, Fede, Rv. 277340-01
Sez. 5, n. 39043 del 24/9/2019, Corradini, Rv. 276960-01
Sez. U, n. 45936 del 26/9/2019, Fall.Mantova Petroli, Rv. 277257
Sez. 5, n. 20514 del 22/10/2019, Martino, Rv. 275261-01
Sez. 5, n. 43562 del 24/10/2019, Vigna, Rv. 277125-01
Sez. 5, n. 7888 del 3/12/2019, Bovini, Rv. 275345-01

Sentenze della Corte di cassazione civile

Sez. 1 civ., n. 15035 del 08/06/2018, Rv. 649557
Sez. 1 civ., n. 17279 del 02/07/2018, Rv. 649517

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 368 del 1988

CAPITOLO V

ESERCIZIO ABUSIVO DI ATTIVITA' FINANZIARIA

(BRUNO GIORDANO)

SOMMARIO: 1. I delitti di esercizio abusivo di attività bancaria e finanziaria di cui agli artt. 131 e 132 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e i nuovi costrutti negoziali. 2. L'abusiva attività finanziaria. 3. La concessione di finanziamenti "sotto qualsiasi forma". 4. L'esercizio dell'attività finanziaria "nei confronti del pubblico". 5. Il bene giuridico tutelato e la natura di reato di pericolo astratto. 6. La successione di leggi e la pena applicabile. 7. La buona fede e il valore scusante degli atti della Banca d'Italia. 8. La natura delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia e il principio del *ne bis in idem*. 9. Elementi costitutivi dell'esercizio abusivo dell'attività bancaria.

1. I delitti di esercizio abusivo di attività bancaria e finanziaria di cui agli artt. 131 e 132 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e i nuovi costrutti negoziali.

Con tre rilevanti dicta la Corte di cassazione nel 2019 interviene sui delitti inerenti il legittimo esercizio delle attività bancarie e finanziarie previsti dagli artt. 131 e 132 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (c.d. testo unico bancario).

Invero nel mercato del credito, soprattutto in una dimensione transnazionale di circolazione del denaro, appaiono sempre più nuove forme di rapporti economici e nuovi prodotti finanziari, con costrutti negoziali atipici che rispondono a esigenze di concorrenza internazionale nel mercato finanziario e alla disponibilità di strumenti finanziari agili.

Ma anche le nuove forme di presenza e negoziazione nel mercato del credito devono rientrare nel contesto di un'attività legittima, in quanto lecita e autorizzata, per il nostro ordinamento giuridico.

Le decisioni *de quibus* contribuiscono complessivamente a disegnare il quadro interpretativo dei limiti interni ed esterni dell'esercizio legittimo di tali attività, oltre i quali si sconfina nell'abusivismo finanziario e/o bancario.

2. L'abusiva attivita' finanziaria.

Con la sentenza della **Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018, dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-01**, la Corte interviene su vari profili dell'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993, che incrimina l'abusiva attività finanziaria, la cui condotta è determinata dallo "svolgimento nei confronti del pubblico" di "una o piu' attivita' finanziarie previste dall'articolo 106, comma 1, in assenza dell'autorizzazione di cui all'articolo 107 o dell'iscrizione di cui all'articolo 111 ovvero dell'articolo 112".

Invero, dal combinato disposto di tali disposizioni e in particolare dall'art. 106 d.lgs. n. 385 del 1993, emergono le attività finanziare da autorizzare e riservandole agli intermediari finanziari.

Tali attività sono costituite, innanzi tutto, dall' "esercizio nei confronti del pubblico dell'attivita' di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma", e dalle attivita' di: emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento; prestare solo servizi di pagamento; prestare servizi di investimento; esercitare le altre attivita' eventualmente consentite dalla legge nonche' attivita' connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia.

3. La concessione di finanziamenti "sotto qualsiasi forma".

L'attenzione della Corte con la decisione della **Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018, dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-01** si sofferma sulla definizione di concessione di finanziamenti "sotto qualsiasi forma" che caratterizza l'oggetto della condotta di esercizio di abusiva attività finanziaria.

Il caso giunto all'attenzione della Corte merita evidenza riguardando le attività esercitate indirettamente da un istituto extracomunitario non autorizzato *ex* art. 106 n. 385 del 1993.

Tale istituto, in particolare, operava quale mandante per erogare finanziamenti "in pool" mediante un istituto italiano, fermo restando che l'istituto extracomunitario mandante esercitava poteri di valutazione autonoma circa il merito creditizio dei beneficiari. Questi ultimi sottoscrivevano la convenzione interbancaria stipulata tra le banche in "pool", in modo da essere informati della provenienza di una parte della provvista dall'istituto estero. Inoltre il rischio di insolvenza del cliente era ripartito tra la banca italiana e quella estera alla quale era attribuita, ai sensi dell'art. 1705, comma secondo, cod. civ., azione diretta verso i mutuatari.

Il *thema decidendum,* portato all'attenzione della Corte, è pertanto quello di determinare il rilievo di tale costrutto negoziale interbancario al fine di ricondurlo a una "qualsiasi forma" di finanziamento, che se e in quanto non autorizzato in capo all'istituto straniero, costituisce la condotta incriminata.

La Corte è dell'avviso che compete al giudice penale verificare se, al di là della regolazione apparente dei rapporti tra i soggetti coinvolti nelle operazioni, si configuri "in fatto", in capo all'istituto privo di autorizzazione, la sostanziale ingerenza nei rapporti scaturiti dall'erogazione delle somme.

Una prima importante argomentazione della Corte respinge la critica secondo cui la Corte territoriale avrebbe in realtà fondato una interpretazione analogica *in malam partem* della nozione di "concessione di finanziamenti" di cui all'art. 106 n.

385 del 1993, basata sulla sostanza, anzicchè sulla forma, e sulla *ratio* dell'incriminazione.

A giudizio della Corte di cassazione la dicotomia forma/sostanza non appare pertinente. L'oggetto dell'accertamento giurisdizionale, infatti, per restare nell'ambito delle dicotomie concettuali, appare più propriamente definibile sulla base della dicotomia fatto/diritto: il compito del giudice penale, anche con riferimento alle norme incriminatrici in rapporto di accessorietà con gli altri rami dell'ordinamento, è quello di accertare il fatto, e la sua corrispondenza alla fattispecie di reato contestata, senza che possa ritenersi assorbente ed esclusiva la qualificazione giuridica attribuita dall'agente al fatto.

Muovendo da tale argomentazione, incentrata sull'osservazione del fatto (e non del profilo giuridico attribuito dagli istituti bancari coinvolti), la Corte di cassazione valorizza l'elemento dell'ingerenza nel momento negoziale genetico del finanziamento.

Si osserva infatti che, seppur i due istituti bancari operavano sulla base dello schema del mandato senza rappresentanza, era la convenzione interbancaria a prevedere i poteri di ingerenza dell'istituto bancario straniero, non autorizzato, nella fase precontrattuale (di valutazione del merito creditorio) e contrattuale dei finanziamenti erogati ai singoli mutuatari.

Non secondaria appare altra osservazione circa la fisiologia del rapporto giuridico che sorge dal contratto di mandato: infatti, in forza dell'art. 1705, comma 2, cod. civ. si assicura al mandante una azione diretta nei confronti dei terzi, per esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, purché non pregiudichi i diritti del mandatario (vedi Sez. U, n. 24772 del 08/10/2008, Rv. 604829 – 01).

La Corte, pertanto, esclude che lo schema contrattuale del mandato senza rappresentanza possa ritenersi di per sé idoneo a 'schermare' l'attività diretta di concessione di finanziamenti, in presenza di molteplici indici - negoziali e fattuali - del coinvolgimento dell'istituto mandante.

Merita evidenza al riguardo un'importante *ratio decidendi* della motivazione di **Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018, dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-01**: "per il giudice penale… rileva non il contratto, ma l'attività sottoposta a controllo, non la forma negoziale adottata per il finanziamento quale contratto, bensì la sostanza concreta delle operazioni effettuate quale attività sottoposta a controllo".

La forma negoziale non può, quindi, creare una sovrastruttura rispetto ai principi del diritto penale del fatto che impongono di accertare quale sia stata in concreto l'attività del soggetto finanziatore e non quale veste giuridica abbia assunto su volontà dello stesso soggetto. Aver costruito il rapporto interbancario quale

negozio di mandato non consente per ciò solo di considerare lecita ogni attività svolta in esecuzione di tale mandato.

In definitiva, la norma incriminatrice attribuisce rilevanza alla "attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma", e pertanto lo schema negoziale del mandato conferito da un istituto straniero non autorizzato a una banca italiana autorizzata, non consente al primo di insinuarsi lecitamente nel mercato nazionale del credito se effettivamente e sostanzialmente rimane il soggetto erogatore del finanziamento – sebbene "in pool" – con un controllo diretto dell'affidabilità e l'azione diretta nei confronti del beneficiario.

4. L'esercizio dell'attività finanziaria "nei confronti del pubblico".

Altro requisito previsto dalla fattispecie incriminatrice, concerne lo svolgimento dell'attività "nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti…".

Al riguardo con la decisione della **Sez. 5, n. 24447 del 15/02/2019, Spanghero, Rv. 276587-01,** la Corte si sofferma su un altro profilo della condotta di esercizio abusivo di attività finanziaria, di cui all'art. 132 d. lgs. n. 385 del 1993, innovato dal d.lgs 27 gennaio 2010, n. 11.

In particolare l'attenzione della Corte si posa sull'elemento costituitivo per cui la condotta di esercizio di un'attività di finanziamento deve rivolgersi "nei confronti del pubblico".

Con tale locuzione la norma individua una precisa direzione che deve assumere l'abusiva attività finanziaria che, sotto qualsiasi forma, deve pur sempre avere un'apertura verso una cerchia indefinita di soggetti potenzialmente interessati al credito.

Il caso *sub iudice* era quello di finanziamenti a favore dei propri clienti, acquisiti in forza di una parallela primaria attività imprenditoriale (rivendita di arredamenti), della cui struttura organizzativa ci si avvaleva. Si trattava di una attività rivolta ad una cerchia di persone che, seppure ristretta, era potenzialmente illimitata e comunque indeterminata. Tale connotato, a parere della Corte nella decisione in esame, integra il requisito di destinazione al pubblico dell'attività finanziaria.

La Corte osserva che la concessione di crediti, secondo quanto specificato nel D.M. Tesoro 17 febbraio 2009, n. 29, senza autorizzazione, è comunque un inserimento abusivo nel libero mercato così sottraendosi, da un lato, ai controlli di stabilità e di affidabilità, e dall'altro, operando nei confronti del pubblico.

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, l'art. 9 del D.M. n. 29 del 2009, definisce "l'esercizio di attività nei confronti del pubblico", quelle attività indicate negli articoli 3, 4 e 5 "qualora siano svolte nei confronti di terzi con carattere di

professionalità", quindi, in modo organizzato con modalità e strumenti tali da prevedere e consentire la concessione non occasionale di mutui e di finanziamenti, a un numero, non necessariamente vasto, ma potenzialmente indeterminato, di persone (Sez. 5 n. 21927 del 17/05/2018, Gigantini, Rv. 273017; Sez. 5 n. 18317 del 16/12/2016 dep. 2017, Kienesberger, Rv. 269616; Sez. 6 n. 27187 del 13/04/2018, Spinella, Rv. 273583).

Pertanto la destinazione al pubblico dell'attività finanziaria ricorre, secondo l'indirizzo assunto dalla Corte, anche quando l'attività sia in concreto destinata a una cerchia ristretta di persone, purchè, tuttavia, essa venga rivolta a un numero potenzialmente illimitato di soggetti.

La Corte con la **Sez. 5, n. 24447 del 15/02/2019, Spanghero, Rv. 276587-01,** ritiene superato da tempo l'orientamento che ha affermato la necessità che l'agente ponga in essere una delle condotte indicate dall'art. 106 d.lgs n. 385 del 1993. (così sottraendosi ai controlli di affidabilità e stabilità) operando indiscriminatamente fra il pubblico, così imponendosi la necessità che la predetta attività sia professionalmente organizzata con modalità e strumenti tali da prevedere e consentire la concessione sistematica di un numero indeterminato di mutui e finanziamenti, rivolgendosi a un numero di persone potenzialmente vasto e realizzandosi così quella latitudine di gestione tale da farla trasmigrare dal settore privato a quello pubblico e ricondurla, quindi, nell'ambito di operatività della legge bancaria (Sez. 2 n. 5285 del 02/10/1997, Nasso, Rv. 209597; Sez. 2 n. 4882 del 12/11/2001, dep. 2012, Maione, Rv. 220659).

Non si richiede, in definitiva, che i servizi siano resi "al pubblico" inteso in senso di comunità indifferenziata dei destinatari, poichè, invece, è sufficiente fare riferimento a un concetto "qualitativo" di destinatari, che possono essere anche ricondotti a una ristretta cerchia di soggetti, come nel caso concreto i clienti dell'attività commerciale di vendita di arredamenti.

5. Il bene giuridico tutelato e la natura di reato di pericolo astratto.

La Corte, con la sentenza **Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018, dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-01**, ci offre un importante *obiter dictum* che concerne la natura del reato di esercizio abusivo di attività finanziaria, di cui all'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993, quale reato di pericolo che tutela la funzione di controllo della Banca d'Italia sulle attività finanziarie.

Le considerazioni sull'attività incriminata consentono al giudice di legittimità di evidenziare che la tecnica di tutela penale adottata dal legislatore ha strutturato la fattispecie di abusiva attività finanziaria come reato di pericolo astratto laddove le operazioni protratte nel tempo devono essere collegate da un nesso di abitualità

strutturato in una condotta unica della quale la ripetizione di una o più delle attività previste dall'art. 106 d.lgs. n. 385 del 1993, costituisce requisito essenziale (già nello stesso senso, Sez. 5, n. 7986 del 12/11/2009, dep. 2010, Gallo, Rv. 246148).

Invero, la Corte osserva che la tecnica di tutela adoperata non risulta apprestata a salvaguardia di percepibili beni giuridici (individuali o collettivi), finali o intermedi, bensì a salvaguardia della funzione, affidata alla Banca d'Italia, di controllare le offese e bilanciare i contrapposti interessi che vengono in rilievo, cui è affidata anche la funzione di controllo preventivo e vigilanza sulle attività finanziarie.

Il bene giuridico tutelato dall'art. 132 d.lgs n. 385 del 1993, pertanto, concerne il controllo preventivo e la vigilanza sulle attività creditizie e di finanziamento, l'esercizio regolare delle attività bancarie e dei servizi di finanziamento, l'ostacolo alla penetrazione, nel mercato creditizio e finanziario, di capitali di provenienza illecita. E tali interessi, sottesi alla tutela penale della funzione di controllo e vigilanza, sono suscettibili di compromissione ed offesa, già attingendo la soglia del pericolo astratto.

Con medesime considerazioni **Sez. 5, n. 24447 del 15/02/2019, Spanghero, Rv. 276587-01** giunge a ritenere il reato come di pericolo presunto (in linea con Sez. 5 n. 18317 del 16/12/2016 dep. 2017, Kienesberger, Rv. 269616).

Al di là del predicato del pericolo, presunto o astratto, la condotta abituale dell'esercizio abusivo aggredisce la trasparenza, correttezza e liceità del mercato finanziario, che si avverte anche quando le attività finanziarie siano esercitate indirettamente, mediante schermature formali (come nel caso della banca italiana cui venga conferito un mandato senza rappresentanza da una banca straniera non autorizzata).

6. La successione di leggi e la pena applicabile.

Altro importante insegnamento della sentenza Albertazzi della Sezione quinta riguarda il tema della successione di leggi e in particolare la rimodulazione della sanzione penale.

Invero per una superficialità del legislatore intervenuto nel 2010 con la disposizione dell'art. 8, comma 2, d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che avendo integralmente sostituito il testo originario dell'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993, riformulandone sia la parte precettiva che quella sanzionatoria, ha tacitamente abrogato, con riferimento a detta fattispecie, la previsione dell'art. 39 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, che stabiliva il raddoppio delle pene comminate, tra l'altro, dal predetto d.lgs. n. 385 del 1993.

In tal senso si pronuncia Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018 - dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-02.

La *quaestio* merita di essere ricostruita con un'analisi diacronica.

L'art. 39 della legge n. 262 del 2005, stabiliva il raddoppio delle pene comminate, tra l'altro, dal predetto d.lgs. n. 385 del 1993 e pertanto anche dall'art. 132.

L'art. 8 d.lgs. n. 141 del 2010, aveva sostituito integralmente l'art. 132 cit.; pertanto si pone la questione di determinare se tale sostituzione abbia fatto venir meno il raddoppio previsto dal citato art. 39, che, in quanto norma di portata generale, resta comunque applicabile a tutti gli altri reati previsti dal d.lgs. n. 385 del 1993.

Al riguardo, si registra un primo orientamento a favore dell'ultrattività del raddoppio delle pene, secondo cui in materia di abusivo esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, la disposizione di cui all'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 141 del 2010 non ha abrogato l'aumento di sanzione previsto dall'art. 39 l. n. 262 del 2005 (Sez. 5, n. 18544 del 27/02/2013, Strada, Rv. 255192). Quest'ultima sentenza ha, infatti, evidenziato che l'intervento normativo è incentrato sulla revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario (così la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo). Orbene, in nessun punto della l. n. 88 del 2009, e precisamente negli artt. 2 e 33 che fissano principi e criteri direttivi della delega legislativa, si fa riferimento ad una modifica delle sanzioni penali previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia; un eventuale dimezzamento dei livelli edittali, si risolverebbe in un eccesso di delega legislativa, con conseguente illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 141 del 2010 (in particolare dell'art. 8).

La Corte nella decisione in commento è di opposto orientamento, rispetto all'ultrattività del raddoppio delle pene previsto dall'art. 39 della legge n. 262 del 2005 anche con riferimento al reato di cui all'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993.

Gli argomenti che depongono a favore di tale interpretazione si sviluppano su un piano di teoria generale ermeneutica.

Innanzitutto, la Corte osserva che l'interpretazione costituzionalmente orientata è possibile ed ammissibile allorquando sia consentita dal tenore letterale della norma; ma l'interpretazione posta a fondamento dell'ultrattività del raddoppio delle pene anche con riferimento all'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993 va ascritta più propriamente all'ambito dell'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore (art. 12 disp. prel. cod.civ.), essendo fondata sui limiti della legge delega nell'esercizio della quale è stato emanato l'art. 8 d.lgs. n. 141 del 2010.

La questione in esame non riguarda l'interpretazione della norma, bensì il diverso fenomeno della successione tra le leggi, ed in particolare l'abrogazione parziale.

Pertanto la Corte ci indirizza verso l'art. 15 Preleggi, che prevede le due ipotesi di abrogazione "espressa" e "tacita". L'abrogazione opera sulle norme, e non sulla fonte di produzione della norma, e nel caso in esame viene in rilievo proprio il

fenomeno dell'abrogazione "tacita" per la regolamentazione *ex novo* ed integrale della medesima materia da parte di una fonte successiva.

Invero, l'art. 39 della legge n. 262 del 2005, tuttora vigente (con riferimento alle altre fattispecie incriminatrici non coinvolte da successioni di leggi), ha previsto: "Le pene previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 10 settembre 1993, n. 385, dal testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dalla legge 12 agosto 1982, n. 576, sono raddoppiate entro i limiti posti per ciascun tipo di pena dal libro I, titolo II, capo II, del codice penale".

In conseguenza di tale disposizione, argomenta la medesima decisione, le pene detentive originariamente previste dall'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993, erano, dunque, pari nel minimo ad un anno e nel massimo ad otto anni di reclusione.

Successivamente, però, l'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 141 del 2010 così sostituisce l'articolo 132 d.lgs. n. 385 del 1993: "Art. 132. Abusiva attività finanziaria 1. Chiunque svolge, nei confronti del pubblico una o più attività finanziarie previste dall'articolo 106, comma 1, in assenza dell'autorizzazione di cui all'articolo 107 o dell'iscrizione di cui all'articolo 111 ovvero dell'articolo 112, e' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da euro 2.065 ad euro 10.329".

L'art. 8 d.lgs. n. 141 del 2010 ha, pertanto, sostituito integralmente il testo previgente, in relazione al quale era stato previsto il raddoppio delle pene, operando una vera e propria novazione della fonte di produzione del reato di cui all'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993; reato per il quale, successivamente al raddoppio generalizzato disposto con l'art. 39 legge n. 262 del 2005, ha previsto una pena detentiva da sei mesi a quattro anni di reclusione.

Pertanto conclude la Corte che "la sostituzione della disposizione ha riguardato l'intera norma incriminatrice, sia nella sua dimensione precettiva, che nella sua dimensione sanzionatoria, determinando una abrogazione della cornice edittale risultante dal combinato disposto di cui al previgente art. 132 TUB e all'art. 39 l. 262/2005".

Ne consegue che, seppur ascrivibile ad una svista legislativa, o ad un difetto di coordinamento, il reato di cui all'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993 è disciplinato da una fonte di produzione - l'art. 8, comma 2, d.lgs. 141/2010 - diversa e successiva a quella in relazione alla quale era stato disposto il raddoppio delle pene con l'art. 39 legge n. 262 del 2005; disposizione, quest'ultima, che, in difetto di coordinamento e di espressa previsione legislativa, non può essere applicata anche alla nuova norma incriminatrice che, nel 2010, ha "sostituito" la precedente, pur nell'ambito di una continuità del tipo di illecito.

Trattandosi di una norma incriminatrice, in relazione alla quale vige, in termini ancor più stringenti, il principio di stretta legalità, va dunque affermato che, nell'ambito di un fenomeno di successione di leggi nel tempo, il reato di esercizio

abusivo di attività finanziaria, previsto dall'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993, è stato modificato, non soltanto nella parte precettiva, limitatamente alla individuazione dei soggetti operanti nel settore finanziario, ma altresì nella parte sanzionatoria, con una riduzione dei limiti edittali, ripristinati (non rileva se consapevolmente o meno) nella misura originaria di, rispettivamente, sei mesi e quattro anni di reclusione.

7. La buona fede e il valore scusante degli atti della Banca d'Italia.

Nella medesima motivazione di **Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018, dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-03,** la Corte si occupa di un'altra questione riguardante il valore scusante dei comportamenti dell'autorità di controllo, nella fattispecie la Banca d'Italia.

Il tema si coglie nell'alveo dell'applicazione del principio di buona fede dell'agente ai sensi dell'art. 5 cod. pen. come riletto dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 364 del 1988.

Sempre in relazione alla contestazione del reato di esercizio abusivo di attività finanziaria ai sensi dell'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993, i ricorrenti avevano evocato, in termini generici, l'esito di alcune ispezioni operate dalla Banca d'Italia, senza alcuna indicazione sui contenuti del mandato ispettivo e della competenza funzionale degli ispettori, e comunque senza allegare il positivo avallo, da parte dell'istituto di vigilanza, della prassi incriminata.

Sulla base di tale comportamento di una pubblica amministrazione, asseritamente tranquillizzante o induttivo di una errata consapevolezza di liceità della condotta, secondo la Corte, non v'è argomento idoneo per sostenere la buona fede scusante.

Infatti, in assenza di un fatto positivo dell'autorità amministrativa, idoneo a ingenerare uno scusabile convincimento di liceità del comportamento, la buona fede non può essere desunta da un mero fatto negativo, quale la mancata rilevazione di irregolarità da parte degli organi di vigilanza o di controllo.

Invero per escludere il dolo del reato di cui all'art. 132 d.lgs. n. 385 del 1993, e in particolare per sostenere l'inevitabilità dell'errore di diritto sul divieto dell'attività di finanziamento ingenerato dal legittimo affidamento creato dalla Banca d'Italia, non è sufficiente che quest'ultima autorità, nel corso degli anni, non abbia mai formulato rilievi espliciti (nel caso di specie sulle operazioni *in pool* con la banca extracomunitaria mandante).

A tal riguardo, la Corte, in linea con i principi e i criteri affermati dalla celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, ribadisce che "la valutazione dell'inevitabilità dell'errore di diritto, rilevante ai fini dell'esclusione della colpevolezza, deve tenere conto tanto dei fattori esterni che possono aver

determinato nell'agente l'ignoranza della rilevanza penale del suo comportamento, quanto delle conoscenze e delle capacità del medesimo" (Sez. 3, n. 8410 del 25/10/2017, dep. 2018, Venturi, Rv. 272572).

In definitiva in tema di elemento psicologico del reato, la Corte esclude che il comportamento inerte della Banca d'Italia possa aver avuto la forza di ingenerare una ragionevole convinzione della liceità del comportamento degli imputati "in quanto l'ignoranza da parte dell'agente sulla normativa di settore e sull'illiceità della propria condotta è idonea ad escludere la sussistenza della colpa, se indotta da un fattore positivo esterno ricollegabile ad un comportamento della pubblica amministrazione" (Sez. 3, n. 35314 del 20/05/2016, Oggero, Rv. 268000).

La Corte ribadisce che per costituire la buona fede scusante è necessario un elemento positivo tale da indurre nella convinzione della sua liceità, come un provvedimento dell'autorità amministrativa (o una precedente giurisprudenza assolutoria o contraddittoria, una equivoca formulazione del testo della norma). (Sez. 3, n. 29080 del 19/03/2015, Palau, Rv. 264184; Sez. 3, n. 42021 del 18/07/2014, Paris, Rv. 260657).

Al contrario, il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga tale incertezza, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità (Sez. 5, n. 2506 del 24/11/2016, dep. 2017, Incardona, Rv. 269074).

Anche in tema di esercizio abusivo di attività finanziaria, quindi, l'ignoranza da parte dell'agente sulla normativa di settore e sull'illiceità della propria condotta è idonea ad escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo, soltanto se indotta da un fattore positivo esterno ricollegabile ad un comportamento dell'autorità di vigilanza, non essendo sufficienti – nel caso di specie - i mancati rilievi durante un'ispezione successiva alla concessione dei finanziamenti.

8. La natura delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia e il princio del *ne bis in idem.*

In ordine all'esercizio abusivo di attività finanziaria la Corte ha potuto precisare altresì che le sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 n. 385 del 1993 non hanno natura sostanzialmente penale ai sensi dell'art. 6 CEDU in quanto, oltre ad essere qualificate come amministrative dalla legge, sono irrogate per fatti diversi da quelli sanzionati penalmente e, in considerazione dei massimi edittali previsti, non presentano un grado di afflittività assimilabile a quello

proprio delle sanzioni penali (**Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018 - dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-04**).

In conseguenza a tale considerazione sulla natura giuridica, non v'è violazione del principio del *ne bis in idem* "convenzionale" a causa della concorrenza della sanzione penale e della sanzione amministrativa pecuniaria inflitta dalla Banca d'Italia.

Quest'ultima è irrogata dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 145 d.lgs. n. 385 del 1993, per carenze nell'organizzazione e nei controlli interni e non è equiparabile, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 187-*ter* d.lgs. 24/02/1998 n. 58, per la manipolazione del mercato.

Di conseguenza, esclusa la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, non si pone un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU a seguito della nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia.

Nel caso delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia con la procedura di cui all'art. 145 d.lgs. n. 385 del 1993, infatti, non ricorrono gli indici – qualificazione giuridica, natura dell'illecito e grado di severità delle sanzioni - della natura sostanzialmente penale elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (i c.d. Engel criteria) nella ormai celebre sentenza dell'8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi: le sanzioni sono, infatti, qualificate come amministrative, sono irrogate per ipotesi diverse da quelle oggetto di norme penali, ed il grado di afflittività, in considerazione dei massimi edittali previsti, non appare omogeneo a quello proprio delle sanzioni penali.

9. Elementi costitutivi dell'esercizio abusivo dell'attività bancaria.

Con un'importante decisione **(Sez. 5, n. 7802 del 29/11/2018 - dep. 2019, Dima, Rv. 275375)** la Corte si sofferma sugli elementi costitutivi dell'esercizio abusivo dell'attività bancaria *ex* art. 131 d.lgs. n. 385 del 1993.

Al fine di dare una definizione netta della nozione di attività bancaria e specificamente di quella di raccolta del risparmio, la Corte si occupa del caso di un'attività posta in essere da una società cooperativa, realizzata sotto una duplice forma: da un lato, mediante depositi "a vista" da parte dei soci su conti di servizio nella disponibilità della società e, dall'altro lato, mediante la stipulazione di contratti di finanziamento in favore della stessa, con obbligo di rimborso e corresponsione di interessi, unitamente all'attività di esercizio del credito mediante erogazione di prestiti ai soci, in violazione dell'art. 11 d.lgs. n. 385 del 1993.

In primo luogo la Corte evidenzia la differenza tra la fattispecie di cui all'art. 130 d.lgs. n. 385 del 1993, che si caratterizza esclusivamente per l'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico, e quella di esercizio abusivo di cui all'art. 131 dello stesso testo unico, che richiede anche l'esercizio del credito verso terzi.

In particolare l'esercizio abusivo di attività bancaria di cui all'articolo 131 d.lgs. n. 385 del 1993, viene individuato dalla Corte nella raccolta di risparmio "a vista" presso i soci, attraverso la stipulazione di "contratti di finanziamento" e di "conti di servizio" in forme differenti dalla sottoscrizione di quote, in violazione dell'articolo 11 del medesimo d.lgs. n. 385 del 1993.

Specificamente, secondo il *dictum* della Corte, affinchè possa trattarsi di una acquisizione di fondi qualificabile (sul piano tecnico normativo) come raccolta di risparmio tra il pubblico, rileva che un soggetto, in virtù di un rapporto giuridicamente rilevante con un terzo, acquisisca la disponibilità materiale e giuridica di somme di denaro, di cui successivamente può liberamente disporre per scopi propri, con l'obbligo di restituirle al terzo stesso in un momento successivo.

Peraltro osserva la Corte che già la deliberazione del CICR del 3 marzo 1994, prima delle modifiche apportate all'art. 11 d.lgs. n. 385 del 1993, prevedeva all'art. 6 che le società possono raccogliere risparmio presso soci, con modalità diverse dall'emissione di strumenti finanziari, purché tale facoltà sia prevista nello statuto. Resta comunque preclusa la raccolta di fondi a vista e ogni forma di raccolta collegata all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento

Pertanto costituisce "raccolta di risparmio", se operata con l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, l'acquisizione remunerata attraverso la corresponsione di interessi ai soci (normalmente superiori a quelli praticati dal mercato).

Ciò anche se non "a vista", in quanto nal caso concreto per la restituzione era previsto un termine, non derogabile a semplice richiesta del finanziatore, se non in casi eccezionali e previa valutazione discrezionale della cooperativa.

In definitiva, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 131 d.lgs. n. 385 del 1993, la norma esige unicamente l'esercizio del credito verso terzi, e non richiede affatto che tale attività avvenga nei confronti del pubblico (vale a dire di tutti i soggetti).

Ciò, rende irrilevante, peraltro, ai fini della sussistenza del delitto contestato, la circostanza che destinatari dei finanziamenti (e quindi dell'attività di erogazione del credito) siano stati in concreto i soli soci della cooperativa e mai soggetti alla stessa estranei.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 2 n. 5285 del 02/10/1997, Nasso, Rv. 209597
Sez. 2 n. 4882 del 12/11/2001, dep. 2002, Maione, Rv. 220659
Sez. U, n. 24772 del 08/10/2008, Rv. 604829 – 01.
Sez. 5, n. 7986 del 12/11/2009, dep. 2010, Gallo, Rv. 246148
Sez. 5, n. 18544 del 27/02/2013, Strada, Rv. 255192
Sez. 3, n. 42021 del 18/07/2014, Paris, Rv. 260657
Sez. 3, n. 29080 del 19/03/2015, Palau, Rv. 264184
Sez. 3, n. 35314 del 20/05/2016, Oggero, Rv. 268000
Sez. 5, n. 2506 del 24/11/2016, dep. 2017, Incardona, Rv. 269074
Sez. 5 n. 18317 del 16/12/2016 dep. 2017, Kienesberger, Rv. 269616
Sez. 3, n. 8410 del 25/10/2017, dep. 2018, Venturi, Rv. 272572
Sez. 6 n. 27187 del 13/04/2018, Spinella, Rv. 273583
Sez. 5 n. 21927 del 17/05/2018, Gigantini, Rv. 273017
Sez. 5, n. 12777 del 16/11/2018, dep. 2019, Albertazzi, Rv. 275996-01
Sez. 5, n. 7802 del 29/11/2018, dep. 2019, Dima, Rv. 275375
Sez. 5, n. 24447 del 15/02/2019, Spanghero, Rv. 276587

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 364 del 24/03/1988

Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

Sentenza 4/3/2014, Grande Stevens e altri c. Italia
Sentenza 8/6/1976, Engel c. Paesi Bassi

CAPITOLO VI

COLTIVAZIONE DI PIANTE AD EFFETTO STUPEFACENTE E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. L'informazione provvisoria – 2. Gli indirizzi giurisprudenziali richiamati nell'ordinanza di rimessione. Le Sezioni Unite Di Salvia – 2.1.1 La giurisprudenza successiva sulla efficacia drogante – 2.2. Il primo indirizzo del contrasto richiamato nell'ordinanza di rimessione: l'idoneità della coltivazione a produrre sostanza per il consumo. Le sentenze relative al ciclo di maturazione delle piantumazioni – 2.3 L'ulteriore indirizzo. L'incremento della provvista di stupefacente e l' idoneità ad alimentare il mercato – 3. L'inquadramento normativo del principio di offensività – 4. Il quadro normativo di riferimento, quanto all'attività di coltivazione. La sentenza "Cangemi" – 5. Gli orientamenti della Corte costituzionale sull'offensività della illecita coltivazione – 6. L'inafferrabile nozione della "efficacia drogante". Le Sezioni Unite Castignani sulla cannabis light –7. I contenuti dell'informazione provvisoria.

1. L'informazione provvisoria.

All'udienza del 19 dicembre 2019, le Sezioni Unite sono pervenute alla decisione del proc. n. 41356/2018 R.G., ric. Caruso, in relazione alla quale è stata diramata l'informazione provvisoria qui di seguito trascritta:

"Il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente; devono però ritenersi escluse, in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione della norma penale, le attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore".

La pronuncia ha impulso dall'ordinanza dell'11/06/2019, pronunciata nel procedimento iscritto al n. 41356/2019 R.G., con cui la Terza sezione aveva registrato contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità in relazione alla questione di cui al seguente quesito:

"Se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, è sufficiente che la pianta, conforme al tipo botanico previsto, sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato. "

Il massimo organo di nomofilachia è stato dunque sollecitato a definire la nozione di offensività in concreto del reato di coltivazione non autorizzata di sostanze stupefacenti, ritenendo la Sezione remittente che dovesse dirimersi l'alternativa tra un'opzione ermenutica secondo la quale, posta la conformità delle piante al tipo botanico vietato, sarebbe a tali fini sufficiente accertare, anche in relazione al grado di maturazione ed alle caratteristiche della coltivazione, la mera idoneità delle stesse a produrre sostanza stupefacente o psicotropa per il consumo, e ciò in vista dell'obiettivo di scongiurare il rischio di diffusione futura della sostanza stupefacente; e quella per cui l'offensività richiederebbe l'ulteriore requisito della idoneità delle piante a ledere la salute intesa come bene collettivo, mediante l'implementazione della provvista di droghe, suscettibile di alimentare il mercato.

2. Gli indirizzi giurisprudenziali richiamati nell'ordinanza di rimessione. Le Sezioni Unite Di Salvia.

Le possibili opzioni ricostruttive, rispetto alla questione controversa, trovano premessa logica nella pronuncia delle Sez. U. n. 28605 *del* 24/04/2008, Rv. 239920 – Rv. 239921, da cui sono stati enucleati i principi di diritto rispettivamente così massimati:

"Costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale. (Conforme, Sez. U. 24 aprile 2008, Valletta, non massimata). (Vedi Corte cost. n. 360 del 1995 e n. 296 del 1996) ".

"Ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, spetta al giudice verificare in concreto l'offensività della condotta ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile. (Conforme, Sez. U. 24 aprile 2008, Valletta). (Vedi Corte cost. n. 360 del 1995 e n. 296 del 1996)".

Punto di partenza delle riflessioni dell'ordinanza rimettente di cui al presente giudizio, la decisione risolse anzitutto il vivace contrasto di posizioni delineatosi con riguardo alla valenza da attribuire alla destinazione del prodotto della coltivazione ad uso esclusivamente personale, affermando che la coltivazione non potesse essere sottratta all'area della repressione penale, quale che sia la finalità di impiego del prodotto.

L'assunto era fondato sui seguenti rilievi:

- su un argomento di carattere testuale, atteso che, anche dopo le modifiche introdotte dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, l'attività di coltivazione non risulta essere richiamata né dall'art. 73, comma 1-*bis,* d.P.R. n. 309 del 1990, né dal

successivo art. 75, comma 1, tra quelle sanzionate solo in ambito amministrativo, a conferma della chiara volontà del legislatore di mantenerne la rilevanza penale (e, d'altra parte, anche la distinzione tra coltivazione "tecnico-agraria" e coltivazione "domestica", da taluni sostenuta per affermare che quest'ultima sia piuttosto riconducibile alla nozione di detenzione, la quale è penalmente irrilevante se finalizzata al consumo personale, non sembrava trovare riscontro nel dato normativo);

- su un argomento di carattere naturalistico, posto che coltivazione e detenzione sono condotte ontologicamente distinte; tant'è che, quand'anche intrapresa con l'intento di soddisfare esigenze di consumo minime, la coltivazione, a differenza della mera detenzione, è attività suscettibile di creare nuove disponibilità di stupefacenti;

- sulla peculiare connotazione di offensività della coltivazione, che ai tempi la Consulta, con le decisioni richiamate in massima, aveva già evidenziato, da un lato ponendo in risalto che tra coltivazione e consumo personale – a differenza che tra detenzione e consumo personale - difetta un nesso di immediatezza, così che restano congetturali le valutazioni in merito alla destinazione della droga ad uso proprio piuttosto che alla cessione a terzi; dall'altro evidenziando che non è stimabile a priori, con sufficiente grado di precisione, la potenzialità produttiva di una piantagione, la quale implica in sé il rischio di dilatazione del fenomeno degenerativo ed antisociale delle tossicomanie.

Secondo le Sezioni Unite Di Salvia, tutto quanto innanzi vale a spiegare perché il reato di coltivazione, rispetto agli altri delitti in materia di stupefacenti, sia contraddistinto da una significativa anticipazione della tutela penale ad uno stadio antecedente all'insorgere del pericolo concreto e connotato, invece, da pericolo presunto.

L'impostazione, espressamente ispirata all'obiettivo di contenere i gravi rischi per la salute collettiva che l'attività di coltivazione, in virtù della sua potenzialità diffusiva, è in grado di ingenerare, venne tuttavia temperata dalle stesse Sezioni Unite, che proposero una lettura costituzionalmente orientata del dato normativo, peraltro anticipata dalla Consulta, la quale, pur senza negare la compatibilità con il sistema ordinamentale alle fattispecie di pericolo presunto, aveva sostenuto la necessità che venisse accertata l'offensività in concreto delle relative condotte.

In buona sostanza, secondo tale lettura il reato deve sostanziarsi nell'offesa (anche intesa come esposizione a pericolo) di un bene giuridico (*nullum crimen sine iniuria)*, non essendo concepibili fattispecie incriminatrici di pura disobbedienza; e tale principio, che presuppone ed integra la clausola generale di materialità del fatto

(che invece assicura contro le incriminazioni di meri atteggiamenti interiori) costituisce ineludibile presidio di garanzia di uno Stato di diritto.

Le Sezioni Unite ribadirono la duplice valenza del principio di offensività, il quale opera: a) sul piano astratto della previsione normativa, in quanto precetto rivolto al legislatore, il quale deve strutturare fattispecie incriminatrici che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo di un bene/interesse oggetto della tutela penale; b) sul piano concreto dell'applicazione giurisprudenziale, quale criterio interpretativo affidato al giudice, tenuto a "verificare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato" (così testualmente Corte cost. n. 265 del 2005 e, in senso conforme, nn. 360 del 1995, n. 263 del 2000, n. 519 del 2000, n. 354 del 2002).

In ossequio a tali enunciati, la Corte chiarì che l'offensività va esclusa quando la condotta contestata ed accertata sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto, al riguardo essendo irrilevante il grado dell'offesa; il che si verifica quando la sostanza estraibile non sia idonea a produrre un "effetto stupefacente in concreto rilevabile" (*id est* ad influenzare in pur minima misura l'attività neuropsichica del consumatore).

Una simile opzione ricostruttiva, che punta il fuoco sulla dimensione dell'offensività, esige una chiara perimetrazione dell'oggettività giuridica della fattispecie incriminatrice in discorso, con l'esatta individuazione dei beni-interessi da essa tutelati, compito cui le Sezioni Unite non si sottrassero.

In tale prospettiva, ritennero che siano tutelati dalla legislazione in materia di stupefacenti la salute collettiva, nonché, sulla scia di Sez. U., n. 9973 del 21/9/1998, Kremi, Rv. 211073, la sicurezza e l'ordine pubblico, rispetto ai quali l'implementazione della provvista di droga costituisce causa di turbativa, nonché la salvaguardia delle giovani generazioni.

Merita segnalare, infine, il monito – sempre attuale - che le Sezioni Unite lanciarono, allorchè, pur nel riconoscimento del ruolo decisivo che ai fini dell'interpretazione dell'offensività compete al giudice, ribadirono il valore delle garanzie di riserva di legge e di tassatività, e ciò ad evitare che le tensioni ideologiche, ora di tipo conservatore e repressivo, ora maggiormente libertarie, sottese al dibattuto tema del contrasto alle tossicodipendenze ed alle possibili strategie attuative degli obiettivi di prevenzione/repressione, possano indurre schemi interpretativi, di ampliamento e dilatazione dell'area del penalmente rilevante, o, al contrario, riduttivi di tale estensione, dagli esiti applicativi incerti e variabili.

2.1.1 La giurisprudenza successiva sulla efficacia drogante.

I concetti espressi dalle Sezioni Unite Di Salvia furono ripresi, anche per essere oggetto di aspra critica, da parte di alcuni arresti che, sebbene non riconducibili agli orientamenti antagonisti richiamati nell'ordinanza di rimessione, è il caso di ricordare, in quanto hanno largamente influenzato l'elaborazione giurisprudenziale successiva.

Tra questi, Sez. 4, n. 1222 del 28/10/2008, Nicoletti, Rv. 242371, ancorò l'offensività dell'illecito di coltivazione alla capacità, che deve essere effettiva ed attuale, della sostanza ricavabile a determinare un effetto drogante (Sez. 4, n. 4324 del 27/10/2015, Mele, Rv. 265976), ossia a produrre nell'assuntore alterazioni di natura psico-fisica.

Anche tale arresto ricostruì *in primis* il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, ma in senso assai più riduttivo rispetto alle Sezioni Unite Di Salvia.

Difatti, sul rilievo che il bene della libertà personale, cui l'art. 13 Cost. riconosce valore fondamentale, possa essere sacrificato solo a seguito di offesa di un bene-interesse di pari rango, correttamente il presupposto di legittimazione della scelta punitiva in materia di stupefacenti viene individuato nella tutela del bene-salute (dei consumatori attuali e potenziali), il cui presidio costituzionale è negli artt. 2 e 32; al contrario, un'opinione fortemente critica la sentenza espresse nei confronti della lettura plurioffensiva offerta dalle Sez. U. Kremi e recepita dalle Sez. U. Di Salvia, le quali avevano individuato, accanto alla salute, secondo un paradigma di tutela da taluni definito "iperpubblicistico", l'ulteriore interesse della lotta al mercato della droga ed i valori della sicurezza, dell'ordine pubblico e del normale sviluppo delle giovani generazioni, anch'essi visti come serventi al bene primario della salute, ma non direttamente contemplati dalla Costituzione.

In tal modo, con evidente spostamento di baricentro, il nucleo di offensività del reato di coltivazione, che avrebbe dovuto fungere da parametro di selezione qualitativa della meritevolezza dell'intervento punitivo, veniva ad essere ampliato, affiancandovi beni/interessi di vaga determinazione, fino ad essere sensibilmente ridimensionato come strumento di orientamento dell'intervento punitivo dello Stato.

Di qui l'esigenza, teorizzata dalla medesima decisione, che la condotta tipica del reato di coltivazione illecita abbia ad oggetto sostanze aventi il duplice requisito, formale, della iscrizione nelle tabelle (in ossequio alla concezione legale della nozione di stupefacente, accolta dal sistema), e sostanziale, dell'efficacia stupefacente o psicotropa, la quale ultima resta ineludibile ai fini dell' offensività del fatto, vieppiù in un ordinamento che ha nella presunzione di non colpevolezza uno dei suoi pilastri fondativi.

Lungo la stessa direttrice ermenutica, ad anni di distanza, Sez. 6, n. 2618 del 21/10/2015, Marongiu, Rv. 265640, avrebbe sostenuto che, in materia di stupefacenti, il pericolo per la salute degli assuntori è essenzialmente collegato a condotte seriali con effetti cumulativi e se, per un verso, tanto giustifica la scelta del legislatore di prevedere un reato di pericolo presunto, per altro verso si rende essenziale, per il principio di necessaria lesività, la dimostrazione della efficacia drogante della sostanza, che deve resistere al canone dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, codificato dall'art. 533, comma 1, cod. proc. pen.; sicchè il giudice sarebbe tenuto ad accertare la lesività delle piantumazioni, ma avendo riferimento all'attualità, ossia all'atto dell'accertamento, e non invece in base ad un giudizio predittivo sulle potenzialità di resa della coltura.

In questo scenario, la giurisprudenza dell'ultimo quinquennio si è ancora divisa sulla nozione di offensività, polarizzandosi intorno a distinti indirizzi interpretativi, pur gemmati dal comune ed indiscusso presupposto che la pianta da cui siano estraibili sostanze stupefacenti risulti - quantomeno - conforme al tipo botanico vietato.

2.2. Il primo indirizzo richiamato nell'ordinanza di rimessione: l'idoneità della coltivazione a produrre sostanza per il consumo. Le sentenze relative al ciclo di maturazione delle piantumazioni.

Uno degli indirizzi che, secondo l'ordinanza di remissione, ha dato vita al contrasto è quello che slega la verifica dell'efficacia drogante delle sostanze ricavabili dalle colture dal momento dell'accertamento operato dalla polizia giudiziaria.

Le sentenze che ne sono espressione fondano sul presupposto logico-argomentativo che il "coltivare" sia attività che si riferisce all'intero ciclo evolutivo dell'organismo biologico e che l'offensività della condotta di coltivazione in corso non possa ritenersi esclusa dal mancato compimento del processo di maturazione dei vegetali, purchè le piantumazioni in essere all'atto dell'accertamento siano prevedibilmente in grado di rendere, all'esito di un fisiologico processo di sviluppo, quantità significative di prodotto dotato di effetti droganti; sicchè, quel che deve essere valutato, ai detti fini, sono le modalità della coltivazione e, specialmente, l'assenza di fattori ostativi al completamento di tale processo evolutivo (Sez. 6, n. 25057 del 10/05/2016, Iaffaldano, Rv. 266974; Sez. 4, n. 53337 del 23/11/2016, Trabanelli, Rv. 268695; Sez. 6, n. 52547 del 22/11/2016, Losi, Rv. 268938 – 01; Sez. 6, n. 35654 del 28/04/2017, Nerini, Rv. 270544; Sez. 6, n. 10169 del 10/02/2016, Tamburini, Rv. 266513; **Sez. 4, n. 27213 del 21/05/2019, Bongi, Rv. 275877**).

A ben vedere, le decisioni che l'ordinanza remittente richiama come espressive di un tale orientamento sembrano piuttosto incentrate sul tema - solo in parte

tangente a quello oggetto del quesito sottoposto alle Sezioni Unite - della offensività delle cd. coltivazioni in corso, il cui ciclo di maturazione non sia cioè esaurito all'atto dell'accertamento; e si tratta di decisioni che solo entro certi limiti possono ritenersi contrapposte a quelle che richiedono, ai fini dell'apprezzamento dell'offensività, l'attitudine del prodotto ad implementare la droga circolante ed immettibile nel mercato.

Invero, l'alternativa ermeneutica che le Sezioni Unite hanno risolto con la decisione qui in commento si pone anche in rapporto a coltivazioni giunte a maturazione, ma il cui prodotto abbia un contenuto di principio attivo limitatissimo, con minima efficacia drogante, rispetto alle quali ci si interroghi sul se la condotta attinga la soglia di offensività a prescindere dal quantitativo di prodotto.

In ogni caso, nell'ambito di questo orientamento si è evidenziato - con netta presa di distanza dalla citata sentenza Nicoletti – come l'idoneità offensiva della coltivazione vada valutata in "assoluto" e non possa dipendere da circostanze occasionali e contingenti, quale il momento della individuazione della piantagione da parte della polizia giudiziaria, poiché, diversamente, si perverrebbe all'irrazionale conclusione di escludere la rilevanza penale di una coltivazione anche di notevoli dimensioni, con elevato numero di piante messe a dimora, per il solo fatto che ne sia stata accertata l'esistenza in uno stadio di crescita iniziale e che, esclusivamente per tale circostanza fattuale, sia risultata non produttiva, nell'immediato, di principio attivo (in tal senso già Sez. 3, n. 21120 del 31/01/2013, Colamartino, Rv. 255427).

In questa prospettiva, Sez. 6, n. 6753 del 09/01/2014, M., Rv. 258998, dopo avere precisato che il legislatore, con l'obiettivo di punire ogni attività che incrementi il rischio di diffusione delle sostanze stupefacenti, arretrando la soglia di tutela fino a colpire le fasi della produzione, ha puntualizzato che la verifica dell'offensività debba essere rapportata al ciclo di sviluppo vegetale delle piante, non potendo essere operata allo stesso modo durante tutto il suo svolgersi.

In particolare, se a fronte di un ciclo vegetale già esaurito il processo di verifica va condotto *ex post*, di modo che la rilevanza della condotta potrà essere esclusa quando si riscontri l'assenza di efficacia stupefacente o psicotropa del prodotto - in consonanza con l'insegnamento delle Sezioni Unite Di Salvia -, per le ipotesi di vegetali in crescita rileverà, invece, l'attitudine a produrre sostanze utili per il consumo.

2.3 L'ulteriore indirizzo. L'incremento della provvista di stupefacente e l' idoneità ad alimentare il mercato.

Sono espressive dell'indirizzo che declina il concetto di offensività in termini più rigorosamente selettivi dell'area dell'illecito penale alcune decisioni che, oltre alla

verifica della conformità della pianta coltivata al tipo botanico proibito ed alla capacità della sostanza, ricavata o ricavabile in futuro, a produrre un effetto drogante, richiedono un quid pluris, e cioè il «concreto pericolo di aumento di disponibilità dello stupefacente e di ulteriore diffusione dello stesso».

Antesignana di questo indirizzo è Sez. 4, n. 25674 del 17/02/2011, Marino, Rv. 250721, a lungo soffermatasi sul tema della offensività e sul suo inquadramento giuridico. In tale pronuncia la Corte escluse che potesse ritenersi offensiva l'attività di coltivazione sottoposta al suo vaglio – relativa ad un'unica piantina in piccolo vaso, contenente un principio attivo di mg. 16 - per l'assoluta *modestia* della condotta, desumibile dalle sue connotazioni fattuali, ed invocò la figura del reato impossibile di cui all'art. 49 cod. pen.. Richiamate le divergenti teorie formulate dalla dottrina, quella che vi legge la versione "al negativo" del tentativo di cui all' art. 56 cod. pen., e quella che la ritiene espressione di un principio generale, che integra quello di tipicità formale posto dall'art. 1 cod. pen., la Corte argomentò che la figura del reato impossibile conserva la sua autonomia concettuale se interpretato nel senso di ritenere non punibili le condotte che siano solo apparentemente aderenti al tipo, ma che risultino del tutto carenti di lesività secondo una valutazione a posteriori.

Applicano i medesimi schemi logici, in termini di verifica dell'offensività, una serie di decisioni che fanno riferimento alle caratteristiche della coltivazione ed alla necessità di valutarne il potenziale produttivo.

Richiamate nell'ordinanza di rimessione, esse si distinguono per la comune matrice per cui non è sufficiente considerare il solo dato quantitativo di principio attivo ricavabile dalle singole piante, dovendosi altresì valutare se dalla coltivazione, così come strutturata, possa derivare o meno una produzione di stupefacenti che, secondo un mutato paradigma ricostruttivo, deve essere idonea ad incrementare il mercato; sicchè le produzioni definite trascurabili, per quanto produttive di principio attivo, dovrebbero a loro volta refluire nella categoria del reato impossibile. (tra cui Sez. 3, n. 23082 del 09/05/2013, De Vita, Rv. 256174; Sez. 6, n. 33835 del 08/04/2014, Piredda, Rv. 260170; Sez. 6, n. 8058 del 17/02/2016, Pasta, Rv. 266168; Sez. 4, n. 3787 del 19/01/2016, Festi, Rv. 265740; Sez. 3, n. 36037 del 22/02/2017).

3. L'inquadramento normativo del principio di offensività.

Allo stato, dunque, il *focus* della riflessione giurisprudenziale è puntato sul principio di offensività, quale canone anzitutto rivolto al legislatore, in funzione selettiva dell'area del penalmente rilevante; istanza più che mai avvertita, in uno a quella di un diritto penale "minimo", a fronte del continuo incremento delle fattispecie penali, determinato dalle crescenti istanze securitarie.

Sebbene non espressamente codificato in Costituzione, né nel codice penale, nondimeno si ritiene che il principio di offensività trovi il suo fondamento nel tessuto connettivo degli artt. 13, 25 e 27 Cost.:

- nell'art. 25, comma 2, il quale richiama il "fatto commesso", sintagma evocativo non di una condotta meramente disubbidiente, ma di un evento offensivo, e ciò sta a significare che è preclusa l'incriminazione non solo di meri atteggiamenti interiori, ma anche di comportamenti che si risolvano nella violazione di un precetto;

- nell'art. 13 Cost., il quale, nell'affermare l'inviolabilità della libertà personale, ne consente la privazione per effetto della sanzione detentiva soltanto in relazione a condotte che abbiano arrecato apprezzabile offesa a beni dotati di rilievo costituzionale;

- negli artt. 25, comma 3, e 27 Cost. i quali distinguono la funzione delle pene da quella delle misure di sicurezza, presupponendo le prime l'offesa al bene giuridico protetto, mentre le seconde sono applicabili anche in relazione a condotte non lesive di alcun bene giuridico e purtuttavia sintomatiche di pericolosità sociale: un doppio binario che verrebbe negato dalla incriminazione di fatti di mera disobbidienza, la quale finirebbe col trasformare la pena in una misura esclusivamente preventiva, con indebite interferenze di piani che, dovrebbero, invece, rimanere distinti; inoltre, e sotto altro profilo, solo l'incriminazione che si correli ad un fatto offensivo vale a salvaguardare la componente rieducativa (accanto a quella retributiva) della pena stessa.

Nel codice penale, il principio di necessaria offensività sarebbe stato invece recepito dall'art. 49 cod. pen. il quale, piuttosto che rappresentare una pleonastica ripetizione dell'art. 56 cod. pen., volta ad esprimere "in negativo" i requisiti richiesti per la punibilità del tentativo, sarebbe canone ermeneutico estendibile all'intero sistema penale, proiezione della concezione cd. realistica del reato, secondo cui non può esservi reato senza lesione o messa in pericolo "effettiva" del bene protetto. Postulato della concezione in esame è che possa esservi uno scarto tra tipicità e offensività, nel senso che fatti apparentemente conformi al tipo possono essere inidonei a ledere l' oggetto della tutela; e tuttavia, ad evitare che possa esservi frizione tra offensività e riserva di legge, il ricorso alla categoria del reato impossibile dovrebbe essere circoscritto a casi-limite.

Ad un'area concettuale affine si ascrive l'indirizzo giurisprudenziale che guarda alla ratio dell'incriminazione. Anche questo orientamento muove dall'esigenza di sottrarre all'area della punibilità i c.d. fatti inoffensivi, ma aderenti al tipo: casi in cui la sfasatura tra tipicità ed offesa non è conseguenza di un'imperfetta formulazione tecnico-legislativa della fattispecie, bensì della tensione tra astrattezza normativa e

concretezza fattuale. Base normativa dell'emeneusi teleologica della fattispecie incriminatrice, incentrata sulla considerazione degli obiettivi di tutela perseguiti dal legislatore, è, in tal caso, l'art. 12 delle preleggi, che impone all'interprete di valutare l'intentio legis.

4. Il quadro normativo di riferimento, quanto all'attività di coltivazione. La sentenza "Cangemi".

Si deve a Sez. 6, n. 22459 del 15/03/2013, Cangemi, Rv. 255732, l'avere inquadrato le acquisizioni in tema di reato di illecita coltivazione nel contesto delle norme interne e sovranazionali, con ampio impegno ricostruttivo.

In particolare, argomentando dalla *ratio* della disciplina repressiva in materia di stupefacenti la pronuncia ha evidenziato:

a) quanto alla normativa nazionale, che, se il legislatore ha incriminato l'attività di coltivazione – tale definita, senza aggettivazioni – di organismi vegetali da cui sono ritraibili sostanze stupefacenti quale autonoma condotta punibile essa deve ritenersi integrata a cominciare dalla messa a dimora dei semi (tanto si evincerebbe dal dato che non configura il reato di cui all'articolo 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, neppure in forma tentata, il commercio delle sementi, il quale refluisce piuttosto nella categoria degli atti meramente preparatori, a connotazione equivoca, non potendosi formulare presunzioni ex ante in ordine all'effettivo impiego (in tal senso Sez. U. n. 47604 del 18/10/2012, Bargelli, Rv. 253552, secondo cui «L'offerta in vendita di semi di piante dalle quali è ricavabile una sostanza drogante, correlata da precise indicazioni botaniche sulla coltivazione delle stesse, non integra il reato dell'art. 82 T. U. stup., salva la possibilità di sussistenza dei presupposti per configurare il delitto previsto dall'art. 414 cod. pen. con riferimento alla condotta di istigazione alla coltivazione di sostanze stupefacenti»);

b) quanto alla normativa sovranazionale, la Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2004/757/Gai del 25 ottobre 2004, nel dettare norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di narcotraffico, aveva indicato anche la coltivazione - genericamente indicata, e dunque comprensiva di tutte le fasi in cui essa si articola - della cannabis tra le condotte per le quali i singoli Stati devono applicare sanzioni penali. In più, la previsione, nella stessa disposizione, di sanzioni per "la distribuzione di precursori, quando la persona che compie tali atti sia a conoscenza del fatto che essi saranno utilizzati per la produzione o la fabbricazione illecite di stupefacenti" avrebbe dimostrato che la punibilità scatta ancora prima che la sostanza venga ad esistenza.

D'altra parte, la stessa fonte sovranazionale considera la punibilità anche di altre ipotesi in cui vi è il rischio di diffusione di stupefacente, anche se non ancora

prodotto, da un lato prescrivendo, sub art. 3, che ciascuno Stato Membro provveda affinchè siano qualificati come reato l'istigazione, la complicità o il tentativo di commettere uno dei reati di cui all'articolo 2; dall'altro rimettendo alla discrezionalità legislativa degli stati membri l'opzione di non punire il tentativo di offerta o di preparazione di stupefacenti di cui all' articolo 2, paragrafo 1, lettera a) della DQ, nonché il tentativo di detenzione di stupefacenti di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), ma non pure le condotte di coltivazione e di distribuzione di precursori, per le quali permane il vincolo degli Stati membri a punire, anche se non si sia ancora prodotta sostanza di qualità adeguata, anticipandosi così la punizione all'inizio di dette attività.

5. Gli orientamenti della Corte costituzionale sull'offensività della illecita coltivazione.

Al dibattito sui temi risolti dalle Sezioni Unite ha contribuito la Corte costituzionale con pronunce che, sebbene di inammissibilità o di manifesta infondatezza delle questioni di volta in volta sollevate, restano un sicuro ancoraggio per l'interprete.

Con la decisione n. 443 del 1994, venne dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 28, 72, 73 e 75 del d.P.R. n. 309 del 1990, come modificati dal d.P.R. n. 171 del 1993 (il quale aveva recepito l'esito della precedente consultazione referendaria, sopprimendo il riferimento al concetto di "dose media giornaliera" quale parametro fisso ed inderogabile, sintomatico della destinazione delle sostanze stupefacenti o psicotrope all'uso personale), questione che era stata sollevata per la prospettata violazione dei principi di parità di trattamento e di ragionevolezza, nella parte in cui le disposizioni anzidette non escludono l'illiceità penale delle condotte di coltivazione o fabbricazione di sostanze stupefacenti o psicotrope se univocamente destinate all'uso personale.

La Consulta stigmatizzò che il remittente avesse omesso la previa verifica della possibilità di un'esegesi adeguatrice delle norme impugnate, non essendosi interrogato sul se, proprio alla luce e nel quadro del riferito ius superveniens, l'operata depenalizzazione della condotta di chi "comunque detiene" fosse estensibile alle condotte di chi coltiva e fabbrica al fine di destinare il prodotto alle esigenze di consumo personali, così da potersi ritenere sottratta, unitamente a quelle di importazione, acquisto o detenzione per il medesimo fine, alla sfera dell'illiceità penale.

La giurisprudenza successiva non aderì tuttavia a questa direttrice e la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990 fu riproposta in relazione ai parametri ex artt. 3, 13, 25 e 27 Cost.

Con sentenza n. 360 del 1995, la Consulta valutò infondata la questione, alla luce dell'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte di legittimità, evidenziando l'insussistenza della denunciata disparità di trattamento, e ciò in ragione della non assimilabilità della condotta delittuosa di coltivazione, prevista dall'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, con alcuna di quelle allegate dal giudice remittente come *tertia comparationis*. Argomentò, al proposito, che la detenzione, l'acquisto e l'importazione di sostanze stupefacenti per uso personale rappresentano condotte collegate immediatamente e direttamente all'uso stesso, e ciò rende non irragionevole un atteggiamento meno rigoroso del legislatore nei confronti di chi, ponendo in essere una condotta direttamente antecedente al consumo, ha già operato una scelta che, pur se illecita, l'ordinamento non intende contrastare nella più rigida forma della sanzione penale (perché incidente sulla sola salute dell'assuntore); laddove, nel caso della coltivazione, l'assenza di un nesso di immediatezza con l'uso personale giustifica una soluzione più severa, ben potendo rientrare nella discrezionalità legislativa anche la propensione a disincentivare comportamenti propedeutici all'approvvigionamento di sostanze stupefacenti per uso personale.

Detto altrimenti, la scelta di non criminalizzare l'assunzione (che rappresenta una nota costante di tale disciplina di settore, pur nelle alterne formulazioni ispirate a maggiore o minor rigidità) implica necessariamente anche la non rilevanza penale di comportamenti che ne sono l'immediato antecedente, quali di norma la detenzione, spesso l'acquisto, talvolta l'importazione; comportamenti la cui linea di confine è stata segnata dalle categorie dapprima della modica quantità, poi della dose media giornaliera, infine dell'uso personale, tutti volti a costituire una sorta di cintura protettiva del nucleo centrale del consumo.

Inoltre, la stessa destinazione ad uso personale si presta ad essere apprezzata in termini diversi nelle situazioni comparate, giacchè, se nella detenzione, come nell'acquisto e nella importazione, il quantitativo di sostanza stupefacente è certo e determinato e consente, unitamente alle ulteriore circostanze soggettive ed oggettive della condotta, la valutazione prognostica della sua destinazione, nella coltivazione tale dato non è invece apprezzabile con sufficiente grado di certezza, sicchè la correlata valutazione della destinazione ad uso personale, piuttosto che a spaccio, risulta maggiormente ipotetica e meno affidabile.

La Corte evidenziò altresì, nella medesima decisione, che l'illiceità penale della coltivazione, ancorchè univocamente destinata all'uso personale, resiste alla verifica condotta ex artt. 25 e 27 Cost., alla stregua del principio di offensività, mantenendo la sua connotazione di reato di pericolo, in quanto idonea ad attentare al bene della salute dei singoli per il solo fatto di arricchire indiscriminatamente la provvista esistente di materia prima e, quindi, di creare in potenza maggiori occasioni di spaccio.

Come già evidenziato nelle proprie precedenti decisioni (n. 133 del 1992, n. 333 del 1991, n. 62 del 1986), la Corte ribadì dunque non essere incompatibile con il principio di offensività la configurazione del reato di coltivazione quale reato di pericolo presunto, non apparendo irragionevole od arbitraria la valutazione prognostica, sottesa alla previsione incriminatrice, di potenziale aggressione al bene giuridico protetto. Diverso profilo, tuttavia, è quello dell'offensività in concreto della condotta – la cui verifica, presupponendo l'accertamento delle note modali di essa, è devoluta al giudice di merito - e la cui mancanza va invece ricondotta alla figura del reato impossibile *ex* art. 49 cod. pen.

Da ultimo, additando percorsi ermeneutici che sarebbe stati in parte ripresi - a quanto è dato intendere dal tenore della informativa provvisoria - proprio dalle Sezioni Unite in commento, la Consulta non mancò di precisare che costituisce questione meramente interpretativa, e che va pertanto rimessa anch'essa al giudice ordinario, la identificazione – divenuta ormai dirimente - della nozione di coltivazione in termini più o meno restrittivi.

Con la sentenza n. 296 del 1996 e, da ultimo, con la sentenza n. 109 del 2016, il Giudice delle leggi ha dato continuità al nucleo argomentativo della pronuncia n. 360 del 1995 e difeso la strategia legislativa di contrasto alla diffusione della droga, ed il regime diversificato in cui essa si traduce, che, per un verso, vede il tossicodipendente ed il tossicofilo destinatari di sanzioni solo amministrative (comunque significative del disvalore attribuito alla attività di assunzione) e, per altro verso, riconosce rilevanza penale sia alle condotte implicanti la "circolazione" della droga («vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo»), sia a quelle apparentemente "neutre" («coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina»), che hanno tuttavia l'attitudine ad innescare un meccanismo di creazione di nuove disponibilità, quantitativamente non predeterminate, di prodotto, che ne agevolano indirettamente la diffusione e per tale motivo risultano più insidiose.

Parimenti la Corte ha disatteso l'ulteriore e più specioso profilo di illegittimità sottopostole dal giudice rimettente, afferente alla ingiustificata disparità di trattamento che, a legislazione vigente, verrebbe a determinarsi fra la condotta di chi detenga per uso personale sostanza stupefacente estratta da piante che egli stesso abbia coltivato (condotta che sarebbe inquadrabile nella formula «comunque detiene», presente nella norma censurata, così da essere sanzionata, in tesi, solo in via amministrativa); e la condotta di coltivazione in atto, programmata per uso sempre personale, e perseguita, alla stregua del "diritto vivente", ai sensi dell'art. 73 cit. Il vulnus del ragionamento è, per la Corte, nella sua inesatta premessa, per cui la detenzione per uso personale dello stupefacente "autoprodotto" renderebbe non

punibile la condotta di coltivazione, rimanendo il precedente illecito penale assorbito dal successivo illecito amministrativo; al contrario a rimanere assorbito è, semmai, l'illecito amministrativo, giacché la disponibilità del prodotto della coltivazione non rappresenta altro che l'ultima fase della coltivazione stessa, tale da poter essere qualificata come post factum non punibile, siccome ordinario e coerente sviluppo della condotta penalmente rilevante.

Infine, non pare inopportuno osservare che, pur sostenendo la valenza del principio di offensività in astratto, quale canone selettivo dell'area del penalmente rilevante affidato al legislatore, e dunque suscettibile di sindacato di legittimità, la Consulta ha tendenzialmente ritenuto, negli anni, che l'individuazione delle condotte punibili, come pure la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni, appartengano alla discrezionalità legislativa, verso la quale ha adottato una linea di deferente *self-restraint*, per cui la mancanza di offensività è stata dalla stessa censurata nei soli casi in cui le scelte normative vengano a confliggere in modo manifesto con il criterio di ragionevolezza.

6. L'inafferrabile nozione della "efficacia drogante". Le Sezioni Unite Castignani sulla cannabis light.

A partire dalle Sezioni Unite Di Salvia, il tema dell'efficacia drogante della sostanza è stato oggetto di analisi da parte della giurisprudenza che, nella mancanza di essa, vede un limite all'offensività.

Alcune pronunce ne hanno meglio puntualizzato la nozione, altre ne hanno presupposto semplicemente l'ineludibilità al fine di ritenere offensiva la condotta di coltivazione di sostanze stupefacenti.

Sez. 4, n. 43184, del 29/10/2013, Carioti, Rv. 258095 (conformemente, Sez. 4, n. 44136 del 27/10/2015, Cinus, Rv. 264910) ha sostenuto che le tabelle ministeriali di cui al d.m. 2006 hanno l'unica finalità di definire, ai sensi dell'art. 73, comma 1-bis, d.P.R. cit., soglie quantitative che, eventualmente in accordo con altre acquisizioni, possono indurre a ritenere che la detenzione delle sostanze stupefacenti sia finalizzata ad uso esclusivamente personale, assumendo a parametro un soggetto assuefatto; il che non esclude affatto che dosi inferiori a quella media abbiano effetto drogante nei confronti di soggetti non dipendenti. E del resto i beni che costituiscono l'oggetto della tutela nelle incriminazioni in tema di stupefacenti, individuati nella salute pubblica, nella sicurezza e nell'ordine pubblico, nonché nella salvaguardia delle giovani generazioni, sono messi in pericolo anche dallo spaccio di dosi contenenti principio attivo inferiore alla dose media singola.

Conclusivamente, il dato ponderale, certamente valorizzabile ai fini dell'accertamento della finalità per la quale si detiene della sostanza stupefacente,

non può assumere la medesima valenza con riferimento all'attività di coltivazione, per il semplice motivo che la destinazione al consumo personale della coltivazione stessa non rileva ai fini della punibilità.

Nuova linfa al concetto di efficacia drogante quale parametro valutativo dell'offensività, sia pure con riferimento alla condotta di commercializzazione al pubblico di derivati della *cannabis light*, promana, poi, dalla recente pronuncia delle **Sez. U, n. 30475 del 30/05/2019, Castignani, Rv. 275956**. La decisione affronta, tra gli altri, il tema della coltivazione di detta sostanza, a partire dalla ermenusi della legge 2 dicembre 2016, n. 242, contenente disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa ed introduttiva di un regime di esenzioni per l'esercizio di tale attività agricolturale.

Intervenuta a sciogliere un'aporia interpretativa manifestatosi nella giurisprudenza di legittimità e a comporre una frizione di sistema determinatasi per effetto della novella del 2016, la Corte, nella sua composizione più autorevole, ha sancito che integrano il reato di cui all'art. 73, commi 1 e 4, cit., le condotte di cessione, di vendita e, in genere, la commercializzazione al pubblico, a qualsiasi titolo, dei derivati dalla coltivazione della cannabis sativa L, quali foglie, inflorescenze, olio e resina, anche nell'ipotesi in cui presentino un contenuto di THC inferiore ai valori soglia indicati dall'art. 4, commi 5 e 7 della citata legge n. 242 del 2016; tuttavia, anche in tal caso, il limite alla punibilità è che tali derivati siano in concreto privi di ogni efficacia drogante o psicotropa, secondo il principio di offensività.

In rapida e necessaria sintesi, nello schema argomentativo della Corte, il T.U. stup. è strutturato secondo il sistema tabellare, che assegna valenza legale alla nozione di sostanza stupefacente indicata nelle tabelle, e il quadro normativo in esso delineato (art. 14) evidenzia la precisa volontà del legislatore di qualificare la cannabis quale sostanza stupefacente, in ogni sua varietà. Su tale scenario è intervenuta la legge n. 242 cit., la quale qualifica come lecita unicamente la coltivazione di canapa delle varietà iscritte nel Catalogo comune delle specie di piante agricole, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 13 giugno 2002, che avvenga per i seguenti utilizzi, tassativi e perciò insuscettivi di applicazione estensiva o analogica:

1) produzione di alimenti e cosmetici;

2) produzione di semilavorati per forniture alle industrie e alle attività artigianali;
3) produzione di materiale destinato alla pratica del sovescio;

4) produzione di materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o prodotti utili per la bioedilizia;

5) produzione di materiale finalizzato alla fitodepurazione per la bonica di siti inquinati;

5) coltivazioni dedicate alle attività didattiche e dimostrative, nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati;

6) coltivazioni destinate al florovivaismo.

Tanto premesso, il fatto che nel corpo del testo normativo non vi siano riferimenti alla rilevanza penale della successiva attività di commercializzazione dei beni così prodotti e derivati, ad avviso della Corte, non può essere inteso nel senso che sia sottintesa la liceità della loro commercializzazione senza restrizioni.

Non vi sono, per vero, sufficienti elementi per ritenere che la legge abbia inteso individuare un microsettore normativo - autonomo dalle previsioni incriminatrici di cui all'art. 73 cit. – per la cannabis proveniente dalle coltivazioni consentite, poiché, in un sistema legale e connotato da tassative eccezioni, non possono essere lecitamente realizzati prodotti diversi da quelli elencati dall'art. 2, comma 2, legge n. 242 del 2016 e, in particolare, foglie, infiorescenze, olio e resina.

Da rilevare, infine, che il legislatore ha delineato clausole di esclusione di responsabilità in favore dell'agricoltore, correlate al contenuto di principio attivo. Al comma 5 dell'art. 4 della novella del 2016 è stabilito che, qualora dai previsti controlli sulle coltivazioni di canapa rientranti nel delineato settore agroalimentare, eseguiti mediante il prelevamento di campioni provenienti in pieno campo, "il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore allo 0,2 per cento ed entro il limite dello 0,6 per cento, nessuna responsabilità è posta a carico dell'agricoltore che ha rispettato le prescrizioni di cui alla presente legge"; mentre, per effetto del successivo comma 7, in caso di superamento del valora soglia dello 0,6 per cento di THC, possono essere disposti il sequestro e la distruzione della coltivazione, per ordine dell'autorità giudiziaria, del pari con esonero di responsabilità in capo all'agricoltore.

Si tratta, tuttavia, di clausole esoneratrici che riguardano il solo coltivatore che impianti colture lecite, qualora all'esito del ciclo maturativo si determini una produzione di percentuali di THC superiori ai valori soglia indicati del medesimo testo normativo del 2016; sicchè tali soglie possono operare esclusivamente in relazione al contenuto di THC presente nella coltivazione agroindustriale della cannabis - e non con riguardo ai suoi derivati -, sempre che tale coltivazione avvenga per gli usi permessi dalla novella, anche ai fini dell'erogazione dei benefici contributivi dell'Unione Europea.

Non vi è del resto, in tale esegesi – hanno puntualizzato le Sezioni Unite – alcuna incoerenza, data la disomogeneità dei termini di riferimento, giacchè nei derivati della coltivazione, quali foglie, infiorescenze, olio e resina, sono presenti

concentrazioni mediamente superiori di tetraidrocannabinolo, rispetto a quella contenuta nelle sementi lecite.

Sulla base di tali premesse, le Sezioni Unite hanno ribadito il valore primario del principio di offensività al fine di stabilire la rilevanza penale delle condotte in materia di cannabis L., e ciò alla stregua dei pronunciamenti delle Sezioni Unite Di Salvia e, ancor prima, delle Sez. U. n. 47472 del 29/11/2007, Di Rocco, Rv. 237856 (queste ultime stabilirono che, rispetto al reato di cui all'art. 73, d.P.R. n. 309/1990, non rileva il superamento della dose media giornaliera, ma la circostanza che la sostanza ceduta abbia effetto drogante per la singola assunzione dello stupefacente), ed ancora, secondo le direttrici tracciate dalla più volte ricordata sentenza della Corte Costituzionale n. 109 del 2016; ma hanno correlato l'offensività alla efficacia drogante, nel senso che la prima non sussiste ove i derivati della coltivazione siano privi di un tale impatto, che non può essere ancorato al coefficiente dello 0,6% di THC, o comunque ad altri valori, pur convenzionalmente definiti, aventi carattere oggettivo.

Dunque, ancora una volta, si impone al giudice di operare una puntuale verifica della concreta offensività delle singole condotte, ma rispetto all'attitudine delle sostanze a produrre effetti psicotropi, senza il supporto di parametri definiti sulla base dei quali stabilire la soglia drogante, rimanendo l'art. 73 cit., come rilevato in dottrina, norma dall'oggettività giuridica poliedrica e sfuggente.

Vi è dunque concreta evidenza della impossibilità di pre-stabilire, anche ai fini che qui interessano, la nozione di dose ad effetto stupefacente, concetto che non rivestirebbe alcuna validità scientifica poiché è del tutto generico e fa riferimento ad una serie ampia di presupposti ed effetti diversi, non meglio definiti, suscettibili di variare da individuo ad individuo.

Ciò è tanto vero che anche la ricerca nei testi della farmacologia generale non fornisce una risposta al riguardo, mentre l'unico riferimento ufficiale al concetto di soglia drogante, allo stato, è quello contenuto nella Nota del Ministero dell'Interno del luglio 2018, confluita nell'indirizzo operativo comunicato nella Direttiva sulla commercializzazione di canapa n. 11013/110 del 9 maggio 2019, dove si legge: "Le infiorescenze con tenore superiore allo 0,5% rientrano nella nozione di sostanze stupefacenti … per la cannabis, sia la tossicologia forense che la letteratura scientifica individuano tale soglia attorno ai 5 mg di THC che, in termini percentuali, equivalgono allo 0,5%" (calcolato su uno spinello/sigaretta artigianale confezionato da 1 grammo)".

Ed anche le tabelle redatte dal Ministero della Salute, laddove indicano come parametro la singola dose media, specificando che la quantità di THC assunta per

finalità ricreative ritenuta idonea a determinare effetto stupefacente è di 25 mg/dose, indicano un valore puramente convenzionale.

7. I contenuti dell'informazione provvisoria.

Alla luce di tutto quanto precede, il quesito oggi risolto dalle Sezioni Unite evidenziava non pochi nuclei problematici.

Le differenti prospettive nell'approccio al tema della offensività riflettono, in genere, la tensione tra opposte concezioni assiologiche sui beni che siano realmente meritevoli di tutela penale.

Con riguardo al reato di coltivazione da cui sono ricavabili sostanze stupefacenti, è la differente caratterizzazione del bene giuridico che si ritiene sia tutelato dalla norma incriminatrice ad influenzare le possibili soluzioni al quesito posto: ove detto bene venga identificato nella salute individuale, l'accento tonico è posto sulla efficacia drogante, ovvero sulla idoneità della coltura a produrre sostanza per il consumo, a prescindere dai quantitativi; laddove siano individuati, in un'ottica ampliativa, altri beni giuridici, quali la sicurezza, l'ordine pubblico, nonché la salvaguardia della giovani generazioni, secondo un paradigma di tutela da taluni definito iperpubblicistico, può acquisire senso, invece, il riferimento al mercato.

Quel che pare evidente è che l'offensività, quale criterio selettivo e critico dell'area di rilevanza penale della condotta di coltivazione, ispirato ad una concezione costituzionalmente orientata del reato, rimane un concetto di tipo dinamico e relazionale, e perciò inevitabilmente sfuggente.

I percorsi interpretativi ad oggi tracciati da giurisprudenza e dottrina tendono a bilanciare gli interessi di rilevanza costituzionale in gioco, con soluzioni che divergono a seconda delle strategie di prevenzione/repressione penale preferite, con equilibri in continuo divenire. Le Sezioni Unite "Caruso" - stando al tenore della informazione provvisoria in premessa trascritta – hanno tuttavia individuato alcuni punti fermi.

E' consacrata l'impostazione per la quale – stante l'ampiezza della nozione legislativa di coltivazione, riferibile all'intero ciclo evolutivo dei vegetali - il reato è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo estraibile nell'immediatezza; mentre è sufficiente verificare la conformità della pianta al tipo botanico vietato e la sua attitudine, sulla base di un giudizio di tipo predittivo, fondato sulle modalità di coltivazione, a completare il ciclo maturativo ancora in corso e a produrre sostanza stupefacente. Il che significa che la concreta offensività del singolo fatto di coltivazione sarà accertata sulla base di parametri che possono anche prescindere dall'effetto drogante della sostanza.

Ancora, secondo la direttrice suggerita dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 360 del 1995), la soluzione adottata dalle Sezioni Unite muove nella direzione di ridefinire la nozione di coltivazione - ciò che consentirà di assumere che determinate condotte, pur apparentemente conformi al tipo, in realtà non attingono la soglia della tipicità legale - e, al tempo stesso, di rivalutare il profilo della destinazione ad uso personale.

In particolare, risultano escluse dall'ambito applicativo della norma penale le attività di coltivazione di minime dimensioni e svolte in forma domestica – ossia quelle su cui la Sezione remittente aveva indirettamente sollecitato, attraverso la segnalazione dei precedenti che hanno dato luogo al contrasto, l'intervento della Corte di legittimità nella sua composizione più autorevole - e che appaiano, al tempo stesso, finalizzate in esclusiva al consumo di chi coltiva; finalità che le Sezioni Unite ritengono possa desumersi da taluni indici significativi, enumerati – verosimilmente a titolo esemplificativo – nella stessa informazione provvisoria, quali le rudimentali tecniche colturali utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, ovvero dall'assenza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti.

Il che sembra evocare il ripristino della dicotomia tra coltivazione quale pratica tecnico-agraria e coltivazione domestica, che, al contrario, le Sezioni Unite Di Salvia avevano ritenuto priva di fondamento.

Sembra invece essere disatteso l'indirizzo ermeneutico per il quale, ai fini della offensività, dovrebbe verificarsi che il *quantum* di principio attivo ritraibile dalla coltivazione sia idoneo ad implementare la droga circolante nel mercato, ovvero in un segmento locale di esso; soluzione in relazione alla quale recente giurisprudenza (Sez. 4, n. 17167 del 27/01/2017, Simoncelli, Rv. 269539 – 01) aveva raccomandato prudenza, sul rilievo che, trattandosi di un mercato clandestino, con conseguente impossibilità di avere a disposizione dati certi e verificabili, il parametro per l'accertamento della inoffensività risulterebbe connotato da non minore vaghezza, con un incremento del tasso di imprevedibilità delle decisioni giudiziarie – oggi sempre più considerato un disvalore in sé - destinato a crescere sensibilmente ove detta lettura fosse prevalsa. E, del resto, anche il concetto di "saturazione del mercato" che, a suo tempo, era stato proposto dalla giurisprudenza con riferimento alla circostanza aggravante dell'ingente quantità di cui all'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990, era stato valutato con accenti critici rispetto alla "ratio" della norma, soprattutto per il non agevole accertamento a tal fine richiesto, date le peculiari caratteristiche del mercato illegale e la conseguente impossibilità di disporre di criteri guida che orientino univocamente l'interprete.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione
Sez. U, n. 9973 del 21/9/1998, Kremi, Rv. 211073
Sez. U, n. 47472 del 29/11/2007, Di Rocco, Rv. 237856
Sez. U, n. 28605 del 24/04/2008, Rv. 239920 – Rv. 239921
Sez. 4, n. 1222 del 28/10/2008, Nicoletti, Rv. 242371
Sez. 4, n. 25674 del 17/02/2011, Marino, Rv. 250721
Sez. U, n. 47604 del 18/10/2012, Bargelli, Rv. 253552
Sez. 3, n. 21120 del 31/01/2013, Colamartino, Rv. 255427
Sez. 6, n. 22459 del 15/03/2013, Cangemi, Rv. 255732
Sez. 4, n. 43184, del 29/10/2013, Carioti, Rv. 258095
Sez. 6, n. 6753 del 09/01/2014, M., Rv. 258998
Sez. 6, n. 33835 del 08/04/2014, Piredda, Rv. 260170
Sez. 6, n. 2618 del 21/10/2015, Marongiu, Rv. 265640
Sez. 4, n. 44136 del 27/10/2015, Cinus, Rv. 264910
Sez. 4, n. 4324 del 27/10/2015, Mele, Rv. 265976
Sez. 6, n. 5254 del 10/11/2015, Pezzato, Rv. 265641
Sez. 4, n. 3787 del 19/01/2016, Festi, Rv. 265740
Sez. 6,n. 10169 del 10/02/2016, Tamburini, Rv. 266513
Sez. 6, n. 8058 del 17/02/2016, Pasta, Rv. 266168
Sez. 6, n. 25057 del 10/05/2016, Iaffaldano, Rv. 266974
Sez. 3, n. 23881 del 23/02/2016, Damioli, Rv. 267382
Sez. 6, n. 52547 del 22/11/2016, Losi, Rv. 268938
Sez. 4, 53337 del 23/11/2016, Trabanelli, Rv. 268695
Sez. 3, n. 36037 del 22/02/2017, Compagnini, Rv. 271805
Sez. 6, n. 35654 del 28/04/2017, Nerini, Rv. 270544
Sez. 4, n. 30238 del 10/05/2017, Tontini, Rv. 270191
Sez. 4, n. 1766 del 16/10/2018, Rv. 275071
Sez. 4, n. 27213 del 21/05/2019, Bongi, Rv. 275877
Sez. U, n. 30475 del 30/05/2019, Castignani, Rv. 275956
Sentenze della Corte Costituzionale
Corte cost., sent. n. 62 del 1986
Corte cost., sent. n. 333 del 1991
Corte cost., sent. n. 133 del 1992
Corte cost., sent. n. 443 del 1994
Corte cost., sent. n. 360 del 1995
Corte cost., sent. 150 del 1996
Corte cost., sent. n. 296 del 1996

Corte cost., sent. n. 414 del 1996
Corte cost., sent. n. 109 del 2016
Corte cost., sent. n. 62 del 1986
Corte cost., sent. n. 345 del 2002
Corte cost., sent. n. 225 del 2008
Corte cost., sent. n. 249 del 2010
Corte cost., sent. n. 32 del 2014
Corte cost., sent. n. 139 del 2014
Corte cost., sent. n. 40 del 2019

SEZIONE X

MISURE DI PREVENZIONE

CAPITOLO I

LA PRESCRIZIONE DI NON PARTECIPARE A PUBBLICHE RIUNIONI

(DEBORA TRIPICCIONE)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La questione controversa. 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Nell'anno in corso è proseguita la lettura costituzionalmente orientata delle prescrizioni imposte con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale qualificata. Le **Sezioni Unite,** con la **sentenza n. 46595 del 28/03/2019, dep. 18/11/2019, Acquaviva, Rv. 277007,** hanno, infatti, affermato il principio di diritto così massimato: "la prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni, che deve essere in ogni caso disposta in sede di applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ai sensi dell'art. 8, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, si riferisce esclusivamente alle riunioni in luogo pubblico. (In motivazione la Corte ha aggiunto che, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011, il giudice è comunque tenuto a valutare, alla stregua delle specifiche allegazioni dell'interessato e delle risultanze degli atti, se la partecipazione alla pubblica riunione sia giustificata da validi motivi).

2. La questione controversa.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite dalla Prima sezione con l'ordinanza n. 2124 del 19/12/2018 in cui la Corte, nel segnalare il contrasto interpretativo, ha prospettato la necessità di una rilettura della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 75, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 alla luce dei principi di offensività - considerando penalmente rilevanti solo le condotte "eloquenti", in quanto espressive di una effettiva volontà di ribellione all'obbligo o al divieto di soggiorno - e di tassatività, in chiave di concreta prevedibilità delle conseguenze della propria condotta. La Corte ha, infine, segnalato il potenziale contrasto con norme costituzionali della prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni, sia per l'assenza di limitazioni oggettive e soggettive che per la sua natura obbligatoria.

In particolare, quanto a quest'ultimo aspetto, la Corte ne ha rilevato la possibile frizione con l'esigenza di individualizzazione del contenuto prescrittivo della misura di prevenzione personale che tenga conto, da un lato, della rilevanza dei diritti incisi, e, dall'altro, della obbligatoria correlazione, nel rispetto del canone di proporzionalità, tra la prescrizione imposta e la tipologia di pericolosità manifestata dal soggetto destinatario.

Secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, ribadito anche successivamente alla sentenza della Corte Edu, De Tommaso c. Italia, il divieto imposto al sorvegliato speciale di non partecipare a pubbliche riunioni, la cui violazione integra il reato di cui all'art. 75, comma 2, d. lgs. n. 159 del 2011, deve essere inteso nel senso di non prendere parte a qualsiasi riunione di più persone in luogo pubblico o aperto al pubblico, al quale abbia facoltà di accesso un numero indeterminato di persone.

Tale interpretazione della prescrizione in esame è stata affermata per la prima volta da Sez. 1, n. 28964 del 11/3/2003, D'Angelo, Rv. 224925 – 01 con riferimento alla partecipazione del sorvegliato speciale ad una partita di calcio allo stadio. Ad avviso della Corte, infatti, la finalità sottesa alla prescrizione in esame, di evitare che l'ordine pubblico venga leso o messo in pericolo, viene conseguita vietando anche la semplice partecipazione a riunioni in cui, in considerazione del numero delle persone effettivamente presenti – o che possono, comunque, intervenire – è difficile il controllo del sottoposto alla misura di prevenzione e più agevole la commissione di reati.

Tale opzione ermeneutica è stata successivamente condivisa da altri tre arresti della Prima sezione, n. 42283 del 24/10/2007, Pesce, Rv. 238113, n. 15870 del 11/03/2015, Carpano, Rv. 263320 e n. 28261 del 8/5/2018, Lo Giudice, Rv. 273295-01. In tale ultimo arresto la Corte, confrontandosi con le critiche espresse al sistema della prevenzione dalla sentenza della Corte Edu, De Tommaso c. Italia e con la successiva rivisitazione del reato di cui all'art. 75, d. lgs. n. 159 del 2011 adottata dalle Sezioni Unite, Paternò (da ultimo ribadita da Sez. 4, n. 42332 del 09/05/2017, Scialpi, Rv. 270764-01), ha affermato che le prescrizioni e gli obblighi indicati nell'art. 8, d.lgs. n. 159 del 2011 continuano ad avere efficacia integrativa del precetto penale tipizzato dall'art. 75, comma 2, d. lgs. n. 159 del 2011, laddove impongano comportamenti specifici e possiedano, in conseguenza di tale imposizione, un contenuto determinato e specifico a cui poter attribuire valore precettivo.

Una diversa lettura della prescrizione in esame è stata, invece, offerta da Sez. 1, n. 31322 del 09/04/2018, Pellegrini, Rv. 273499 che, muovendo dalle censure formulate dalla sentenza della Corte Edu, De Tommaso contro Italia, ha espunto la prescrizione in esame dal contenuto precettivo del reato di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159

del 2011 sulla base della medesima lettura "tassativizzante" e tipizzante della fattispecie adottata dalla Sezioni Unite, Paternò, con riferimento alle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi.

La ragione di tale diversa opzione ermeneutica si fonda sull'assenza di una definizione univoca di "pubblica riunione". La Corte è giunta a tale conclusione analizzando alcune previsioni che ad essa fanno riferimento quali: 1) l'art. 266, comma 3, n. 3, cod. pen. (reato di istigazione di militari a disobbedire la legge) che stabilisce che «agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso…in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata»; 2) l'art. 18 T.U.L.P.S. che, al comma 2, prevede che è «considerata pubblica anche una riunione, che, sebbene indetta in forma privata, tuttavia per il luogo in cui sarà tenuta, o per il numero delle persone che dovranno intervenirvi, o per lo scopo o l'oggetto di essa, ha carattere di riunione non privata»; 3) l'art. 4, comma 4, legge 18 aprile 1975, n. 110 che vieta di portare armi nelle pubbliche riunioni anche alle persone munite di licenza. In tale ultima ipotesi, infatti, la giurisprudenza ha ritenuto che, per configurare una "pubblica riunione", è necessaria la concorrenza di tre requisiti: a) lo scopo comune, che differenzia la riunione dall'occasionale concorso di persone in un determinato luogo; b) la possibilità per chiunque di accedervi, sia pure a determinate condizioni che non riguardino la persona; c) una pluralità di persone riunite (così, Sez. 1, n. 14302 del 23/09/1986, De Palma).

Ad avviso della Corte, dunque, tali definizioni non sono perfettamente sovrapponibili tra loro, ma presentano un'ampiezza tale da esporre la fattispecie di cui al citato art. 75 a censure di legittimità costituzionale per la violazione del canone di determinatezza-tassatività della fattispecie, che rende ingiustificata la grave menomazione del diritto costituzionalmente garantito di riunirsi pacificamente e senz'armi (art. 17 Cost.).

L'esigenza di rimeditare il contenuto della prescrizione in esame alla luce delle censure formulate dalla Corte Edu con la sentenza De Tommaso c. Italia, si è, infine, tradotta in un'altra linea ermeneutica recentemente espressa da Sez. 1, n. 49731 del 06/06/2018, Sassano, Rv. 274456 in cui la Corte, raccogliendo l'invito della Corte costituzionale al giudice penale a considerare il carattere eccezionale delle limitazioni che incidono su diritti costituzionalmente garantiti, ha affermato che i contatti da vietare sono solo quelli che incrementano il rischio di pericolosità che la misura di prevenzione intende controllare. Ne sono, pertanto, escluse, le attività in cui si risolve l'esercizio di diritti di "spessore superprimario", di presidio costituzionale, che integrano il patrimonio fondamentale del cittadino e che, tra l'altro, permettono l'esercizio di libertà individuali in uno Stato democratico.

Ad avviso della Corte, il giudice ha, pertanto, l'obbligo di indicare le ragioni per cui la prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni si renda, nel caso concreto, necessaria in funzione del controllo della pericolosità sociale del prevenuto, al fine di evitare compressioni generalizzate di una libertà fondamentale, oggetto di presidio costituzionale. Nella fattispecie concreta, il ricorrente sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza, era stato condannato in entrambi i gradi di giudizio per il reato di cui all'art. 9, legge n. 1423 del 1956, in quanto, partecipando in due occasioni a comizi elettorali, aveva violato il divieto di partecipare a pubbliche riunioni. In applicazione del principio di diritto sopra esposto, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non sussiste in quanto dal provvedimento impugnato non emergeva alcuna indicazione delle ragioni di limitazione della libertà di partecipare a riunioni pubbliche e comizi elettorali. Ad avviso della Corte, dunque, la prescrizione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni si risolve in una compressione generalizzata di una libertà fondamentale se non è correlata all'aspetto della ritenuta pericolosità sociale ed alla specificazione della ragione che la renda necessaria in funzione del controllo di pericolosità.

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, proseguendo nella lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata del contenuto precettivo dell'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011, adottata dalle sentenze delle Sezioni Unite, n. 32923 del 29/05/2014, Singaglia, Rv. 260019 e n. 40776 del 27/04/2017, Paternò, Rv. 270496, hanno adottato una nozione restrittiva del concetto di pubblica riunione con riferimento alle sole riunioni in luogo pubblico.

Tale soluzione rappresenta, dunque, un superamento di tutte le tesi ermeneutiche elaborate dalla giurisprudenza di legittimità sul tema in quanto, oltre a sconfessare la tesi sostenuta dalla sentenza Pellegrini, comporta, rispetto alla diversa tesi sostenuta dall'orientamento maggioritario, una diversa e più circoscritta perimetrazione della prescrizione in esame e, per l'effetto, del contenuto precettivo del reato di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011.

La conclusione cui sono giunte le Sezioni Unite muove dall'analisi delle coordinate ermeneutiche emergenti sia dai precedenti arresti del Supremo Consesso, Sinigaglia e Paternò, che dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Con la sentenza Sinigaglia, infatti, le Sezioni Unite hanno operato una prima delimitazione del perimetro applicativo della fattispecie incriminatrice in esame espungendo dal contenuto precettivo la condotta relativa all'esibizione della carta di permanenza. Ad avviso del Supremo Consesso, l'omessa esibizione di tale carta,

infatti, non configura il reato in esame, bensì la contravvenzione di cui all'art. 650 cod. pen., trattandosi di un vincolo comportamentale imposto al sorvegliato speciale "qualificato" per ragioni di sicurezza ed ordine pubblico.

Riprendendo l'intuizione espressa da una risalente e minoritaria giurisprudenza secondo la quale solo le violazioni delle prescrizioni generiche previste dall'art. 5 della legge n. 1423 del 1956 (oggi art. 8, d. lgs. n. 159 del 2011) che si risolvono «nella vanificazione sostanziale della misura imposta» sono idonee ad integrare la condotta punibile ai sensi dell'art. 9 della stessa legge (in tale senso, si era espressa, sia pure con un *obiter*, Sez. 1, n. 793 del 20/3/1985, De Silva, Rv. 170592-01), le Sezioni Unite Sinigaglia hanno affermato che il rispetto del principio di offensività impone di ritenere penalmente rilevanti solo le violazioni (degli obblighi e delle prescrizioni) "eloquenti" in quanto espressive di una effettiva volontà di ribellione all'obbligo o al divieto di soggiorno.

Come rilevato dalle Sezioni Unite, Paternò, la sentenza Sinigaglia supera la giurisprudenza di legittimità formatasi dopo le modifiche normative del 2005 alla legge n. 1423 del 1956 per cui ogni violazione delle prescrizioni integrerebbe, quasi automaticamente, il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, e, conformemente all'insegnamento della Corte costituzionale che ha da tempo indicato la necessità di operare una selezione delle condotte, negando rilevanza a quelle che non siano sintomatiche sella pericolosità già accertata in sede di giudizio di prevenzione (Corte cost. n. 27 del 1959), richiede al giudice di verificare in concreto se la violazione della prescrizione sia strumentale ad una sorta di "vanificazione" della misura cui si riferisce.

In linea di continuità con tale linea ermeneutica, con la sentenza Paternò, il Supremo Consesso ha ulteriormente espunto dal contenuto precettivo del reato di cui all'art. 75, comma 2, d.l.gs. n. 159 del 2011, le prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" (Rv. 270496) trattandosi di prescrizioni prive di un contenuto determinato e specifico che si risolvono in un «mero ammonimento di carattere morale».

Tale rilettura alla luce dei canoni di tassatività e determinatezza ha trovato un successivo completamento nella sentenza della Corte costituzionale n. 25 del 2019 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 (e, in via conseguenziale, anche dell'art. 75, comma 1 del citato d.lgs.) «nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

Proseguendo nell'esame della giurisprudenza della Corte costituzionale, le Sezioni Unite hanno focalizzato l'attenzione sugli arresti relativi alla prescrizione in

esame e, più in generale, su quelli relativi alla legittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice, con particolare riguardo alla sua conformità ai canoni di proporzionalità e di tassatività e determinatezza.

Quanto al primo aspetto, la Corte costituzionale ha escluso il contrasto della prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni con l'art. 17 Cost. con le sentenze n. 27 del 1959 e n. 126 del 1983. In particolare, con riferimento alla possibilità che tale prescrizione possa incidere sulle relazioni sociali del sorvegliato, dettate da ragioni di lavoro, di affetto o di amicizia, o inibire la possibilità di esercitare i diritti di culto (partecipando a funzioni religiose), politici (partecipando a comizi elettorali), ovvero, infine, la sua partecipazioni a riunioni sportive, la Corte riconobbe un ruolo specifico al giudice penale al quale «non dovrà sfuggire né il carattere eccezionale delle limitazioni di libertà in questione, che non può non riflettersi sul significato da attribuire ai termini adoperati dalla legge, né la distinzione tra i contatti sociali che la legge specificamente indica come pericolosi e quelli che costituiscono il normale e quotidiano svolgimento dei rapporti della vita, inibito, di regola, solo a chi è sottoposto a misure detentive».

Quanto alla legittimità costituzionale della fattispecie, con le sentenze n. 161 del 2009 e 282 del 2010 la Corte costituzionale ha, inoltre, ritenuto il rispetto del principio di proporzionalità della pena nonché, nella sola sentenza del 2010, dei principi di tassatività e determinatezza. In particolare, le Sezioni Unite, hanno richiamato il passaggio argomentativo in cui la Corte costituzionale indicò, quale criterio ermeneutico, la necessità di valutare il singolo elemento descrittivo dell'illecito non isolatamente, bensì in rapporto con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce osservando che «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo».

Alla luce delle coordinate ermeneutiche emergenti dalla giurisprudenza sia di legittimità che costituzionale, le Sezioni Unite hanno innanzitutto escluso la condivisibilità dell'orientamento espresso dalla sentenza Pellegrini evidenziandone gli aspetti di maggiore criticità in quanto: 1) l'esclusione della prescrizione in esame

dal contenuto precettivo dell'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011 per eccessiva genericità della nozione di "pubblica riunione" omette di verificare la possibilità di rinvenire una nozione ristretta e comune a tutte le norme in cui rileva la nozione di pubblica riunione; 2) l'adozione di tale opzione ermeneutica determina una sostanziale disapplicazione della norma interna per difformità rispetto ai principi della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, omettendo, tuttavia, di sollevare la questione di legittimità costituzionale (si richiamano, in tal senso, Sez. U, n. 27620 del 28/4/2016, Dasgupta; Sez. U, n. 34472 del 19/4/2012, Ercolano; Sez. U, n. 41694 del 18/10/12, Nicosia); 3) tale soluzione non si confronta, inoltre, con la giurisprudenza della Corte costituzionale e con la differente natura della prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni che, a differenza delle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi, non grava su tutti i consociati ed è strettamente connessa alla finalità della sorveglianza speciale.

Con particolare riferimento al primo rilievo critico, le Sezioni Unite hanno affermato che l'art. 17 Cost., nel dettare una disciplina differente per le riunioni in luogo aperto al pubblico rispetto a quelle in luogo pubblico (soggette, a differenza delle prime, a preavviso alle autorità, che possono vietarle per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica) consente di addivenire ad una soluzione interpretativa che fornisca certezza alla nozione di pubblica riunione e, conseguentemente, al precetto penale di cui all'art. 75 d. lgs. n. 159 del 2011.

Osservano, infatti, le Sezioni Unite che se la limitazione del diritto di riunione in ragione di una misura di prevenzione è costituzionalmente legittima solo se si tratta di riunioni in luogo pubblico, deve conseguentemente ritenersi che le "pubbliche riunioni" di cui all'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011 sono solo le riunioni in luogo pubblico (quanto alla nozione di "luogo pubblico" e di "luogo aperto al pubblico", le Sezioni Unite richiamano il consolidato principio di diritto, affermato dalle Sezioni Unite n. 8 del 31/3/1951, Guardigli, Rv. 97110 e costantemente ripreso dalla giurisprudenza più recente, secondo cui la riunione è in luogo pubblico qualora si tenga in luogo - ad esempio una piazza o una strada - su cui ogni persona può liberamente transitare e trattenersi senza che occorra in via normale il permesso della autorità; è in luogo aperto al pubblico, qualora si tenga in luogo chiuso - ad es. un cinema o un teatro - ove l'accesso, anche se subordinato ad apposito biglietto di ingresso, è consentito ad un numero indeterminato di persone; ed è privata, se si tenga in luogo chiuso con la limitazione dell'accesso a persone già nominativamente determinate).

Tale soluzione, prosegue il Supremo Consesso, oltre a soddisfare le esigenze di determinatezza e conoscibilità del precetto, elimina ogni discrezionalità del giudice penale nell'applicazione della norma, riduce al minimo la compressione del diritto

di riunione e consente di sanzionare le sole condotte sintomatiche della pericolosità del sottoposto che determinano un annullamento di fatto della misura.

La soluzione interpretativa adottata consente, infine, ai giudici del Supremo Consesso di ritenere non necessaria la verifica obbligatoria che la sentenza Sassano demanda al giudice penale in ordine alla concreta offensività della violazione della prescrizione. Nel riprendere le considerazioni già espresse dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 27 del 1959 in ordine al compito demandato al giudice penale di determinare i concreti elementi di fatto che concorrono a realizzare la fattispecie del reato di trasgressione agli obblighi della sorveglianza speciale, le Sezioni Unite rilevano che il modello di valutazione della violazione della prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni non è difforme da quello espressamente previsto per le altre prescrizioni specifiche. Si rileva, ad esempio, che, per la prescrizione di non uscire dall'abitazione prima di una data ora, è ravvisabile un duplice onere a carico del sottoposto che non intenda rispettare tale prescrizione o che a ciò sia costretto per necessità: 1) avvisare preventivamente l'autorità di pubblica sicurezza deputata al controllo; 2) in sede processuale, evidenziare e fornire la prova delle necessità che lo hanno indotto ad uscire dall'abitazione nelle ore interdette o a ritardare il rientro.

Tale modello di valutazione, proseguono le Sezioni Unite, si adatta anche alla prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni: il sorvegliato speciale potrà, pertanto, chiedere al tribunale l'autorizzazione a partecipare ad una riunione pubblica e, qualora sia chiamato a rispondere della relativa violazione, avrà l'onere di allegare e dimostrare che la sua condotta era inoffensiva in quanto la partecipazione alla pubblica riunione era giustificata da motivi validi.

La Corte ha, inoltre, chiarito che non si tratta di un vero e proprio onere probatorio in quanto il giudice potrà venire a conoscenza dei motivi giustificanti anche sulla base di altre fonti, quale, ad esempio, la stessa polizia giudiziaria.

Né tantomeno, proseguono le Sezioni Unite, tale valutazione implica per il giudice penale un onere di motivazione aggiuntiva sulla offensività della condotta, essendo piuttosto demandata al giudice la valutazione in merito alla presenza o meno di giustificati motivi in ordine alla partecipazione del sottoposto alla pubblica riunione in modo da poter operare, conformemente agli insegnamenti delle Sezioni Unite Sinigaglia e Paternò, una selezione delle condotte penalmente rilevanti.

L'esclusione dalla nozione di "pubblica riunione" delle riunioni in luoghi aperti al pubblico, precisa, infine, la Corte, non determina un indebolimento della misura della sorveglianza speciale dal momento che, ai sensi dell'art. 8, comma 5, d.lgs. n. 159 del 2011, il giudice della prevenzione può sempre personalizzare il contenuto della misura, anche prescrivendo di non partecipare a riunioni in luoghi aperti al

pubblico, purché fornisca un'adeguata motivazione che giustifichi tale limitazione alla luce della pericolosità del soggetto e dei conseguenti pericoli per la società.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 8 del 31/3/1951, Guardigli, Rv. 97110
Sez. 1, n. 793 del 20/3/1985, De Silva, Rv. 170592-01
Sez. 1, n. 28964 del 11/3/2003, D'Angelo, Rv. 224925
Sez. 1, n. 42283 del 24/10/2007, Pesce, Rv. 238113,
Sez. U, n. 32923 del 29/05/2014, Singaglia, Rv. 260019
Sez. 1, n. 15870 del 11/03/2015, Carpano, Rv. 263320
Sez. U, n. 40776 del 27/04/2017, Paternò, Rv- 270496
Sez. 4, n. 42332 del 09/05/2017, Scialpi, Rv. 270764-01
Sez. 1, n. 31322 del 9/04/2018, Pellegrini, Rv. 273499
Sez. 1, n. 28261 del 8/5/2018, Lo Giudice, Rv. 273295
Sez. 1, n. 49731 del 06/06/2018, Sassano, Rv. 274456
Sez. 1, ord. n. 2124 del 19/12/2018, Acquaviva
Sez. U, n. 46595 del 28/3/2019, Acquaviva, Rv. 277007

CAPITOLO II

L'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DELLE VARIAZIONI PATRIMONIALI

(DEBORA TRIPICCIONE)

SOMMARIO: 1. Premessa 2. La questione controversa. 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Nell'anno in corso è proseguita l'opera nomofilattica della Corte in tema di misure di prevenzione. Con la sentenza pronunciata il **31/01/2019, dep. 17/04/2019, n. 16896, Stangolini,** le Sezioni Unite, risolvendo un contrasto interpretativo sorto in merito all'ambito di operatività dell'obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali, hanno affermato il principio di diritto così massimato: «l'art. 80, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, relativo all'obbligo per i soggetti già sottoposti a misura di prevenzione personale di comunicare le variazioni del proprio patrimonio, la cui omissione è sanzionata dall'art. 76, comma 7, d.lgs. cit., si applica anche quando il provvedimento che ha disposto la misura è divenuto definitivo in data anteriore all'introduzione di tale obbligo.» (Rv. 275080).

Al fine di meglio comprendere i termini della questione controversa risolta dal Supremo consesso, appare utile ripercorrere l'evoluzione della disciplina in esame.

L'obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali è stato, infatti, introdotto dall'art. 30, legge 13 settembre 1982, n. 646, nota come legge Rognoni-La Torre. Il testo iniziale della norma ha previsto che: "1. Le persone sottoposte ad una misura di prevenzione disposta ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, e i condannati con sentenza definitiva per il delitto previsto dall'articolo 416-*bis* del codice penale, sono tenuti a comunicare per dieci anni, ed entro trenta giorni dal fatto, al nucleo di polizia tributaria che ha compiuto gli accertamenti di cui all'articolo 2-*bis* della legge 31 maggio 1965, n. 575, tutte le variazioni nella entità e nella composizione del patrimonio concernenti elementi di valore non inferiore ai 20 milioni di lire; entro il 31 gennaio sono altresì tenuti a comunicare le variazioni intervenute nell'anno precedente, quando concernono elementi di valore non inferiore ai 20 milioni di lire. Sono esclusi i beni destinati al soddisfacimento dei bisogni quotidiani. 2. Il termine di dieci anni decorre dalla data del decreto ovvero dalla data della sentenza definitiva di condanna. 3. Gli obblighi previsti nel primo comma cessano quando la misura di prevenzione è revocata a seguito di ricorso in appello o in cassazione."

L'inadempimento a tale obbligo di comunicazione, entro i termini di legge, è penalmente sanzionato dal successivo art. 31 con la pena della reclusione da due a sei anni e con la multa da lire 20 milioni a lire 40 milioni. La norma prevede, inoltre, che alla condanna segue la confisca dei beni a qualunque titolo acquistati nonché del corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati.

L'art. 30, comma 1, della legge n. 646 del 1982 è stato modificato dall'art. 11 della legge 19 marzo 1990, n. 55, limitatamente alla categoria dei sottoposti a misura di prevenzione, individuata sia con riferimento alla definitività del provvedimento sia con riferimento alla specificazione della fattispecie di pericolosità-fonte degli indiziati di appartenere alle associazioni mafiose. A seguito di tale modifica, il testo della norma ha, così, previsto che l'obbligo in esame grava, oltre che sui condannati con sentenza definitiva per il reato di cui all'art. 416-bis cod. pen, sulle persone già sottoposte, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, in quanto indiziate di appartenere alle associazioni previste dall'articolo 1 di tale legge.

Tale specificazione rivela, dunque, l'iniziale volontà del legislatore di escludere dall'obbligo di comunicazione l'area della pericolosità generica.

Tuttavia, con l'art. 7, comma 1, lett. b), della legge 13 agosto 2010, n. 136 (entrata in vigore il 7 settembre 2010) il legislatore ha ulteriormente ampliato le situazioni-fonte dell'obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali con riferimento sia alla categoria dei condannati con sentenza definitiva, rispetto alla quale sono state aggiunte nuove fattispecie di reato, che a quella delle persone già sottoposte a misura di prevenzione, estesa anche alle fattispecie di pericolosità generica. L'art. 30, comma 1, è stato, infatti, così sostituito: «Le persone condannate con sentenza definitiva per taluno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale ovvero per il delitto di cui all'articolo 12-*quinquies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o già sottoposte, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, sono tenute a comunicare per dieci anni, ed entro trenta giorni dal fatto, al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, tutte le variazioni nell'entità e nella composizione del patrimonio concernenti elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Entro il 31 gennaio di ciascun anno, i soggetti di cui al periodo precedente sono altresì tenuti a comunicare le variazioni intervenute nell'anno precedente, quando concernono complessivamente elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Sono esclusi i beni destinati al soddisfacimento dei bisogni quotidiani».

Come emerge dal tenore letterale della norma, la categoria delle persone "già sottoposte a misura di prevenzione" è stata definita esclusivamente con riferimento

alla legge n. 575 del 1965. Detto riferimento consente, dunque, di estendere la platea dei destinatari anche ai sottoposti a misura di prevenzione per pericolosità semplice ai sensi dell'art. 1, n. 1 e 2, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 ai quali, secondo quanto previsto dall'art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 157, si applica detta legge.

La norma ha, inoltre, previsto la possibilità della confisca per equivalente. E' stato, infatti, aggiunto all'art. 31 il seguente comma: «Nei casi in cui non sia possibile procedere alla confisca dei beni acquistati ovvero del corrispettivo dei beni alienati, il giudice ordina la confisca, per un valore equivalente, di somme di denaro, beni o altre utilità dei quali i soggetti di cui all'articolo 30, primo comma, hanno la disponibilità».

Infine, con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, la categoria dei sottoposti a misura di prevenzione è stata scorporata dall'art. 30, legge n. 646 del 1982 che oggi riguarda esclusivamente quella dei condannati con sentenza definitiva.

L'art. 80, d.lgs. n. 159 del 2011, con una disposizione sostanzialmente sovrapponibile all'art. 30, ha, infatti, previsto che: "Salvo quanto previsto dall'articolo 30 della legge 13 settembre 1982, n. 646, le persone già sottoposte, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione, sono tenute a comunicare per dieci anni, ed entro trenta giorni dal fatto, al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, tutte le variazioni nell'entità e nella composizione del patrimonio concernenti elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Entro il 31 gennaio di ciascun anno, i soggetti di cui al periodo precedente sono altresì tenuti a comunicare le variazioni intervenute nell'anno precedente, quando concernono complessivamente elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Sono esclusi i beni destinati al soddisfacimento dei bisogni quotidiani. L'art. 80 prevede, inoltre, al secondo comma che il termine di dieci anni decorre dalla data del decreto ovvero dalla data della sentenza definitiva di condanna. Ai sensi del terzo comma, infine, gli obblighi previsti nel comma 1 cessano quando la misura di prevenzione è a qualunque titolo revocata.

Analoga continuità può ravvisarsi anche per il delitto di omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali, disciplinato dall'art. 76, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011 in termini sovrapponibili a quelli dell'art. 31, legge n. 646 del 1982. La norma, infatti, prevede che: "Chiunque, essendovi tenuto, omette di comunicare entro i termini stabiliti dalla legge le variazioni patrimoniali indicate nell'articolo 80 è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.329 a euro 20.658. Alla condanna segue la confisca dei beni a qualunque titolo acquistati nonché del corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati. Nei casi in cui non sia possibile procedere alla confisca dei beni acquistati ovvero del corrispettivo dei beni alienati, il giudice ordina la confisca, per un valore equivalente, di somme di denaro, beni o altre utilità dei quali i soggetti di cui all'articolo 80, comma 1, hanno la disponibilità."

2. La questione controversa.

Con ordinanza n. 51652 del 15/11/2018 la Prima sezione ha rimesso alle Sezioni Unite la decisione sulla questione, oggetto di contrasto interpretativo, relativa al rapporto tra l'acquisizione della condizione soggettiva e la vigenza dell'obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali, originariamente previsto dall'art. 30 della legge n. 646 del 1982 (oggi, limitatamente alla categorie dei sottoposti a misura di prevenzione, dall'art. 80, d. lgs. n. 159 del 2011) penalmente sanzionato dal successivo art. 31, legge cit.

La fattispecie oggetto di ricorso ha, infatti, posto all'attenzione della Corte la questione relativa alla configurabilità del reato di omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali nel caso in cui il soggetto agente sia stato sottoposto a misura di prevenzione ai sensi della legge n. 1423 del 1956 prima dell'entrata in vigore della legge n. 136 del 2010.

Un primo orientamento ermeneutico, inizialmente espresso da Sez. 6, n. 37114 del 06/06/2012, Salvaggio, Rv. 253538, ha ammesso la configurabilità del delitto ponendo l'accento sulla sua natura di reato omissivo istantaneo. Ad avviso della Corte, infatti, ciò che rileva ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 31, legge n. 646 del 1982 (oggi, art. 80, d.lgs. n. 159 del 0211), è la condotta omissiva del soggetto purché, nel momento in cui si consuma detta omissione, lo stesso si trovi nelle condizioni soggettive e oggettive richieste dalla legge. A tale principio ha dato continuità Sez. 2, n. 28104 del 09/04/2015, Dangeli, Rv. 264137-01 in cui la Corte ha ribadito la natura di reato omissivo istantaneo del reato in argomento la cui consumazione avviene nel luogo in cui le due distinte comunicazioni - l'una, entro i dieci giorni dal fatto e, l'altra, entro il 31 gennaio dell'anno successivo - si sarebbero dovute fare. Pertanto, ciò che rileva, prosegue la Corte, è che in tale momento il soggetto si trovi nelle condizioni soggettive e oggettive richieste dalla legge.

Secondo il diverso orientamento espresso da Sez. 6, n. 41113 del 18/09/2013, Giustozzi, Rv. 256137-01, il delitto in esame non è configurabile nel caso in cui la condanna per il delitto–fonte dell'obbligo di comunicazione riguarda uno dei reati introdotti *ex novo* dall'art. 7, comma 1, lett. b), legge n. 136 del 2010 e sia intervenuta prima dell'entrata in vigore di detta legge, essendo a tal fine irrilevante, la circostanza, valorizzata dall'opposto orientamento, in merito alla consumazione dell'omissione in epoca successiva. Si è, infatti, affermato che il termine di durata di dieci anni previsto dall'art. 30, legge n. 646 del 1982, è «*elemento costitutivo della fattispecie sanzionatoria, dal momento che esso integra e delimita l'ambito temporale "di sospetto e di attenzione" che il legislatore nella sua discrezionalità tecnica, ha voluto precisare e definire, nell'ottica di un quadro dinamico ed aggiornato di controllo decennale sulle variazioni di rilievo*

(non inferiori ad euro 10.329,14*), nell'entità e nella composizione del patrimonio, soltanto di quelle persone che abbiano commesso uno dei reati tassativamente indicati nel catalogo del suindicato art.* 30». Ad avviso della Corte, dunque, la condanna per il reato presupposto (ma lo stesso discorso, come rileva l'ordinanza di rimessione, può estendersi al decreto applicativo della misura di prevenzione personale) integra l'elemento normativo della fattispecie, e, come tale, va verificato nella sua sussistenza al tempo dell'entrata in vigore della norma penale che la sanziona.

3. Le soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite hanno sostanzialmente aderito alla prima opzione ermeneutica, muovendo dall'analisi dell'evoluzione normativa della fattispecie incriminatrice e della lettura offertane dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte costituzionale, più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 30 e 31 della legge n. 646 del 1982 (Corte cost., ord. n. 442 del 2001, n. 362 e 143 del 2002; Corte cost., sent. n. 81 del 2014 e n. 99 del 2017).

Il reato in esame, infatti, è stato qualificato come reato omissivo proprio «di pura creazione legislativa» (Sez. 2, n. 25974 del 21/05/2013, Mazzagatti, Rv. 256655) connotato, quanto all'elemento soggettivo, dal dolo generico (Sez. 6, n. 36659 del 17/6/2015, Anzalone, Rv. 264666), la cui configurabilità non è esclusa in caso di variazioni patrimoniali compiute con atti pubblici di cui è prevista la trascrizione nei registri immobiliari e la registrazione a fini fiscali (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 25974/2013).

La Corte costituzionale, con le sentenze n. 81 del 2014 e n. 99 del 2017, ha ravvisato la conformità al principio di offensività dell'omissione in esame, considerando gli approdi della giurisprudenza di legittimità (Sez. 5, n. 13077 del 3/12/2015; Sez. 6, n. 24874 del 30/10/2014) sia in merito alla finalità della norma incriminatrice - volta a consentire un controllo patrimoniale penetrante ed analitico della polizia tributaria nei confronti di persone ritenute socialmente pericolose onde accertare per tempo se le variazioni patrimoniali dipendano o meno dallo svolgimento di attività illecite - che alla non surrogabilità dell'obbligo di comunicazione con le forme di pubblicità legale dell'atto dispositivo che non implicano una diretta ed immediata informazione del nucleo di polizia tributaria. Tuttavia, con la sentenza n. 99 del 2017, la Corte Costituzionale, pur riconoscendo l'offensività "in astratto" dell'omissione, ha precisato che spetta, comunque, al giudice la verifica in ordine alla offensività "in concreto" della condotta.

Una volta inquadrata dogmaticamente la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 31 legge n. 646 del 1982, oggi prevista dall'art. 76, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, le Sezioni Unite hanno escluso che l'ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice, operato dalla legge n. 136 del 2010, abbia inciso sulla

struttura essenziale del reato, integrandone il precetto. Ad avviso del Supremo consesso, infatti, il legislatore ha effettuato una selezione dei «fatti penalmente rilevanti» facendo riferimento alla condizione soggettiva del sottoposto a misura di prevenzione (o del condannato definitivo). Tale condizione costituisce, dunque, un mero presupposto per l'insorgenza degli obblighi comunicativi «rispetto al quale la fisionomia del reato e le finalità perseguite dal legislatore restano inalterate, poiché l'incidenza degli interventi normativi succedutisi nel tempo ha solo ridefinito l'ambito di operatività del precetto».

La norma incriminatrice, proseguono le Sezioni Unite, sanziona, infatti, la condotta posta in essere da chiunque, essendovi in quel momento tenuto, omette di comunicare, nei termini specificati, le variazioni patrimoniali eccedenti una soglia determinata. Le modifiche normative hanno, dunque, riguardato esclusivamente il presupposto per l'insorgenza dell'obbligo intervenendo sulla individuazione dei soggetti tenuti alla sua osservanza, senza, tuttavia, alterare la struttura della fattispecie ed il giudizio di disvalore formulato dal legislatore, cosicché, conclude la Corte, non si pone alcun problema di applicabilità dell'art. 2, comma 4, cod. pen., come invocato dal ricorrente.

Il Supremo consesso ha, infine, escluso un possibile contrasto della soluzione interpretativa adottata con il principio di legalità previsto dall'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte Edu con particolare riferimento al profilo della concreta prevedibilità della sanzione (si richiama, a tal fine, la sentenza della Corte Edu del 21/10/2013, Del Rio Prada c. Spagna). Ciò in quanto la fattispecie incriminatrice è sufficientemente determinata «e la mera condizione di soggetto sottoposto a misura di prevenzione richiede, conseguentemente, a fronte di tale previsione normativa, quantomeno una verifica della portata del precetto e delle eventuali conseguenze di una sua inosservanza e ciò anche nel caso in cui gli effetti della misura siano cessati, essendo chiaramente indicato dalla norma che l'obbligo di comunicazione permane per dieci anni». Analogamente, le Sezioni Unite hanno escluso una possibile incidenza del contrasto interpretativo sulla prevedibilità della decisione giudiziaria. Si è, a tal fine, richiamato quanto affermato da Sez. 5, n. 37857 del 24/4/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876 secondo cui la non prevedibilità della decisione giudiziaria, che ne preclude l'applicazione retroattiva, deve certamente escludersi in una situazione di contrasto giurisprudenziale in cui l'esito interpretativo, seppur controverso, è comunque presente, come avvenuto nel caso esaminato dal Supremo consesso, con un numero contenuto di decisioni.

Con la successiva **sentenza n. 33859 del 28/5/2019, Bardellino, (in corso di massimazione), la Prima Sezione**, dando continuità al principio affermato dalle Sezioni Unite Stangolini, ha, altresì, precisato che nel caso delle misure di prevenzione personale applicate prima della data del 7 settembre 2010, il *dies a quo*

del termine decennale di durata dell'obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali, non decorre da tale data, bensì da quella della definitività della decisione applicativa della misura, pena la violazione dei principi di tassatività e prevedibilità.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 37114 del 06/06/2012, Salvaggio, Rv. 253538
Sez. 2, n. 25974 del 21/05/2013, Mazzagatti, Rv. 256655
Sez. 6, n. 41113 del 18/09/2013, Giustozzi, Rv, 256137
Sez. 2, n. 28104 del 09/04/2015, Dangeli, Rv. 264137
Sez. 6, n. 36659 del 17/6/2015, Anzalone, Rv. 264666
Sez. 5, n. 37857 del 24/4/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876
Sez. 1, ord. n. 51652 del 15/11/2018, Stangolini
Sez. U, n. 16896 del 31/01/2019, Stangolini, Rv. 275080
Sez. 1, n. 33859 del 28/5/2019, Bardellino

PARTE SECONDA

IL CONTRASTO ALLA CRIMINALITA' DEL PROFITTO

SEZIONE I

CONFISCA

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI CONFISCA DI PREVENZIONE

(PAOLO BERNAZZANI)

SOMMARIO:. 1. Premessa. 2. I profili di pericolosità generica all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019. 3. Questioni in tema di intestazione fittizia. 4. Sequestro e confisca di beni acquistati in parte con provvista lecita. 5. (segue) Confisca ed attività di impresa: ipotesi di confusione tra risorse lecite e risorse illecite. 6. Oneri di allegazione a carico del proposto e rilevanza del c.d. "scudo fiscale". 7. Crediti muniti di garanzia reale e strumentalità rispetto all'attività illecita. 8. Procedimento di prevenzione e cause di ricusazione. 9. Questioni in tema di individuazione dei provvedimenti impugnabili, di legittimazione ed interesse all'intervento o all'impugnazione e di disciplina dei termini procedimentali ex artt. 24, comma 2, e 27, comma 6, cod. antimafia. 9.1. (segue) Tipologie di provvedimenti impugnabili. 9.2. (segue) Legittimazione ed interesse ad intervenire o ad impugnare. 9.3. (segue) Termini ex artt. 24, comma 2, e 27, comma 6, cod. antimafia. 10. La tutela dei terzi creditori nell'ambito del procedimento di verifica dei crediti e di opposizione allo stato passivo. 11. La revocazione della confisca. 12. Rapporti fra confisca di prevenzione ed altre tipologie di provvedimenti ablatori.

1. Premessa.

Nel complesso e variegato panorama interpretativo che caratterizza la materia della confisca di prevenzione, plurimi sono i profili che hanno formato oggetto di specifici approfondimenti da parte degli arresti giurisprudenziali di legittimità maturati nel corso del 2019, sia con riferimento agli aspetti di carattere sostanziale della disciplina, sia a questioni di matrice più squisitamente processuale. Il medesimo criterio di – almeno tendenziale - ripartizione sistematica costituirà il filo conduttore attraverso il quale si intende sviluppare l'analisi che segue.

2. I profili di pericolosità generica all'indomani ella sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019.

Sul versante prettamente sostanziale, il più recente intervento nomofilattico della Corte si è concentrato su alcuni temi che erano già entrati a far parte della

elaborazione giurisprudenziale di legittimità sviluppatasi negli ultimi anni sul sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, anche in ragione della avvertita necessità di operare una rilettura complessiva del quadro ermeneutico, resa ancor più ineludibile all'indomani della decisione della Corte Edu, Grande Camera del 23 febbraio 2017, nel caso *de Tommaso c. Italia*, che ha riconosciuto come la disciplina italiana sulle misure di prevenzione non rispettasse gli standard di prevedibilità ed accessibilità imposti dal principio di legalità insito nell'art. 2, Prot. n. 4, CEDU, attinente alla libertà di circolazione, per ritenuta cattiva qualità della legge regolatrice in tema di pericolosità generica, incapace di fornire una descrizione precisa delle condotte pregiudizievoli, con particolare riferimento all'art. 1, lett. a) e b), ed all'art. 8 co. 3 ss. del c.d. codice antimafia.

L'opera di rielaborazione esegetica, ispirata dall'intento di garantire adeguato spazio all'attuazione del principio di tassatività anche in ambito prevenzionale, si è dovuta confrontare, in seguito, anche con le recentissime decisioni della Corte Costituzionale, ed in particolare con la sentenza n. 24 del 2019. "Cuore" di tutte le questioni prospettate avanti alla Consulta era, come noto, l'allegato difetto di precisione delle due fattispecie astratte previste dai numeri 1) e 2) dell'art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, nella versione modificata dalla legge 3 agosto 1988, n. 327), poi riprodotte nelle lettere a) e b) dell'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il quale trova applicazione con riferimento alle proposte di misure di prevenzione depositate a partire dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo stesso (13 ottobre 2011). È altrettanto noto che tali disposizioni consentono l'applicazione - da un lato - della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, e - dall'altro - delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, a due categorie di destinatari: «coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi» (art. 1, n. 1, della legge n. 1423 del 1956, riprodotto in modo pressoché identico dall'art. 1, lettera a, del d.lgs. n. 159 del 2011), e «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» (art. 1, numero 2, della legge n. 1423 del 1956; art. 1, lettera b, del d.lgs. n. 159 del 2011).

Con la citata sentenza, per quanto qui maggiormente interessa, la Consulta ha dichiarato (punto n. 2 del dispositivo), l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, nel testo vigente sino all'entrata in vigore del c.d. codice antimafia, nella parte in cui consente l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche ai soggetti indicati nel numero 1) (id est, lett. a) dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011), nonché (punto n. 5) l'illegittimità costituzionale dell'art.

16 del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a).

In sostanza, dunque, la Corte costituzionale ha sancito, da un lato, la contrarietà alla Carta fondamentale - ed in particolare al principio della necessaria precisione e determinatezza del precetto imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 2 del Prot. n. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; nonché dall'art. 42 Cost. e, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca - di tutte le disposizioni oggetto delle questioni ritenute ammissibili (indicate al punto n. 7 della parte motiva), nella parte in cui consentivano di applicare le misure di prevenzione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, nonchè del sequestro e della confisca ai soggetti indicati nell'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956, poi confluito nell'art. 1, lettera a), del d.lgs. n. 159 del 2011 (*«coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»,*), mentre ha diversamente concluso in relazione alla fattispecie contenuta nella lettera b) della medesima norma (rivolta *a «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»*), in tal modo offrendo conferma della interpretazione "tassativizzante" dei contenuti della previsione di legge di cui all'odierno art. 1, comma 1, lett. b), del codice antimafia elaborata dalla giurisprudenza di legittimità.

In tale quadro ermeneutico, **Sez. 5, n. 38737 del 10/07/2019, Giorgitto, Rv. 276648** ha precisato che la confisca disposta sui beni di un soggetto qualificato come pericoloso sia ai sensi della lett. a) che ai sensi della lett. b) dell'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, conserva validità a seguito della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019: nella parte motiva, la decisione ha sottolineato che, nella specie, la misura di prevenzione patrimoniale era stata disposta sulla base sia dell'ipotesi ritenuta incostituzionale sia di quella la cui compatibilità con i principi della Carta fondamentale era stata positivamente accertata, così da non consentire alla Corte di scindere i due profili, dato che la superstite ragione della misura la giustificava, comunque, nella sua integralità e, ancor più, considerando che il contenuto del decreto impugnato rispondeva ai requisiti di legittimità individuati dalla Corte costituzionale.

La decisione è destinata ad inserirsi in un quadro valutativo che non registra concordia di orientamenti in ordine alla necessità, in esito alla citata decisione della Consulta ed al fine di darvi attuazione, di pronunziare sentenza di annullamento del provvedimento impugnato con rinvio al giudice di merito.

Sez. 1, n. 27696 del 01/04/2019, Immobiliare Peonia s.r.l., Rv. 275888 ha, in particolare, ritenuto che la Corte, qualora sia investita del ricorso avverso un provvedimento applicativo di misura di prevenzione che, prima della citata dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. a), del codice antimafia ad opera della sentenza della Corte cost. n. 24 del 2019, abbia inquadrato la pericolosità sociale del proposto nelle fattispecie di cui alle lett. a) e b) del citato art. 1, «è tenuta a disporre l'annullamento con rinvio di tale provvedimento, atteso che l'operazione di riqualificazione totale o parziale delle fattispecie di pericolosità implica un'attività di verifica che involge profili di merito e necessita la riapertura del contraddittorio tra le parti non consentita dalla trattazione camerale del procedimento di prevenzione».

In altri termini, secondo la pronuncia in esame, l'eventuale nuovo scrutinio degli elementi fattuali che sorreggono il giudizio di pericolosità ai fini prevenzionali, ai fini dell'inquadramento soggettivo, in via esclusiva, nel paradigma di pericolosità ex art. 1, comma 1, lett. b) d.lgs. n.159 del 2011 non può attuarsi in sede di legittimità, non soltanto perché la trattazione camerale del procedimento di prevenzione, ex art. 611 cod. proc. pen., non consente la realizzazione del contraddittorio indispensabile nella dinamica riqualificatoria, sul piano giuridico, del giudizio di pericolosità (si richiamano qui Sez. 6, n. 3716 del 24/11/2015, Caruso, Rv. 266953 e Sez. 6, n. 41767 del 20/6/2017, Boschi, Rv. 271391), ma anche per la ragione che l'eventuale nuovo ed esaustivo inquadramento della pericolosità nella fattispecie di cui alla citata lett. b) esige, per quanto sinora detto, una verifica che involge profili di merito pieno in ordine all'esistenza di tutti i «passaggi esplicativi di quella "opzione tassativizzante"» elaborata dalla giurisprudenza di legittimità e recepita dalla Corte costituzionale.

Analoga soluzione è adottata da **Sez. 2, n. 11445 del 08/03/2019, Lauri, Rv. 276061** nell'ipotesi di provvedimento che abbia confermato la misura della sorveglianza speciale, disposta in epoca antecedente alla citata sentenza della Corte costituzionale, senza precisare in quale specifica categoria di pericolosità si inscriva il prevenuto, al fine di verificare se gli elementi di fatto rappresentati ne consentano l'inquadramento nell'ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 1 del d.lgs. citato, unica ancora legittimante l'adozione della misura.

Diversamente opinando rispetto a quanto ritenuto dalle sopra citate decisioni **Sez. 6, n. 38077 del 09/05/2019, Falasca, Rv. 276711**, ha, invece, affermato che, laddove il compendio istruttorio valorizzato dal provvedimento impugnato permetta di ritenere la sussistenza di condotte delittuose corrispondenti al tipo criminologico dell'art. 1, lett. b), cit., e di inferirne l'attualità della pericolosità sociale del proposto, nonché di stabilire, relativamente alla misura patrimoniale, il momento in cui quelle condotte abbiano raggiunto consistenza e abitualità tali da poter ravvisare una correlazione tra l'acquisto dei beni e la manifestazione di pericolosità,

non sia necessario disporre l'annullamento con rinvio di tale provvedimento per una nuova valutazione del materiale probatorio, in quanto lo stesso è già stato delibato nel contraddittorio delle parti e ritenuto sufficiente a ricavarne la ricorrenza dei presupposti delle misure di prevenzione, per essere il proposto annoverabile anche nella categoria criminologica di cui alla citata lett. b) dell'art. 1.

In ogni caso, al di là dell'*actio finium regundorum* che riguarda la specifica tipologia di pronuncia da adottare nel giudizio di legittimità, resta fermo, come puntualizzato da **Sez. 1, n. 8038 del 05/02/2019, Manauro, Rv. 274915** - in ciò ricollegandosi a Sez. 1, n. 32032 del 10/6/2013, De Angelis, Rv. 256451, ed a Sez. 1 n. 29966 del 08/04/2013, Costa, Rv. 256415 - che nel procedimento di prevenzione non si configura una violazione del principio di correlazione tra contestazione e decisione qualora il provvedimento applicativo della misura ritenga sussistente una categoria di pericolosità sociale diversa da quella indicata nella proposta (nella specie oggetto dell'intervento nomofilattico della Corte, la pericolosità generica ex art. 1 e 4, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 159 del 2011 a fronte di una proposta impostata su profili di pericolosità c.d. «qualificata» ex art. 4 ,comma 1, lett. a), stesso d.lgs.), purché la nuova definizione giuridica sia fondata sui medesimi elementi di fatto posti a fondamento della proposta, in relazione ai quali sia stato assicurato alla difesa un contraddittorio effettivo e congruo.

Di particolare interesse è, altresì, l'esclusione operata dalla Corte in motivazione circa l'applicabilità nel procedimento di prevenzione dei principi affermati dalla Corte Edu nella sentenza Drassich c. Italia del 11 dicembre 2007 e, dunque, la necessità che la difesa sia chiamata ad interloquire sulla diversa qualificazione della categoria di pericolosità sociale legittimamente ritenuta dal giudice rispetto a quella originariamente ipotizzata in applicazione del generale principio affermato dall'art. 521, comma 1 cod. proc. pen., alla condizione, beninteso, che ricorrano i requisiti della medesimezza degli elementi fattuali posti a fondamento della proposta e dell'esplicazione del contraddittorio in ordine agli stessi.

Resta fermo, infine, che il venir meno, per eventi successivi, dell'accertata pericolosità sociale del prevenuto, non ha influenza alcuna sulla confisca del patrimonio a lui riconducibile, ritenuto frutto o reimpiego delle sue attività illecite; ne consegue, in particolare, che la collaborazione del prevenuto con la giustizia, ancorché determini la cessazione della sua pericolosità, comportando la recisione dei suoi legami di appartenenza con l'ambiente mafioso di riferimento e costituendo elemento idoneo a determinare la revoca delle misure personali, non si riverbera sulla stabilità del provvedimento di confisca, adottato sulla base dell'accertata pericolosità al momento dell'acquisizione dei beni assoggettati alla misura ablativa. (**Sez. 5, n. 2471 del 06/12/2018, dep. 2019, Giampà, Rv. 275410**).

3. Questioni in tema di intestazione fittizia.

Il tema dei criteri giuridici da seguire per l'accertamento, ai fini della confisca, della fittizietà dell'intestazione o del trasferimento a terzi di beni in realtà da ritenersi nella perdurante disponibilità del proposto si innesta, notoriamente, sull'esegesi dell'art. 26, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui «[...] fino a prova contraria si presumono fittizi: a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, dei coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado; b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione».

In tale dimensione ricostruttiva, **Sez. 1, Sentenza n. 5286 del 06/02/2018 - dep. 2019 – Seminara, Rv. 274871**, ha ritenuto che, ai fini della configurabilità del requisito della convivenza (nella specie, ai sensi degli artt. 2-*bis*, comma 3, e 2-*ter*, comma 14, lett. a), della legge 31 maggio 1965, n. 575), non è necessaria la condivisione di una medesima unità abitativa, essendo sufficiente una relazione stabile e duratura, caratterizzata da una comunione di interessi affettivi ed economici. L'applicazione di tale principio ha fatto sì che la Corte abbia ritenuto corretta la valutazione dei giudici di merito, che avevano considerato come convivente, nonostante la mancata coabitazione, la compagna con cui il proposto intratteneva da tempo una relazione sentimentale, rilevando come egli ne frequentasse ordinariamente l'abitazione, proprio per tale motivo sottoposta più volte a perquisizione, e provvedesse a tutte le esigenze economiche della donna, comprese le spese di ristrutturazione della suddetta abitazione.

Sempre *in subiecta materia*, con particolare riferimento alle allegazioni da parte dei familiari o dei terzi intestatari a fini giustificativi della legittima provenienza dei beni, **Sez. 1, n. 12629 del 16/01/2019, P.g. in proc. Macrì, Rv. 274988**, riallacciandosi all'approfondito esame effettuato da parte delle Sezioni Unite con la sentenza n. 12621 del 22/12/2016 - dep. 2017 - De Angelis, Rv. 270081-2-3-4-5-6-7, ha affermato che «la sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del familiare o del terzo intestatario fittizio del bene in favore del proposto non può essere da costoro giustificata adducendo proventi da evasione fiscale, giacché, altrimenti, sarebbero illogicamente rese inoperative le rispettive presunzioni di interposizione fondate, per quanto attiene ai familiari ed al coniuge, sulla massima di comune esperienza della comunanza di interessi patrimoniali e di redditi nell'ambito dell'unità familiare entro cui si colloca la persona socialmente pericolosa, e, per quanto attiene al terzo, sull'accertamento di cui all'art. 26, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159».

Con riguardo, poi, alla confisca del denaro depositato su un conto corrente intestato alla figlia ed al genero del proposto, con lo stesso non conviventi, **Sez. 1, n. 26872 del 05/02/2019, Vazzano, Rv. 276412** ha affermato l'illegittimità del provvedimento ablativo che, in assenza di altri indicatori da valutare secondo il parametro di ragionevolezza temporale, nonché del riscontro dei presupposti di applicabilità dell'art. 26 codice antimafia, desuma il carattere fittizio dell'intestazione dalla sola sproporzione tra l'ammontare di tali somme e i redditi percepiti, senza neanche considerare l'epoca di inizio dell'attività lavorativa dell'affine e quella di accumulo della provvista.

È interessante notare come, in tale prospettiva, la Corte abbia disatteso l'impostazione adottata dal giudice territoriale, il quale aveva ritenuto che l'art. 19, comma 3, del codice antimafia contemplasse una presunzione di appartenenza al proposto dei beni intestati ai familiari. La Corte ha osservato che tale norma, diversamente dal successivo art. 26, non istituisce una presunzione di disponibilità dei beni in capo al proposto, ma il solo obbligo di disporre le speciali indagini nei confronti dei soggetti ivi indicati, in ragione del legame di parentela, coniugio o convivenza che li collega al proposto stesso; norma che, fra l'altro, trova il suo precedente storico nel terzo comma dell'art. 2-bis della legge n. 575 del 1965, del cui testo la disposizione sopravvenuta è meramente ricognitiva.

Piuttosto, ha ancora osservato la Corte, la mancata giustificazione dei redditi o di adeguate capacità patrimoniali può essere valutata come indicatore, unitamente ad altri elementi dimostrativi, dell'incapacità patrimoniale e reddituale in relazione a determinate forme di investimento, laddove il valore dei beni stessi risulti sproporzionato al reddito disponibile di genesi lecita, ma non è sufficiente da sola a legittimare anche l'affermazione che essi effettivamente appartengano a persona diversa, e cioè al proposto, in specie quando fra questo ed i terzi non vi sia alcuna comunanza di vita.

Diversamente da quanto indicato dall'art. 19, comma 3, pertanto, è il solo art. 26 del d.lgs. n. 159 del 2011 ad istituire ipotesi di presunzioni relative per i casi espressamente tipizzati, che non risultano suscettibili di applicazione analogica.

Vi è da aggiungere, a margine di tali considerazioni, che la giurisprudenza di legittimità ha da tempo precisato che il rapporto fra il proposto ed il coniuge, i figli e gli altri conviventi costituisce, pur al di fuori dei casi oggetto delle specifiche presunzioni di cui all'art. 26, comma 2, d.lgs. cit., una circostanza di fatto significativa, con elevata probabilità, della fittizietà della intestazione di beni dei quali il proposto non può dimostrare la lecita provenienza, quando il terzo familiare convivente, che risulta formalmente titolare dei cespiti, è sprovvisto di effettiva capacità economica (cfr. Sez. 1, n. 17743 del 07/03/2014, Rienzi, Rv. 259608; Sez. U, n. 12621 del 22/12/2016 - dep. 2017 - De Angelis, in motivazione al par. 11.1).

Deve trattarsi, tuttavia, come non manca di ricordare la decisione n. 26872/19, «di una condizione di incapienza patrimoniale del terzo legato da vincolo di parentela o convivenza che rilevi oggettivamente in funzione del giudizio di sproporzione e che sia tale da dimostrare *ex se* attraverso l'inferenza logica una disponibilità del bene in capo al proposto. Là dove faccia difetto una situazione obiettiva con connotazioni siffatte non può procedersi al richiamo di meccanismi presuntivi, per dedurre il requisito obiettivo di disponibilità della *res* in capo all'indiziato e per ritenere, pertanto, fittizia l'intestazione dei beni che risultino nella formale titolarità del parente o del convivente, al più esposto per *voluntas legis* alle speciali indagini».

Sotto diverso ma concettualmente convergente profilo, va menzionata, altresì, **Sez. 2, n. 27932 del 15/03/2019, Italia, Rv. 276667**, che, ponendosi in linea di continuità con i principi già espressi da Sez. 6, n. 35240 del 27/06/2013, Cardone, Rv. 256267, in un'ipotesi di ablazione di un immobile abitativo costituente il reimpiego di redditi derivanti dalla conduzione di fondi acquistati "in regime di sproporzione" e dalla partecipazione a società costituite in assenza di risorse finanziarie lecite, ha ribadito che è legittima la confisca di beni acquistati con il ricavato dalla dismissione di altri beni, la cui acquisizione non trova conforto in una proporzionata disponibilità finanziaria, reddituale o comunque lecita, nel periodo di riferimento, dal momento che anche l'acquisizione successiva dei nuovi beni con i fondi ricavati con le indicate modalità risulterebbe viziata, pur se in via meramente derivativa, dall'originaria illiceità del primo acquisto.

4. Sequestro e confisca di beni acquistati in parte con provvista lecita.

La necessità, ai fini applicativi di una misura di prevenzione patrimoniale, che l'oggetto dell'ablazione corrisponda ai beni di cui il proposto disponga direttamente od indirettamente, che siano di valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero che «risultino» (nel caso di confisca ex art. 24; nel caso di sequestro ex art. 20, bastano «sufficienti indizi») «essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego» si deve necessariamente confrontare con la ricorrente evenienza problematica, che il dettato normativo non regola espressamente, della "confusione" nel patrimonio del proposto, esercente un'impresa commerciale, tra beni di provenienza lecita e beni di provenienza illecita, in un quadro in cui l'esigenza del rispetto dei principi di stretta legalità e di compatibilità costituzionale del sistema è particolarmente stringente.

Al riguardo, è noto che la giurisprudenza di legittimità ha operato una serie di interventi interpretativi tesi ad imporre al giudice incaricato di decidere sulla misura patrimoniale una attenta analisi dei profili fattuali e delle allegazioni difensive per

consentire, ove possibile, di distinguere le immissioni di risorse ed i conferimenti di origine illecita, nonché i beni conseguiti attraverso l'impiego di tali mezzi rispetto a quanto risulti legittimamente acquisito, procedendo alla sola confisca *pro quota*.

In tale contesto, proprio i temi della sottoposizione a sequestro ed a confisca di prevenzione di beni acquistati in parte con provvista lecita e della legittimità di una riduzione *pro quota* dell'oggetto di tali provvedimenti sono stati oggetto di puntuale scrutinio da parte della giurisprudenza di legittimità nell'arco del 2019.

Non sono mancate, in particolare, pronunce che hanno ribadito il principio secondo cui, allorché la divisione del bene sia giuridicamente ed economicamente possibile, non ne è giustificabile la confisca nella sua totalità, poiché ciò comporterebbe l'ablazione della quota corrispondente alla parte di prezzo pagata con l'impiego di redditi di lecita provenienza; ciò con la precisazione che, per non compromettere le finalità e gli scopi delle misure di prevenzione patrimoniale il giudice deve, comunque, tener conto – sulla base di una valutazione di merito, che non può essere sindacata in sede di legittimità se congruamente motivata - della diversa incidenza economica della frazione lecita e di quella illecita nell'acquisizione del bene, onde la confisca totale dei beni o delle quote può essere disposta nel caso di assoluta, o nettissima, preponderanza delle risorse di natura illecita, tale da rendere del tutto irrisoria la quota di conferimento lecito.

Nella medesima dimensione ermeneutica, **Sez. 6, n. 35893 del 20/06/2019, Quacquarelli, Rv. 276832** ha ribadito che non può essere disposta l'ablazione di un bene immobile nella sua interezza ove il pagamento del prezzo di acquisto sia avvenuto in parte con redditi di provenienza lecita, salvo il caso in cui la preponderanza della provvista proveniente da disponibilità prive di giustificazione sia tale da rendere irrisoria, anche per la peculiare natura e consistenza economica del bene, la quota di conferimento lecita. In applicazione di tale principio, la Corte ha, nella specie, ritenuto legittimo il dissequestro di un immobile nei limiti di una quota del 18%, pari all'importo della provvista di provenienza lecita, pur se considerevolmente inferiore rispetto alla quota ritenuta di provenienza illecita.

In termini analoghi, si è affermato che quando risulti che un immobile lecitamente acquisito sia stato ampliato o migliorato con l'impiego di disponibilità economiche prive di giustificazione, la confisca può investire il bene nella sua interezza esclusivamente nel caso in cui le trasformazioni e le addizioni abbiano natura e valore preminente, tale da non consentire una effettiva separazione di distinti valori "pro quota" (**Sez. 2, n. 27933 del 15/03/2019, Lampo, Rv. 276211**, in continuità con l'orientamento espresso, fra le altre, da Sez. 1, sentenza n. 29186 del 22/04/2013, Ripepi, Rv. 256788).

Ispirata ad omogenei registri, **Sez. 6, n. 10105 del 10/10/2018, dep. 2019, Visinoni, Rv. 275426** ha affermato che non è consentita la confisca delle sole parti

di un edificio realizzate con il reimpiego di utili costituenti profitto illecito, in quanto esse, per l'inscindibilità delle parti componenti l'immobile, non sono suscettibili di utilizzazione separata.

La decisione si segnala anche per la specifica analisi della questione interpretativa scaturente dall'applicazione del principio dell'accessione, previsto dall'art. 934 cod. civ.: questione risolta nel senso, del resto già fatto proprio da precedenti pronunce della Corte, della legittimità della confisca di un edificio realizzato con fondi di provenienza illecita su un suolo di provenienza lecita, se il primo abbia un valore preponderante rispetto al secondo, poiché, quando un bene si compone di più unità, il regime penalistico cui assoggettare il cespite nella sua interezza è quello proprio della parte di valore economico e di utilizzabilità nettamente prevalenti, diventando irrilevante il principio civilistico dell'accessione. La *ratio* dell'applicazione di una misura di prevenzione, invero, impone di annettere rilievo al bene di maggior valore economico, essendo necessario colpire i beni prodotti in conseguenza dell'accaparramento di profitti illeciti ed in forza del reimpiego di detti profitti proprio nella realizzazione dei fabbricati; il che impedisce, sul piano economico e funzionale, di scinderne l'unitaria valutazione, rendendoli insuscettibili di una separata utilizzazione (cfr. anche Sez. 6, n. 18807 del 30/10/2012, Rv. 255091; Sez. 6, n. 16151 del 04/02/2014, Rv. 259763).

5. (segue). Confisca ed attività di impresa: ipotesi di confusione tra risorse lecite e risorse illecite.

Il tema del discrimine tra rapporti leciti ed illeciti è stato impostato in modo peculiare con riferimento alle attività economico-imprenditoriali, rispetto alle quali la commistione fra apporti di diversa provenienza finisce spesso per divenire inestricabile, così originando articolate e non sempre coincidenti metodologie di approccio, foriere di risultati ermeneutici diversificati.

Così, in *subiecta materia* si registrano pronunce secondo cui, «nei limiti del giuridicamente ed economicamente possibile, anche con riferimento ad un'azienda è necessario distinguere tra apporti leciti ed apporti illeciti e sottoporre ad ablazione solo quelle parti o quote di valore (e di patrimonio) riferibili ai secondi; fermo restando che deve ritenersi illecita anche l'impresa in cui l'attività di tale natura risulti, per valore, nettamente prevalente su quella lecita, con la conseguenza che il complesso aziendale è suscettibile di ablazione nella totalità dei beni che lo compongono, in quanto interamente contaminato» (**Sez. 6, n. 11666 del 13/02/2019, Catarozzo Rv. 275292**), affiancate da altre decisioni che hanno delineato in modo chiaro la costruzione giurisprudenziale dell'impresa mafiosa (cfr., ad esempio, Sez. 5, n. 16311 del 23/01/2014, Di Vicenzo, Rv. 259871), sorretta dal

principio in virtù del quale la confisca di prevenzione di un complesso aziendale non può essere disposta solo con riferimento alla quota ideale riconducibile all'utilizzo di risorse illecite, non potendosi distinguere, in ragione del carattere unitario del bene, l'apporto di componenti lecite riferibili alla capacità e alla iniziativa imprenditoriale da quello imputabile ai mezzi illeciti, specie quando il consolidamento e l'espansione dell'attività economica siano stati sin dall'inizio agevolati dall'organizzazione criminale.

Quest'ultima costruzione rappresenta, a ben vedere, una soluzione ispirata dall'esigenza di non deprivare di efficacia il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali proprio in un settore, come quello delle attività produttive, in cui si manifesta la maggiore pericolosità delle infiltrazioni di origine mafiosa, che si traducono nella costituzione o nell'acquisizione di aziende già esistenti e che, in ogni caso, condizionano l'origine ed il concreto sviluppo delle iniziative produttive, in quanto costituiscono il terreno di elezione non solo per investire una ricchezza di origine illecita inquinata ma anche per accrescere le possibilità di penetrazione criminale nel tessuto economico e sociale.

Nel caso, poi, di impresa mafiosa costituita in forma societaria, si è affermato che lo stesso ragionamento impone di estendere il sequestro e la confisca a tutto il patrimonio aziendale ed a tutto il capitale sociale, ivi comprese le quote sociali di terzi, nonostante l'origine lecita dei fondi impiegati per la sottoscrizione delle stesse laddove sia accertata la disponibilità sostanziale dell'impresa da parte del proposto e nel caso in cui l'attività economica risulti condotta sin dall'inizio con mezzi illeciti.

In sostanza, il baricentro dell'indagine in tema di confisca non si colloca tanto nel ricercare e discernere quali siano i frutti del reimpiego di specifici proventi non giustificati ma nel verificare se l'attività economica d'impresa si sia espansa ed abbia prodotto redditi beneficiando della sinergia con la consorteria mafiosa, notoriamente rivolta al condizionamento delle attività di impresa.

Non a caso, in una simile prospettiva, si afferma apertamente (da ultimo, **Sez. 2, n. 31549 del 06/06/2019, Simply Soc. Coop.**, in motivazione) che «dinanzi ad un fenomeno di commistione tra attività imprenditoriale ed appartenenza all'associazione mafiosa, sarebbe riduttivo e fuorviante limitarsi a verificare se ogni operazione sia immediatamente caratterizzata da evidenti requisiti di illiceità costituendo, ad esempio, il risultato di una determinata attività delittuosa essendo stata resa possibile la stessa solamente in virtù dell'attivazione di un determinato canale illecito. Tutte le operazioni attuate per il tramite di un'impresa costituita o sviluppatasi grazie all'estrinsecarsi dell'attività mafiosa sul versante economico rimangono geneticamente collegate, più o meno direttamente ad una situazione antigiuridica e finiscono per contribuire alla creazione di quella ricchezza inquinata che il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali vuole colpire con la confisca

dei beni che rappresentano il frutto di condotte illecite o ne costituiscono il reimpiego».

Una recente declinazione di tale orientamento si rinviene in **Sez. 5, n. 32017 del 08/03/2019, Roma, Rv. 277099**, secondo cui la confisca (nella specie, disposta ai sensi dell'art. 2-*ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575), di una impresa costituita in forma societaria che abbia stabilmente operato avvalendosi della forza di intimidazione di un'associazione mafiosa o, comunque, in cointeressenza con essa, si estende a tutto il patrimonio aziendale e a tutto il capitale sociale, ivi comprese le quote sociali intestate a terzi, nonostante l'origine lecita dei fondi impiegati per la sottoscrizione delle quote, laddove sia accertata la disponibilità sostanziale della impresa da parte del proposto o l'attività economica risulti condotta, sin dall'inizio, con mezzi illeciti: nel caso esaminato dalla Corte, si era accertato che l'espansione delle aziende confiscate era stata sin dall'inizio agevolata dall'organizzazione mafiosa ed i terzi interessati non avevano comunque fornito elementi idonei a selezionare, nell'ambito del complesso aziendale, i beni di origine lecita.

Un'impostazione non dissimile si coglie in **Sez. 6, n. 49750 del 04/07/2019, Diotallevi**, in corso di massimazione, per la quale può essere disposta la confisca di tutto il patrimonio immobiliare e societario del proposto in conseguenza della sua pericolosità qualificata, qualora l'apporto di componenti lecite si sia risolto nel consolidamento e nell'espansione della sistematica e reiterata attività di riciclaggio e di reimpiego di preponderanti capitali illeciti e, quindi, nell'accumulazione di ricchezza illecita, nella quale non sia più scindibile la minoritaria quota lecita, stante il risultato sinergico dei capitali impiegati, determinante una loro inestricabile commistione e contaminazione.

Né, sempre in ipotesi di confisca di aziende e quote sociali, assume rilievo impediente rispetto al provvedimento ablativo la costituzione dell'ente in data antecedente al periodo temporale entro il quale sia stata perimetrata la pericolosità del proposto: **Sez. 5, n. 19280 del 05/02/2019, Tarantolo, Rv. 276247** ha, in proposito, richiamato l'attenzione sul fatto che la confisca del compendio aziendale e delle quote sociali è consentita anche quando è provato che il valore dei medesimi si sia formato, in via prevalente, nel periodo di tempo correlato all'accertata pericolosità sociale qualificata del proposto – nella specie derivante dall'appartenenza del medesimo ad un sodalizio mafioso, che gli aveva consentito l'aggiudicazione di appalti pubblici costituenti l'attività principale della società -, a nulla rilevando la risalente costituzione di quest'ultima ad un periodo antecedente a quello dell'accertata pericolosità.

In siffatta cornice di disciplina, la Corte non ha mancato di analizzare i rapporti fra vincoli riguardanti il patrimonio aziendale e vincoli avente ad oggetto il capitale sociale, nella particolare ipotesi di dissequestro di una parte minoritaria delle quote

sociali: **Sez. 1, n. 34094 del 04/07/2019, Cirrincione**, **Rv. 277309**, ha riconosciuto la legittimità del provvedimento che, dissequestrando una quota minoritaria del capitale sociale, mantenga in confisca l'intero patrimonio aziendale, a condizione che sia accertata la natura "mafiosa" dell'impresa, in tale ipotesi non rilevando la disposizione di cui all'art. 24, comma 1–*bis* del codice antimafia, introdotta dall'art. 5, comma 8, lett. a) della legge 17 ottobre 2017, n. 161, in quanto tale previsione ha bensì introdotto un automatismo tra confisca delle quote societarie e confisca del patrimonio aziendale, ma non ha condizionato la confiscabilità del patrimonio aziendale alla confisca di tutte le quote.

Un complessivo apprezzamento, sia pur necessariamente in chiave di sintesi, del panorama decisorio illustrato consente di evidenziare che l'affermazione dei principi esaminati non assume affatto il significato di disconoscere l'orientamento secondo cui la confisca non può estendersi aprioristicamente ed in modo indiscriminato a tutto il patrimonio del proposto, bensì deve sempre riguardare singoli beni rispetto ai quali siano individuabili le ragioni della illegittima provenienza; gli interventi della Corte si sono, piuttosto, prefissi di riconoscere che tale impostazione, «quando si è di fronte ad una realtà produttiva nel suo complesso e dinamico operare, non può che riferirsi all'intera azienda» (**Sez. 2, n. 31549 del 06/06/2019, Simply Soc. Coop., cit.).**

Ed è proprio sviluppando gli spunti euristici che si sono illustrati che il criterio ermeneutico in parola dal fenomeno della "impresa mafiosa" e dal suo corredo di "pericolosità qualificata", è stato, in ultimo, applicato estensivamente anche nei confronti delle imprese, eventualmente gestite in forma societaria, riconducibili ad un soggetto "pericoloso generico".

È stata la più volte ricordata **Sez. 2, n. 31549 del 06/06/2019, Simply Soc. Coop.**, che costituisce una vera e propria *summa* delle principali questioni che si agitano in materia di misure di prevenzioni patrimoniali e che rappresenta, dunque, un'efficace fotografia dello stato dell'arte dell'elaborazione giurisprudenziale di legittimità, ad affermare (**Rv. 277225 - 07**) che «la confisca di prevenzione, anche in ipotesi di pericolosità generica, si estende, quando ricorra un'attività d'impresa esercitata in forma societaria e con strutture imprenditoriali complesse, a tutto il patrimonio aziendale ed all'insieme delle quote nella disponibilità del proposto, anche se formalmente intestate a terzi, ove sia dimostrato che la costituzione delle società ovvero l'acquisizione, anche in via di fatto, delle relative partecipazioni siano strumentali al perseguimento di attività illecite, poiché in tal caso è l'attività economica nel suo complesso, gestita dal soggetto pericoloso, a costituire un fattore patogeno ed inquinante del mercato per la permanente immissione di profitti illeciti che si autoalimentano e confondono con quelli leciti». E, in modo coerente con tali premesse, in motivazione la Corte ha ulteriormente precisato che la confisca può

essere estesa agli investimenti con proventi illeciti anche precedenti al periodo di pericolosità, purché sia dimostrata la riferibilità al proposto delle imprese formalmente terze e non sia possibile distinguere, in termini di certezza e di rilevante prevalenza, l'attività imprenditoriale lecita da quella costituente reimpiego o occultamento di profitti illeciti.

Da tale impostazione discendono precise conseguenze in tema di impugnazione del provvedimento ablatorio e di individuazione dei profili dimostrativi coessenziali all'allegazione liberatoria. Premesso che, nel caso di confisca dell'intero capitale sociale di una società e dei beni formalmente intestati alla stessa, legittimati a costituirsi in giudizio, ai sensi dell'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, ed a proporre impugnazione sono solo le persone fisiche titolari dei diritti nascenti dalle quote sociali e non, invece, la persona giuridica in quanto tale (**Sez. 1, n. 35793 del 15/02/2019, Amodeo, Rv. 276939 - 02**), si è coerentemente affermato che «il terzo titolare di una quota, sia pur minima (nella specie, dell'1%), di partecipazione in una società oggetto di confisca in quanto nella disponibilità del proposto, soggetto pericoloso generico, al fine di opporsi all'ablazione deve dimostrare non tanto di avere avuto la capacità economica di acquistare tale quota, quanto di avere effettivamente esercitato i propri diritti di socio, ovvero, nel caso in cui abbia, altresì, ricoperto il ruolo di amministratore, di avere gestito in modo autonomo la società e di essere estraneo al complessivo illecito "programma" riferibile al proposto» (**Sez. 2, n. 31549 del 06/06/2019, Simply Soc. Coop., Rv. 277225 – 09**).

6. Oneri di allegazione a carico del proposto e rilevanza del c.d. "scudo fiscale".

Quanto alla posizione del proposto, va premesso che, in tema di misure patrimoniali, non si assiste ad un'inversione dell'onere della prova, posto che la dimostrazione dei suoi presupposti applicativi, ed in specie la prova della sproporzione patrimoniale è sempre a carico dell'accusa, mentre grava sul proposto, una volta che tale onere sia stato assolto, solo un onere di allegazione diretto a sminuire o ad elidere l'efficacia probatoria degli elementi offerti dall'accusa; allegazione che si giova, ovviamente, dell'indicazione dei dati fattuali che corroborano la prospettazione alternativa favorevole al proposto stesso (in tal senso, si è anche evocato il c.d. "principio di vicinanza della prova" – cfr. Sez. 2, n. 7484 del 21/01/2014, Baroni, Rv. 259245 – ritenuto estensibile al procedimento di prevenzione).

È precisamente in tale quadro di riferimento che la Corte - ancora **Sez. 2, n. 31549 del 06/06/2019, Simply Soc. Coop., Rv. 277225 – 08** - ha analizzato la peculiare questione relativa all'incidenza del ricorso al c.d. "scudo fiscale" sul

requisito della sproporzione delle condizioni economiche e patrimoniali del proposto.

L'*iter* argomentativo prescelto muove, innanzitutto, dal rilievo sistematico che, mentre l'art. 240-*bis* cod. pen. - nel quale è stato trasfuso l'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992 per effetto del d.lgs. n. 21 del 2018 -, trattando del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e che sono in valore sproporzionato rispetto al proprio reddito, prevede espressamente che «in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego di evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge», per contro l'art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011 si limita a disporre «in ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento di evasione fiscale».

L'interrogativo circa le ragioni della volontà del legislatore di non intervenire sul citato art. 24, ed in particolare se essa sia o meno connessa alla diversa funzione delle due disposizioni citate, pur se entrambe riferite all'elemento della sproporzione, ha condotto il Collegio decidente a registrare che l'art. 13-*bis*, comma 4, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 - come ulteriormente modificato dal d.l. 3 agosto 2009, n. 103, convertito dalla legge 3 ottobre 2009, n. 141 – prevede che «... l'effettivo pagamento dell'imposta comporta, in materia di esclusione della punibilità penale, limitatamente al rimpatrio ed alla regolarizzazione di cui al presente articolo, l'applicazione della disposizione di cui al già vigente articolo 8, comma 6, lettera c), della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni ...»; la norma da ultimo richiamata, a sua volta, contempla «l'esclusione ad ogni effetto della punibilità per i reati tributari di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 10 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, nonché per i reati previsti dagli articoli 482, 483, 484, 485, 489, 490, 491-*bis* e 492 del codice penale, nonché degli articoli 2621, 2622 e 2623 del codice civile, quando tali reati sono stati commessi per eseguire od occultare i predetti reati tributari, ovvero per conseguire il profitto e siano riferiti alla stessa pendenza o situazione tributaria».

Da tale puntuale ricognizione dell'assetto normativo della materia, la decisione in esame trae una prima conseguenza: l'accesso al c.d. "scudo fiscale", di per sé, incide sulla punibilità degli eventuali reati tributari e sugli altri reati sopra indicati ma, in ogni caso, non trasforma *ex se* le somme di provenienza illecita in proventi leciti laddove gli stessi derivino da condotte delittuose diverse da quelle specificamente indicate.

A margine di tale considerazione, la Corte annota, altresì, che la propria giurisprudenza in tema di applicazione della speciale causa di non punibilità ex art.

13-*bis* citato ravvisa il preciso onere dell'interessato di indicare gli specifici elementi da cui poter desumere che le somme rimpatriate o regolarizzate corrispondono a quelle oggetto della condotta incriminata o comunque hanno attinenza con il reato contestato» (Sez. 3, n. 2221 del 06/10/2015 - dep. 2016 - Grossi, Rv. 266012).

Tanto ha convinto la Corte, nella fattispecie sottoposta al suo esame, a ritenere del tutto legittima la decisione di merito impugnata secondo la quale, «in assenza di completa tracciabilità, dalla origine alla emersione, delle somme scudate», non era possibile «sottrarre le medesime alla generalmente affermata, nel patrimonio riconducibile al proposto, confusione e commistione tra proventi di origine lecita (ovvero riconducibili alla evasione fiscale sanata attraverso l'adempimento della obbligazione tributaria nelle forme previste per l'appunto dallo "scudo") e proventi od incrementi riconducibili a traffici illeciti che ... non si esauriscono, anche sotto il profilo strettamente penale, nella mera violazione di norme tributarie».

Di qui, dunque, l'affermazione del principio di diritto in base al quale il rimpatrio di attività finanziarie e patrimoniali detenute irregolarmente fuori dal territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 13-*bis* del d.l. n. 78 del 2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 102 del 2009, come ulteriormente modificato dal d.l. n. 103 del 2009, convertito dalla legge n. 141 del medesimo anno, «non esclude il requisito della sproporzione reddituale e non trasforma *ex se* le somme di provenienza illecita in proventi leciti, quando non sia adempiuto l'onere, da parte del proposto, di indicare gli specifici elementi da cui desumere che le somme rimpatriate o regolarizzate corrispondono esclusivamente a quelle oggetto delle violazioni penaltributarie a lui contestate».

7. Crediti muniti di garanzia reale e strumentalità rispetto all'attività illecita.

È noto che la tutela dei diritti dei terzi sui beni sequestrati nel procedimento di prevenzione è regolata dall'art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011 che fissa le condizioni richieste per l'inopponibilità nei loro confronti della confisca, e che, con specifico riguardo ai crediti assistiti da diritti reali di garanzia sui beni sequestrati, prevede come prima condizione necessaria, ma non sufficiente, l'anteriorità della costituzione della garanzia rispetto al provvedimento di sequestro.

Si richiede, infatti, che oltre alla predetta condizione di ordine cronologico, vi siano anche altre due condizioni, indicate alla lett. b) del citato articolo, una di carattere fattuale-oggettivo, ovvero che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, e l'altra di carattere soggettivo, afferente la dimostrazione della buona fede e dell'inconsapevole affidamento del creditore, con onere della prova a carico del creditore medesimo.

Rispetto al primo requisito, **Sez. 5, n. 45460 del 18/10/2019, Italfondiario s.p.a., Rv. 277095** ha sottolineato che il credito garantito da ipoteca iscritta successivamente al sequestro di prevenzione non può ritenersi assistito da una causa legittima di prelazione, essendo espressamente richiesta a tal fine, nella prima parte del primo comma dell'art. 52 cod. antimafia, non modificata dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161, l'anteriorità al sequestro tanto del credito, quanto dei diritti reali di garanzia costituiti sui beni oggetto della misura di prevenzione; ne consegue che il creditore non è esentato, in tal caso, dall'onere, previsto dall'art. 52, comma 1, lett. a) del citato decreto, di preventiva ed inutile escussione del restante patrimonio del debitore o di dimostrazione dell'incapienza di quest'ultimo.

Con riferimento all'accertamento del nesso di strumentalità, **Sez. 6, n. 14143 del 06/02/2019, Banca Monte dei Paschi di Siena spa, Rv. 275533** ha ritenuto che tale attributo del credito rispetto all'attività criminale del prevenuto può presumersi, fino a prova contraria, nei casi di corrispondenza temporale tra l'insorgenza del credito e l'accertata pericolosità sociale, dovendosi ritenere che l'incrementata disponibilità di mezzi finanziari sia senz'altro idonea ad agevolare, pur indirettamente, la realizzazione di attività illecite. (Fattispecie relativa alla confisca di un terreno acquistato con mutuo ipotecario, erogato nel periodo in cui si erano manifestati gli indizi di appartenenza del proposto ad un sodalizio mafioso, nonché la sperequazione tra acquisti ed entrate del medesimo). Nell'ipotesi di opposizione del terzo creditore all'esclusione del proprio credito dallo stato passivo formato dal giudice delegato ai sensi dell'art. 59, comma 1, cod. antimafia, va menzionata **Sez. 5, n. 17968 del 01/03/2019, Ca.Ri.Ge. s.p.a., Rv. 276849**, secondo cui lo stesso è ammesso a provare non soltanto la buona fede, ma anche l'assenza del nesso di strumentalità tra il proprio diritto e l'attività illecita del soggetto pericoloso, in quanto, non avendo egli preso parte al procedimento applicativo della misura di prevenzione (celebrato, nel caso di specie, prima della modifica dell'art. 23, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011, introdotta dall'art. 5, comma 7, della legge 17 ottobre 2017, n. 161), risulterebbe altrimenti leso il suo diritto a difendersi in giudizio.

8. Procedimento di prevenzione e cause di ricusazione.

Sul versante delle pronunce riguardanti temi di ordine processuale, il tema dei rapporti fra procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione ed istituto della ricusazione, già oggetto di differenti ricostruzioni interpretative, è stato affrontato da **Sez. 2, n. 37060 del 11/01/2019, Paltrinieri, Rv. 277038**, che, riallacciandosi ad un orientamento già delineato, per quanto non univocamente, dalla giurisprudenza di legittimità più recente, ha affermato che «non è applicabile

al procedimento di prevenzione la causa di ricusazione prevista dall'art. 37, comma 1, lett. b) cod. proc. pen. nel caso in cui il giudice abbia in precedenza espresso una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in un altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale»: nella specie, l'istanza di ricusazione riguardava due giudici già componenti del collegio del tribunale del riesame che aveva confermato una misura cautelare personale applicata al proposto con riferimento ai reati di usura ed estorsione.

Con tale arresto decisorio, la Corte ha puntualizzato che, per quanto sia ormai incontestata la natura giurisdizionale del procedimento di prevenzione, tuttavia la conformazione normativa di quest'ultimo presenta una connotazione *sui generis*, non essendo stata storicamente modellata sull'archetipo del giudizio penale cognitivo, ma su quello di tipo esecutivo e, in particolar modo, su quello rivolto all'applicazione delle misure di sicurezza, secondo il riferimento contenuto nell'art. 4, comma 12, legge n. 1423 del 1956, con l'aggiunta, operata dall'art. 7, comma 9, d.lgs. n.159 del 2011, di un esplicito rinvio - per quanto non espressamente regolato - all'art. 666 cod. proc. pen. Proprio la diversità che intercorre fra l'oggetto del giudizio penale e quello del giudizio di prevenzione - l'accertamento della responsabilità per un fatto determinato, quanto al primo; della pericolosità sociale del proposto, quanto al secondo – non consente, ad avviso della decisione, alcuna trasposizione in sede di prevenzione dell'intera disciplina posta a presidio dell'imparzialità del giudice "penale". In tal senso, la decisione valorizza sia l'insegnamento della Corte costituzionale, la quale (sentenza n. 106 del 2015), ha ribadito che la diversità di oggetto e di scopo dei due procedimenti tollera, sul piano dei valori, scelte diversificate in punto di conformazione normativa del diritto di difesa del soggetto proposto, sia la stessa mancanza, nel cd. codice antimafia, di un'espressa disciplina dei casi di astensione e ricusazione del giudice derivante dall'effetto pregiudicante delle attività svolte in precedenza.

In siffatto quadro ermeneutico, la pronuncia in commento non contesta l'orientamento, già affermatosi, secondo cui anche in sede di prevenzione «la tutela della apparenza di imparzialità va garantita in tutte le ipotesi in cui la persona chiamata a giudicare si trovi in una delle condizioni di "appannamento" della suddetta condizione, di cui all'art. 36, lett. a), b), c), d), e), f) cod. proc. pen.», con conseguente applicabilità degli istituti della astensione e della ricusazione; ma afferma che del tutto differente è il tema del rapporto tra le valutazioni espresse dal giudice penale in una fase diversa del medesimo procedimento (artt. 34, 36, lett. g, e 37 cod. proc. pen.) e la disciplina del procedimento di prevenzione. Non casualmente, del resto – annota la decisione -, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 283 del 2000, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, comma 1, cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede che possa essere ricusato il

giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto, ha espressamente chiarito che «la funzione pregiudicata va a sua volta individuata in una decisione attinente alla responsabilità penale, essendo necessario, perché si verifichi un pregiudizio per l'imparzialità, che il giudice sia chiamato ad esprimere una valutazione di merito collegata alla decisione finale della causa», concludendo nel senso che l'effetto condizionante della decisione assunta in precedenza non può riconoscersi nella situazione inversa, quella del giudice che, dopo aver pronunciato sentenza su un fatto reato (ovvero dopo aver formulato una valutazione in sede cautelare), successivamente sia chiamato a pronunciarsi sull'applicazione di una misura di prevenzione.

Il tema non è affatto, come si può agevolmente arguire, pacifico ricettacolo di uniforme *consensus omnium*. Di contrario avviso è, ad esempio, **Sez. 6, n. 41975 del 02/04/2019, I.**, in corso di massimazione, la quale ha affermato che la disciplina sulla ricusazione del giudice contenuta nel codice di procedura penale è applicabile anche al procedimento di prevenzione, attesa la natura giurisdizionale dello stesso. Nella specie, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 37, comma 1, lett. b), cod. proc. pen. in un'ipotesi in cui il presidente del collegio incaricato dell'impugnazione avverso il decreto applicativo della misura di prevenzione patrimoniale della confisca, aveva precedentemente applicato, in qualità di g.i.p., la misura cautelare della custodia cautelare in carcere per i medesimi fatti posti a fondamento della misura di prevenzione.

La decisione, dopo essersi analiticamente soffermata sulle implicazioni della «giurisdizionalizzazione» del procedimento di prevenzione, che trova la sua ragion d'essere nel rango costituzionale dei beni – la libertà personale ed il diritto di proprietà e di libera iniziativa economica – che vengono comunque ad essere significativamente incisi da detto procedimento, a prescindere dalla specificità sua propria, ha sottolineato, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU, la necessità che l'applicazione della misura sia disposta nel rispetto dei canoni generali di un "giusto" processo garantito dalla legge, fra i quali un rilievo assolutamente primario va riconosciuto all'imparzialità del giudice.

In tale contesto, la decisione contesta recisamente il fondamento del ritenuto carattere "unidirezionale" della richiamata decisione costituzionale, che finirebbe per "sezionare" l'istituto della ricusazione, escludendo la sua applicabilità al procedimento di prevenzione nei casi del giudice che abbia emesso in altro procedimento, quale che esso sia, una precedente decisione di merito nei confronti del medesimo soggetto ed in ordine allo stesso fatto su cui verte il giudizio pregiudicato.

La sentenza osserva, in particolare, che è la stessa sentenza n. 283 del 2000 della Corte costituzionale che non consente di sostenere la tesi della "unidirezionalità", laddove la Consulta richiama proprie precedenti pronunce, significative del fatto «che il pregiudizio per l'imparzialità-neutralità del giudicante può verificarsi anche nei rapporti tra il procedimento penale e quello di prevenzione, sia quando la valutazione pregiudicante sia stata espressa nel primo in sede di accertamento dei gravi indizi di colpevolezza, quale condizione di applicabilità delle misure cautelari (sentenza n. 306 del 1997), sia quando il rapporto di successione temporale tra attività pregiudicante e funzione pregiudicata sia invertito, per avere il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità penale di un imputato del delitto di associazione di stampo mafioso, già espresso nell'ambito del procedimento di prevenzione una valutazione sull'esistenza dell'associazione e sull'appartenenza ad essa della persona imputata nel successivo processo penale (ordinanza n. 178 del 1999)».

Tanto giustifica - annota la sentenza n. 41975 del 2019 - un'estensione "bidirezionale" del principio, in forza di una naturale "attitudine estensiva" sua propria, già riconosciuta dalla citata sentenza di legittimità n. 32077/2014. Opinare diversamente, si sostiene, significherebbe relegare il procedimento di prevenzione in un ambito contraddistinto da minor tutela, a fronte di un sistema di garanzie in tema di imparzialità del giudice che è naturalmente ed inscindibilmente connesso allo *ius dicere,* senza aggettivazioni ulteriori.

In tale composito quadro interpretativo, la più recente giurisprudenza della Corte si è, altresì, occupata degli effetti spiegati dalla presentazione di un'istanza di ricusazione nel corso del procedimento di prevenzione, con particolare riferimento alla sospensione del procedimento e del termine per l'adozione del decreto di confisca sul bene sottoposto a sequestro: **Sez. 5, n. 21760 del 29/01/2019, Lampada, Rv. 276892**, riallacciandosi all'orientamento di cui è espressione anche Sez. 1, n. 2211 del 12/09/2017 - dep. 2018 -, Lampada, Rv. 272051 ha affermato che **«**l'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento a seguito della dichiarazione di ricusazione del giudice presentata dalla parte, determina la sospensione del termine previsto dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 per l'adozione del decreto di confisca sul bene sottoposto a sequestro, per tutto il tempo necessario alla definizione del sub-procedimento di ricusazione, senza incontrare il limite di durata stabilito dall'art. 304, comma 6, cod. proc. pen., che ha natura eccezionale e trova esclusiva giustificazione nelle esigenze di garanzia della libertà personale, presidiate all'art. 13, comma quinto, Cost. (In motivazione, la Corte ha chiarito che il richiamo all'art. 304 cod. proc. pen., effettuato dall'art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011, deve intendersi riferito ai soli commi 1 e 2, che descrivono le ipotesi di sospensione dei termini di custodia cautelare)».

Il caposaldo argomentativo che ben illustra l'impostazione sistematico-interpretativa adottata della decisione della Corte si coglie nell'osservazione che, nelle fonti costituzionali e convenzionali, la previsione espressa del necessario limite massimo di durata riguarda le sole misure provvisorie incidenti sulla libertà personale (art. 13, comma 5, Cost.; art. 5, comma 3, CEDU), e che, pur volendosi ritenere applicabili al procedimento di prevenzione patrimoniale, in forza dell'art. 1 del Prot. add. CEDU sulla tutela della proprietà, i principi del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, nessuna disposizione di tale norma prende in esame la durata di un *provvedimento* provvisorio, essendo piuttosto prevista la "durata ragionevole" del *processo* in quanto tale (così come, del resto, nell'art. 111, comma 2, Cost.). Dal che è conseguito, inevitabilmente, il rigetto da parte della Corte della prospettazione difensiva che pretendeva, invece, di parificare durata ragionevole del procedimento e limite di durata di un provvedimento provvisorio, che restano entità giuridiche diverse, posto che tale ultimo limite assume una dimensione endoprocedimentale giustificata solo per il particolare livello del bene oggetto di compressione, mentre la violazione del primo, lungi dal determinare l'inefficacia di atti o provvedimenti, fonda esclusivamente «una forma di indennizzo (equa riparazione), che peraltro la legge vigente riconosce anche in ipotesi di "irragionevole durata" di un procedimento di prevenzione (Sez. 6 - 2 civ., n. 3225 del 11/02/2013, Rv 625239)».

9. Questioni in tema di individuazione dei provvedimenti impugnabili, di legittimazione ed interesse all'intervento o all'impugnazione e di disciplina dei termini procedimentali ex artt. 24, comma 2, e 27, comma 6, cod. antimafia.

L'opera nomofilattica della Corte in materia di misure di prevenzione non ha mancato di interessarsi ad una variegata gamma di profili attinenti all'individuazione dei provvedimenti impugnabili, alla legittimazione ed all'interesse all'impugnazione, nonché con riferimento a questioni afferenti ai termini ex artt. 24, comma 2, e 27, comma 6, codice antimafia.

9.1. (segue). Tipologie di provvedimenti impugnabili.

Sotto il profilo dell'individuazione dei provvedimenti impugnabili, **Sez. 6, n. 13828 del 16/01/2019, Curci, Rv. 275370** ha puntualizzato che il decreto di sequestro finalizzato alla confisca adottato dal presidente della corte d'appello ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. n. 159 del 2011, ha natura interinale in quanto sottoposto alla convalida del collegio e, pertanto, non è impugnabile con ricorso per cassazione.

Parimenti, sono stati ritenuti non impugnabili, in difetto di un'esplicita previsione di legge, gli atti gestori del giudice delegato e del tribunale, salvo che,

essendo destinati a divenire definitivi e ad incidere su diritti soggettivi, assumano in concreto natura di sentenza, nel qual caso, avverso gli stessi è ammissibile il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. In applicazione del principio, **Sez. 1, n. 35536 del 30/05/2019, Giavelli, Rv. 276938** ha ritenuto inoppugnabile l'ordinanza con cui il tribunale, in sede di incidente di esecuzione, aveva respinto l'opposizione dei terzi intestatari all'ordinanza di vendita di autovetture oggetto di confisca non definitiva, escludendo, altresì, in capo ai medesimi la configurabilità della lesione di un diritto soggettivo al mantenimento del vincolo sino al termine del procedimento legittimante al ricorso straordinario, attesa la previsione, in caso di mancata confisca definitiva, del diritto alla restituzione dei proventi della vendita.

9.2. (segue). Legittimazione ed interesse ad intervenire o ad impugnare.

In argomernto, va innanzitutto segnalata **Sez. 2, n. 23544 del 13/03/2019, Equitalia Giustizia s.p.a., Rv. 276967 – 01**, secondo cui Equitalia Giustizia s.p.a., nella veste di gestore del Fondo Unico Giustizia, non è parte né è legittimata ad intervenire nel procedimento di prevenzione, in quanto ha solo veste di custode e non di titolare di un diritto reale sulle somme che le vengono affidate, onde alla stessa spetta esclusivamente il diritto di ricevere la notifica del provvedimento che incide sulla consistenza patrimoniale del Fondo.

Plurime sono, poi, le pronunce in tema di legittimazione ed interesse ad impugnare il provvedimento di confisca. **Sez. 5, n. 5866 del 04/12/2018, dep. 2019, Z., Rv. 275487**, ha, in particolare, affermato che la qualità di figli minori conviventi con le persone titolari di diritti reali sui beni confiscati non è tale da attribuire né la legittimazione né l'interesse ad impugnare il provvedimento di confisca, in quanto tali soggetti sono unicamente titolari di un diritto personale atipico di godimento dell'immobile adibito ad abitazione familiare, avente natura meramente derivativa e, quindi, esercitabile soltanto se perduri validamente in capo al familiare il diritto sul bene: si tratta di una posizione giuridica assimilabile a quello del comodatario, realizzando una forma di detenzione qualificata e non per mere ragioni di ospitalità (art. 1168, comma 2, cod. civ.). Va evidenziato come, nell'enunciare tale principio, la Corte abbia operato un pertinente e specifico richiamo alla giurisprudenza delle sezioni civili, fra cui, in particolare, a Sez. 3 civile, n. 10377 del 27/04/2017, C. contro M., Rv. 644066, secondo cui «la convivenza *more uxorio*, quale formazione sociale che dà vita ad un autentico consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge il programma di vita in comune, un potere di fatto del convivente tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, avente titolo in un negozio giuridico di tipo familiare, ma non incide, salvo diversa disposizione di legge, sul legittimo esercizio dei diritti spettanti ai terzi

sull'immobile, sicché tale detenzione del convivente non proprietario, né possessore, è esercitabile ed opponibile ai terzi fin quando perduri la convivenza, mentre, una volta venuta meno la stessa, in conseguenza del decesso del convivente proprietario-possessore, si estingue anche il relativo diritto; ne deriva che, in assenza di una istituzione testamentaria, ovvero della costituzione di un nuovo e diverso titolo di detenzione da parte degli eredi del convivente proprietario, non può ritenersi legittima la protrazione della relazione di fatto tra il bene ed il convivente superstite (già detentore qualificato), restando a carico del soggetto che legittimamente intende rientrare nel possesso del bene, il dovere di concedere a quest'ultimo un termine congruo per la ricerca di una nuova sistemazione abitativa, in virtù dei principi di buona fede e correttezza».

Nel diverso caso di confisca dell'intero capitale sociale di una società e di beni formalmente intestati alla stessa, come già accennato *supra*, soggetti legittimati a costituirsi in giudizio, ai sensi dell'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, ed a proporre impugnazione sono state ritenute solo le persone fisiche titolari dei diritti nascenti dalle quote sociali e non, invece, la persona giuridica in quanto tale: in tal senso si è pronunciata **Sez. 1, n. 35793 del 15/02/2019, Amodeo, Rv. 276939 - 02,** ricollegandosi ad una conforme pronuncia del 2017 (Sez. 1, n. 42238 del 18/05/2017, Mancuso, Rv. 270973).

Con riferimento alla posizione del terzo qualificato come intestatario fittizio dei beni sottoposti a confisca di prevenzione, **Sez. 2, n. 31549 del 06/06/2019, Simply Soc. Coop., Rv. 277225 - 04** ha chiarito che **«**questi può rivendicare esclusivamente l'effettiva titolarità e la proprietà dei beni sottoposti a vincolo, mentre non è legittimato a sostenere che il bene sia di effettiva proprietà del proposto, essendo del tutto estraneo ad ogni questione giuridica relativa ai presupposti per l'applicazione della misura nei confronti di quest'ultimo - quali la condizione di pericolosità, la sproporzione fra il valore del bene confiscato ed il reddito dichiarato, nonché la provenienza del bene stesso - e che solo costui può avere interesse a far valere.

Tale impostazione disattende consapevolmente l'opposto – e, sinora, apparentemente isolato - precedente secondo il quale «in tema di confisca di prevenzione, il terzo che rivendica l'effettiva titolarità e la proprietà dei beni oggetto di vincolo è legittimato ed ha interesse non solo a contestare la fittizietà dell'intestazione, ma anche a far valere l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nei confronti del proposto» (Sez. 5, n. 12374 del 14/12/2017 - dep. 2018 -, La Porta, Rv. 272608) e ribadisce l'orientamento ampiamente maggioritario della giurisprudenza di legittimità secondo la quale sono inammissibili per carenza di legittimazione attiva tanto il ricorso meramente "adesivo" del proposto che, aderendo alla posizione processuale del terzo ritenuto

intestatario fittizio, chieda che il bene confiscato sia riconosciuto di proprietà esclusiva del medesimo (cfr. Sez. 2, n. 30935 del 07/05/2015, Ciotta, Rv. 264295; Sez. 6, n. 48274 del 01/12/2015, Vicario, Rv. 265767; Sez. 2, n. 40008 del 12/05/2016, Pomilio, Rv. 268232), quanto il ricorso del terzo che sostenga che il bene è del proposto (cfr., ad es., Sez. 1, n. 50463 del 15/06/2017, Mangione, Rv. 271822; Sez. 5, n. 8922 del 26/10/2015, dep. 2016, Poli, Rv. 266141); ammissibile, invece, è l'impugnazione del terzo che rivendichi l'effettiva proprietà e/o disponibilità autonoma del bene, con il logico corollario che, in tal caso, l'onere di allegazione che su di lui incombe non potrà che riguardare tale esclusivo profilo, restando del tutto estranee al terzo tutte quelle eccezioni che afferiscono esclusivamente alla posizione del proposto, come quelle sopra esemplificate.

Di particolare interesse è, altresì, **Sez. 6, n. 26346 del 09/05/2019, Gambino, Rv. 276382**, la quale, occupandosi del caso specifico del terzo che, non avendo partecipato al procedimento di prevenzione, accampi l'avvenuto acquisto della proprietà del bene per usucapione, peraltro non ancora accertata in sede civile; tale soggetto, secondo la pronuncia in esame, «ha l'onere di chiedere ed ottenere in sede di incidente di esecuzione la revoca della confisca sul presupposto del proprio possesso ultraventennale, prima di adire il giudice civile, competente in via esclusiva a pronunciarsi sulla fattispecie acquisitiva del diritto reale».

In tale prospettiva, si deve ritenere prevalente l'accertamento in sede penale in ordine alla sussistenza o meno del presupposto di fatto del possesso del bene per oltre 20 anni, fatta salva la competenza propria del giudice civile diretta ad accertare l'avvenuta acquisizione del diritto immobiliare sul bene stesso (Sez. 5, n. 41428, 05/03/2018, Rv. 274598).

Sulla questione esiste, peraltro, un diverso orientamento, secondo cui i terzi sprovvisti di titolo giudizialmente accertato nella competente sede civile da opporre alla confisca di prevenzione, non potrebbero investire il giudice dell'esecuzione al fine di accertare l'esistenza del loro diritto ed ottenere, in tal modo, la revoca della confisca (Sez. 5, n. 33888 del 24/04/2018, Stefanetti, Rv. 273890); si tratta di un orientamento con il quale la decisione recenziore si confronta espressamente, ritenendolo non condivisibile, in quanto la questione relativa alla formazione del titolo spettante alla cognizione del giudice civile non preclude che nella sede penale debba essere, innanzitutto, accertato se il bene si trovi o meno nella disponibilità di fatto del proposto, con la conseguenza che è, semmai, l'accertamento in sede civile dell'acquisto per usucapione ad essere precluso dalla confisca del bene disposta in sede penale e non viceversa.

Da ultimo, sempre in ordine alla posizione del terzo qualificato nel provvedimento di confisca quale intestatario fittizio dei beni oggetto di ablazione, mette conto rilevare che è stata esclusa la legittimazione dello stesso a partecipare al

subprocedimento relativo all'approvazione del rendiconto della gestione dei beni confiscati ex art. 43 d.lgs. n. 159 del 2011, ed a presentare osservazioni e contestazioni in merito, non potendosi annoverare fra i soggetti «interessati» ai sensi di detta norma, neppure nel caso in cui la misura patrimoniale non sia esecutiva in pendenza di gravame, ed avendo soltanto titolo per esplicare le proprie difese successivamente, dinanzi allo stesso giudice, nelle forme dell'incidente d'esecuzione. Nell'enunciare tale principio, **Sez. 2, n. 16906 del 21/02/2019, Stanek, Rv. 276621** ha, conseguentemente, escluso la legittimazione del terzo a ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza resa a definizione di una fase infraprocedimentale cui il medesimo sia rimasto estraneo.

Fra le ragioni a sostegno della decisione, la Corte ha enunciato, fra l'altro, che non ha pregio l'assunto che propugna un'interpretazione del termine «interessati», che figura nell'art. 43 del d.lgs. n. 159 del 2011, di tipo sostanzialistico, svincolata dalle dinamiche proprie del giudizio di prevenzione, e che fonderebbe lo *jus postulandi* del terzo a prescindere dall'assunzione di veste processuale nel procedimento.

Sempre in tema di legittimazione, di particolare interesse è, infine, **Sez. 2, n. 38573 del 17/05/2019, Mediterranea s.p.a., Rv. 277396**, che ha riconosciuto la legittimazione del curatore fallimentare a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro eseguito nei confronti di una società già dichiarata fallita. La portata nomofilattica della decisione è stata compiutamente analizzata in altra parte della presente Rassegna, dedicata ai rapporrti fra confisca e fallimento, alla quale si rinvia.

9.3. (segue). Termini ex artt. 24, comma 2, e 27, comma 6, cod. antimafia.

Con particolare riferimento al termine previsto dall'art. 24, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011 per il deposito del decreto di confisca ed al correlativo obbligo di motivazione, **Sez. 6, n. 30753 del 28/05/2019, Merlino, Rv. 276467** ha affermato che «il giudice di legittimità può sindacare la motivazione della proroga del termine per il deposito del decreto di confisca, prevista dall'art. 24, comma 2, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in caso di insussistenza radicale del presupposto giustificativo del differimento costituito dalla rilevanza del compendio patrimoniale».

In applicazione di tale principio, la Corte ha annullato l'ordinanza di proroga, che non aveva neppure esplicitato le ragioni di tale pretesa rilevanza, a fronte di un compendio da sottoporre ad ablazione composto da due soli beni immobili e da titoli di modesto valore complessivo, così disattendendo la tesi della pubblica accusa - secondo la quale si sarebbe invaso il terreno del giudizio di merito, esprimendo un

giudizio di fatto ontologicamente incompatibile con i limiti del vaglio di legittimità, in contrasto con l'art. 10, comma 3, cod. antimafia – in nome del rilievo che, nella fattispecie considerata, si verte in un caso di motivazione apparente rilevante ai sensi dell'art. 125, comma 3 cod. proc. pen. e, quindi, entro i limiti propri del sindacato di legittimità.

Sempre in relazione alle vicende influenti sulla decorrenza del predetto termine, **Sez. 1, n. 35793 del 15/02/2019, Amodeo, Rv. 276939 - 01** si è occupata degli effetti scaturenti dall'accoglimento della richiesta difensiva di rinvio del procedimento per necessità di esame degli atti, affermando che tale rinvio è idoneo a determinare la sospensione dei termini di efficacia della confisca, non versandosi in un'ipotesi di rinvio disposto per esigenze di acquisizione della prova o a seguito di concessione di termini per la difesa - nella specie, ha osservato la Corte, il rinvio non era finalizzato alla preparazione della difesa né era stato richiesto a tal fine dalle difese, libere di consultare anche in udienza la documentazione che, peraltro, risultava depositata ed a disposizione delle parti -, contemplata come causa di esclusione della sospensione dei termini dall'art. 304, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., il cui contenuto è richiamato dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011.

Nel caso, poi, in cui il termine ex art. 24, comma 2 cit. sia inutilmente decorso senza che sia stata disposta la confisca, scatta l'obbligo di restituzione dei beni sequestrati, in mancanza della quale, anche qualora intervenga un nuovo sequestro seguito da confisca, i titolari dei beni potranno richiedere, nelle sedi competenti, gli importi corrispondenti alla illegittima mancata restituzione e fruizione dei beni medesimi tra la data di scadenza del termine e l'imposizione del nuovo vincolo coercitivo: nell'enunciare tale principio, **Sez. 6, n. 30752 del 11/04/2019, Calì, Rv. 276466** ha precisato che l'omesso rispetto del termine per decidere sulla confisca e la reiterazione del sequestro senza previamente provvedere alla restituzione dei beni non inficia la successiva confisca, stante l'autonomia della misura ablatoria rispetto al provvedimento anticipatorio.

Questioni interpretative affini si sono agitate, nel panorama decisorio di legittimità del 2019, anche in relazione alla tematica della perdita di efficacia della confisca ai sensi dell'art. 27, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011, norma che introduce un termine perentorio di durata del giudizio di secondo grado, in parallelo alla regola dettata in primo grado dall'art. 24, comma 2, dello stesso decreto, secondo una scansione funzionale a garantire «la speditezza dello stesso in uno con le necessarie garanzie del proposto» (così, la Relazione illustrativa al codice delle leggi antimafia). **Sez. 1, n. 21740 del 07/03/2019, Procopio, Rv. 276315** ha puntualizzato che il termine di un anno e sei mesi, previsto dal citato art. 27, comma 6, decorrente dal deposito dell'atto di impugnazione, entro il quale la corte di appello deve provvedere a pena di inefficacia della confisca disposta in primo grado, ha come riferimento

finale la data del deposito del decreto motivato, in quanto nel procedimento camerale la deliberazione, in assenza formalizzazione attraverso la lettura del dispositivo, costituisce esclusivamente un momento interno del procedimento, sicché si deve ritenere che il momento rilevante coincida con quello in cui la stessa diviene pubblica, ossia con il deposito del provvedimento motivato, che in tal modo acquista giuridica rilevanza esterna. **Sez. 5, n. 52068 del 18/11/2019, Valente,** in corso di massiazione, sul versante della successione di leggi, ha precisato che la disposizione di cui all'art. 5, comma 8, legge 17 ottobre 2017, n. 161 – che limita, nel caso di accertamenti peritali, a novanta giorni la sospensione del predetto ermine, di un anno e sei mesi - non si applica ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore della predetta novella.

Nell'ipotesi di pronuncia di inefficacia della confisca per inosservanza del predetto termine perentorio, **Sez. 6, n. 41735 del 26/06/2019, Verterano, Rv. 277197**, riprendendo i principi espressi da Sez. U, n. 36 del 13/12/2000, dep. 2001, Madonia, Rv. 217668, ha affermato il principio secondo cui non sussiste alcuna preclusione, in assenza di una previsione espressa in tal senso, alla rinnovazione del provvedimento ablativo caducato, stante la natura endoprocessuale di siffatto termine e il carattere meramente formale del vizio. In tal senso, la situazione processuale conseguente alla caducazione della misura di prevenzione patrimoniale appare in tutto assimilabile a quella della perdita di efficacia della misura cautelare per motivi formali, senza che, d'altro canto, a tale opzione ermeneutica sia di ostacolo il principio del "giusto processo" ex artt. 111 Cost. 6 CEDU, non comportando di per sé «alcuna preclusione alla rinnovazione della misura in caso di caducazione per inosservanza delle scansioni temporali previste per *l'iter* procedimentale – come appunto quella prevista dall'art. 27, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011 -, potendo le "giuste" prerogative difensive trovare piena esplicazione nell'ambito della nuova procedura applicativa».

In altro arresto decisorio (**Sez. 6, n. 20572 del 09/05/2019, Posillico, Rv. 275684 – 01**), la Corte si è, altresì, soffermata sui profili di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 27 e 41 Cost., della norma transitoria di cui all'art. 117, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011, che esclude la perdita di efficacia della confisca, *ex* art. 27, comma 6, d.lgs. cit., per i procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore di tale decreto, sia già stata formulata la proposta di applicazione, affermando che la stessa è manifestamente infondata, in quanto la scelta di regolare, nei processi in corso, gli effetti di nuovi istituti o delle modifiche a istituti esistenti costituisce espressione di un ragionevole esercizio del potere discrezionale del legislatore.

Infine, va registrato che nella peculiare ipotesi di annullamento senza rinvio del decreto di inammissibilità dell'appello proposto avverso il decreto di confisca, nell'ulteriore giudizio di secondo grado, radicatosi a seguito della trasmissione degli

atti da parte della Corte di cassazione, il termine di un anno e sei mesi previsto dall'art. 27, comma 6, cod. antimafia decorre *ex novo* dal deposito della sentenza di annullamento (così **Sez. 1, n. 19357 del 19/03/2019, Aprile, Rv. 275810**, la cui motivazione chiarisce che la sentenza di annullamento, con o senza rinvio, non travolge il provvedimento di confisca, ma soltanto la sua conferma, e comporta la rinnovazione della fase volta alla verifica della sua fondatezza, con conseguente decorrenza di un nuovo termine entro il quale deve essere compiuta dal giudice di appello).

10. La tutela dei terzi creditori nell'ambito del procedimento di verifica dei crediti e di opposizione allo stato passivo.

Anche l'argomento della tutela dei terzi creditori nella procedura di accertamento dello stato passivo è stato oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza della Corte di legittimità nel corso del 2019. Fra le decisioni in materia, **Sez. 1, n. 18231 del 26/03/2019, Mps Capital Services Banca per le imprese s.p.a., Rv. 275468** ha stabilito che, ai fini del decorso del termine di trenta giorni entro cui, a norma dell'art. 59, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011, i creditori esclusi possono proporre opposizione al decreto che rende esecutivo lo stato passivo formato all'esito della verifica dei crediti, è sufficiente la semplice comunicazione dell'avviso di deposito di detto decreto ad opera dell'amministratore giudiziario, senza necessità che alla stessa sia allegato lo stato passivo.

La pronuncia in esame è di particolare rilievo, altresì, in quanto la Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 59, comma 6, cit., nella parte in cui non prescrive l'invio anche dello stato passivo, rilevando come una tale semplificazione rispetto all'art. 97 legge fall., che invece nel fallimento lo prevede, non comprima i diritti del creditore, il quale può agevolmente tutelare le sue ragioni recandosi in cancelleria per accedere all'atto ed estrarne copia.

Sotto il profilo della legittimazione a proporre opposizione al provvedimento di esclusione dallo stato passivo, la Corte (**Sez. 5, n. 5721 del 18/01/2019, Vitale, Rv. 275138**), premesso che il disposto dei commi 6 e 9 dell'art. 59 d.lgs. n. 159 del 2011 consente ai creditori esclusi dallo stato passivo formato dal giudice delegato di proporre opposizione mediante ricorso al Tribunale che ha applicato la misura di prevenzione, ha escluso che il proposto e l'intestatario fittizio di beni sottoposti a confisca di prevenzione siano legittimati ad impugnare, ai sensi dell'art. 59 citato, il provvedimento di esclusione dallo stato passivo dei diritti di credito vantati da terzi.

È da menzionare, infine, **Sez. 5, n. 5865 del 04/12/2018, dep. 2019, Spelta, Rv. 275493**, che si è occupata della peculiare ipotesi di estinzione dei crediti erariali per confusione, prevista dall'art. 50, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011: con tale

pronuncia, la Corte ha affermato che tale fattispecie estintiva presuppone comunque che il credito erariale sia stato accertato dal giudice delegato, nella sua esistenza e nel grado di privilegio, secondo la procedura di verifica prevista dagli artt. 57 e seguenti dello stesso d.lgs., non configurando la norma citata un'ipotesi di prededuzione che, comportando deroga al principio sistematico della *par condicio creditorum*, rivestirebbe carattere eccezionale e necessiterebbe di un'espressa ed inequivoca previsione legale.

La soluzione accolta dalla Corte appare pienamente aderente alla dinamica di un sistema improntato alla tutela della *par condicio creditorum,* nel quale anche la particolare disciplina della confusione estintiva non può che presupporre la valutazione comparativa dei titoli vantati dai terzi. In tal senso, la sentenza osserva, in modo del tutto pertinente, che il rischio paventato dal ricorrente - fautore dell'opposta tesi -, ossia che il compendio confiscato risulterebbe aggredibile dai terzi creditori, lasciando insoddisfatto il credito vantato dallo Stato, e, per tale via, determinando in capo al contribuente una sorta di duplicazione di interventi sanzionatori (in quanto alla confisca definitiva dei beni si sommerebbe la perdurante debenza delle imposte e delle sanzioni dovute in forza dell'accertamento, con asserito contrasto con i principi dettati in tema di *bis in idem* dalla Corte EDU nella nota sentenza Grande Stevens del 4/4/2014 e la sentenza Johannesson del 18/5/2017) «è del tutto conforme ai principi generali dell'ordinamento» - che assoggetta anche il credito erariale alle regole del concorso - «mentre sarebbe la diversa soluzione propugnata, che sacrifica sempre e comunque, a prescindere dalla tipologia delle cause di prelazione, i diritti dei terzi creditori, a manifestare seri dubbi di tenuta costituzionale».

11. La revocazione della confisca.

Un altro tema particolarmente interessato dall'attenzione nomofilattica della Corte di legittimità è certamente quello della revocazione della confisca.

In tale prospettiva, va subito menzionata **Sez. 1, n. 18580 del 21/03/2019, Giacchetti, Rv. 275471**, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28 cod. antimafia per contrasto con gli artt. 11, 24, 41, 42, 111 e 117 Cost., nella parte in cui, limitando la possibilità di chiedere la revocazione della confisca solo per fatti successivamente scoperti che privino di fondamento originario l'ablazione, esclude l'esperibilità del rimedio straordinario in caso di errore di calcolo nel giudizio di sproporzione tra valore degli acquisti e redditi disponibili, trattandosi di un vizio del provvedimento censurabile attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione. A ragionare diversamente, invero, ha osservato la Corte, si finirebbe col piegare l'istituto della revisione alla rilevazione di asseriti

errori valutativi esaminabili nel giudizio ordinario, in modo da ottenere una indebita duplicazione del controllo sulla base degli stessi fatti e delle medesime.

In ordine ai rapporti fra istituto della revocazione ed incidente di esecuzione, **Sez. 6, n. 23839 del 26/04/2019, Mammoliti, Rv. 275987** ha puntualizzato che il proposto ed il terzo che abbia partecipato al procedimento, qualora intendano ottenere la revoca del provvedimento definitivo di confisca, sono tenuti a presentare istanza di revocazione nei limiti ed alle condizioni di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 159 del 2011, essendo invece loro preclusa, in ragione dell'inammissibilità di una rivalutazione dei medesimi fatti *sine die* e *ad nutum*, l'instaurazione di un incidente di esecuzione ex art. 666 cod. proc. pen., del quale può giovarsi unicamente il terzo che non abbia partecipato al procedimento per non essere stato messo nelle condizioni di farlo.

In tale dimensione argomentativa, è particolarmente interessante notare come la Corte abbia rigettato la tesi difensiva secondo cui l'incidente di esecuzione dovrebbe costituire un rimedio più ampio di quello previsto dall'art. 28 cit., al fine di supplire alla mancanza di altri mezzi di impugnazione contro le decisioni definitive affette da errori di valutazione delle prove già acquisite nel corso del procedimento di prevenzione: si tratta, secondo la decisione in esame, di un'interpretazione che si pone inevitabilmente in contrasto con il sistema delle impugnazioni previsto per le misure di prevenzione, pretendendo di poter riesaminare senza limiti né preclusioni lo stesso immutato quadro fattuale già delibato in sede di applicazione della misura, con la conseguenza di minare il fondamentale principio della certezza e stabilità delle decisioni giudiziarie, tutelato dal legislatore a garanzia della certezza dei rapporti giuridici e che trova un suo equo contemperamento, con riferimento alla confisca, entro i limiti rigorosi fissati dallo stesso art. 28.

Nella medesima ottica, la Corte ha ricordato che la fisiologica revocabilità delle misure di prevenzione personale, soggette al principio *rebus sic stantibus* (cfr. l'art. 7 legge n. 1423 del 1956 e l'art. 11 cod. antimafia), in quanto legate alla perdurante verifica dell'attualità della pericolosità, non può estendersi alla misura della confisca, che comportando l'ablazione definitiva del patrimonio frutto dell'accumulazione di proventi illeciti, può essere revocata solo nei limiti previsti dall'art. 28 cit. D'altro canto, il rimedio dell'incidente di esecuzione era stato ammesso dall'orientamento formatosi nella vigenza della confisca ex art. 2-*ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575 soltanto nei confronti del terzo interessato che non avesse potuto partecipare al procedimento di cognizione ed il medesimo principio, ad avviso della Corte, vale anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011, essendo ora prevista la partecipazione al procedimento di prevenzione oltre che dei terzi che vantino diritti di proprietà o comproprietà dei beni sequestrati, anche dei terzi che vantino diritti

reali o personali di godimento, con la conseguenza che anche questi soggetti possono far valere le proprie ragioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione nel corso del procedimento di prevenzione, essendo anche legittimati ad avvalersi dei mezzi di impugnazione, ordinari e straordinari previsti dagli artt. 27 e 28 del citato decreto.

In ordine agli ambiti ed ai limiti di impugnabilità dei provvedimenti emessi in tema di revocazione, **Sez. 6, n. 37648 del 26/06/2019, Aiello, Rv. 276834** ha escluso che sia ricorribile per cassazione l'ordinanza con cui il giudice, investito della richiesta di revocazione della confisca di prevenzione definitiva, declini la propria competenza e disponga la trasmissione degli atti al giudice ritenuto competente, non essendo previsti rimedi preventivi a fini regolativi della competenza se non nei casi in cui venga elevato conflitto. Nel caso oggetto di giudizio, la corte d'appello, ritenuta competente ex art. 11 cod. proc. pen., come richiamato dall'art. 28 del d.lgs. n. 159 del 2011, a pronunciarsi sulla revocazione, aveva disposto la trasmissione degli atti alla stessa autorità giudiziaria che aveva adottato il provvedimento ablatorio, ritenendola competente in applicazione dalla norma transitoria di cui all'art. 117 del d.lgs. cit.

È, invece, ammissibile il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di revocazione, in quanto lo stesso ha carattere di definitività ed il rinvio operato dall'art. 28 del codice antimafia alle forme dell'art. 630 cod. proc. pen. e seguenti, in tema di revisione delle sentenze di condanna (per effetto della riscrittura operata dall'art. 7, comma 1, lett. a, della legge n. 161 del 2017), implica l'applicabilità anche dell'art. 640 del codice di rito, che prevede la ricorribilità per cassazione del provvedimento definitorio del giudizio di revisione (**Sez. 6, n. 31937 del 06/06/2019, Fiorani, Rv. 276472**).

Quanto al novero dei motivi che possono essere dedotti con il ricorso per cassazione avverso la decisione di rigetto della richiesta di revocazione, **Sez. 1, n. 35763 del 04/06/2019, Grauso, Rv. 277132** e **Sez. 1, n. 39601 del 19/06/2019, Castaldo, Rv. 276874 - 02**, hanno affermato che tale mezzo di impugnazione non soggiace a limitazioni in ordine ai motivi deducibili, essendo detto ricorso regolato, in forza del già richiamato rinvio dell'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 alle forme degli artt. 630 e ss. cod. proc. pen., dall'art. 640 cod. proc. pen., che non prevede alcuna limitazione al riguardo.

Tali decisioni, di analogo contenuto, pongono in particolare rilievo come tale conclusione derivi dalla conformazione legislativa dell'istituto della revocazione della confisca: nel suo testo originario, l'articolo 28 d.lgs. n. 159 del 2011 prevedeva, al comma 1, che «la revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione può essere richiesta, nelle forme previste dall'articolo 630 del codice di procedura penale», così realizzando un generico riferimento all'istituto della

revisione penale, sul cui modello tipico veniva ricalcato il nuovo istituto della revocazione della confisca; successivamente il legislatore, con la legge n. 161 del 2017, ha ampliato il rinvio tra norme di cui al comma 1 dell'art. 28 (con riferimento alle forme previste dagli articoli 630 e seguenti cod. proc. pen.), completando l'assimilazione funzionale di istituti che aventi comune denominatore della necessità di porre rimedio, se avvenuto, ad un errore giudiziario. In tal senso, è stata ritenuta pienamente ammissibile la deduzione, in sede di ricorso per cassazione avverso il provvedimento che definisce la procedura di merito ex art. 28 cit., del vizio di motivazione (laddove tale tipo di vizio resta non deducibile in cognizione ordinaria della prevenzione), «atteso che la particolare valutazione richiesta al giudice della revocazione - specie a fronte di una ipotesi di contrasto tra esiti dei procedimenti - e la comune matrice degli istituti revocatori (penale e di prevenzione) determina l'effetto di ampliamento della sfera dei possibili controlli realizzabili in sede di legittimità».

In questa cornice di riferimento, è indubbio che, fra i motivi di revocazione, un rilievo peculiare riveste quello fondato sull'esistenza di prove sopravvenute.

In ordine alla stessa nozione di prova sopravvenuta non si registra concordia di orientamenti, dovendosi registrare l'esistenza — almeno in apparenza — di un contrasto quanto al carattere di "novità" della prova che può legittimare la revocazione della confisca di prevenzione. In particolare:

- un primo orientamento ritiene "prova nuova", rilevante ai fini della revoca *ex tunc* della misura di prevenzione soltanto quella sopravvenuta rispetto alla conclusione del relativo procedimento e non anche quella deducibile, ma per qualsiasi motivo non dedotta, nell'ambito di esso: da ultimo, in questo senso, si registra **Sez. 6, n. 26341 del 09/05/2019, De Virgilio, Rv. 276075**, che, a sostegno di tale conclusione, ha valorizzato la previsione di un termine di decadenza per la proposizione della richiesta di revoca, che delimita l'ambito temporale di ammissibilità dell'istituto e lo differenzia dal procedimento di revisione della condanna (cfr. anche Sez. 2, n. 11818 del 07/12/2012 - dep. 2013 -, Ercolano, Rv. 255530; Sez. 6, n. 44609 del 06/10/2015, Alvaro, Rv. 265081; Sez. 5, n. 3031 del 30/11/2017, dep. 2018, Lagaren, Rv. 272104);

- un secondo orientamento, al contrario, postula che gli "elementi nuovi" che giustificano la revoca per difetto genetico dei presupposti di adozione della confisca non devono essere necessariamente sopravvenuti, purché mai valutati nel corso del procedimento di prevenzione, stante il carattere di rimedio straordinario dell'istituto, che non può trasformarsi in un anomalo strumento di impugnazione (Sez. 5, sentenza n. 148 del 04/11/2015 - dep. 2016 -, Baratta, Rv. 265922; Sez. 5, n. 28628 del 24/03/2017, Di Giorgio, Rv. 270238)

In tale contesto ermeneutico, **Sez. 2, n. 19414 del 12/03/2019, p.g. in c. Ficara, Rv. 276063 - 01**, ha affermato che sono prove sopravvenute rispetto alla conclusione del relativo procedimento, rilevanti ai fini della revoca, anche quelle preesistenti ma non valutate nemmeno implicitamente poiché scoperte dopo che la statuizione sulla confisca è divenuta definitiva.

Nel pervenire ad affermare tale principio, la sentenza in parola ha ricordato che, prima dell'approvazione del d.lgs. n. 159 del 2011, sulla questione erano intervenute le Sezioni Unite (sentenza n. 57 del 19/12/2006, dep. 2007, Auddino, in motivazione), le quali, premesso che la revoca della misura di prevenzione era all'epoca disciplinata ex artt. 7, comma 2, legge. n. 1423 del 1956 e 2-*ter* legge n. 575 del 1965, in relazione ad un provvedimento definitivo, avevano osservato che questo carattere preclude soltanto la possibilità di rimettere in discussione, con l'istanza, atti od elementi già considerati nel procedimento di prevenzione o in esso deducibili, «con postulazione dunque di prove nuove sopravvenute alla conclusione del procedimento (e sono tali anche quelle non valutate nemmeno implicitamente: S.U., 26 settembre 2001, Pisano), ovvero di inconciliabilità di provvedimenti giudiziari, ovvero di procedimento di prevenzione fondato su atti falsi o su un altro reato».

In relazione all'attuale quadro normativo, contrassegnato dalla previsione dell'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011, che prevede, alla lett. a), quale ipotesi di revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione, la «scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento», la decisione in esame si riallaccia alla sopra citata Sez. U, n. 624 del 26/09/2001, dep. 2002, Pisano, Rv. 220443 – 01 ed alla giurisprudenza conforme successiva, ormai ferma nel ritenere che "prove nuove", rilevanti a norma dell'art. 630, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., devono intendersi sia le prove sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna, sia quelle scoperte successivamente ad essa; sia, ancora, quelle non acquisite nel precedente giudizio, sia quelle acquisite nel precedente giudizio, ma non valutate neppure implicitamente (purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue), e indipendentemente dalla circostanza che l'omessa conoscenza da parte del giudice sia imputabile a comportamento processuale negligente o addirittura doloso del condannato, rilevante solo ai fini del diritto alla riparazione dell'errore giudiziario.

Pertanto, individuata una «evidente identità di *ratio*» rispetto ai descritti approdi ermeneutici in tema di revisione, la decisione in esame ha ritenuto che, anche ai fini della revocazione della confisca di prevenzione continuino (come già in precedenza ritenuto dalle Sezioni Unite con la citata sentenza Auddino) a rientrare tra le prove "sopravvenute", quelle preesistenti, ma scoperte solo dopo che la revocanda statuizione di confisca sia divenute definitiva e, quindi, non valutate nemmeno implicitamente.

Rispetto al motivo di revocazione configurabile allorché i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca, **Sez. 2, n. 31549 del 06/06/2019, Simply Soc. Coop., Rv. 277225 – 05** ha affermato che, attesa l'autonomia tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, il giudice di quest'ultimo può valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale, al fine di giungere ad un'affermazione di pericolosità generica del proposto ex art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011, non solo in caso di intervenuta declaratoria di estinzione del reato o di pronuncia di non doversi procedere, ma anche a seguito di sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., ove risultino delineati con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività quei fatti che, pur ritenuti non sufficienti - nel merito o per preclusioni processuali - per una condanna penale ben possono essere posti alla base di un giudizio di pericolosità. Conseguentemente, la medesima decisione (**Rv. 277225 – 06**) ha concluso che il sopravvenuto giudicato penale di assoluzione non integra automaticamente la causa di revocazione di cui all'art. 28, comma 1, lett. b), cod. antimafia, «attesa l'autonomia del giudizio di prevenzione da quello penale, con la conseguenza che la misura può essere revocata solo ed esclusivamente se il processo penale abbia accertato, nel merito, l'assoluta estraneità del proposto ai fatti reato sulla base dei quali, essendo stato ritenuto pericoloso, era stata ordinata la confisca».

Conforme orientamento ispira **Sez. 2, n. 15650 del 14/02/2019, Husovic, Rv. 275778 – 01**, secondo cui la revocazione «non consegue automaticamente all'intervenuta assoluzione, con sentenza definitiva, del proposto da una delle imputazioni a suo carico, salvo che il fatto escluso in sede penale sia esattamente lo stesso posto a fondamento del giudizio di pericolosità, non sussistendo altrimenti inconciliabilità di giudicati»; di qui il rigetto del ricorso avverso il provvedimento della corte di appello che aveva confermato la permanenza del giudizio di pericolosità sulla base di decisioni differenti rispetto a quelle assolutorie successivamente intervenute, nonché alla luce del carattere sproporzionato delle consistenti somme di denaro nella disponibilità dei prevenuti, in assenza di redditi dichiarati.

In definitiva, vale il principio in base al quale il limite reale all'autonomia del giudizio di prevenzione è quello derivante della vera e propria negazione in sede penale, con pronuncia irrevocabile, di determinati fatti. In tal senso, **Sez. 6, n. 49750 del 04/07/2019**, **Diotallevi**, in corso di massimazione, ha ribadito che il giudice, in sede di verifica della pericolosità del proposto, può rivalutare autonomamente anche i fatti oggetto di un procedimento archiviato, in quanto ha valore ostativo soltanto l'accertamento contenuto nella sentenza irrevocabile di assoluzione, impedendo la

negazione penale di un fatto di assumerlo come elemento indiziante ai fini del giudizio di pericolosità sociale.

Sez. 1, n. 13638 del 16/01/2019, Ahmetovic, Rv. 275244 – 01, la quale ha puntualizzato che la misura di prevenzione può legittimamente essere mantenuta, pur a fronte di detto giudicato, nei seguenti casi: a) gli elementi di fatto esclusi dal giudicato costituiscono solo una frazione minusvalente degli episodi storici valutati dal giudice della prevenzione; b) il giudizio di prevenzione è fondato su elementi cognitivi indipendenti e diversi da quelli acquisiti in sede penale; c) il tipo di pericolosità prevenzionale si discosta sensibilmente dai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto della sentenza penale (è il caso, indicato dalla sentenza a titolo esemplificativo, del rapporto che intercorre tra la nozione di *appartenenza* e quella di *partecipazione* alla associazione di cui all'art. 416-*bis* cod.pen.).

Opportunamente la decisione sottolinea che, in ogni caso, il giudice investito della domanda di revocazione «deve realizzare, a fronte della "smentita fattuale" derivante dal giudicato penale difforme, un nuovo scrutinio della base fattuale su cui si era radicata la prima decisione, non potendosi semplicemente richiamare - senza adeguata elaborazione propria - gli eventuali punti della prima decisione rimasti immuni dalla smentita; in tale contesto è pure possibile una riqualificazione, in sede di decisione sulla domanda di revocazione, della categoria tipica di pericolosità (ad es., da pericolosità qualificata a pericolosità semplice), ove tale nuovo inquadramento sia non solo assistito dalla residua base cognitiva (una volta eliminato il dato oggetto di smentita in sede penale), ma dalla rispondenza ai principi di diritto venuti a consolidarsi sull'argomento».

Da ultimo, sempre in relazione al motivo di revocazione fondato sul contrasto fra giudicati, **Sez. 1, n. 39601 del 19/06/2019, Castaldo, Rv. 276874 – 01** ha affrontato l'ipotesi in cui tale contrasto intercorra fra due decisioni definitive emesse in sede di prevenzione, giungendo ad affermare il principio secondo cui l'azione di revocazione ex art. 28, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011, «è esperibile anche nel caso di prospettazione di un contrasto tra due decisioni definitive emesse all'esito di procedimenti di prevenzione riguardanti un medesimo soggetto, dovendosi interpretare la richiamata disposizione, nonostante il letterale riferimento al solo contrasto tra il provvedimento di confisca e sentenze penali definitive, alla luce delle finalità della revocazione, in tutto analoghe alla revisione di cui agli artt. 630 ss. cod. proc. pen.»

12. Rapporti fra confisca di prevenzione ed altre tipologie di provvedimenti ablatori.

In ordine ai rapporti fra confisca di prevenzione ed altre tipologia di confisca, particolarmente quella diretta o per equivalente, con le correlative ipotesi di sequestro strumentale all'adozione dell'una o dell'altra forma di ablazione, **Sez. 3, n. 30422 del 30/05/2019, p.m. in c. Samarati, Rv. 276789 - 01**, ha affermato che l'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen. è una disposizione speciale applicabile alle sole ipotesi di sequestro rivolto alla confisca di prevenzione, non estensibile per via analogica ad istituti diversi, come il sequestro finalizzato alla confisca diretta o quello per equivalente: a conferma del principio affermato, la Corte ha rilevato che l'art. 104-*bis*, comma 1-*quater*, disp. att. cod. proc. pen. estende testualmente le sole disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste sempre dal codice antimafia al sequestro e alla confisca in casi particolari previsti dall'art. 240-*bis* cod. pen. o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.

In tale dimensione esegetica, **Sez. 3, n. 15755 del 15/11/2018, dep. 2019, p.m. in c. Di Saverio, Rv. 276079 – 01** ha riconosciuto che il decreto di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, avente ad oggetto la totalità delle quote o delle azioni di una società non comporta automaticamente l'estensione del vincolo cautelare ai beni che costituiscono il complesso aziendale. A sostegno di tale conclusione, la Corte ha precisato che l'art. 104-*bis*, comma 1-*bis*, disp. att. cod. proc. pen., in tema di amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo, rinvia alle norme di cui al libro I, titolo III del codice antimafia, che disciplinano l'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni oggetto di sequestro di prevenzione, ma non all'art. 20 di tale decreto legislativo, che prevede l'estensione di diritto a tutti i beni aziendali del sequestro di prevenzione che riguarda partecipazioni societarie totalitarie.

Invero, l'art. 20 è ricompreso nel titolo II del libro I dello stesso decreto legislativo e non nel titolo III, onde il suo ambito di applicazione deve essere limitato al sequestro di prevenzione e non può essere esteso fino a ricomprendere sequestro cautelare. Si tratta di un'interpretazione – osserva la Corte - che trova giustificazione anche in base alle diverse *rationes* che ispirano i due sistemi, essendo il sistema cautelare regolato dal principio della proporzionalità rispetto all'entità dell'illecito profitto conseguito attraverso il reato.

Resta salva, in ogni caso, l'applicazione delle disposizioni che costituiscono espressione di principi generali: in particolare, **Sez. 3, n. 38608 del 18/04/2019,**

Italfondiario s.p.a., Rv. 277159 - 02 ha affermato che la previsione dell'art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi e i diritti reali di garanzia anteriori al sequestro, sebbene riferita alla cd. confisca di prevenzione, esprime un principio generale, valido anche per gli altri tipi di confisca, diretta o per equivalente, per i quali venga in rilievo la posizione del terzo titolare di diritti di credito o di garanzia, ivi compresa quella in ambito tributario di cui all'art. 12-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. La medesima decisione ha, conseguentemente, ritenuto (**Rv. 277159 – 01**) che, in tema di confisca di beni gravati da ipoteca, il terzo acquirente del credito ipotecario, per ottenere il riconoscimento del proprio diritto, che preclude l'estinzione della garanzia reale, deve allegare elementi idonei a rappresentare non solo la sua buona fede, intesa come estraneità all'attività illecita in precedenza realizzata dal contraente colpito dal sequestro, ma anche il suo affidamento incolpevole, inteso come positivo adempimento dell'obbligo di informazione imposto dal caso concreto, volto a escludere una rimproverabilità di tipo colposo.

Con peculiare riferimento ai rapporti fra confisca di prevenzione e c.d. confisca allargata, va menzionata **Sez. 1, n. 23508 del 07/05/2018, dep. 2019, Scinardo, Rv. 276200**, che, esaminando la questione relativa all'ammissibilità di un provvedimento di confisca allargata (nella specie ex art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 1992, n. 356), di beni già costituenti oggetto di confisca definitiva di prevenzione (nella specie ai sensi dell'art. 2-*ter*, comma 3, della legge n. 575 del 1965), ha affermato che, in ragione della stabilità dell'accertamento sottostante alla definizione del procedimento di prevenzione, è precluso al giudice di merito, che accerta la responsabilità per uno dei delitti elencati nel comma 1 del citato art. 12-*sexies*, procedere ad un autonomo accertamento dei presupposti comuni ai due tipi di confisca della disponibilità diretta od indiretta dei beni in capo all'interessato e della sproporzione del loro valore rispetto al reddito da questi dichiarato o all'attività economica dal medesimo esercitata. Si tratta di una *ratio decidendi* affine, pur con opportune precisazioni, a quella che ispira l'enunciazione (propria di Sez. 6, n. 51366 del 17/05/2018, Trovato, Rv. 275879) che la definitività del provvedimento di revoca in sede penale di una misura patrimoniale ex art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, impedisce, in mancanza di fatti nuovi dedotti, l'adozione di un decreto di confisca nel procedimento di prevenzione avente ad oggetto i medesimi beni, a condizione che la decisione afferisca agli accertamenti in fatto relativi ai presupposti costitutivi comuni. Invero, alla base della decisione sta il rilievo che, nel rapporto fra le due misure ablatorie, pur non potendosi configurare la preclusione derivante dal giudicato, atteso che i due provvedimenti vengono adottati in diversi contesti procedimentali e sulla base di non coincidenti presupposti, è tuttavia configurabile una forma di preclusione

processuale che attiene solo al dedotto e non anche al deducibile e che, quindi, viene meno a fronte della sopravvenienza di fatti nuovi.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 36 del 13/12/2000, dep. 2001, Madonia, Rv. 217668
Sez. U, n. 624 del 26/09/2001 - dep. 2002 -, Pisano, Rv. 220443
Sez. U, n. 57 del 19/12/2006 - dep. 2007 -, Auddino
Sez. U, n. 12621 del 22/12/2016 - dep. 2017 -, De Angelis, Rv. 270081, 2, 3, 4, 5, 6, 7
Sez. 6, n. 18807 del 30/10/2012, Rv. 255091
Sez. 2, n. 11818 del 07/12/2012 - dep. 2013 -, Ercolano, Rv. 255530
Sez. 6 - 2 civ., n. 3225 del 11/02/2013, Rv 625239
Sez. 1 n. 29966 del 08/04/2013, Costa, Rv. 256415
Sez. 1, n. 32032 del 10/6/2013, De Angelis, Rv. 256451
Sez. 6, n. 35240 del 27/06/2013, Cardone, Rv. 256267
Sez. 2, n. 7484 del 21/01/2014, Baroni, Rv. 259245
Sez. 6, n. 16151 del 04/02/2014, Rv. 259763
Sez. 1, n. 17743 del 07/03/2014, Rienzi, Rv. 259608
Sez. 2, n. 30935 del 07/05/2015, Ciotta, Rv. 264295
Sez. 3, n. 2221 del 06/10/2015 - dep. 2016 - Grossi, Rv. 266012
Sez. 6, n. 44609 del 06/10/2015, Alvaro, Rv. 265081
Sez. 5, n. 8922 del 26/10/2015, dep. 2016, Poli, Rv. 266141
Sez. 5, n. 148 del 04/11/2015 - dep. 2016 -, Baratta, Rv. 265922
Sez. 6, n. 3716 del 24/11/2015, Caruso, Rv. 266953
Sez. 6, n. 48274 del 01/12/2015, Vicario, Rv. 265767
Sez. 2, n. 40008 del 12/05/2016, Pomilio, Rv. 268232
Sez. 5, n. 28628 del 24/03/2017, Di Giorgio, Rv. 270238
Sez. 3 civ. , n. 10377 del 27/04/2017, C. contro M., Rv. 644066
Sez. 1, n. 42238 del 18/05/2017, Mancuso, Rv. 270973
Sez. 1, n. 50463 del 15/06/2017, Mangione, Rv. 271822
Sez. 6, n. 41767 del 20/6/2017, Boschi, Rv. 271391
Sez. 1, n. 2211 del 12/09/2017 - dep. 2018 -, Lampada, Rv. 272051
Sez. 5, n. 3031 del 30/11/2017, dep. 2018, Lagaren, Rv. 272104
Sez. 5, n. 12374 del 14/12/2017 - dep. 2018 -, La Porta, Rv. 272608
Sez. 1, n. 5286 del 06/02/2018 - dep. 2019 – Seminara, Rv. 274871
Sez. 5, n. 41428, 05/03/2018, Rv. 274598
Sez. 5, n. 33888 del 24/04/2018, Stefanetti, Rv. 273890
Sez. 1, n. 23508 del 07/05/2018, dep. 2019, Scinardo, Rv. 276200
Sez. 6, n. 51366 del 17/05/2018, Trovato, Rv. 275879
Sez. 6, n. 10105 del 10/10/2018, dep. 2019, Visinoni, Rv. 275426

Sez. 3, n. 15755 del 15/11/2018, dep. 2019, p.m. in c. Di Saverio, Rv. 276079
Sez. 5, n. 5865 del 04/12/2018, dep. 2019, Spelta, Rv. 275493
Sez. 5, n. 5866 del 04/12/2018, dep. 2019, Z., Rv. 275487
Sez. 5, n. 2471 del 06/12/2018, dep. 2019, Giampà, Rv. 275410
Sez. 2, n. 37060 del 11/01/2019, Paltrinieri, Rv. 277038
Sez. 1, n. 12629 del 16/01/2019, P.g. in proc. Macrì, Rv. 274988
Sez. 1, n. 13638 del 16/01/2019, Ahmetovic, Rv. 275244
Sez. 6, n. 13828 del 16/01/2019, Curci, Rv. 275370
Sez. 5, n. 5721 del 18/01/2019, Vitale, Rv. 275138
Sez. 5, n. 21760 del 29/01/2019, Lampada, Rv. 276892
Sez. 1, n. 8038 del 05/02/2019, Manauro, Rv. 274915
Sez. 5, n. 19280 del 05/02/2019, Tarantolo, Rv. 276247
Sez. 1, n. 26872 del 05/02/2019, Vazzano, Rv. 276412
Sez. 6, n. 14143 del 06/02/2019, Banca Monte dei Paschi di Siena spa, Rv. 275533
Sez. 6, n. 11666 del 13/02/2019, Catarozzo Rv. 275292
Sez. 2, n. 15650 del 14/02/2019, Husovic, Rv. 275778
Sez. 1, n. 35793 del 15/02/2019, Amodeo, Rv. 276939 – 01, 02
Sez. 2, n. 16906 del 21/02/2019, Stanek, Rv. 276621
Sez. 5, n. 17968 del 01/03/2019, Ca.Ri.Ge. s.p.a., Rv. 276849
Sez. 1, n. 21740 del 07/03/2019, Procopio, Rv. 276315
Sez. 2, n. 11445 del 08/03/2019, Lauri, Rv. 276061
Sez. 5, n. 32017 del 08/03/2019, Roma, Rv. 277099
Sez. 2, n. 19414 del 12/03/2019, p.g. in c. Ficara, Rv. 276063
Sez. 2, n. 23544 del 13/03/2019, Equitalia Giustizia s.p.a., Rv. 276967
Sez. 2, n. 27932 del 15/03/2019, Italia, Rv. 276667
Sez. 2, n. 27933 del 15/03/2019, Lampo, Rv. 276211
Sez. 1, n. 19357 del 19/03/2019, Aprile, Rv. 275810
Sez. 1, n. 18580 del 21/03/2019, Giacchetti, Rv. 275471
Sez. 1, n. 18231 del 26/03/2019, Mps Capital Services Banca per le imprese s.p.a., Rv. 275468
Sez. 1, n. 27696 del 01/04/2019, Immobiliare Peonia s.r.l., Rv. 275888
Sez. 6, n. 41975 del 02/04/2019, I.
Sez. 6, n. 30752 del 11/04/2019, Calì, Rv. 276466
Sez. 3, n. 38608 del 18/04/2019, Italfondiario s.p.a., Rv. 277159 – 01, - 02
Sez. 6, n. 23839 del 26/04/2019, Mammoliti, Rv. 275987
Sez. 6, n. 20572 del 09/05/2019, Posillico, Rv. 275684
Sez. 6, n. 26341 del 09/05/2019, De Virgilio, Rv. 276075
Sez. 6, n. 26346 del 09/05/2019, Gambino, Rv. 276382

Sez. 6, n. 38077 del 09/05/2019, Falasca, Rv. 276711
Sez. 2, n. 38573 del 17/05/2019, Mediterranea s.p.a., Rv. 277396
Sez. 6, n. 30753 del 28/05/2019, Merlino, Rv. 276467
Sez. 3, n. 30422 del 30/05/2019, p.m. in c. Samarati, Rv. 276789
Sez. 1, n. 35536 del 30/05/2019, Giavelli, Rv. 276938
Sez. 1, n. 35763 del 04/06/2019, Grauso, Rv. 277132
Sez. 2, n. 31549 del 06/06/2019, Simply Soc. Coop. Rv. 277225 – 04, - 05, - 06, - 07, - 08, - 09
Sez. 6, n. 31937 del 06/06/2019, Fiorani, Rv. 276472
Sez. 1, n. 39601 del 19/06/2019, Castaldo, Rv. 276874 – 01 - 02
Sez. 6, n. 35893 del 20/06/2019, Quacquarelli, Rv. 276832
Sez. 6, n. 37648 del 26/06/2019, Aiello, Rv. 276834
Sez. 6, n. 41735 del 26/06/2019, Verterano, Rv. 277197
Sez. 1, n. 34094 del 04/07/2019, Cirrincione, Rv. 277309
Sez. 6, n. 49750 del 04/07/2019, Diotallevi
Sez. 5, n. 38737 del 10/07/2019, Giorgitto, Rv. 276648
Sez. 5, n. 45460 del 18/10/2019, Italfondiario s.p.a., Rv. 277095
Sez. 5, n. 52068 del 18/11/2019, Valente

CAPITOLO II

QUESTIONI IN TEMA DI CONFISCA: PERTINENZIALITÀ, DISTIZIONE DEL PATRIMONIO LECITO E TUTELA DEI TERZI

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Confisca del denaro e pertinenzialità. - 2.1. La confisca del denaro "futuro". - 3. La successiva evoluzione giurisprudenziale. - 3.1. Confisca del denaro e prova della provenienza lecita. - 4. La tutela del terzo. - 4.1. I limiti alla sindacabilità della confisca da parte del terzo. - 5. Partecipazione del terzo e disciplina intertemporale.

1. Premessa.

Nel corso dell'anno oggetto della presente rassegna, le problematiche concernenti i presupposti ed i limiti applicativi delle diverse forme di confisca contemplate dall'ordinamento sono state al centro di plurime pronunce della Cassazione. Può ben dirsi che la giurisprudenza, pur nella sostanziale continuità rispetto agli orientamenti pregressi, ha apportato significativi contributi volti a chiarire e precisare l'ambito applicativo degli strumenti ablativi dei patrimoni illeciti.

A fronte delle molteplici forme di confisca (diretta e per equivalente, di prevenzione, ex art. 240-*bis* cod. pen., nei confronti degli enti ex d.lgs. 6 giugno 2001, n. 231), la giurisprudenza ha ovviamente affrontato problematiche diversificate, per alcune delle quali si rinvia agli appositi approfondimenti contenuti nella presente rassegna.

Con riferimento alla confisca ex art. 240 cod. pen., gli aspetti che maggiormente hanno impegnato la giurisprudenza di legittimità sono quelli che concernono la dilatazione dei presupposti applicativi, soprattutto con riguardo alla confisca del denaro, rispetto al quale si è posta la necessità di approfondire sia l'aspetto relativo alla distinzione tra patrimonio illecito e patrimonio lecito, sia a delimitare i limiti entro i quali la confisca può attingere beni nella titolarità di soggetti terzi.

2. Confisca del denaro e pertinenzialità.

Uno degli aspetti che, nonostante gli interventi anche delle Sezioni unite, continuano ad occupare la giurisprudenza di legittimità è costituito dall'individuazione dei limiti entro i quali è possibile disporre la confisca diretta del denaro quale profitto o prodotto del reato.

Il denaro, costituendo non solo un bene in sé, ma anche misura di valore, ha comportato l'insorgere di specifiche problematiche circa la differenziazione tra i casi di confisca diretta e per equivalente. Ove il denaro, infatti, è acquisito quale valore

equivalente al bene rispetto al quale sussiste il rapporto di diretta pertinenzialità con il reato, si è dubitato della possibilità o meno di qualificare l'atto ablatorio in termini di confisca diretta.

È ben noto come la questione sia stata ampiamente esaminata dalle Sezioni Unite che, con le pronunce "Gubert" e "Lucci", hanno dato un assetto tendenzialmente stabile alla materia.

Secondo l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite "Gubert", nel caso in cui il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa si confonde con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, perdendo qualsiasi autonomia quanto alla sua identificabilità fisica. Non avrebbe alcun significato, infatti, né sul piano economico, né su quello giuridico, accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita, perché ciò che conta è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma. La confisca del prezzo o del profitto del reato rappresentato da denaro, pertanto, è sempre "diretta", ovunque e presso chiunque sia custodita nell'interesse del reo.

Pertanto, conclude Sez. U, n. 10561 del 30/01/2014, Gubert, Rv. 258647, affermando che «Deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta».

Successivamente, Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437, ha ribadito che «Qualora 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».

La giurisprudenza, dunque, ha preso atto della natura di bene fungibile del denaro, riconoscendo come, ai fini della confisca diretta del profitto, non si possa pretendere l'identità fisica delle somme rinvenute sul conto corrente, nel senso che, per la legittimità dell'ablazione, si debba trattare proprio del denaro derivante dal reato.

Il denaro che perviene su un conto corrente, infatti, si confonde immediatamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del reato, perdendo ogni autonomia e divenendo un'appartenenza del reo. Ciò non impedisce la confisca "diretta" perché, a tale fine, conta solo che il patrimonio del reo sia stato accresciuto di un importo pari al profitto.

Da questa conclusione è stata tratta un'importante conseguenza: in considerazione della natura del bene oggetto del provvedimento, per adottare la

confisca diretta del denaro non è necessaria la prova del nesso di derivazione tra la somma materialmente oggetto del provvedimento ablatorio e il reato.

I principi sopra richiamati, tuttavia, sono stati affermati con riguardo a situazioni "statiche", concernenti un patrimonio – costituito anche da somme di denaro – già individuato ed individuabile al momento in cui veniva disposta la confisca (o il sequestro ad essa finalizzato).

Problemi diversi si pongono nel caso in cui il denaro affluisca nel patrimonio del destinatario della confisca dopo la commissione del reato, ovvero nei casi in cui sia data la prova della sicura provenienza lecita del denaro.

2.1 La confisca del denaro "futuro".

L'aver affermato che con riguardo alla confisca del denaro non occorre la dimostrazione del nesso di diretta derivazione dal reato, ha indotto la giurisprudenza ad applicare il principio anche alle ipotesi in cui il denaro è affluito nella disponibilità del destinatario della misura ablatoria in epoca successiva al sequestro finalizzato alla confisca.

Valorizzando la naturale fungibilità del denaro, pertanto, si è giunti alla conclusione secondo cui è legittimo il sequestro finalizzato alla confisca diretta dell'importo pari al profitto del reato «ovunque e presso chiunque custodito e quindi anche di quello pervenuto sui conti e/o depositi in data successiva all'esecuzione del provvedimento genetico» (Sez. 2, n. 29923 del 12/4/2018, Salvini).

Seguendo tale impostazione, l'unico limite è costituito dall'indicazione dell'ammontare del profitto confiscabile, fermo restando che il denaro concretamente suscettibile di apprensione ben può essere sia quello rinvenuto nella disponibilità del destinatario del sequestro in epoca antecedente alla notifica del provvedimento, sia quello che confluisce nelle sue casse in data successiva, essendo in tal caso del tutto irrilevante l'eventuale provenienza lecita.

3. La successiva evoluzione giurisprudenziale.

Rispetto alla pronuncia da ultimo richiamata, ben diversa è la prospettiva con la quale il problema è stato affrontato da **Sez. 6, n. 6816 del 29/1/2019, Sena, Rv. 275048**, così massimata «In tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, è illegittima l'apprensione diretta delle somme di denaro entrate nel patrimonio del reo in base ad un titolo lecito, ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato, che non risultino allo stesso collegate, neppure indirettamente».

La vicenda di cui si è occupata la Corte riguardava il sequestro preventivo finalizzato alla confisca del denaro costituente profitto del reato di esercizio abusivo di professioni sanitarie, realizzato mediante la gestione di una casa di cura. Il sequestro veniva disposto con riguardo all'ammontare complessivo del profitto del reato, ritenendosi irrilevante la distinzione tra il denaro rinvenuto al momento dell'adozione del provvedimento genetico e il denaro che sarebbe entrato in seguito nel patrimonio.

La Sesta Sezione ha affrontato la questione confermando, in linea generale, di aderire al principio secondo cui è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta di una somma di denaro disposto fino alla concorrenza dell'importo integrante il profitto del reato, da rinvenirsi sui conti correnti bancari nella disponibilità anche indiretta dell'indagato. Il principio di fungibilità del denaro, infatti, implica che una volta entrato nel patrimonio del destinatario della misura ablatoria, non ha più rilievo la possibilità o meno di distinguere la provenienza dello stesso.

Ben diversa è, tuttavia, la questione se occorra o meno distinguere tra le somme già esistenti, al momento della esecuzione della misura, nei conti e nei depositi nella disponibilità dell'indagato e le ulteriori somme che sono entrate nel patrimonio del destinatario del sequestro in epoca posteriore a quella data.

Sottolinea la Corte come, ammettendo la possibilità di disporre la confisca diretta del denaro confluito sui conti correnti dell'indagato successivamente al sequestro, si giungerebbe all'effetto di estendere il vincolo anche a beni di provenienza lecita.

Si è affermata, pertanto, la necessità di apportare un correttivo alle conseguenze della fungibilità del denaro e della incidenza di tale aspetto sulla confisca del profitto del reato.

In motivazione, la sentenza "Sena" ritiene maggiormente corretto dare «una diversa esegesi applicativa del principio di diritto enucleabile da quella sentenza delle Sezioni Unite: sentenza dalla cui lettura pare comprendersi che, nell'ipotesi in cui il profitto del reato sia consistito in una somma di denaro, la confisca diretta possa legittimamente avere ad oggetto un importo di pari entità comunque presente nei conti bancari o nei depositi nella disponibilità dell'autore del reato, purché si tratti di denaro già confluito nei conti o nei depositi al momento della commissione del reato ovvero al momento del suo accertamento: solo in tali ipotesi è possibile ragionevolmente sostenere che il denaro è sequestrabile e poi confiscabile in via diretta come profitto accrescitivo, dunque indipendentemente da ogni verifica in ordine al rapporto di concreta pertinenzialità con il reato, perché tale relazione è considerata in via fittizia sussistente proprio per effetto della confusione del profitto concretamente conseguito con tutte le altre disponibilità economiche del reo.

Diversamente argomentando, cioè ammettendo che il vincolo reale possa estendersi anche su importi di denaro indistintamente accreditati sui conti o nei depositi dell'autore del reato, sulla base di crediti lecitamente maturati in epoca successiva al momento della commissione del reato - momento che giuridicamente finirebbe per recidere ogni rapporto di pertinenzialità con il reato - si finirebbe obiettivamente per trasformare una confisca diretta in una confisca per equivalente: in quanto avente ad oggetto somme di denaro sì oggetto di movimentazione sui conti o sui depositi nella disponibilità dell'autore del reato, ma che solo con una inaccettabile forzatura possono essere qualificate come profitto accrescitivo, perché del tutto sganciate, dal punto di vista logico e cronologico, dal profitto dell'illecito. D'altro canto, se la finalità della confisca diretta è quella di evitare che chi ha commesso un reato possa beneficiare del profitto che ne è conseguito, bisogna ammettere che tale funzione è assente laddove l'ablazione colpisca somme di denaro entrate nel patrimonio del reo certamente in base ad un titolo lecito ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato, e non risulti in alcun modo provato che tali somme siano collegabili, anche indirettamente, all'illecito commesso».

Prosegue la Corte affermando di ritenere che «non sia condivisibile l'indirizzo interpretativo seguito da una parte della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale sarebbe sempre possibile estendere, *sine die*, gli effetti dell'originario provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del profitto accrescitivo del patrimonio dell'indagato: consentendone l'applicazione (ovviamente nei limiti del quantum del provvedimento ablatorio) anche alle somme affluite, sui conti e sui depositi riferibili al prevenuto, in un momento successivo alla data di esecuzione di quel decreto (così, ad esempio, Sez. 2, n. 29924 del 12/04/2018, Bocchio, peraltro in un caso avente ad oggetto un reato per il quale sarebbe stata, comunque, possibile la confisca per equivalente). Ciò perché, va ribadito, è discutibile che in siffatte ipotesi l'oggetto della misura cautelare sia sempre lo stesso, tenuto conto che il vincolo finirebbe per colpire indiscriminatamente somme che, proprio perché percepite lecitamente e in maniera cronologicamente del tutto scollegata dall'illecito commesso, non possono essere qualificate come profitto accrescitivo, cioè come disponibilità monetaria accresciuta in conseguenza del profitto del reato. Disponibilità che invece - come lasciano intendere le Sezioni Unite nella stessa sentenza "Lucci" - ben potrebbero costituire oggetto di un diverso provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, laddove ovviamente vi siano i presupposti di legge per applicare una siffatta misura di natura sanzionatoria.

Ad ulteriore dimostrazione della correttezza della tesi sostenuta, si è anche sottolineato come, qualora si ammettesse la confisca del denaro pervenuto nella

disponibilità dell'indagato dopo il sequestro, si arriverebbe al paradosso di legittimare il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta di qualsivoglia somma entrata nel patrimonio dell'imputato in qualsiasi fase o grado del processo, e persino dopo il passaggio in giudicato della sentenza, con la conseguenza di dilatare *sine die* gli effetti della misura patrimoniale, che finirebbe irragionevolmente per colpire qualsivoglia forma di incremento futuro del patrimonio del reo.

Si è, pertanto, ritenuto preferibile privilegiare il diverso orientamento seguito dalla giurisprudenza, per il quale, in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, la natura fungibile del denaro non consente la confisca diretta di qualsivoglia somma depositata sul conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che la stessa non possa in alcun modo, neppure indiretto, considerarsi derivante dal reato (e, pertanto, suo profitto), perché certamente depositata successivamente al momento del perfezionamento del reato (in questo senso Sez. 3, n. 8995 del 30/10/2017, Barletta, Rv. 272353; in senso sostanzialmente conforme anche Sez. 6, n. 15923 del 26/03/2015, Antonelli, Rv. 263124).

3.1. Confisca del denaro e prova della provenienza lecita.

La sentenza "Sena" ha chiarito come la fungibilità del denaro non è di per sé sufficiente a rendere irrilevante l'accertamento del nesso di pertinenzialità con il reato, quanto meno nei casi in cui è dimostrato che l'incremento patrimoniale, intervenuto successivamente al sequestro, non è conseguenza del reato.

La questione, tuttavia, è configurabile anche nei casi in cui il denaro oggetto del sequestro è già nella disponibilità del destinatario del sequestro o della confisca, ponendosi anche in tal caso l'esigenza di stabilire se, a fronte della comprovata provenienza lecita di un determinato importo di denaro, la fungibilità dello stesso consenta ugualmente l'ablazione.

In buona sostanza, occorre verificare se il profilo attinente alla pertinenzialità del denaro rispetto al reato risulti in ogni caso recessivo rispetto al principio di fungibilità di tale bene, ovvero se la "confusione" del denaro nel patrimonio del destinatario della confisca ne consenta la diretta apprensione solo a condizione che risulti la certa provenienza lecita.

In tal senso si è pronunciata Sez. 3, n. 41104 del 12/7/2018, Vincenzini, Rv. 274307, secondo cui «In tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, la natura fungibile del denaro non consente la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che le stesse, non derivando dal reato, non costituiscano profitto dell'illecito. (Fattispecie in tema di reato di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in cui è stato escluso che le somme di denaro depositate sul conto corrente dopo la scadenza del termine

per la presentazione della dichiarazione IVA potessero rappresentare il profitto derivante dall'evasione fiscale).»

Con riguardo ai reati tributari, il principio è stato espressamente ribadito da **Sez. 3, n. 6348 del 4/10/2018 (dep. 11/2/2019), Torelli, Rv. 274859**, secondo cui «ai fini della confisca diretta delle somme sequestrate sul conto corrente bancario dell'imputato, la natura fungibile del denaro non è sufficiente per qualificare come "profitto" del reato l'oggetto del sequestro, essendo necessario anche provare che la disponibilità delle somme, successivamente sequestrate, costituisca un risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell'imposta. (In motivazione la Corte ha precisato che, per accertare se il denaro costituisce profitto del reato tributario, e, cioè, un risparmio di spesa aggredibile in via diretta, è necessario avere riguardo non all'identità fisica delle somme, ma al valore numerario delle disponibilità giacenti sul conto dell'imputato alla scadenza del termine per il versamento dell'imposta, mentre il denaro versato successivamente a detto termine, che fosse stato sequestrato, non può essere ritenuto "profitto" del reato, ma rappresenta un'unità di misura equivalente al debito fiscale scaduto e non onorato, confiscabile se ricorrono i presupposti per la confisca per equivalente)».

La "confusione" nel patrimonio del titolare delle somme di denaro che in esso confluiscono, pertanto, è un dato che legittima la confisca diretta solo a condizione che non vi siano specifici elementi idonei a dimostrare la provenienza lecita di un determinato importo.

Appare interessante sottolineare come tale principio ha trovato recente applicazione anche con riguardo ad un'ipotesi di confisca allargata.

Con riferimento ad una fattispecie particolare, nella quale veniva in rilievo il profilo della titolarità del denaro da parte di un terzo estraneo al reato, si è affermato che «In tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca per sproporzione, eseguito su conto corrente cointestato all'indagato e a soggetto estraneo al reato, la misura cautelare si estende all'intero importo in giacenza, senza che a tal fine rilevino presunzioni o vincoli posti dal codice civile (artt. 1289 e 1834), regolativi dei rapporti interni tra creditori e debitori solidali, ma è fatta salva la facoltà per il terzo di dimostrare l'esclusiva titolarità di tali somme e la conseguente illegittimità del vincolo. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato senza rinvio il sequestro di un libretto di deposito postale nominativo cointestato con i genitori dell'indagato, alimentato esclusivamente dai ratei pensionistici di questi ultimi, dai proventi della vendita di un immobile privo di alcun collegamento con la condotta criminosa, nonché dagli investimenti rivenienti dalla medesima provvista lecita)» (**Sez. 6, n. 24432 del 18/4/2019, Placenti, Rv. 276278**).

4. La tutela del terzo.

Tra le problematiche che, anche nel corso del corrente anno, hanno impegnato la giurisprudenza della cassazione, spicca la complessa tematica della tutela del terzo rispetto alla confisca dei beni.

Si tratta di una questione certamente non nuova, ma che ha inevitabilmente risentito degli interventi normativi recentemente intervenuti in materia, rispetto ai quali la Corte è stata chiamata ad un'opera di delimitazione con riguardo sia dell'ambito applicativo in relazione alle diverse tipologie di confisca, sia all'individuazione dell'ampiezza dei poteri che il terzo può esercitare nel giudizio inerente la confisca.

Il tema è stato oggetto di rinnovato interesse a seguito dell'introduzione dell'art. 104-*bis*, comma 1-*quinquies*, disp. att., cod.proc.pen., in base al quale, con riferimento alle ipotesi di confisca disciplinate dall'art. 240-*bis* cod. pen. o da altre norme che a quella rinviano, «devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo».

Si tratta dell'espressa previsione di un contraddittorio allargato ai terzi titolari di diritti sui beni suscettibili di confisca che, invero, traduce un principio generale più volte affermato anche nella giurisprudenza convenzionale (in particolare si veda Corte EDU, 28 giugno 2018, nella causa G.I.E.M. sr. ed altri c. Italia).

Tale pronuncia, pur se resa con espresso riferimento alla confisca urbanistica, ha affermato principi di sistema dei quali la giurisprudenza nazionale deve necessariamente tener conto, anche in relazione a forme diverse di confisca.

Nella citata pronuncia, la Corte EDU ha approfondito il profilo relativo alla tutela del terzo, anche con specifico riferimento ai rapporti tra la persona fisica cui si imputa il reato e la società titolare del bene oggetto di confisca.

La Corte EDU ha ritenuto irrilevante che i legali rappresentanti delle società titolari dei beni da confiscare avessero o meno preso parte al procedimento penale, osservando che in ogni caso «le società erano pertanto terze parti in questi procedimenti» (§266), il che fa sorgere il problema di verificare la conformità rispetto ai parametri dell'art. 7 della CEDU dell'applicazione di «una sanzione penale inflitta a persone giuridiche che, per la loro personalità giuridica distinta, non sono state oggetto di alcun procedimento (penale, amministrativo, civile, ecc.)» (§269).

Inoltre, la Corte EDU ha affermato il principio secondo cui una persona non può essere sanzionata per un atto che coinvolge la responsabilità penale altrui, sicchè la confisca applicata a persone fisiche o giuridiche che non sono state parti nel giudizio all'esito del quale la misura viene disposta, determina la violazione dell'art. 7 della Convenzione.

Acclarata la necessità di riconoscere un apposito ambito di tutela al terzo che subisce la confisca, la giurisprudenza si è interrogata circa la possibilità di applicare il disposto dell'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen. anche al di fuori delle ipotesi di confisca allargata disciplinate dall'art. 240-*bis* cod. pen.

L'orientamento che si è andato consolidando nel corso del corrente anno è incline a limitare l'applicabilità dell'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen. ai soli casi di confisca espressamente indicati e, quindi, la norma opererebbe nel circoscritto ambito della confisca di prevenzione e di quella disciplinata dall'art. 240-*bis* cod. pen.

In tal senso si è espressa, **Sez. 3, n. 30422 del 30/5/2019, Samarati, Rv. 276789**, secondo cui «L'art. 104-bis disp. att. cod. proc. pen. è una disposizione speciale applicabile alle sole ipotesi di sequestro rivolto alla confisca di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, codice antimafia, non estensibile per via analogica ad istituti diversi, come il sequestro finalizzato alla confisca diretta o quello per equivalente. (In motivazione, la Corte, a conferma di quanto affermato, ha rilevato che l'art. 104-bis, comma 1-*quater*, disp. att. cod. proc. pen. estende testualmente le sole disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste sempre dal codice antimafia al sequestro e alla confisca in casi particolari previsti dall'art. 240-bis cod. pen. o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen.)».

La citata pronuncia si allinea al precedente costituito dalla sentenza resa da Sez. 2, n. 53384 del 12/10/2018, Lega Nord, Rv. 274242-01, secondo cui «In tema di confisca, la mancata previsione della partecipazione al giudizio dei terzi interessati, al di fuori delle ipotesi previste dagli artt. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen. e 240-*bis* cod. pen., non è contraria agli artt. 8 direttiva U.E. 2014/42, 6 e 13 CEDU e 1, I prot. addiz. CEDU in relazione all'art. 117 Cost., potendo gli stessi esercitare rimedi cautelari nel corso del procedimento penale ed incidente di esecuzione avverso la statuizione definitiva della misura reale».

Secondo le menzionate pronunce, pertanto, il terzo titolare del bene sottoposto a confisca non è legittimato a partecipare al giudizio di merito, non essendo consentita un'estensione analogica della nuova disciplina prevista dall'art. 104-*bis*, disp. att. cod. proc. pen., da ritenersi limitata alle sole ipotesi di confisca allargata di cui all'art. 240-*bis* cod. proc. pen.

Al fine di evitare che l'esclusione della legittimazione del terzo a partecipare al giudizio possa dar luogo ad una lesione dei propri diritti di difesa, eventualmente facendo sorgere anche il dubbio di legittimità costituzionale, nelle richiamate

pronunce si è affermato che l'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen. non costituisce il paradigma generale disciplinante le forme di tutela del terzo, atteso che questi già dispone di due strumenti alternativi, attivabili l'uno in fase cautelare e l'altro in sede esecutiva.

Il riferimento è chiaramente rivolto ai principi affermati da Sez. U, n. 48126 del 20/07/2017, Muscari, Rv. 270938, secondo cui «il terzo rimasto estraneo al processo, formalmente proprietario del bene già in sequestro, di cui sia stata disposta con sentenza la confisca, può chiedere al giudice della cognizione, prima che la pronuncia sia divenuta irrevocabile, la restituzione del bene e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame».

In motivazione, la Cassazione ha sottolineato come la necessità di garantire al terzo una forma di intervento immediata e non differita alla fase dell'esecuzione è necessaria in quanto «lo strumento dell'incidente di esecuzione, cui può far ricorso il terzo interessato solo dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, è, per sua natura, inidoneo a garantire la pienezza dei diritti difensivi. Tale strumento, infatti, realizza solo in via mediata il diritto alla prova del soggetto istante e risulta indubbiamente influenzato dalla esistenza della decisione irrevocabile posta a monte, nel cui ambito ben potrebbero essere state presi in esame - senza contraddittorio effettivo con il titolare formale del diritto di proprietà - profili di ricostruzione probatoria e valutativi rilevanti anche in rapporto alla condizione giuridica del terzo, in potenziale violazione del principio del contraddittorio inteso come garanzia partecipativa del soggetto interessato ai momenti di elaborazione probatoria».

La tutela in fase cautelare, pertanto, viene ritenuta di per sé garanzia sufficiente per il terzo, soprattutto perché la Corte esclude espressamente che l'eventuale partecipazione al giudizio di merito consentirebbe al proprietario del bene facoltà difensive più ampie rispetto a quelle esercitabili in fase cautelare.

4.1. I limiti alla sindacabilità della confisca da parte del terzo.

Alla luce delle più recenti pronunce sul tema, il sistema della tutela del terzo titolare di diritti reali sul bene suscettibile di confisca si differenzia notevolmente a seconda della tipologia di atto ablatorio posto in essere.

Ove si tratti di confisca "allargata" ex art. 240-bis cod. pen. o di confisca di prevenzione, il terzo avrà diritto di partecipare al giudizio di merito ai sensi dell'art. 104-*bis* disp.att. cod.proc.pen.

Viceversa, nei casi di ordinaria confisca ex art. 240 cod. pen., il terzo potrà far valere i propri interessi in sede cautelare o in fase di esecuzione, secondo il meccanismo delineato da Sez. U, n. 48126 del 20/07/2017, Muscari, Rv. 270938.

In ogni caso, la giurisprudenza è concorde nel negare al terzo la possibilità di sindacare la sussistenza degli elementi costitutivi del reato, assumendo una posizione sostanzialmente adesiva a quella dell'imputato.

Si afferma, infatti, che – anche nei casi in cui è ammessa la partecipazione del terzo al giudizio di merito – ciò non implica affatto la legittimazione ad interlocuire anche sul tema della responsabilità penale

Il terzo potrà esercitare il suo diritto di difesa limitatamente ai profili attinenti all'effettiva titolarità o disponibilità del bene sequestrato o confiscato o all'esistenza di relazioni di "collegamento" con l'imputato.

In tal senso si è espressa **Sez. 3, n. 36348 del 11/7/2019, Pica, Rv. 276700**, secondo cui «In tema di sequestro preventivo, il terzo che affermi di avere diritto alla restituzione del bene oggetto di sequestro, può dedurre, in sede di merito e di legittimità, unicamente la propria effettiva titolarità o disponibilità del bene e l'inesistenza di un proprio contributo al reato attribuito all'indagato, senza potere contestare l'esistenza dei presupposti della misura cautelare. (Fattispecie in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente ex art. 12-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74)».

Tale pronuncia ha ribadito l'orientamento già affermato in precedenza da Sez. 2, n. 53384 del 12/10/2018, Lega Nord, Rv. 274242-02, secondo cui « In tema di confisca, la legittimazione alla partecipazione al giudizio dei terzi interessati ai sensi dagli artt. 104-bis disp. att. cod. proc. pen. e 240-bis cod. pen., risponde all'esigenza di consentire agli stessi di interloquire sia in merito al collegamento tra il bene oggetto della misura patrimoniale reale e il fatto del reato che in merito alla propria buona fede, esclusa, al contrario, ogni possibilità di intervento in tema di responsabilità penale dell'imputato, altrimenti traducendosi la loro partecipazione in intervento adesivo a favore di costui».

5. Partecipazione del terzo e disciplina intertemporale.

Problematica circoscritta ai soli casi in cui è contemplata la partecipazione del terzo al giudizio di merito, ai sensi dell'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen. è quella relativa all'applicabilità di tale istituto anche ai procedimenti che erano già in corso all'epoca della introduzione della nuova forma di tutela.

Per completezza, si rileva che la partecipazione del terzo era già stata introdotta dall'art. 31 della legge n. 161 del 17 ottobre 2017, con l'inserimento del comma 4-*quinquies* nel corpo dell'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992; successivamente all'approvazione del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 (c.d. "riserva di codice"), l'istituto è stato trasfuso nell'art. 104-*bis* disp.att. cod.proc.pen.

Si è posto il problema di stabilire se il terzo potesse o meno intervenire nel giudizio già in corso di celebrazione all'epoca di introduzione del nuovo istituto.

La Corte ha dato risposta negativa al quesito, sostenendo che «In tema di confisca allargata di cui all'art. 12-sexies, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356 (oggi art. 240-*bis* cod. pen.), il terzo interessato dal provvedimento ablatorio che non ha partecipato al processo di primo grado, per non essere ancora entrato in vigore il comma 1-*quinques* dell'art. 104-*bis* disp. att cod. proc. pen. (introdotto dall'art. 6 del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21), non ha titolo, in assenza di una norma transitoria che lo consente, ad intervenire nei successivi giudizi di impugnazione e può tutelare la sua posizione sostanziale chiedendo la restituzione al giudice della cognizione, se non è intervenuta sentenza irrevocabile, ovvero proponendo incidente di esecuzione, in presenza di decisione irrevocabile» (**Sez. 2, n. 45105 del 4/7/2019, Di Summo, Rv. 276957**).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 2, n. 45105 del 4/7/2019, Di Summo, Rv. 276957
Sez. 3, n. 36348 del 11/7/2019, Pica, Rv. 276700
Sez. 3, n. 30422 del 30/5/2019, Samarati, Rv. 276789
Sez. 6, n. 24432 del 18/4/2019, Placenti, Rv. 276278
Sez. 6, n. 6816 del 29/1/2019, Sena, Rv. 275048
Sez. 3, n. 6348 del 4/10/2018 - 2019 -, Torelli, Rv. 274859
Sez. 2, n. 53384 del 12/10/2018, Lega Nord, Rv. 274242-02
Sez. U, n. 48126 del 20/07/2017, Muscari, Rv. 270938
Sez. 3, n. 41104 del 12/7/2018, Vincenzini, Rv. 274307
Sez. 2, n. 29923 del 12/4/2018, Salvini
Sez. 2, n. 29924 del 12/04/2018, Bocchio
Sez. 3, n. 8995 del 30/10/2017, Barletta, Rv. 272353
Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437
Sez. 6, n. 15923 del 26/03/2015, Antonelli, Rv. 263124
Sez. U, n. 10561 del 30/01/2014, Gubert, Rv. 258647

CAPITOLO III

LE "MISURE PATRIMONIALI" PER I REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

(RAFFAELE CANTONE)

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo. - 2. La "restituzione" *ex* art. 444, comma 1-*ter* cod. proc pen. ed i rapporti con la confisca di cui all'art. 322 -*bis* cod. pen. e la riparazione pecuniaria. - 3. La natura della riparazione pecuniaria e la tipologia di sentenze di condanna da cui può conseguire. - 4. I rapporti fra confisca allargata e confisca *ex* art. 322-*bis* cod. pen. - 5. Il profitto del reato.

1. Il quadro normativo.

Il sistema dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione prevede una pluralità di misure di carattere patrimoniale, introdotte nel corso degli ultimi anni in funzione evidente di aggravare il carico sanzionatorio per gli autori delle condotte illecite.

Il codice, nel suo testo originario, conteneva, infatti, un'unica ipotesi di confisca, prevista in via generale nell'art. 240 cod. pen., distinta in due fattispecie, facoltativa (comma 1), riferita alle cose che servono o sono destinate a commettere il reato ed a quelle che ne costituiscono il prodotto o il profitto, e obbligatoria (comma 2), riferita alle cose che costituiscono il prezzo del reato o di quelle la cui fabbricazione, uso, porto, alienazione costituisse di per sé reato.

Ad essa si sono poi aggiunte, nell'impianto codicistico, ulteriori misure grazie a normative speciali, introdotte sulla scorta anche delle indicazioni provenienti da fonti sovranazionali, con l'obiettivo di contrastare soprattutto le fattispecie di corruzione.

Questi ultimi strumenti, a differenza della confisca di cui all'art. 240 cod. pen., risultano selettivamente applicabili soltanto ai reati esplicitamente da esse menzionati.

Seguendo il criterio meramente cronologico, la prima di esse è recata dalla legge 29 settembre 2000, n. 300, che, innestando nel codice penale il nuovo art. 322-*ter*, prevede la confisca obbligatoria, anche per equivalente, del profitto e del prezzo dei reati di cui agli artt. da 314 a 320 cod. pen., anche se commessi dai soggetti di cui agli artt. 321 e 322-*bis* cod. pen.

Il testo originario, in verità, non aveva espressamente indicato, probabilmente per un *lapsus calami*, fra le ipotesi per le quali potesse intervenire la confisca per equivalente "il profitto del reato" e questa "omissione" è stata sanata dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 (cd legge anticorruzione).

Con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 si è invece estesa la possibilità di applicare la confisca cd per sproporzione o allargata, originariamente introdotta dall'art. 12-*sexies,* d.l. 6 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356 relativamente alle fattispecie di delitti in materia di criminalità organizzata, anche ai reati di cui agli artt. 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis* e 325 cod. pen..

La fattispecie è oggi stata ricondotta nel codice penale, in particolare nell'art. 240-*bis*, in virtù del d.lgs 1 marzo 2018, n. 21.

La legge 27 maggio 2015 n. 69 ha introdotto due ulteriori novità.

Con il nuovo art. 322-*quater* cod. pen., ha previsto che la sentenza di condanna per i delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322-*bis* comporti l'obbligo del pagamento "di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia", restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.

Con il comma 1-*ter* dell'art. 444 cod. proc. pen. ha richiesto quale condizione per "l'ammissibilità della richiesta" di patteggiamento, per i delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 322-*bis,* la restituzione integrale del prezzo o del profitto.

Infine, con la legge 9 gennaio 2019, n. 3 (la cd spazzacorrotti) si è già operato un duplice significativo intervento ortopedico sull'art. 322-*quater* cod. pen..

Si è aggiunto all'elenco dei reati che consentono la misura quello di cui all'art. 321 e sostituito l'inciso "di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-*ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia" con quello attuale "di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio".

Un sottosistema, quello descritto in estrema sintesi, alquanto articolato ma anche lacunoso nella regolamentazione, che ha posto non pochi problemi ermeneutici.

2. La "restituzione" *ex* art. 444, comma 1-*ter* cod. proc pen. ed i rapporti con la confisca di cui all'art. 322-*bis* cod. pen e la riparazione pecuniaria.

Un primo arresto sull'istituto introdotto nel codice di rito era intervenuto già lo scorso anno.

Sez. 6, n. 25257 del 22/03/2018, Perfetti, Rv. 273656-01 aveva, infatti, fornito alcune coordinate ermeneutiche, evidenziando come la restituzione *ex* art. 444, comma 1-*ter* cod. proc. pen. debba essere considerata un requisito di natura procedimentale che trova, quindi, applicazione anche ai fatti precedenti la sua entrata in vigore e che opera "*ab extrinseco*" rispetto all'accordo processuale, senza mutarne l'oggetto né influire sulla confisca di cui all'art. 322-*bis*.

Due ulteriori interventi del 2019 hanno consentito di inquadrare in modo più preciso la natura della restituzione finalizzata ad ottenere il patteggiamento e soprattutto chiarito il rapporto che può intercorrere con la confisca di cui all'art. 322-*bis* cod. pen. e la riparazione pecuniaria di cui all'art. 322- *quater* cod. pen., avendo tutte le misure citate impatto sul medesimo oggetto e cioè sul prezzo o sul profitto del reato.

Sez. 6, n. 16872 del 30/01/2019, Guerra Leoniero, Rv. 275671-01 ha, in premessa, evidenziato come l'obbligo di restituzione integrale per accedere al rito persegue l'obiettivo di evitare che l'autore del reato possa eludere la ripetizione del vantaggio lucrato, imposta dall'art. 322-*quater* cod. pen.

Una volta effettuata però, la restituzione del profitto del reato, *ex* art. 444 cod. proc. pen., preclude l'irrogazione delle due sopracitate misure previste dal codice penale, in quanto la contestuale irrogazione si risolverebbe nella violazione del principio del divieto del *ne bis in idem* sanzionatorio.

Nel caso scrutinato, il giudice di merito aveva applicato al soggetto che aveva già provveduto alla restituzione anche la confisca per equivalente e la Corte ha censurato la specifica statuizione, annullandola senza rinvio, ritenendo ammissibile contro la sentenza il ricorso per cassazione *ex* art. 448, comma 2-*bis* cod. proc. pen.

La quasi coeva **Sez. 6, n. 15847 del 05/02/2019, Mauro, Rv. 275543-01** solo in apparenza afferma un principio parzialmente diverso, ritenendo che la mancata integrale restituzione del profitto del reato, pur prevista quale condizione di ammissibilità del patteggiamento, legittimi il giudice a disporre la confisca di cui all'art. 322-*bis* cod. pen..

Per comprendere meglio il significato dell'arresto giurisprudenziale è opportuno fare riferimento alla vicenda sottostante, per i suoi peculiari tratti.

Imputata del delitto di peculato era, in particolare, un'amministratrice di sostegno, *per incidens* sorella della persona incapace, che aveva bonificato sul proprio conto corrente denaro della sorella tutelata.

Al momento della richiesta di patteggiamento, l'imputata non aveva potuto procedere alla restituzione di cui all'art. 444, comma 1-*ter*, cod. proc. pen., in quanto l'incapace era deceduta ed essendo lei erede si era verificata la confusione patrimoniale fra coeredi, per cui la restituzione avrebbe dovuta essere destinata a sé stessa.

Nell'applicare la pena concordata, il giudice, evidenziata l'impossibilità della restituzione, aveva però disposto la confisca del profitto, pari alla somma oggetto dell'illecita appropriazione.

La Cassazione, ritenendo con il principio già poco sopra riportato legittima la confisca, ha approfittato della specificità della vicenda per affermare, in motivazione, anche che la disposizione processuale introdotta nel 2015 non ha dato luogo ad alcuna ipotesi di abrogazione parziale implicita dell'art. 322-*bis* cod. pen..

La restituzione effettuata per ottenere l'ammissione al rito ha come unico effetto soltanto quello di far venir meno il presupposto, in concreto, per applicare la confisca prevista dal codice penale.

3. La natura della riparazione pecuniaria e la tipologia di sentenze di condanna da cui può conseguire.

La Corte si è anche pronunciata *ex professo* sulla riparazione pecuniaria, di cui all'art. 322-*quater* cod. pen..

Sez. 6, n. 12541 del 14/03/2019, Ferraresi, Rv. 275925 – 01, in particolare, ha sciolto due nodi ermeneutici; la natura della nuova misura e a quali provvedimenti conclusivi del processo essa possa conseguire.

Sul primo aspetto fornisce una risposta che appare in linea con i primi approdi dottrinari.

Secondo la Corte, la riparazione ha natura esclusivamente economica, si parametra al vantaggio di natura patrimoniale derivato dalla condotta o al compenso dato o promesso e presenta elementi di indubbio parallelismo con la riparazione pecuniaria, prevista dall'art. 12 della l. 18 febbraio 1948, n. 47 in materia di diffamazione a mezzo stampa.

Questi tratti che la caratterizzano, in uno altresì con le indicazioni provenienti dai lavori preparatori della l. n. 69 del 2015, militano nel senso di qualificare la misura come una sanzione accessoria di natura, però, civile.

La natura *lato sensu* punitiva di essa giustifica la possibilità di riportarla nell'alveo delle "pene illegali" e quindi di rendere possibile il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 448, comma 2- *bis* cod. proc. pen., per rilevare l'eventuale vizio.

Quanto, invece, alla tipologia del provvedimento conclusivo cui può conseguire, la norma del codice penale fa generico riferimento alla "sentenza di condanna", senza alcuna ulteriore precisazione.

L'endiadi, però, secondo la Corte, può essere agevolmente letta, per ragioni soprattutto di carattere sistematico, come riferentesi a quelle statuizioni rese all'esito di un giudizio ordinario o abbreviato.

Conforta la tesi, quanto al patteggiamento ordinario, la circostanza che nella norma immediatamente precedente del codice penale – e cioè l'art. 323-*ter* cod. pen. – è contenuto l'espresso riferimento, accanto alla sentenza di condanna, della specifica indicazione anche alla sentenza di applicazione della pena.

Quanto al patteggiamento allargato, pur ammettendosi l'eterogeneità del medesimo rispetto all'altra ipotesi di pena concordata, la conferma della lettura offerta deriva proprio dalla lettura complessiva della riforma recata dalla l n. 69 del 2015.

Quest'ultima nell'introdurre, per entrambe le ipotesi di patteggiamento, al comma 1- *ter* dell'art. 444 cod. proc. pen. l'obbligo di restituzione non ha fatto, infatti, cenno alcuno alla riparazione pecuniaria, con l'evidente intento di non volerla prevedere.

Questa esclusione da parte del legislatore si giustifica, del resto, anche sul piano della razionalità; l'opposta soluzione avrebbe, infatti, quale conseguenza quella di imporre l'obbligo di riparazione a chi ha già provveduto alla restituzione del prezzo o del profitto, in violazione del principio del *ne bis in idem* sanzionatorio.

4. I rapporti fra confisca allargata e confisca *ex* art. 322-*bis* cod. pen.

Un tema nuovo mai trattato dalla Corte è quello della compatibilità della confisca allargata, di cui (oggi) all'art. 240- *bis* cod. pen., e quella del profitto del reato di cui all'art. 322 bis cod. pen..

Se ne è occupato **Sez. 1, n. 16122 del 28/02/2018 (dep. 12/04/2019), Spaziante, Rv. 276183 - 01**, delle cui affermazioni è opportuno fare menzione, perché finiscono per trattare questioni che coinvolgono in modo più ampio l'istituto in discussione.

Per comprendere meglio i principi indicati dalla Corte è opportuno partire dalla vicenda concreta sottostante.

In sede di patteggiamento per il delitto di corruzione, il giudice aveva disposto la confisca per equivalente del profitto del reato *ex* art. 322-*bis* cod. pen.

Successivamente il pubblico ministero, effettuate indagini sul patrimonio dell'autore del reato, aveva richiesto ed ottenuto dal giudice dell'esecuzione la confisca allargata, ritenendo sussistente la sproporzione tra reddito e disponibilità,

di una pluralità di beni, anche immobili, del già condannato o di suoi familiari, ritenuti fittizi intestari.

Contro la decisione è stato proposto ricorso in Cassazione, individuando, per quanto qui di interesse, due possibili profili di vizio.

Un primo riguardante la procedura con cui era stata disposta la confisca; viene censurato l'adottato procedimento svoltosi ai sensi dell'art. 667, comma 4, cod. proc. pen., ritenendolo in contrasto con l'art. 7 CEDU, come interpretato dalla sentenze della Corte Edu Varvara c. Italia del 29 ottobre 2013 e Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014.

La Corte, nel dichiarare infondata la doglianza, evidenzia come le due ben note sentenze del giudice sovranazionale non hanno alcuna attinenza rispetto alla vicenda in esame.

Nella questione scrutinata è intervenuta una sentenza di condanna, sia pure pronunciata all'esito del patteggiamento, quale presupposto della misura ablatoria e nessuna violazione del principio del *ne bis in idem* può considerarsi verificata, anche per quanto di seguito si dirà.

L'esclusione di ogni possibile tensione della procedura utilizzata con i principi di rango internazionale consente quindi alla Corte un primo importante arresto.

La confisca allargata, così come tante volte affermato dalla giurisprudenza (*ex plurimis*, Sez. I n. 22752, del 9/03/2007, Billeci, Rv. 236876-01), può essere irrogata sia dal giudice di merito che da quello dell'esecuzione, perché in quest'ultimo caso nessuna limitazione deriva ai diritti dell'imputato o degli eventuali terzi aventi titolo, che potranno far valere nel garantito contraddittorio tutte le loro eventuali doglianze.

La seconda censura, sempre proposta con riferimento anche alle norme sovranazionali (art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea, art. 4 del protocollo n. 7 alla CEDU, come interpretato dalla Corte Edu nella già citata sentenza Grande Stevens c. Italia), contesta la violazione del principio del *ne bis in idem* per essersi aggiunta la confisca per sproporzione a quella già irrogata per equivalente.

La Corte anche in questo respinge il motivo di ricorso, rimarcando la diversità dei presupposti, che giustificano l'adozione delle due misure patrimoniali ed altresì la loro diversa natura, pur in presenza del medesimo reato per il quale è intervenuta condanna.

La confisca ex art. 322-*bis* cod. pen. riguarda un bene che ha un rapporto pertinenziale con il reato, riferendosi al profitto di esso, e quella disposta per equivalente ha anche natura tipicamente sanzionatoria.

La confisca ex art. 240-*bis* cod. pen. è, invece, come in precedenza già affermato dalla giurisprudenza (così, tra le altre, Sez. VI, n. 10887 del 11/10/2012, Alfiero, Rv

254786-01), una misura di sicurezza patrimoniale, sia pure atipica, finalizzata ad impedire la commissione di nuovi reati, che vede quale condizione per la sua applicazione l'ingiustificata sproporzione dei beni rispetto ai redditi del condannato e che risulta applicabile a prescindere da qualsiasi collegamento pertinenziale con il reato che funge da presupposto.

Questa diversità strutturale esclude a priori che possa ritenersi violato il principio, ormai di rilevanza comunitaria, del divieto del *ne bis in idem* sanzionatorio.

5. Il profitto del reato.

Infine, per concludere la disamina della giurisprudenza in materia, va anche menzionata **Sez. 2, n. 26969 del 15/05/2019, Portulano, Rv. 276664 – 01,** che ha affrontato una tematica già oggetto, nei suoi aspetti in generali, in passato di altri interventi della nomofilachia, e cioè l'individuazione del *quid consistam* del profitto del reato, in funzione, in particolare, di individuare il *quantum* di denaro, suscettibile poi di confisca per equivalente.

La vicenda scrutinata, dai contorni molto particolari, riguardava un'imputazione di peculato avente ad oggetto l'attribuzione di voci stipendiali illecitamente percepite dai dirigenti di un'azienda pubblica ed il punto controverso si concentrava sulla computabilità nel *quantum,* oltre che delle somme effettivamente ricevute dai dirigenti imputati, delle ritenute fiscali e dei contributi previdenziali.

Per decidere del punto controverso, la sentenza in premessa ribadisce l'orientamento consolidato, esplicitato più volte in passato anche in arresti delle Sezioni unite (così, Sez. Un., n. 9149 del 03/07/1996, Chabni Samir, Rv. 205707 - 01; Sez. 6, n. 37556 del 27/09/2007, P.M. in proc. De Petro Mazarino, Rv. 238033 – 01; Sez. 6, n. 1754 del 14/09/2017 Bentini, Rv. 271967 - 01), che il profitto del reato consiste nel vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione dal delitto.

E' necessaria, quindi, per la sua configurabilità, una correlazione diretta del profitto con il delitto commesso ed una stretta affinità con l'oggetto di questo, in modo da potersi escludere qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale che possa comunque scaturire dal reato.

Declinando il principio in questione alla vicenda concreta, la Corte giunge a conclusioni diverse per le due voci stipendiali.

Non possono considerarsi profitto del reato le ritenute fiscali, che non entrano nel patrimonio dell'autore dell'illecito né realizzano per il predetto alcun vantaggio economico.

Vanno, invece, considerati tali i contributi previdenziali, in quanto essi comportano effetti positivi diretti sul trattamento previdenziale e pensionistico del reo e si possono, quindi, considerare come vantaggi economici, direttamente conseguenti la commissione del delitto.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 9149 del 03/07/1996, Chabni Samir, Rv. 205707-01
Sez. 1, n. 22752, del 9/03/2007, Billeci, Rv. 236876-01
Sez. 6, n. 37556 del 27/09/2007, De Petro Mazarino, Rv. 238033-01
Sez. 6, n. 10887 del 11/10/2012, Alfiero, Rv. 254786-01
Sez. 6, n. 1754 del 14/09/2017 Bentini, Rv. 271967 - 01
Sez. 6, n. 25257 del 22/03/2018, Perfetti, Rv. 273656
Sez. 1, n. 16122 del 28/02/2018 (dep. 2019), Spaziante, Rv. 276183
Sez. 6, n. 16872 del 30/01/2019, Guerra, Rv. 275671
Sez. 6, n. 15847 del 05/02/2019, Mauro, Rv. 275543
Sez. 6, n. 12541 del 14/03/2019, Ferraresi, Rv. 275925
Sez. 2, n. 26969 del 15/05/2019, Portulano, Rv. 276664

CAPITOLO IV

LA CONFISCA URBANISTICA

(LUIGI GIORDANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La sentenza della Corte EDU "Sud Fondi" e le sue implicazione nella giurisdizione di legittimità. – 3. La sentenza della Corte EDU "Varvara". - 4. Le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dopo la sentenza "Varvara". - 5. La soluzione adottata dalla Corte costituzionale. - 6. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015. - 7. La sentenza della Corte EDU 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: la compatibilità della confisca con la prescrizione. - 8. segue: il rispetto del principio di non colpevolezza ex art. 6 CEDU. - 9. segue: la compatibilità della confisca con l'art. 1 Prot. add. CEDU; la proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito. - 10. segue: La confisca nei confronti dei terzi estranei al giudizio. - 11. Il rispetto del principio di non colpevolezza ex art. 6 CEDU. - 12. segue: La prosecuzione del giudizio nonostante l'intervenuta prescrizione. - 13. segue: La frizione con le conclusioni della sentenza Sez. U Lucci. - 14. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza CEDU G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: L'individuazione dei beni oggetto della confisca. - 15. La tesi secondo cui l'estinzione del reato non preclude un giudizio di rinvio limitato alla confisca urbanistica in forza della previsione dell'art. 578-bis cod. proc. pen. - 16. segue: le sentenze di annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca. - 17. La tesi secondo cui il nuovo giudizio sulla proporzionalità della confisca urbanistica trova fondamento su un principio generale desumibile anche dalla disciplina di altre ipotesi di confisca (oltre che dallo stesso art. 578-bis cod. proc. pen.). - 18. La tesi secondo cui, nel caso di intervenuta prescrizione, nessuna norma processuale giustifica l'annullamento con rinvio della sola statuizione relativa alla confisca (ed in particolare non l'art. 578-bis cod. proc. pen.). - 19. La confisca nei confronti dei terzi estranei al giudizio. - 20. segue: La mancata partecipazione al giudizio del terzo. - 21. segue: la tutela del terzo estraneo nei confronti del provvedimento di confisca. - 22. La natura permanente del reato di lottizzazione. - 23. Gli effetti della confisca urbanistica. - 24. Il rilievo dell'autorizzazione a lottizzare "postuma". -

1. Premessa.

Con la sentenza della Grande Camera 28/06/2018, emessa nella causa G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia, come è noto, la Corte EDU ha affrontato plurimi profili problematici relativi alla confisca urbanistica. Dopo questa decisione, nel corso del 2019, la Corte di cassazione, in una pluralità di decisioni, è stata impegnata nella verifica della conformità della disciplina nazionale ai principi della CEDU sotto diversi aspetti, in particolare nel caso in cui la confisca segua alla dichiarazione di estinzione per intervenuta prescrizione del reato urbanistico. Per una migliore comprensione dei problemi affrontati dalla Corte di legittimità, appare utile una sintetica ricostruzione del tema, che ne segua l'evoluzione anche sul piano cronologico.

2. La sentenza della Corte EDU "Sud Fondi" e le sue implicazione nella giurisdizione di legittimità.

L'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 dispone che "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca

dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite". E' noto che, per lungo tempo, questa norma è stata pacificamente interpretata nel senso che la confisca dei terreni e delle opere potesse essere disposta anche in assenza di condanna, sul presupposto che, per applicare la misura in esame, fosse sufficiente una sentenza che "accertasse" la lottizzazione abusiva e non occorresse necessariamente una pronuncia di condanna (cfr., tra le altre, Sez. 3, n. 9982 del 05/03/2008, Quattrone, Rv. 238984; in precedenza, Sez. 3, n. 4954 del 08/02/1994, Pene ed altri, Rv. 197506).

Tale conclusione, in particolare, si fondava sulla natura amministrativa della misura, da cui si traeva la conseguenza che non vi sarebbero ostacoli alla sua applicazione non solo in assenza di condanna, ma anche nei confronti di proprietari del bene rimasti estranei al processo penale (Sez. 3, n. 37086 del 07/07/2004, Percinaro, Rv. 230031; secondo Sez. 3, ord. n. 10916 del 3/3/2005, Visconti, Rv. 230984, «La confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere realizzate, prevista dall'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile, atteso che trattasi di una sanzione amministrativa a natura reale e non personale applicata indipendentemente da una sentenza di condanna e sul solo presupposto dell'accertamento giurisdizionale di una lottizzazione abusiva»).

La confisca urbanistica, più precisamente, secondo l'opinione tradizionalmente condivisa in giurisprudenza, integrerebbe una sanzione emessa dal giudice penale in supplenza rispetto all'analoga misura di competenza dell'autorità amministrativa e non una misura di sicurezza di natura patrimoniale (Sez. 3, n. 36844 del 09/07/2009, Contò, Rv. 244923).

Questa interpretazione, peraltro, produceva il risultato di sottrarre la misura ablatoria alle implicazioni del principio della responsabilità personale, intesa come responsabilità per fatto proprio colpevole, posto che si faceva discendere dall'oggettiva realizzazione della fattispecie di reato effetti incidenti in senso negativo sulla sfera giuridica di soggetti privi di ogni collegamento non solo psicologico, ma anche eziologico con la commissione dell'illecito.

In tale contesto, è intervenuta la sentenza della Corte EDU 30/08/2007 nel caso Sud Fondi c. Italia. La Corte di Strasburgo, come è noto, vagliando analiticamente la confisca urbanistica alla luce dei parametri elaborati nel caso Welch c. Regno Unito, ha affermato la natura essenzialmente penale dell'istituto, in ragione dei suoi scopi prevalentemente repressivi, con la conseguente necessità di conformarlo al rispetto dell'art. 7 CEDU.

In quest'occasione, la Corte EDU ha precisato che il principio di legalità impone che qualunque provvedimento normativo, da cui derivi la possibile inflizione di una

sanzione penale ad un individuo, debba rispettare alcune caratteristiche imprescindibili come la conoscibilità e intelligibilità da parte della persona del precetto contenuto nella norma giuridica nonché la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie cui si espone colui che lo viola.

Nella specie, la Corte ha ritenuto che i ricorrenti avessero subito una sanzione penale in assenza di «un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato». In altri termini, secondo la Corte europea, non può applicarsi alcuna sanzione penale, se un fatto oggettivamente costituente reato non risulta soggettivamente ascrivibile all'agente quanto meno a titolo di colpa.

La Corte EDU, al contempo, ha ritenuto che la mancanza di una pronuncia di condanna non assumesse valenza determinante al fine di escludere la configurabilità di una sanzione penale in presenza di ulteriori elementi sintomatici attinenti allo scopo, alla gravità e alla qualificazione legislativa della misura.

Dopo tale pronuncia della Corte di Strasburgo, , l'attenzione della giurisprudenza si è incentrata essenzialmente sulla valorizzazione di un principio di "colpevolezza convenzionale", desumibile dall'art. 7 CEDU ed applicabile anche alla confisca urbanistica in considerazione della ritenuta natura di sanzione penale. La sentenza, infatti, aveva esaminato il rapporto tra la confisca urbanistica e l'assoluzione dell'imputato, mentre aveva lasciato impregiudicato il problema della compatibilità della suddetta sanzione con l'ipotesi di intervenuta prescrizione.

La successiva giurisprudenza di legittimità, infatti, ha ribadito la confiscabilità dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, pur in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia stato accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva tanto sotto il profilo oggettivo, quanto sotto quello soggettivo (Sez. 3, n. 21188 del 30/04/2009, Casasanta e altri, Rv. 243630; Sez. 3, n. 39078 del 13/07/2009, Apponi e altri, Rv. 245347) all'esito di un giudizio in cui sia stato assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati e sia stata accertata l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere (Sez. 3, n. 17066 del 04/02/2013, Volpe e altri, Rv. 255112).

3. La sentenza della Corte EDU "Varvara".

Il problema della possibilità di disporre la confisca urbanistica nel caso di intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione è stato successivamente preso in esame dalla sentenza della Corte EDU 29/10/2013, Varvara c. Italia. Tale pronuncia ha affermato l'incompatibilità con le garanzie previste dalla CEDU di un sistema in

cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena. E' stato affermato testualmente che «la logica della "pena" e della "punizione", e la nozione di "*guilty*" (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di "*personne coupable*" (nella versione francese) depongono a favore di un'interpretazione dell'art. 7 CEDU che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore».

La Corte di Strasburgo, dunque, ha operato un collegamento fra il concetto di "colpevolezza", intesa come rimproverabilità di un soggetto per un comportamento, e la necessità che tale comportamento sia accertato da una sentenza di condanna, emessa all'esito di un giudizio cui devono essere collegate le garanzie previste dall'art. 7 CEDU.

La sentenza "Varvara", pertanto, è stata tendenzialmente interpretata nel senso di ritenere che la conformità della misura ablativa ai principi convenzionali richiederebbe necessariamente il dato formale della definizione del procedimento penale con una sentenza di condanna, escludendo la possibilità di dar rilievo a decisioni che, pur formalmente liberatorie, conterrebbero ugualmente l'accertamento della materiale sussistenza del reato.

E' appena il caso di sottolineare come tale soluzione abbia suscitato un intenso dibattito, perché non è stata ritenuta del tutto conforme al principio tradizionalmente seguito dalla CEDU, teso a privilegiare la qualificazione fondata sulla concreta portata degli istituti giuridici, piuttosto che a dare rilievo assorbente alla formalistica regolamentazione nei sistemi giuridici nazionali.

4. Le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dopo la sentenza "Varvara".

Dopo la sentenza della Corte EDU "Varvara" ha assunto un rinnovato vigore il problema della compatibilità tra la confisca urbanistica e l'intervenuta dichiarazione di prescrizione del reato di lottizzazione.

Il tema è stato particolarmente sentito perché, anche dopo la sentenza Sud Fondi, la Corte di cassazione aveva in più occasioni affermato la compatibilità della confisca con la dichiarazione di prescrizione del reato (cfr., tra le altre, Sez. 3, n. 21188 del 30/04/2009, Casasanta e altri, cit.; Sez. 3, n. 39078 del 13/07/2009, Apponi, cit.), purché fosse accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della

negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere (cfr. Sez. 3, n. 17066 del 04/02/2013, Volpe e altri, cit.).

Sul presupposto che, secondo la sentenza "Varvara", la confisca, in quanto vera e propria sanzione penale, potrebbe essere adottata solo a seguito di sentenza di condanna, la Corte di cassazione ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, per contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte EDU, tale disposizione «non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi» (Sez. 3, (ord.) n. 20636 del 20/05/2014, Alessandrini ed altri).

Per ragioni sostanzialmente opposte, inoltre, ha sollevato questione di legittimità costituzionale anche il Tribunale di Teramo, evidenziando come, a fronte del diritto vivente cristallizzato dalla giurisprudenza della Cassazione, che imponeva anche in caso di prescrizione del reato di disporre la confisca, e di una sentenza della Corte EDU che, invece, aveva affermato che una simile statuizione viola l'art. 7 CEDU, la previsione dell'art. 44, comma 2, d.P.R. 380/2001 fosse contraria all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU (così come interpretato dalla sentenza Varvara) «nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione» (Trib. Teramo, (ord.) 17 gennaio 2014, B.C., in Arch. pen. *on line*).

5. La soluzione adottata dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015, ha dichiarato inammissibili entrambe le questioni, pur esprimendosi su alcune questioni di primario rilievo, sia di ordine generale, sia specificamente riferite alla confisca urbanistica.

La Corte costituzionale, in particolare, ha fondato la sua pronuncia sul presupposto secondo cui sarebbe «erroneo il convincimento, formulato dai rimettenti come punto di partenza dei dubbi di costituzionalità, che la sentenza Varvara sia univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva». A tale conclusione la Corte è giunta non solo sulla scorta di una serie di argomentazioni in punto di compatibilità tra la sentenza di prescrizione e l'accertamento della sussistenza del reato, ma anche evidenziando come la sentenza "Varvara" non potesse considerarsi alla stregua di un "diritto

consolidato" della Corte EDU, tant'è che all'epoca in cui la Consulta si è pronunciata la medesima questione era stata già rimessa alla Grande Camera.

Sulla base di tale presupposto, la Consulta ha ribadito la necessità, ai fini della confisca urbanistica, di un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato e della malafede del terzo eventualmente colpito dalla confisca, precisando tuttavia che tale "pieno accertamento" non è affatto precluso nel caso di proscioglimento per prescrizione, atteso che tale pronuncia ben potrebbe «accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato»; tale motivazione, secondo il Giudice delle leggi, costituisce un preciso obbligo a carico del giudice, il quale dovrà «attenersi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto».

Secondo la Consulta, ai fini della confisca urbanistica, occorre aver riguardo «non della forma della pronuncia, ma dalla sostanza dell'accertamento», valorizzando le potenzialità di accertamento del fatto di reato consentite anche qualora venga pronunciata una sentenza di proscioglimento.

In particolare, «la questione da risolvere, secondo i criteri appena enunciati dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, consiste allora nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di condanna – nei termini di cui al par. 61 della sentenza Varvara – abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell'art. 7 CEDU, vale a dire l'accertamento della responsabilità». A tale quesito, la Corte ha risposto accogliendo un'accezione di condanna in senso sostanziale, ritenendo compatibile con gli artt. 6 e 7 CEDU una sanzione penale contenuta in una sentenza diversa da quella di condanna a condizione che in essa sia espresso un giudizio di responsabilità a carico di chi subisce la "pena".

E' stato affermato, infatti, che «nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento della responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica».

6. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015.

Prendendo atto delle indicazioni contenute nella decisione della Corte costituzionale illustrata (e nell'analoga pronuncia Corte Cost., ord. n. 187 del 2015), la successiva giurisprudenza di legittimità ha ribadito che il proscioglimento per intervenuta prescrizione non osta alla confisca del bene lottizzato, allorquando sia

stata accertata, con adeguata motivazione, la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi costitutivi, oggettivo e soggettivo (Sez. 3, n. 15888 del 08/04/2015, dep. 2016, Sannella e a., Rv. 266628; Sez. 4, n. 31239 del 23/06/2015, Giallombardo, Rv. 264337; Sez. 3, n. 33051 del 10/05/2017, Puglisi e aa., Rv. 270646; Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791; Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196).

In seguito, la decisione dei ricorsi ancora pendenti in materia è stata sospesa in attesa della pronuncia sul punto della Grande Camera della Corte EDU, nel frattempo investita, tra l'altro, anche della questione sulla compatibilità con l'art. 7 CEDU dell'applicazione della confisca urbanistica conseguente a lottizzazione abusiva nell'ambito di una pronuncia dichiarativa della prescrizione del reato.

7. La sentenza della Corte EDU 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: la compatibilità della confisca con la prescrizione.

Nel quadro normativo e giurisprudenziale delineato, è sopravvenuta la pronuncia resa dalla Grande Camera della Corte EDU 28/06/2018, nella causa G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia.

La sentenza della Corte EDU, proseguendo una sorta di interlocuzione con la pronuncia della Corte costituzionale n. 49 del 2015, ha riaffermato che, in linea teorica, le proprie sentenze hanno tutte ugual valore e, quindi, ha implicitamente criticato la tesi della Consulta secondo cui sarebbe diverso l'effetto di tali decisioni nell'ambito dell'ordinamento interno a seconda che siano espressione di un "diritto consolidato" piuttosto che di un orientamento in fase di formazione che non abbia ancora trovato l'avallo della Grande Camera.

Pur partendo da tale premessa, la Corte EDU ha "reinterpretato" la sentenza Varvara pervenendo, nella sostanza, alla medesima conclusione che aveva indotto la Corte costituzionale ad escludere l'incompatibilità tra la confisca urbanistica e la mancata pronuncia di una sentenza formalmente di condanna.

Per giungere a tale conclusione, la sentenza ha preliminarmente ripercorso le ragioni in base alle quali la confisca urbanistica deve essere considerata, in ambito convenzionale, come una sanzione di natura penale, in tal modo rigettando la tesi sostenuta dal Governo italiano secondo cui andrebbe privilegiata la tesi della natura amministrativa (si veda § 198 della sentenza).

A fronte di tale obiezione, la Corte EDU ha ribadito la natura di sanzione penale sottolineando:

il diretto collegamento fra la misura in questione e la commissione di un reato;

la collocazione sistematica della confisca urbanistica, che è inserita in un articolo rubricato "sanzioni penali";

la finalità punitiva della confisca urbanistica, desunta, in particolare, dalla natura obbligatoria della confisca urbanistica, tant'è che può essere disposta «in assenza di un danno effettivo o di un rischio concreto per l'ambiente. La confisca può quindi essere applicata anche in assenza di qualsiasi attività concreta volta a trasformare il territorio» (§ 225);

la gravità della misura, ritenuta una «sanzione particolarmente onerosa e intrusiva» (§ 227);

la competenza all'adozione della confisca attribuita al giudice penale (§ 228), ritenuto titolare di un potere esercitato in via autonoma e non già in mera supplenza dell'autorità amministrativa.

La Corte EDU, pertanto, ha concluso affermando che «le misure di confisca costituiscono delle "pene" ai sensi dell'art. 7 della Convenzione: tale conclusione, che è il risultato dell'interpretazione autonoma della nozione di "pena" ai sensi dell'articolo 7, comporta l'applicabilità di questa disposizione, anche in assenza di un procedimento penale ai sensi dell'articolo 6» (§ 233).

Sulla scorta di tale premessa, la Corte EDU ha proceduto al vaglio della principale questione rimessa al suo esame, concernente la compatibilità tra la confisca urbanistica e l'adozione di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione (aspetto, peraltro, ritenuto determinante nei confronti del solo ricorrente persona fisica che aveva assunto anche il ruolo di imputato nel procedimento penale celebrato a suo carico e conclusosi con la declaratoria di prescrizione).

Nel risolvere la questione, la Corte ha dovuto necessariamente prendere le mosse dall'affermazione contenuta nella sentenza "Varvara", lì dove aveva affermato che «La logica della «pena» e della «punizione», e la nozione di «*guilty*» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «*personne coupable*» (nella versione francese), depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso (Sud Fondi e altri, sopra citata, § 116). Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata».

La Corte ha proseguito ribadendo che i principi di legalità e colpevolezza, condensati nell'art. 7 CEDU, nonché la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 6 § 2, non consentono che la confisca venga disposta in assenza di un sostanziale dichiarazione di responsabilità, pur se adottata in mancanza della pronuncia di una formale sentenza di condanna.

Ferma restando l'imprescindibile necessità di garantire il diritto di difesa nella sua massima esplicazione e secondo i parametri di cui all'art. 6 CEDU, la Corte ha affermato che «qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato» (§ 261).

Ne deriva che la compatibilità tra la confisca urbanistica e la pronuncia di una sentenza di prescrizione è, in astratto, pienamente conforme ai principi convenzionali, dovendosi invece appuntare l'attenzione sul dato sostanziale dell'avvenuto accertamento dell'esistenza del reato e della colpevolezza dell'imputato, attuando tutte le garanzie proprie della natura penale della sanzione irrogata.

Seguendo la logica "sostanzialista" propria della giurisprudenza CEDU, pertanto, la Corte ha affermato, da un lato, il principio per cui è possibile disporre la confisca urbanistica anche in caso di sentenza di prescrizione; dall'altro, ha ribadito la necessità che la decisione sulla confisca – proprio perché in ottica convenzionale integra una decisione sanzionatoria di tipo penale – debba necessariamente essere adottata secondo standard probatori e con il rispetto delle garanzie proprie delle pronunce formali di condanna.

8. segue: il rispetto del principio di non colpevolezza ex art. 6 CEDU.

Acclarata l'astratta ammissibilità della confisca urbanistica adottata all'esito del proscioglimento per prescrizione, la Corte ha delineato gli specifici limiti e le condizioni per l'adozione del provvedimento ablatorio, desunti dalle fattispecie concrete poste a base dei singoli ricorsi esaminati.

Per comprendere i termini della questione appare utile riassumere brevemente la vicenda processuale relativa all'unica persona fisica che ha adito la CEDU (ricorrente Gironda, si vedano i §§ 82-86). Questi, in particolare, era stato tratto a giudizio per rispondere del reato di lottizzazione abusiva ex art. 20 legge n. 47 del 1985; in primo grado, il Tribunale dichiarava non doversi procedere per intervenuta prescrizione; la Corte d'appello annullava la sentenza di primo grado assolvendo l'imputato in relazione al reato di lottizzazione abusiva e revocando il provvedimento di confisca. Successivamente, la Corte di Cassazione, con sentenza Sez. 3, n. 34865 del 22/04/2010, Gironda, n.m., annullava senza rinvio la sentenza della Corte d'appello, ritenendo sussistente il reato di lottizzazione, pur dichiarandolo prescritto, conseguentemente disponendo la confisca dei beni sul presupposto che «Nella specie questa Corte ha verificato che il primo giudice,

legittimamente e razionalmente, ha ritenuto integrato in concreto il reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi oggettivo e soggettivo, avendo ravvisato, con argomentazioni logiche, una partecipazione, quanto meno colpevole, alla vicenda lottizzatoria dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione è stata adottata, sicché legittima deve ritenersi la conferma della sanzione ablatoria».

La peculiarità del caso specifico, quindi, è costituita dal fatto che la decisione sulla confisca è intervenuta in sede di legittimità, a seguito dell'annullamento di una precedente sentenza assolutoria nel merito.

La Corte EDU ha ritenuto che tale decisione integrasse una violazione della presunzione di non colpevolezza previsto dall'art. 6 § 2, nella misura in cui il giudice di legittimità ha rilevato l'intervenuta prescrizione annullando contestualmente «le decisioni di proscioglimento dei giudici di grado inferiore e si pronuncia sulla colpevolezza della persona interessata» (§316-317).

In buona sostanza, secondo la prospettiva convenzionale, l'accertamento incidentale della colpevolezza non potrebbe essere effettuato in fase di legittimità ed in assenza di una pronuncia di condanna adottata in sede di merito.

9. segue: la compatibilità della confisca con l'art. 1 Prot. add. CEDU; la proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito.

La disciplina della confisca urbanistica, poi, è stata oggetto di valutazione anche in relazione alla compatibilità o meno di tale misura sanzionatoria rispetto alla tutela della proprietà accordata dall'art. 1 del Protocollo Addizionale della CEDU.

Tale norma, rubricata come "Protezione della proprietà", stabilisce che "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

Si tratta di una previsione chiaramente volta a contemperare la tutela della proprietà privata con l'attuazione delle finalità di interesse generale, contemplando da un lato la possibilità di limitare se non addirittura privare il titolare del diritto di proprietà, al contempo imponendo un rapporto di stretta proporzionalità tra l'intensità del pregiudizio e le finalità pubbliche perseguite.

I ricorsi proposti avverso la normativa in materia di confisca urbanistica hanno concordemente sottolineato come tale misura sanzionatoria si traduca in una privazione del diritto di proprietà, asseritamente non sorretta da una base giuridica

chiara, accessibile e prevedibile, ma soprattutto la misura in esame difetterebbe del profilo della strumentalità e proporzionalità rispetto agli interessi perseguiti.

Con la sentenza "GIEM" la Corte EDU ha richiamato i precedenti specifici in materia, sottolineando che la compatibilità della confisca con il predetto art. 1 Prot. add. va valutata sotto due aspetti.

In primo luogo, occorre considerare che, in astratto, sono legittime le politiche statali finalizzate alla tutela ambientale e della salute delle persone, sicché la confisca potrebbe ritenersi consentita ove direttamente collegata a salvaguardare tali interessi primari, di rilievo pubblicistico.

Esaminando le fattispecie oggetto dei ricorsi, tuttavia, la Corte EDU ha sottolineato come non fosse sussistente la necessaria strumentalità tra la misura sanzionatoria e la tutela dell'ambiente, atteso che in nessun caso si era proceduto alla demolizione dei complessi immobiliari frutto della lottizzazione abusiva ed, anzi, con riferimento ad uno dei beni confiscati vi era stata una delibera dell'ente comunale con la quale veniva espressamente riconosciuto «l'interesse attuale della collettività a mantenere il complesso immobiliare confiscato, tenuto conto della possibilità di utilizzare gli alloggi per far fronte a situazioni di emergenza concedendo, direttamente o indirettamente, l'uso dei beni a titolo oneroso a persone a basso reddito» (§ 297). Sulla scorta di tali osservazioni, la Corte EDU ha dubitato che «la confisca della proprietà dei beni in questione abbia effettivamente contribuito alla tutela dell'ambiente» (§299).

In secondo luogo, la misura deve essere valutata sul profilo relativo alla sua proporzionalità rispetto allo scopo perseguito.

Sul punto, la Corte ha affermato che «Al fine di valutare la proporzionalità della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la possibilità di adottare misure meno restrittive, come la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione» (§ 301).

La Corte europea, inoltre, ha precisato che la legittimità della compressione del diritto di proprietà non può in alcun modo ritenersi lecita in assenza di un contraddittorio nell'ambito del quale la persona interessata sia messa in condizione di interloquire con l'autorità competente ad adottare la confisca.

Sulla base di tali premesse, la Corte EDU ha concluso nel senso di ritenere che «L'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista – salvo che per i terzi in buona fede – dalla legge italiana è in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più

adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione. Inoltre, non essendo state parti nei procedimenti contestati, le società ricorrenti non hanno beneficiato di alcuna delle garanzie procedurali di cui al precedente paragrafo 302» (§ 303).

In base a tale premessa, la Corte ha ritenuto che, nel caso posto al suo vaglio, vi fosse stata violazione dell'art. 1 del Prot. n. 1 nei confronti di tutti i ricorrenti in ragione del carattere sproporzionato della misura di confisca.

10. segue: La confisca nei confronti dei terzi estranei al giudizio.

La sentenza "GIEM", infine, ha affrontato anche il profilo attinente alla tutela dei terzi estranei al giudizio, nei cui confronti la CEDU ha ritenuto sicuramente illegittima la confisca di beni disposta in assenza dell'accertamento di profili di colpevolezza e senza che fosse stata consentita la loro partecipazione al giudizio conclusosi con la confisca.

Nel caso concreto, invero, i legali rappresentanti della società GIEM S.r.l. non avevano rivestito il ruolo di imputati nel procedimento relativo alla lottizzazione abusiva; nel caso delle restanti società ricorrenti, invece, vi era stata quanto meno la partecipazione al procedimento penale dei legali rappresentanti.

Tale diversificazione di posizione è di fondamentale rilievo, in quanto ha consentito alla CEDU di verificare sia l'ipotesi della totale estraneità della società al processo penale, sia il diverso caso in cui, pur a fronte dell'estraneità dell'ente, quanto meno il processo penale si è svolto nei confronti delle persone fisiche che agivano in nome e per conto della persona giuridica.

A fronte della suddetta differenziazione di fattispecie, chiaramente incidenti anche sui concetti di buona e mala fede dell'ente estraneo al processo penale, la CEDU si è espressamente posta il problema di verificare se «le persone fisiche che sono state coinvolte nei procedimenti dinanzi ai tribunali interni abbiano agito e siano state giudicate in quanto tali o come rappresentanti legali delle società» (§ 265).

La risposta non poteva che essere negativa, atteso che il sistema penale italiano – al di là delle fattispecie per le quali è configurabile la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n.231 del 2001 – si fonda sul principio *societas delinquere non potest*, sicchè il processo penale vede necessariamente quale imputati le sole persone fisiche, evidentemente distinte giuridicamente dall'ente in nome e per conto del quale hanno agito.

Ciò è sufficiente per consentire alla Corte EDU di affermare che «le società erano pertanto terze parti in questi procedimenti» (§266), il che fa sorgere il problema di verificare la conformità rispetto ai parametri dell'art.7 della CEDU

dell'applicazione di «una sanzione penale inflitta a persone giuridiche che, per la loro personalità giuridica distinta, non sono state oggetto di alcun procedimento (penale, amministrativo, civile, ecc.)» (§ 269).

La Corte EDU è partita dal presupposto che l'art. 7 della Convenzione presuppone necessariamente la garanzia del principio di colpevolezza, che impone di vietare che nel diritto penale si possa rispondere per un fatto commesso da altri. Infatti, se è vero che ogni persona deve poter stabilire in ogni momento cosa è permesso e cosa è vietato per mezzo di leggi precise e chiare, non si può concepire un sistema che punisca coloro che non sono responsabili, perché il responsabile è stato un terzo. La Grande Camera, pertanto, ha ritenuto che «Nel caso di specie, le società G.I.E.M. S.r.l., Hotel Promotion Bureau S.r.l., R.I.T.A. Sarda S.r.l. e Falgest S.r.l., non sono state parti in alcun procedimento. Solo il legale rappresentante della Hotel Promotion Bureau S.r.l. e della Falgest S.r.l., nonché due membri della R.I.T.A. Sarda S.r.l., sono stati accusati personalmente. Le autorità hanno pertanto applicato una pena alle società ricorrenti per azioni di terzi, nel caso di specie, tranne che nel caso della G.I.E.M. S.r.l., in quanto i loro rappresentanti legali o associati agivano a titolo personale. 273. Infine, in risposta all'affermazione del Governo secondo cui le società Hotel Promotion Bureau S.r.l., R.I.T.A. Sarda S.r.l. e Falgest erano in malafede (paragrafo 264 supra), la Corte rileva che nulla negli elementi acquisiti alla causa fa pensare che la proprietà dei beni sia stata trasferita alle società ricorrenti dai loro rappresentanti legali (si veda, in tal senso, l'articolo 6 della direttiva 2014/42, paragrafo 152, supra). … In conclusione, considerato il principio secondo cui una persona non può essere sanzionata per un atto che coinvolge la responsabilità penale altrui, una misura di confisca applicata, come nel presente caso, a persone fisiche o giuridiche che non sono parti in causa è incompatibile con l'articolo 7».

Appare utile sottolineare che la soluzione recepita dalla Corte EDU è stata oggetto di critiche in dottrina, essendosi in primo luogo ritenuto che, in base allo stesso approccio sostanzialistico recepito dai giudici europei, ben si sarebbe potuto valorizzare il fatto che l'ente, il cui legale rappresentate ha preso parte come imputato al processo penale, non può definirsi del tutto estraneo all'accertamento.

E' stato anche evidenziato che esiste una innegabile differenza tra la condizione del terzo in buona fede acquirente del bene e quella della persona giuridica nel cui interesse gli imputati hanno commesso il reato di lottizzazione abusiva. È del tutto evidente, infatti, che in questa seconda ipotesi – ferma restando l'autonomia giuridica dei soggetti coinvolti – vi è una imputabilità del fatto alla società, trattandosi di condotte poste in essere nel suo interesse ed a suo vantaggio.

Sulla base di tali premesse, si è ritenuto che la Corte EDU ben avrebbe potuto assumere una decisione "più flessibile", volta a consentire le confisca quantomeno nei casi in cui non vi fosse motivo di dubitare che l'accertamento della colpevolezza

dell'imputato implichi una equivalente responsabilità della persona giuridica, da valutare sia in relazione al tipo di struttura e compagine societaria, sia in considerazione della conformità o meno della commissione del reato rispetto all'interesse dell'ente.

11. Il rispetto del principio di non colpevolezza ex art. 6 CEDU.

Dopo la sentenza della Corte EDU "G.I.E.M.", la Corte di cassazione ha ribadito che il presupposto della confisca urbanistica non è rappresentato da una decisione di condanna, ma dall'accertamento del reato di lottizzazione abusiva, nelle sue componenti oggettiva e soggettiva, con adeguata motivazione e all'esito del contraddittorio delle parti (**Sez. 3, n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini ed altri, Rv. 275756 - 05**). L'applicazione di tale principio, tuttavia, nel caso in cui sia sopravvenuta l'estinzione del reato per prescrizione, determina una frizione con la previsione dell'immediata declaratoria della causa di estinzione del reato di cui all'art. 129, comma 2, cod. proc. pen.

Sul punto, secondo l'indirizzo che appare prevalente nella giurisprudenza della Corte di legittimità il principio generale dell'immediata declaratoria della causa di estinzione del reato è implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo. Tra queste proprio la confisca di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, la quale, secondo la formulazione della norma, può essere disposta con "*la sentenza … che accerta che vi sia stata lottizzazione abusiva*". Ne consegue che «l'accertamento della sussistenza del reato … costituisce un atto dovuto per il giudice, con ogni conseguenza in tema di confisca, anche nel caso in cui la prescrizione sia maturata e, dunque, senza che possa operare l'obbligo di immediata dichiarazione di non punibilità di cui all'art. 129 c.p.p., norma all'evidenza soccombente a fronte della previsione specifica, come espressamente confermato, peraltro, dalla recente introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p. (inserito dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21 e modificato dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3), a mente del quale quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dall'art. 240-*bis* c.p., comma 1 e da altre disposizioni di legge (tra le quali la misura urbanistica) o la confisca prevista dall'art. 322-*ter* c.p., il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato» (**Sez. 3, n. 22034 del 11/4/2019, PM in proc. Pintore, Rv. 275969**, in una pronuncia con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso del Procuratore della Repubblica avverso l'omessa statuizione sulla confisca nella sentenza del Tribunale di Sassari, che aveva dichiarato

non doversi procedere per prescrizione ex art. 129 cod. proc. pen. per carenza di specificità; negli stessi termini si è pronunciata anche **Sez. 3, n. 42513 del 16/05/2019, PM in proc. Spina ed altri**).

Nella sentenza **Sez. 3, n. 14005, del 4/12/2018, dep. 2019, PM in proc. Bogni ed altri, Rv. 275356**, la Corte ha precisato che, ai fini dell'adozione della confisca, il rispetto dei principi europei presuppone un'analisi giurisdizionale idonea ad accertare l'effettiva sussistenza del reato in tutti i suoi elementi, oggettivi e soggettivi, tramite il rispetto delle garanzie processuali che consentono all'imputato di interloquire sul materiale di causa al fine di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa. Tali requisiti non sono certamente soddisfatti dagli atti irripetibili posti in essere nel corso delle indagini, né può farsi riferimento alle misure cautelari disposte durante il procedimento, la cui applicazione è basata su uno standard probatorio che le rende di per sé insuscettibili di assurgere a prova certa della responsabilità penale. Appare significativa anche l'osservazione contenuta in questa decisione secondo cui, anche se il provvedimento ablatorio non fosse disposto dal giudice penale, la repressione delle condotta di lottizzazione continuerebbe ad essere assicurata dalle procedure amministrative di acquisizione delle aree lottizzate al patrimonio comunale, il cui corretto esercizio da parte dell'autorità competente è sempre valutabile in sede di giurisdizione amministrativa e, in caso di inerzia patologica, anche in sede penale.

E' illegittima, pertanto, la confisca urbanistica disposta contestualmente al proscioglimento per intervenuta prescrizione dell'imputato, compiuto in appello, ma in sede predibattimentale, senza instaurare il contraddittorio e senza esaminare le doglianze posto con l'atto di appello (cfr. Sez. 3, n. 5936 del 8/11/2018, dep. 2019, Basile).

12. segue: La prosecuzione del giudizio nonostante l'intervenuta prescrizione.

Il tema in esame, poi, è stato puntualizzato nella sentenza **Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco e altri, Rv. 277167**, nella quale è stata ribadita la necessità del proseguimento del processo penale, pur dopo l'intervenuta prescrizione del reato, richiamando ampiamente la motivazione di Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791. In tale ultima sentenza, è stato precisato che «la questione - circa la compatibilità di un completo accertamento oggettivo e soggettivo della responsabilità da espletare nel contraddittorio delle parti secondo le regole del processo equo (art. 6 CEDU e art. 111 Cost.) con l'obbligo imposto al giudice, in via generale, dall'art. 129 c.p.p. di immediata declaratoria di una causa di non punibilità - impone poi di considerare che il riconoscimento, in capo al giudice, di

poteri di accertamento - finalizzati all'adozione di una misura che incide negativamente sulla posizione dell'imputato (seppur nella sola sfera patrimoniale dell'interessato) e che presuppone l'accertamento della penale responsabilità del soggetto - rende recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato rispetto al correlativo e coesistente obbligo di accertamento. Ciò in quanto - essendo proprio detto accertamento richiesto dalla legge (D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2) e dovendo la disposizione essere interpretata da parte del giudice nazionale in senso convenzionalmente conforme nel senso che, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è necessario, per disporre la confisca urbanistica, procedere all'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e verificare la sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura - il principio generale risulta implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo e la conseguente acquisizione delle prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento finale» (così, Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, cit.; nello stesso senso, Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196).

E' stato allora affermato che «il giudice di appello, pur maturata la prescrizione del reato nel corso del dibattimento, è tenuto comunque ad effettuare un accertamento di responsabilità dell'imputato, …, perché a ciò chiamato proprio dalla lettera e dalla *ratio* dell'art. 44, comma 2, in esame, per come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, costituzionale e convenzionale», tanto che l'accertamento «costituisce un atto dovuto per il giudice, con ogni conseguenza in tema di confisca, anche nel caso in cui la prescrizione sia maturata e, dunque, senza che possa operare l'obbligo di immediata dichiarazione di non punibilità di cui all'art. 129 cod. proc. pen. … in forza delle sollecitazioni istruttorie avanzate dalle parti ed eventualmente con i poteri officiosi di cui all'art. 507 cod. proc. pen. …» (**Sez. 3, n. 46392 del 3/10/2019, Abbrescia ed altri**, n.m.; per il riconoscimento di un analogo dovere per il giudice di primo grado, si veda **Sez. 3, n. 36630 del 11/07/2019, PM in proc. Achenza ed altri**).

Secondo la sentenza **Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco e altri**, cit., che ha richiamato anche su questo punto Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, cit., l'unico limite a che il processo penale possa progredire limitatamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica è che il reato non risulti estinto prima dell'esercizio dell'azione penale, «poiché in tal caso è impedito al giudice di compiere, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la piena partecipazione degli interessati, l'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e della sussistenza di profili quanto meno di

colpa nei soggetti incisi dalla misura, presupposto necessario per disporre la confisca anche in presenza di una causa estintiva del reato» (Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, cit.; cfr. anche Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534). In questi termini, si veda anche **Sez. 3, n. 43113 del 17/07/2019, P.G. in proc. Magliuolo**, che ha dichiarato inammissibile il ricorso del Procuratore della Repubblica nei confronti della sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione adottata nell'udienza preliminare, disattendendo la richiesta di svolgimento dell'istruttoria al solo fine della confisca.

Su quest'ultimo punto, peraltro, deve rilevarsi che l'art. 578-*bis* cod. proc. pen., intitolato "*Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione*", introdotto dall'art. 6, comma 4, d.lgs. 1/03/2018, n. 21, recante "*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo* 1*, comma* 85*, lettera q), della legge* 23/06/2017*, n.* 103", stabilisce che "*Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo* 240-*bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo* 322-*ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*". Questa norma pare prevedere, come presupposto per la prosecuzione del giudizio, che sia intervenuta la prescrizione del reato dopo una decisione di condanna, mentre non sembra prevista la prosecuzione del giudizio di primo grado nonostante l'intervenuta estinzione del reato.

Questo profilo problematico, invero, è stato colto da **Sez. 3, n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini ed altri, cit.** In questa pronuncia, infatti, è stato precisato che l'art. 578-*bis* cod. proc. pen., per un verso, costituisce una conferma della correttezza della regola secondo cui il giudizio deve proseguire nonostante l'intervenuta prescrizione ai soli fini della confisca urbanistica; per altro verso, questa disposizione presuppone che la confisca sia stata ordinata nel giudizio di primo grado, evidentemente quando il reato non è ancora prescritto e stabilisce che, qualora il giudice di appello o la Corte di cassazione si trovino a dover dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, debbano comunque decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato. L'art. 578-*bis* cod. proc. pen., pertanto, «regola, evidentemente, solo la fase dell'impugnazione ma, da ciò, non può inferirsi il divieto, per il giudice di primo grado, di disporre la confisca nel caso in cui dichiara prescritto il reato nonostante l'avvenuto accertamento della lottizzazione illecita».

Più precisamente, il divieto per il giudice di primo grado di pronunciarsi sulle statuizioni civili si fonda sul disposto dell'art. 538 cod. proc. pen., secondo il quale il giudice decide sulla domanda di restituzione e risarcimento solo quando pronuncia sentenza di condanna. «Tali principi non sono, tuttavia, esportabili in tema di

confisca urbanistica, per la quale non vale il disposto dell'art.. 538 cod. proc. pen. ed, anzi, occorre tenere conto che l'accertamento può riguardare atti dell'amministrazione la cui falsità, ove accertata, soggiace ai principi dell'art.. 537, comma 5 cod. proc. pen., che obbliga il giudice alla dichiarazione di falsità anche nel caso di sentenza di proscioglimento» (così **Sez. 3, n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini ed altri, cit.**).

Va segnalata, infine, **Sez. 3, n. 1514 del 14/11/2018, dep. 2019, PG in proc. Bernardini**, n.m., secondo cui è legittima l'adozione di una pronuncia predibattimentale ex art. 469 cod. proc. pen. che accerti l'intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sussistendone presupposti normativi, tra i quali - oltre che il decorso del lasso temporale dal giorno della cessazione della permanenza dell'illecito previsto dall'art. 157 e ss. cod. pen. - la mancata opposizione delle parti, non dovendo necessariamente darsi corso al dibattimento al fine di accertare il reato e permettere l'emissione della misura della confisca.

13. segue: La frizione con le conclusioni della sentenza Sez. U Lucci.

Anche dopo la sentenza della Corte EDU G.I.E.M., dunque, la Corte di legittimità ha ribadito l'impostazione seguita da Sez. 3, n. 53692 del 13/7/2017, Martino, cit. (e da Sez. 3, n. 15126 del 5/4/2018, Settani, n.m.), secondo cui l'unica preclusione alla prosecuzione del giudizio ai fini della confisca urbanistica riguarda la necessità che l'azione penale sia stata esercitata prima dell'intervenuta prescrizione; una volta superato tale limite, il giudizio dovrebbe proseguire ordinariamente anche se la prescrizione matura prima che sia stata emessa una sentenza di condanna quanto meno in primo grado.

Tale principio, invero, non pare in linea con quanto sostenuto da Sez. U, n. 31617 del 26/06/2016, Lucci, Rv. 254434, secondo cui «Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre, a norma dell'art. 240, comma secondo, n. 1 cod. pen., la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322 *ter* cod. pen., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio». Tale pronuncia, in particolare, ha preso espressamente in considerazione l'eventualità che la confisca consegua ad un mero accertamento incidentale della sussistenza del reato concludendo, tuttavia, che «devono pertanto essere respinte le tesi di chi ritiene sufficiente, ai fini della confisca, un mero accertamento incidentale della responsabilità, dal momento che ciò si tradurrebbe in una non consentita trasformazione della confisca in una tipica *actio in rem*,

lumeggiata nel corso del complesso procedimento di approvazione, ma poi non recepita dalla direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014 relativa "al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea", dal momento che anche tale strumento della Unione Europea continua a prevedere la condanna come base per la confisca, anche per equivalente, dei beni strumentali e dei proventi da reato. L'accertamento della responsabilità deve dunque confluire in una pronuncia che, non solo sostanzialmente, ma anche formalmente, la dichiari, con la conseguenza che l'esistenza del reato, la circostanza che l'autore dello stesso abbia percepito una somma e che questa abbia rappresentato il prezzo del reato steso, devono aver formato oggetto di una condanna, i cui termini essenziali non abbiano, nel corso del giudizio, subito mutazioni quanto alla sussistenza di un accertamento "al di là dì ogni ragionevole dubbio"». Ne consegue che «L'intervento della prescrizione, dunque, per poter consentire il mantenimento della confisca, deve rivelarsi quale formula terminativa del giudizio anodina in punto di responsabilità, finendo in tal modo per "confermare" la preesistente (e necessaria) pronuncia di condanna, secondo una prospettiva, a ben guardare, non dissimile da quella tracciata dall'art. 578 del codice di rito in tema di decisione sugli effetti civili nel caso di sopravvenuta declaratoria di estinzione del reato per prescrizione».

Sulla base del ragionamento seguito da Sez. U "Lucci", sembra potersi affermare che l'esistenza di una pronuncia di condanna, quanto meno in primo grado, rappresenti il requisito minimo ed indifferibile per potersi proseguire nei successivi gradi di impugnazione anche al limitato fine di disporre la confisca e nonostante l'intervenuta prescrizione del reato.

Il tema indicato, invero, è stato affrontato dalla Corte di cassazione. Secondo **Sez. 3, n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini ed altri, cit.**, le peculiarità del provvedimento ablatorio urbanistico rispetto ad altre ipotesi di confisca permettono di escludere la possibilità di mutuare le considerazioni espresse nella sentenza Lucci. Al riguardo, è stata richiamata la sentenza Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, cit., la quale ha osservato che «i diversificati aspetti che possono caratterizzare l'istituto della confisca impongono di condurre l'analisi non avendo come riferimento un archetipo valido in assoluto, dovendo invece l'interprete concentrarsi sulla particolare ipotesi di confisca, così come positivamente disciplinata dalla legge». L'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, in tema di confisca urbanistica, non opera alcun riferimento alla sentenza penale di condanna per il reato di lottizzazione abusiva, richiedendo solo l'accertamento della responsabilità che non deve essere necessariamente contenuto in una statuizione di condanna.

14. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza CEDU G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: l'individuazione dei beni oggetto della confisca.

La sentenza della Grande Camera della Corte EDU 28/06/2018, nella causa G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia, dunque, ha affermato che la legittimità della confisca urbanistica prevista dall'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 presuppone il rispetto anche dell'art. 1 CEDU Prot. add., dovendo verificarsi, pertanto, se la compressione del diritto di proprietà determinata dall'applicazione della misura, nel caso concreto, possa ritenersi "proporzionata" alla tutela degli interessi generali dell'ambiente, del paesaggio e della potestà di pianificazione urbanistica pubblica.

Dopo la decisione della Grande Camera, la giurisprudenza di legittimità ha colto la delicatezza di questo profilo, affermando che, ai fini della legittimità della confisca, assume rilievo anche l'aspetto dell'individuazione dei beni oggetto della misura, nel senso che il provvedimento ablatorio è legittimo se limitato ai beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e ad essa funzionali (**Sez. 3, n. 14743 del 20/02/2019, Amodio, Rv. 275392**). In particolare, è conforme ai principi convenzionali la confisca di tutte le aree abusivamente lottizzate, indipendentemente dalla presenza o meno di volumi. Tale misura ablatoria, tuttavia, non deve riguardare aree completamente estranee all'attività lottizzatoria abusiva, ponendosi una simile evenienza in contrasto con i principi elaborati dalla Corte europea (**Sez. 3, n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini ed altri, cit.** in motivazione).

Questa impostazione consiste in una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo una indicazione che, invero, già si ravvisava nella sentenza "Sud Fondi", la quale aveva riconosciuto il rilievo dell'attributo della proporzionalità della confisca, osservando che un provvedimento ablatorio riguardante terreni non edificati per una quota pari all'85% del totale, in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto alla finalità di ripristinare una situazione di conformità alle disposizioni urbanistiche.

La verifica del rispetto del criterio di proporzionalità tra il sacrificio del diritto individuale di proprietà e la tutela degli interessi generali dell'ambiente e della pianificazione territoriale pubblica importa un accertamento di fatto che, per la sua stessa natura, non può essere svolto dalla Corte di legittimità e che, in genere, non si ravvisa nelle sentenze di merito precedenti alla sentenza della Corte EDU G.I.E.M. S.r.l., in quanto questo aspetto non assumeva particolare rilievo. Tanto risulta chiaramente da alcune sentenze della Corte di cassazione che si segnalano per lo sforzo di illustrare i profili di fatto che emergono dalle decisioni di merito e che dimostrano, tuttavia, la loro insufficienza ai fini del giudizio sulla proporzionalità della misura (cfr. **Sez. 3, n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini ed altri**, in motivazione; **Sez. 3, n. 14743 del 20/02/2019, Amodio, cit**.; **Sez. 3, n. 36694 del**

3/07/2019, Candela ed altri; **Sez. 3, n. 36695 del 3/07/2019, Palumbo**; **Sez. 3, n. 38484 del 5/07/2019, Giannattasio ed altro**).

Il giudizio di proporzionalità della confisca urbanistica, in particolare, riguarda la valutazione ingerenza sul diritto di proprietà della misura e va tenuto ben distinto da quello della proporzione della confisca come sanzione penale rispetto al fatto reato posto in essere.

La verifica della proporzionalità della misura, inoltre, presuppone una specifica motivazione, non potendo ritenersi sufficiente l'utilizzo nella sentenza di merito di una formula "indefinita" (del tipo, "confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite"), peraltro corrispondente a quella adoperata dal legislatore nell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 (**Sez. 3, n. 36694 del 3/07/2019, Candela ed altri, cit.; Sez. 3, n. 38484 del 5/07/2019, Giannattasio ed altro, cit.**).

15. La tesi secondo cui l'estinzione del reato non preclude un giudizio di rinvio limitato alla confisca urbanistica in forza della previsione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen.

La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU 28/06/2018, nella causa G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia, invero, è subito apparsa prevalentemente orientata verso la possibilità, da parte della Corte di cassazione, di disporre un giudizio di rinvio limitato alla valutazione della legittimità della confisca urbanistica, richiamando, in modo più o meno motivato, la previsione di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen.

Seguendo l'evoluzione della giurisprudenza sul piano strettamente cronologico, più precisamente, secondo la prima tesi emersa nella giurisprudenza di legittimità (Sez. 3, n. 5936 del 8/11/2018, dep. 2019, Basile, cit.), il proscioglimento per intervenuta prescrizione maturato nel corso del processo non osta, sulla base di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata, alla confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, purché sia adottata secondo standard probatori e con il rispetto delle garanzie proprie delle pronunce di condanna. Qualora tale accertamento sia stato omesso, la sentenza della Corte d'appello che ha accertato l'intervenuta prescrizione, confermando la statuizione relativa alla confisca dei terreni e delle opere abusive deve essere annullata senza rinvio «e gli atti debbono essere trasmessi alla Corte d'appello …, affinché, sulla scorta dei suddetti criteri interpretativi e tenendo conto della successiva elaborazione interpretativa di questa Corte, provveda al giudizio sulle impugnazioni proposte dagli imputati».

Il fondamento normativo di tale soluzione pare essere stato ravvisato proprio nell'art. 578-bis cod. proc. pen. secondo cui "Quando è stata ordinata la confisca in

casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato". Nella sentenza, infatti, è precisato che tale disposizione avrebbe recepito gli orientamenti della corte di legittimità secondo cui, quando il proscioglimento per intervenuta prescrizione è maturato nel corso del giudizio, l'obbligo di accertamento imposto al giudice per l'adozione del provvedimento ablativo prevale su quello generale della immediata declaratoria della causa di non punibilità, ex art. 129 cod. proc. pen. In presenza di detta causa estintiva del reato, il giudice del dibattimento non ha l'obbligo di dichiararla immediatamente ex art. 129 cod. proc. pen., ma deve procedere al necessario accertamento del reato nelle sue componenti, oggettive e soggettive, assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio, e a tal fine, pur in presenza della sopravvenuta prescrizione, deve proseguire l'istruttoria dibattimentale; il giudizio deve dunque proseguire, pur a seguito della estinzione per prescrizione del reato, al fine esclusivo dell'accertamento della legittimità della confisca. Quest'ultima, pertanto, deve essere disposta «nella pienezza della cognizione del giudice d'appello».

16. segue: le sentenze di annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca.

Il richiamo alla disciplina di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen., quale fondamento del nuovo giudizio, nonostante l'intervenuta prescrizione del reato, poi, si ravvisa in una successiva pronuncia in cui è stato disposto l'annullamento con rinvio della sentenza limitatamente alla statuizione relativa alla confisca (**Sez. 3, n. 14743 del 20/2/2019, Amodio, cit.**).

In particolare, è stato osservato che, in forza di una interpretazione anche convenzionalmente orientata dell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, sulla valutazione della conformità della confisca conseguente al reato di lottizzazione abusiva al principio di protezione della proprietà di cui all'art. 1 Prot. att. n. 1 della CEDU debba necessariamente incidere anche l'aspetto della individuazione dei beni oggetto della misura: «in tanto potrà dunque parlarsi di confisca legittima ove limitata ai beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e ad essa funzionali mentre dovrà concludersi in senso opposto, e dunque di misura non rispettosa dei criteri di proporzionalità, se applicata a terreni non direttamente interessati dall'attività lottizzatoria» (**Sez. 3, n. 14743 del 20/2/2019, Amodio, cit.**). La sentenza di merito che «si è limitata a confermare la generalizzata statuizione di una confisca relativa ai terreni abusivamente lottizzati e alle opere abusivamente

realizzate senza operare alcuna distinzione che avrebbe invece dovuto discendere proprio dal principio di proporzionalità e suggerire una mirata selezione alle sole opere funzionali alla trasformazione avvenuta», pertanto, deve essere annullata sul punto. L'impiego di una formula indefinita per l'adozione del provvedimento ablatorio, corrispondente peraltro a quella impiegata dal legislatore, con mancanza di ogni motivazione volta a dar conto della valutazione dei principi di proporzionalità, impone, stante la necessità di un accertamento in fatto sul punto, estraneo ai compiti della Corte di legittimità, l'annullamento con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello della sentenza impugnata.

Secondo questa impostazione, il giudice del rinvio, nonostante sia passata in giudicato la parte della decisione relativa al proscioglimento per l'intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione, con ogni ampiezza di potere delibativo, deve valutare i termini di conformità al principio di proporzionalità dell'area applicativa della misura in oggetto (cfr. **Sez. 3, n. 14743 del 20/2/2019, Amodio, cit.**).

Nella motivazione di questa pronuncia è richiamato l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. per trarvi una conferma al principio secondo cui la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, nelle sue componenti oggettiva e soggettiva, costituisce il presupposto indispensabile per assicurare la legittimità della misura della confisca.

Nella sentenza si legge, in particolare, si legge che «Non è inutile ricordare, del resto, che l'art. 578-*bis* cod. proc. pen., introdotto con il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 ed in vigore dal 6 aprile 2018, dispone che "quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato". Ed anzi, proprio la verifica di tali componenti del reato si pone quale elemento indispensabile di assicurazione della legittimità della misura della confisca, e della sua compatibilità con il principio di legalità dell'art.7 della Convenzione operata laddove l'esito del processo sia quello della prescrizione del reato, come appare emergere dalla decisione della Corte edu Grande Camera, 28/06/2018, Giem e altri c. Italia …».

Nella decisione, inoltre, è stato osservato - richiamando la motivazione di Sez. 3, n. 37472 del 26/6/2008, Belloi e altri, Rv. 241101 - che l'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede la confisca, tanto "*dei terreni abusivamente lottizzati*", quanto "*delle opere abusivamente costruite*", cosicché la misura appare contemplata indipendentemente dalla edificazione. «Ciò non può comportare tuttavia che, se pure … la confisca possa operare con riguardo a tutte le aree abusivamente lottizzate, indipendentemente dalla presenza o meno di edifici, una tale misura ablativa possa riguardare aree completamente estranee all'attività lottizzatoria

abusiva …». Sulla base dei principi costituzionali e convenzionali, infatti, «i "terreni lottizzati" ovvero "rientranti nel generale progetto lottizzatorio" vanno identificati in quelli che risultano oggetto di un'operazione di frazionamento preordinata ad agevolarne l'utilizzazione a scopo edilizio. Ove esista, pertanto, un preventivo frazionamento, va confiscata tutta l'area interessata da tale frazionamento, nonché dalla previsione delle relative infrastrutture ed opere di urbanizzazione, indipendentemente dall'attività di edificazione posta concretamente in essere. Nell'ipotesi, invece, in cui non sia stato predisposto un frazionamento fondiario e tuttavia si sia conferito, di fatto, un diverso assetto ad una porzione di territorio comunale, la confisca va limitata a quella porzione territoriale effettivamente interessata dalla vendita di lotti separati, dalla edificazione e dalla realizzazione di infrastrutture» (**Sez. 3, n. 14743 del 20/2/2019, Amodio, cit.**).

Il riferimento alla disciplina prevista dall'art. 578-*bis* cod. proc. pen. come strumento processuale che permette la prosecuzione del giudizio nonostante la prescrizione del reato urbanistico, quindi, si rinviene in una successiva pronunce che, tuttavia, non ha concluso per una decisione di annullamento con rinvio, bensì con una pronuncia di inammissibilità, per la carenza di specificità del ricorso introduttivo della Procura.

Si allude a **Sez. 3, n. 22034 del 11/4/2019, PM in proc. Pintore, Rv. 275969**, che ha dichiarato inammissibile il ricorso del Procuratore della Repubblica avverso l'omessa statuizione sulla confisca nella sentenza del Tribunale di Sassari, che aveva dichiarato non doversi procedere per prescrizione ex art. 129 cod. proc. pen.. In questa pronuncia, è stato precisato che il principio generale dell'immediata declaratoria della causa di estinzione del reato è implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo. Tra queste proprio la confisca di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, la quale può essere disposta con "*la sentenza … che accerta che vi sia stata lottizzazione abusiva*". Ne consegue che «l'accertamento della sussistenza del reato … costituisce un atto dovuto per il giudice, con ogni conseguenza in tema di confisca, anche nel caso in cui la prescrizione sia maturata e, dunque, senza che possa operare l'obbligo di immediata dichiarazione di non punibilità di cui all'art. 129 c.p.p., norma all'evidenza soccombente a fronte della previsione specifica, come espressamente confermato, peraltro, dalla recente introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p. (inserito dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21 e modificato dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3), a mente del quale quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dall'art. 240-bis c.p., comma 1 e da altre disposizioni di legge (tra le quali la misura urbanistica) o la confisca prevista dall'art. 322-ter c.p., il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il

reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

Per mera completezza va evidenziato che la soluzione dell'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione relativa alla confisca è stata seguita da altre pronunce, in modo sostanzialmente immotivato quanto allo strumento processuale che giustifica il provvedimento o, comunque, senza richiamare l'art. 578-bis cod. proc. pen. Si allude, in particolare, a **Sez. 3, n. 36695 del 3/07/2019, Palumbo, n.m.** e **Sez. 3, n. 36694 del 3/07/2019, Candela ed altri, n.m.**, che si segnalano per lo sforzo di illustrare i profili di fatto emergenti dalle decisioni di merito al fine di dimostrare la loro insufficienza ai fini del giudizio sulla proporzionalità della misura e, dunque, la necessità del giudizio di rinvio, nonché a **Sez. 3, n. 43119 del 17/07/2019, Falconi, n.m.**

17. La tesi secondo cui il nuovo giudizio sulla proporzionalità della confisca urbanistica trova fondamento su un principio generale desumibile anche dalla disciplina di altre ipotesi di confisca (oltre che dallo stesso art. 578-*bis* cod. proc. pen.).

Il fondamento normativo del nuovo giudizio è stato individuato da altre pronunce sull'applicazione analogica della disciplina di ipotesi diverse di confisca, piuttosto che sull'art. 578-*bis* cod. proc. pen., peraltro comunque richiamato nella sola *ratio* normativa.

Si allude alla tesi espressa da **Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco e altri, cit**. che ha disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza di appello, che aveva confermato la condanna già inflitta dal giudice di primo grado, per essere il reato di lottizzazione estinto per prescrizione, ritenendo compatibile tale decisione con l'annullamento con rinvio della medesima sentenza impugnata limitatamente alle statuizioni relative alla confisca.

In questa decisione, la Corte ha premesso che, in considerazione delle plurime modalità di realizzazione del reato di lottizzazione abusiva (che può assumere la forma negoziale, materiale o mista) e del bene oggetto di tutela penale (il monopolio comunale sulle scelte di programmazione urbanistica del territorio), la misura della confisca va limitata a quei beni che siano stati interessati dall'attività illecita, evitando una generalizzata ablazione della proprietà che, in quanto sproporzionata ed eccessivamente onerosa, si porrebbe in contrasto con l'art. 1, del Prot. 1. In particolare, richiamando **Sez. 3, n. 830 del 23/01/2019, Alessandrini, 272756**, è stato rilevato che «se la lottizzazione abusiva riguarda "quei beni immobili (terreni e manufatti) direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e ad essa funzionali" "deve conseguentemente ritenersi conforme ai principi convenzionali la confisca di

tutte le aree abusivamente lottizzate, indipendentemente dalla presenza o meno di volumi, mentre tale misura ablativa non potrebbe mai riguardare aree completamente estranee all'attività lottizzatoria abusiva nel senso dianzi delineato, ponendosi una simile evenienza platealmente in contrasto con i richiamati principi"».

Il giudizio circa l'estensione della confisca, tuttavia, costituisce una valutazione di merito preclusa alla Corte di legittimità. S'impone, pertanto, l'annullamento della sentenza impugnata che abbia omesso tale giudizio nella parte relativa alla statuizione sulla confisca.

Secondo la sentenza in commento, l'annullamento con rinvio limitatamente alla confisca non è esclusa dal contestuale annullamento senza rinvio della sentenza per essere il reato urbanistico prescritto per diverse ragioni.

In primo luogo, sebbene la prescrizione del reato impedisce di regola la prosecuzione del processo, determinando l'obbligo dell'immediata declaratoria della causa di non punibilità ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., detta regola non può trovare applicazione allorquando il processo penale debba proseguire con riguardo a profili di accertamento funzionali all'adozione di pronunce che la legge demanda al giudice penale e che sono diverse, e ulteriori, rispetto alla cognizione sull'azione penale strettamente intesa, preclusa dopo l'intervenuta estinzione del reato per prescrizione.

Si pensi, ad esempio, all'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale della confisca, che, per l'art. 236, comma secondo, cod. pen., non è impedita dalla sopravvenuta estinzione del reato. Nel caso di estinzione del reato, infatti, il giudice dispone di poteri di accertamento finalizzati all'applicazione della confisca non solo sulle cose oggettivamente criminose per loro intrinseca natura (art. 240, comma secondo, n. 2, cod. pen.), ma anche su quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto - reato (Sez. 1, n. 2453 del 04/12/2008, dep. 2009, Squillante e a., Rv. 243027; in senso conforme, Sez. 2, n. 32273 del 25/05/2010, Pastore, Rv. 248409).

La prosecuzione del giudizio ai soli fini della statuizione sulla confisca, nonostante l'intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione, secondo la giurisprudenza di legittimità, deve avvenire anche con riguardo alla pronuncia sulla falsità di documenti attribuita al giudice penale dall'art. 537 cod. proc. pen. (cfr. Sez. 3, n. 7908 del 15/01/2015, Onori, Rv. 262516, secondo cui, in tema di sentenza dichiarativa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, la falsità di un documento può essere dichiarata, ai sensi dell'art. 537 cod. proc. pen., solo se le risultanze processuali siano tali da consentire di affermare che essa sia stata positivamente accertata, sulla base delle norme che regolano l'acquisizione e la valutazione della prova nel processo penale - ha annullato con rinvio per nuovo

esame la statuizione di falsità delle attestazioni contenute in dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà allegate a domande di condono edilizio, con riferimento ad imputati per i quali era stata applicata, nella fase di merito, la causa estintiva; cfr. anche, Sez. 3, n. 5789 del 18/12/2007, dep. 2008, Nappi, Rv. 238797; più di recente, Sez. 2, n. 13911 del 17/03/2016, Lo Schiavo, Rv. 266389, secondo cui «in tema di delitti contro la fede pubblica, in caso di dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, è comunque necessario procedere all'accertamento della eventuale falsità del documento, sia al fine di applicare la misura di sicurezza patrimoniale prevista dall'art. 240, comma secondo, n. 2, cod. pen, che al fine di pronunciare la dichiarazione prevista dall'art. 537, comma 4, cod. proc. pen. con conseguente annullamento con rinvio della sentenza d'appello che, limitandosi a ritenere insufficiente l'accertamento emergente dalla motivazione della sentenza di primo grado, non aveva effettuato un'autonoma valutazione sulla falsità dei titoli oggetto del giudizio».

Secondo **Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco e altri, cit.**, inoltre, la regola della prosecuzione del giudizio nonostante l'estinzione del reato ai soli fini della valutazione della legittimità della confisca trova autorevole avallo nella pronuncia Sez. U, n. 38834 del 10/07/2008, De Maio, secondo la quale che, rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato, la circostanza che il giudice possa procedere ad accertamenti ai fini dell'adozione della misura della confisca non può affatto considerarsi in linea di principio "anomala".

Nella motivazione della sentenza Sez. U "De Maio", infatti, è stato illustrato come molteplici modifiche legislative ed incisive evoluzioni giurisprudenziali abbiano portato a riconoscere al giudice ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di un pronuncia sull'azione civile, tanto che la parte civile può proporre impugnazione, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio (art. 576 cod. proc. pen.), con la conseguenza che il giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato, anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno (Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007, Lista, Rv. 236537; Sez. U, n. 25083 del 11/07/2006, Negri, Rv. 233918; Sez. 2, n. 897 del 24/10/2003, dep. 2004, Cantamessa, Rv. 227966).

Secondo la sentenza in commento, inoltre, anche la legislazione speciale riconosce al giudice la possibilità di procedere ad accertamenti nonostante l'intervenuta causa di estensione del reato.

Ad esempio, proprio in tema di lottizzazione abusiva, l'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, stabilisce che il giudice penale dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, con la "sentenza

definitiva" che "accerta che vi è stata lottizzazione abusiva". Tale disposizione viene interpretata nel senso che essa prevede l'obbligatorietà della confisca indipendentemente da una pronuncia di condanna, in conseguenza all'accertamento giudiziale della sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, salvo il caso di assoluzione per insussistenza del fatto (da ultimo, Sez. 3, n. 9982 del 21/11/2007, dep. 2008, Quattrone, Rv. 238984; Sez. 3, n. 37086 del 7/07/2004, Perniciaro, Rv. 230031).

L'art. 301, comma primo, d.P.R. 23/01/1973, n. 43, inoltre, dispone che "nei casi di contrabbando è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto". Al riguardo, la giurisprudenza è conforme nel ritenere che la confisca possa essere disposta sebbene il reato sia dichiarato estinto per prescrizione, sempre che non sia escluso il rapporto tra la res ed il fatto di contrabbando (da ultimo, Sez. 3, n. 38724 del 21/09/2007, Del Duca, Rv. 237924; Sez. 3, n. 4739 del 26/11/2001, dep. 2002, Vanni, Rv. 221054.

La compatibilità con le regole generali della prosecuzione del processo penale a fini diversi da quelli dell'applicazione delle sanzioni penali strettamente intese, quando ciò sia necessario con riguardo ad accertamenti demandati al giudice penale e nonostante l'intervenuta prescrizione del reato (nella specie intervenuta nel giudizio d'impugnazione), trova ulteriori conferme in successivi orientamenti della giurisprudenza della Sezioni unite.

Si allude, da un lato, alla decisione con cui, tra l'altro, si è affermato che il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre, a norma dell'art. 240, comma secondo, n. 1, cod. pen. la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322-*ter* cod. pen., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio (Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264434).

La necessità della prosecuzione del giudizio, nonostante la sopravvenuta causa di estinzione del reato, poi, è stata prevista dal legislatore nell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. secondo cui, laddove ne ricorrano le condizioni e siano necessari ulteriori accertamenti in fatto ai fini della decisione sulla confisca, occorre la prosecuzione del giudizio d'impugnazione a reato prescritto, così come l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata da parte della Corte di legittimità, al pari di quanto comunemente si ritiene, sia pur con necessità d'investire il giudice civile ex art. 622 cod. proc. pen., nel caso dell'analoga fattispecie di cui all'art. 578 cod. proc. pen.

Nella **Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco e altri, cit.**, infine, per giustificare il provvedimento di annullamento con rinvio limitatamente alla confisca e, dunque, la necessità del proseguimento del processo penale, pur dopo l'intervenuta prescrizione del reato, è stata richiamata ampiamente la motivazione di Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791. In tale sentenza, è stato precisato che «la questione - circa la compatibilità di un completo accertamento oggettivo e soggettivo della responsabilità da espletare nel contraddittorio delle parti secondo le regole del processo equo (art. 6 CEDU e art. 111 Cost.) con l'obbligo imposto al giudice, in via generale, dall'art. 129 c.p.p. di immediata declaratoria di una causa di non punibilità - impone poi di considerare che il riconoscimento, in capo al giudice, di poteri di accertamento - finalizzati all'adozione di una misura che incide negativamente sulla posizione dell'imputato (seppur nella sola sfera patrimoniale dell'interessato) e che presuppone l'accertamento della penale responsabilità del soggetto - rende recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato rispetto al correlativo e coesistente obbligo di accertamento. Ciò in quanto - essendo proprio detto accertamento richiesto dalla legge (D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2) e dovendo la disposizione essere interpretata da parte del giudice nazionale in senso convenzionalmente conforme nel senso che, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è necessario, per disporre la confisca urbanistica, procedere all'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e verificare la sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura - il principio generale risulta implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo e la conseguente acquisizione delle prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento finale» (così, Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, cit.; nello stesso senso, Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196).

Secondo la sentenza **Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco e altri, cit.**, che ha richiamato anche su questo punto Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, cit. in conclusione, l'unico limite a che il processo penale possa progredire limitatamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica è che il reato non risulti estinto prima dell'esercizio dell'azione penale, «poichè in tal caso è impedito al giudice di compiere, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la piena partecipazione degli interessati, l'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e della sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura, presupposto necessario per disporre la confisca anche in presenza di una causa estintiva del reato» (Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, cit.; cfr. anche Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534).

L'indirizzo appena illustrato è stato poi ribadito da altre pronunce della Corte (Sez. 3, n. 38484 del 5/07/2019, Giannattasio ed altro, cit.; Sez. 3, n.47094 del 12/09/2019, Ventura; Sez. 3, n. 47280 del 12/09/2019, Cancelli ed altro, in via di mass.), che hanno annullato la sentenza di appello che aveva confermato la confisca urbanistica limitatamente alla statuizione relativa a tale misura, dichiarando inammissibili o rigettando nel resto i ricorsi.

In queste pronunce, la Corte ha precisato che l'annullamento con rinvio risulta necessitato proprio dalla esigenza di garantire una interpretazione "convenzionalmente" orientata della norma di cui all'art. 44, comma secondo, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo l'esegesi fatta propria dalla Corte EDU dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU. La Corte di Strasburgo, infatti, ha sempre tenuto in particolare considerazione l'esigenza di un giusto equilibrio tra l'ingerenza sul diritto del singolo e le esigenze di salvaguardia dell'interesse generale, considerando conformi ai principi della Convenzione, pur tenendo conto della specificità dei singoli casi sottoposti alla sua attenzione, interventi radicali e definitivi in spregio alle previsioni della pianificazione urbanistica, effettuando tale apprezzamento attraverso un'analisi globale dei vari interessi, anche mediante la verifica del comportamento tenuto dei mezzi utilizzati dallo stato, delle modalità di attuazione del provvedimento, specie per quanto riguarda l'obbligo delle autorità di agire in modo tempestivo, corretto e coerente. A tal proposito, «la misura ablativa non rispetta sicuramente i criteri di proporzionalità se applicata a terreni che non sono direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e che il giudice del merito può senz'altro individuare, limitando la misura alle sole aree abusivamente lottizzate, venendo assicurate agli interessati, per le diverse ipotesi, anche in sede di esecuzione, le garanzie del contraddittorio, restando la confisca e la conseguente perdita della proprietà una misura residuale, assunta dal giudice penale sempreché non sia già intervenuta l'autorità amministrativa e soggetta ai diversi esiti come in precedenza ricordato». Il rispetto del criterio di proporzionalità, pertanto, presuppone un accertamento di merito che, ove non sia stato compiuto, deve essere svolto dalla Corte di appello in sede di rinvio, in un procedimento in cui può essere assicurato il contraddittorio.

La Corte, quindi, ha ribadito che l'obbligo dell'immediata declaratoria della causa di non punibilità ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., e, dunque, anche per l'intervenuta prescrizione, non può trovare applicazione allorquando il processo penale debba proseguire con riguardo a profili di accertamento funzionali all'adozione di pronunce che la legge demanda al giudice penale e che sono diverse, e ulteriori, rispetto alla cognizione sull'azione penale strettamente intesa, desumendo tale principio:

- dalla disciplina della misura di sicurezza patrimoniale della confisca, che, per l'art. 236, secondo comma, cod. pen. (che esclude l'applicazione della regola generale statuita nell'art. 210, primo comma, cod. pen.) non è impedita dalla sopravvenuta estinzione del reato;

- dalla disciplina relativa alla pronuncia sulla falsità di documenti attribuita al giudice penale dall'art. 537 cod. proc. pen., secondo cui detta falsità può essere dichiarata anche in caso di prescrizione del reato, sole se le risultanze processuali siano tali da consentire di affermare che essa sia stata accertata;

- dall'art. 425, comma 4, cod. proc. pen., secondo cui il giudice dell'udienza preliminare può pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione della misura di sicurezza della confisca;

- dalla legislazione speciale, come interpretata dalla costante giurisprudenza di legittimità, in tema proprio di confisca urbanistica, in tema di confisca conseguente alla violazione delle leggi doganali ex art. 301 d.P.R. n. 43 del 1973 (rispetto alla quale l'indirizzo consolidato è nel senso che la misura possa essere disposta sebbene il reato venga dichiarato estinto per prescrizione, sempre che non venga escluso il rapporto tra la res ed il fatto di contrabbando, così da ultimo, Sez. 3, n. 38724 del 21/09/2007, Del Duca, Rv. 237924).

Secondo queste decisioni, la linea evolutiva circa la compatibilità con le regole generali della prosecuzione del processo penale a fini diversi da quelli dell'applicazione delle sanzioni penali strettamente intese, trova ulteriori conferme:

- nell'indirizzo delle Sezioni unite secondo cui il giudice, nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre, a norma dell'art. 240, comma secondo, n. 1 cod. pen., la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322 *te*r cod. pen., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio (Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264434);

- nella previsione di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen., secondo cui, laddove ne ricorrano le condizioni e siano necessari ulteriori accertamenti in fatto ai fini della decisione sulla confisca, è consentita la prosecuzione del giudizio d'impugnazione a reato prescritto, così come l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata da parte della Corte di legittimità, al pari di quanto comunemente si ritiene, sia pur con necessità d'investire il giudice civile ex art. 622 cod. proc. pen., nel caso dell'analoga fattispecie di cui all'art. 578 cod. proc. pen. (cfr. Sez. U, n. 40109 del 18/07/2013, Sciortino, Rv. 256087).

18. La tesi secondo cui, nel caso di intervenuta prescrizione, nessuna norma processuale giustifica l'annullamento con rinvio della sola statuizione relativa alla confisca (ed in particolare non l'art. 578-*bis* cod. proc. pen.).

La possibilità di rinvenire nel codice di rito una disposizione che giustifichi lo svolgimento di un nuovo giudizio di merito nonostante l'intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione è stata esclusa dall'ordinanza **Sez. 3, n. 42042 del 22/10/2019, Perroni**, con la quale è stato rimesso alle Sezioni Unite il seguente quesito: "*Se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo* 28 *giugno* 2018*, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*".

Nell'ordinanza di rimessione, invero, non è stato illustrato, non è stata disconosciuta la necessità di un nuovo giudizio di merito ai fini della valutazione della legittimità della confisca e, segnatamente, della proporzionalità della limitazione del diritto di proprietà rispetto alla tutela di interessi confliggenti, essendo invece, stata posta in discussione la possibilità di rinvenire una disposizione processuale che permetta l'annullamento con rinvio alla Corte di appello della sola statuizione sulla confisca.

L'art. 6, comma 4, d.lgs. 1/03/2018, n. 21, recante "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23/06/2017, n. 103", in particolare, ha introdotto l'art. 578-bis cod. proc. pen., intitolato "Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione". Secondo questa disposizione, "Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato".

Nell'ordinanza di rimessione, è stato escluso che la norma illustrata possa giustificare la restituzione degli atti alla Corte di appello per la valutazione indicata.

E' stato osservato che l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. è frutto del trasferimento nel codice di rito, ad opera del d.lgs. n. 21 del 2018 (che ha attuato la delega per la riserva di codice), dell'art. 12-*sexies*, comma 4-*septies*, d.l. n. 306 del 1992 (comma peraltro introdotto dalla legge 21/10/2017, n. 161, di riforma del Codice antimafia) che disciplina la cd. confisca allargata.

La disposizione richiama espressamente l'art. 240-*bis* cod. pen. che disciplina la confisca in "*casi particolari*", tra le quali non rientra la confisca urbanistica. La stessa disposizione, poi, fa riferimento alla confisca prevista "*da altre disposizioni di legge*". Tra queste, però, non potrebbe essere ricompresa l'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 perché l'inciso deve riferirsi piuttosto al reato di cui all'art. 295, comma 2, d.P.R. n. 43 del 1973 ed a quello di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, in quanto il nuovo art. 3-*bis* cod. pen. ha stabilito che, se una materia è disciplinata in un testo unico, le disposizioni che la riguardano devono essere inserite all'interno di tale *corpus* normativo e nei testi unici in materia di stupefacenti e di contrabbando sono state previste nuove disposizioni sulla confisca cd. allargata.

Secondo l'ordinanza di rimessione, pertanto, «l'art. 578-*bis* cod. proc. pen., è stato espressamente formulato in modo che ne fosse consentita applicazione anche ai reati in materia di contrabbando e di sostanze stupefacenti». In questo modo si spiega l'inciso dopo il richiamo alla confisca di cui all'art. 240-*bis* cod. pen. "*e da altre disposizioni di legge*", che, di conseguenza, non può giustificare l'annullamento con rinvio al giudice di appello della statuizione relativa alla confisca urbanistica.

E' poi precisato che l'art. 1, comma 4, lett. f), della legge 9/01/2019, n. 3, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", ha aggiunto alle ipotesi di confisca "allargata" anche quella per equivalente, con l'introduzione dell'inciso "o la confisca prevista dall'art. 322-ter del codice penale". L'uso della congiunzione disgiuntiva "o", in particolare, renderebbe evidente sia la diversa natura della natura ablatoria rispetto alla confisca di cui all'art. 240-bis cod. pen., sia, per quello che più rileva nel caso di specie, la voluntas legis di limitare tassativamente l'applicabilità della norma processuale alle specifiche confische menzionate.

Un dato che viene rimarcato per escludere che possa farsi ricorso all'art. 578-*bis* cod. proc. pen. è rappresentato dalla differente natura della confisca urbanistica rispetto a quella "allargata" o, meglio, "per sproporzione" ovvero a quella "per equivalente". Il profilo di differenza sarebbe desumibile dal tratto della pertinenzialità rispetto al reato di lottizzazione abusiva che, come è noto, manca sia nella confisca per sproporzione, sia in quella per equivalente.

La natura di "sanzione penale" della confisca urbanistica, inoltre, esclude che la disciplina processuale della stessa possa essere assimilata a quella della confisca della *res illicita ex* art. 240 cod. pen. che ha natura di misura di sicurezza. Ad esempio, nel caso della confisca di sostanza stupefacente o di materiale pedopornografico, la prosecuzione del giudizio penale ai soli fini della applicazione della misura di sicurezza, nonostante l'intervenuta prescrizione del reato, è giustificata dalla natura intrinsecamente illecita del bene attinto e dalla sua pericolosità. rispetto all'obbligo

di immediata declaratoria di estinzione del reato, pertanto, non è del tutto anomalo che il giudice di merito possa procedere ad ulteriori accertamenti (Sez. U n. 38834 del 10/7/2008, PM in proc. De Maio, cit.). Lo stesso non potrebbe affermarsi, in mancanza di una disposizione processuale che consenta alla Corte di Cassazione che pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre anche il rinvio al giudice di appello al fine di verificare la conformità della disposta confisca al criterio di proporzionalità imposto dalla sentenza della Corte EDU G.I.E.M.

E' stato aggiunto, poi, che, nel caso in cui si ritenesse che è proprio l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. a legittimare l'annullamento con rinvio ai fini della valutazione della proporzionalità della confisca urbanistica rispetto al reato di lottizzazione accertato, la norma potrebbe essere ritenuta costituzionalmente illegittima per eccesso di delega. L'art. 1, comma 85, lettera q), della legge 23/06/2017, n. 103 ha introdotto il principio di delega della riserva di codice nella materia penale sostanziale. Il decreto legislativo delegato, invece, ha inserito una norma nel codice di procedura penale, per di più di portata innovativa, non compresa tra i principi e criteri direttivi della legge delega.

Secondo l'ordinanza di rimessione, pertanto, emergerebbe un evidente vizio di eccesso di delega per contrasto con l'art. 76 Cost., rispetto al quale dovrebbe essere sollevata questione di legittimità costituzionale, rilevante e non manifestamente infondata, con richiesta alla Corte Costituzionale di decisione "eliminatoria" della norma.

La fonte normativa che, nel caso dell'accertamento della intervenuta estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione, permette l'annullamento con rinvio della sola statuizione relativa alla confisca urbanistica, non potrebbe individuarsi neppure nell'art. 622 cod. proc. pen., del quale non può procedersi ad un'applicazione analogica. Quest'ultima norma, infatti, si riferisce soltanto all'annullamento della sentenza ai soli effetti civili e, comunque, prevede il rinvio "*quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile*".

19. La confisca nei confronti dei terzi estranei al giudizio.

La sentenza della Corte EDU "GIEM", come è stato evidenziato, ha affrontato anche il profilo attinente alla tutela dei terzi proprietari dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, rimasti estranei al giudizio, ritenendo illegittima la confisca dei loro beni se disposta in assenza dell'accertamento della loro colpevolezza e senza che sia stata consentita la loro partecipazione al giudizio. Nel caso posto al vaglio della Corte, infatti, i legali rappresentanti della società

G.I.E.M. S.r.l. non erano stati imputati nel procedimento relativo alla lottizzazione abusiva, né la società era stata parte del giudizio, esulando il reato contestato da quelli di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 sulla responsabilità degli enti (mentre nel caso delle restanti società ricorrenti, invece, vi era stata quanto meno la partecipazione al procedimento penale dei loro amministratori).

Anche questo tema è stato preso in esame dalla giurisprudenza di legittimità successiva alla pronuncia della Corte di Strasburgo, che si è soffermata, in particolare, sulla posizione della persona giuridica titolare "reale" o "fittizia" dei terreni illecitamente lottizzati o dei beni abusivamente costruiti.

Secondo **Sez. 3, n. 42115 del 19/06/2019, Capital service S.p.a., Rv. 277057**, in particolare, il principio espresso dalla Corte di Strasburgo nella sentenza G.I.E.M. S.r.l. riguarda «la posizione della persona giuridica quale vero e proprio "terzo", nel senso di soggetto del tutto estraneo ai fatti per cui si procede in sede penale e, appunto per questo, in linea di principio, e salvo prova contraria, sostanzialmente "in buona fede", tanto che la stessa sentenza … (la sentenza G.I.E.M., n.d.r.) sottolinea la necessità di verificare se le persone fisiche sottoposte a processo penale per l'abusiva lottizzazione abbiano agito e siano state processate in quanto tali o in quanto legali rappresentanti delle società».

In questa prospettiva, secondo **Sez. 3, n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini, Rv. 275756 – 02, cit.**, pertanto, non sono soggetti terzi, estranei al reato, né la persona giuridica proprietaria dell'area abusivamente lottizzata, che riceve i vantaggi e le utilità conseguenti al reato, essendo normalmente committente degli interventi in essa realizzati e parte degli atti negoziali relativi e di ogni altra attività che viene attuata, né quella che è titolare apparente dei beni, la quale rappresenta solo lo schermo attraverso il quale il reo, effettivo proprietario degli stessi, agisce nel proprio esclusivo interesse, difettando, in entrambi i casi, il necessario requisito della buona fede di tale soggetto giuridico.

Peculiare appare la posizione del terzo acquirente dei beni immobili oggetto del reato di lottizzazione abusiva, che sia rimasto analogamente estraneo al giudizio. Secondo **Sez. 3, n. 36310 del 5/07/2019, Motisi, in via di mass.**, la verifica della sussistenza della sua buona fede, che preclude l'adozione di un provvedimento di confisca, presuppone non solo che il terzo abbia partecipato inconsapevolmente all'operazione illecita, e che, dunque, non sia concorrente nel reato, ma anche che abbia adempiuto ai doveri di informazione e di conoscenza richiesti dall'ordinaria diligenza. Non è in buona fede, pertanto, il terzo che non abbia acquisito elementi circa le previsioni urbanistiche e della pianificazione di zona, in quanto con tale imprudente e negligente condotta si è posto colposamente in una situazione di inconsapevolezza che apporta un determinante contributo causale all'attività illecita del venditore.

Nella stessa sentenza **Sez. 3, n. 36310 del 5/07/2019, Motisi, cit.**, peraltro, è stato precisato che non basta a sostenere la mancanza della buona fede del terzo, che vale a giustificarne l'assoggettamento alla confisca, la sola ricostruzione di una rete di rapporti personali con i concorrenti nel reato di lottizzazione, sia pure particolarmente qualificati come il legame di parentela, a maggior ragione se l'accertamento dell'illegittimità della lottizzazione è intervenuto a distanza di anni dall'acquisto del bene da parte dello stesso terzo. La posizione dei terzi acquirenti degli immobili deve essere valutata prescindendo da automatismi, non potendo sostenersi la loro mala fede per il solo fatto di essere legati da un rapporto di parentela con un soggetto affiliato ad un'organizzazione criminale di stampo mafioso, direttamente collegato agli assetti imprenditoriali che avevano realizzato la lottizzazione abusiva (**Sez. 3, n. 48200 del 25/09/2019, Cimino ed altro**).

La buona fede dei terzi acquirenti e sub-acquirenti, inoltre, è stata esclusa in considerazione delle modalità delle singole compravendite, in un caso in cui la vendita riguardava delle quote indivise e un'estensione dei singoli lotti incompatibile con la destinazione agricola dichiarata nell'atto (**Sez. 3, n. 44517 del 17/07/2019, D'Alba, in via di mass.**); analogamente, è stata reputata non plausibile la qualificazione come terzi in buona fede di coloro che, in presenza di certificato di destinazione urbanistica agricola e senza essere agricoltori, avevano acquistato i terreni e, poi, sulla base di un permesso di costruire volturato, provveduto ad edificare (**Sez. 3, n. 41942 del 19/06/2019, Capoluongo ed altri, n.m.**).

20. segue: La mancata partecipazione al giudizio del terzo.

La Corte di cassazione, nel 2019, ha precisato che la mancata partecipazione al giudizio della persona giuridica in nome e per conto del quale l'attività illecita è stata posta in essere non osta alla confisca dei suoi beni, ove in detto giudizio sia stata accertata la lottizzazione, in quanto a detto non può attribuirsi la qualifica di terzo estraneo, non riscontrandosi il necessario presupposto della buona fede (**Sez. 3, n. 42115 del 19/06/2019, Capital service S.p.a., cit.**).

In particolare, qualora l'attività illecita sia stata posta in essere dagli amministratori "di fatto" di una persona giuridica e non sia frutto di un'autonoma iniziativa di costoro implicante la rottura del rapporto organico, sono soggetti a confisca i beni dell'ente in nome e per conto del quale l'attività è stata compiuta, non potendosi riconoscere a quest'ultimo la qualifica di terzo estraneo, in quanto difetta il necessario requisito della buona fede (**Sez. 3, n. 42115 del 19/06/2019, Capital service S.p.a., cit.**).

Il solo fatto dell'assoluzione degli amministratori di diritto, ritenuti estranei alle condotte lottizzatorie, inoltre, non basta per attribuire alla società acquirente dei

beni oggetto del reato di lottizzazione la qualifica di terzo in buona fede, perché il giudizio sull'estraneità del terzo deve effettuarsi sulla base di parametri che tengono conto della concreta realtà storica dei fatti, rispetto alla quale rileva l'azione per conto della società degli amministratori di diritto, e non dei dati meramente formali (**Sez. 3, n. 42115 del 19/06/2019, Capital service S.p.a., cit.**).

21. segue: la tutela del terzo estraneo nei confronti del provvedimento di confisca.

La Corte di cassazione ha anche affrontato il tema della individuazione degli strumenti che l'ordinamento appresta per la tutela del terzo rimasto estraneo al processo di cognizione avverso il provvedimento di confisca urbanistica emesso dal giudice penale.

Secondo **Sez. 3, n. 17399 del 20/03/2019, Unicredit Leasing S.p.a., n.m.**, il principio espresso dall'art. 7 CEDU, come interpretato nella sentenza della Corte EDU nella causa G.I.E.M. S.r.l. e altri contro Italia, è rispettato per mezzo della partecipazione del terzo, persona giuridica, al procedimento di esecuzione, in cui detto terzo può dedurre tutte le questioni, di fatto e di diritto, che avrebbe potuto far valere nel giudizio di merito, cui è rimasto estraneo. Nella stessa sentenza, la Corte ha aggiunto che, pur non trovando applicazione l'ipotesi di cui all'art. 104-*bis*, comma 1-*quinquies*, disp. att. cod. proc. pen., che invece riguarda la disciplina del sequestro finalizzata alla confisca "allargata" o "per sproporzione" di cui all'art. 240 *bis* cod. pen., prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, il terzo estraneo, sia esso persona fisica o persona giuridica, proprietario del bene oggetto di un provvedimento ablatorio, ha comunque la possibilità di tutelare le proprie ragioni già nel giudizio cognizione. Il terzo, formalmente proprietario del bene già in sequestro, di cui sia stata disposta con sentenza la confisca, infatti, se rimasto estraneo al processo, può chiedere al giudice della cognizione, prima che la pronuncia sia divenuta irrevocabile, la restituzione del bene e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame (Sez. U, n. 48126 del 20/07/2017, Muscari e altro, Rv. 270938).

Negli stessi termini **Sez. 3, n. 42115 del 19/06/2019, Capital service S.p.a., cit**. ha ribadito che la tutela del terzo, nei confronti del quale, proprio per la mancata partecipazione al giudizio, la sentenza irrevocabile che ha accertato la lottizzazione abusiva non fa stato, è sostanzialmente assicurata dalla possibilità di far valere davanti al giudice dell'esecuzione i diritti vantati su un bene confiscato (da ultimo, conforme **Sez. 3, n. 43104 del 10/07/2019, Munari Domenico**, secondo cui nell'ipotesi in cui il terzo non abbia avuto modo di far valere le proprie pretese davanti al giudice della cognizione, soccorre la competenza generale del giudice

dell'esecuzione; cfr. anche **Sez. 1, n. 4096/19 del 24/10/2018, Lacatus, Rv. 276163**; Sez. 1, n. 27201 del 30/5/2013, Can, Rv. 257599; Sez. 1, n. 3311/12 del 11/11/2011, Lonati, Rv. 251845).

Nel procedimento di esecuzione, in particolare, è assicurato il contraddittorio e il diritto di difesa, anche attraverso la nomina di un difensore di ufficio all'interessato che ne sia privo, essendo previsto lo stesso debba essere sentito se ne fa richiesta ed essendo riconosciuti al giudice dell'esecuzione ampi poteri istruttori, tanto che egli può richiedere alle autorità competenti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno e, se occorre, assumere le prove, sempre nel rispetto del contraddittorio, ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen.

Sotto altro profilo, poi, nel procedimento di esecuzione è altresì assicurata la pubblicità dell'udienza, atteso che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 109 del 2015, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 667, comma 4, e 676 cod. proc. pen. nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica. In sintesi, secondo la Corte di legittimità, «il sistema di garanzie processuali concessegli nel sistema normativo attualmente vigente, tra cui appunto la possibilità di esperire l'incidente di esecuzione, è da ritenersi conforme ai principi costituzionali e convenzionali anche nei casi in cui non sia prevista la sua partecipazione al giudizio di cognizione, non imponendosi affatto l'applicazione analogica o evolutiva di altri modelli processuali, e non traendosi contrarie indicazioni dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo» (così, **Sez. 3, n. 42115 del 19/06/2019, Capital service S.p.a., cit.**).

22. La natura permanente del reato di lottizzazione.

Per completare l'esposizione dei principali arresti della giurisprudenza di legittimità del 2019 in tema di lottizzazione abusiva appare opportuno anche riferire che la Corte, con la sentenza **Sez. 3, n. 36695 del 3/07/2019, Palumbo, cit.**, ha ribadito che è pacifica la natura permanente della contravvenzione di lottizzazione abusiva. La permanenza cessa con la sentenza di primo grado (in precedenza, Sez. 3, n. 19732 del 26/04/2007, Monacelli, Rv. 236750). Nel contempo, la stessa sentenza ha precisato che, in tema di reato permanente, quando l'ipotesi di incolpazione sia formulata a "contestazione chiusa", ovvero con l'indicazione della data iniziale e finale dell'attività delittuosa contestata, il protrarsi dell'offesa al di là dei limiti temporali fissati impone un'ulteriore specifica incolpazione, perché costituisce fatto diverso rispetto a quello oggetto di imputazione (in precedenza, negli stessi termini, Sez. 3, n. 29701 del 14/05/2008, Scotese e altri, Rv. 240750).

Ai fini della determinazione dell'epoca di consumazione del reato, la Corte ha ribadito che la lottizzazione abusiva può presentarsi non solo con la realizzazione di attività materiali, ma anche nella forma c.d. cartolare o negoziale (**Sez. 3, n. 42136 del 21/05/2019, Capuano**). In questo caso, si tratta di contravvenzione a consumazione anticipata, nel senso che il reato è integrato non solo dalla trasformazione effettiva del territorio, ma da qualsiasi attività che oggettivamente comporti anche solo il pericolo di una urbanizzazione non prevista o diversa da quella programmata (**Sez. 3, n. 36397 del 17/04/2019, Taranto, in via di mass.**; in precedenza, Sez. 3, n. 37383 del 16/07/2013, Desimine e altri, Rv. 256519). La giurisprudenza ha pure ricavato dalla definizione fornita dall'art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001 un'ipotesi di lottizzazione mista, in quanto caratterizzata dalla compresenza di attività materiali e negoziali (**Sez. 3, n. 44517 del 17/07/2019, D'Alba, in via di mass.**).

Ai fini della configurabilità del reato di lottizzazione abusiva negoziale o cartolare, l'elencazione degli elementi indiziari di cui all'art. 30, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 non è tassativa, né tali elementi devono sussistere contemporaneamente, in quanto è sufficiente per l'integrazione del reato anche la presenza di uno solo di essi, purché risulti inequivoca la destinazione a scopo edificatorio del terreno (**Sez. 3, n. 36397 del 17/04/2019, Taranto, cit.**; in precedenza, Sez. 3, n. 27739 del 06/06/2008, Berloni, Rv. 240603). Peraltro, perché sia integrato il reato, il frazionamento di un terreno non deve necessariamente avvenire mediante apposita operazione catastale che preceda le vendite o gli atti di disposizione, ma può realizzarsi con ogni altra forma di suddivisione fattuale dello stesso; l'espressione lottizzazione, infatti, da intendersi in modo atecnico, si riferisce a qualsiasi attività giuridica che abbia per effetto la suddivisione in lotti di un'area di più ampia estensione, comunque predisposta od attuata, attribuendone la disponibilità a terzi al fine di realizzare una non consentita trasformazione urbanistica od edilizia del territorio (**Sez. 3, n. 36397 del 17/04/2019, Taranto, cit.**).

Quanto alla lottizzazione materiale, invece, integra il reato di lottizzazione abusiva di cui all'art. 44, comma primo, lett. c), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, l'esecuzione di opere in violazione di una convenzione di lottizzazione, in quanto quest'ultima, inserendosi nel procedimento di pianificazione urbanistica che si conclude con l'approvazione del piano di lottizzazione, configura un modulo organizzativo attraverso cui si imprime un determinato statuto ai beni che ne formano oggetto (**Sez. 3, n. 42136 del 21/05/2019, Capuano, cit.**); inoltre, integra il reato anche l'edificazione realizzata, in assenza di piano attuativo, in un fondo ubicato in zona già urbanizzata, qualora la situazione di fatto richieda un intervento idoneo a restituire efficienza all'abitato mediante il riordino o la definizione *ex novo*

di un disegno urbanistico dell'area, essendo esclusa la necessità dello strumento attuativo nel solo caso in cui tale situazione sia con esso del tutto incompatibile a causa della pressoché completa edificazione della zona (**Sez. 3, n. 47280 del 12/09/2019, Cancelli ed altro, cit.**).

In particolare, la modifica di destinazione d'uso di un complesso alberghiero realizzata, sin dal sorgere dell'edificio, attraverso la vendita di singole unità immobiliari a privati configura il reato di lottizzazione abusiva, laddove manchi un'organizzazione imprenditoriale preposta alla gestione dei servizi comuni e alla concessione in locazione dei singoli appartamenti compravenduti secondo le regole comuni del contratto d'albergo, atteso che in tale ipotesi le singole unità perdono la originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale. In tale caso, è irrilevante è la titolarità della proprietà della struttura immobiliare, che indifferentemente può appartenere ad un solo soggetto proprietario oppure ad una pluralità di soggetti (**Sez. 3, n. 42136 del 21/05/2019, Capuano, cit.**).

La Corte ha anche ribadito, sempre in tema di lottizzazione materiale, che integra la contravvenzione in esame la realizzazione, all'interno di un'area adibita a campeggio, di una struttura ricettiva che presenta le caratteristiche di un insediamento residenziale stabile, posto che il campeggio presuppone allestimenti e servizi finalizzati alla sosta o ad un soggiorno occasionale e limitato nel tempo, comportando di contro una siffatta struttura il sostanziale stravolgimento dell'originario assetto definito mediante pianificazione (**Sez. 3, n. 41941 del 19/06/2019, Panico**; **Sez. 3, n. 8970 del 23/01/2019, Scifoni, Rv. 275929**).

La contravvenzione in esame, inoltre, si configura come reato a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia quando manchi un provvedimento di autorizzazione, sia quando quest'ultimo sussista ma contrasti con le prescrizioni degli strumenti urbanistici, in quanto grava sui soggetti che predispongono un piano di lottizzazione, sui titolari di concessione, sui committenti e costruttori l'obbligo di controllare la conformità dell'intera lottizzazione e delle singole opere alla normativa urbanistica e alle previsioni di pianificazione (**Sez. 3, n. 42136 del 21/05/2019, Capuano, cit.; Sez. 3, n. 36397 del 17/04/2019, Taranto, cit**.; Sez. U, n. 5115 del 28/11/2001, dep. 2002, Salvini, Rv. 220708; Sez. 3, n. 33051 del 10/05/2017, Puglisi e aa., Rv. 270645).

23. Gli effetti della confisca urbanistica.

La misura di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 comporta l'acquisizione di diritto del terreno al patrimonio comunale con effetto dalla data di irrevocabilità della sentenza (**Sez. 3, n. 43880 del 9/07/2019, S.S.**; in precedenza, Sez. 3, n. 22557 del 02/04/2003, Rv. 225308, secondo cui con il passaggio in

giudicato della sentenza che, all'esito del procedimento per lottizzazione abusiva, ha disposto, la confisca dei terreni, questi transitano "*ipso iure*" nel patrimonio del Comune senza la necessità, a differenza di quanto avviene con il provvedimento ex art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001, di una fase esecutiva, atteso che l'efficacia traslativa coattiva è prodotta, per espresso dettato normativo, dalla sentenza che la contiene).

Dalla data indicata il condannato non può più disporre del bene confiscato in quanto irrevocabilmente uscito dal suo patrimonio. Ne deriva che tale bene non può nemmeno essere trasmesso agli eredi, né può costituire oggetto di atti dispositivi a titolo oneroso. In caso di successione ereditaria, dunque, non rileva la buona fede dell'erede, bensì l'oggettiva inesistenza di una situazione soggettiva attiva in capo a quest'ultimo mai trasmessa dal "*de cuius*" (**Sez. 3, n. 43880 del 9/07/2019, S.S**.; in precedenza, Sez. 3, n. 47729 dell'11/04/2018, Rv. 274969).

24. Il rilievo dell'autorizzazione a lottizzare "postuma".

Anche nel 2019, poi, la Corte ha ribadito che l'autorizzazione a lottizzare emessa successivamente, così come l'approvazione di un piano di recupero urbanistico, non configurano ipotesi di sanatoria della lottizzazione con estinzione del reato di lottizzazione abusiva, ma impediscono solo l'adozione del provvedimento di confisca, stante l'avvenuto riconoscimento di conformità postuma della lottizzazione agli strumenti urbanistici generali vigenti sul territorio (**Sez. 3, n. 42136 del 21/05/2019, Capuano, cit.**; cfr., in precedenza, Sez. 3, n. 4373 del 13/12/2013, dep. 2014, Franco, Rv. 258921; Sez. 3, n. 23154 del 18/05/2006, Scalici, Rv. 234476).

Più in particolare, il provvedimento di sanatoria legittimamente emanato prima del passaggio in giudicato della sentenza comporta l'impossibilità per il giudice di disporre la confisca, perché l'autorità amministrativa competente, riconoscendo *ex post* la conformità della lottizzazione agli strumenti urbanistici generali vigenti sul territorio, ha inteso evidentemente lasciare il terreno lottizzato alla disponibilità dei proprietari, rinunciando implicitamente ad acquisirlo al patrimonio indisponibile del Comune. Dopo il passaggio in giudicato, invece, l'amministrazione comunale conserva la piena ed incondizionata potestà di programmazione e di gestione del territorio, dovendosi però escludere che il successivo adeguamento degli immobili acquisiti agli standard urbanistici già vigenti ovvero l'adozione di nuovi strumenti urbanistici integri una fonte di retro-trasferimento della proprietà in favore dei privati già destinatari dell'ordine di confisca. Resta tuttavia la possibilità, qualora ragioni di opportunità e di convenienza consiglino di destinare l'area lottizzata alla edificazione, che l'amministrazione decida di non esercitare in proprio le iniziative edificatorie e di non conservare la proprietà sui terreni e sui manufatti che

eventualmente vi insistono, facendo ricorso ad atti contrattuali volontari ed a titolo oneroso che trasferiscano la proprietà a tutti o parte dei precedenti proprietari (**Sez. 3, n. 43880 del 9/07/2019, S.S., cit.**; si segnala, peraltro, che Sez. 3, n. 35219 del 11/4/2007, Arcieri e altri, Rv. 237372; Sez. 3, n. 47272 del 30/11/2005, Iacopino ed altri, Rv. 232998 ammettono la possibilità di revoca della confisca anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza).

Il sopravvenuto rilascio di un permesso di costruire, invece, può eventualmente legittimare, ricorrendone i presupposti, soltanto le opere che costituiscono oggetto della lottizzazione, ma non comporta alcuna valutazione di conformità di tutta la lottizzazione alle scelte generali di pianificazione urbanistica, con la conseguenza che il rilascio di più titoli abilitativi nell'area interessata da una lottizzazione abusiva non rende lecita tale attività (**Sez. 3, n. 44517 del 17/07/2019, D.S.**).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 3, n. 4954 del 08/02/1994, Pene ed altri, Rv. 197506
Sez. 3, n. 4739 del 26/11/2001, dep. 2002, Vanni, Rv. 221054
Sez. 2, n. 897 del 24/10/2003, dep. 2004, Cantamessa, Rv. 227966
Sez. 3, n. 37086 del 07/07/2004, Percinaro, Rv. 230031
Sez. 3, ord. n. 10916 del 3/3/2005, Visconti, Rv. 230984
Sez. 3, n. 47272 del 30/11/2005, Iacopino ed altri, Rv. 232998
Sez. U, n. 25083 del 11/07/2006, Negri, Rv. 233918
Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007, Lista, Rv. 236537
Sez. 3, n. 35219 del 11/4/2007, Arcieri e altri, Rv. 237372
Sez. 3, n. 19732 del 26/04/2007, Monacelli, Rv. 236750
Sez. 3, n. 38724 del 21/09/2007, Del Duca, Rv. 237924
Sez. 3, n. 9982 del 21/11/2007, dep. 2008, Quattrone, Rv. 238984
Sez. 3, n. 5789 del 18/12/2007, dep. 2008, Nappi, Rv. 238797
Sez. 3, n. 9982 del 05/03/2008, Quattrone, Rv. 238984
Sez. 3, n. 27739 del 06/06/2008, Berloni, Rv. 240603
Sez. 3, n. 21188 del 30/04/2009, Casasanta e altri, Rv. 243630
Sez. 3, n. 36844 del 09/07/2009, Contò, Rv. 244923
Sez. 3, n. 39078 del 13/07/2009, Apponi e altri, Rv. 245347
Sez. 2, n. 32273 del 25/05/2010, Pastore, Rv. 248409
Sez. 1, n. 3311/12 del 11/11/2011, Lonati, Rv. 251845
Sez. 1, n. 27201 del 30/5/2013, Can, Rv. 257599
Sez. 3, n. 17066 del 04/02/2013, Volpe, Rv. 255112
Sez. 3, n. 37383 del 16/07/2013, Desimine, Rv. 256519
Sez. 3, n. 7908 del 15/01/2015, Onori, Rv. 262516
Sez. 3, n. 15888 del 08/04/2015, dep. 2016, Sannella e a., Rv. 266628
Sez. 4, n. 31239 del 23/06/2015, Giallombardo, Rv. 264337
Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264434
Sez. 2, n. 13911 del 17/03/2016, Lo Schiavo, Rv. 266389
Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534
Sez. U, n. 31617 del 26/06/2016, Lucci, Rv. 254434
Sez. 3, n. 33051 del 10/05/2017, Puglisi e aa., Rv. 270646
Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791
Sez. U, n. 48126 del 20/07/2017, Muscari e altro, Rv. 270938
Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196
Sez. 3, n. 37472 del 26/6/2008, Belloi e altri, Rv. 241101
Sez. 1, n. 4096/19 del 24/10/2018, Lacatus, Rv. 276163

Sez. 3, n. 5936 del 8/11/2018, dep. 2019, Basile
Sez. 3, n. 1514 del 14/11/2018, dep. 2019, Bernardini
Sez. 3, n. 14005, del 4/12/2018, dep. 2019, Rv. 275356
Sez. 1, n. 2453 del 04/12/2008, dep. 2009, Squillante e a., Rv. 243027
Sez. 3, n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini ed altri, Rv. 275756
Sez. 3, n. 8970 del 23/01/2019, Scifoni, Rv. 275929
Sez. 3, n. 14743 del 20/02/2019, Amodio, Rv. 275392
Sez. 3, n. 17399 del 20/03/2019, Unicredit Leasing S.p.a
Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco e altri, Rv. 277167
Sez. 3, n. 22034 del 11/4/2019, PM in proc. Pintore, Rv. 275969
Sez. 3, n. 36397 del 17/04/2019, Taranto
Sez. 3, n. 42513 del 16/05/2019, PM in proc. Spina e
Sez. 3, n. 42136 del 21/05/2019, Capuano
Sez. 3, n. 42115 del 19/06/2019, Capital service S.p.a., Rv. 277057
Sez. 3, n. 41941 del 19/06/2019, Panico
Sez. 3, n. 41942 del 19/06/2019, Capoluongo
Sez. 3, n. 36694 del 3/07/2019, Candela
Sez. 3, n. 36695 del 3/07/2019, Palumbo
Sez. 3, n. 36310 del 5/07/2019, Motisi
Sez. 3, n. 38484 del 5/07/2019, Giannattasio
Sez. 3, n. 43880 del 9/07/2019, S.S.
Sez. 3, n. 36630 del 11/07/2019, PM in proc. Achenza
Sez. 3, n. 43119 del 17/07/2019, Falconi,
Sez. 3, n. 44517 del 17/07/2019, D'Alba
Sez. 3, n. 48200 del 25/09/2019, Cimino ed altro
Sez. 3, n. 46392 del 3/10/2019, Abbrescia
Sez. 3, (ord.) n. 42042 del 22/10/2019, Perroni

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Penali approfondimenti tematici

VOLUME II

Anno 2019

INDICE

VOLUME II

PARTE TERZA

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I
GIURISDIZIONE E COMPETENZA

CAPITOLO I

COMPETENZA DEL GIUDICE SUPERIORE IN RELAZIONE AD UN REATO DI COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Introduzione. 429
2. Riqualificazione del fatto in un reato di competenza del giudice di pace. 430
3. Sopravvenuto difetto di connessione determinante l'attrazione del reato di competenza del giudice di pace nella competenza del giudice superiore. 430
4. Analisi unitaria delle questioni controverse devolute alle Sezioni Unite. 431
5. Orientamento maggioritario. 431
6. Orientamento minoritario. 432
7. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte Costituzionale. 433
8. Le decisioni delle Sezioni Unite. 433
9. Rapporto tra regola ed eccezione. 435
10. Giurisprudenza successiva agli interventi delle Sezioni Unite. 435
11. Conclusioni. 436
Indice delle sentenze citate 437

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SUL RIPARTO DI ATTRIBUZIONE PER CONNESSIONE TRA GIUDICE MONOCRATICO E COLLEGIALE
(PAOLO DI GERONIMO)

1. La fattispecie esaminata e le ragioni del contrasto. 439
2. Competenza ed attribuzione, profili differenziali. 441
3. La perpetuatio jurisdictionis. 442
4. Il rinvio a giudizio dinanzi al tribunale monocratico. 444
5. I casi riconducibili all'art. 33-*sexies* cod. proc. pen. 445
6. Gli effetti del venir meno della connessione. 446
7. Ulteriori ambiti di applicabilità del principio: la competenza per connessione. 447
7.1 Diversa qualificazione giuridica del fatto ed effetti sull'attribuzione. 448
Indice delle sentenze citate 450

SEZIONE II
MISURE CAUTELARI REALI

CAPITOLO I

IL REVIREMENT DELLE SEZIONI UNITE SULLA LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE A CONTRASTARE IL SEQUESTRO FINALIZZATO ALLA CONFISCA
(RAFFAELE PICCIRILLO)

1. I precedenti arresti delle Sezioni Unite....451
   1.1. La soluzione Focarelli: la legittimazione del curatore quale riflesso della funzione istituzionale della procedura e dell'ufficio fallimentare....452
   1.2. Il principio Uniland: il disconoscimento della legittimazione del curatore in quanto non portatore di diritti reali....453
2. L'insoddisfazione della giurisprudenza per il principio Uniland....456
3. La questione rimessa alle Sezioni Unite e la lettura dell'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen....458
4. Le caratteristiche del caso e la proposta di *distinguishing*....459
5. L'inevitabilità del confronto con il principio Uniland....459
   5.1. L'estensione del principio Uniland al di là dei casi di sequestro *ex* art. 19-53 d.lgs. n. 231 del 2001....460
   5.2. L'inconferente richiamo del principio di consecuzione delle procedure concorsuali....461
   5.3. Non è vero che il principio Uniland presuppone la concorrenza di vincoli legittimi....463
6. Le ragioni del cambio di rotta....464
   6.1. La centralità degli artt. 322, 322-*bis* e 325 cod. proc. pen. e la *distinta fisionomia* dell'avente diritto alla restituzione....464
   6.2. Il curatore fallimentare titolare di una disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata dei beni fallimentari....465
   6.3. L'interesse concreto del curatore a contrastare il sequestro....466
   6.4. Le conclusioni delle Sezioni Unite e il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza....468
   6.5. L'autonoma legittimazione del curatore e l'opponibilità del giudicato formatosi sull'impugnazione del debitore fallito....469
7. Legittimità del sequestro del denaro a fini di confisca diretta del profitto del reato tributario e oneri di allegazione del ricorrente....469
8. La legittimazione del curatore a impugnare il sequestro di prevenzione....471
Indice delle sentenze citate....474

SEZIONE III
PROVE

CAPITOLO I

ANNULLAMENTO DEL SEQUESTRO PROBATORIO E DIVIETO DI RESTITUZIONE DELLE COSE SEQUESTRATE DI CUI ALL'ART. 324, COMMA 7, COD. PROC. PEN.
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Ordinanza di rimessione e questioni controverse....477
2. Considerazioni preliminari sulle questioni controverse....478
3. Orientamento maggioritario in generale....479
   3.1. Estensione del divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., al sequestro probatorio....479
   3.2. Natura di principio generale dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen....480
   3.3. Non restituibilità di cose soggette a confisca obbligatoria anche se sequestrate in plurimi esemplari....481
   3.4. Estensione del divieto di restituzione al caso di perdita di efficacia del provvedimento di sequestro probatorio....481

3.5. Estensione del divieto di restituzione a cose soggette a confisca obbligatoria in forza di disposizioni diverse dall'art. 240, comma 2, cod. pen. 482
4. Orientamento minoritario. 483
4.1. La tesi dell'applicabilità del divieto di restituzione ai soli casi di perdita di efficacia del sequestro probatorio per motivi formali. 485
5. Orientamento intermedio. 485
6. La decisione delle Sezioni Unite: i principi di diritto la soluzione del caso. 487
6.1. Analisi della decisione in relazione alla prima questione controversa. 487
6.2. Analisi della decisione in relazione alla seconda questione controversa. 488
Indice delle sentenze citate 491

CAPITOLO II

L'UTILIZZAZIONE DEI RISULTATI DELLE INTERCETTAZIONI IN PROCEDIMENTI DIVERSI
(LUIGI GIORDANO)

1. La vicenda oggetto del giudizio. 493
2. Il fondamento costituzionale della disciplina delle intercettazioni. 494
3. segue: la giurisprudenza costituzionale sull'art. 270 cod. proc. pen. 495
4. segue: la portata del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni secondo la Costituzione. 496
5. Gli indirizzi giurisprudenzali sulla nozione di "diverso procedimento": la tesi prevalente. 497
6. segue: La tesi che assicura rilievo alla formale unitarietà iniziale del procedimento. 498
7. segue: La tesi che equipara la nozie di "procedimento" a quella di "reato". 499
8. Il contrasto giurisprudenziale sulla necessità del rispetto dei presupposti di cui all'art. 266 cod. proc. pen. 499
9. Le ragioni della mancata condivisione del secondo indirizzo illustrato. 501
10. Le ragioni della mancata condivisione del terzo indirizzo illustrato. 502
11. Le ragioni dell'accoglimento del primo indirizzo illustrato. Il "legame" sostanziale tra i reati. 503
12. segue: La connessione e la coincidenza della "regiudicanda". 504
13. segue: L'insufficienza del mero collegamento tra le indagini ex art. 371 cod. proc. pen. 504
14. segue: Il principio espresso dalle Sezioni Unite. 506
Indice delle sentenze citate 507

CAPITOLO III

MUTAMENTO DEL GIUDICE E RINNNOVAZIONE DEL DIBATTIMENTO
(STEFANIA RICCIO)

1. Le questioni rimesse in tema di principio di immutabilità *ex* art. 525 cod. proc.pen. 509
2. Se il principio di immutabilità richieda l'identità del giudice che decide con il giudice che ammette la prova. Gli indirizzi in contrasto. 510
3. Le modalità di prestazione del consnso alle letture, quali strumenti di riutilizzo delle prove assunte dal giudice in differente composizione. Gli orientamenti contrapposti. 511
4. Le soluzioni delle Sezioni Unite. Il nuovo portocollo operativo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. 514
Indice delle sentenze citate 518

CAPITOLO IV

OVERTURNING SFAVOREVOLE E OBBLIGO DI RINNOVAZIONE IN APPELLO DELLA PROVA PER ESPERTI NELLA DECISIONE SEZ. U, PAVAN DEVIS. ELEMENTI DI CONTINUITÀ CON L'ANTERIORE DIRITTO VIVENTE NELLE PRIME LETTURE DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL NUOVO ART. 603, COMMA 3-*BIS* COD. PROC. PEN.
(RAFFAELE PICCIRILLO)

I. PARTE PRIMA

1. Gli antefatti e il contesto della decisione Sez. U, n. 14426 del 21/12/2018, dep. 2019, Pavan Devis. 519
2. Il contrasto interpretativo. 522
2.1. L'indirizzo prevalente. 522
2.2. L'indirizzo minoritario. 525
3. Il primo principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite nella decisione Pavan Devis. 526
3.1 La caratterizzazione dichiarativa della perizia e gli elementi di assimilazione all'esame testimoniale nella disciplina interna e nella giurisprudenza convenzionale. 527
3.2. Il depotenziamento dell'assioma della neutralità della perizia. 529
3.3. La sintonia con i precedenti Franzese, Cozzini e Cantore in tema di prova scientifica. 531
3.4. La possibile *decisività* della perizia e della consulenza tecnica. 532
3.5. L'estensione della regola della rinnovazione istruttoria al contributo del consulente di parte. 534
3.6. I modi della rinnovazione istruttoria: l'alternativa tra il rinnovo dell'incarico peritale e il mero riascolto del perito esaminato in primo grado. 535
4. Il secondo principio affermato dalle Sezioni Unite: diversa classificazione *ratione temporis* del vizio di omessa rinnovazione. 536
4.1. La soluzione del caso: il contributo peritale acquisito in forma esclusivamente cartolare non è "prova dichiarativa". 537
4.2. La distinzione del contributo peritale acquisito in forma esclusivamente cartolare dalle dichiarazioni rese nelle indagini preliminari acquisite al giudizio abbreviato. 538
4.3. La *non decisività* della rivalutazione della prova per esperti nel caso Pavan Devis. 539
5. La continuità della decisione Pavan Devis con il principio *Patalano*, in tema di obbligo della rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa rivalutata nel giudizio abbreviato d'appello e la decisione Corte cost. n. 124 del 2019. 541
6. L'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. e l'appello della parte civile. 544
7. L'individuazione delle prove da rinnovare in appello, alla stregua dell'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.: il rapporto tra rinnovazione istruttoria e specificità dei motivi di appello. 545
8. Diversa valutazione della prova dichiarativa. Nozione. 548
9. Rinnovazione istruttoria in appello e incompatibilità del giudice. 549
Indice delle sentenze citate....550

SEZIONE IV
PARTECIPAZIONE AL PROCESSO

CAPITOLO I

ELEZIONE DI DOMICILIO PRESSO IL DIFENSORE D'UFFICIO E CONOSCENZA DEL PROCEDIMENTO
(ANNA MAURO)

1. Premessa....553
2. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite. 554
3. I termini del contrasto: la tesi dell'insufficienza della sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio a costituire presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza dell'imputato. 555
4. (segue) La tesi della sufficienza dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, già nella fase delle indagini preliminari, per legittimare la dichiarazione di assenza dell'imputato. 557

5. Le presunzioni di conoscenza ex art. 420-*bis*, comma 2 cod. proc. pen. e l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. 560
6. La latitanza quale presupposto per la celebrazione del processo *in absentia*. 563
7. Considerazioni conclusive. 565
Indice delle sentenze citate 567

CAPITOLO II

L'ABROGAZIONE TACITA DELLA NOTIFICA ALL'IMPUTATO ASSENTE DELLA SENTENZA EMESSA NEL GIUDIZIO ABBREVIATO
(RAFFAELE PICCIRILLO)

1. Il caso e la questione controversa. 569
2. La linea giurisprudenziale maggioritaria. 570
3. La linea antiabrogazionista della giurisprudenza minoritaria. 570
4. Il principio enunciato da Sez. U, n. 698 del 24/10/2019 – dep. 2020, Sinito, Rv. 277470. L'impianto della decisione. 572
   4.1. La ricostruzione diacronica della disciplina della costituzione dell'imputato nel giudizio abbreviato dal Codice del 1988 alla legge Carotti. 572
   4.2. L'abrogazione dell'istituto contumaciale e della notifica ex art. 548, comma 3, cod. proc. pen. ... 574
   4.3. Nessuna *reviviscenza* dell'obbligo di notifica della decisione dopo la legge n. 67 del 2014. 575
   4.4. Confutazione del paventato contrasto della tesi abrogazionista con i principi CEDU: la superfluità della notifica della decisione nel sistema *in absentia*. 576
5. L'impregiudicata tutela dell'affidamento incolpevole e gli scenari per il *prospective overruling* in ambito penale. 578
Indice delle sentenze citate 581

SEZIONE V
PROCEDIMENTI SPECIALI

CAPITOLO I

ABBREVIATO CONDIZIONATO E MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE NON COLLEGATA ALL'ATTIVITA' INTEGRATIVA ESPLETATA
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. La questione controversa. 585
2. La giurisprudenza di legittimità sul tema. 589
3. La sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2010. 596
4. Considerazioni di sintesi. 600
Indice delle sentenze citate 602

SEZIONE VI
IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

RESTITUZIONE NEL TERMINE PER IMPUGNARE LA SENTENZA CONTUMACIALE ED EFFETTIVA CONOSCENZA DEL PROCEDIMENTO
(ANNA MAURO)

1. Premessa. 605
2. Il caso. 605
3. La rimessione alle Sezioni Unite. 606
4. La decisione delle Sezioni Unite. 607

Indice delle sentenze citate.....613

CAPITOLO II

SENTENZA DI ESTINZIONE DEL REATO PER PRESCRIZIONE E INTERESSE AD IMPUGNARE DELLA PARTE CIVILE
(MARIA CRISTINA AMOROSO)

1. Premessa.....615
2. La normativa di riferimento. 615
3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. L'orientamento affermativo della ammissibilità dell'impugnazione. 616
4. L'orientamento negativo. 618
5. L'indirizzo intermedio. 618
6. La rimessione alle Sezioni Unite. 619
7. Le Sezioni Unite n. 28911 del 28 marzo 2019. 620
Indice delle sentenze citate.....626

CAPITOLO III

LA RICORRIBILITA' IN CASSAZIONE DEL PROVVEDIMENTO CON CUI IL TRIBUNALE NEGHI L'APPLICAZIONE DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 34-BIS, COMMA 6, D. LGS. N. 159/2011
(GENNARO SESSA)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite.....627
2. L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'impugnabilità del provvedimento del tribunale. 629
3. L'orientamento giurisprudenziale contrario all'impugnabilità del provvedimento del tribunale. 631
4. Il contributo offerto alla soluzione del contrasto da Sez. 1, n. 29487 del 07.05.2019, Tribunale di Catanzaro c./Tribunale di Trento.....638
5. La decisione delle Sezioni Unite. 640
Indice delle sentenze citate.....643

CAPITOLO IV

LA RICORRIBILITA' IN CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO PER VIZIO RELATIVO ALL'APPLICAZIONE DI UNA MISURA DI SICUREZZA O DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA ACCESSORIA
(DEBORA TRIPICCIONE)

1.Premessa. 645
2. La modifica del regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento. 645
3. La questione relativa alla ricorribilità del punto concernente l'applicazione di una misura di sicurezza. 648
3.1 La soluzione prospettata nell'ordinanza di rimessione. 657
4. La questione relativa alla ricorribilità del punto concernente l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria. 659
Indice delle sentenze citate.....665

CAPITOLO V

IL GIUDIZIO DI RINVIO EX ART. 622 COD. PROC. PEN.
(PAOLA PROTO PISANI)

1. Premessa.....667
2. La giurisprudenza penale della Corte in tema di regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile. 668

3. La giurisprudenza civile della Corte in tema di regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile. 672
4. L'ambito di applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen. secondo la giurisprudenza penale della Corte. 679
4.1. Le recenti sentenze della Corte di cassazione. 685
5. Questioni in tema di ammissibilità dell'impugnazione della parte civile delle sentenze di proscioglimento. 688
Indice delle sentenze citate 695

CAPITOLO VI

L'AMMISSIBILITA' DELLA REVISIONE DELLA SENTENZA CHE DICHIARANDO NON DOVERSI PROCEDERE PER L'ESTINZIONE DEL REATO CONFERMI LE STATUIZIONI CIVILI
(PAOLA PROTO PISANI)

1. Premessa. 699
2. Il contrasto risolto dalle Sezioni Unite. 699
3. La sentenza delle Sezioni Unite Milanesi. 701
4. Le questioni ancora aperte in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento. 704
Indice delle sentenze citate 706

CAPITOLO VII

LE SEZIONI UNITE SUI "FRATELLI MINORI" DI CONTRADA.
(PAOLO DI GERONIMO)

1. La sentenza della Corte EDU sul caso "Contrada 707
2. L'adeguamento alla sentenza "Contrada" 708
3. L'estensione ai "fratelli minori" della sentenza "Contrada": la tesi contraria. 711
3.1. La sentenza "Esti" e la contestazione della natura giurisprudenziale del concorso esterno. 713
3.2. Le sentenze "Marfia" e "Marino". 715
4. La diversa impostazione seguita nell'ordinanza di rimessione. 718
4.1. La prevedibilità soggettiva. 720
5. L'estensibilità *erga alios* dei principi affermati dalla Corte EDU nel caso "Contrada" 722
6. La soluzione accolta dalle Sezioni unite Genco. 723
Indice delle sentenze citate 725

SEZIONE VII
ESECUZIONE

CAPITOLO I

RECENTI QUESTIONI IN TEMA DI DIVIETO DI SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE E DI CONCESSIONE DEI BENEFICI PENITENZIARI PER I CONDANNATI PER REATI OSTATIVI
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. L'origine dell'art. 4-*bis* ord. pen. e le sue successive modifiche. 727
2. La compatibilità costituzionale. 729
2.1 (segue) e convenzionale. 735
3. L'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione: questioni di diritto intertemporale. 737
4. Ulteriori questioni applicative: i reati aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991. 741
4.1 La portata del rinvio dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. all'art. 4-*bis* ord. pen. 742
5. Il presupposto dell'utile collaborazione. 743

6. Lo scioglimento del cumulo in caso di provvedimento di unificazione di pene concorrenti comprendente un titolo per reato ostativo. 746
Indice delle sentenze citate....748

CAPITOLO II

L'ESPULSIONE DELLO STRANIERO QUALE MISURA ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE
(FULVIO FILOCAMO)

1. Premessa....751
2. Aspetti procedurali. 752
2.1. Le impugnazioni....752
2.2. Le verifiche del giudice....753
2.3. Compatibilità con le altre misure alternative alla detenzione....754
3. Le cause ostative. 756
Indice delle sentenze citate....758

SEZIONE VIII
RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

CAPITOLO II

L'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO
(ANDREA VENEGONI)

1. Premessa....759
2. Autonomia del provvedimento di riconoscimento....760
3. Questioni processuali. 761
4. Impugnazioni....761
Indice delle sentenze citate....764

PARTE QUARTA
SPESE DI GIUSTIZIA

SEZIONE I
INDENNITÀ DI CUSTODIA

CAPITOLO I

LA COMPETENZA ALLA LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI AL CUSTODE GIUDIZIARIO: CHI E' IL "MAGISTRATO CHE PROCEDE"?
(ELENA CARUSILLO)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite....765
2. Le ragioni della questione controversa. 766
3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. 767
4. Il decreto di archiviazione e la sua natura. 770
5. La sentenza delle Sezioni Unite "Seghaier": una traccia per la soluzione della questione. 771
6. La ricaduta della decisione sulla dichiarazione di incompetenza....773
7. La decisione. 776
Indice delle sentenze citate....777

SEZIONE II
PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

CAPITOLO I

PARTE CIVILE AMMESSA AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO E POTERI DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUI PROVVEDIMENTI DI LIQUIDAZIONE
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Questione controversa. 779
2. Orientamento maggioritario in generale. 779
2.1. Orientamento maggioritario esplicito. 780
2.2. Orientamento maggioritario implicito. 780
3. Il "leading case" dell'orientamento minoritario. 782
3.1. Orientamento minoritario e giudizio di legittimità. 784
3.2. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte costituzionale. 784
4. Orientamento intermedio. 785
5. La decisione delle Sezioni Unite. 786
6. Riflessioni conclusive. 787
Indice delle sentenze citate 789

CAPITOLO II

FALSITA' O IMCOMPLETEZZA DELLA DICHIARAZIONE PER L'AMMISSIONE AL GRATUITO PATROCINIO E MANCATO SUPERAMENTO DEL LIMITE DI REDDITO
(ELENA CARUSILLO)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite. 791
2. L'origine della questione controversa. 791
3. Natura giuridica e profili strutturali dell'istituto del patrocinio difensivo: cenni. 793
4. Il potere di controllo dell'autocertificazione da parte del giudice: la giurisrudenza sul punto. 794
5. La revoca di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002. 796
6. La sentenza delle Sezioni Unite "Infanti" e la ricaduta sulla successiva giurisprudenza. 798
7. Le ipotesi di revoca di cui all'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002. 800
8. La natura del provvedimento di revoca. 802
9. La decisione. 804
Indice delle sentenze citate 805

VOLUME II

PARTE TERZA

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I

GIURISDIZIONE E COMPETENZA

CAPITOLO I

COMPETENZA DEL GIUDICE SUPERIORE IN RELAZIONE AD UN REATO DI COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Riqualificazione del fatto in un reato di competenza del giudice di pace: Sez. U, n. 28908 del 27/09/2018 (dep. 2019), Rv. 275869-01, Balais. 3. Sopravvenuto difetto di connessione determinante l'attrazione del reato di competenza del giudice di pace nella competenza del giudice superiore: Sez. U, n. 28909 del 27/09/2018 (dep. 2019), Rv. 275870-01, Treskine. 4. Analisi unitaria delle questioni controverse devolute alle Sezioni Unite. 5. Orientamento maggioritario. 6. Orientamento minoritario. 7. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte Costituzionale. 8. Le decisioni delle Sezioni Unite. 9. Rapporto tra regola ed eccezione. 10. Giurisprudenza successiva agli interventi delle Sezioni Unite. 11. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nell'ambito di due procedimenti chiamati alla medesima udienza del 27 settembre 2018, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state richieste di pronunciarsi sul tema della cd. competenza per materia per eccesso del tribunale ed eventualmente della corte d'assise rispetto ad un reato attribuito dalla legge alla competenza del giudice di pace.

Sussisteva, invero, un contrasto di giurisprudenza circa il potere, o meno, del giudice superiore di decidere anche sul reato di competenza del giudice di pace.

Gli angoli di visuale – necessariamente specifici – dai quali le Sezioni Unite hanno affrontato il tema che ne occupa erano delineati da due articolate ordinanze "gemelle" della Quinta Sezione, la n. 35292 del 14/06/2018, Balais, e la n. 35293 del 14/06/2018, Treskine, cui hanno fatto seguito due sentenze parimenti "gemelle", entrambe deliberate alla predetta udienza ed entrambe depositate il 3 luglio 2019.

2. Riqualificazione del fatto in un reato di competenza del giudice di pace.

Con la **sentenza n. 28908 del 27/09/2018 (dep. 2019), Rv. 275869-01, Balais**, le **Sezioni Unite**, risolvendo un contrasto di giurisprudenza acuitosi negli ultimi anni, hanno affermato il seguente principio di diritto: «L'incompetenza a conoscere dei reati appartenenti alla cognizione del giudice di pace deve essere dichiarata dal giudice togato in ogni stato e grado del processo ex art. 48 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in deroga al regime ordinario di cui agli artt. 23, comma 2, e 24, comma 2, cod. proc. pen., ferma restando, in caso di riqualificazione del fatto in un reato di competenza del giudice di pace, la competenza del giudice togato in applicazione del criterio della "perpetuatio iurisdictionis", purché il reato gli sia stato correttamente attribuito "ab origine" e la riqualificazione sia dovuta ad acquisizioni probatorie sopravvenute nel corso del processo».

In particolare, la questione devoluta alle Sezioni Unite, giusta Sez. 5, n. 35292 del 2018, di rimessione degli atti al Primo Presidente, era «se il tribunale, a seguito della riqualificazione del fatto originariamente contestato in un reato di competenza del giudice di pace, debba dichiarare la propria incompetenza per materia in favore del giudice di pace e disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274».

3. Sopravvenuto difetto di connessione determinante l'attrazione del reato di competenza del giudice di pace nella competenza del giudice superiore.

Come anticipato in apertura, il tema che investiva le Sezioni Unite si presentava più ampio di quello loro rimesso da Sez. 5, n. 35292 del 2018, poiché, contemporaneamente, giusta Sez. 5, n. 35293 del 2018, Treskine, le stesse erano altresì chiamate a pronunciare sulla questione affine, e per vero complementare, ma non coincidente, riassumibile nell'interrogativo «se, nel caso di connessione tra procedimenti di competenza del giudice di pace e procedimenti del tribunale, quest'ultimo, con la sentenza con cui assolve l'imputato dal reato di sua competenza, debba dichiarare la propria incompetenza per materia in ordine al residuo reato e disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274».

Avuto riguardo a detta seconda questione, con la **sentenza n. 28909 del 27/09/2018 (dep. 2019), Rv. 275870-01, Treskine**, le **Sezioni Unite**, risolvendo dunque il "parallelo" contrasto di giurisprudenza, hanno affermato il seguente principio di diritto: «L'incompetenza a conoscere dei reati appartenenti alla cognizione del giudice di pace deve essere dichiarata dal giudice togato in ogni stato e grado del processo ex art. 48 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in deroga al regime ordinario di cui agli artt. 23, comma 2, e 24, comma 2, cod. proc. pen., fermo

restando che la sopravvenuta mancanza del vincolo di connessione, giustificativo della competenza del giudice togato anche per il reato minore, non determina, in applicazione del criterio della "perpetuatio iurisdictionis", il venir meno di quest'ultima, purché "ab origine" correttamente individuata».

4. Analisi unitaria delle questioni controverse devolute alle Sezioni Unite.

Effettivamente, in una complessiva visione sistematica, volta a sussumere entrambe le questioni devolute alle Sezioni Unite in un unitario antecedente logico, a sua volta inserito nel contesto delle peculiarità che caratterizzano il procedimento dinanzi al giudice di pace rispetto al procedimento ordinario, ben può rilevarsi come le "res controversae" involgessero un problema del pari unitario, dibattuto tanto in dottrina quanto, e forse soprattutto, in giurisprudenza. Detto problema pone l'alternativa se il giudice superiore sia gravato dell'obbligo, «in ogni stato e grado del processo», secondo quanto prevede l'art. 48 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, di dichiarare la propria incompetenza in favore del giudice di pace, oppure se, una volta maturato il termine dell'art. 491, comma 1, cod. proc. pen., entro cui, stanti gli artt. 21, comma 3, e 23, comma 2, cod. proc. pen., deve essere eccepita anche l'incompetenza per materia per eccesso pur derivante da connessione, sia legittimato – ed in tal caso a quali condizioni – a trattenere comunque la competenza per il reato del giudice di pace.

La scaturigine dell'esposta perplessa alternativa deriva dall'"incipit" dell'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000, giacché la formula: «In ogni stato e grado del processo» (che, peraltro, esclude di per sé la fase delle indagini preliminari) può essere interpretata sia nel senso che il giudice superiore deve sempre declinare la competenza in favore del giudice di pace, a prescindere dallo stato e dal grado in cui versa il processo, sia nel senso che la regola della rilevabilità (anche) "ex officio" dell'incompetenza per materia per eccesso pur derivante da connessione deve essere coordinata con la disciplina codicistica dell'eccezione e del rilievo di quel tipo di incompetenza, di guisa che, superato il termine dell'art. 491, comma 1, cod. proc. pen., la competenza del giudice superiore si consolida anche per il residuo reato del giudice di pace.

5. Orientamento maggioritario.

In argomento, si contrapponevano due orientamenti.

L'orientamento maggioritario ricusava la tesi che accorda prevalenza all'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000 sulla disciplina codicistica e, quanto specificamente alla questione oggetto della sentenza Balais, ossia quella della derubricazione "in melius" di un reato più grave in un reato del giudice di pace, sosteneva l'applicabilità del

principio della "perpetuatio iurisdictionis" tanto qualora la derubricazione fosse ritenuta dal giudice di primo grado in sentenza, difettando una tempestiva (o prospettica o semplicemente ormai non più possibile) eccezione di incompetenza (Sez. 5, n. 4673 del 25/11/2016, Tramonti; Id., n. 28651 del 02/05/2016, Seletto; Id., n. 25763 del 13/03/2015, Signorelli; Id., n. 39943 del 24/10/2008, F.F.), quanto qualora ad operare la derubricazione fosse il giudice di appello.

Le uniche due sentenze massimate riguardano questo secondo caso e, sovrapponibilmente, affermano che «la corte di appello, quando, riqualificando un fatto giudicato dal tribunale, lo riconduce ad una fattispecie di reato di competenza del giudice di pace, può decidere, anche fuori dai casi previsti dall'art. 6 del D.Lgs. n. 74 del 2000, nel merito della impugnazione senza dover trasmettere gli atti al pubblico ministero e dichiarare contestualmente la competenza del giudice di pace» (Sez. 5, n. 42827 del 16/07/2014, Rv. 262114, Schintu, e Sez. 3, n. 21257 del 05/02/2014, Rv. 259655, C., cui "adde", per un'espressa conferma del principio, Sez. 5, n. 37207 del 26/04/2017, Schintu, resa nei confronti del medesimo imputato di Sez. 5, n. 42827 del 2014).

Appartenevano "a fortiori" all'orientamento maggioritario le sentenze che, a proposito della questione, oggetto della seconda rimessione alle Sezioni Unite, decisa con la sentenza Treskine, ossia quella relativa alle sorti del reato del giudice di pace in caso di scioglimento del vincolo connettivo che lo avvince ad un reato più grave, proclamavano "apertis verbis" che l'incompetenza per eccesso in favore del giudice di pace dovesse essere eccepita o rilevata entro la barriera preclusiva di cui all'art. 491, comma 1, cod. proc. pen., richiamato dagli artt. 21, comma 3, e 23, comma 2, cod. proc. pen., non rilevando, in senso contrario, il pur apparentemente contrastante tenore letterale dell'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000, siccome non incidente sulla generale applicabilità della disciplina codicistica.

La "regula iuris" è consacrata da tre sentenze massimate (Sez. 5, n. 25499 del 27/03/2015, Rv. 265144, Spadaro e altro; Sez. 5, n. 15727 del 22/01/2014, Rv. 260560, P.G. in proc. Bartolo; Sez. 3, n. 31484 del 12/06/2008, Rv. 240752, Infante), cui se ne aggiungono svariate non massimate (Sez. 7, n. 38195 del 22/05/2018, Aiello e altro; Sez. 4, n. 1321 del 19/10/2016, Guggiari; Sez. 5, n. 46695 del 03/10/2016, Cattabiani; Sez. 6, n. 43348 del 28/09/2016, Milazzo; Sez. 5, n. 21697 del 26/05/2009, S.S.).

6. Orientamento minoritario.

All'orientamento dominante si contrapponeva una sola sentenza massimata – Sez. 3, n. 12636 del 02/03/2010, Rv. 246816, Ding e altro – secondo cui «la violazione della disciplina sulla competenza per materia del giudice di pace […]

determina l'annullamento senza rinvio da parte della Corte di cassazione della sentenza del giudice monocratico, con conseguente restituzione degli atti al pubblico ministero procedente».

L'insegnamento in parola era ripreso da alcune sentenze non massimate: in particolare, Sez. 5, n. 43486 del 07/04/2014, Quitadamo, e Sez. 5, n. 32995 del 17/04/2012, Rossetti, cui si affiancava altresì Sez. 5, n. 43359 del 02/07/2013, Fiorenti, la quale, nondimeno, lo citava per ritenere la rilevabilità officiosa dell'incompetenza, non per difetto, ma per eccesso.

7. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Peraltro l'orientamento minoritario era allineato alla costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, che da sempre interpreta la competenza per materia del giudice di pace come tendenzialmente esclusiva, anche a motivo delle particolarità del rito (Corte Costituzionale, ud. 24/02/2016, dep. 09/03/2016, n. 50, ord.; Id., ud. 22/10/2014, dep. 28/10/2014, n. 245, ord.; Id., ud. 10/03/2014, dep. 13/03/2014, n. 47, sent.), conseguentemente propendendo per la natura derogatoria dell'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000 rispetto agli artt. 21, 23, 491, comma 1, e(d anche) 521 cod. proc. pen. (Corte Costituzionale, ud. 18/04/2011, dep. 20/04/2011, n. 144, ord.; Id., ud. 03/11/2010, dep.11/11/2010, n. 318, ord.; Id., ud. 05/07/2010, dep. 08/07/2010, n. 252, ord.).

8. Le decisioni delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, in entrambe le sentenze in disamina, a composizione dei rispettivi conflitti, propugnano una soluzione in certo qual modo intermedia rispetto alle posizioni dei due orientamenti in contrasto.

Su un piano generale, convengono Esse esplicitamente con l'orientamento minoritario sulla necessità di assicurare la primazia dell'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000 rispetto alle regole codicistiche dell'incompetenza per materia per eccesso, dal primo conseguentemente derogate, in ragione della «specificità della giurisdizione onoraria» e della «peculiarità del procedimento davanti al giudice di pace», siccome funzionali – come rimarcato dalla Corte Costituzionale nelle pronunce citate in coda alla disamina dell'orientamento minoritario ed altresì da Sez. U, n. 53683 del 22/06/2017, Rv. 271587-01, P.G. in proc. Perini e altro, che ha escluso l'applicabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., nel procedimento davanti al giudice di pace – alla «composizione del dissidio interindividuale» attraverso la «conciliazione tra le parti»:

specificità e peculiarità che riverberano i propri effetti sulla competenza del giudice di pace per i reati "minori" che la legge riserva al medesimo e, tendenzialmente, salvo esplicite previsioni in senso contrario, al medesimo soltanto, alla stregua di un "hortus clausus".

In tale prospettiva, secondo le Sezioni Unite, va «riconosciuto all'art. 48 [cit.] il ruolo di "custode della separatezza" della giurisdizione onoraria», talché «appare difficile sostenere che [esso] non abbia la capacità di derogare alla disciplina codicistica di cui all'art. 23, comma 2, cod. proc. pen.».

Fermo quanto precede, ritengono però al contempo le Sezioni Unite che la rilevata primazia dell'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000 – «destinata ad assicurare un carattere tendenzialmente esclusivo alla giurisdizione di pace» – non sia assoluta.

Viene in linea di conto la natura derogatoria di detto articolo in rapporto al Codice di rito, giacché, qualora esso non esistesse, «non vi è dubbio che il giudice ordinario conserverebbe sempre la sua competenza – salvo tempestiva eccezione – e la conserverebbe utilizzando il […] principio della "perpetuatio iurisdictionis" ("rectius": "competentiae")». Quest'ultimo, a sua volta, se trova copertura nell'esigenza, esplicitata dall'art. 111, comma 3, Cost., di assicurare una ragionevole durata del procedimento, può tuttavia porsi in conflitto con il principio, parimenti fondamentale ai sensi dell'art. 25, comma 1, Cost., del giudice naturale precostituito per legge.

Orbene, nel dichiarato intento di realizzare un delicato punto di equilibrio tra tutte le prospettive in gioco, le Sezioni Unite indicano la soluzione del dubbio interpretativo affermando che, «se la competenza del giudice ordinario è stata individuata correttamente, nel rispetto delle disposizioni processuali, comprese quelle previste dal D.Lgs. [n.] 274 del 2000, il fatto che venga meno il reato più grave, ad esempio per effetto di una assoluzione parziale che determini la scomparsa del vincolo di connessione ovvero […] a seguito di riqualificazione, non determina l'operatività dell'art. 48 [cit.]».

Ciò significa che il "discrimen" di ogni valutazione si situa per così dire "a monte" dei fisiologici sviluppi del giudizio (sia di primo che di secondo grado), atteso che acquisisce rilievo unicamente il radicamento della cognizione del giudice superiore anche per il reato del giudice di pace al momento dell'esercizio dell'azione penale: se esso non è corretto, perché inosservante delle regole attributive della competenza, non può non trovare applicazione (a motivo della sua perentoria formulazione) l'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000, con conseguente rilevabilità dell'incompetenza, a qualsiasi causa dovuta, «in ogni stato e grado del processo»; se invece esso è corretto, perché osservante di tali regole, sarebbe irragionevole rimettere in discussione il tema della (sopravvenuta) incompetenza alla luce di evoluzioni venute a maturarsi solo in costanza di processo, ragion per cui l'ambito

applicativo dell'art. 48 cit. soffre, «anche a garanzia del principio del giudice naturale precostituito per legge», la compressione derivante dall'operatività del principio della "perpetuatio iurisdictionis".

9. Rapporto tra regola ed eccezione.

In definitiva, l'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000, derogatorio in specie dell'art. 23, comma 2, cod. proc. pen., si atteggia a "regola" intesa a presidiare la speciale giurisdizione onoraria, che tuttavia soffre dell'"eccezione" a termine della quale le vicende modificative di un rapporto processuale "ab origine" legittimamente instaurato non retroagiscono sulla competenza.

Combinando regola ed eccezione (alla stregua, sia consentito di sottolineare ulteriormente, della «necessari[a individuazione di] un punto di bilanciamento tra il rispetto del principio della garanzia del giudice naturale e quello della ragionevole durata del processo», la portata sistematica della regola si riduce a misura dell'ampiezza dell'eccezione, dovendosi concludere che l'art. 48 D.Lgs. n. 274 del 2000 finisca per operare «solo nel caso in cui la competenza al giudice diverso da quello di pace sia stata individuata erroneamente», giacché «attribuire un diverso e più generale ambito applicativo all'art. 48 cit. porterebbe ad una irragionevole disapplicazione delle regole sulla competenza».

10. Giurisprudenza successiva agli interventi delle Sezioni Unite.

Nella giurisprudenza successiva agli interventi delle Sezioni Unite, la **sentenza Treskine** è richiamata, in motivazione, da **Sez. U, n. 48590 del 18/04/2019, Rv. 277304-01, confl. comp. Tr. Genova in comp. coll.**, che, investita del tema del riparto di attribuzioni tra giudice monocratico e giudice collegiale nel caso di scioglimento della connessione tra reati attribuiti, l'uno, al giudice monocratico e, l'altro, al giudice collegiale, afferma, in primo luogo, che «l'attribuzione determinata da ragioni di connessione va valutata al momento del rinvio a giudizio e non sulla base dei fatti così come contestati nella richiesta del pubblico ministero» (Rv. 277304-01) e, in secondo luogo, che «il giudice dell'udienza preliminare che, all'esito di tale fase, pronunci sentenza di non luogo a procedere in ordine al reato determinante la cognizione collegiale, deve disporre il rinvio a giudizio dinanzi al tribunale in composizione monocratica e non la restituzione degli atti al pubblico ministero», dacché detta restituzione, «ai sensi dell'art. 33-sexies cod. proc. pen., è necessaria nei soli casi in cui, già in relazione all'originaria imputazione, fosse previsto l'esercizio dell'azione penale mediante citazione diretta» **(Rv. 277304-02).**

La sentenza Treskine è evocata a proposito del primo asserto, in relazione al quale la Corte osserva che «il principio della "perpetuatio iurisdictionis", inteso come immutabilità della competenza[, e dunque anche degli «effetti della connessione sulla composizione del giudice», giusta la rubrica dell'art. 33-quater cod. proc. pen.,] a fini di certezza ed economia processuale e di tutela della ragionevole durata del processo, non può che riferirsi alla determinazione della regiudicanda risultante dal complessivo vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'accusa formulata dal pubblico ministero e alla conseguente individuazione del giudice naturale operata sulla base dell'esito di quel controllo e degli addebiti contestati nel decreto di rinvio a giudizio». Osserva la Corte che, «frutto di una risalente esperienza giudiziaria penale, ribadita anche con l'avvento del processo del 1988, tale principio trova la sua origine nell'esigenza di rendere stabile l'attribuzione di un determinato procedimento al giudice naturale, evitando che vicende processuali, sostanziali od anche normative sopravvenute possano incidere sul rapporto processuale (Sez. U, Treskine […])»; ma, «proprio in considerazione della funzione della "perpetuatio iurisdictionis" [(«di evitare che la competenza, una volta stabilizzata perché sottoposta al vaglio del giudice in relazione all'addebito definitivamente determinato, possa subire modifiche in corso di svolgimento del giudizio, garantendo anche al giudice di poter adeguare la qualificazione giuridica del fatto senza privarsi della competenza»)], si comprende la ragione per cui il suo ambito operativo si collochi dopo il passaggio alla fase del giudizio, allorché si rende necessario garantire quella "stabilità" di competenza che, invece, non è funzionale nel corso delle indagini preliminari» (par. 3.5, pp. 10 e 11).

11. Conclusioni.

Combinando le sentenze Balais e Treskine – tenuto conto che anche nella prima emerge il principio della "perpetuatio iurisdictionis" – con **Sez. U, n. 48590 del 2019, Rv. 277304-01**, sembra di doversi concludere che l'identica condizione legittimante l'operatività delle clausole di salvezza che caratterizzano entrambe le massime estratte dalle prime – ossia la corretta individuazione "ab origine" della competenza del giudice togato anche per il reato minore (che consente la sterilizzazione degli effetti della sopravvenuta mancanza del vincolo connettivo in applicazione del principio della "perpetuatio iurisdictionis", pur nell'ipotesi di riqualificazione dovuta ad acquisizioni probatorie sopravvenute) – si appresta a dover essere apprezzata, in ultimo, con riferimento ai reati che prevedono la celebrazione dell'udienza preliminare, al momento del rinvio a giudizio.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 5, n. 39943 del 24/10/2008, F.F.
Sez. 3, n. 31484 del 12/06/2008, Rv. 240752, Infante
Sez. 5, n. 21697 del 26/05/2009, S.S.
Sez. 3, n. 12636 del 02/03/2010, Rv. 246816, Ding
Sez. 5, n. 32995 del 17/04/2012, Rossetti
Sez. 5, n. 43359 del 02/07/2013, Fiorenti
Sez. 5, n. 42827 del 16/07/2014, Rv. 262114, Schintu
Sez. 5, n. 43486 del 07/04/2014, Quitadamo
Sez. 3, n. 21257 del 05/02/2014, Rv. 259655, C.,
Sez. 5, n. 15727 del 22/01/2014, Rv. 260560, P.G. in proc. Bartolo
Sez. 5, n. 25499 del 27/03/2015, Rv. 265144, Spadaro
Sez. 5, n. 25763 del 13/03/2015, Signorelli
Sez. 5, n. 4673 del 25/11/2016, Tramonti
Sez. 4, n. 1321 del 19/10/2016, Guggiari
Sez. 5, n. 46695 del 03/10/2016, Cattabiani
Sez. 6, n. 43348 del 28/09/2016, Milazzo
Sez. 5, n. 28651 del 02/05/2016, Seletto
Sez. U, n. 53683 del 22/06/2017, Rv. 271587-01, Perini
Sez. 5, n. 37207 del 26/04/2017, Schintu
Sez. U, n. 28909 del 27/09/2018 (dep. 2019), Rv. 275870-01, Treskine
Sez. U, n. 28908 del 27/09/2018 (dep. 2019), Rv. 275869-01, Balais
Sez. 5, n. 35293 del 14/06/2018. Treskine
Sez. 5, n. 35292 del 14/06/2018, Balais
Sez. 7, n. 38195 del 22/05/2018, Aiello
Sez. U, n. 48590 del 18/04/2019, Rv. 277304-01, tr. Genova in comp. coll., Rv. 277304-01 e Rv. 277304-02

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 50 del 24/02/2016
Corte cost., sent. n. 245 del 22/10/2014
Corte cost., sent. n. 47 del 10/03/2014
Corte cost., sent. n. 144 del 18/04/2011
Corte cost., sent. n. 318 del 03/11/2010
Corte cost., sent. n. 252 del 05/07/2010

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SUL RIPARTO DI ATTRIBUZIONE PER CONNESSIONE TRA GIUDICE MONOCRATICO E COLLEGIALE

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. La fattispecie esaminata e le ragioni del contrasto. - 2. Competenza ed attribuzione, profili differenziali. - 3. La *perpetuatio jurisdictionis*. - 4. Il rinvio a giudizio dinanzi al tribunale monocratico. - 5. I casi riconducibili all'art.33-*sexies* cod.proc.pen. - 6. Gli effetti del venir meno della connessione. - 7. Ulteriori ambiti di applicabilità del principio: la competenza per connessione. - 7.1 Diversa qualificazione giuridica del fatto ed effetti sull'attribuzione.

1. La fattispecie esaminata e le ragioni del contrasto.

Alle Sezioni unite si chiedeva di stabilire se l'attribuzione del procedimento alla cognizione del tribunale in composizione monocratica o collegiale, determinata da ragioni di connessione, vada valutata con riferimento al momento in cui ha luogo il rinvio a giudizio, tenendo conto anche degli effetti di una pronuncia di non luogo a procedere che comporti il venir meno del vincolo di connessione; in tal caso, si poneva l'ulteriore quesito di indicare se, residuando solo reati per i quali è prevista la citazione diretta, il giudice dell'udienza preliminare dovesse disporre il giudizio dinanzi al tribunale in composizione monocratica, ovvero la restituzione degli atti al pubblico ministero.

Nel caso oggetto del ricorso, il pubblico ministero formulava la richiesta di rinvio a giudizio contestando contravvenzioni in materia ambientale ed il reato di abuso d'ufficio, fattispecie comportante la cognizione del tribunale in composizione collegiale e, quindi, anche la celebrazione dell'udienza preliminare.

Il giudice dell'udienza preliminare emetteva sentenza di non luogo a procedere per il reato di cui all'art. 323 cod.pen. e, ritenendo che tale pronuncia avesse determinato il venir meno della cognizione del tribunale in composizione collegiale, disponeva il rinvio a giudizio per i residui capi di imputazione dinanzi al tribunale in composizione monocratica, pur trattandosi di reati per i quali sarebbe stata consentita la citazione diretta a giudizio.

Il giudice monocratico disponeva la trasmissione degli atti al tribunale in composizione collegiale, ritenendo che il criterio di attribuzione per i reati connessi dovesse essere valutato al momento del deposito della richiesta di rinvio a giudizio, sicchè, l'attribuzione al collegio non era venuta meno per effetto della pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere in relazione al reato che determinava l'attrazione dell'intero procedimento alla cognizione del tribunale collegiale.

A fronte di tale decisione, il collegio sollevava conflitto di competenza, ritenendo più corretta la tesi secondo cui, se nell'udienza preliminare interviene il proscioglimento per il reato attribuito al collegio, va disposto il rinvio a giudizio per le restanti imputazioni dinanzi al giudice naturale e, quindi, al tribunale in composizione monocratica, anche qualora per i reati residui è prevista la citazione diretta.

La Prima sezione rilevava la sussistenza di un contrasto circa l'individuazione del momento in cui il riparto tra cognizione del tribunale in composizione monocratica e collegiale diviene insuscettibile di modificazioni.

L'orientamento più recente depone nel senso di radicare la cognizione con riferimento al momento in cui viene esercitata l'azione penale.

In tal senso si è espressa Sez. 1, n. 69 del 17/10/2013 - dep. 02/01/2014, Mone, Rv. 258395, emessa in relazione ad una fattispecie totalmente sovrapponibile a quella oggetto del ricorso rimesso alle Sezioni Unite.

La questione è stata risolta partendo dal presupposto secondo cui le regole sulla competenza derivante dalla connessione costituiscono un criterio originario ed autonomo di attribuzione della competenza, il quale, in applicazione del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, opera per tutto il corso del processo anche nel caso in cui, in seguito a provvedimento di separazione o per altro motivo, siano venute meno le ragioni che hanno determinato l'originario radicamento della competenza per connessione.

Secondo tale impostazione, quindi, il termine a decorrere dal quale diviene definitiva ed irrevocabile l'attribuzione della competenza per connessione deve individuarsi nel momento in cui il procedimento penale assume natura giurisdizionale, mediante l'esercizio dell'azione penale con la richiesta di rinvio a giudizio depositata dal pubblico ministero nella cancelleria del giudice, essendo irrilevanti le vicende successive.

In senso difforme si è pronunciata Sez. 6, n. 38298 del 09/07/2003, Gastaldello, Rv. 227047, intervenuta a seguito del ricorso proposto dal pubblico ministero avverso il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare, dopo aver dichiarato non doversi procedere in relazione al reato che determinava la competenza collegiale, disponeva la restituzione degli atti al pubblico ministero, in quanto le restanti imputazioni non solo non erano rimesse alla cognizione del collegio, ma non richiedevano neppure la celebrazione dell'udienza preliminare, trattandosi di reati per i quali era prevista la citazione diretta a giudizio.

In quell'occasione, la Cassazione ha affermato che la forza attrattiva della competenza del Tribunale in composizione collegiale, prevista dall'art. 33-*quater* cod. proc. pen., viene meno qualora il giudice dell'udienza preliminare ritenga - a seguito dell'attribuzione al fatto contestato di una qualificazione giuridica diversa ovvero del

venir meno delle ragioni di connessione - di essere stato erroneamente investito della richiesta di rinvio a giudizio in relazione ad un reato per il quale è prevista la citazione diretta, dovendo pertanto disporre la trasmissione degli atti al P.M. a norma dell'art. 33-*sexies* cod. proc. pen., perché emetta il decreto di citazione a giudizio nei confronti degli imputati per diverso reato attribuito al Tribunale in composizione monocratica.

Le due pronunce esaminate si pongono evidentemente in contrasto tra di loro, nella misura in cui la prima esclude che le vicende dell'imputazione intervenute nel corso o all'esito dell'udienza preliminare possano incidere sul criterio di attribuzione della cognizione; la seconda pronuncia, al contrario, attribuisce rilievo all'eventuale diversa qualificazione od alla pronuncia di sentenza di non luogo a procedere che determini il venir meno della connessione ex art.33-*quater* cod.proc.pen.

Tale contrasto involge evidentemente una problematica più ampia, relativa al momento in cui la connessione – quale criterio originario di determinazione della competenza, ma anche del riparto tra organo monocratico e collegiale – si stabilizza impedendo che fatti successivi possano scindere il legame tra i reati oggetto di accertamento.

2. Competenza ed attribuzione, profili differenziali.

Nel risolvere la problematica in esame, le Sezioni Unite sono partite dall'osservazione secondo cui la connessione tra reati è un criterio previsto sia per stabilire la competenza tra giudici appartenenti ad uffici diversi (artt. 15 e 16, cod.proc.pen.), che per regolare il riparto di attribuzione tra giudice monocratico e collegiale (art. 33-*quater,* cod. proc. pen.).

In entrambe le ipotesi, la connessione costituisce il criterio che rende necessaria la deroga agli ordinari criteri di competenza o di attribuzione, salvo restando che l'ambito rispetto al quale la connessione opera è nettamente distinto.

La nozione di riparto di attribuzione è un concetto che solo in via descrittiva può assimilarsi alla nozione di competenza, atteso che quest'ultima contraddistingue esclusivamente i rapporti tra uffici giudiziari diversi e non all'interno del medesimo ufficio.

L'ontologica differenza fra competenza ed attribuzione trova del resto conferma nel disposto dell'art. 33, comma 3, cod. proc. pen., che esclude espressamente il vizio di attribuzione tra quelli concernenti la capacità del giudice, nonché nella collocazione sistematica degli artt. 33 *bis* e seg. cod. proc. pen., inseriti in Capi separati (VI e VI *bis*) e non all'interno di quello disciplinante il riparto di competenza (Capo II).

La disciplina del riparto di attribuzione è, dunque, un mero criterio interno di assegnazione dei procedimenti tra tribunale in composizione monocratica e collegiale, basato sul dichiarato principio per cui dove sussiste la connessione tra più procedimenti, alcuni dei quali rimessi alla cognizione del tribunale collegiale, a quest'ultimo organo spetta la cognizione dell'intero procedimento, sul presupposto della necessaria attrazione delle imputazioni meno gravi a quelle più gravi.

A conforto della diversa valenza della disciplina che riguarda il riparto di attribuzione, le Sezioni unite hanno richiamato la consolidata giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 419 del 1998; Corte cost., sent. n. 181 del 2001; Corte cost., sent. n. 30 del 2011), secondo cui il principio di precostituzione del giudice naturale non opera con riferimento nel riparto alla diversa articolazione dell'organo giudicante, interna al medesimo ufficio giudiziario.

3. La perpetuatio jurisdictionis.

Fatte le necessarie distinzioni tra competenza e riparto di attribuzione interna, le Sezioni Unite hanno dato atto di come il criterio basato sulla connessione impone di stabilire se ed in quale momento l'attrazione del reato più grave determina la definitiva operatività del criterio, sulla base del principio della *perpetuatio jurisdictionis*.

Si tratta di problematica che, con riferimento al profilo della competenza per connessione, ha dato a sua volta luogo ad un contrasto in giurisprudenza.

Secondo l'orientamento minoritario e più risalente nel tempo, la competenza determinata da ragioni di connessione assume i connotati della definitività solo a seguito del rinvio a giudizio, nel quale viene cristallizzato il *thema decidendum* sul quale il giudice del dibattimento deve pronunciarsi. Ne consegue che ove le ragioni di connessione vengano meno prima della fase dibattimentale, i relativi procedimenti devono essere restituiti ai giudici ordinariamente competenti a trattarli (Sez. 1, n. 2739 del 14/5/1998, Campigli, Rv. 210722; Sez. 1, n. 3308 del 12/5/1997, Olivieri, Rv. 207757; Sez. 6, n. 2211 del 2/6/1997, Avagnano, Rv. 209329; Sez. 6, n. 22426 del 22/4/2008, Sarandria, Rv. 240512; Sez. 6, n. 21840 del 24/05/2012, Cava, Rv. 252793).

Secondo un diverso orientamento, la competenza per connessione va necessariamente determinata all'atto dell'esercizio dell'azione penale, con la conseguenza che, una volta formalizzata l'imputazione con la richiesta di rinvio a giudizio, le vicende successive risultano inidonee ad incidere sul riparto di competenza, che va determinato con criterio *ex ante*, sulla scorta degli elementi disponibili al momento della formulazione dell'imputazione, in attuazione del principio della *perpetuatio jurisdictionis* (Sez. 6, n. 33435 del 4/5/2006, Battistella, Rv. 234350; Sez. 6, n. 1131 del 12/12/1996 - dep. 1997, Cama, Rv. 206901; Sez. 1, n.

3312 del 8/7/1992, Maltese, Rv. 191755; Sez. 4, n. 14699 del 12/12/2012, Perez, Rv. 255498).

Nell'affrontare i richiamati difformi orientamenti, la Sezioni unite hanno richiamato le osservazioni svolte da Sez. U, n. 27343 del 28/2/2013, Taricco, Rv. 255345. Tale pronuncia ha incidentalmente affrontato la questione relativa al momento nel quale il criterio di riparto della competenza per connessione determina la definitiva individuazione del giudice cui è rimessa la cognizione del processo e la concreta operatività della regola della *perpetuatio jurisdictionis*, affermando testualmente che «nell'attuale codice di procedura penale la contestazione è, nella fase delle indagini preliminari, per così dire fluttuante, cosicché il *thema decidendum* del processo si cristallizza soltanto con il rinvio a giudizio». Essa precisa ulteriormente che se «i criteri di attribuzione della competenza riguardano sia la fase delle indagini che quella del giudizio, è pure vero che la competenza diviene definitiva soltanto con la fase del giudizio».

Tale impostazione è stata ritenuta l'unica in grado di garantire l'effettivo svolgimento da parte del giudice dell'udienza preliminare della funzione di controllo sulla corretta formulazione dell'imputazione che, pertanto, diviene definitiva solo all'esito della predetta udienza.

Se l'imputazione si cristallizza solo con il decreto che dispone il giudizio, ne consegue necessariamente che le modifiche alla regiudicanda prodotte dalla sentenza di non luogo a procedere, che determini il venir meno dell'imputazione dotata di *vis attractiva*, si riflettono necessariamente sull'individuazione del giudice - monocratico o collegiale - dinanzi al quale si dovrà celebrare il giudizio. Si tratta, peraltro, di una soluzione che salvaguarda la funzione di vaglio preliminare attribuita al g.u.p. in ordine all'imputazione formulata dal pubblico ministero e impedisce che le scelte dell'organo dell'accusa possano - pur quando manifestamente erronee o infondate - rendere immodificabile l'attribuzione della competenza a un giudice che, in difetto dell'operatività del criterio della connessione, ne sarebbe privo.

Pertanto, l'eventuale proscioglimento relativo al reato che determina lo spostamento della competenza per connessione deve essere necessariamente considerato al fine di ripristinare l'ordinario riparto di competenza erroneamente alterato dalla contestazione di un reato ritenuto - nei termini di irreversibile evidenza richiesti per l'adozione di una sentenza di non luogo a procedere - non sussistente o in concreto non perseguibile.

Le Sezioni unite si sono poste il problema di vagliare la compatibilità del principio sopra affermato con quello secondo cui la competenza per connessione costituisce un originario di riparto della competenza, ritenendo che solo ammettendo il controllo del giudice dell'udienza preliminare si garantisce la salvaguardia del principio di precostituzione del giudice naturale, evitando che

l'individuazione della competenza sia frutto di valutazioni del pubblico ministero sottratto ad un adeguato potere di controllo.

Sulla base di tali argomentazioni, la Sezioni unite hanno concluso nel senso di ritenere che l'applicazione delle regole sul riparto dell'attribuzione della cognizione tra tribunale in composizione collegiale o monocratica vada operata tenendo conto dell'esito dell'udienza preliminare. Il principio affermato da **Sez. U, n. 48590 del 29/11/2019, Sacco, Rv. 277304-01** è stato, pertanto, così massimato «In tema di riparto tra giudice monocratico e collegiale, l'attribuzione determinata da ragioni di connessione va valutata al momento del rinvio a giudizio e non sulla base dei fatti così come contestati nella richiesta del pubblico ministero. (In motivazione, la Corte ha affermato che il principio della "*perpetuatio iurisdictionis*", inteso come immutabilità della competenza a fini di certezza ed economia processuale e di tutela della ragionevole durata del processo, non può che riferirsi alla contestazione risultante dal complessivo vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'accusa formulata dal pubblico ministero e alla conseguente individuazione del giudice naturale operata sulla base dell'esito di quel controllo)».

4. Il rinvio a giudizio dinanzi al tribunale monocratico.

Una volta affermato il principio secondo cui la connessione – ai fini del riparto di competenza o di attribuzione – deve sussistere all'esito dell'udienza preliminare, si pone necessariamente il problema conseguenziale relativo al tipo di provvedimento che il g.u.p. dovrà adottare.

Le fattispecie in concreto ipotizzabili sono evidentemente due e si distinguono a seconda che, per i reati attribuiti al giudice monocratico, sia o meno prevista l'udienza preliminare.

Nella prima eventualità non si pongono problemi di sorta, atteso che il venir meno del reato che determinava l'attribuzione al collegio non incide sul regime della fase precedente al giudizio, nella misura in cui il residuale reato di competenza del giudice monocratico richieda ugualmente la celebrazione dell'udienza preliminare. La modifica, che il giudice dell'udienza preliminare determina per effetto della sentenza di non luogo a procedere, incide unicamente sull'attribuzione monocratica o collegiale prevista per i reati residui, ma lascia inalterata la necessità dell'udienza preliminare.

Ben diversa – e più problematica – è la fattispecie che si verifica ove per i residui reati attribuiti al giudice monocratico è prevista la citazione diretta a giudizio.

Le Sezioni unite sono partite dall'osservazione secondo cui le soluzioni astrattamente praticabili sono due.

La prima potrebbe essere quella di prevedere che il giudice dell'udienza preliminare, una volta determinato il venir meno della cognizione collegiale, disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero, al fine di consentirgli di esercitare l'azione mediante la citazione diretta a giudizio. Si tratta di una soluzione che da un lato riconduce il procedimento nell'*iter* che avrebbe dovuto assumere fin dal principio, ma al contempo determina una obiettiva regressione dello stesso, atteso che dalla fase dell'udienza preliminare, comportante l'avvenuto esercizio dell'azione penale, si tornerebbe alla fase delle indagini per consentire al pubblico ministero il nuovo esercizio dell'azione nelle forme corrette della citazione diretta a giudizio.

La soluzione alternativa sarebbe quella di consentire direttamente al giudice per l'udienza preliminare, una volta pronunciata la sentenza di non luogo a procedere per il reato attribuito al collegio, di disporre il rinvio a giudizio dinanzi al giudice monocratico per le residue imputazioni, pur se per queste ultime sarebbe stata sufficiente la citazione diretta a giudizio.

Tale soluzione appare *ictu oculi* maggiormente rispettosa del principio di economica processuale e di celere definizione del giudizio, determinando l'immediato passaggio del procedimento alla fase del dibattimento, evitando la restituzione degli atti al pubblico ministero all'esclusivo fine di consentire a quest'ultimo il corretto esercizio dell'azione mediante la citazione diretta a giudizio.

La questione, pertanto, è stata risolta da **Sez.U, n. 48590 del 29/11/2019, Sacco, Rv. 277304-02** nel senso di ritenere che «In tema di riparto tra giudice monocratico e collegiale, il giudice dell'udienza preliminare che, all'esito di tale fase, pronunci sentenza di non luogo a procedere in ordine al reato determinante la cognizione collegiale, deve disporre il rinvio a giudizio dinanzi al tribunale in composizione monocratica e non la restituzione degli atti al pubblico ministero. (In motivazione, la Corte ha precisato che la restituzione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art.33-*sexies* cod. proc. pen., è necessaria nei soli casi in cui, già in relazione all'originaria imputazione, fosse previsto l'esercizio dell'azione penale mediante citazione diretta).»

5. I casi riconducibili all'art. 33-*sexies* cod. proc. pen.

Per poter giungere a sostenere la possibilità che il giudice dell'udienza preliminare, una volta disposto il non luogo a procedere per il reato rimesso alla cognizione collegiale, possa disporre direttamente il rinvio a giudizio per le restanti ipotesi di competenza del giudice monocratico, anziché la restituzione degli atti al

pubblico ministero, le Sezioni unite hanno dovuto delimitare l'ambito applicativo dell'art.33-*sexies* cod.proc.pen.

Quest'ultima norma, infatti, dispone testualmente che «Se nell'udienza preliminare il giudice ritiene che per il reato deve procedersi con citazione diretta a giudizio pronuncia, nei casi previsti dall'articolo 550, ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero per l'emissione del decreto di citazione a giudizio», sicchè sembrerebbe escludere la possibilità di un rinvio a giudizio anche con riguardo a reati per i quali non è prevista l'udienza preliminare.

Le Sezioni unite hanno affermato, tuttavia, che la disciplina dell'art. 33-*sexies* cod. proc. pen. va letta congiuntamente a quella relativa al termine entro il quale rilevare od eccepire l'inosservanza delle disposizioni relative alla cognizione monocratica o collegiale. L'art. 33-*quinquies* cod. proc. pen., infatti, stabilisce che l'erronea individuazione dell'attribuzione collegiale o monocratica deve essere eccepita o rilevata a pena di decadenza "prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se questa manchi, entro il termine previsto dall'art. 491, comma".

Dalla correlazione tra il rimedio (restituzione degli atti al p.m.) ed il termine per rilevare il vizio dell'azione, se ne deduce che il modulo procedurale previsto all'art. 33-*sexies* cod. proc. pen. è riferito ai casi in cui il vizio nella modalità dell'esercizio dell'azione è rilevabile dalla stessa formulazione dell'imputazione. L'ipotesi disciplinata dalla citata norma, pertanto, concerne le ipotesi in cui i fatti-reato, così come contestati dal pubblico ministero e senza che vi sia alcun intervento da parte del giudice, richiedono la citazione diretta a giudizio (vedi, Sez. 5, n. 31975 del 10/07/2008, Ragazzoni, Rv. 241162).

La previsione di termini preclusivi richiede infatti necessariamente la preesistenza, e quindi la conoscibilità per le parti, del presupposto per l'esercizio della facoltà, sicché il regime dell'eccezione di parte di cui all'art. 33 -*quinquies* cod. proc. pen. e la relativa decadenza devono necessariamente riferirsi all'imputazione originaria così come formulata dal pubblico ministero e non si applicano alla diversa ipotesi del mutamento dell'imputazione per effetto di una sopravvenuta diversa valutazione da parte del giudice dell'udienza preliminare.

6. Gli effetti del venir meno della connessione.

Ben diversa è, invece, l'ipotesi che si verifica qualora il pubblico ministero – avendo ipotizzato la connessione tra reati rimessi al collegio e reati a citazione diretta – ha correttamente chiesto il rinvio a giudizio. In tal caso, non opera il precetto di cui all'art.33-*sexies* cod.proc.pen., proprio perché il giudice dell'udienza preliminare è stato legittimamente investito della cognizione dei reati per i quali è richiesta l'udienza preliminare.

Il fatto che, all'esito dell'udienza preliminare e per effetto di una sentenza di non luogo a procedere limitata al solo reato che imponeva la richiesta di rinvio a giudizio, siano residuati solo reati a citazione diretta, non impone la restituzione degli atti al pubblico ministero, bensì legittima il rinvio a giudizio direttamente dinanzi al giudice monocratico.

7. Ulteriori ambiti di applicabilità del principio: la competenza per connessione.

I principi affermati dalle Sezioni unite consentono di fornire una possibile soluzione anche a problematiche similari a quella oggetto dell'ordinanza di rimessione.

In linea generale, va rimarcato come le Sezioni unite hanno ritenuto che il principio della *perpetuatio iurisdictionis* non è espressamente menzionato dal codice di procedura penale, mentre l'art. 5 cod. proc. civ. prevede che «la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo». Tuttavia, si riconosce la natura generale del principio, che trova la sua origine nell'esigenza di rendere stabile l'attribuzione di un determinato procedimento al giudice naturale, evitando che vicende processuali, sostanziali od anche normative sopravvenute possano incidere sul rapporto processuale (Sez. U, n. 28909 del 27/9/2018, Treskine, Rv. 275870).

La finalità, pertanto, è essenzialmente quella di evitare che la competenza, una volta stabilizzata perché sottoposta al vaglio del giudice in relazione all'addebito definitivamente determinato, possa subire modifiche in corso di svolgimento del giudizio, garantendo anche al giudice di poter adeguare la qualificazione giuridica del fatto senza privarsi della competenza. Al contempo, la *perpetuatio iurisdictionis* assicura il rispetto dei principi di certezza ed economia processuale, ed è funzionale all'interesse dell'amministrazione giudiziaria alla ragionevole durata del processo, tutelato dall'art. 111, terzo comma, Cost.

Proprio in considerazione della funzione della *perpetuatio iurisdictionis*, le Sezioni unite hanno affermato che l'ambito operativo dell'istituto si colloca dopo il passaggio alla fase del giudizio, allorché si rende necessario garantire quella "stabilità" di competenza che, invece, non è funzionale nel corso delle indagini preliminari.

Oltre alle considerazioni che sono conseguite da tale affermazione con riguardo al profilo specifico del riparto di attribuzione tra giudice monocratico e collegiale,

pare corretto estendere il principio anche alle similari problematiche che si pongono nel caso di competenza per connessione.

Del resto, le Sezioni unite – dopo aver tenuto a distinguere la competenza per connessione dall'analogo criterio di riparto della attribuzione – hanno chiaramente affermato come l'erronea individuazione della competenza per connessione non vincola il giudice dell'udienza preliminare, al quale è demandato il vaglio sul corretto esercizio dell'azione penale.

Sulla base delle argomentazioni riguardanti tale aspetto, pare corretto ritenere che la sentenza delle Sezioni unite indichi un criterio che concerne non già il solo caso in cui venga meno il reato che determina, per effetto della connessione, l'attribuzione della cognizione al giudice monocratico, anziché al collegio. Analogo principio, infatti, è specularmente applicabile anche alle ipotesi in cui la connessione, successivamente venuta meno all'esito dell'udienza preliminare, aveva comportato lo spostamento della competenza.

Le Sezioni unite si esprimono chiaramente in favore di tale soluzione, lì dove testualmente si afferma che la competenza per connessione, pur essendo un criterio autonomo ed originario di attribuzione della competenza, si determina stabilmente soltanto attraverso il vaglio giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale compiuto dal giudice nei termini stabiliti dal codice di rito a pena di decadenza.

Con la conseguenza che l'eventuale proscioglimento relativo al reato che determina lo spostamento della competenza per connessione deve essere necessariamente considerato al fine di ripristinare l'ordinario riparto di competenza erroneamente alterato dalla contestazione di un reato ritenuto - nei termini di irreversibile evidenza richiesti per l'adozione di una sentenza di non luogo a procedere - non sussistente o in concreto non perseguibile.

7.1 Diversa qualificazione giuridica del fatto ed effetti sull'attribuzione.

Il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite è espressamente calibrato con riferimento all'ipotesi in cui l'attribuzione al giudice monocratico, anziché al collegio, sia frutto della pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere relativamente al reato che determinava la cognizione dell'organo collegiale.

La regola, tuttavia, dovrebbe trovare identica applicazione anche nella diversa ipotesi in cui il giudice dell'udienza preliminare dia al fatto contestato una diversa qualificazione giuridica, da cui consegua l'attribuzione al tribunale monocratico con citazione diretta.

Anche in tale ipotesi, la necessità di modificare il rito consegue al controllo compiuto dal giudice dell'udienza preliminare sulla correttezza dell'imputazione,

sicchè si tratta di una fattispecie similare a quella che si realizza allorchè il giudice dell'udienza preliminare, adottando una sentenza di non luogo a procedere, fa venir meno le ragioni della connessione ex art. 33-*quater* cod.proc.pen.

In entrambe le fattispecie, infatti, l'esigenza di mutamento del rito non nasce dall'originaria erronea indicazione del rito da seguire da parte del pubblico ministero, bensì da una diversa valutazione sulla qualificazione giuridica, ovvero sulla sostenibilità dell'accusa in giudizio, valutazioni entrambe frutto dell'esercizio di quel potere di controllo preventivo che è proprio del giudice dell'udienza preliminare.

Fatta tale premessa, occorre dar atto dell'esistenza di un contrasto in merito alle conseguenze della diversa qualificazione del fatto all'esito dell'udienza preliminare.

Secondo un primo orientamento, è abnorme, in quanto determina una indebita regressione del processo, il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare il quale, investito della richiesta di rinvio a giudizio per un reato che prevede la celebrazione dell'udienza preliminare, disponga, previa riqualificazione giuridica del fatto, la restituzione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 33-*sexies* cod.proc.pen., affinchè proceda con citazione diretta (Sez. 5, n. 10531 del 20/02/2018, Lazzarini, Rv. 272593; in senso sostanzialmente conforme Sez. 5, n. 35153 del 19/04/2016, Branca, Rv. 267766; Sez. 3, n. 51424 del 18/09/2014, Longhi, Rv. 261397).

Secondo un contrario orientamento, non è abnorme il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero sul presupposto della diversa qualificazione del fatto (**Sez. 6, n. 6945 del 13/2/2019, Alioti**; in senso conforme si veda Sez. 1, n. 47766 del 06/11/2008, Longari, Rv. 242747; Sez. 6, n. 41037 del 20/10/2009, Betti, Rv. 245033).

Applicando i principi elaborati dalle Sezioni unite, si ritiene che il suddetto contrasto dovrebbe essere agevolmente risolto privilegiando la tesi secondo cui l'imputazione diviene definitiva solo all'atto del passaggio alla fase del giudizio e, quindi, l'eventuale diversa qualificazione compiuta dal giudice dell'udienza preliminare dovrebbe produrre effetti anche in ordine all'individuazione dell'organo giudicante cui è attribuita la cognizione del diverso reato risultante all'esito del vaglio compiuto in udienza preliminare.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 48590 del 29/11/2019, Sacco, Rv. 277304
Sez. 6, n. 6945 del 13/2/2019, Alioti
Sez. U, n. 28909 del 27/9/2018, Treskine, Rv. 275870
Sez. 5, n. 10531 del 20/02/2018, Lazzarini, Rv. 272593
Sez. 5, n. 35153 del 19/04/2016, Branca, Rv. 267766
Sez. 3, n. 51424 del 18/09/2014, Longhi, Rv. 261397
Sez. 1, n. 69 del 17/10/2013, Mone, Rv. 258395
Sez. U, n. 27343 del 28/2/2013, Taricco, Rv. 255345
Sez. 4, n. 14699 del 12/12/2012, Perez, Rv. 255498
Sez. 6, n. 21840 del 24/05/2012, Cava, Rv. 252793
Sez. 1, n. 47766 del 06/11/2008, Longari, Rv. 242747
Sez. 6, n. 41037 del 20/10/2009, Betti, Rv. 245033
Sez. 5, n. 31975 del 10/07/2008, Ragazzoni, Rv. 241162
Sez. 6, n. 22426 del 22/4/2008, Sarandria, Rv. 240512
Sez. 6, n. 33435 del 4/5/2006, Battistella, Rv. 234350
Sez. 6, n. 38298 del 09/07/2003, Gastaldello, Rv. 227047
Sez. 1, n. 2739 del 14/5/1998, Campigli, Rv. 210722
Sez. 1, n. 3308 del 12/5/1997, Olivieri, Rv. 207757
Sez. 6, n. 2211 del 2/6/1997, Avagnano, Rv. 209329
Sez. 6, n. 1131 del 12/12/1996, Cama, Rv. 206901
Sez. 1, n. 3312 del 8/7/1992, Maltese, Rv. 191755

SEZIONE II

MISURE CAUTELARI REALI

CAPITOLO I

IL REVIREMENT DELLE SEZIONI UNITE SULLA LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE A CONTRASTARE IL SEQUESTRO FINALIZZATO ALLA CONFISCA

(RAFFAELE PICCIRILLO)

SOMMARIO: 1. I precedenti arresti delle Sezioni Unite. - 1.1. La soluzione Focarelli: la legittimazione del curatore quale riflesso della funzione istituzionale della procedura e dell'ufficio fallimentare. - 1.2. Il principio Uniland: il disconoscimento della legittimazione del curatore in quanto non titolare portatore di diritti reali. - 2. L'insoddisfazione della giurisprudenza per il principio Uniland. - 3. La questione rimessa alle Sezioni Unite e la lettura dell'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. - 4. Le caratteristiche del caso e la proposta del *distinguishing*. - 5. L'inevitabilità del confronto con il principio Uniland. - 5.1. L'estensione del principio Uniland al di là dei casi di sequestro ex artt. 19-53 d.lgs. n. 231 del 2001. - 5.2. L'inconferente richiamo del principio di consecuzione delle procedure concorsuali. - 5.3. Non è vero che il principio Uniland attiene al solo problema della concorrenza di vincoli legittimi. - 6. Le ragioni del cambio di rotta. - 6.1. La centralità degli artt. 322, 322-bis e 325 cod. proc. pen. e la *distinta fisionomia* dell'avente diritto alla restituzione. - 6.2. Il curatore fallimentare quale portatore di una disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata dei beni fallimentari. - 6.3. L'interesse concreto del curatore a contrastare il sequestro. - 6.4. Le conclusioni delle Sezioni Unite e il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. - 6.5. L'autonoma legittimazione del curatore e l'opponibilità del giudicato formatosi sull'impugnazione del debitore fallito. - 7. Legittimità del sequestro del denaro a fini di confisca diretta del profitto del reato tributario e oneri di allegazione del ricorrente. - 8. La legittimazione del curatore a impugnare il sequestro di prevenzione.

1. I precedenti arresti delle Sezioni Unite.

Con la decisione **n. 45936 del 26/09/2019, Fall. Mantova Petroli s.r.l. in liquidazione, Rv. 277257-01** le Sezioni Unite sono ritornate, per la terza volta in quindici anni, sul tema della legittimazione del curatore a contrastare, con istanze di revoca e con impugnazioni, il sequestro preventivo disposto a fini di confisca su beni ricompresi, *in potenza* o *in atto,* nell'attivo fallimentare.

Nelle occasioni precedenti (Sez. U, n. 29951 24/05/2004, Focarelli e Sez. U, n. 11170 del 25/09/2014 - dep. 2015, Uniland s.p.a.), il tema non costituiva oggetto diretto delle controversie interpretative rimesse alle Sezioni unite, al centro delle quali stava la questione della permeabilità, o meno, del sequestro penale alle ragioni della procedura concorsuale, nel caso in cui le due procedure concorressero sui medesimi beni.

I *dicta* sulla legittimazione del curatore rispondevano alla necessità di risolvere la questione preliminare dell'ammissibilità dell'impugnazione e riflettevano, nel loro contraddirsi, un diverso approccio al tema generale dei rapporti tra il sequestro

penale e lo *spossessamento* fallimentare: più *pragmatico* l'approccio del 2004; più *ideologico* quello del 2014.

L'insoddisfazione di giurisprudenza e dottrina per il principio di più recente enunciazione e per le sue implicazioni è stata intercettata dalla Terza Sezione, con **l'ordinanza n. 22602 del 16/04/2019**, emessa in applicazione della recente disposizione dell'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p., che per la prima volta concentra l'attenzione del massimo organo della nomofilachia sul tema della legittimazione, formulando un quesito (*Se il curatore fallimentare sia legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale quando il vincolo penale sia stato disposto prima della dichiarazione di fallimento*), la cui comprensione non può prescindere da qualche passaggio retrospettivo.

1.1. La soluzione Focarelli: la legittimazione del curatore quale riflesso della funzione istituzionale della procedura e dell'ufficio fallimentare.

Il precedente più risalente è costituito da Sez. U, n. 29951 24/05/2004, Focarelli, per lungo tempo *leading case* sul tema dei rapporti tra ablazione penale e vincolo fallimentare.

Come si è detto, la questione devoluta verteva sul «se sia consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di impresa dichiarata fallita», e cioè sul se la privazione della disponibilità dei beni determinata dalla procedura fallimentare fosse in grado di assorbire le esigenze proprie del vincolo penale, tanto da precluderne l'imposizione o da implicarne la revoca.

Le Sezioni Unite rispondevano al quesito, subordinando la legittimità del sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita e appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita, nei cui confronti sia instaurata la relativa procedura concorsuale, alla condizione «che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare» (Rv. 228165-01).

In un *obiter,* il Collegio procedeva poi alla definizione dei rapporti tra il fallimento e altre tipologie di sequestro, operando le seguenti distinzioni: a) il sequestro probatorio può legittimamente essere disposto su beni già appresi al fallimento e, se anteriore alla dichiarazione di fallimento, conserva la propria efficacia anche in seguito alla sopravvenuta apertura della procedura concorsuale, trattandosi di una misura strumentale alle esigenze processuali, che persegue il superiore interesse della ricerca della verità nel procedimento penale; b) il sequestro conservativo previsto dall'art. 316 cod. proc. pen., in quanto strumentale e

prodromico ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto*, rientra, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 l. fall., secondo cui dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento; c) il sequestro preventivo c.d. impeditivo, previsto dall'art. 321 comma 1 cod. proc. pen., di beni appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita è legittimo, a condizione che il giudice, nel discrezionale giudizio sulla pericolosità della res, operi una valutazione di bilanciamento del motivo di cautela e delle ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della procedura concorsuale; d) il sequestro preventivo avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare, prevalendo l'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato.

Al centro dell'argomentazione stava la funzione pubblicistica della procedura e dell'ufficio fallimentare che, precludendo soluzioni improntate all'incondizionata prevalenza del vincolo penale, imponeva, ogni qualvolta fosse possibile (al netto cioè dei casi del sequestro probatorio e del sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria), il raccordo informativo tra il giudice penale e quello fallimentare e il bilanciamento funzionale delle esigenze sottese alle procedure concorrenti.

Da questa impostazione discendeva il pieno riconoscimento della legittimazione del curatore a contrastare il sequestro penale imposto sui beni già compresi nell'attivo fallimentare o suscettibili di essere ad esso acquisiti.

In quanto ausiliario di giustizia, connotato da terzietà - e non rappresentante degli interessi privati del fallito o dei singoli creditori - il curatore del fallimento «è sicuramente legittimato a proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo sia quella di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 c.p.p. (nonché a proporre ricorso per Cassazione, *ex* art. 325 c.p.p., avverso le relative ordinanze emesse dal tribunale per il riesame). Egli, invero, agisce in tal modo (previa rituale autorizzazione del giudice delegato), per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell'attivo fallimentare».

1.2. Il principio Uniland: il disconoscimento della legittimazione del curatore in quanto non portatore di diritti reali.

Neppure nel 2014, si trattava di un sequestro disposto, ai sensi degli artt. 19-53 d.lgs. n. 231 del 2001 e la controversia interpretativa verteva su due aspetti: a) Se,

per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente a norma dell'art. 19, comma secondo, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, con riferimento a beni di pertinenza della massa attiva di un fallimento, il giudice penale possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei cespiti, senza prendere in considerazione le esigenze tutelate dalla procedura concorsuale, o debba invece procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori in buona fede, e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato; b) in quest'ultimo caso, se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o, invece, dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dei sequestri di prevenzione di cui al titolo IV del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia).

La questione principale rappresentava un postumo problematico dell'indicazione contenuta nel richiamato *obiter* della sentenza Focarelli. Si trattava di stabilire se il sequestro funzionale alla confisca obbligatoria, destinato secondo quel principio, a prevalere in ogni caso sul vincolo fallimentare fosse soltanto quello inteso ad assicurare la confisca di cose in sé pericolose, secondo il modello codicistico dell'art. 240 cod. pen.; o se, invece, assumesse rilevanza, a prescindere dalla natura dei beni, la connotazione normativa della confisca, nel qual caso il sequestro all'ente avrebbe dovuto essere ritenuto insensibile alle ragioni della procedura fallimentare.

Con soluzione per certi versi sorprendente, Sez. U, n. 11170 del 25/09/2014 - dep. 2015, Uniland s.p.a., negarono preliminarmente la legittimazione del curatore, dettando un principio che, pur apparentemente circoscritto all'ambito del procedimento nei confronti dell'ente, fondava su argomentazioni estensibili al di fuori di quel contesto e che perciò si atteggiava quale ribaltamento del precedente del 2004.

Si affermò che «In tema di responsabilità da reato degli enti, il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita» (Rv. 263685-01).

Anche questa volta la soluzione del problema discendeva dall'ottica prescelta per la ricostruzione generale del tema dei rapporti tra sequestro/confisca e procedura concorsuale.

In quella ricostruzione giocava un ruolo centrale la disposizione dell'art. 19 d. lgs. n. 231 del 2001, e in particolare alla clausola di salvaguardia dei diritti *acquisiti* dai terzi in buona fede che, secondo la Corte, esigerebbe la titolarità del diritto di proprietà o di un diritto reale sui beni passibili di apprensione in sede penale.

Sennonché di un tale diritto non sono titolari i creditori, almeno fino a quando la procedura fallimentare non si sia conclusa con l'approvazione del piano di riparto e l'assegnazione dei beni, e non è titolare il curatore che ne rappresenta gli interessi.

«E', infatti, evidente che coloro che si insinuano nel fallimento vantando un diritto di credito non possono essere ritenuti per tale solo fatto titolari di un diritto reale sul bene ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 19 del decreto sulla responsabilità degli enti, perché sarà proprio con la procedura fallimentare che, sulla scorta delle scritture contabili e degli altri elementi conoscitivi propri della procedura, si stabilirà se il credito vantato possa o meno essere ammesso al passivo fallimentare. Il curatore nel contempo individuerà tutti i beni che debbono formare la massa attiva del fallimento, arricchendola degli eventuali esiti favorevoli di azioni revocatorie, e soltanto alla fine della procedura si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori. E' soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate (p. 24)».

Conseguiva che la tutela degli interessi della *par condicio creditorum* con il vincolo penale non poteva che essere differita a tale momento, quando il curatore aveva ormai esaurito il suo compito e la legittimazione ad agire non poteva spettare che ai creditori assegnatari o agli eventuali acquirenti dei beni:

«La sede adeguata ove far valere i diritti del terzo non potrà essere, nella ipotesi dinanzi indicata, che quella dell'incidente di esecuzione. Infatti, come si è già notato, il legislatore ha demandato al giudice penale che deve disporre il sequestro dei beni ex art. 19 d.lgs n. 231 del 2001 e/o la confisca degli stessi l'onere di salvaguardare i diritti dei terzi acquisiti in buona fede; quindi è il competente giudice della cognizione penale che prima di disporre il sequestro e/o la confisca dovrà valutare se la titolarità del bene sia stata acquisita dal terzo in buona fede. Quando, però, sia stata pronunciata sentenza definitiva di condanna dell'ente e sia stata disposta la confisca dei beni appartenenti allo stesso, il giudice competente a decidere sulla istanza del terzo non potrà che essere il giudice dell'esecuzione penale, che, ai sensi degli artt. 665 e s. cod. proc. pen., è chiamato a risolvere, su istanza delle parti interessate, tutte le questioni che attengono alla esecuzione dei provvedimenti giudiziari definitivi» (p. 25).

2. L'insoddisfazione della giurisprudenza per il principio Uniland.

Non hanno tardato a manifestarsi nella giurisprudenza successiva all'arresto nomofilattico del 2014, i segni dell'insoddisfazione per l'assetto delineato da quella pronuncia.

A meno di un anno dal deposito della decisione cominciava a delinearsi un indirizzo che temperava i rigori del principio, ammettendo la legittimazione del curatore a contrastare il sequestro che fosse stato disposto dopo la dichiarazione di fallimento.

Alle origini di questa linea interpretativa – del cui consolidamento danno conto tanto la sezione remittente quanto l'ultima pronuncia delle ultime Sezioni Unite (pag. 9 della motivazione) – si pone la decisione Sez. 3, n. 42469 del 12/07/2016, Amista, Rv. 268015-01, attinente, così come il caso trattato nella sentenza Mantova Petroli s.p.a., a un sequestro preventivo disposto a fini di confisca del profitto dei reati di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74 del 2000.

In quella decisione si enuncia il principio di diritto così massimato:

«Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo, anche per equivalente, emesso anteriormente alla dichiarazione di fallimento di un'impresa, in quanto non è titolare di alcun diritto sui beni del fallito, né in proprio, né quale rappresentante dei creditori del fallito i quali, prima della conclusione della procedura concorsuale, non hanno alcun diritto restitutorio sui beni. (In motivazione la Corte ha precisato che la legittimazione per impugnare consegue alla effettiva disponibilità del bene e che, invece, la dichiarazione di fallimento successiva al sequestro non conferisce alla procedura la disponibilità dei beni del fallito in considerazione del fatto che, da un lato, questi ne conserva il diritto di proprietà e, dall'altro, che il pregresso vincolo penale assorbe ogni potere fattuale su tali beni, escludendo ogni disponibilità diversa sugli stessi)».

Muovendosi ancora nelle pieghe della motivazione Uniland, la Terza Sezione affermava che – dovendosi conferire alla nozione di *disponibilità,* nel settore delle cautele reali, «contenuto esclusivamente fattuale, corrispondente in sostanza all'istituto civile del possesso» - laddove il sequestro penale e la sua esecuzione precedono il fallimento, quest'ultimo non può acquisire la disponibilità dei beni caduti sotto il vincolo penale, «onde non può a tale potere fattuale aggrapparsi per conseguire una legittimazione ad impugnare il vincolo penale».

Quindi si osservava, incidentalmente, che se la carenza del *possesso* ha rilevanza decisiva per affermare che il curatore, oltre a non poter vantare una posizione di diritto restitutorio, non può neppure qualificarsi come «soggetto al quale le cose sono state (in fatto) sequestrate» (a termini degli artt. 322, 322-*bis* e 325 cod. proc.

pen.), «il quadro finale avrebbe potuto forse essere diverso nel caso in cui il sequestro preventivo finalizzato a confisca avesse investita una massa attiva fallimentare – essendo già stato dichiarato il fallimento ed avendo già il curatore preso in suo possesso gestorio i beni del fallito». In questo caso, la barriera del difetto di legittimazione potrebbe non riuscire a «districa(re) l'eventuale conflitto tra gli interessi salvaguardati a mezzo della sanzione penale della confisca e della cautela a essa prodromica da un lato e gli interessi inclusi nella procedura fallimentare dall'altro».

L'affermazione incidentale della sentenza Amista diviene risolutivo principio di diritto nella decisione Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, Evangelista, Rv. 273951-01: «In tema di reati tributari, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-bis, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non può essere adottato sui beni già assoggettati alla procedura fallimentare, in quanto la dichiarazione di fallimento importa il venir meno del potere di disporre del proprio patrimonio in capo al fallito, attribuendo al curatore il compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento».

Non assumeva rilievo, nel caso di specie, il tema della legittimazione impugnatoria del curatore perché questa era stata riconosciuta dal tribunale del riesame impugnato, che era però pervenuto al rigetto dell'appello sul presupposto della natura obbligatoria e sanzionatoria della confisca *ex* art. 12-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000 cautelata con il sequestro di specie, dalla quale faceva discendere la prevalenza su ogni altra ragione dell'esigenza di «inibire l'utilizzazione di un bene in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato».

Secondo la Terza Sezione, il giudice territoriale era incorso in più d'un *equivoco* nell'applicazione dei principi dettati dalla sentenza Uniland ad un caso che si presentava radicalmente diverso, per il fatto di avere ad oggetto un sequestro disposto su beni già entrati nell'attivo fallimentare.

La preesistenza della procedura fallimentare imponeva – secondo la Corte - una diametrale inversione di prospettiva, «traducendosi in un ostacolo che relega ad un ruolo del tutto secondario la natura rivestita dalla confisca cui è finalizzato il sequestro», posto che l'indisponibilità dei beni in capo al fallito, posta a presidio degli interessi pubblicistici (gli stessi evidenziati dalla decisione Amista: «necessità che il tracollo dell'impresa non si estenda a macchia di leopardo ai soggetti che con questa abbiano avuto rapporti») non ne consente l'assoggettabilità al vincolo penale.

Seguiva il richiamo della nozione di *disponibilità* quale potere di fatto sul bene, già costituito in capo all'ufficio fallimentare, con la sottolineatura della sufficienza di tale condizione di fatto a fondare la legittimazione processuale del curatore quale "persona alla quale le cose sono state sequestrate", legittimazione alla quale non

poteva conseguire la negazione della tutela che il fallimento merita in quanto possessore *terzo* rispetto al reato.

Non sono mancati segnali di più radicale rottura con il principio dettato nel 2014, pronunce nelle quali, cioè, si ammise la possibilità che, a prescindere dal riferimento cronologico alla posteriorità o meno del sequestro rispetto alla dichiarazione di fallimento, si affermò la necessità di verifica in concreto dell'interesse del curatore, quale soggetto deputato all'amministrazione dei beni, a chiedere la revoca o ad impugnare il provvedimento cautelare (Sez. 3, n. 37439 del 07/03/2017, Cosentino; **Sez. 6, n. 37638 del 13/02/2019, Fallimento Radio Tele Europa s.r.l.;** Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018 – dep. 2019, Casa di cura Trusso s.p.a., Rv. 275453; Sez. 3, n. 47737 del 24/09/2018, Fallimento Paninvest s.p.a., Rv. 275438; Sez. 3, n. 45578 del 6/06/2018, Fallimento Laziale RE.MA.PRI. s.n.c.).

3. La questione rimessa alle Sezioni Unite e la lettura dell'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.

Il tenore delle ultime decisioni richiamate nel paragrafo precedente è risultato evidentemente troppo stridente con il principio enunciato dalla sentenza Uniland e perciò la Terza Sezione, con **ordinanza n. 22602 del 16/04/2019**, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione vertente sul «Se il curatore fallimentare sia legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale *quando il vincolo penale sia stato disposto prima della dichiarazione di fallimento*».

La rimessione è avvenuta ai sensi dell'art. 618-comma 1-*bis,* cod, proc. pen., disposizione introdotta dall'art. 1, comma 66, legge 23 giugno 2017, n. 103, che impone la re-investitura del Collegio nomofilattico, ogniqualvolta una sezione della corte ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato in precedenza dal medesimo organo.

La sezione remittente condivideva evidentemente l'indirizzo secondo il quale l'ipotesi di rimessione obbligatoria deve trovare applicazione anche con riferimento ai principi enunciati in decisioni intervenute prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione (Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273549-01).

Implicitamente aderendo a questa lettura, la sentenza **Sez. U., n. 45936 del 26/09/2019, Fall. Mantova Petroli s.r.l. in liquidazione** aggiunge che la necessità di propiziare il nuovo intervento nomofilattico non viene meno nel caso in cui il precedente *dictum* investa un tema che – come nel caso di specie - non costituiva diretto oggetto della questione in interpretativa in precedenza devoluta. Quello che conta è che, sia pure «nello sviluppo dell'argomentazione» dedicata alla controversia interpretativa fondante la rimessione, il precedente abbia fornito una «precisa

indicazione di principio», «nell'ottica del cui superamento si giustifica la rimessione della relativa questione secondo la previsione dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen.» (pag. 8 del *considerato in diritto*).

4. Le caratteristiche del caso e la proposta di *distinguishing*.

Tre caratteristiche del caso avrebbero consentito, secondo l'originaria prospettazione della curatela ricorrente, di riconoscere la sua legittimazione a contrastare il sequestro in parola, prescindendo dal principio enunciato dalle Sezioni Unite nella decisione Uniland.

a) Il provvedimento in parola aveva per oggetto un sequestro disposto, nel contesto del procedimento a carico degli amministratori della Mantova Petroli s.r.l. in liquidazione, per violazioni tributarie (omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto), a fini di assicurazione della confisca diretta del profitto prevista dall'art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Non sarebbe stato dunque applicabile il principio Uniland, espresso in relazione ad un caso di sequestro per equivalente disposto nei confronti dell'ente ai sensi degli artt. 19-53 del d.lgs. n. 231 del 2001.

b) L'appello della curatela, dichiarato inammissibile dal Tribunale del riesame con la decisione impugnata, era incentrato (anche) sulla contestazione della legittimità del vincolo, che sarebbe stato apposto su somme di denaro non qualificabili come provento del contestato reato tributario. Non si tratta (soltanto) di dirimere la questione della coesistenza di due vincoli entrambi legittimi, alla quale dovrebbe intendersi circoscritto il diniego della legittimazione del curatore.

c) Al tempo dell'imposizione del vincolo penale, la società interessata, pur non essendo stata ancora dichiarata fallita, aveva già richiesto l'ammissione al concordato preventivo. Il principio di consecuzione delle procedure concorsuali imponeva pertanto di retrodatare gli effetti della sopravvenuta dichiarazione di fallimento ad un'epoca anteriore al sequestro. Ne conseguirebbe l'applicabilità al caso dello stabilizzato principio che riconosce la legittimazione del curatore ad agire contro i vincoli penali apposti su beni già entrati nell'attivo fallimentare (v. *supra*).

5. L'inevitabilità del confronto con il principio Uniland.

Condividendo la prospettiva illustrata nell'ordinanza di rimessione del ricorso, le Sezioni Unite hanno ritenuto inevitabile il confronto con il precedente Uniland, non trovando persuasiva la prospettiva di immunizzazione del caso singolo avanzata dal ricorrente.

5.1. L'estensione del principio Uniland al di là dei casi di sequestro *ex* art. 19-53 d.lgs. n. 231 del 2001.

In primo luogo, il Collegio esclude che la portata del diniego della legittimazione del curatore a contrastare il vincolo penale, per come affermato nella decisione del 2014, possa intendersi circoscritta al sequestro disposto ai fini della confisca di cui all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001.

Gli argomenti utilizzati nella decisione del 2014 impongono di ritenere quel diniego esteso all'intero ambito dei provvedimenti cautelari finalizzati a confisca, come del resto affermato da Sez. 3, n. 23388 del 01/03/2016, Ivone, Rv. 267346-01, con specifico riferimento a un caso di sequestro finalizzato alla confisca disposta per reati tributari.

In particolare, la Corte segnala il respiro generale degli argomenti spesi nella precedente decisione delle Sezioni Unite, per escludere da un lato la sussistenza di un diritto reale, esercitabile *iure proprio* o *iure representationis* dal curatore sui beni del fallito; per dubitare, dall'altro, della configurabilità di un interesse concreto del medesimo a contrastare il vincolo penale:

«Nella sentenza Uniland si osservava infatti che la dichiarazione di fallimento non trasferisce alla curatela la proprietà dei beni del fallito, ma solo l'amministrazione e la disponibilità degli stessi. Se ne desumeva pertanto che nessun diritto reale su tali beni può essere riconosciuto al curatore, il quale ha unicamente compiti gestionali, mirati al soddisfacimento dei creditori; e si aggiungeva che il curatore neppure esercita diritti in rappresentanza dei creditori stessi, i quali, fino alla conclusione della procedura concorsuale, vantano una mera pretesa sui beni del fallito e non hanno quindi alcun titolo per la restituzione degli stessi. Ponendosi altresì in dubbio, nella sentenza indicata, che il curatore abbia un interesse concreto tutelabile ad opporsi a provvedimenti di sequestro e confisca che non recano effettivo pregiudizio alla integrità della massa fallimentare, la cui tutela è oggetto delle funzioni della curatela, dal momento che lo Stato può far valere il suo diritto sui beni solo alla conclusione della procedura e con la salvaguardia dei diritti dei creditori» (Par. 2. del considerato in diritto).

Occorre in effetti considerare che l'art. 53, comma 1 del d.lgs. n. 231 del 2001, che assumeva rilevanza nel caso Uniland, rinvia alle disposizioni del codice di rito in tema di sequestro preventivo e relative impugnazioni (artt. 322 e 322-bis c.p.p.), disposizioni delle quali la Corte aveva evidentemente fornito una lettura *limitativa* che non poteva non condizionare la soluzione del tema in relazione ad altre tipologie di sequestro a fini di confisca.

Per quanto poi specificamente attiene all'influenza di quella decisione sul problema della legittimazione del curatore a contrastare il sequestro a fini di confisca

disposto per reati tributari (che viene in gioco nel caso di specie), la giurisprudenza delle sezioni semplici era più volte pervenuta alla conclusione che quanto detto nella sentenza Uniland in relazione all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, vale *a fortiori* per il sequestro finalizzato alla confisca ex artt. 322-*ter* cod. pen. e 12-*bis,* comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000.

Nella decisione Sez. 3, n. 23388 del 01/03/2016, Ivone, Rv. 267346, richiamata sinteticamente dalla sentenza in esame, si individuava il cuore della *ratio decidendi* esibita dalla sentenza Uniland nella insufficienza di una pretesa creditoria a fondare un diritto restitutorio e la connessa legittimazione processuale e si affermava che detta *ratio*, nel sequestro disposto a fini di confisca del profitto dei reati tributari, è persino più cogente che nel contesto del procedimento all'ente.

Mentre, infatti, l'art. 19 d.lgs., n. 231 del 2001 fa salvi i "diritti acquisiti" dai terzi di buona fede, l'art. 322-ter cod. pen. (così come il vigente art. 12-bis, comma 1, d. lgs. n. 74 del 2000, introdotto dal d.lgs. n. 158 del 2015) riferisce la salvaguardia ai beni che "appartengano" a persona estranea al reato.

Analogamente, Sez. 3, n. 28090 del 16/05/2017, Falcone, n.m., sempre in materia di confisca del profitto di un reato tributario (art. 10-*bis* d. lgs. n. 74 del 2000), affermava che la validità del principio Uniland (Rv. 263685) «deve essere *a fortiori* ribadita allorquando la dichiarazione di fallimento della società i cui beni siano stati colpiti dal provvedimento di sequestro sia successiva a quest'ultimo» e che - non potendo revocarsi in dubbio, nel caso di specie, la piena disponibilità dei beni al momento dell'esecuzione del sequestro da parte dell'indagato – detti beni non avrebbero certamente potuto essere inclusi nell'attivo di un fallimento non ancora dichiarato, il cui sopravvento comunque «non determina alcuna successione a titolo particolare del curatore al fallito, quantunque quest'ultimo perda per effetto della sentenza dichiarativa del fallimento l'amministrazione e il potere di disporre dei suoi beni».

5.2. L'inconferente richiamo del principio di consecuzione delle procedure concorsuali.

Il richiamo del *principio di consecuzione delle procedure concorsuali*, operato dal ricorrente per retrodatare gli effetti della dichiarazione di fallimento all'epoca della domanda di ammissione al concordato preventivo, in modo da propiziare l'applicazione al caso della giurisprudenza di cui al precedente par. 2), è reputato inconferente dalle Sezioni Unite del 2019.

Il principio di consecuzione, dice in sostanza la Corte, risponde all'esclusiva finalità di individuare gli atti depauperativi della massa fallimentare passibili di

revocatoria ai sensi dell'art. 67 l. fall., come risulta dal dato testuale dell'art. 69-*bis*, comma secondo, l. fall., a termini del quale, nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini previsti per l'individuazione degli atti dispositivi soggetti ad azioni revocatorie, in quanto compiuti in un determinato periodo antecedente la declaratoria di fallimento, decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

In questa limitata accezione il principio è costantemente inteso dalle sezioni civili della Corte (**Sez. 1 civ., n, 15724 del 11/06/2019, Rv. 654456**; Sez. 1 civ., n. 25728 del 14/12/2016, Rv. 642756; Sez. 1 civ., n. 5924 del 14/03/2016, Rv. 639058; Sez. 1 civ., n. 2335 del 17/02/2012, Rv. 621348).

E' la stessa giurisprudenza civilistica ad evidenziare la non assimilabilità del concordato preventivo al fallimento, ai fini che qui interessano, quando afferma che il debitore ammesso al concordato preventivo subisce uno *spossessamento attenuato* dei suoi beni, nel senso che di essi mantiene non solo la proprietà, ma anche l'amministrazione e la disponibilità, sia pure con le limitazioni proprie di quella particolare procedura concorsuale (Sez. 5 civ., n. 4728 del 25/02/2008, Rv. 602013; Sez. 5 civ., n. 6211 del 16/03/2007, Rv. 597037).

La consapevolezza di questo dato induce, in ambito penale, l'affermazione per la quale «È legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente dei beni mobili ed immobili nella disponibilità dell'unico socio di una società ammessa al concordato preventivo, atteso che il debitore conserva l'amministrazione e la disponibilità dei beni nell'ambito della procedura» (Sez. 3, n. 13996 del 08/02/2012, Verlato, Rv. 252618 – 01).

Se così è, non v'è margine di estensione *analogica* del principio affermato dalla giurisprudenza *Amista* al caso di sequestro successivo alla domanda di ammissione al concordato rpeventivo:

«Proprio il passaggio dell'amministrazione e della disponibilità dei beni del fallito da quest'ultimo alla curatela, per effetto della dichiarazione di fallimento, costituisce infatti […] il presupposto dell'orientamento che attribuisce al curatore la legittimazione all'impugnazione dei provvedimenti di sequestro disposti successivamente a quella declaratoria; in mancanza del quale vengono meno i requisiti per il riconoscimento di tale legittimazione, secondo l'orientamento indicato, relativamente ai provvedimenti di sequestro emessi precedentemente alla dichiarazione di fallimento pur se di seguito a una pregressa domanda di ammissione del fallito al concordato preventivo, la quale non attribuisce alla curatela quel potere di fatto sui beni sequestrati che ne giustificherebbe la facoltà di impugnazione. Anche per il caso in esame, nel quale ricorrono le condizioni appena descritte, il principio affermato nella sentenza Uniland, pur se precisato dalla successiva

giurisprudenza di cui si è detto, escluderebbe pertanto la legittimazione della curatela all'impugnazione che ha dato luogo all'ordinanza oggetto del ricorso in discussione».

5.3. Non è vero che il principio Uniland presuppone la concorrenza di vincoli legittimi.

Non ha avuto miglior sorte l'argomento dei ricorrenti inteso a limitare l'ambito applicativo del principio Uniland al caso nel quale non viene in contestazione la sussistenza dei presupposti del sequestro, ma soltanto il tema della prevalenza o cedevolezza del vincolo penale, legittimamente imposto, rispetto al vincolo fallimentare.

La smentita di questa prospettiva - implicita nel ragionamento della Corte – trova fondamento inequivocabile nella lettura della decisione del 2014.

Il primo motivo di ricorso formulato dalla ricorrente Uniland ineriva, infatti, la violazione degli artt. 2, 5, 19 e 53 d.lgs. n. 231 del 2001, per essere stato il sequestro adottato e mantenuto per un reato che non figurava (e non figura) nell'elenco di quelli che possono dar luogo alla responsabilità dell'ente *ex* art. 24 ss. d.lgs. n. 231 del 2001. Era infatti accaduto che il reato societario (artt. 2632 cod. civ. e 25-*ter* d. lgs. n. 231 del 2001) contestato nella fase generica della misura fosse stato riqualificato, nei confronti dell'organo apicale della società, dopo l'avvio della procedura concorsuale, in bancarotta societaria (non ricompresa nell'elenco di cui sopra), lasciando immutata la contestazione nei confronti dell'ente.

Le Sezioni Unite riconobbero, incidentalmente, la fondatezza della censura affermando che «In tema di responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001, il reato contestato alla persona fisica deve corrispondere a quello chiamato a fungere da presupposto per la responsabilità della persona giuridica» (Rv. 263679-01).

Nell'*iter* argomentativo si evocavano il principio di *doppia legalità* che impronta il sistema della responsabilità dell'ente (art. 2 d.lgs. cit.); i precedenti di legittimità in tema di reato complesso non annoverato nell'elenco di cui agli art. 24 ss. d.lgs. cit. ma incorporante una fattispecie che invece vi è compresa (Sez. 2, n. 41488 del 29/09/2009, Rimoldi); la corretta interpretazione del principio di autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8 d.lgs. cit.).

Ciononostante, il ricorso fu dichiarato inammissibile per il difetto di legittimazione del curatore impugnante.

6. Le ragioni del cambio di rotta.

Ricusata ogni *via di fuga*, le Sezioni Unite 2019 procedono alla critica serrata del precedente del 2014, assecondando le ragioni illustrate nell'ordinanza di remissione e i rilievi di molti commentatori della sentenza Uniland.

6.1. La centralità degli artt. 322, 322-*bis* e 325 cod. proc. pen. e la *distinta fisionomia* dell'avente diritto alla restituzione.

E' determinante il *dato certo di carattere normativo* desumibile dalle norme processuali dedicate specificamente al tema dell'impugnazione dei provvedimenti cautelari reali, a partire da quella che regola l'appello avverso le ordinanze di sequestro preventivo (art. 322-bis cod. proc. pen.), e cioè alla procedura sulla quale si era innestato il ricorso assegnato.

La disposizione attribuisce la legittimazione - oltre che al pubblico ministero, all'imputato e al suo difensore - anche alla «persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione». Nello stesso senso si esprimono l'art. 322, in materia di riesame del decreto di sequestro preventivo e l'art. 325, a proposito del ricorso per cassazione avverso le ordinanze che decidono nelle procedure di riesame e di appello.

Da questa formulazione – dice la Corte - risulta in primo luogo evidente la non sovrapponibilità della categoria soggettiva *persona alla quale le cose sono state sequestrate* a quella della *persona che avrebbe diritto alla loro restituzione*.

Si tratta di «soggetti diversi e non coincidenti. L'avente diritto alla restituzione, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, può essere individuato in una persona diversa da quella a cui il bene è stato sequestrato (Sez. 2, n. 51753 del 03/12/2013, Casella, Rv. 257359; Sez. 2, n. 39247 del 08/10/2010, Gaias, Rv. 248772)». La sua *distinta fisionomia* è chiaramente definita dalle decisioni che lo individuano quale soggetto portatore di un proprio interesse meritevole di tutela (Sez. 6, n. 2599 del 27/05/1994, Della Volta, Rv. 199051), che può discendere anche da un rapporto di fatto con il bene, non essendo necessaria la titolarità del diritto reale che, invece, caratterizza la nozione di «persona alla quale le cose sono state sequestrate».

Si è per tal via riconosciuta la legittimazione a impugnare dei possessori e dei detentori qualificati dei beni caduti in sequestro, come il conduttore di un immobile (Sez. 3, n. 26196 del 22/04/2010, Vicidomini, Rv. 247693) o il promissario acquirente già immesso nel possesso del bene (Sez. 3, n. 42918 del 22/10/2009, Soto, Rv. 245222).

6.2. Il curatore fallimentare titolare di una disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata dei beni fallimentari.

Alla tipologia di rapporto appena definita appartiene la relazione del curatore con i beni del fallimento, quale si può desumere dalle disposizioni della legge fallimentare che ne definiscono la missione istituzionale e le prerogative.

La giurisprudenza civilistica del resto – notano le Sezioni Unite - qualifica esplicitamente il curatore come detentore dei beni del fallimento (Sez. 2 civ., n. 16853 del 11/08/2005, Rv. 585055). E si tratta senz'altro di una detenzione qualificata, anche per il carattere pubblicistico della funzione per la quale la stessa è attribuita.

E' inevitabile il richiamo degli artt. 42, comma 1 e 43 l. fall.

In altre decisioni, anticipatrici della svolta, si erano individuati ulteriori referenti normativi di settore negli artt. 31, 51 e 240 l. fall.:

«Più in particolare, il curatore, che cumula la legittimazione ad agire che gli deriva dalla gestione patrimoniale degli affari del fallito e la legittimazione ad agire che gli deriva dalla rappresentanza degli interessi patrimoniali dei creditori che, ai sensi dell'art. 51 l. fall., non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, ma devono sottoporre la loro pretesa all'accertamento degli organi fallimentari secondo le regole proprie del concorso, è un soggetto che: a) ai sensi dell'art. 31 l. fall., ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite, stando in giudizio con l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che in alcuni casi specificati dalla legge; b) ai sensi dell'art. 42 l. fall., a seguito della sentenza che dichiara il fallimento, ha l'amministrazione e la disponibilità dei beni del fallito esistenti alla data della dichiarazione di fallimento, a meno che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non abbia rinunciato alla relativa acquisizione; c) ai sensi dell'art. 43 l. fall., sta in giudizio nelle controversie, anche in corso, relative ai rapporti patrimoniali del fallito, il quale può intervenire in giudizio personalmente solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge (o, va aggiunto, se il curatore ha mostrato disinteresse rispetto a quella lite, per esempio l'impugnativa di un avviso di accertamento tributario o di una cartella esattoriale); d) ai sensi dell'art. 240 l. fall. può costituirsi parte civile nel procedimento per bancarotta fraudolenta a carico del fallito con la puntualizzazione che, laddove abbia manifestato il relativo disinteresse, alla costituzione possono provvedere i creditori in proprio, i quali hanno sempre e comunque una legittimazione autonoma allorquando intendano far valere un titolo di azione propria personale» (Sez. 3, n.

37439 del 07/03/2017, Cosentino; ripresa da Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018, Casa di cura Trusso s.p.a. in liquidazione, Rv. 275453).

Quello che conta però è la sottolineatura della strumentalità dell'acquisizione della disponibilità dei beni del fallito da parte degli organi della procedura fallimentare e la funzione di amministrazione della massa attiva nella prospettiva della conservazione della stessa ai fini della tutela dell'interesse dei creditori e la connessione tra il profilo sostanziale e quello processuale della rappresentanza in giudizio, ex art. 43 l. fall., dei rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento (Sez. 2 civ., n. 11737 del 15/05/2013, Rv. 626734).

E' evidente in queste affermazioni il recupero della prospettiva *Focarelli* sopra illustrata.

6.3. L'interesse concreto del curatore a contrastare il sequestro.

E' a questo punto aperta la strada per il superamento del dubbio palesato dalla decisione Uniland sull'interesse concreto del curatore a reagire all'imposizione del sequestro penale.

«E' assai dubbio – si leggeva nei passaggi finali di quella motivazione - anche che il curatore fallimentare possa avere un interesse concreto giuridicamente tutelabile ad opporsi ai provvedimenti di sequestro e confisca, perché la massa fallimentare, la cui integrità il curatore è tenuto a garantire, non subisce alcun pregiudizio da tali provvedimenti, in quanto lo Stato, come si è posto in evidenza, potrà far valere il suo diritto sui beni sottoposti a vincolo fallimentare, salvaguardando i diritti riconosciuti ai creditori, soltanto a conclusione della procedura».

L'osservazione rifletteva il carattere *ideologico* dell'approccio generale, secondo il quale «i due vincoli possono coesistere e […] l'uno non ostacola l'altro, anzi, sotto certi profili, si può dire che il sequestro prima e la confisca poi tutelano in misura rafforzata gli interessi del ceto creditorio» (pag. 23 della sentenza Uniland).

Per le Sezioni Unite del 2019, al contrario, proprio la circostanza che il curatore «si appalesa anche in termini di fatto come l'unico soggetto destinatario dell'eventuale restituzione del bene, nelle sue funzioni di rappresentanza del fallimento e di amministrazione del relativo patrimonio» e che a lui faccia capo la funzione di salvaguardia della massa fallimentare «non consente […] di escludere l'attualità di un siffatto interesse nella rimozione di vincoli comunque potenzialmente incidenti sulla valutazione della consistenza patrimoniale dell'attivo».

Sembrano così convalidate dall'ultima pronuncia alcune proposizioni dell'ordinanza di rimessione e di quella giurisprudenza che, discostandosi dalle

affrettate generalizzazioni della decisione Uniland, aveva propugnato un metodo di verifica caso per caso, alla stregua del quale ben potevano darsi casi nei quali il curatore fosse l'unico soggetto concretamente interessato a contrastare il sequestro.

Nell'esposizione delle *ragioni di dissenso* dal principio Uniland, la Terza Sezione segnalava che il mancato riconoscimento della legittimazione ad impugnare del curatore priva il ceto creditorio di concreta tutela «quando il sequestro grava su beni in relazione ai quali è ragionevole contestare la legittimità di una eventuale confisca» e che ad una tale contestazione il debitore potrebbe non essere in concreto interessato, «ad esempio, perché gravato da enormi passività», con la conseguenza che «l'insussistenza dei presupposti per disporre l'ablazione sarebbe rimessa esclusivamente al rilievo officioso del giudice».

Nella già citata Sez. 3, n. 37439 del 07/03/2017, Cosentino, n.m. (par. 5) si legge: «Quanto all'interesse ad impugnare, l'idea secondo la quale l'interessato coincida sempre con l'indagato o con la società fallita è tutta da verificare in concreto, perché, allorquando sui beni siano apposti plurimi vincoli, è ben possibile che l'indagato non abbia alcun interesse, mentre la curatela ne abbia molteplici, sicché negarle seccamente la legittimazione, sulla base di una tralaticia applicazione del principio della sentenza Uniland finisce per negare la tutela dell'avente diritto. Per contro, generalizzare la legittimazione del curatore all'impugnativa, negandola all'indagato o al legale rappresentante della società fallita pure conduce ad un diniego di tutela quando la curatela abbia dimostrato disinteresse per quell'azione giudiziale».

In Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018, Casa di cura Trusso s.p.a. in liquidazione, Rv. 275453 (pag. 6 s.) si osservava poi che la salvaguardia delle esigenze di tutela della massa fallimentare, ove si fosse optato per la pedissequa applicazione del principio Uniland, «potrebbe essere rimessa alla non certa volontà ora dell'indagato ora, laddove si tratti di persona diversa, di colui che era il legale rappresentante della società fallita (il cui interesse alla conservazione della integrità della massa fallimentare è, tuttavia, assai meno pressante di quello riscontrabile in capo al soggetto incaricato di gestirla e di portarla, nella misura più ricca possibile, al soddisfacimento, all'esito della procedura concorsuale, delle istanze restitutorie del "ceto creditorio") anche nel caso in cui il provvedimento cautelare reale fosse stato, in ipotesi, emesso in assenza delle condizioni, delle forme e nella misura che lo avrebbero potuto giustificare e, pertanto, anche nel caso in cui lo stesso fosse del tutto illegittimo». Il principio del diniego generalizzato della legittimazione del curatore – si aggiungeva - doveva confrontarsi con l'ipotesi concreta che non fosse chiaramente ravvisabile «un reale interesse nei soggetti ritenuti legittimati ad impugnare la misura, considerato che costoro non si gioverebbero, o comunque si

gioverebbero solo in via subordinata rispetto al fallimento, dell'eventuale accoglimento della loro richiesta impugnatoria».

6.4. Le conclusioni delle Sezioni Unite e il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Una volta abbattuta la barriera eretta attraverso l'amputazione interpretativa degli artt. 322, 322-*bis*, 325 cod. proc. pen. e il generalizzato diniego dell'interesse concreto del curatore a reagire al sequestro penale, la conclusione delle Sezioni Unite non può essere che quella dell'incondizionato riconoscimento della legittimazione dell'organo fallimentare.

Non ha fondamento – dice la Corte - la limitazione della legittimazione del curatore alle impugnazioni riguardanti beni sequestrati successivamente alla dichiarazione di fallimento, prospettata dall'indirizzo giurisprudenziale formatosi successivamente alla sentenza Uniland.

«La legittimazione all'impugnazione del curatore, in quanto derivante dalla sua posizione di soggetto avente diritto alla restituzione dei beni sequestrati, investe necessariamente la totalità dei beni facenti parte dell'attivo fallimentare. Ciò corrisponde peraltro al dato normativo rinvenibile nel già rammentato contenuto dell'art. 42 legge fall., per il quale la dichiarazione di fallimento, privandone il fallito, conferisce alla curatela la disponibilità di tutti i beni di quest'ultimo esistenti alla data del fallimento; e quindi anche di quelli già sottoposti a sequestro. Non può pertanto essere impedito al curatore di far valere le ragioni della procedura fallimentare con riguardo a tali beni, essi pure facenti parte dell'attivo fallimentare entrato nella disponibilità della curatela, avverso il vincolo apposto sugli stessi».

Nel loro incedere, le Sezioni Unite implicitamente disattendono una possibile ragione di conservazione del principio dettato dalla sentenza del 2014, una ragione collegata all'intervenuta emanazione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), che entrerà in vigore il 15 agosto 2020, il cui art. 320 espressamente sancisce la legittimazione del curatore a impugnare il provvedimento di sequestro: «Contro il decreto di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro il curatore può proporre richiesta di riesame e appello nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal codice di procedura penale. Nei predetti termini e modalità il curatore è legittimato a proporre ricorso per cassazione».

Nella decisione **Sez. 2, n. 27262 del 16/04/2019, Curatela Fallimento Eurocoop Società Cooperativa in liquidazione, Rv. 276284-01** si era osservato che, se è vero che la nuova disposizione palesa l'insoddisfazione del legislatore per «l'attuale consolidato assetto giurisprudenziale», è anche vero che di tale innovativa previsione non vi sarebbe stato bisogno se già il quadro normativo attuale

consentisse al curatore di agire. E perciò, pur riconoscendone i limiti («il provvedimento cautelare non sarebbe più passibile di impugnazione, mancando nel fallito la disponibilità dei beni e l'interesse ad agire»), la Seconda Sezione non aveva ritenuto che ciò costituisse ragione sufficiente «per discostarsi dal consolidato orientamento di questa Corte».

Le Sezioni Unite non hanno temuto di *anticipare* l'entrata in vigore della nuova disposizione, ritenendo evidentemente che essa non rappresenta una reale novità ma un chiarimento di quanto già desumibile dalla lettura sistematica delle norme vigenti.

6.5. L'autonoma legittimazione del curatore e l'opponibilità del giudicato formatosi sull'impugnazione del debitore fallito.

La soluzione della questione devoluta ha inciso sull'esito di un altro motivo di ricorso, quello con il quale si era contestato il passaggio della decisione impugnata nel quale il Tribunale, investito dalla curatela in sede d'appello, riteneva precluse alcune questioni, per essersi sulle stesse già espresso in un provvedimento, non impugnato, emesso a seguito del riesame proposto dal legale rappresentante della società, procedimento al quale la curatela erta rimasta estranea.

L'autonomia della legittimazione del curatore e delle sue ragioni sostanziali – dice la Corte (par. 10) – impedisce una tale soluzione:

«Una volta ritenuta l'autonoma legittimazione della curatela all'impugnazione dei provvedimenti in materia di sequestro, la decisione sull'istanza di riesame del sequestro proposta dalla Mantova Petroli, pronunciata in un giudizio al quale la curatela era estranea, non può considerarsi in alcun modo preclusiva dell'impugnazione del curatore, intesa a far valere le diverse ragioni attinenti al rapporto fra il vincolo penale sotteso al sequestro e quello derivante dalla procedura fallimentare, evidentemente estranee al giudizio di riesame attivata dalla società dichiarata fallita».

7. Legittimità del sequestro del denaro a fini di confisca diretta del profitto del reato tributario e oneri di allegazione del ricorrente.

Risolte le questioni preliminari, il Collegio ha rigettato il motivo di ricorso tendente a escludere la qualificazione del compendio sequestrato come profitto confiscabile

Lo scrutinio era consentito dal fatto che il giudice dell'appello cautelare, pur avendo confermato la decisione di inammissibilità per difetto di legittimazione

pronunciata dal gip sull'istanza di revoca presentata dal curatore ricorrente, aveva comunque verificato tali profili.

Il ricorso evidenziava che il sequestro aveva attinto somme di denaro acquisite dalla società a notevole distanza di tempo dalla scadenza dell'obbligazione tributaria violata. Parte di esse provenivano da rimesse effettuate (da società controllanti) dopo la domanda di ammissione al concordato preventivo.

Non era pertanto possibile qualificare quel denaro come profitto diretto del reato tributario contestato, e cioè quale "risparmio di spesa", corrispondente al mancato decremento del patrimonio del debitore che non adempie tempestivamente all'obbligazione tributaria (Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255036-01).

La semplificazione probatoria consentita dalla sentenza Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437, con riferimento all'apprensione di somme di denaro depositate su conti correnti nella disponibilità del trasgressore, deve misurarsi con le precisazioni formulate nelle più recenti decisioni della Corte specificamente dedicate al tema dell'ablazione da reato tributario.

Si è affermato, in quelle pronunce, che il giudice può sì disinteressarsi dell'*identità fisica* delle somme rinvenute con quelle derivanti dal reato tributario, ma ciò non lo esonera dal confrontarsi con l'ipotesi che le somme rinvenute sul conto in sequestro «non possano proprio in alcun modo derivare dal reato», né possano rappresentare «il risultato della mancata decurtazione del patrimonio conseguente al mancato versamento delle imposte».

In questo senso si esprime Sez. 3, n. 8995 del 30/10/2017, Barletta, Rv. 272353-01, in un caso nel quale si era accertato che le somme cadute in sequestro derivavano dalle rimesse effettuate da terzi successivamente alla scadenza del termine dell'obbligazione tributaria. Sulla stessa linea si colloca il precedente (richiamato nell'ordinanza di rimessione) Sez. 3, n. 6348 del 04/10/2018, Torelli, Rv. 274859-01, dove si afferma che «in tema di reati tributari, ai fini della confisca diretta delle somme sequestrate sul conto corrente bancario dell'imputato, la natura fungibile del denaro non è sufficiente per qualificare come "profitto" del reato l'oggetto del sequestro, essendo necessario anche provare che la disponibilità delle somme, successivamente sequestrate, costituisca un risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell'imposta»; e si indica un metodo di verifica imperniato sul confronto tra le disponibilità rinvenute al momento dell'apposizione del vincolo penale e quelle presenti al momento della scadenza del debito tributario.

Ribadita la validità delle coordinate giuridiche testé richiamate, le Sezioni Unite hanno ritenuto che l'ordinanza impugnata si fosse conformata a quelle indicazioni (par. 11).

Il Tribunale aveva infatti dato conto di come i versamenti effettuati in corrispondenza della domanda di ammissione al concordato preventivo e della dichiarazione di fallimento erano stati effettuati da società del medesimo gruppo e costituivano il rientro di somme di denaro che, in precedenza, la Mantova Petroli s.p.a. aveva effettuato in favore delle controllanti, in corrispondenza dell'evasione delle imposte e allo scopo precipuo di sottrarsi agli obblighi tributari.

Il giudice del merito non aveva dunque evitato il confronto con la data di acquisizione delle risorse sequestrate. Aveva, invece, preso atto della strumentalità dell'operazione di *cash pooling* rappresentata dal ricorrente, del «mero giroconto intercorso fra la Mantova Petroli e le controllanti» con finalità di elusione dell'obbligazione tributaria e delle conseguenze del suo inadempimento.

Dal canto suo, il ricorrente aveva disatteso l'onere di allegazione stabilito da Sez. 3, n. 41104 del 12/07/2018, Vincenzini, Rv. 274307-01: «il legale rappresentante della società […] che ritiene di aver diritto alla restituzione [delle somme cadute in sequestro] ha l'onere di allegare la prova che il denaro giacente sul conto […] fosse di derivazione diversa dal risparmio di imposta e successiva al compimento del reato sicché non poteva configurarsi come profitto». Onere che, nella decisione, si atteggia quale condizione operativa del principio garantista per il quale «in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, la natura fungibile del denaro non consente la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che le stesse, non derivando dal reato, non costituiscano profitto dell'illecito».

8. La legittimazione del curatore a impugnare il sequestro di prevenzione.

Nella decisione **Sez. 2, n. 38573 del 17/05/2019, Mediterranea s.p.a., Rv. 277396**, la Corte ha riconosciuto la legittimazione del curatore ad impugnare il sequestro di prevenzione intervenuto dopo la dichiarazione di fallimento.

L'articolata motivazione valorizza da un lato la funzione istituzionale del curatore, così come ricostruita da **Sez. U, n. 45936 del 26/09/2019, Fall. Mantova Petroli s.r.l. in liquidazione** (non ancora intervenuta al tempo della decisione) e, prima ancora, dalla richiamata decisione *Focarelli*; dall'altro, mette in luce alcuni profili peculiari della disciplina del d.lgs. 6 novembre 2011, n. 159, quale risultante dalla modifica introdotta con d.lgs. 17 ottobre 2017, n. 161.

Al decreto del 2017 si deve anzitutto l'introduzione della previsione dell'autonoma impugnabilità del sequestro di prevenzione, nel testo dell'art. 27 d. lgs. cit., che oggi annovera anche i provvedimenti con i quali il tribunale dispone

l'*applicazione del sequestro,* mentre prima menzionava i soli provvedimenti dispositivi della confisca e quelli che revocano la misura cautelare.

Lo stesso provvedimento ha poi apportato significative modifiche degli artt. 63 e 64 del Codice antimafia, dedicati ai rapporti tra il sequestro di prevenzione e le procedure concorsuali, distinguendo il caso della dichiarazione di fallimento successiva al sequestro (art. 63), da quello della dichiarazione anteriore (art. 64).

Le innovazioni valorizzate dalla decisione consistono nell'inserzione, sia nell'una che nell'altra disposizione (art. 64, comma 1 e 63, comma 6), di una necessaria interlocuzione del giudice fallimentare con il curatore e il comitato dei creditori, prima dell'adozione dei provvedimenti intesi a tutelare l'esecuzione del sequestro di prevenzione.

Con particolare riferimento alla previsione dell'art. 64 (confacente al caso di specie, nel quale si trattava di sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento), la Corte osserva che la previsione di un'obbligatoria finestra di ascolto del curatore ("sentito il curatore"), prima che il giudice delegato possa disporre la separazione dei beni in sequestro dalla massa attiva del fallimento, ha il senso «di sottolineare la funzione pubblica del curatore medesimo, che sviluppa una interlocuzione ritenuta necessaria con gli altri organi del fallimento ai fini dell'individuazione dei beni da conferire all'amministratore delle procedure di prevenzione».

La *ratio* di tali modifiche si ricollega dunque alla funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia» riconosciuta al curatore dalla decisione Focarelli.

Ed è a tali disposizioni che bisogna guardare quando si tratti del sequestro, anziché a quella dell'art. 52 dello stesso Codice antimafia, impropriamente richiamata dal giudice territoriale nell'ordinanza impugnata, ove si negava la legittimazione del curatore sul presupposto che «lo strumento a garanzia dei creditori, se la massa fallimentare coincide con i beni sottoposti al sequestro, è […] il subprocedimento di cui agli art. 52 ss. d.lgs. n. 159/2011, in virtù del quale il Tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, dichiara chiuso il fallimento, con possibilità per i creditori di essere soddisfatti davanti al Giudice della prevenzione, previa verifica della loro buona fede e del carattere non strumentale dei crediti all'attività illecita». Un'affermazione che riecheggia la tesi del realizzo differito dei diritti dei creditori, enunciata dalla decisione Uniland (espressamente citata nell'ordinanza impugnata) per pervenire ad analogo esito.

In realtà, osserva la Seconda Sezione, l'art. 52 cit. è norma che attiene alla confisca e che non si presta a regolare il tema dell'impugnazione del sequestro «che, in quanto misura cautelare, e quindi provvisoria, può anche essere in tutto o in parte revocata o annullata, facendo con ciò recuperare al curatore, nel coordinamento con gli altri organi del fallimento, la potestà gestoria sui beni della massa fallimentare».

Neppure è appropriata la citazione della decisione Uniland, avuto riguardo sia alla diversità dei contesti (procedimento all'ente verso procedimento di prevenzione); sia alla circostanza che lo stesso principio Uniland è declinato dalla giurisprudenza successiva nel senso di non precludere la legittimazione del curatore nel caso di sequestro intervenuto, come nel caso di specie, dopo la dichiarazione di fallimento (la sentenza Mediterranea s.p.a. riprende la massima della decisione Sez. 3, n. 42469 del 12/07/2016, Amista, Rv. 268015-01, che abbiamo analizzato nel par. 2 di questo capitolo).

Infine, anche la sentenza della Seconda sezione si confronta con il *novum* costituito dall'art. 320 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), che entrerà in vigore il 15 agosto 2020, per affermare che quella disposizione, pacificamente riferibile ad ogni tipologia di sequestro senza distinzioni, non fa che confermare «la correttezza della soluzione adottata con la presente sentenza, rispondendo all'esigenza di renderla più chiara ed esplicita, non soggetta ad incertezze esegetiche».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione penale

Sez. 6, n. 2599 del 27/05/1994, Della Volta, Rv. 199051

Sez. U, n. 29951 24/05/2004, Focarelli, Rv. 228163-228166

Sez. 3, n. 42918 del 22/10/2009, Soto, Rv. 245222

Sez. 3, n. 26196 del 22/04/2010, Vicidomini, Rv. 247693

Sez. 2, n. 39247 del 08/10/2010, Gaias, Rv. 248772

Sez. 3, n. 13996 del 08/02/2012, Verlato, Rv. 252618

Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255036

Sez. 2, n. 51753 del 03/12/2013, Casella, Rv. 257359

Sez. U, n. 11170 del 25/09/2014 - dep. 2015, Uniland s.p.a., Rv. 263679-263685

Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437

Sez. 3, n. 23388 del 01/03/2016, Ivone, Rv. 267346

Sez. 3, n. 42469 del 12/07/2016, Amista, Rv. 268015

Sez. 3, n. 37439 del 07/03/2017, Cosentino

Sez. 3, n. 28090 del 16/05/2017, Falcone, n.m.

Sez. 3, n. 8995 del 30/10/2017, Barletta, Rv. 272353

Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, Evangelista, Rv. 273951

Sez. 3, n. 45578 del 6/06/2018, Fallimento Laziale RE.MA.PRI. s.n.c.

Sez. 3, n. 41104 del 12/07/2018, Vincenzini, Rv. 274307-01

Sez. 3, n. 47737 del 24/09/2018, Fallimento Paninvest s.p.a., Rv. 275438

Sez. 3, n. 6348 del 04/10/2018, Torelli, Rv. 274859

Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018, Casa di cura Trusso s.p.a. in liquidazione, Rv. 275453

Sez. 6, n. 37638 del 13/02/2019, Fallimento Radio Tele Europa s.r.l.

Sez. 2, n. 27262 del 16/04/2019, Curatela Fallimento Eurocoop Società Cooperativa in liquidazione, Rv. 276284-01

Sez. U, n. 45936 del 26/09/2019, Fall. Mantova Petroli s.r.l. in liquidazione, Rv. 277257

Sez. 2, n. 38573 del 17/05/2019, Mediterranea s.p.a., Rv. 277396

Sentenze della Corte di cassazione civile

Sez. 2 civ., n. 16853 del 11/08/2005, Rv. 585055

Sez. 5 civ., n. 6211 del 16/03/2007, Rv. 597037

Sez. 5 civ., n. 4728 del 25/02/2008, Rv. 602013

Sez. 1 civ., n. 2335 del 17/02/2012, Rv. 621348

Sez. 2 civ., n. 11737 del 15/05/2013, Rv. 626734

Sez. 1 civ., n. 5924 del 14/03/2016, Rv. 639058

Sez. 1 civ., n. 25728 del 14/12/2016, Rv. 642756

IL REVIREMENT DELLE SEZIONI UNITE SULLA LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE A CONTRASTARE IL SEQUESTRO FINALIZZATO ALLA CONFISCA

Sez. 1 civ., n, 15724 del 11/06/2019, Rv. 654456

SEZIONE III

PROVE

CAPITOLO I

ANNULLAMENTO DEL SEQUESTRO PROBATORIO E DIVIETO DI RESTITUZIONE DELLE COSE SEQUESTRATE DI CUI ALL'ART. 324, COMMA 7, COD. PROC. PEN.

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Ordinanza di rimessione e questioni controverse. 2. Considerazioni preliminari sulle questioni controverse. 3. Orientamento maggioritario in generale. 3.1. Estensione del divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., al sequestro probatorio. 3.2. Natura di principio generale dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. 3.3. Non restituibilità di cose soggette a confisca obbligatoria anche se sequestrate in plurimi esemplari. 3.4. Estensione del divieto di restituzione al caso di perdita di efficacia del provvedimento di sequestro probatorio. 3.5. Estensione del divieto di restituzione a cose soggette a confisca obbligatoria in forza di disposizioni diverse dall'art. 240, comma 2, cod. pen. 4. Orientamento minoritario. La tesi della non revocabilità, in sede di riesame, del provvedimento di sequestro probatorio. 4.1. La tesi dell'applicabilità del divieto di restituzione ai soli casi di perdita di efficacia del sequestro probatorio per motivi formali. 5. Orientamento intermedio. Limitazione del divieto di restituzione ai soli casi dell'art. 240, comma 2, cod. pen. ed inestensibilità dello stesso "in malam partem". 6. La decisione delle Sezioni Unite: i principi di diritto e la soluzione del caso. 6.1. Analisi della decisione in relazione alla prima questione controversa. 6.2. Analisi della decisione in relazione alla seconda questione controversa.

1. Ordinanza di rimessione e questioni controverse.

Sez. 3, n. 56683 del 22/11/2018, Bellucci, investiva il Primo Presidente affinché volesse valutare la rimessione degli atti alle Sezioni Unite sulle questioni controverse – in quanto oggetto di conflitti di giurisprudenza – così cristallizzate nella formulazione dell'Ufficio del Massimario: «Se il divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. operi, oltre che in caso di revoca del sequestro preventivo, anche in caso di annullamento del decreto di sequestro probatorio, e se tale divieto possa riguardare, oltre alle cose soggette a confisca obbligatoria *ex* art. 240, comma 2, cod. pen., anche le cose soggette a confisca obbligatoria contemplata da previsioni speciali».

Il caso sottoposto alla cognizione di detta Sezione riguardava l'annullamento, per difetto di motivazione, del decreto con cui il P.M. aveva convalidato, trattandosi di corpo del reato o comunque di cose pertinenti al reato, il sequestro, disposto d'urgenza dalla P.G. ai sensi dell'art. 354 cod. proc. pen., di numerosi uccelli tenuti dall'indagato in isolamento per essere utilizzati come richiami; nonostante l'annullamento, aveva il tribunale mantenuto il vincolo ai sensi dell'art. 324, comma

7, cod. proc. pen., essendo gli uccelli suscettibili di confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 544-*sexies* cod. pen., stante la contestazione all'indagato del delitto di maltrattamenti p. e p. dall'art. 544-*ter* cod. proc. pen.

Ricorreva per cassazione l'indagato, denunciando che l'ordinanza impugnata aveva errato nel fondare il mantenimento del vincolo sull'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., in primo luogo, perché tale disposizione – dettata esclusivamente in tema di revoca del sequestro preventivo – non può applicarsi altresì all'annullamento di un decreto di convalida di sequestro probatorio; e, in secondo luogo, perché essa – nel prevedere testualmente il divieto di restituzione di cose soggette a confisca obbligatoria ex art. 240, comma 2, cod. pen. – non può essere analogicamente estesa "in malam partem", sino a ricomprendere nel divieto anche cose soggette a confisca obbligatoria in forza di disposizioni diverse.

Il Primo Presidente, ravvisando il contrasto, assegnava la trattazione alle Sezioni Unite.

2. Considerazioni preliminari sulle questioni controverse.

Il contrasto denunciato nell'ordinanza di rimessione tra un orientamento (maggioritario) secondo cui il divieto di restituzione *ex* art. 324, comma 7, cod. proc. pen. si applica anche in caso di caducazione (ed in particolare di annullamento) del sequestro probatorio ed un orientamento (minoritario) attestato su posizioni opposte si registra, in realtà, essenzialmente, nella contrapposizione tra le pronunce del primo e la tesi che, in seno al secondo, evidenzia come detto divieto, nella disciplina del sequestro preventivo, sia testualmente collegato alla revoca, non potendo quindi trovare ingresso altresì in sede di riesame del provvedimento del sequestro probatorio, con riferimento al quale la revoca non è prevista. Al di là di ciò, il contrasto è in certo qual modo "sfumato", dal momento che il principio volto ad affermare il divieto di restituzione delle cose soggette a confisca obbligatoria *ex* art. 324, comma 7, cod. proc. pen. non è altrimenti revocato in dubbio.

Piuttosto un orientamento intermedio ritiene tale principio inapplicabile, non in assoluto, bensì solo al cospetto di specifiche previsioni di confisca obbligatoria, aventi ad oggetto "res" ritenute non intrinsecamente (od immediatamente) pericolose alla stregua dell'art. 240, comma 2, cod. pen.

Detto orientamento impinge sulla seconda questione controversa, imperniata sulla portata dell'entità del rinvio effettuato dall'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. all'art. 240, comma 2, cod. pen.

3. Orientamento maggioritario in generale.

L'orientamento maggioritario afferma l'applicabilità dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. al riesame del sequestro probatorio, ancorché sul fondamento di giustificazioni non del tutto coincidenti: talvolta, si limita ad affrontare il tema sotto il profilo dell'innesto, nel procedimento di riesame del sequestro probatorio, del divieto di restituzione previsto dall'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., in forza dei richiami di cui agli artt. 257, comma 1, e 355, comma 3, cod. proc. pen.; in un numero cospicuo di pronunce, si spinge più a fondo, sostenendo che il suddetto divieto costituisce un principio generale del procedimento penale.

3.1. Estensione del divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., al sequestro probatorio.

Le ragioni essenziali dell'applicazione del divieto di restituzione delle cose soggette a confisca obbligatoria ex art. 240, comma 2, cod. pen. – che l'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. codifica in tema di sequestro preventivo – anche nel riesame del sequestro probatorio si evincono da ultimo in Sez. 3, n. 41558 del 19/07/2017, Flace, Rv. 270890 – 01, la cui massima, coniugante il principio di diritto con la fattispecie, dichiara che «i prodotti alimentari in cattivo stato di conservazione o alterati, la cui detenzione per la vendita, somministrazione e distribuzione per il consumo integrano i reati di cui all'art. 5, lett. b) e c), legge n. 283 del 1962, sono destinati a confisca obbligatoria e, pertanto, non possono essere in nessun caso restituiti all'interessato, neppure quando siano venute meno le esigenze probatorie per le quali sia stato disposto il sequestro, trovando applicazione il divieto di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., applicabile tanto al sequestro preventivo che a quello probatorio». La massima deve essere collegata alla motivazione, nella parte in cui la Corte scrive che la «disposizione contenuta nell'art. 324, 7° comma, cod. proc. pen. [è] applicabile tanto al sequestro preventivo che a quello probatorio come attesta il richiamo ad essa operato dall'art. 355, 3° comma, cod. proc. pen.» e che «i beni[, come nella specie,] soggetti a confisca obbligatoria non possono essere restituiti in nessun caso all'interessato, neppure, così come puntualizzato dalla giurisprudenza di questa Corte, quando siano stati sequestrati dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa e per finalità esclusivamente probatorie […]. Pur essendo il sequestro probatorio disposto con la finalità di conservare immutate le caratteristiche del corpo di reato nel tempo necessario all'accertamento dei fatti, la disposizione di cui all'art. 324, 7° comma, prevale tuttavia sulle esigenze "lato sensu" istruttorie, trovando l'eccezionalità della previsione giustificazione nella finalità di evitare che attraverso la disponibilità del bene, la cui pericolosità non è suscettibile

di valutazioni discrezionali, ma è presunta direttamente dalla legge, si protragga l'illiceità della condotta, indipendentemente dalle ragioni che abbiano determinato l'adozione della misura» (ultime righe di p. 3 e prime di p. 4).

Cita a sostegno la Corte Sez. 5, n. 8701 del 17/06/1992, Bazzani, Rv. 191822 - 01, e Sez. 6, n. 265 del 30/01/1992, Tamaro, Rv. 190776 – 01, al fine di tracciare un parallelo tra il divieto di restituzione e la previsione di confisca obbligatoria nel caso di proscioglimento dell'imputato (per amnistia, come nella sentenza Bazzani, o per estinzione del reato, come nella sentenza Tamaro). In buona sostanza – secondo la Corte – a fronte di "res" suscettibili di confisca obbligatoria, quantomeno, stando alla fattispecie, ai sensi dell'art. 240, comma 2, vieppiù n. 2), cod. pen., le «ragioni» – "recte", le finalità – «che [hanno] determinato l'adozione della misura», divengono irrilevanti: la qual cosa, al fondo, equivale a dire che la stessa distinzione tipica del sequestro preventivo dal sequestro probatorio sostanzialmente si annulla.

3.2. Natura di principio generale dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen.

La posizione più diffusa nella giurisprudenza maggioritaria afferma la natura di «principio generale» riferita al divieto di restituzione della cose soggette a confisca obbligatoria.

Secondo Sez. 2, n. 16523 del 07/03/2017, Rv. 269700 – 01, Lucente e altro, il divieto «opera non solo in sede di riesame, ma anche in sede di procedimento per la restituzione delle cose sottoposte a sequestro probatorio, ex artt. 262 e 263 cod. proc. pen., ancorché in assenza di una espressa previsione in tal senso, giacché l'esaurimento delle finalità istruttorie – presupposto del venir meno del vincolo di indisponibilità sulla "res" e della conseguente restituzione – non può, comunque, vanificare o pregiudicare la concreta attuazione della misura di sicurezza obbligatoria».

Sulla medesima china della sentenza Lucente si pone quella serie di pronunce inclini a proclamare, con minime varianti lessicali, che «le cose che soggiacciono a confisca obbligatoria non possono essere in nessun caso restituite all'interessato», neppure «quando siano state sequestrate dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa e per finalità esclusivamente probatorie».

Rilevano Sez. 3, n. 17918 del 06/12/2016 (dep. 2017), Rv. 269628 – 01, P.M. in proc. Rena e Romi SHPK (dalla prima parte della cui massima sono tratte le citazioni appena riprodotte); Sez. 2, n. 3185 del 06/11/2012 (dep. 2013), Rv. 254508 – 01, Di Guida; Sez. 4, n. 6383 del 18/01/2007, Rv. 236106 – 01, Barbareschi; Sez. 2, n. 494 del 01/12/2004 (dep. 2005), Rv. 230865 - 01 Schipani; Sez. 3, n. 17310 del 12/03/2003, Rv. 224789 – 01, PM in proc. Xu Fenghua; Sez. 3, n. 65 del

11/01/1995, Rv. 201563 – 01, Bozzato; Sez. 5, n. 1170 del 06/05/1992, Rv. 190827 – 01, Tagliaferri.

Tali pronunce evidenziano come il sequestro probatorio ed il sequestro preventivo abbiano una piattaforma oggettiva comune, poiché possono cadere entrambi sul corpo del reato, il quale, alla stregua della definizione datane dall'art. 253, comma 2, cod. proc. pen., avente valenza generale, è integrato da cose «suscettibili di confisca ai sensi dell'art. 240 cod. pen.» (confisca genericamente intesa, non rilevando, a questo stadio, se facoltativa od obbligatoria) (cfr. in part. la sentenza Tagliaferri). Le due tipologie di sequestro, pur nella diversità dei presupposti, convergono verso la confisca, ragion per cui, anche con riferimento al sequestro effettuato "motu proprio" dalla P.G. per finalità esclusivamente istruttorie, l'intrinseca confiscabilità, viepiù obbligatoria ex art. 240, comma 2, cod. pen., delle "res" fornisce la giustificazione dell'importazione, espressamente sancita dall'art. 355, comma 3, cod. proc. pen., del divieto di restituzione codificato dall'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. per il (solo) sequestro preventivo.

3.3. Non restituibilità di cose soggette a confisca obbligatoria anche se sequestrate in plurimi esemplari.

Un posto di interesse è occupato da Sez. 5, n. 23240 del 18/05/2005, Rv. 231902 – 01, Zhu, non tanto per via della ripetizione del principio secondo cui, «in tema di sequestro, non è dovuta la restituzione all'interessato del bene sottoposto a sequestro probatorio, quando il medesimo sia assoggettabile a confisca» (curiosamente non anche "obbligatoria"), quanto per via della diffusissima fattispecie, essendo il principio riferito alla sottoposizione a vincolo di borse, portafogli e cappelli nei confronti di un indagato per i delitti di cui agli artt. 474 e 648 c.p. Stando alla motivazione, «del tutto priva di consistenza è […] la finale deduzione, relativa alla pretesa di mantenere il sequestro "su un solo esemplare per ogni diversa specie di capo sequestrato", a fronte del rilievo di confiscabilità e conseguente distruzione esteso […] a tutta la merce in sequestro» (penult. par. di p. 4).

3.4. Estensione del divieto di restituzione al caso di perdita di efficacia del provvedimento di sequestro probatorio.

Deve essere ascritto all'orientamento maggioritario l'avviso che, facendosi carico della dizione letterale dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., a termini della quale soltanto «la revoca del provvedimento di sequestro […] non può essere

disposta nei casi indicati nell'articolo 240 comma 2 del codice penale», estende nondimeno il divieto di restituzione anche a casi diversi.

Oltre alla sentenza Lucente, sopra esaminato, deve aversi riguardo a Sez. 3, n. 8542 del 24/01/2001, Rv. 218331 – 01, Giglioli, a proposito di un caso nella prassi di gran lunga più diffuso della revoca, ossia la perdita di efficacia del provvedimento (nella specie avente ad oggetto videogiochi destinati al giuoco d'azzardo) per il mancato rispetto delle cadenze procedimentali.

3.5. Estensione del divieto di restituzione a cose soggette a confisca obbligatoria in forza di disposizioni diverse dall'art. 240, comma 2, cod. pen.

La pronuncia più recente dell'orientamento maggioritario è la sentenza Rena, la quale (come la sentenza Lucente, resa in tema di illecito trasferimento di valori ex art. 12-*quinques* della legge 7 agosto 1992, n. 356), si spinge oltre la riaffermazione del principio che si ripete dalla sentenza Tagliaferri, sostenendo, nell'avventurarsi sul terreno della seconda questione controversa, che la restituzione è preclusa anche per le cose di cui è bensì prevista la confisca obbligatoria, ma in forza di una disposizione di legge diversa dall'art. 240, comma 2, cod. pen. La Corte – nel giudicare illegittima, in accoglimento del ricorso del P.M., l'ordinanza con cui il tribunale del riesame, a seguito di impugnazione proposta nell'interesse della società proprietaria, aveva annullato il decreto di convalida del sequestro probatorio del mezzo utilizzato per il trasporto di rifiuti, ordinandone la restituzione – rileva che, per quanto l'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., «richiamato espressamente dall'art. 355, comma 3, cod. proc. pen.», statuisca che «la revoca del provvedimento di sequestro non può essere disposta "nei casi indicati nell'art. 240, comma 2, del codice penale"», tuttavia l'art. 259, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, realizza un'«estensione» del dettato dell'art. 240, comma 2, cod. pen.», di cui descrive un'«ipotesi speciale», dal momento che, in difetto dell'art. 259, comma 2, cit. «il veicolo con il quale è stata commessa la contravvenzione […] andrebbe ricondotto, seguendo le linee tracciate dall'art. 240 cod. pen., nel novero delle cose indicate nel primo comma di detto articolo, soggette a confisca facoltativa […]. Il mezzo di trasporto non è, infatti, "ex se" una "res" tale da non poter restare in circolazione prescindendo dal soggetto che ne aveva la disponibilità e dall'esito del giudizio, ma una "res" da considerarsi pericolosa solo in relazione a quel soggetto (che ha utilizzato il veicolo per la commissione del reato di illecito trasporto di rifiuti)» (par. 2, p. 3). Propone dunque la Corte «una interpretazione teleologica e sistematica delle norme in esame», onde concludere che il «sequestro non possa essere revocato, ai sensi dell'art. 324[,] comma 7[,] cod. pen, quando, per tassativo disposto legislativo (art. 240, comma 2, cod. pen. o norme speciali, come nella specie

l'art. 259, comma 2, d.lgs. n. 152 [del] 2006), sia prevista la confisca obbligatoria» (ivi, p. 4).

La sentenza Rena riprende un ampio stralcio della motivazione di Sez. 3, n. 10710 del 28/01/2009, Rv. 243106 – 01, Girardi, che, intervenuta parimenti in materia di disciplina penale della gestione dei rifiuti, non riguarda tuttavia un caso di sequestro probatorio (alla stregua della massima: «Anche a seguito dell'intervenuta autorizzazione al trasporto […], non può essere disposta la restituzione del mezzo adibito al trasporto illecito di rifiuti che sia stato oggetto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, in quanto il sequestro preventivo "delle cose di cui è consentita la confisca" si giustifica non per la pericolosità intrinseca della cosa, ma per la funzione general-preventiva e dissuasiva attribuitale dal legislatore»).

La teorica della specialità non è una novità della sentenza Rena, trovandosi sostenuta anche in Sez. 2, n. 35100 del 10/06/2015, Rv. 264511 – 01, Di Domenico e altri, a dire della quale «la somma di denaro, oggetto del reato di riciclaggio, non può, al venir meno delle esigenze che ne hanno legittimato il sequestro probatorio, essere restituita all'interessato, ostandovi il disposto dell'art. 324, comma settimo, cod. proc. pen., [in quanto si tratta] di cosa oggetto di confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 648-*quater* cod. pen., che costituisce ipotesi speciale rispetto a quella prevista dall'art. 240, comma secondo, cod. pen.».

Identicamente, Sez. 2, n. 35029 del 26/05/2010, Rv. 248237 – 01, Capirello e altro, proclama che il veicolo utilizzato per trasportare capi di abbigliamento e scarpe con marchi contraffatti «non può essere restituito all'esito del giudizio di riesame del decreto che ha imposto il vincolo cautelare, trattandosi di bene destinato a confisca obbligatoria»: una confisca, quella prevista dall'art. 474-*bis* cod. pen., che, pur in difetto dell'esplicitazione da parte della Corte del relativo concetto come nella sentenza Di Domenico, alla stregua dell'insegnamento di quest'ultima, costituisce altra ipotesi speciale rispetto all'art. 240, comma 2, cod. pen.

4. Orientamento minoritario.

La tesi della non revocabilità, in sede di riesame, del provvedimento di sequestro probatorio. L'enunciazione più risalente – nella forma, peraltro, di "ratio" aggiuntiva alla vera "ratio dedicendi" – della conclusione dell'inapplicabilità "tout court" del divieto di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. al riesame del provvedimento di sequestro probatorio si incontra in Sez. 3, n. 46974 del 29/10/2003, Rv. 228331 – 01, Montella. Stando alla massima, «in tema di riesame dei provvedimenti di sequestro probatorio, qualora la misura impugnata divenga inefficace a norma del

comma decimo dell'art. 309 cod. proc. pen., le cose oggetto del provvedimento devono essere restituite all'avente diritto quand'anche ricorra uno dei casi di cui al secondo comma dell'art. 240 cod. pen. (confisca obbligatoria), dato che il divieto posto per tali casi dall'art. 324 comma settimo del codice di rito – norma tra l'altro dettata con riferimento diretto al solo sequestro preventivo – riguarda le ipotesi di revoca del provvedimento (e non quelle, diverse, di dichiarata inefficacia della misura), e d'altra parte il sequestro probatorio non è suscettibile di revoca, potendo solo essere disposta, ai sensi dell'art. 262 cod. proc. pen., la restituzione delle cose sequestrate».

Come si può vedere, il principio è ritagliato sull'ipotesi della dichiarazione di inefficacia del provvedimento di sequestro probatorio per violazione dei termini di cui all'art. 309, comma 10, cod. proc. pen. e sulla ritenuta impossibilità di estendere a detta ipotesi la previsione dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. in quanto riferentesi esclusivamente alla revoca. Detto ciò, a mo' di aggiunta, la decisione in commento – che tra l'altro si segnala per essere stata disposta direttamente dalla Suprema Corte la restituzione dei prodotti caseari recanti marchio imitativo in sequestro – specifica che il sequestro probatorio non è di per se stesso suscettibile di revoca, dal momento che è prevista soltanto la restituzione delle cose sequestrate ex art. 262 cod. proc. pen.

La non predicabilità della revoca anche del sequestro probatorio, in specie come esito del riesame del provvedimento che lo dispone, non è, per vero, univoca.

Un'affermazione "funditus" riferita al riesame del sequestro probatorio si rinviene in Sez. 6, n. 41627 del 07/10/2009 Rv. 245494 - 01 Furgiuele, secondo cui, «in tema di sequestro probatorio, è inibito al tribunale del riesame, una volta riconosciuta la sussistenza del "fumus commissi delicti", disporre la revoca del provvedimento sulla base della sopravvenuta estinzione per prescrizione del reato contestato, dovendo la relativa istanza di dissequestro e restituzione essere proposta solo dinanzi al P.M. procedente». Nello stesso senso, si era espressa Sez. 3, n. 39714 del 18/09/2003, Rv. 226345 – 01, Hartl, con riferimento ad una fattispecie di convalida del sequestro probatorio concernente un edificio in corso di abusiva realizzazione, per il quale era stata, successivamente all'imposizione del vincolo, rilasciata concessione edilizia in sanatoria.

Le sentenze Furgiuele e Hartl sono tuttavia contrastate da svariate altre, intese a sostenere che «l'esistenza di una causa di non punibilità deve essere sommariamente verificata anche nella fase del riesame, quando essa risulti immediatamente dagli atti di causa e, in tali ipotesi, il giudice deve trarre tutte le conseguenze opportune [in termini, dunque, non solo di annullamento, ma anche di revoca] nell'ambito esclusivo del controllo della sussistenza dei presupposti del provvedimento adottato dall'autorità che procede, con riferimento all'astratta

configurabilità del reato ipotizzato» [così Sez. 2, n. 19180 del 16/04/2013, Rv. 255409 – 01, Nicita; conf. Sez. 2, n. 862 del 02/12/2002 (dep. 2003), Rv. 223479 – 01, Rindi; Sez. 3, n. 2859 del 04/11/1998, Rv. 212483 – 01, P.M. in proc. Agustoni F. ed altro; Sez. 3, n. 2092 del 07/05/1996, Rv. 204729 – 01, Cervati].

4.1. La tesi dell'applicabilità del divieto di restituzione ai soli casi di perdita di efficacia del sequestro probatorio per motivi formali.

Una sentenza dell'orientamento minoritario rimasta isolata, nell'affrontare "ex professo" il presupposto dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., ritiene – in certo qual modo, però, prendendo le distanze dalla sentenza Montella – che detta disposizione «non [sia] di generale applicabilità ma si riferisc[a] ai soli casi [– si badi –] in cui il sequestro perda efficacia per motivi meramente formali[,] connessi al mancato rispetto dei termini entro i quali il tribunale deve ricevere gli atti e provvedere sul riesame»: in tal senso si esprime la massima di Sez. 3, n. 40190 del 10/10/2007, Rv. 237938 – 01, P.M. in proc. Giglia, relativamente ad un caso in cui il tribunale del riesame aveva annullato la convalida del sequestro di un quadro, riconosciuto come falso, per mancanza di motivazione sulla strumentalità probatoria del bene.

Recentemente, si registra una sentenza che – in relazione ad un caso in cui il tribunale del riesame aveva annullato il provvedimento di sequestro di due fucili parimenti per mancanza di motivazione, non disponendone tuttavia la restituzione perché soggetti a confisca obbligatoria – porta a compiuta teorizzazione l'affermazione incidentale della sentenza Montella (tuttavia non citata in motivazione, ove è richiamata solo la sentenza Frati) sull'inapplicabilità al riesame del provvedimento di sequestro probatorio dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen.; trattasi di Sez. 1, n. 58050 del 18/10/2017, Rv. 271614 – 01, Cerquini e altro, secondo cui, «in caso di annullamento del decreto di sequestro probatorio, il tribunale del riesame deve disporre la restituzione del bene, salvo che il vincolo non debba permanere in ragione di un distinto provvedimento di sequestro conservativo o preventivo, non potendo trovare applicazione la regola espressa dall'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. in tema di sequestro preventivo […]».

5. Orientamento intermedio.

Limitazione del divieto di restituzione ai soli casi dell'art. 240, comma 2, cod. pen. ed inestensibilità dello stesso "in malam partem". L'orientamento intermedio, che consente di addentrarsi "funditus" nella seconda questione controversa, non contesta, alla stessa stregua di quello maggioritario, l'applicabilità del divieto di

restituzione ex art. 324, comma 7, cod. proc. pen. anche nel riesame del provvedimento di sequestro probatorio, ma, in concreto, raggiunge di frequente gli esiti di quello minoritario, disconoscendo l'applicabilità di detto divieto in relazione ad ipotesi di confisca pur definita dalla legge obbligatoria, ma esulanti dalla previsione dell'art. 240, comma 2, cod. pen.

In esso spicca un gruppo di quattro pronunce storiche (Sez. 4, n. 34459 del 12/07/2011, Rv. 251102 – 01, Zamora Guevara; Sez. 3, n. 18545 del 07/04/2010, Rv. 247156 – 01, De Bosi; Sez. 3, n. 44279 del 07/11/2007, Rv. 238287 – 01, P.M. in proc. Mazzotta; Sez. 3, n. 2949 del 11/01/2005, Rv. 230868 – 01, Gazziero), cui se ne aggiunge una recentissima (Sez. 6, n. 54792 del 15/11/2018, Rv. 274637, Rizzo), le quali spiegano, già nelle massime, che il riferimento alla confisca obbligatoria deve intendersi limitato ai soli casi dell'art. 240, comma 2, cod. pen., giacché, diversamente, si realizzerebbe un'inammissibile estensione analogica.

La Corte, chiamando in causa l'inammissibilità di un'analogia "in malam partem", ha ritenuto a più riprese che il divieto di restituzione «non trov[i] applicazione per l'ipotesi contemplata dall'art. 301 d.P.R. n. 43 del 1973 in materia di contrabbando doganale, in relazione alle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e alle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto, in quanto [l'art. 324, comma 7, cod. proc. pen.], derogando al principio generale della revocabilità della misura reale, non è suscettibile di interpretazione analogica»: così Sez. 3, n. 35784 del 15/02/2017, Rv. 270727 – 01, P.M. in proc. Volpi; Sez. 3, n. 27139 del 22/04/2015, Rv. 264186 – 01, Lan e altri, e Sez. 3, n. 41200 del 10/10/2008, Rv. 241531 – 01, Tringali; "a ritroso", Sez. 3, n. 268 del 30/01/1995, Rv. 201562 – 01, Schiena].

Sez. 3, n. 7673 del 10/01/2012, Rv. 252093 – 01, P.M. in proc. Napoletano, ha giudicato legittima la restituzione di prodotti alimentari confezionati in barattoli recanti etichetta mendace ma genuini, osservando, in motivazione, che «l'art. 324 c.p.p., comma 7 – onde evitare che un bene sia restituito e successivamente confiscato – pone un limite alla revoca del sequestro che non può essere disposto nei casi indicati dall'art. 240 c.p., comma 2» (ultime righe del fg. 1).

Infine, il riferimento alla mancanza di una «sicura "ratio"» valevole a sostenere un parallelo con l'art. 240, comma 2, cod. pen. ricorre (come già in Sez. 3, n. 7673 del 2012) in Sez. 4, n. 1640 del 22/05/1998, Rv. 210989 – 01, Toracca, concernente però, "a priori", il riesame di un provvedimento di sequestro, non probatorio, ma preventivo (enuncia, infatti, la massima che, «in tema di riesame del decreto di sequestro preventivo[,] il divieto di revoca, previsto dall'art. 324 comma 7 cod. proc. pen., riguarda solo i casi di confisca obbligatoria previsti dall'art. 240 comma 2 cod. pen., cui non può essere equiparato quello previsto dall'art. 12-sexies [della] legge 7 agosto 1992, n. 356, sia perché non si coglie una sicura "ratio" a favore

dell'equiparazione sia perché in materia il legislatore, quando ha voluto (art. 321 cod. pen.), ha nominato la confisca obbligatoria senza restrittivi riferimenti all'art. 240 comma 2 cod. pen.»).

6. La decisione delle Sezioni Unite: i principi di diritto la soluzione del caso.

Sez. U, n. 40847 del 30/05/2019, Bellucci, dà risposta ad entrambe le questioni controverse, sostenendo, quanto alla prima, che «il divieto di restituzione previsto dall'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. opera, oltre che con riguardo al sequestro preventivo, anche in caso di annullamento del decreto di sequestro probatorio» (**Rv. 276690 – 01**) e, quanto alla seconda, che detto divieto «riguarda soltanto le cose soggette a confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240, secondo comma, cod. pen., restando escluse quelle soggette a confisca obbligatoria ai sensi di previsioni speciali, salvo che tali previsioni richiamino il predetto art. 240, secondo comma, cod. pen. o, comunque, si riferiscano al prezzo del reato o a cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato» (**Rv. 276690 – 02**).

In applicazione dei suddetti principi, giudicano le Sezioni Unite fondata la seconda censura del ricorrente.

La suscettibilità della confisca obbligatoria degli uccelli utilizzati come richiami ai sensi dell'art. 544-*sexies* cod. pen. è inidonea, infatti, a sorreggere il divieto di restituzione degli stessi ai sensi dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., in quanto si tratta «di una confisca obbligatoria contemplata da una previsione speciale che non richiama l'art. 240, secondo comma, cod. pen. né è sostanzialmente riconducibile alle categorie di cose contemplate da tale disposizione, non avendo per oggetto cose intrinsecamente pericolose, ma animali la cui detenzione è normalmente lecita» (par. 7, pp. 18 e 19).

6.1. Analisi della decisione in relazione alla prima questione controversa.

In riferimento alla prima questione, gli argomenti addotti a sostegno della soluzione prescelta sono sostanzialmente due, uno di ordine letterale ed un altro di ordine storico-sistematico:

- quello letterale muove dal tenore degli «artt. 257, comma 1, e 355, comma 3, cod. proc. pen., i quali, nel disciplinare l'impugnazione del decreto di sequestro probatorio emesso dall'autorità giudiziaria e del decreto di convalida, da parte del pubblico ministero, del sequestro probatorio eseguito su iniziativa della polizia giudiziaria, richiamano il procedimento di riesame delle misure cautelari reali, di cui all'art. 324 cod. proc. pen., senza operare alcuna distinzione tra i vari commi di tale

articolo; con la conseguenza che il richiamo deve intendersi evidentemente riferito anche al divieto di restituzione di cui al comma 7» (par. 3.1, p. 9);

- quello di ordine storico-sistematico fa perno sull' «identità dei rimedi avverso i due tipi di sequestr[o probatorio e preventivo[, derivante] dalla loro comune matrice e dalla predisposizione di un unico mezzo di impugnazione, il riesame, nel sistema del codice del 1930, nell'ambito del quale il riferimento alla revoca del sequestro trovava giustificazione nella generale previsione della revoca come rimedio fisiologico utilizzabile in sede di riesame; previsione, riprodotta in via meramente tralatizia nel nuovo art. 324, comma 7[, cod. proc. pen.], pur nell'ambito di un sistema in cui la revoca non rientra più fra gli esiti del procedimento di riesame» (par. 3.2, p. 9). In effetti, è noto come l'enucleazione delle finalità preventive nel sequestro previsto dall'art. 321 cod. proc. pen. rappresenti una novità, volta ad evitare, attraverso una tipizzazione dei relativi presupposti, gli abusi che avevano caratterizzato il vecchio ed unico «sequestro per il procedimento penale» (libro II, titolo II: «Dell'istruzione formale», capo VI) o, "breviter", sequestro penale.

In ragione delle esposte considerazioni – secondo la Corte – è «pienamente condivisibile» l'assunto per cui il divieto di restituzione di cui all'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. costituisce «espressione del principio generale secondo cui le cose di cui all'art. 240, secondo comma, cod. pen. non possono comunque essere restituite, essendo […] oggetto della misura di sicurezza obbligatoria, in conseguenza della loro particolare natura» (par. 3.3, pp. 8-9).

6.2. Analisi della decisione in relazione alla seconda questione controversa.

Il richiamo alla giustificazione della portata generale del divieto che ne occupa conduce alla trattazione della seconda questione controversa, nel risolvere la quale la Corte sposa il maggioritario (quanto ad essa) orientamento restrittivo, «che interpreta in senso quasi letterale la locuzione "nei casi indicati nell'articolo 240 comma 2 del codice penale", contenuta nell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen., consentendo che il divieto di restituzione ivi previsto sia esteso al più alle ipotesi di confisca previste da norme speciali, ma comunque riconducibili, nella sostanza, alla categoria dell'art. 240, secondo comma, cod. pen.» (par. 4.3, p. 14). Invero – secondo la Corte – è «insuperabile, sul piano letterale il riferimento alle sole confische di cui all'art. 240, secondo comma, cod. pen., aventi ad oggetto, nella formulazione originaria della norma, le cose intrinsecamente pericolose, per le quali la restituzione è comunque esclusa ben al di là della fase cautelare e indipendentemente dall'esito del giudizio di merito. Ed è questa intrinseca pericolosità che distingueva, nell'originaria intenzione del legislatore, tali tipologie di confisca dalle confische obbligatorie previste da altre disposizioni» (par. 5, p. 16).

Il fattore di complicazione rappresentato, «già in origine, dalla compresenza, nell'ambito del richiamato secondo comma, del n. 1), riferito al prezzo del reato, di per sé normalmente rappresentato da denaro o beni fungibili e, dunque, privo di intrinseca pericolosità» (loc. ult. cit.), trova oggi adeguata sistemazione concettuale e disciplinare alla luce della richiamata e condivisa Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Rv. 264434, Lucci, la quale – in superamento di Sez. U, n. 38834 del 10/07/2008, Rv. 240565, De Maio, e di Sez. U, n. 5 del 25/03/1993, Rv. 193119, Carlea, secondo cui «la confisca del prezzo del reato si distingueva dalla confisca delle cose ai sensi del n. 2) dell'art. 240 cod. pen., esigendo, a differenza di queste, una sentenza di condanna, al cospetto della quale scattava la previsione di obbligatorietà» – insegna che «il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre, a norma dell'art. 240, comma secondo, n. 1 cod. pen., la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322-ter cod. pen., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio». Invero la lezione della sentenza Lucci «garantisce una maggiore uniformità alle due categorie dei numeri 1) e 2) del richiamato secondo comma, giacché per entrambe la confisca può prescindere dalla condanna, anche se in relazione al prezzo presuppone necessariamente che vi sia stato un accertamento di responsabilità comunque divenuto definitivo» (ivi, p. 17).

Nel quadro testé descritto, la sola limitatissima estensione consentita del divieto di restituzione attiene a «quelle confische che, pur previste da disposizioni diverse, riguardino cose intrinsecamente pericolose, perché tali cose rientrerebbero comunque nell'ambito di applicazione dell'art. 240, secondo comma, cod. pen., se non fossero contemplate da leggi speciali»; diversamente, il superamento di tale limite estremo al fine di attingere «tutti i casi di confisca obbligatoria, diversi da quelli ricadenti nella previsione dell'art. 240, secondo comma, cod. pen., costituirebbe un'applicazione analogica della norma, che non appare corretta sul piano ermeneutico, perché, pur trattandosi di disposizione processuale, deve essere considerata la particolare funzione che il divieto di restituzione assolve» (loc. ult. cit.).

D'altronde – rileva conclusivamente la Corte – la soluzione raggiunta è coerente con gli approdi da tempo predicati dalla giurisprudenza pressoché totalitaria in relazione al decreto penale di condanna, orientata ad interpretare in senso restrittivo l'art. 460, comma 2, cod. proc. pen., che prevede, con una formula sostanzialmente identica a quella dell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. [Sez. 3, n. 43547 del

27/04/2016, Rv. 267923, Gardelli; Sez. 3, n. 18774 del 29/02/2012, Rv. 252622, Staicue; Sez. 3, n. 36063 del 07/07/2009, Rv. 244607, Renna; Sez. 3, n. 24659 del 19/03/2009, Rv. 244019, Mongardi; Sez. 3, n. 26548 del 22/05/2008, Rv. 240343, Mazzucato; "contra" soltanto Sez. 3, n. 4545 del 04/12/2007 (dep. 2008), Rv. 238852, Pennino].

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 5, n. 8701 del 17/06/1992, Rv. 191822 – 01, Bazzani
Sez. 5, n. 1170 del 06/05/1992, Rv. 190827 – 01, Tagliaferri
Sez. 6, n. 265 del 30/01/1992, Rv. 190776 – 01, Tamaro
Sez. U, n. 5 del 25/03/1993, Rv. 193119, Carlea
Sez. 3, n. 268 del 30/01/1995, Rv. 201562 – 01, Schiena
Sez. 3, n. 65 del 11/01/1995, Rv. 201563 – 01, Bozzato
Sez. 3, n. 2092 del 07/05/1996, Rv. 204729 – 01, Cervati
Sez. 3, n. 2859 del 04/11/1998, Rv. 212483 – 01, Agustoni F.
Sez. 4, n. 1640 del 22/05/1998, Rv. 210989 – 01, Toracca
Sez. 3, n. 8542 del 24/01/2001, Rv. 218331 – 01, Giglioli
Sez. 2, n. 862 del 02/12/2002 (dep. 2003), Rv. 223479 – 01, Rindi
Sez. 3, n. 46974 del 29/10/2003, Rv. 228331 – 01, Montella
Sez. 3, n. 39714 del 18/09/2003, Rv. 226345 – 01, Hartl
Sez. 3, n. 17310 del 12/03/2003, Rv. 224789 – 01, Xu Fenghua
Sez. 2, n. 494 del 01/12/2004 (dep. 2005), Rv. 230865 - 01 Schipani
Sez. 5, n. 23240 del 18/05/2005, Rv. 231902 – 01, Zhu
Sez. 3, n. 2949 del 11/01/2005, Rv. 230868 – 01, Gazziero
Sez. 3, n. 4545 del 04/12/2007 (dep. 2008), Rv. 238852, Pennino
Sez. 3, n. 44279 del 07/11/2007, Rv. 238287 – 01, Mazzotta
Sez. 4, n. 6383 del 18/01/2007, Rv. 236106 – 01, Barbareschi
Sez. 3, n. 41200 del 10/10/2008, Rv. 241531 – 01, Tringali
Sez. U, n. 38834 del 10/07/2008, Rv. 240565, De Maio
Sez. 3, n. 26548 del 22/05/2008, Rv. 240343, Mazzucato
Sez. 6, n. 41627 del 07/10/2009 Rv. 245494 - 01 Furgiuele
Sez. 3, n. 36063 del 07/07/2009, Rv. 244607, Renna
Sez. 3, n. 24659 del 19/03/2009, Rv. 244019, Mongardi
Sez. 3, n. 10710 del 28/01/2009, Rv. 243106 – 01, Girardi
Sez. 2, n. 35029 del 26/05/2010, Rv. 248237 – 01, Capirello e altro
Sez. 3, n. 18545 del 07/04/2010, Rv. 247156 – 01, De Bosi
Sez. 4, n. 34459 del 12/07/2011, Rv. 251102 – 01, Zamora Guevara
Sez. 3, n. 18774 del 29/02/2012, Rv. 252622, Staicue
Sez. 3, n. 7673 del 10/01/2012, Rv. 252093 – 01, Napoletano
Sez. 2, n. 3185 del 06/11/2012 (dep. 2013), Rv. 254508 – 01, Di Guida
Sez. 2, n. 19180 del 16/04/2013, Rv. 255409 – 01, Nicita
Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Rv. 264434, Lucci

Sez. 2, n. 35100 del 10/06/2015, Rv. 264511 – 01, Di Domenico

Sez. 3, n. 27139 del 22/04/2015, Rv. 264186 – 01, Lan

Sez. 3, n. 43547 del 27/04/2016, Rv. 267923, Gardelli

Sez. 3, n. 17918 del 06/12/2016 (dep. 2017), Rv. 269628 – 01, Rena e Romi SHPK

Sez. 1, n. 58050 del 18/10/2017, Rv. 271614 – 01, Cerquini e altro

Sez. 3, n. 41558 del 19/07/2017, Rv. 270890 – 01, Flace

Sez. 2, n. 16523 del 07/03/2017 Cc., Rv. 269700 – 01, Lucente e altro

Sez. 3, n. 35784 del 15/02/2017, Rv. 270727 – 01, P.M. in proc. Volpi

Sez. 3, n. 56683 del 22/11/2018, Bellucci

Sez. 6, n. 54792 del 15/11/2018, Rv. 274637, Rizzo

Sez. U, n. 40847 del 30/05/2019, Rv. 276690 – 01 e Rv. 276690 – 02, Bellucci

CAPITOLO II

L'UTILIZZAZIONE DEI RISULTATI DELLE INTERCETTAZIONI IN PROCEDIMENTI DIVERSI

(LUIGI GIORDANO)

SOMMARIO: 1. La vicenda oggetto del giudizio. - 2. Il fondamento costituzionale della disciplina delle intercettazioni. - 3. segue: la giurisprudenza costituzionale sull'art. 270 cod. proc. pen. - 4. segue: la portata del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni secondo la Costituzione. - 5. Gli indirizzi giurisprudenzali sulla nozione di "diverso procedimento": la tesi prevalente. - 6. segue: La tesi che assicura rilievo alla formale unitarietà iniziale del procedimento. - 7. segue: La tesi che equipara la nozione di "procedimento" a quella di "reato". - 8. Il contrasto giurisprudenziale sulla necessità del rispetto dei presupposti di cui all'art. 266 cod. proc. pen. - 9. Le ragioni della mancata condivisione del secondo indirizzo illustrato. - 10. Le ragioni della mancata condivisione del terzo indirizzo illustrato. - 11. Le ragioni dell'accoglimento del primo indirizzo illustrato. Il "legame" sostanziale tra i reati. - 12. segue: La connessione e la coincidenza della "regiudicanda". - 13. segue: L'insufficienza del mero collegamento tra le indagini ex art. 371 cod. proc. pen. - 14. segue: Il principio espresso dalle Sezioni Unite.

1. La vicenda oggetto del giudizio.

Le Sezioni Unite, con sentenza pronunciata alla camera di consiglio del 28 novembre 2019, dep. il 2 gennaio 2020, n. 51, Cavallo e altro, Rv. 277395, hanno affrontato la questione di diritto che è stata così sintetizzata: "Se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all'art. 270 cod. proc. pen., riguardi anche i reati non oggetto della intercettazione ab origine disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione".

La Corte di appello di Brescia, in particolare, aveva condannato gli imputati per i reati di peculato e di falsità ideologica e materiale in atto pubblico. Avverso questa decisione, nel ricorso per cassazione, uno degli imputati ha eccepito, tra l'altro, l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni da cui era stata tratta la prova dei reali a lui ascritti per la violazione del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. Dette captazioni, infatti, erano state autorizzate per fare luce su un'ipotesi di utilizzazione illegittima di notizie riservate, ricondotta alla fattispecie penale di cui all'art. 326, comma terzo, cod. pen. Le captazioni erano finalizzate a ricostruire la rete degli informatori di cui si avvalevano alcune persone nell'interesse di una società. L'inchiesta si era progressivamente allargata, coinvolgendo taluni militari di una stazione dei carabinieri, risultati in contatto con tali soggetti. Lo sviluppo delle indagini e le risultanze delle operazioni di intercettazione avevano condotto il G.I.P. ad autorizzare la proroga delle operazioni in corso e lo svolgimento di nuove intercettazioni di utenze telefoniche in possesso di alcuni carabinieri della predetta

stazione. In questo contesto, erano emersi gli elementi di prova dei reati di falso e di peculato. Secondo le decisioni di merito, infatti, alcuni militari avevano organizzato un'operazione di sequestro di droga e di denaro ai danni di una persona, con l'intesa di dividere tra di loro e con il ricorrente, Comandante della stazione di appartenenza, una parte della somma rinvenuta, redigendo, a tale scopo, verbali falsi, recanti anche la sottoscrizione apocrifa di uno dei essi. Tra questi reati emersi nel corso delle intercettazioni e quelli per i quali le captazioni erano state autorizzate, secondo il ricorrente, non sussisterebbe alcun nesso, con la conseguenza che dovrebbe trovare applicazione la clausola di esclusione probatoria di cui all'art. 270 cod. proc. pen.

2. Il fondamento costituzionale della disciplina delle intercettazioni.

La Corte ha premesso che l'esame della questione controversa deve essere compiuto nell'ambito del quadro costituzionale di riferimento.

L'art. 15 Cost., in particolare, tutela due distinti interessi, «quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale» (Corte cost., sent. n. 34 del 1973).

Il diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione è strettamente attinente al nucleo essenziale dei valori di personalità, tanto che la giurisprudenza costituzionale lo qualifica come «parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana», caratterizzando la sua inviolabilità in una duplice prospettiva: in base all'art. 2 Cost., «il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente», mentre, in base all'art. 15 Cost., «lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991).

L'esigenza di repressione dei reati, invero, corrisponde «a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile». Tale interesse giustifica «anche il ricorso a un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica»; d'altra parte, «le restrizioni alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni conseguenti alle intercettazioni telefoniche sono sottoposte a condizioni di validità particolarmente rigorose, commisurate alla natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991). Ne consegue che «l'atto dell'autorità giudiziaria con il quale vengono autorizzate le intercettazioni telefoniche deve essere "puntualmente motivato"», ossia «deve avere una "adeguata e specifica motivazione"» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991; Corte cost., sent. n. 34 del 1973).

3. segue: la giurisprudenza costituzionale sull'art. 270 cod. proc. pen.

La Corte costituzionale si è occupata anche della disciplina dell'art. 270 cod. proc. pen., chiarendo che la libertà della comunicazione «risulterebbe pregiudicata, gravemente scoraggiata o, comunque turbata ove la sua garanzia non comportasse il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie di cui si è venuti a conoscenza a seguito di una legittima autorizzazione di intercettazioni al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati», sicché «l'utilizzazione come prova in altro procedimento trasformerebbe l'intervento del giudice richiesto dall'art. 15 della Costituzione in un'inammissibile "autorizzazione in bianco", con conseguente lesione della "sfera privata" legata alla garanzia della libertà di comunicazione e al connesso diritto di riservatezza incombente su tutti coloro che ne siano venuti a conoscenza per motivi di ufficio» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991; sent. n. 63 del 1994). L'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., pertanto, rappresenta «una norma del tutto eccezionale»: «la possibilità di utilizzare i risultati delle intercettazioni disposte nell'ambito di un determinato processo limitatamente ai procedimenti diversi, relativi all'accertamento di reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, risponde all'esigenza di ammettere una deroga alla regola generale del divieto di utilizzazione delle intercettazioni in altri procedimenti, giustificata dall'interesse dell'accertamento dei reati di maggiore gravità».

4. segue: la portata del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni secondo la Costituzione.

Le Sezioni Unite hanno riassunto le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale, sottolineando che l'autorizzazione del giudice non si limita a legittimare il ricorso al mezzo di ricerca della prova, ma circoscrive l'utilizzazione dei suoi risultati ai fatti-reato che all'autorizzazione stessa risultino riconducibili: essa, infatti, deve dar conto dei «soggetti da sottoporre al controllo» e dei «fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991). Quest'ultimo riferimento comporta la delimitazione dell'utilizzabilità probatoria dei risultati dell'intercettazione ai reati riconducibili all'autorizzazione giudiziale. Tale delimitazione, a sua volta, è condizione essenziale affinché l'intervento giudiziale abilitativo non si trasformi in una "autorizzazione in bianco".

L'eccezione a tale regola è rappresentata dall'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per l'accertamento giudiziale di reati diversi da quelli riconducibili al provvedimento autorizzatorio motivato, ossia per l'accertamento dei reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. L'impiego probatorio di tali esiti è costituzionalmente legittimo perché circoscritto a casi eccezionali «tassativamente indicati dalla legge» e, comunque, è limitato «all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale», ossia per l'accertamento di «reati di maggiore gravità» (Corte cost., sent. n. 63 del 1994).

Fuori da tali eccezionali casi, l'autorizzazione del giudice costituisce non solo il fondamento di legittimazione del ricorso all'intercettazione, ma anche il limite all'utilizzabilità probatoria dei relativi risultati ai soli reati riconducibili alla stessa autorizzazione.

Una volta illustrati i principi costituzionali che regolano il mezzo di ricerca della prova in esame, la Corte ha rilevato che la disciplina codicistica delle intercettazioni è conforme alla portata attribuita dalla Costituzione all'autorizzazione giudiziale. Al giudice, infatti, è attribuita «una funzione di controllo e di garanzia, essendogli riservato il potere di autorizzare l'atto ovvero di convalidarlo, nel caso peculiare in cui l'urgenza non consenta un suo intervento preventivo» (Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, in Supp. Ord. n. 2 alla G.U. n. 250 del 24 ottobre 1988 – Serie generale). La disciplina ex art. 270, comma 1, cod. proc. pen., secondo cui l'utilizzazione in procedimenti diversi è «ammessa solo se i risultati delle intercettazioni siano indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in fragranza» (Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, cit.) -

conferma che, di regola, l'utilizzo probatorio di detti risultati è vietato per i reati non riconducibili all'autorizzazione del giudice.

5. Gli indirizzi giurisprudenzali sulla nozione di "diverso procedimento": la tesi prevalente.

La sentenza, quindi, ha illustrato gli indirizzi giurisprudenziali che si sono formati in relazione ai limiti di operatività del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen., precisando, al fine di definire con chiarezza il perimetro della questione controversa, che non è in discussione l'orientamento consolidato, secondo cui il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte attiene solo alla valutazione di tali risultati come elementi di prova, ma non preclude la possibilità di dedurre dagli stessi notizie di nuovi reati, quale punto di partenza di nuove indagini (Sez. 2, n. 17759 del 13/12/2016, dep. 2017, Cante, Rv. 270219; conf. Sez. 2, n. 19699 del 23/04/2010, Trotta, Rv. 247104; Sez. 4, n. 2596 del 03/10/2006, dep. 2007, Abate, Rv. 236115; Sez. 5, n. 23894 del 02/05/2003, Luciani, Rv. 225946; Sez. 6, n. 31 del 26/11/2002, dep. 2003, Chiarenza, Rv. 225709) e che neppure viene in rilievo l'ipotesi in cui la conversazione intercettata costituisca corpo del reato, essendo utilizzabile, in quanto tale, nel processo penale (Sez. U, n. 32697 del 26/06/2014, Floris, Rv. 259776).

Orbene, secondo l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, la definizione di "procedimento diverso" non coincide con quella di "diverso reato" (*ex plurimis*, Sez. 6, n. 1972 del 16/05/1997, Pacini Battaglia, Rv. 210044; Sez. 2, n. 9579 del 19/01/2004, Amato, Rv. 228384; Sez. 4, n. 7320 del 19/01/2010, Verdoscia, Rv. 246697; più di recente, Sez. 3, n. 52503 del 23/09/2014, Sarantsev, Rv. 261971; Sez. 2, n. 43434 del 05/07/2013, Bianco, Rv. 257834), essendo la prima più ampia della seconda, né può essere ricollegata a un dato di ordine meramente formale, come il numero di iscrizione nel registro della notizia di reato (*ex plurimis*, Sez. 6, n. 1972 del 1997, Pacini Battaglia, cit.; Sez. 1, n. 46075 del 04/11/2004, Kunsmonas, Rv. 230505; Sez. 2, n. 7995 del 03/02/2006, Polignano; Sez. 3, n. 29473 del 09/05/2012, Rv. 253161; più di recente, Sez. 2, n. 3253 del 10/10/2013, dep. 2014, Costa, Rv. 258591; Sez. 2, n. 27473 del 29/05/2014, Lo Re), perché la formale unità dei procedimenti, sotto un unico numero di registro generale, non può fungere da schermo per l'utilizzabilità indiscriminata delle intercettazioni, facendo convivere tra di loro procedimenti privi di un reale collegamento (Sez. 3, n. 33598 del 08/04/2015, Vasilas). Essa, invece, si riferisce al contenuto della notizia di reato, ossia al fatto-reato in relazione al quale il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione

penale (*ex plurimis*, Sez. 6, n. 5192 del 25/02/1997, Gunnella, Rv. 209306; Sez. 3, n. 29856 del 24/04/2018, La Volla, Rv. 275389).

Il legame tra la notizia di reato in relazione alla quale è stata autorizzata l'intercettazione e quella emersa dai risultati dell'intercettazione che, se riconosciuto, esclude la diversità dei procedimenti e, con essa, il divieto di utilizzazione di cui all'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., pertanto, è delineato in una prospettiva sostanzialistica, facendo riferimento ad indagini strettamente connesse e collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato alla cui definizione il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato (*ex plurimis*, Sez. 6, n. 2135 del 10/05/1994, Rizzo, Rv. 199917; Sez. 3, n. 1208 del 14/04/1998, Romagnolo, Rv. 210950; Sez. 1, n. 2930 del 17/12/2002, dep. 2003, Semeraro, Rv. 223170; Sez. 3, n. 348 del 13/11/2007, dep. 2008, Ndoja, Rv. 238779; Sez. 6, n. 11472 del 02/12/2009, dep. 2010, Paviglianiti, Rv. 246524; più di recente, Sez. 6, n. 46244 del 15/11/2012, Filippi, Rv. 254285; Sez. 6, n. 20910 del 15/03/2012, Avena, Rv. 252863; Sez. 5, n. 26693 del 20/01/2015, Catanzaro, Rv. 264001; Sez. 5, n. 32779 del 10/05/2016, Bacchi; Sez. 3, n. 28516 del 28/02/2018, Marotta, Rv. 273226), non potendosi risolvere nell'esistenza di un collegamento meramente fattuale ed occasionale (Sez. 3, n. 2608 del 05/11/2015, dep. 2016, Pulvirenti, Rv. 266423), ma essendo necessaria la sussistenza di una connessione ex art. 12 cod. proc. pen. o di un collegamento *ex* art. 371, comma 2, lett. b) e c), sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico (ex plurimis, Sez. 6, n. 6702 del 16/12/2014, dep. 2015, La Volla, Rv. 262496; Sez. 3, n. 33598 del 08/04/2015, Vasilas).

A questo primo orientamento ha aderito anche la sentenza Sez. U, n. 32697 del 26/06/2014, Floris, la quale, peraltro, ha affermato il principio secondo cui «la conversazione o comunicazione intercettata costituisce corpo del reato unitamente al supporto che la contiene, in quanto tale utilizzabile nel processo penale, solo allorché essa stessa integri ed esaurisca la condotta criminosa».

6. segue: La tesi che assicura rilievo alla formale unitarietà iniziale del procedimento.

Un diverso indirizzo, invece, valorizzando l'inerenza delle risultanze relative a reati diversi da quelli oggetto del provvedimento autorizzativo al medesimo procedimento in cui il mezzo di ricerca della prova è stato disposto, sostiene che, qualora l'intercettazione sia legittimamente autorizzata all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen., i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui emerga la conoscenza dall'attività di captazione; nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, invece, l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati

espressamente dall'art. 270 cod. proc. pen., e, cioè, all'indispensabilità ed all'obbligatorietà dell'arresto in flagranza (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 9500 del 23/02/2016, De Angelis, Rv. 267784; Sez. 5, n. 26817 del 04/03/2016, Iodice, Rv. 267889; Sez. 6, n. 41317 del 15/07/2015, Rosatelli, Rv. 265004; Sez. 4, n. 29907 del 08/04/2015, Della Rocca, Rv. 264382). Il dato dell'unitarietà iniziale del procedimento segna, dunque, nella prospettiva del secondo orientamento, il limite dell'operatività del divieto di utilizzazione ex art. 270, comma 1, cod. proc. pen.

7. segue: La tesi che equipara la nozie di "procedimento" a quella di "reato".

Nella giurisprudenza di legittimità, inoltre, si è formato pure un terzo indirizzo, che invero appare più risalente, secondo cui, al di fuori dei casi tassativamente indicati nell'art. 270 cod. proc. pen., non è consentita l'utilizzazione in un procedimento penale delle risultanze emerse da intercettazioni telefoniche disposte in altro procedimento, neppure quando i due procedimenti siano strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio (Sez. 3, n. 9993 del 03/07/1991, Cerra, Rv. 188356). In contrapposizione al primo orientamento, in particolare, è stato osservato che la nozione di "diverso procedimento" ex art. 270, comma 1, cod. proc. pen. va ricollegata «al dato della alterità o non uguaglianza del procedimento, in quanto instaurato in relazione ad una notizia di reato che deriva da un fatto storicamente diverso da quelli fatto oggetto delle indagini relativi ad altro, differente, anche se connesso, procedimento», sicché ricomprendere in essa la connessione o il collegamento dei procedimenti comporterebbe «la sostanziale elusione del divieto in detta disposizione sancito dal legislatore» (Sez. 4, n. 4169 del 11/12/2008, dep. 2009, Mucciarone, Rv. 242836; più di recente, in analoga prospettiva, Sez. 2, n. 49930 del 11/12/2012, Perri, Rv. 253916).

8. Il contrasto giurisprudenziale sulla necessità del rispetto dei presupposti di cui all'art. 266 cod. proc. pen.

Nel delineare gli indirizzi contrapposti, le Sezioni unite hanno rilevato che, nell'ambito dei primi due orientamenti illustrati, si è manifestata una importante divergenza sul punto relativo alla necessità o meno, ai fini dell'utilizzabilità dei risultati delle captazioni, che il reato emerso nel corso dell'intercettazione – diverso da quello per il quale il mezzo di ricerca della prova è stato *ab origine* disposto - rientri nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 cod. proc. pen.

Con riguardo al primo indirizzo, infatti, al quesito è stata data risposta affermativa, sostenendo che, seppur non possono considerarsi pertinenti a "diverso procedimento" risultanze di intercettazioni concernenti fatti strettamente connessi

a quello cui si riferisce l'autorizzazione giudiziale, detti esiti possono essere utilizzati soltanto nel caso in cui, per il reato cui si riferiscono, il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto a norma dell'art. 266 cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 4942 del 15/01/2004, Kolakowska Bozena, Rv. 229999; conf. Sez. 1, n. 14595 del 17/11/1999, Toscano, Rv. 216206).

In senso diametralmente opposto, sempre con riferimento al primo indirizzo, è stata sostenuta anche l'opposta soluzione, affermando che i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati nell'art. 266 cod. proc. pen. sono utilizzabili relativamente ad altri reati che emergano dall'attività di captazione, anche se per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite, sempre che tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione e quello dei reati per cui si procede separatamente sussista una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, tale che il relativo procedimento non possa ritenersi diverso (Sez. 5, n. 45535 del 16/03/2016, Damiani De Paula, Rv. 268453).

Lo stesso contrasto si rinviene con riferimento al secondo orientamento.

Secondo una prospettiva, difatti, qualora l'intercettazione sia legittimamente autorizzata all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen., i suoi esiti sono utilizzabili anche per tutti gli altri reati relativi al medesimo procedimento, purché, in relazione ad essi, il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto ai sensi del medesimo art. 266 (Sez. 2, n. 1924 del 18/12/2015, dep. 2016, Roberti, Rv. 265989; Sez. 6, n. 27820 del 17/06/2015, Morena, Rv. 264087; Sez. 6, n. 53418 del 04/11/2014, De Col, Rv. 261838).

Nella seconda direzione, invece, è stato affermato che i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati all'art. 266 cod. proc. pen. sono utilizzabili pure relativamente ad altri reati che emergano dall'attività di captazione, anche se per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite (Sez. 6, n. 19496 del 21/02/2018, Cante, Rv. 273277; Sez. 5, n. 15288 del 09/02/2018, Trani, Rv. 272852; Sez. 6, n. 31984 del 26/04/2017, Rv. 270431; Sez. F, n. 35536 del 23/08/2016, Tagliapietra, Rv. 267598; Sez. 6, n. 22276 del 05/04/2012, Maggioni, Rv. 252870; Sez. 3, n. 39761 del 22/09/2010, Rv. 248557).

In merito a questo contrasto, la cui risoluzione è apparsa alle Sezioni unite strettamente legata a quella della questione rimessa al suo vaglio, la Corte ha affermato che il reato accertato sulla base dell'intercettazione autorizzata invece per la ricerca della prova di altro reato deve rientrare nei limiti di ammissibilità delle captazioni di cui all'art. 266 cod. proc. pen.

Il catalogo dei reati per i quali il ricorso alle intercettazioni è ammissibile, infatti, «definisce il perimetro legale all'interno del quale il giudice deve operare le valutazioni relative alla sussistenza, nella fattispecie concreta, dei presupposti dell'autorizzazione». La previsione di limiti di ammissibilità delle intercettazioni è una diretta espressione della riserva assoluta di legge ex art. 15 Cost., che governa la materia delle intercettazioni, e dell'istanza di rigorosa - e inderogabile - tassatività che da essa discende (cfr. Corte cost., sent. n. 63 del 1994), riconnettendosi alla «natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione)» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991). Consentire l'utilizzazione probatoria dell'intercettazione in relazione a reati che non rientrano nei limiti di ammissibilità fissati dalla legge si tradurrebbe, come la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di rimarcare, «nel surrettizio, inevitabile aggiramento di tali limiti, «con grave pregiudizio per gli interessi sostanziali tutelati dall'art. 266 cod. proc. pen. che intende porre un limite alla interferenza nella libertà e segretezza delle comunicazioni in conformità all'art. 15 della Costituzione» (Sez. 6, n. 4942 del 2004, Kolakowska Bozena, cit.; conf., nella prospettiva del secondo orientamento, Sez. 1, n. 24819 del 12/07/2016, Boccardi).

La sentenza, pertanto, ha concluso sul punto che l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte nell'ambito di un "medesimo procedimento" presuppone che i reati diversi da quelli per i quali il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato rientrino nei limiti di ammissibilità delle intercettazioni stabiliti dalla legge.

9. Le ragioni della mancata condivisione del secondo indirizzo illustrato.

Fatta questa precisazione, la Corte ha ritenuto non condivisibile il secondo indirizzo giurisprudenziale formatosi in merito all'interpretazione dell'art. 270 cod. proc. pen. e, segnatamente, quello che assicura rilievo all'unitarietà iniziale del procedimento per escludere l'operatività del divieto previsto da tale norma. Quest'impostazione, infatti, fa leva su una nozione formale di "procedimento", in quanto connotato da un determinato numero di iscrizione nei registri delle notizie di reato. Nel lessico del codice di procedura penale, tuttavia, il riferimento al "procedimento" si presenta tutt'altro che univoco: in termini generali, esso viene giustapposto al "processo", così delineando «una netta scansione tra il procedimento, che si articola nelle indagini preliminari, e il processo, che nasce quando il pubblico ministero imbocca la strada della formulazione dell'accusa rendendo ineludibile la pronuncia giurisdizionale» (Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, cit.); nella stessa terminologia

codicistica, però, il termine "procedimento" allude anche al singolo reato commesso da una persona (art. 12 cod. proc. pen.). Ora, che, ai fini della definizione della portata del divieto probatorio di cui all'art. 270 cod. proc. pen., la nozione di "procedimento" vada intesa nell'accezione formale presupposta dall'indirizzo in esame è affermazione che, proprio per la plurivocità semantica del termine, si risolve in una petizione di principio, non trovando una specifica giustificazione sul terreno dell'interpretazione sistematica.

Come la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di rimarcare, però, «la formale unità dei procedimenti, sotto un unico numero di registro generale, non può fungere da schermo per l'utilizzabilità indiscriminata delle intercettazioni, facendo convivere tra di loro procedimenti privi di collegamento reale» (Sez. 3, n. 33598 del 08/04/2015, Vasilas): in altri termini, svincolata da qualsiasi legame sostanziale tra il reato per il quale il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato e l'ulteriore reato emerso dai risultati dell'intercettazione, la definizione della portata del divieto probatorio ex art. 270, comma 1, cod. proc. pen. viene schiacciata sul "contenitore dell'attività di indagine» e, di conseguenza, delineata sulla base di fattori del tutto casuali, relativi alla "sede" procedimentale (unitaria o separata) - e, dunque, forieri di dubbi di legittimità costituzionale.

Il criterio formale dell'inerenza del "nuovo" reato al medesimo «contenitore dell'attività di indagine» sul quale si fonda il secondo orientamento, dunque, ne mette in luce l'incompatibilità con la portata dell'autorizzazione giudiziale delineata dall'art. 15 Cost., che, come si è già illustrato, investe l'utilizzazione probatoria dei risultati dell'intercettazione e non solo l'impiego del mezzo di ricerca della prova. Di conseguenza, ritenere utilizzabili i risultati dell'intercettazione disposta per uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen. anche per gli altri reati di cui è emersa la conoscenza grazie all'intercettazione stessa e ciò indipendentemente da qualsiasi legame sostanziale tra il primo e i secondi significherebbe imprimere all'autorizzazione del giudice quella connotazione di "autorizzazione in bianco" messa al bando dalla giurisprudenza costituzionale.

10. Le ragioni della mancata condivisione del terzo indirizzo illustrato.

Le Sezioni Unite, inoltre, non hanno condiviso neppure il terzo indirizzo, il quale muove da una considerazione della nozione di "procedimento" come sinonimo di "reato", alla cui stregua l'esistenza di un legame sostanziale tra il reato in relazione al quale l'intercettazione è stata autorizzata e il reato accertato grazie ai risultati della stessa non sarebbe idoneo ad inibire l'operatività del divieto probatorio (Sez. 4, n. 4169 del 2008, dep. 2009, Mucciarone, cit.).

La tesi non è stata condivisa perché, correlando la nozione di "procedimento" all'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., dovrebbe essere considerato "diverso procedimento" quello iscritto nei confronti di una persona nota per un certo reato a seguito delle intercettazioni disposte in un procedimento contro ignoti per quel medesimo fatto-reato, mentre è pacifico che, se un'intercettazione telefonica è validamente autorizzata, essa può essere utilizzata nei confronti di qualsiasi persona a carico della quale faccia emergere elementi di responsabilità per quel reato (Sez. 6, n. 9822 del 01/07/1992, Pellegrino, Rv. 192008). Del resto, sarebbe all'evidenza irrazionale una disciplina che consentisse il ricorso all'intercettazione in un procedimento contro ignoti e ne precludesse poi l'utilizzabilità nel confronti dell'autore del reato scoperto grazie all'intercettazione stessa.

11. Le ragioni dell'accoglimento del primo indirizzo illustrato. Il "legame" sostanziale tra i reati.

Le Sezioni Unite, invece, hanno accolto l'impostazione del primo orientamento giurisprudenziale, che fa leva su una nozione "sostanziale" di "diverso procedimento", la quale non coincide con un "diverso reato", né può essere ricollegata a un dato di ordine meramente formale, come il numero di iscrizione nel registro della notizia di reato. Ricorre lo stesso procedimento – o, al contrario non è configurabile la diversità tra procedimenti presupposto per l'operatività del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. – anche quando si tratti di reati diversi, purché sussista un legame sostanziale tra di loro.

La Corte, tuttavia, ha ritenuto necessarie alcune puntualizzazioni su quale sia il "legame sostanziale" tra il reato in relazione al quale l'autorizzazione all'intercettazione è stata emessa e quello emerso grazie ai risultati di tale intercettazione che rende quest'ultimo reato riconducibile al provvedimento autorizzatorio e, dunque, in linea con l'art. 15 Cost., che vieta "autorizzazioni in bianco".

Come si è visto, detto legame sostanziale è individuato dalla giurisprudenza di legittimità richiamando, ora, l'esistenza di una connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico tra il contenuto dell'originaria notizia di reato, per la quale sono state disposte le intercettazioni, e i reati per i quali si procede, ora, la sussistenza, tra i due fatti-reato pur storicamente differenti, di ipotesi di connessione ex art. 12 cod. proc. pen. o, comunque, di collegamento ex art. 371, comma 2, lett. b) e c), cod. proc. pen. sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico. Questi due criteri di individuazione del legame sostanziale, secondo la Corte, si prestano, però, a diverse valutazioni.

12. segue: La connessione e la coincidenza della "regiudicanda".

La connessione ex art. 12 cod. proc. pen. riguarda procedimenti tra i quali esiste una relazione in virtù della quale la regiudicanda oggetto di ciascuno viene, anche solo in parte, a coincidere con quella oggetto degli altri: si tratta, come è noto, di ipotesi che il codice di rito pone a base di un criterio attributivo della competenza autonomo e originario (*ex plurimis*, Sez. U, n. 27343 del 28/02/2013, Taricco, Rv. 255345). Il carattere originario della connessione ex art. 12 cod. proc. pen. rende ragione del rilievo dottrinale secondo cui essa è un riflesso della connessione sostanziale dei reati: con specifico riferimento al caso di connessione di cui alla lett. c) dell'art. 12 cit., in particolare, si è rilevato come esso si fondi su un «legame oggettivo tra due o più reati» (Sez. U, n. 53390 del 26/10/2017, Patroni Griffi, Rv. 271223), un legame, dunque, indipendente dalla vicenda procedimentale; analoga connessione sostanziale - prima ancora che processuale - sussiste in presenza, oltre che di un concorso formale di reati, di un reato continuato (lett. b), in considerazione del requisito del medesimo disegno criminoso, per la cui integrazione è necessario «che, al momento della commissione del primo reato della serie, i successivi fossero stati realmente già programmati almeno nelle loro linee essenziali» (Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv. 270074).

In caso di imputazioni connesse ex art. 12 cod. proc. pen., dunque, il procedimento relativo al reato per il quale l'autorizzazione è stata espressamente concessa non può considerarsi "diverso" rispetto a quello relativo al reato accertato in forza dei risultati dell'intercettazione. La parziale coincidenza della regiudicanda oggetto dei procedimenti connessi e, dunque, il legame sostanziale - e non meramente processuale - tra i diversi fatti-reato consente di ricondurre ai «fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991), di cui al provvedimento autorizzatorio dell'intercettazione, anche quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione: il legame sostanziale tra essi, infatti, esclude che l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un'"autorizzazione in bianco".

13. segue: L'insufficienza del mero collegamento tra le indagini ex art. 371 cod. proc. pen.

A diverse conclusioni, invece, deve giungersi con riferimento all'altro criterio valorizzato dal primo orientamento, ossia a quello basato sul collegamento investigativo di cui all'art. 371 cod. proc. pen. (fuori dei casi di connessione, naturalmente).

Invero, anche nelle ipotesi delineate dalla lett. b) del comma 2, dell'art. 371 cod. proc. pen. il collegamento, così come configurato dal legislatore codicistico,

risponde ad esigenze di efficace conduzione delle indagini, ma le relazioni tra i reati alla base dell'istituto non presuppongono quel necessario legame originario e sostanziale che, come si è visto, consente invece di ricondurre anche il reato oggetto del procedimento connesso ex art. 12 cod. proc. pen. all'originaria autorizzazione.

Con specifico riguardo alle prime due ipotesi della disposizione, infatti, si tratta di relazioni intercorrenti non già tra il reato in riferimento al quale è stata emessa l'autorizzazione e quello messo in luce dall'intercettazione, ma tra le "conseguenze" del primo e il secondo ovvero di relazioni che si risolvono in una mera "occasionalità" tra la commissione dell'uno e dell'altro: si tratta, dunque, di relazioni "deboli".

Questo rilievo è valido *a fortiori* per le altre figure di collegamento delineate dalla lett. b) del comma 2 dell'art. 371 cod. proc. pen., considerate fin dalla formulazione originaria della disposizione codicistica nella sola prospettiva dell'efficace conduzione delle indagini. Né in senso contrario può argomentarsi evocando la disciplina della riunione di processi, che richiama sia i casi di connessione, sia quelli di collegamento ex art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen., perché l'istituto di cui all'art. 17 cod. proc. pen. si risolve in un «criterio di mera organizzazione del lavoro giudiziario» (Corte cost., ord. n. 247 del 1998; conf. Sez. U, n. 27343 del 28/02/2013, Taricco), criterio inidoneo ad esprimere il legame sostanziale tra i diversi reati indispensabile per considerare "non diverso" il procedimento ai sensi dell'art. 270 cod. proc. pen.

D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità che ha accolto il primo orientamento illustrato in precedenza sull'interpretazione dell'art. 270 cod. proc. pen. ha avvertito le difficoltà sottese all'assunzione del collegamento ex art. 371 cod. proc. pen. quale «criterio di valutazione sostanzialistico» ai fini in esame e, quanto alla lett. c) del comma 2, ne ha limitato la portata, sul piano dell'utilizzabilità, alle intercettazioni legittimamente autorizzate nel medesimo procedimento, posto che, si è osservato, diversamente ragionando e presupponendosi sempre e comunque come "stessa fonte" l'intercettazione eseguita in un procedimento ed utilizzandola quindi indiscriminatamente nei diversi procedimenti, sarebbe eluso il divieto di cui all'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., rendendo sempre possibile l'utilizzo delle captazioni nel diverso procedimento fondato sulle risultanze delle medesime intercettazioni (così, *ex plurimis*, Sez. 3, n. 29856 del 2018, La Volla, cit.). Quest'ultima soluzione, tuttavia, non è stata condivisa dalle Sezioni Unite: oltre ad innestare nell'assetto incentrato su un criterio di valutazione sostanzialistico un diverso criterio eminentemente formale (l'identità di procedimento), con tutte le insuperabili aporie già messe in luce, la limitazione indicata non risolve il problema decisivo, ossia l'individuazione di un criterio che assicuri la sussistenza di un legame sostanziale e "forte" tra i reati, così da poterne escludere la riferibilità, ai fini della

disciplina di cui all'art. 270 cod. proc. pen., a "procedimenti diversi". Pertanto, il divieto probatorio dell'utilizzo di intercettazioni in relazione a reati diversi da quelli in relazione ai quali l'autorizzazione del giudice è stata adottata è destinato ad operare in presenza di un rapporto tra i reati riconducibile - fuori dai casi di connessione - alle ipotesi di collegamento tra indagini.

14. segue: Il principio espresso dalle Sezioni Unite.

Alla luce della nozione di "procedimenti diversi" delineata, la Corte ha concluso che - ferma restando l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non rientrano nella sfera del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate solo i reati, accertati in virtù dei risultati delle intercettazioni, che risultano connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta: quando hanno ad oggetto reati connessi, dunque, i procedimenti non sono "diversi" e non opera il divieto di utilizzazione probatoria di cui all'art. 270 cod. proc. pen.

La sentenza, pertanto, è stata così massimata: "In tema di intercettazioni, il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento agli esiti relativi ai soli reati che risultino connessi, ex art. 12 cod. proc. pen., a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 cod. proc. pen".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3, n. 9993 del 03/07/1991, Cerra, Rv. 188356
Sez. 6, n. 9822 del 01/07/1992, Pellegrino, Rv. 192008
Sez. 6, n. 2135 del 10/05/1994, Rizzo, Rv. 199917
Sez. 6, n. 5192 del 25/02/1997, Gunnella, Rv. 209306
Sez. 6, n. 1972 del 16/05/1997, Pacini Battaglia, Rv. 210044
Sez. 3, n. 1208 del 14/04/1998, Romagnolo, Rv. 210950
Sez. 1, n. 14595 del 17/11/1999, Toscano, Rv. 216206
Sez. 6, n. 31 del 26/11/2002, dep. 2003, Chiarenza, Rv. 225709
Sez. 1, n. 2930 del 17/12/2002, dep. 2003, Semeraro, Rv. 223170
Sez. 5, n. 23894 del 02/05/2003, Luciani, Rv. 225946
Sez. 2, n. 9579 del 19/01/2004, Amato, Rv. 228384
Sez. 6, n. 4942 del 15/01/2004, Kolakowska Bozena, Rv. 229999
Sez. 3, n. 348 del 13/11/2007, dep. 2008, Ndoja, Rv. 238779
Sez. 2, n. 27473 del 29/05/2014, Lo Re
Sez. 1, n. 46075 del 04/11/2004, Kunsmonas, Rv. 230505
Sez. 2, n. 7995 del 03/02/2006, Polignano
Sez. 4, n. 2596 del 03/10/2006, dep. 2007, Abate, Rv. 236115
Sez. 4, n. 4169 del 11/12/2008, dep. 2009, Mucciarone, Rv. 242836
Sez. 6, n. 11472 del 02/12/2009, dep. 2010, Paviglianiti, Rv. 246524
Sez. 4, n. 7320 del 19/01/2010, Verdoscia, Rv. 246697
Sez. 2, n. 19699 del 23/04/2010, Trotta, Rv. 247104
Sez. 3, n. 39761 del 22/09/2010, Rv. 248557
Sez. 6, n. 20910 del 15/03/2012, Avena, Rv. 252863
Sez. 6, n. 22276 del 05/04/2012, Maggioni, Rv. 252870
Sez. 3, n. 29473 del 09/05/2012, Rv. 253161
Sez. 6, n. 46244 del 15/11/2012, Filippi, Rv. 254285
Sez. 2, n. 49930 del 11/12/2012, Perri, Rv. 253916
Sez. U, n. 27343 del 28/02/2013, Taricco, Rv. 255345
Sez. 2, n. 43434 del 05/07/2013, Bianco, Rv. 257834
Sez. 2, n. 3253 del 10/10/2013, dep. 2014, Costa, Rv. 258591
Sez. U, n. 32697 del 26/06/2014, Floris, Rv. 259776
Sez. 3, n. 52503 del 23/09/2014, Sarantsev, Rv. 261971
Sez. 6, n. 53418 del 04/11/2014, De Col, Rv. 261838
Sez. 6, n. 6702 del 16/12/2014, dep. 2015, La Volla, Rv. 262496
Sez. 5, n. 26693 del 20/01/2015, Catanzaro, Rv. 264001
Sez. 3, n. 33598 del 08/04/2015, Vasilas

Sez. 4, n. 29907 del 08/04/2015, Della Rocca, Rv. 264382
Sez. 6, n. 27820 del 17/06/2015, Morena, Rv. 264087
Sez. 6, n. 41317 del 15/07/2015, Rosatelli, Rv. 265004
Sez. 3, n. 2608 del 05/11/2015, dep. 2016, Pulvirenti, Rv. 266423
Sez. 2, n. 1924 del 18/12/2015, dep. 2016, Roberti, Rv. 265989
Sez. 2, n. 9500 del 23/02/2016, De Angelis, Rv. 267784
Sez. 5, n. 26817 del 04/03/2016, Iodice, Rv. 267889
Sez. 5, n. 45535 del 16/03/2016, Damiani De Paula, Rv. 268453
Sez. 5, n. 32779 del 10/05/2016, Bacchi
Sez. 1, n. 24819 del 12/07/2016, Boccardi
Sez. F, n. 35536 del 23/08/2016, Tagliapietra, Rv. 267598
Sez. 2, n. 17759 del 13/12/2016, dep. 2017, Cante, Rv. 270219
Sez. 6, n. 31984 del 26/04/2017, Rv. 270431
Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv. 270074
Sez. U, n. 53390 del 26/10/2017, Patroni Griffi, Rv. 271223
Sez. 5, n. 15288 del 09/02/2018, Trani, Rv. 272852
Sez. 6, n. 19496 del 21/02/2018, Cante, Rv. 273277
Sez. 3, n. 28516 del 28/02/2018, Marotta, Rv. 273226
Sez. 3, n. 29856 del 24/04/2018, La Volla, Rv. 275389
Sez. U, n. 51 del 28/11/2019, dep. 2020, Cavallo, Rv. 277395

CAPITOLO III

MUTAMENTO DEL GIUDICE E RINNNOVAZIONE DEL DIBATTIMENTO

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. Le questioni rimesse in tema di principio di immutabilità ex art. 525 cod.proc. pen. – 2. Se il principio di immutabilità richieda l'identità del giudice che decide con il giudice che ammette la prova. Gli indirizzi in contrasto. – 3. Le modalità di prestazione del consnso alle letture, quali strumenti di riutilizzo delle prove assunte dal giudice in differente composizione. Gli orientamenti contrapposti. 4. – Le soluzioni delle Sezioni Unite. Il nuovo protocollo operativo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

1. Le questioni rimesse in tema di principio di immutabilità *ex* art. 525 cod. proc.pen.

Con **sentenza n. 41736, pronunciata il 30/05/2019 ud. (dep. il 10/10/2019), Bajrami, Rv. 276754**, le Sezioni Unite hanno affermato i principi di diritto così massimati:

"Il principio di immutabilità di cui all'art. 525 cod. proc. pen. richiede che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso che ha assunto la prova ma anche quello che l'ha ammessa, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto conservano efficacia se non espressamente modificati o revocati."

"L'intervenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere sia prove nuove sia, indicandone specificamente le ragioni, la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice di originaria composizione, fermi restando i poteri di valutazione del giudice di cui agli artt. 190 e 495 cod. proc. pen. anche con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa."

"In caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non richiesta, non ammessa o non più possibile."

"La facoltà per le parti di richiedere, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione degli esami testimoniali presuppone la necessaria previa indicazione, da parte delle stesse, dei soggetti da riesaminare nella lista ritualmente depositata di cui all'art. 468 cod. proc. pen."

La pronuncia ha avuto impulso dalla **ordinanza della Sesta sezione, n. 2977 del 15/01/2019**, che aveva registrato contrasti interpretativi nella giurisprudenza di

legittimità ed invocato l'intervento del massimo organo di nomofilachia con riferimento:

- al perimetro applicativo del principio di immutabilità del giudice, codificato dall'art. 525, comma 2, cod. proc. pen., essendo controverso se esso richiedesse l'identità fisica del giudice monocratico (o di composizione, in caso di collegio) che valuta la prova con quello che (oltre ad averla assunta) ne abbia disposto l'ammissione;

- al meccanismo di recupero mediante lettura, *ex* art. 511 cod. proc. pen., delle prove dichiarative acquisite dal giudice in differente composizione, quanto ai presupposti in presenza dei quali il consenso delle parti potesse ritenersi effettivamente prestato.

2. Se il principio di immutabilità richieda l'identità del giudice che decide con il giudice che ammette la prova. Gli indirizzi in contrasto.

Il fulcro della prima questione rimessa sta nel significato da attribuire al sintagma "partecipazione al dibattimento", che l'art. 525 cod. proc. pen. connette al principio di immutabilità, laddove stabilisce che "Alla deliberazione concorrono a pena di nullità assoluta gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento".

Secondo una prima ipotesi ricostruttiva – preferita dalla Sezione rimettente – sarebbe consono alla fisiologia del sistema che il giudice che delibera la sentenza sia semplicemente quello che abbia assunto la prova, in quanto posto nelle migliori condizioni per valutarne il risultato. Così come plasticamente evidenziato dalla Corte Costituzionale con ordinanza n. 205 del 2010, la partecipazione al momento dinamico di formazione della prova orale assicura difatti il migliore esercizio della funzione valutativo-decisoria, permettendo di cogliere inediti connotati (espressivi, o comunque non verbali) "specialmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e controesame", che è sempre utile valorizzare, in quanto incidono sulla qualità del giudizio in termini di affidabilità ed attendibilità; ed è di questo patrimonio cognitivo, costituito anche da impressioni e ricordi, che il giudice acquisisce grazie al contatto diretto con la fonte dichiarativa, che occorre scongiurare la dispersione. In una visione più ampia, il processo accusatorio, di cui è pilastro fondativo il contraddittorio – inteso nella duplice valenza, oggettiva e soggettiva, come metodo euristico di accertamento del fatto imputativo, ma anche come diritto dell'imputato al confronto con le fonti di accusa (*right of confrontation*), in funzione del miglior esercizio dei diritti di difesa – enfatizza questo nesso funzionale che lega istruzione e decisione, quale corollario dei principi di oralità-immediatezza.

Da tali premesse discenderebbe che a nulla rileva che l'ammissione dei mezzi di prova – la quale precede l'assunzione - sia stata disposta da diverso magistrato (in

tal senso si vedano Sez. 5, n. 1759 del 04/10/2011, Della Bona, Rv. 251727; Sez. 3, n. 42509 del 25/09/2008, Bagalini, Rv. 241534; Sez. 2, n. 16626 del 28/02/2007, Guarnieri, Rv. 236651; Sez. 6, n. 9446 del 10/07/2000, D'Ambrosio, Rv. 217933).

In una differente prospettiva si pone l'orientamento il quale, nell'interpretare la nozione di dibattimento, valorizza piuttosto il dato testuale e sistematico, per evincerne l'esistenza di un vincolo indissolubile (anche) tra ammissione della prova e deliberazione della sentenza.

Nell'impianto codicistico, il dibattimento ha il suo *incipit* nella dichiarazione di apertura e si articola nell'esposizione introduttiva e nelle richieste di prova, nell'adozione dei provvedimenti relativi all'ammissione, ed infine nell'assunzione delle prove ammesse secondo le regole codificate negli artt. 496 e ss. cod. proc. pen.; onde il mutamento del giudice imporrebbe la riedizione dell'intera sequenza procedimentale, comprensiva dell'ordinanza ammissiva.

La più ampia declinazione del principio di immutabilità, che ne consegue, poggia sull'idea che anche le ordinanze istruttorie costituiscano momento ineludibile del processo di formazione dibattimentale della prova, restando esclusi dalla necessità della rinnovazione solo i provvedimenti giudiziali che non hanno alcuna influenza sulla decisione di merito, siccome mirati all'impostazione ed all'ordinato svolgimento del processo, quali le attività introduttive (gli atti urgenti *ex* art. 467 cod. proc. pen., l'autorizzazione alla citazione di testimoni, la verifica della regolare costituzione del rapporto processuale), la decisione delle questioni preliminari *ex* art. 491 cod. proc. pen., la stessa dichiarazione di apertura del dibattimento (siccome atto inessenziale, la cui mancanza non ridonda in alcuna patologia processuale), nonché le attività meramente ordinatorie, come, ad esempio, le ordinanze di sospensione e rinvio del dibattimento (Sez. 4, n. 48765 del 15/07/2016, Incerti, Rv. 268875).

3. Le modalità di prestazione del consnso alle letture, quali strumenti di riutilizzo delle prove assunte dal giudice in differente composizione. Gli orientamenti contrapposti.

La seconda asimmetria interpretativa rilevata dalla Sezione rimettente riguarda, come detto, le letture *ex* art. 511, comma 2, cod. proc. pen. e le modalità di prestazione dell'eventuale consenso rispetto a detto congegno di 'riutilizzo' dei verbali di prove assunte innanzi a giudice diverso.

Punto di partenza delle riflessioni sviluppate dalla Sezione rimettente, come pure delle Sezioni Unite qui in commento, è al riguardo, la sentenza Sez. U. n. 2 del 15/01/1999, Iannasso, Rv. 212395, così massimata: "Nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della

composizione del giudice collegiale, la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa avere luogo e sia stato richiesto da una delle parti. (Nell'enunciare il principio di cui in massima, la S.C. ha, peraltro, affermato che allorquando, nel corso del dibattimento rinnovato a causa del mutamento del giudice, nessuna delle parti riproponga la richiesta di ammissione della prova assunta in precedenza, il giudice può di ufficio disporre la lettura delle dichiarazioni precedentemente raccolte nel contraddittorio delle parti e inserite legittimamente negli atti dibattimentali). (V. Corte Cost. 3 febbraio 1994 n. 17 e Corte Cost., 3 aprile 1996 n. 99)".

Tra i passaggi argomentativi di questa storica decisione rientra l'avere posto in correlazione la norma cristallizzata nell'art. 525 cod. proc. pen. con quella di cui all'art. 511 cod. proc. pen., regolativa delle letture, quale strumento di raccordo tra fasi o segmenti processuali distinti (anche improntati a criteri di assunzione antitetici), con cui vengono selezionati i materiali cognitivi utilizzabili ai fini del decidere; tanto sul presupposto logico – affermato anche dalle pronunce della Corte costituzionale n. 17 del 1994 e n. 99 del 1996 – che gli atti istruttori assunti innanzi a diverso giudice, e confluiti nel fascicolo dibattimentale, legittimamente vi permangono, ai sensi dell'art. 515 cod. proc. pen., anche dopo la sostituzione del giudice, siccome non affetti da alcun vizio genetico (per il solo fatto di essere stati raccolti in una fase pregressa) e regolarmente espletati nel contraddittorio delle parti; sicchè essi divengono fruibili, appunto, attraverso le letture.

In questa ottica, uno snodo decisivo è costituito dalla sfuggente dizione dell'art. 511, comma 2, cit., a tenore del quale la lettura dei verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese "a meno che l'esame non abbia luogo"; condizione che, a partire dalla sentenza Iannasso, la Corte ha ritenuto potesse realizzarsi tanto per irripetibilità (*id est* per sopravvenuta impossibilità di nuova audizione della fonte dichiarativa) quanto per volontà delle parti, con l'ulteriore specificazione che nulla osta, in mancanza di una previsione normativa che ne imponga una manifestazione espressa, a che la volontà di consentire si intenda implicita nella mancata richiesta di riedizione della prova stessa.

Schematizzando, per le Sezioni Unite Iannasso:

-nel procedimento formativo della prova vanno distitinti il momento della formazione, cui sovrintende l'art. 111 Cost. con il relativo corredo di garanzie, da quello, logicamente e cronologicamente successivo, dell'acquisizione che ne consente l'utilizzabilità, cui si riferisce invece il regime delle letture, dovendo essere evitate commistioni tra piani non sovrapponibili;

- laddove nessuna delle parti, dopo la rinnovazione, domandi la riassunzione, il giudice può supplire alla loro inerzia procedendovi d'ufficio, simmetricamente a quanto previsto per le prove assunte in incidente probatorio;

- al contrario, solo la richiesta di riassunzione della prova e la sua rinnovata ammissione impediscono di dare lettura delle dichiarazioni raccolte nella pregressa fase, senza avere dapprima proceduto all'esame del dichiarante, in difetto del consenso delle parti (salvo il caso che si tratti di procedimenti cui si applica il regime dell'art. 190-*bis* cod. proc. pen.).

Dalla stessa sentenza e da avveduta dottrina si è poi evidenziato come attraverso il consenso non si determini alcuna sanatoria – non possibile - della nullità assoluta che l'art. 525 cod. proc. pen. commina per la violazione del principio di immutabilità, atteso che le letture costituiscono null'altro che una modalità alternativa di acquisizione della prova, attraverso la quale si realizza una forma di partecipazione (sia pure mediata) del giudice alla costruzione di essa.

Su questo sostrato teorico si innestano dunque le due alternative prospettazioni di cui al secondo quesito posto alle Sezioni Unite, che possono riassumersi come segue.

Secondo la prima, prevalente e condivisa anche dalla Sezione rimettente, il consenso, quale elemento condizionante l'attivazione delle concrete modalità realizzative della rinnovazione – lettura, in luogo della reiterazione dell'atto istruttorio orale – ben può ritenersi implicito nella mancata richiesta di riassunzione, secondo un meccanismo di acquiescenza che sarebbe disancorato da ulteriori presupposti; e ciò sul rilievo che le parti, assistite da difesa tecnica, debbano assumere nel processo un ruolo consapevole (essendo il mutamento del giudice, peraltro, un dato di immediata ed oggettiva percezione) ed esprimere una partecipazione attiva e altresì conforme al dovere di lealtà processuale (Sez 1, n. 1712 del 14/02/2000, Morabito, Rv. 215290). Dunque, non si tratterebbe di attribuire alla mancata richiesta di rinnovazione valenza di sanatoria, ma di correlare a comportamenti meramente passivi delle parti significato di rinuncia a facoltà e prerogative (in tal senso, cfr. Sez. 5, n. 5581 del 30/09/2013, dep. 2014, Righi, Rv. 259518; Sez. 6, n. 53118 del 08/10/2014, Colorisi, Rv. 262295; Sez. 5, n. 44537 del 10/03/2015, Barillari, Rv. 264683.).

La seconda e minoritaria opzione ricostruttiva, muovendo dall'assunto per cui la lettura delle prove dichiarative acquisite da diverso giudice configuri deroga alla regola aurea del contraddittorio nel momento formativo della prova, *ex* art.111, comma 5, Cost., ha ritenuto invece che il comportamento silente delle parti abbia valenza neutra e che il consenso tacito debba fondarsi su presupposti inequivoci, *id est* su circostanze significative. Tanto si traduce nella necessità che il giudice quantomeno evidenzi alle parti l'intervenuto mutamento di composizione. Per altri,

più rigorosi, modelli, il giudice subentrato dovrebbe acquisire dalle parti le determinazioni in ordine al modo in cui esse intendano procedere alla rinnovazione ed esplicitare le proprie in un provvedimento formale (Sez. 3, n. 17692 del 14/12/2018, T., Rv. 275172).

4. Le soluzioni delle Sezioni Unite. Il nuovo portocollo operativo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Dopo ampia ricognizione degli orientamenti in contrasto, le Sezioni Unite, in ordine alla prima questione, pur aderendo all'impostazione per la quale il dibattimento ha il suo momento iniziale nella dichiarazione di apertura sicchè risulta arbitrario limitarne l'oggetto alla sola istruzione ovvero ad un segmento di essa, motivo per il quale l'immutabilità atterrebbe anche alla ammissione delle prove, nondimeno reputano non necessario che il giudice subentrato rinnovi formalmente l'ordinanza ammissiva; tanto sul presupposto che i provvedimenti emessi da giudice diversamente composto, ove non revocati o modificati, conservino efficacia.

Con attento impegno ricostruttivo, le Sezioni Unite desumono l'immanenza nel sistema di un principio di conservazione degli atti processuali – in tema di mutamento della composizione del giudice - da una trama di disposizioni, individuate anzitutto nell'art. 525, comma 2, ultimo inciso, cod. proc. pen., nella parte in cui si dispone che, ove alla deliberazione debbano concorrere i giudici supplenti in sostituzione dei titolari impediti, i provvedimenti anteriori conservano efficacia se non espressamente revocati; secondariamente, negli artt. 42, comma 2, cod. proc. pen., e nella norma transitoria di cui all'art.1, comma 2, della legge 23 dicembre 1996, n. 652, con riguardo agli atti istruttori assunti prima, rispettivamente, dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o ricusazione del giudice, ovvero nei casi di incompatibilità.

Al fondo del ragionamento vi è l'idea che il principio di immutabilità, che rientra tra le garanzie di un processo equo – nella lettura che la Corte EDU ha offerto dell'art. 6, §§ 1, 3, lett. b) e lett. d), Convenzione EDU, traducendolo nel diritto ad interrogare e far interrogare i testi a carico - non sia declinabile in termini assoluti, ma vada calibrato sulla concreta dinamica processuale; e soprattutto, non possa risolversi nell'attribuzione alle parti del diritto a vedere replicati, senza alcun beneficio addizionale, provvedimenti in precedenza adottati, specie ove si tratti di ordinanze, come quelle istruttorie, non definitive e rivedibili quando il giudice ne ravvisi le condizioni, ed attività dibattimentali ultronee.

L'affermazione appare dichiaratamente ispirata all'istanza costituzionalizzata *ex* art. 111 Cost., di contenimento dei tempi del processo, sul rilievo che, in uno scenario a congenito *turn over* dei magistrati, in cui la rinnovazione del dibattimento

è dinamica destinata in astratto a ripetersi anche più volte nel corso dello stesso giudizio, essi potrebbero dilatarsi a dismisura, con notevole dispendio di tempo e risorse, di per sé confliggente con l'esigenza di efficienza del sistema.

In questa ottica le Sezioni Unite hanno ritenuto di definire un protocollo operativo della rinnovazione in forza del quale, dopo il mutamento del giudice, si impongono la regressione alla fase degli atti preliminari e la successiva riedizione della sequenza dibattimentale nella sua interezza, a partire dalla dichiarazione di apertura; e tale sequenza deve svilupparsi con le medesime cadenze e secondo la disciplina regolativa di cui agli artt. 493 e ss. cod. proc. pen.

Il che, necessariamente sintetizzandosi, sta a significare:

- che sono le parti che vi abbiano interesse a dovere formulare le richieste di prova, nuove o reiterative di quelle assunte dal giudice in differente composizione, salvo che non ritenga il giudice stesso, d'iniziativa o su sollecitazione delle parti, di attivare i propri poteri officiosi *ex* art. 507 cod. proc. pen. (ove concorrano i presupposti applicativi di tale disposizione);

- che l'esercizio della facoltà di prova pressuppone la necessaria previa indicazione ad opera delle parti richiedenti, in lista ritualmente depositata ai sensi dell'art. 468 cod. proc. pen., non solo dei soggetti da riesaminare ma anche delle circostanze su cui dovrà vertere l'esame (adempimenti in funzione dei quali potrà essere concesso, se richiesto, un breve termine).

La Corte ha sul punto ritenuto di puntualizzare che sono legittimate a chiedere la rinnovazione delle prove dichiarative esclusivamente le parti che avessero in precedenza inserito quei dichiaranti nella propria lista ritualmente depositata (in applicazione del consolidato principio giurisprudenziale per il quale, quando una parte non fa richiesta di ammissione ovvero rinuncia al proprio teste già ammesso, le altre parti hanno diritto a procedervi solo se questo sia inserito nella loro lista testimoniale).

Anche la fase successiva, relativa all'ammissione delle richieste istruttorie nel dibattimento rinnovato, è disciplinata dalle disposizioni di cui agli artt. 495 e ss. cod. proc. pen., sicchè resta attribuito al giudice il potere-dovere di valutare dette richieste in relazione ai parametri enunciati *ex* art. 190 cod. proc. pen., i quali vengono interpretati in chiave selettiva, al fine di assicurare l'imperativo costituzionale della ragionevole durata del processo.

In applicazione, in particolare, del parametro della non manifesta superfluità, rapportato a tale peculiare fase, non è escluso che il giudice possa valutare non utile la reiterazione degli esami in precedenza svolti dinanzi al giudice diversamente composto, ove le parti non abbiano evidenziato nelle loro istanze quelle "decisive" ragioni per le quali la nuova escussione non si risolverà in una pedissequa reiterazione della precedente.

Il che significa che, esclusa l'esistenza di un diritto di natura potestativa delle parti alla riassunzione delle prove, la fase di ammissione non si sottrae al potere delibativo del giudice; e, anzi, nel dibattimento rinnovato, il filtro valutativo giudiziale risulterà ancor più pregnante (poiché la valutazione della non superfluità dovrà essere operata anche in relazione all'istruttoria già svolta), al punto da evocare quello previsto *ex* art. 190-*bis* cod. proc. pen..

Depongono per l'operata ricostruzione – ad avviso della Corte - ragioni di simmetria con la disciplina dettata dall'art. 238, comma 5, cod. proc. pen., atteso che una diversa esegesi condurrebbe al paradosso della non utilizzabilità ai fini del decidere di prove elaborate nel corso del dibattimento celebratosi innanzi al giudice successivamente mutato, assunte in una condizione di contraddittorio pieno, a fronte di una norma processuale che riconosce utilizzabilità ad attività probatorie compiute in situazioni di *contraddittorio imperfetto*, come quelle formate in un diverso procedimento.

In questo circuito dibattimentale che si riattiva, l'aspetto differenziale sta nel fatto che, ove il giudice abbia ammesso la prova, perché non vietata dalla legge e non manifestamente superflua od irrilevante, egli è vincolato ad assumerla, con possibilità di disporre la lettura dei verbali delle precedenti dichiarazioni solo dopo lo svolgimento del nuovo esame.

Conclusivamente, sciogliendo il nodo esegetico costituito dall'art. 511 cod. proc. pen., le Sezioni Unite ritengono che, se lo strumento delle letture sia pienamente fruibile per il recupero dei verbali di dichiarazioni rese dinanzi a giudice diversamente composto, la condizione cui la norma subordina l'operatività di tale meccanismo di recupero, che, cioè, «l'esame non abbia luogo», si realizzi non solo quando l'esame sia non più possibile per irripetibilità sopravvenuta ovvero per non essere stato richiesto dalle parti, ma anche quando, pur richiesto, non sia stato ammesso perché valutato manifestamente superfluo.

Secondo un paradigma ricostruttivo in parte diverso rispetto a quello della sentenza Iannasso – la quale, ribadita l'articolazione della prova nelle fasi della formazione e acquisizione, aveva costruito sul comportamento consenziente delle parti il recupero dei materiali cognitivi della fase pregressa - le Sezioni Unite Bajrami definiscono una rinnovazione scandita in fasi rigide, ricalcata sull'ordinario dibattimento, spostando piuttosto il fuoco sul ruolo attivo che le parti sono tenute ad assumere per ottenere la rinnovazione.

Rispetto al descritto congegno, il consenso di queste alla lettura *ex* art. 511, comma 2, cod. proc. pen. risulta ridimensionato.

Così, per un verso, è negata al consenso rilevanza "sanante", in rapporto alla previsione di nullità assoluta di cui agli artt. 525, comma 2 e 179 cod. proc. pen., nell'ipotesi in cui la ripetizione dell'esame sia stata chiesta ed ammessa, ma il nuovo

esame, pur possibile, non sta stato assunto ed in suo luogo sia stata disposta la lettura; per altro verso, il consenso viene qualificato superfluo quando la ripetizione dell'esame non abbia avuto luogo sia per la mancata richiesta di rinnovazione della parte che ne aveva domandato l'ammissione, sia perché la ripetizione non sia stata ammessa, sia quando essa non sia più possibile.

Sotto altro profilo, la Corte osserva come il modello così delineato non sia dissonante con la lettura che la Corte EDU ha proposto dell'art. 6, §§ 1, 3, lett. b) e lett. d), Convenzione EDU, nelle decisioni 9 luglio 2002, caso P.K. c. Finlandia e 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia, le quali, pur ribadendo il valore di garanzia del principio di immutabilità – in connessione con il diritto di interrogare e far interrogare i testi a carico – hanno evidenziato come esso sia un principio non assoluto, bensì modulabile in presenza di circostanze che giustifichino la deroga all'oralità; sicchè il processo non potrebbe essere ritenuto iniquo sol perché, in esito al mutamento della composizione del giudice, non si sia proceduto al riascolto dei testimoni, a condizione che l'imputato abbia goduto di garanzie procedurali idonee a controbilanciare la privazione del *right of confrontation*. A tal proposito, la decisione in commento evidenzia come l'ausilio tecnico della verbalizzazione con il mezzo della stenotipia e la contestuale registrazione fonografica sdrammatizzino il problema della mediazione del primo giudice tra le effettive dichiarazioni e la relativa verbalizzazione, rendendo le stesse integralmente conoscibili dal nuovo giudicante, sì da rendere recessivo lo stesso principio di oralità - immediatezza.

Conclusivamente, a fronte dei percorsi interpretativi di giudirisprudenza e dottrina, sino ad oggi snodatisi alla ricerca di un complicato punto di equilibrio tra gli interessi di rilevanza costituzionale coinvolti dai temi affrontati, ossia il principio di "immediatezza" in senso soggettivo da un lato, e i canoni della "non dispersione dei mezzi di prova" e della "ragionevole durata del processo", dall'altro, le Sezioni Unite appaiono dischiudere soluzioni di contemperamento delle contrapposte istanze, incentrate sulla valorizzazione della professionalità degli attori del processo (delle parti, chiamate a promuovere iniziative non pedissequamente ripetitive del già fatto, ma anche del giudice, tenuto ad una interazione attenta con esse), nonché sull'esigenza di non dispersione di materiali cognitivi già legittimamente formati ed acquisiti proprio nel rispetto del contraddittorio, matrice comune dello stesso principio di immediatezza.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 2 del 15/01/1999, Iannasso, Rv. 212395
Sez 1, n. 1712 del 14/02/2000, Morabito, Rv. 215290
Sez. 6, n. 9446 del 10/07/2000, D'Ambrosio, Rv. 217933
Sez. 2, n. 16626 del 28/02/2007, Guarnieri, Rv. 236651
Sez. 3, n. 42509 del 25/09/2008, Bagalini, Rv. 241534
Sez. 5, n. 1759 del 04/10/2011, Della Bona, Rv. 251727
Sez. 4, n. 48765 del 15/07/2016, Incerti, Rv. 268875
Sez. U, n. 41736 del 30/05/2019, Bajrami, Rv. 276754
Sentenze della corte EDU
Corte EDU, 9 luglio 2002, caso P.K. c. Finlandia
Corte Edu, 10 febbraio 2005, Graviano C. Italia

CAPITOLO IV

OVERTURNING SFAVOREVOLE E OBBLIGO DI RINNOVAZIONE IN APPELLO DELLA PROVA PER ESPERTI NELLA DECISIONE SEZ. U, PAVAN DEVIS. ELEMENTI DI CONTINUITÀ CON L'ANTERIORE DIRITTO VIVENTE NELLE PRIME LETTURE DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL NUOVO ART. 603, COMMA 3-*BIS* COD. PROC. PEN.

(RAFFAELE PICCIRILLO)

SOMMARIO: I. PARTE PRIMA. - 1. La decisione Sez. U, n. 14426 del 21/12/2018, dep. 2019, Pavan Devis. Gli antefatti e il contesto.-2. Il contrasto interpretativo. - 2.1. L'indirizzo prevalente. - 2.2. L'indirizzo minoritario. - 3. Il primo principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite nella decisione Pavan Devis.- 3.1. La caratterizzazione dichiarativa della perizia e gli elementi di assimilazione all'esame testimoniale nella disciplina interna e nella giurisprudenza convenzionale. - 3.2. Il depotenziamento dell'assioma della neutralità della perizia. - 3.3. La sintonia con i precedenti Franzese, Cozzini e Cantore in tema di prova scientifica. - 3.4. La possibile *decisività* della perizia e della consulenza tecnica. - 3.5. L'estensione della regola della rinnovazione istruttoria al contributo del consulente di parte. - 3.6. I modi della rinnovazione istruttoria: l'alternativa tra il rinnovo dell'incarico peritale e il mero riascolto del perito esaminato in primo grado. - 4. Il secondo principio affermato dalle Sezioni Unite. - 4.1. La soluzione del caso e la *difesa* della limitazione dell'obbligo di rinnovazione alla rivisitazione della "prova dichiarativa". - 4.2. La distinzione del contributo peritale acquisito in forma esclusivamente cartolare dalle dichiarazioni rese nelle indagini preliminari acquisite al giudizio abbreviato.- 4.3. La *non decisività* della rivalutazione della prova per esperti nel caso Pavan Devis. – II. PARTE. - 5. La continuità della decisione Pavan Devis con il principio *Patalano*, in tema di obbligo della rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa rivalutata nel giudizio abbreviato d'appello e la decisione Corte cost. n. 124 del 2019. – 6. L'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. e l'appello della parte civile. - 7. L'individuazione delle prove da rinnovare in appello, alla stregua dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen.: il rapporto tra rinnovazione istruttoria e specificità dei motivi di appello. - 8. *Diversa valutazione della prova dichiarativa*. Nozione. - 9. Rinnovazione istruttoria in appello e incompatibilità del giudice.

I. PARTE PRIMA

1. Gli antefatti e il contesto della decisione Sez. U, n. 14426 del 21/12/2018, dep. 2019, Pavan Devis.

Con la decisione **n. 14426 del 21/12/2018, dep. 2019, Pavan Devis**, **Rv. 275112-01 e 275112-03**, le Sezioni Unite hanno segnato una nuova tappa nel percorso risolutivo del problema della «ontologica contraddittorietà della decisione sulla colpevolezza dell'imputato derivante da due sentenze dal contenuto antitetico […] fondate sulle medesime prove» e sulla "modalità processuale", con la quale si deve garantire, in una situazione siffatta, il diritto di difesa e del contraddittorio (§2 del *Considerato in diritto*).

L'antefatto è costituito dai tre arresti succedutisi nel biennio 2016-2018 (Sez. U, n. 27620 del 28.4.2016, Dasgupta, Sez. U, n. 18620 del 19/1/2017, Patalano e Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017 - dep. 2018, Troise), con i quali si è consolidato

l'adattamento del sistema interno al *fair trial* convenzionale, per il quale «*those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness*», poiché «*the assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task wich usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words*» (Corte EDU del 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*).

Le decisioni citate avevano consacrato l'insufficienza, in determinati casi, dei rimedi tradizionali escogitati dalla giurisprudenza interna, prima di essere condizionata dal *dictum* dei giudici di Strasburgo, per rendere compatibile la natura tendenzialmente cartolare del giudizio d'appello con il canone del ragionevole dubbio, immanente al sistema già prima di essere codificato nel 2006 e ancorato alla presunzione costituzionale di innocenza:

1. il *principio del contraddittorio cartolare:* «nell'ipotesi di omesso esame, da parte del giudice, di risultanze probatorie acquisite e decisive, la condanna in secondo grado dell'imputato già prosciolto con formula ampiamente liberatoria nel precedente grado di giudizio non si sottrae al sindacato della Corte di cassazione per lo specifico profilo del vizio di mancanza della motivazione "ex" art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., purché l'imputato medesimo, per quanto carente di interesse all'appello, abbia comunque prospettato al giudice di tale grado, mediante memorie, atti, dichiarazioni verbalizzate, l'avvenuta acquisizione dibattimentale di altre e diverse prove, favorevoli e nel contempo decisive, pretermesse dal giudice di primo grado nell'economia di quel giudizio, oltre quelle apprezzate e utilizzate per fondare la decisione assolutoria. In detta evenienza al giudice di legittimità spetta verificare, senza possibilità di accesso agli atti, ma attraverso il raffronto tra la richiesta di valutazione della prova e il provvedimento impugnato che abbia omesso di dare ad essa risposta, se la prova, in tesi risolutiva, assunta sia effettivamente tale e se quindi la denunciata omissione sia idonea a inficiare la decisione di merito» (Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003, Andreotti, Rv. 226093 e Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231674);

il *principio della motivazione rafforzata:* «il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato» (Sez. U, Mannino. Rv. 231679).

Il recupero del contraddittorio orale e immediato sulla prova dichiarativa, la cui rivalutazione sia stata decisiva per il ribaltamento della decisione assolutoria di primo grado, va a integrare i rimedi tradizionali; si atteggia, anzi, come condizione di efficacia di quegli stessi rimedi. L'apporto informativo che deriva dalla diretta percezione della prova orale è condizione essenziale della correttezza e completezza

del ragionamento sull'apprezzamento degli elementi di prova, tanto più in relazione all'accresciuto standard argomentativo imposto per la riforma di una sentenza assolutoria dalla regola del "ragionevole dubbio", che, come già osservato, si collega direttamente al principio della presunzione di innocenza» (Sez. U, Dasgupta, § 8.1. del *Considerato in diritto*).

Nell'esercizio del compito adattativo, le Sezioni Unite avevano ritagliato, nella disciplina dell'art. 603 cod. proc. pen. – che concepiva la rinnovazione istruttoria in appello come evenienza residuale o addirittura *eccezionale* (Sez. U, n. 2780 del 24/01/1996, Panigoni; Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015 – dep. 2016, Ricci, Rv. 266820) - uno spazio idoneo alla configurazione di una nuova ipotesi di riedizione obbligatoria, anche d'ufficio, del mezzo di prova, capace di soddisfare l'inedita funzione del ripristino dell'oralità/immediatezza, nel caso in cui al giudice d'appello si prospetti l'eventualità della reinterpretazione *in peius* delle risultanze della prova dichiarativa assunta in primo grado.

Lo spazio applicativo assegnato dal diritto vivente al nuovo istituto era esteso ad ogni tipologia di giudizio che fosse governata dal canone decisorio del ragionevole dubbio: non solo il giudizio d'appello ordinario, ma anche quello abbreviato, caratterizzato o meno da integrazioni istruttorie ex art. 438, comma 5 o 441, comma 5 cod. proc. pen.; non solo l'*overturning* sfavorevole, stimolato dall'appello del pubblico ministero, ma anche quello innescato dall'appello della parte civile ai soli effetti civili (per approfondimenti *v. infra* §§ 4.2.1. e 5.).

Il percorso tracciato dal diritto vivente è stato (almeno tendenzialmente) codificato dal legislatore (art.1, comma 58 della legge n. 103 del 26/06/2017, n. 103), con la previsione dell'art. 603, comma 3-*bis* cod. proc. pen., a termini della quale «Nel caso di appello del pubblico ministero per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale».

Sebbene non direttamente applicabile al caso di specie – che attiene ad una sentenza d'appello pronunciata prima del 3 agosto 2017, data di entrata in vigore della legge Orlando – la disposizione è reputata nella sentenza Pavan Devis «ineludibile punto di riferimento per la soluzione dei casi controversi» (§ 2.6. del *Considerato in diritto*). Alle conseguenze della sua violazione è dedicato un'apposita enunciazione di principio (§11).

Per quanto ispirata dal *diritto vivente* (v. la Relazione introduttiva al ddl n. 2798, presentato dal Ministro della Giustizia alla Camera dei deputati il 23 dicembre 2014), la regola legale si presenta laconica e, per certi versi, almeno *prima facie,* distonica con quella versata dall'anteriore giurisprudenza nel calco dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen.

Di qui l'interrogativo circa la perdurante attualità delle affermazioni in tema di applicazione della rinnovazione obbligatoria al giudizio abbreviato (non espressamente menzionato dalla nuova disposizione) e al giudizio d'appello innescato dalla parte civile; o ancora quello relativo all'estensione della rinnovazione obbligatoria.

Con questi interrogativi si sono misurate nell'anno trascorso sia le Sezioni Penali della Corte di cassazione che la Corte costituzionale, elaborando risposte, per lo più conservative dei pregressi assetti interpretativi, delle quali si darà conto in appositi paragrafi di questo contributo.

2. Il contrasto interpretativo.

Il contrasto interpretativo, devoluto dalla Seconda sezione con l'ordinanza n. 41737 del 23/05/2018, verteva sui mezzi di prova attraverso i quali è, di norma, veicolata nel giudizio la *prova scientifica.*

Le Sezioni Unite erano, in particolare, chiamate a stabilire «Se la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico costituisca o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice di appello avrebbe l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa».

In prima approssimazione, si trattava di stabilire se dovesse attribuirsi carattere esemplificativo o tassativo all'elenco tipologico compilato da Sez. U, Dasgupta (Rv. 267488), quando avevano affermato: «La necessità per il giudice dell'appello di procedere, anche d'ufficio, alla rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una dichiarazione ritenuta decisiva, non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante e vale: a) per il testimone "puro"; b) per quello c.d. assistito; c) per il coimputato in procedimento connesso; d) per il coimputato nello stesso procedimento (fermo restando che, in questi ultimi due casi, l'eventuale rifiuto di sottoporsi all'esame non potrà comportare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato); e) per il soggetto "vulnerabile" (salva la valutazione del giudice sulla indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le dovute cautele, ad un ulteriore stress); f) per l'imputato che abbia reso dichiarazioni "in causa propria" (dal cui rifiuto non potrebbe, tuttavia, conseguire alcuna preclusione all'accoglimento della impugnazione)».

2.1. L'indirizzo prevalente.

L'indirizzo maggioritario della giurisprudenza di legittimità propugnava, già prima della sentenza Dasgupta, una soluzione che estendeva all'esame dei periti e

dei consulenti tecnici di parte, i richiamati principi della giurisprudenza convenzionale e nazionale, sul presupposto dell'assimilazione oggettiva dell'esame di costoro alla prova dichiarativa fornita dai testimoni:

«Il giudice di appello non può procedere alla reformatio in peius di una sentenza assolutoria basandosi sulla mera rivalutazione delle perizie e delle consulenze in atti, ma deve procedere al riascolto degli autori degli elaborati, già sentiti nel dibattimento di primo grado, incorrendo, in assenza di tale adempimento, nella violazione del principio del giusto processo ai sensi dell'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla sentenza Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011 della Corte europea dei diritti dell'uomo» (Sez. 4, n. 36736 del 27/04/2018, Anello, Rv 273872. Nello stesso senso: Sez. 4, n. 14654 del 28/02/2018, D'Angelo, Rv 273908; Sez. 4, n. 14649 del 21/02/2018, Lumaca, Rv 273907; Sez. 4, n. 9400 del 25/01/2017, Gashi, n.m.; Sez. 4, n. 6366 del 06/12/2016, dep. 2017, Maggi, Rv 269035; Sez. 2, n. 34843 del 01/07/2015, Sagone, Rv 264542).

E' utile, per la comprensione di alcuni passaggi della decisione adottata dalle Sezioni Unite nel 2019, una ricostruzione più analitica del caso trattato dalla decisione Anello.

Il dipendente di un'impresa di gestione di una cabinovia, trovandosi nell'area di passaggio delle vetture, in corrispondenza dell'avanstazione situata a monte dell'impianto, era stato investito alle spalle da una delle vetture ed era precipitato su una rete di protezione che, non reggendone il peso, si era aperta determinando la caduta del lavoratore da un'altezza di 5/6 metri.

Dall'incidente erano derivate al lavoratore lesioni multiple con indebolimento permanente della deambulazione e dell'organo della respirazione, con incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un periodo superiore a quaranta giorni. Erano stati tratti a giudizio il datore di lavoro, il responsabile del servizio di protezione e prevenzione e il direttore di esercizio dell'impianto, nessuno dei quali rivestiva dette qualifiche al momento dell'installazione della rete.

La decisione assolutoria del giudice di primo grado e quella di condanna della Corte d'appello convergevano, oltre che nella ricostruzione della dinamica del sinistro, nella descrizione delle caratteristiche della rete che non aveva retto all'urto: formata da due parti legate a mezzo di un filo di nylon, la rete non era definibile come rete anticaduta, nonostante fosse accompagnata, al momento dell'acquisto, da una certificazione che falsamente attestava il superamento di prove statiche di tenuta; la cucitura delle due parti, realizzata verosimilmente a mano, aveva determinato la rottura.

La frattura valutativa si concentrava su due aspetti: la sussistenza di un obbligo periodico di sostituzione della rete in capo alla società che gestiva l'impianto; la

visibilità del vizio, il cui rilievo in sede di regolari controlli avrebbe consentito di evitare il sinistro.

Il Tribunale aveva ricostruito le norme di settore vigenti all'epoca dei fatti, configurando un obbligo di controllo riconducibile al dovere di diligenza imposto dalla natura dell'impianto e dalla funzione della rete, obbligo non scandito però da "una vera e propria periodicità, normativamente non imposta". Avendo accertato che detti controlli non furono effettuati nei cinque anni trascorsi dall'apertura dell'impianto alla data del sinistro, aveva però ritenuto che sulla rottura non aveva inciso l'usura e che decisivo era invece stato il vizio originario della rete (la sua scomposizione in due parti), occultato dal produttore con la falsa certificazione di accompagnamento e il mascheramento delle cuciture.

Tanto considerato, il Tribunale aveva concluso che "l'eventuale periodico controllo non avrebbe consentito ad alcuno degli imputati di avvedersi del vizio occulto, posto che nessuno dei medesimi aveva all'epoca dell'installazione la qualifica rivestita al momento del sinistro". Avevano giocato un ruolo decisivo nel ragionamento probatorio del Tribunale le dichiarazioni del qualificato consulente di parte privata, in tema di obblighi precauzionali vigenti all'epoca del sinistro, causa della rottura e visibilità del vizio della rete; e quelle del perito del tribunale e dello stesso consulente del pubblico ministero, negative o perplesse sia per quanto atteneva alla visibilità del vizio dopo l'installazione della rete (la cucitura delle due parti non era stata rilevata neppure dal consulente del pubblico ministero nel corso delle indagini ed era emersa soltanto dopo l'esame accurato del reperto svolto dal perito del Tribunale), sia per quanto atteneva alla sussistenza e all'eventuale incidenza di un problema di usura della protezione.

La Corte d'appello aveva, al contrario, ritenuto che la manutenzione periodica e i controlli di routine (pacificamente mancati) avrebbero consentito di smascherare il presunto vizio occulto ed evitare il sinistro, stante la chiara visibilità dei fili di congiungimento dei due spezzoni.

Ricostruendo la *theory of the case*, la Quarta sezione riscontrava «una profonda discrasia (…) una difformità di valutazione su un tessuto probatorio invariato, che conduce ad una valutazione antitetica circa l'idoneità del controllo tecnico omesso a svelare il grave difetto materiale della rete, in assenza del riascolto degli autori degli elaborati tecnici, su un punto decisivo della controversia, dai medesimi espressamente esaminato e rispetto al quale il giudice della riforma della sentenza assolutoria dissente dal primo».

In detta situazione l'applicazione della regola di derivazione convenzionale della rinnovazione istruttoria si imponeva, posto che: «il sapere tecnico contenuto nelle perizie e nelle consulenze va a confluire nelle dichiarazioni formulate dagli esperti in sede di esame. Sicché, per utilizzarne il narrato scientifico, il giudice, che voglia

attribuirvi un significato differente da quello già ritenuto dalla sentenza impugnata, deve risentire i tecnici, onde formulare un giudizio che ponga a confronto fra loro i contenuti delle risposte al fine, eventualmente, di trarne conclusioni diverse da quelle fatte proprie dal primo giudice, ma senza omettere la loro comparazione».

A fortiori, tanto doveva ritenersi in considerazione della natura ibrida delle dichiarazioni del consulente degli imputati che «portando all'interno dell'esame anche un elemento di natura più squisitamente testimoniale, ha chiarito che la cucitura – per come egli stesso ha potuto verificarla – non era visibile ad occhio nudo e che egli stesso non sarebbe stato capace di rendersene conto, se non ne avesse avuto conoscenza».

Aderendo alla ricostruzione della decisione Dasgupta, la Quarta sezione individuava la radice del principio di rinnovazione, anche nel caso di prova scientifica, «nel diritto di contraddire alle valutazioni dissonanti sulla narrazione dei dichiaranti, senza consentire che il giudice della riforma in senso peggiorativo si limiti ad introdurre note di dissenso della valutazione ad esse attribuita, in assenza di un nuovo momento processuale di confronto ed analisi, indispensabile nel rovesciamento del giudizio, anche al fine di assicurare che il superamento del ragionevole dubbio trovi una sua concreta giustificazione nell'imprescindibile principio dell'immediatezza del contraddittorio».

Significativo, per quanto in seguito diremo, è il passaggio finale della motivazione Anello che collega il principio della rinnovazione istruttoria al problema della verifica della causalità omissiva, così come tematizzato dalla sentenza Sez. U, n. 30328 del 10/7/2002, Franzese. Il mancato riascolto degli esperti – dice la Quarta sezione – ha pregiudicato «la tenuta del cd. giudizio controfattuale, cioè di quell'operazione logica che eliminando dalla realtà la condizione costituita da una determinata condotta umana, verifica se il fatto oggetto del giudizio sarebbe egualmente accaduto».

2.2. L'indirizzo minoritario.

Ad opposta conclusione pervenivano due decisioni (Sez. 3, n. 57863 del 18/10/2017, Colleoni, Rv 271812; Sez. 5, n. 1691 del 14/09/2016, dep. 2017, Abbruzzo, RV 269529) che differenziavano il contributo probatorio degli esperti da quello dei testimoni in senso stretto, sotto due profili diversi e complementari.

Si affermava che «pur se il perito ed i consulenti tecnici sentiti in dibattimento hanno la veste di testimoni, la loro relazione forma parte integrante della deposizione ed inoltre essi sono chiamati a formulare un parere tecnico rispetto al quale il giudice può discostarsi purché argomenti congruamente la propria diversa opinione».

L'affermazione poteva scindersi in due proposizioni: la prima sottolineava la minor rilevanza della componente dichiarativa nell'apporto fornito al processo dal consulente o dal perito rispetto alla componente cartolare (la relazione scritta che forma parte integrante della deposizione); la seconda segnala la dimensione valutativa (parere tecnico), anziché fattuale, dell'apporto fornito dai professionisti esperti, rispetto ai quali pertanto – proseguiva l'argomentazione della sentenza Colleoni – non può porsi un problema di verifica diretta e immediata dell'attendibilità del dichiarante, o meglio non può porsi in termini coincidenti con quelli che giustificano l'obbligo della rinnovazione istruttoria in appello in caso di *overturning* sfavorevole.

Diversamente da quanto accade per la prova *rappresentativa* del testimone, nel caso di prova tecnica – osservava la Terza sezione nella decisione Colleoni - «non si tratta di stabilire l'attendibilità del dichiarante e la credibilità del racconto sotto il profilo della congruenza, linearità e assenza di elementi perturbatori dell'attendibilità, ma di valutare la deposizione del perito alla luce dell'indirizzo ermeneutico in tema di valutazione della prova scientifica, in virtù dei principi del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, il giudice ha la possibilità di scegliere, fra le varie tesi scientifiche prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulle tesi che ha ritenuto di disattendere, confutando in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicché una simile valutazione, ove sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, non è sindacabile dal giudice di legittimità».

Il principio del *libero convincimento*, insieme al brocardo "*iudex peritus peritorum*" e all'assioma della "neutralità della perizia", fungevano così da argomenti di immunizzazione della prova critica su base tecnico-scientifica dal principio della rinnovazione in caso di *overturning* sfavorevole, ferma restando la vincolatività del canone della motivazione rafforzata.

3. Il primo principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite nella decisione Pavan Devis.

La prima delle due massime ufficiali estratte dalla decisione in commento indica inequivocabilmente il dissenso del Collegio per la prospettiva della generalizzata immunizzazione della prova critica a base scientifica dalla regola della rinnovazione istruttoria, nel caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado:

«Le dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico nel corso del dibattimento, in quanto veicolate nel processo a mezzo del linguaggio verbale,

costituiscono prove dichiarative, sicché sussiste, per il giudice di appello che, sul diverso apprezzamento di esse, fondi, sempreché decisive, la riforma della sentenza di assoluzione, l'obbligo di procedere alla loro rinnovazione dibattimentale attraverso l'esame del perito o del consulente, mentre analogo obbligo non sussiste ove la relazione scritta del perito o del consulente tecnico sia stata acquisita mediante lettura, ivi difettando la natura dichiarativa della prova» (Rv. 275112-01).

Il principio esprime il rifiuto per qualsiasi differenziazione dello statuto della perizia e della consulenza incentrato sul contenuto dell'informazione probatoria veicolata per loro tramite nel giudizio.

Quello che conta è la caratterizzazione dichiarativa del mezzo e l'impatto decisivo dell'informazione acquisita nella formazione del convincimento di colpevolezza o non colpevolezza dell'imputato; non la qualità "rappresentativa" o, invece, "critico-tecnica" dei suoi contenuti.

Depongono in questo senso il testo legislativo che «nella sua asettica onnicomprensività, non consente un'interpretazione che restringa l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale alle sole dichiarazioni testimoniali con esclusione di quelle del perito»; ma anche la ratio sottostante all'implementazione del principio del contraddittorio, che non ammette distinzioni tra le prove espletate a mezzo del linguaggio verbale, posto che sia la prova dichiarativa che quella critica possono essere «diversamente valutate nei diversi gradi del giudizio di merito, ed entrambe possono essere decisive per assolvere o condannare l'imputato» (§ 7.3.).

3.1 La caratterizzazione dichiarativa della perizia e gli elementi di assimilazione all'esame testimoniale nella disciplina interna e nella giurisprudenza convenzionale.

Con specifico riferimento alla perizia, la Corte mette in risalto gli indicatori dell'assimilazione legislativa tra la perizia e la testimonianza, sotto il profilo della garanzia del contraddittorio, a prescindere dalla *polivalenza* del suo ruolo e delle operazioni che formano oggetto dell'incarico, che, in base all'art. 220 cod. proc. pen., possono consistere nello svolgimento di indagini e nell'acquisizione di dati (attività *percipiente*), o nell'espressione di valutazioni (attività *deducente*).

Un primo indicatore è costituito dalla *sedes materiae* che individua tanto la perizia e la consulenza, quanto la testimonianza quali *mezzi di prova* (artt. 194-243 cod. proc. pen.).

Rileva poi il dato testuale dell'art. 227 cod. proc. pen. che prevede, in prima battuta, la risposta orale immediata, a norma del primo comma; e, solo nel caso di «accertamenti di particolare complessità», la risposta a mezzo di una relazione scritta, da depositare entro il termine stabilito dal giudice (commi quarto e quinto),

relazione che però non comporta – osserva il Collegio - l'omissione del contraddittorio orale, ma soltanto il suo differimento, posto che «a norma degli artt. 501-511 cod. proc. pen,, la relazione è letta e acquisita agli atti dell'istruttoria dibattimentale, solo dopo che il perito sia stato esaminato nel contraddittorio delle parti».

E' significativo, a tale riguardo, il fatto che le Sezioni Unite sinteticamente richiamino la decisione Sez. 4, n. 36613 del 03/10/2006, De Rossi, RV 235374, capofila dell'orientamento per il quale - anche nel caso di perizia assunta con incidente probatorio - «costituiscono momenti indefettibili del procedimento di formazione della prova l'esposizione orale del parere del perito in udienza e il successivo eventuale esame del perito ad opera delle parti, e ciò si desume dal richiamo, contenuto nell'articolo 401, comma quinto, cod. proc. pen., alle "forme" di assunzione delle prove stabilite per il dibattimento». Orientamento (ripreso da Sez. 1, n. 44847 del 5/11/2008, Valenti e altro, Rv. 242192) con il quale si confutava la lettura riduttiva dell'esposizione e dell'esame orale del perito, propugnata dall'indirizzo per il quale, invece, l'assunzione anticipata della perizia in sede incidentale non richiede, successivamente al deposito dell'elaborato, anche l'esame orale del perito, in quanto il rinvio alle forme di assunzione delle prove stabilite nel giudizio, compiuto dall'art. 401 c.p.p., comma 5, deve intendersi nei limiti di compatibilità connaturati alla specialità della sede ed alle esigenze acceleratorie proprie della fase (Sez. 5, n. 6808 del 15/12/1998, Anastassiades, Rv. 213467; Sez. 4, n. 44495 del 17/9/2004, Volpe, Rv. 230351).

Ulteriori profili di assimilazione il Collegio ritrae dalle dichiarazioni di impegno che sia il perito (art. 226 cod. proc. pen.) che il testimone (art. 497 cod. proc. pen.) devono assumere prima di deporre o accettare l'incarico, con differenze che attengono al diverso oggetto del narrato; nonché dalle conseguenze penali previste per il caso di falsa testimonianza (art. 372 cod. pen.) o di falsa perizia o interpretazione (art. 373 cod. pen.).

La clausola dell'art. 501 cod. proc. pen., in tema di modalità dell'esame di periti e consulenti, con il suo richiamo alle "disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili", è letta dalle Sezioni Unite (sintoniche con la dottrina), come un rimando alle regole che attengono al metodo dell'esame incrociato ex art 498 cod. proc. pen.; alle contestazioni ex art. 500 cod. proc. pen., «al fine di stigmatizzare contraddizioni o lacune espositive di natura fattuale e valutative, sia rispetto a quanto affermato nel corso dell'esame sia rispetto a quanto scritto nella relazione previamente depositata»; al confronto, ex art. 211 cod. proc. pen., fra perito e consulenti di parte (Sez. 1, n. 34947 del 24/05/2006, Di Liberti, Rv. 235253).

Il ruolo peculiare del "testimone esperto" non incide dunque, nella prospettiva del legislatore, sull'ampiezza della garanzia del contraddittorio, che deve misurarsi

non già con il contenuto *percipiente* o *deducente* del contributo peritale, ma con la «centralità che spesso la perizia assume ai fini della decisione».

In considerazione di ciò, il legislatore garantisce il contraddittorio non soltanto, come si è detto, nella fase dell'illustrazione dell'esito delle indagini tecniche (art. 501 cod. proc. pen.) ma, prima ancora, nel corso dello svolgimento dell'incarico peritale, concedendo alle parti la possibilità di nominare propri consulenti (art. 225 cod., proc. pen.).

L'ottica convenzionale conferma l'equiparazione tra il perito e il testimone.

Il Collegio (§ 6) richiama le numerose pronunce che estendono all'escussione dell'*expert witness* le regole del *fair trial*, posto il "peso significativo" che la deposizione dell'esperto nominato dal tribunale può avere nella valutazione giudiziale delle questioni rimesse alla sua competenza scientifica (Corte EDU, del 12/05/2016, *Poletan e Azirovik c. Macedonia;* Corte EDU 11 dicembre 2008, *Shulepova c. Russia*).

Accade così che il principio della parità delle armi, sia declinato nel senso di comportare, nel contesto della *expert evidence* come in quello della testimonianza 'comune':

- il diritto all'audizione di persone che possono essere chiamate, a qualsiasi titolo, dalla parte che vi abbia interesse a sostenere la propria tesi (Corte EDU del 26/03/2006, *Doorson c. Paesi Bassi* la possibilità di nominare un "contro-esperto" (Corte EDU del 06/05/1985, *Bônisch c. Austria*); la possibilità di partecipare all'esame delle persone (*cross examination*) sentite dal perito e di prendere tempestiva cognizione dei documenti utilizzati dal perito nell'espletamento del suo incarico (Corte EDU del 18/03/1997, *Mantovanelli c. Francia*);

- il diritto di esaminare direttamente i periti (Corte EDU del 27/03/2014, *Matytsina c. Russia*; Corte EDU del 12/05/2016, *Poletan e Azirovik c. Macedonia*);

- la violazione del diritto di difesa e, quindi del giusto processo nel caso in cui il giudice neghi immotivatamente il diritto della parte di chiedere una controperizia, quando il perito, in sede dibattimentale, muti radicalmente l'opinione che aveva espresso nella relazione scritta; o quando il Collegio peritale sia formato in maggioranza da professionisti dipendenti dalla struttura chiamata a rispondere dei danni subiti dalla persona offesa (Corte EDU del 02/01/2002, *G.B. c. Francia*).

3.2. Il depotenziamento dell'assioma della neutralità della perizia.

Nei §§ 5.1 e 5.2 della motivazione, il Collegio procede alla critica serrata dell'uso improprio che la tesi minoritaria fa delle formule "neutralità della perizia" e "libero convincimento del giudice", a fini di amputazione pregiudiziale del diritto delle parti al contraddittorio nel contesto della prova scientifica.

Con riferimento alla prima formula, la Corte osserva anzitutto come sia problematico assegnare questa etichetta nei casi in cui il perito è chiamato a "svolgere indagini o acquisire dati", e cioè a compiere un'attività di natura percettiva sulla quale sarà poi chiamato a riferire nel dibattimento, citando emblematicamente il caso trattato nella richiamata decisione Anello del 2018, Anello (v. *supra* § 2.1.), nella quale la Quarta sezione aveva sottolineato la *natura ibrida* delle dichiarazioni del consulente degli imputati che portava «all'interno dell'esame anche un elemento di natura più squisitamente testimoniale».

Ma l'embricazione, nel mandato di periti e consulenti, di componenti critiche e rappresentative non ha, secondo il Collegio, carattere soltanto contingente:

«Anche ove al perito sia conferito l'incarico di effettuare solo *valutazioni*, sarebbe pur sempre arduo fissare una rigida linea di demarcazione fra il momento valutativo (che sarebbe caratteristica esclusiva della prova cd. critico-indiziaria) e quello rappresentativo (tipico della prova dichiarativa testimoniale), proprio perché la *valutazione* viene pur sempre richiesta su fatti che, spesso, il perito ha percepito nell'ambito dell'incarico affidatogli».

Tanto premesso, la Corte recepisce la critica dottrinaria all'uso dell'assioma della neutralità della perizia a fini di sottrazione del mezzo di prova al pieno dispiegarsi della dinamica del contraddittorio.

«Nessuna prova è di per sé neutra (perché altrimenti sarebbe irrilevante) ma lo è solo nel momento in cui ne viene chiesta l'ammissione non potendosi in quella fase conoscerne l'esito, nel mentre diventa a favore o contro, una volta che sia espletata. […] una cosa è la terzietà del perito, altra cosa sono le conclusioni alle quali egli perviene».

Non sono le norme che presidiano la "terzietà" del perito (artt. 222-223-226 cod. proc. pen.) e il suo obbligo di rispettare l'impegno assunto (artt. 373-374-375 cod. pen.) a rilevare *in subiecta materia.*

Quello che conta ai nostri fini è che «anche in relazione ai giudizi di natura squisitamente tecnico-scientifica può essere svolta una valutazione in termini di verità-falsità», dice la Corte, citando il precedente Sez. U, n. 51824 del 25/09/2014, Guidi, Rv. 261187 che, su tale base concettuale, risolveva il contrasto inerente la configurabilità del delitto di intralcio alla giustizia nel caso del tentativo di corruzione di un consulente tecnico del pubblico ministero.

In quel caso, le Sezioni Unite avevano ritenuto configurabile il delitto *sub specie* di induzione del consulente ai delitti di false informazioni al pubblico ministero o di falsa testimonianza non soltanto in relazione all'esposizione di dati storici, ma «anche quando l'incarico affidato implica la formulazione di giudizi di natura tecnico-scientifica», agganciandosi ad una precisa tradizione ermeneutica che fa

capo alle decisioni Sez. 5, n. 3552 del 09/02/1999, Andronico, Rv. 213366 e Sez, 1, n. 45373 del 10/6/2013, Capogrosso, Rv. 257895.

Le decisioni da ultimo citate pongono in risalto la connotazione *informativa* delle valutazioni ancorate a parametri tecnico-scientifici, rispetto alle quali può ben porsi un problema di verifica dell'attendibilità, distinguendole da quelle consistenti nell'espressione di mere propensioni, gusti o atteggiamenti personali, delle quali potrebbe predicarsi al più la sincerità o l'insincerità. Per tal via, con il solido conforto di alcuni dati testuali (primo fra tutti, l'art. 373 cod. pen. che configura il *mendacio* nel parere reso dal perito), giungono a ritenere configurabile il falso ideologico della diagnosi medica (decisione Andronico) e della relazione del consulente tecnico del pubblico ministero (sentenza Capogrosso).

3.3. La sintonia con i precedenti Franzese, Cozzini e Cantore in tema di prova scientifica.

E' l'introduzione nelle aule giudiziarie del principio di falsificabilità della prova, con il correlato abbandono del "metodo induttivo per enumerazione" ad aver posto in risalto la crucialità del contraddittorio nella raccolta della prova critica a base scientifica.

«Se è vero […] che nessun metodo scientifico per la sua intrinseca fallibilità può dimostrare la verità di una legge scientifica, ne consegue, inevitabilmente, che anche la perizia non può essere considerata portatrice di una verità assoluta (e, quindi, "neutra") tanto più in quei casi in cui il perito - del tutto legittimamente - sia fautore di una tesi scientifica piuttosto che di un'altra».

Si deve dunque alle decisioni Sez. U. n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138-222139, Sez. 4, n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini, Rv. 248943-248944 e Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, Rv. 255105 la svolta concettuale alla quale le Sezioni Unite del 2019 intendono dare continuità.

Era stata la decisione Cozzini, affinando il precedente Franzese, a fornire una nozione *alta* e non autoritaria del *libero convincimento* e del brocardo *iudex peritus peritorum:* una nozione che, per così dire, sta dentro il contraddittorio, che si raccorda con l'obbligo di motivazione e che è funzionale al presidio della qualità dell'informazione scientifica che entra nel processo, dell'imparzialità e della competenza dell'esperto, della validità del metodo.

«Il sapere scientifico – si legge in quella decisione - costituisce un indispensabile strumento al servizio del giudice di merito: si tratta di tentare di metabolizzare la complessità e di pervenire, così, ad una spiegazione degli accadimenti che risulti infine comprensibile per tutti, ostensibile. Tale passaggio dal complesso ed oscuro ad un definito, corroborato enunciato fattuale richiede non di rado la soluzione di

problemi che riguardano da un lato l'affidabilità, l'imparzialità, delle informazioni che, solitamente attraverso l'indagine peritale, penetrano nel processo; e dall'altro attengono alla logica correttezza delle inferenze che vengono elaborate facendo leva, appunto, sulle generalizzazioni esplicative elaborate dalla scienza. Tali momenti topici dell'indagine fattuale vengono discussi nella dialettica processuale e conducono infine al giudizio critico che il giudice di merito è chiamato ad esprimere sulle valutazioni tecniche compiute nel processo. La razionale ponderazione, naturalmente, trova il suo momento di obiettiva emersione nella motivazione della sentenza, in cui occorre in primo luogo dar conto del controllo esercitato sull'affidabilità delle basi scientifiche del giudizio. Si tratta di valutare l'autorità scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo la sua conoscenza della scienza; ma anche di comprendere, soprattutto nei casi più problematici, se gli enunciati che vengono proposti trovano comune accettazione nella comunità scientifica. Da questo punto di vista il giudice è effettivamente, nel senso più alto, peritus peritorum: custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo».

Ponendosi in continuità con quell'approccio, la decisione Pavan Devis (§ 5.1.) identifica la necessità di verificare «l'attendibilità del perito, l'affidabilità del metodo scientifico utilizzato e la sua corretta applicazione alla concreta fattispecie processuale», come le ragioni del ruolo decisivo del contraddittorio, individuandolo anche come strumento utile a distinguere «le irrilevanti o false opinioni del perito (cd. junk science) dai pareri motivati sulla base di leggi e metodiche scientificamente sperimentate ed accreditate dalla comunità scientifica».

Il contraddittorio è insomma, nella prospettiva della Corte, l'antidoto metodologico alle insidie che, secondo autorevole dottrina, minacciano l'alleanza necessaria tra scienza e processo: i. la cattiva scienza, e cioè l'impiego di strumenti tecnico-scientifici incapaci di garantire un margine sufficiente di affidabilità e attendibilità; ii. il cattivo scienziato, e cioè l'esperto che applica male un pur convalidato metodo di accertamento tecnico-scientifico; iii. il cattivo uso processuale della scienza, e cioè l'uso improprio e fuorviante della scienza da parte del giudice in sede decisionale.

3.4. La possibile *decisività* della perizia e della consulenza tecnica.

Acclarata la riferibilità ai mezzi di prova in oggetto della forma dichiarativa, richiesta tanto dalla regola giurisprudenziale quanto dalla disposizione legale che l'ha poi recepita (art. 603, comma 3-bis, cod, proc. pen.), la Corte procede alla dimostrazione della portata decisiva che la rivisitazione del risultato probatorio acquisito con tali mezzi può avere nella formazione del convincimento del giudice.

A tal fine, si censura l'inconferente richiamo dell'indirizzo minoritario al cospicuo filone giurisprudenziale che, invocando il carattere neutro della perizia, tende ad escludere il rilievo dell'accertamento peritale quale prova decisiva, a termini dell'art. 495, comma 2, cod. proc. pen., della cui mancata assunzione in appello la parte può dolersi ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. d) cod. proc. pen. (v. Sez. U, n. 39746 del 23/03/2017, A., Rv. 270936, richiamata con altre nelle decisioni Abbruzzo e Colleoni).

«Il quesito di diritto oggetto del presente giudizio – si legge a pag. 14 della motivazione - non riguarda la questione se l'imputato abbia o meno il diritto alla controprova a mezzo di una perizia, ma il diverso problema se, in grado di appello, debba essere rinnovata l'istruttoria e, quindi, garantito il contraddittorio limitatamente ad una perizia, già ammessa ed espletata nel giudizio di primo grado e ritenuta decisiva per l'assoluzione dell'imputato, ma che il giudice di appello valuta, all'opposto, in senso accusatorio».

Parimenti impropria – una volta chiarito come possa porsi un problema di attendibilità della valutazione informativa degli esperti - è l'evocazione del principio del libero convincimento e dell'insindacabilità in sede di legittimità della scelta compiuta dal giudice tra le diverse valutazioni prospettate dagli esperti di parte e dal perito d'ufficio (v. supra § 2.2.), posto che «l'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. non mette in discussione né il principio del libero convincimento, né quello della insindacabilità, in sede di cassazione, della suddetta decisione ma – osserva il Collegio - si limita solo a stabilire la modalità con la quale il giudice di appello può giungere ad una diversa valutazione della prova dichiarativa dalla quale consegua la riforma dell'assoluzione di primo grado: per il nuovo comma 3-bis, ciò che è essenziale è che il giudice di appello, ove ritenga di dare una lettura diversa della suddetta prova, abbia l'obbligo (non più la facoltà) di rinnovare l'istruttoria perché solo tale metodo è stato ritenuto idoneo a dissipare i dubbi e le incertezze insorti sulla colpevolezza dell'imputato: libero, poi, il giudice di appello, una volta rinnovata l'istruttoria, anche di andare in contrario avviso del giudice di primo grado e, quindi, di condannare l'imputato fornendo una motivazione (rafforzata) che, ove sia congrua e coerente con la prova espletata, resta incensurabile in sede di legittimità».

La nozione di *decisività* con la quale occorre confrontarsi è quella indicata dalla decisione Dasgupta (Rv. 267491-01), dove si afferma che «[....] ai fini della valutazione del giudice di appello investito di una impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione, devono ritenersi prove dichiarative "decisive" quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del

giudizio di appello, nell'alternativa "proscioglimento-condanna". Appaiono parimenti "decisive" quelle prove dichiarative che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna. Non potrebbe invece ritenersi "decisivo" un apporto dichiarativo il cui valore probatorio, che in sé considerato non possa formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste, nella valutazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione della responsabilità [...

Le Sezioni Unite avevano in effetti sagomato nel 2016 una nozione *ad hoc* di *necessità* della rinnovazione, una nozione che si emancipa, per un verso, dai casi di incompletezza del quadro probatorio contemplati dalla versione originaria dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen.; per altro verso, dal concetto che assume rilievo ai sensi del combinato disposto degli artt. 495, comma 2 e 606, comma 1, lett. d) cod. proc. pen., dove risalta la prova che, ove esperita, avrebbe sicuramente determinato una diversa pronuncia.

Una nozione peculiare, che si collega all'esigenza che il convincimento del giudice d'appello, nei casi in cui sia in questione il principio del ragionevole dubbio, replichi l'andamento del giudizio di primo grado fondandosi su prove dichiarative direttamente assunte" (§ 8.1 della motivazione Dasgupta) e che richiama lo scenario dell'*overturning in peius* «dove assumono rilievo «non prove negate ma prove da riassumere, il cui contenuto rappresentativo si era già completamente dispiegato in primo grado, e ha dunque formato già oggetto della decisione impugnata, che proprio su di esso ha fondato l'esito assolutorio» (§ 10).

Alla stregua di questa nozione, sembra dire la sentenza Pavan Devis, perizie e consulenze ben possono veicolare informazioni decisive.

3.5. L'estensione della regola della rinnovazione istruttoria al contributo del consulente di parte.

I capisaldi del ragionamento sviluppato per dimostrare l'estensione al perito della regola della rinnovazione istruttoria conducono le Sezioni Unite a identiche conclusioni per quanto concerne il contributo del consulente tecnico di parte che, come il perito, può espletare il suo mandato oralmente, ove venga esaminato sulla base del combinato disposto degli artt. 468, commi 1 e 2, e 501 cod. proc. pen.; per iscritto, ove si limiti ad esprimere il proprio parere a mezzo di memorie:

«Anche per il consulente tecnico, può, pertanto, ripetersi, mutatis mutandis, ciò che si è detto in relazione al perito: ove il consulente sia esaminato ex art. 501 cod.

proc. pen. e la sua dichiarazione sia posta dal giudice di primo grado a fondamento della sentenza assolutoria, la suddetta dichiarazione va ritenuta, agli effetti di cui all'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., "prova dichiarativa" con la conseguenza che, ove il giudice di appello ritenga di rivalutare in senso peggiorativo per l'imputato quelle dichiarazioni, ha l'obbligo giuridico di rinnovare l'istruttoria dibattimentale».

La ratio decidendi è compendiabile in due passaggi argomentativi.

Nel primo, si evidenzia come, anche per il contributo del consulente, la giurisprudenza di legittimità sia intervenuta (con l'autorevole avallo di Corte cost. n. 33 del 1999) a sancirne l'equiparazione alla testimonianza: «In tema di istruzione dibattimentale, il giudice può legittimamente desumere elementi di prova dall'esame del consulente tecnico di cui le parti abbiano chiesto ed ottenuto l'ammissione, stante l'assimilazione della sua posizione a quella del testimone, senza necessità di dover disporre apposita perizia se, con adeguata e logica motivazione, dimostri che essa non è indispensabile per essere gli elementi forniti dall'ausiliario privi di incertezze, scientificamente corretti e basati su argomentazioni logiche e convincenti» (Sez. 4, n. 25127 del 26/04/2018, Olteanu, Rv. 273406. Conf. Sez. 3, n. 4672 del 22/10/2014, L., Rv. 262469).

Nel secondo, si osserva che il profilo differenziale - ruolo "di parte" del contributo consulenziale versus "terzietà" del perito d'ufficio - non ha influenza sulla specifica questione in esame:

«Il punto, lo si ripete - ai limitati fini dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. - non è questo, ma l'effetto che ha avuto la consulenza nella decisione del giudice di primo grado. Se, alla base della sentenza di assoluzione è stata posta proprio la consulenza di parte, ogni discussione sulla sua minore "oggettività" resta superata dalla decisione del giudice che, evidentemente ha ritenuto l'apporto del consulente obiettivo ed affidabile e, comunque, maggiormente attendibile rispetto alla stessa perizia ove anche questa sia stata disposta. Di conseguenza, ove la sentenza sia appellata, si ripropone la medesima situazione già illustrata in relazione alla perizia in quanto il giudice di appello si trova di fronte alla seguente alternativa: a) confermare la sentenza assolutoria senza obbligo di rinnovare l'istruttoria, perché l'obbligo di rinnovazione è previsto solo ove il giudice di appello intenda riformare in pejus la sentenza di assoluzione; b) condannare l'imputato a fronte della sentenza assolutoria di primo grado: in tal caso, ha l'obbligo di rinnovare l'istruttoria».

3.6. I modi della rinnovazione istruttoria: l'alternativa tra il rinnovo dell'incarico peritale e il mero riascolto del perito esaminato in primo grado.

Accomunato lo statuto della prova per esperti a quello della prova rappresentativa, le Sezioni Unite hanno cura di precisare che «rinnovazione

dell'istruttoria in appello non significa rinnovazione sempre e comunque anche della perizia: significa solo che il giudice di appello, individuati i punti critici della relazione peritale, ha l'obbligo di convocare il perito ed esaminarlo, nel contraddittorio orale delle parti, su quei punti secondo le stesse modalità previste nel giudizio di primo grado dall'art. 501 cod. proc. pen».

La Corte non precisa il criterio discretivo, che dev'essere probabilmente individuato nella dimensione qualitativa e quantitativa della rivisitazione del quadro probatorio consacrato dalla decisione di primo grado.

Se, per esempio, la critica del pubblico ministero appellante investe l'abilitazione o la qualità professionale dell'esperto, l'accreditamento scientifico o la pertinenza al caso del metodo utilizzato, il giudice d'appello che condivida le perplessità dovrà verosimilmente conferire un nuovo incarico. Se, invece, impregiudicati il professionista e il suo metodo, viene in gioco la necessità del confronto dell'imputato con alcune risultanze, suscettive di rivisitazione *in peius*, al ripristino del contraddittorio potrà bastare la reiterazione dell'esame.

4. Il secondo principio affermato dalle Sezioni Unite: diversa classificazione *ratione temporis* del vizio di omessa rinnovazione.

Dopo aver condotto l'esame della questione sul presupposto che la previsione legale dell'art. 603, comma 3-bis cod. proc. pen., per quanto non applicabile *ratione temporis* al caso di specie, costituisce «l'ineludibile punto di riferimento per la soluzione dei casi controversi», la Corte non ha potuto fare a meno di distinguere l'inquadramento del vizio di omessa rinnovazione istruttoria, a seconda che la decisione impugnata sia stata emessa prima o dopo l'entrata in vigore della novella.

In relazione al primo caso, il Collegio ha ribadito l'affermazione della decisione Dasgupta, secondo la quale «l'evenienza del mancato rispetto da parte del giudice di appello del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista della *reformatio in pejus* va inquadrata non nell'ambito di una violazione di legge ma in quello di un vizio di motivazione».

In relazione al secondo caso, invece, il vizio determina una nullità di ordine generale a regime intermedio della sentenza, denunciabile in sede di giudizio di legittimità a norma dell'art. 606, comma 1 lett. c), cod. proc. pen.

Laddove poi, trattandosi di relazione peritale acquisita esclusivamente in forma cartolare, non trovi applicazione l'obbligo *de quo* né nella sua declinazione giurisprudenziale, né in quella successivamente recepita dal legislatore, «la decisione è sindacabile per vizio di motivazione ex art. 606, comma 1 lett. e), cod. proc. pen., sempre che la prova negata, confrontata con le ragioni addotte a sostegno della

decisione, sia di natura tale da potere determinare una diversa conclusione del processo.» (Rv. 275112-03).

Ed è proprio alla stregua di quest'ultimo principio che la Corte ha risolto lo specifico caso devoluto al suo esame, pervenendo al rigetto del ricorso.

4.1. La soluzione del caso: il contributo peritale acquisito in forma esclusivamente cartolare non è "prova dichiarativa".

Non si tratta della rivalutazione *in peius* di una prova dichiarativa.

Questa è, in estrema sintesi, la ragione per la quale le Sezioni Unite hanno ritenuto inapplicabile il principio dettato dalle decisioni Dasgupta, Patalano e Troise alla vicenda occorsa al ricorrente, dopo averne affermato, in termini generali, l'estensione al contributo dell'*expert witness*.

La perizia antropometrica, i cui esiti incerti avevano condizionato la decisione assolutoria del Tribunale, era stata acquisita in forma puramente cartolare, avendo le parti rinunciato, già in primo grado, all'esame del perito, come loro consentito dal combinato disposto degli artt. 495, comma 4-bis e 511, comma 2 cod. proc. pen.: disposizioni – nota la Corte - compatibili sia con l'art. 111, comma quinto Cost., sia con i principi convenzionali, che ammettono la rinuncia al contraddittorio, purché volontaria, consapevole, inequivoca e non contrastante con l'interesse pubblico (Corte Edu, 26 settembre 2017, *Fornataro c. Italia*; Corte Edu, 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia;* Corte EDU, Gr. Ch., 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*).

L'esclusione dell'obbligo nel caso di rivalutazione *in peius* della prova cartolare – pacificamente affermata nella giurisprudenza interna e sovranazionale, e ribadita dal legislatore del 2017 – "ha una sua razionalità": «se è comprensibile la ragione per cui il legislatore ha stabilito l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, obbligando il giudice di appello, prima di condannare l'imputato assolto, a ripetere la prova dichiarativa (l'esame del perito) al fine di chiarire e dissipare i dubbi insorti sulla diversa valutazione di quella prova, uguale ragione non è rinvenibile nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte all'acquisizione di un semplice atto scritto (la relazione peritale) su cui non vi è mai stato alcun contraddittorio orale. In quest'ultima ipotesi, invero, non si tratterebbe più di rinnovare il medesimo atto istruttorio svolto nel giudizio di primo grado, ma di compiere, *ex novo*, un diverso atto istruttorio (esame del perito) al quale le parti avevano rinunciato».

Il principio è stato recentemente ripreso da **Sez. 5, n. 2493 del 16/12/2019 – dep. 2020, Romei,** che ne ha esteso la portata al caso in cui la rinunzia all'esame dell'esperto sia avvenuta non nel giudizio di primo grado, ma in quello d'appello.

Secondo la Quinta sezione quanto affermato dalle Sezioni unite nella decisione Pavan Devis «*a fortiori* può valere ad attribuire rilievo legittimante in tal senso ad un

accordo raggiunto in sede di gravame, non ostandovi disposizioni specifiche sul punto e data la generale applicabilità delle regole del giudizio di primo grado a quello di appello».

4.2. La distinzione del contributo peritale acquisito in forma esclusivamente cartolare dalle dichiarazioni rese nelle indagini preliminari acquisite al giudizio abbreviato.

Il caso della relazione peritale acquisita già in primo grado in forma puramente cartolare non può essere confuso con quello del giudizio abbreviato non condizionato, in relazione al quale tanto la sentenza Dasgupta (Rv. 267487), in un *obiter*, quanto, *ex professo*, la decisione Patalano avevano affermato l'estensione del principio della rinnovazione istruttoria, in omaggio al canone decisorio del ragionevole dubbio e alla necessità di assicurare, anche in questo caso, la riproposizione dell'atto probatorio «secondo il metodo epistemologicamente più appagante, quello orale ed immediato, che caratterizza la formazione della prova nel modello accusatorio» (Rv. 269785).

In un *obiter* della decisione Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017 - dep. 2018, Troise (par. 7.3 del Considerato in diritto) si era affermata la perdurante validità dell'estensione, a seguito della novella del 2017, dato che l'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. «non contempla eccezioni di sorta, ma consente l'applicabilità della regola posta dal nuovo comma 3-bis ad ogni tipo di giudizio, ivi compresi i procedimenti svoltisi con il rito abbreviato».

La decisione Sez. 6, n. 53336 del 24/10/2017, Garbin, Rv. 271716 aveva poi affermato l'applicazione della regola alle dichiarazioni rese in fase di indagini e acquisite al fascicolo del dibattimento con l'accordo delle parti, ai sensi dell'art. 493, comma 3, cod. proc. pen.

Il principio era stato, invero, richiamato nell'ordinanza di rimessione, dove la Seconda sezione esprimeva il convincimento che l'esigenza di ripristino dei canoni di oralità/immediatezza sussistesse anche nel caso di specie, e fosse anzi «tanto più avvertita quando, come nel caso in esame, il perito e il consulente siano pervenuti a conclusioni diverse sulla base di indagini non condotte con lo stesso metodo o quando, soprattutto, in primo grado, il perito non sia stato ascoltato, ma l'istruttoria sia stata compiuta attraverso la lettura della perizia su accordo delle parti».

Le Sezioni Unite dissentono da questo punto di vista.

Nel giudizio abbreviato – osservano - la rinnovazione ha ad oggetto la verbalizzazione di dichiarazioni rese da persone informate sui fatti nel corso delle indagini preliminari, e quindi pur sempre informazioni veicolate nel processo a mezzo del linguaggio verbale; mentre, nel caso di specie, «non vi è alcuna

"dichiarazione" del perito, ma solo una relazione da questi scritta sui quesiti assegnatigli e, sulla quale il contraddittorio si attiva solo cartolarmente attraverso il deposito di eventuali memorie tecniche di parte» (pag. 21 della motivazione).

Il *distinguishing* non pregiudica la *B.A.R.D. Rule,* se si considera – aggiunge la Corte - che «la problematica della rinnovazione obbligatoria dell'istruttoria attiene a quella dell'ammissibilità delle prove (non a caso il legislatore l'ha inserita, con il comma 3-bis, nell'art. 603 cod. proc. pen.), nel mentre la regola di cui all'art. 533, comma1, cod. proc. pen., opera a valle del processo e cioè nel momento della decisione, decisione che non può che essere presa sulla base del materiale probatorio legittimamente acquisito agli atti (nella specie: la sola relazione peritale) ed il cui controllo, in sede di legittimità, non può che avvenire verificando se la motivazione sia o meno affetta da alcuno dei vizi motivazionali di cui all'art. 606 lett. e) cod. proc. pen.».

4.3. La *non decisività* della rivalutazione della prova per esperti nel caso Pavan Devis.

L'analisi delle decisioni divergenti di primo e secondo grado conduce la Corte a rilevare ulteriori profili di estraneità della vicenda di Pavan Devis all'ambito applicativo del principio enunciato negli arresti Dasgupta e Patalano.

Non era stato l'esito difforme della consulenza tecnica antropometrica del pubblico ministero e dell'elaborato peritale a determinare il ribaltamento della decisione assolutoria.

In realtà, perizia e consulenza convergevano nel rilievo di numerosi profili di corrispondenza tra il soggetto effigiato nei fotogrammi estratti dalla videoregistrazione della rapina, eseguita mediante l'impianto installato presso l'istituto bancario e anche nelle conclusioni valutative. Sebbene con diversi accenti (il consulente si era espresso in termini di elevata probabilità dell'identificazione; il perito aveva sottolineato che le corrispondenze attenevano a caratteristiche generali, e non a "contrassegni identificativi individualizzanti"), nessuno degli esperti aveva espresso certezze sul fatto che il rapinatore si identificasse con l'imputato.

Anche volendo soprassedere sul dato della veicolazione in forma "non verbale" del contributo peritale, occorreva allora prendere atto della carenza di una diversa valutazione della medesima prova da parte dei giudici di primo e secondo grado, presupposto ineludibile tanto della regola giurisprudenziale, che postula un *overturning* dovuto al «diverso apprezzamento dell'attendibilità di una dichiarazione ritenuta decisiva» (*ex plurimis*, Sez. U, Dasgupta, Rv. 267488); quanto della, più sintetica formula legale, che comunque richiede un appello del pubblico ministero

presentato «per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa» (art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen.).

Decisiva era stata, invece, la cucitura compiuta dalla Corte d'appello dell'indizio di natura tecnica con altri elementi di prova, sottaciuti o sottovalutati dal Tribunale, elementi desunti dalla diretta constatazione, da parte del giudice di seconda istanza, della "*fortissima ed evidentissima*" somiglianza tra il rapinatore e l'imputato; ma anche dal *tracciamento* che aveva localizzato l'utenza telefonica mobile intestata all'imputato in prossimità dei luoghi di svolgimento della rapina e del furto dell'auto utilizzata per commetterla.

Il tracciamento – liquidato dal giudice di primo grado con l'asserzione per la quale non può attribuirsi valore universale alla massima di esperienza secondo la quale «è solo l'intestatario ad avere, in ogni momento, la disponibilità dell'utenza» - rivelava, in realtà, che l'utenza in parola, si era spostata – sia dopo il furto dell'auto che dopo la rapina – dall'Emilia, e segnatamente dalla zona di Correggio (luogo di commissione dei delitti) verso il Veneto, e più precisamente a Padova, dove l'imputato risultava documentalmente risiedere. Nessun indizio era stato del resto acquisito – neppure dalle parole dell'imputato - a conferma dell'ipotesi che altri si fossero impossessati del telefono nei giorni del furto e della rapina.

Si trattava dunque di un caso di valutazione incompleta e frazionata del quadro probatorio, al cospetto della quale, anche quando si tratti di prova dichiarativa, la sentenza Dasgupta (pag. 17), esclude l'obbligo di rinnovazione, posto che «non potrebbe ritenersi "decisivo" un apporto dichiarativo il cui valore probatorio, che in sé considerato non possa formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste, nella valutazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione della responsabilità» (Conf. **Sez. 6, n. 34541 del 12/03/2019, Berlingeri, Rv. 276691**; Sez. 6, n. 47722 del 06/10/2015, Arcone, Rv. 265879; Sez. 2, n. 41736 del 22/09/2015, Di Trapani, Rv. 264682; Sez. 3, n. 45453 del 18/09/2014, P., Rv. 260867; Sez. 6, n. 18456 del 01/07/2014, dep. 2015, Marziali, Rv. 263944).

Sostanzialmente identico è il principio enunciato da Sez. 5, n. 33372 del 28/03/2017, Carosella, Rv. 270471, per il quale: «Non sussiste l'obbligo di procedere alla rinnovazione della prova testimoniale decisiva per la riforma in appello dell'assoluzione, quando l'attendibilità della deposizione è valutata in maniera del tutto identica dal giudice di appello, il quale si limita a procedere ad un diverso apprezzamento del complessivo compendio probatorio ovvero ad una diversa interpretazione della fattispecie incriminatrice». Principio espresso in relazione ad una fattispecie nella quale la Corte di appello aveva riconosciuto la penale

responsabilità del ricorrente per il delitto di lesioni, esclusa dal giudice di primo grado sulla base del contrasto tra le deposizioni dei testi a carico e quelle dei testi a discarico, valorizzando il contenuto del referto medico di pronto soccorso la cui valenza dimostrativa non era stata considerata nella pronuncia assolutoria.

Tanto considerato, le Sezioni Unite reputano la decisione della Corte d'appello munita di quell'attributo di «forza persuasiva superiore» che dissolve il ragionevole dubbio, forza persuasiva che, come detto, deve caratterizzare la riforma in pejus, sia quando si tratti di fattispecie processuale coperta dall'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., sia quando si tratti di vicenda estranea all'ambito applicativo della disposizione.

II. PARTE SECONDA

5. La continuità della decisione Pavan Devis con il principio *Patalano*, in tema di obbligo della rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa rivalutata nel giudizio abbreviato d'appello e la decisione Corte cost. n. 124 del 2019.

La scelta delle Sezioni Unite di differenziare il caso, senza rimettere in discussione l'estensione al giudizio abbreviato, anche non condizionato, del principio della rinnovazione istruttoria obbligatoria, non è del tutto scontata e consente di aprire una finestra su alcuni importanti sviluppi della tematica verificatisi nell'anno appena trascorso.

Secondo alcuni commentatori, le Sezioni unite, con la sentenza Patalano, si erano attestate su una linea più avanzata di quanto fosse richiesto dalla stessa giurisprudenza convenzionale (Corte EDU del 26 settembre 2017, *Fornataro c. Italia,).*

Il maggior rigore della giurisprudenza di legittimità italiana si spiega - come detto - con la valorizzazione del canone del *ragionevole dubbio* che non costituisce uno *standard* minimo applicabile dalla Corte di Strasburgo ai 47 Stati Parte della Convenzione, come del resto accade per altri principi dell'ordinamento italiano (si pensi alla *cross examination* o all'obbligo di motivazione razionale delle decisioni di condanna e *de libertate).*

Si è osservato che il canone del ragionevole dubbio è dettato al livello della legge ordinaria e che l'aver ancorato (anche) ad esso - anziché ai soli principi di oralità e immediatezza menzionati dalla giurisprudenza convenzionale - la ricostruzione del sistema abbia prodotto disarmonie sotto il profilo del bilanciamento con le esigenze di protezione del testimone persona offesa e della minor tutela della razionalità della decisione d'appello che ribalta la condanna in primo grado.

Le perplessità hanno avuto immediato riflesso nei primi commenti del nuovo art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., traducendosi nell'auspicio che i giudici si discostino da quanto affermato dalle Sezioni unite in relazione all'art. 603, comma 3, cod. proc. pen.

A tal fine avrebbero dovuto considerarsi:

"a) *il silenzio della legge*. In base al diritto vivente prima della riforma, era pacifico che, fermi restando i poteri officiosi del giudice, nell'abbreviato di appello le parti non avessero diritto alla rinnovazione; il legislatore, volendo disporre diversamente, lo avrebbe esplicitato;

b) *la Costituzione*. Il contraddittorio è un diritto dell'imputato che può essere oggetto di rinuncia. Tale rinuncia costituisce estrinsecazione del suo diritto di difesa. Per tutelare il criterio del ragionevole dubbio, nell'eventualità di una decisione sfavorevole, non si può vanificare la scelta difensiva di un determinato metodo probatorio.

Le critiche non hanno lasciato insensibile la giurisprudenza di merito.

Proprio in considerazione del prevedibile condizionamento del pregresso *diritto vivente* sull'interpretazione della nuova disposizione, la Corte d'Appello di Trento ha promosso un incidente di costituzionalità (Ord. n. 45 del 20/12/2017, pubblicata in G.U. n. 11 del 14/3/2018).

Il Giudice remittente ha, in particolare, dubitato della compatibilità della norma (laddove interpretata nel senso dell'estensione al giudizio abbreviato) con gli artt. 111 e 117 Cost.

In relazione all'art. 111 Cost., veniva in particolare evidenziato il contrasto con il canone di ragionevole durata del processo che imporrebbe il "mantenimento del sinallagma" tra rinuncia alla formazione della prova nel contraddittorio e riduzione della pena per tutta la durata del procedimento, in un contesto nel quale il comma quinto dello stesso articolo ha peraltro costituzionalizzato il giudizio abbreviato. L'alterazione del sinallagma pregiudicherebbe inoltre irragionevolmente la parità delle parti in quanto, mentre l'imputato conserva il diritto alla riduzione premiale anche nel caso di condanna sopravvenuta in appello, il pubblico ministero si vedrebbe preclusa la facoltà di «utilizzare le prove assunte e cartolarizzate nelle indagini preliminari».

Sul versante dell'art. 117 Cost., il giudice remittente, che trattava un caso di violenza sessuale e lesioni, segnalava il contrasto della "illogica rinnovazione della deposizione della persona offesa nel giudizio abbreviato d'appello" con l'art. 20 della Direttiva 2012/29/UE, recepita con d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 che impone che «il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo».

Di queste perplessità ha fatto giustizia la Corte costituzionale, con la sentenza n. 124 del 2019, intervenuta circa un mese dopo l'intervento delle Sezioni Unite che qui si esamina.

L'ipotizzato contrasto con il principio della ragionevole durata del processo è stato escluso, in considerazione del necessario contemperamento di detto valore con il complesso delle altre garanzie costituzionali e della validità della *ratio* giustificativa della regola in discussione, quale esibita dal diritto vivente e ripresa dal legislatore, che richiama la garanzia costituzionale e convenzionale del giusto processo e della presunzione di innocenza proclamata dall'art. 27, secondo comma, Cost.

L'asserita violazione dell'art. 111, quinto comma, Cost. è confutata sul presupposto dell'impossibilità di leggere nella disposizione, che abilita eccezionali deroghe, su base consensuale, alla regola della formazione della prova nel contraddittorio delle parti, la prescrizione per la quale «una volta che l'imputato abbia prestato il proprio consenso a essere giudicato allo stato degli atti, una tale modalità di giudizio debba necessariamente valere per ogni fase del processo compresa quella di appello». D'altro canto – osserva la Consulta - la norma costituzionale demanda alla legge la puntuale disciplina dei processi fondati sulla rinuncia dell'imputato al contraddittorio, affidando al suo discrezionale apprezzamento la ricerca di un equilibrio inteso ad assicurare che il processo mantenga caratteristiche di complessiva equità e soddisfi «l'obiettivo ultimo della correttezza della decisione», che è appunto ciò di cui la disposizione censurata - nel significato attribuitole dal diritto vivente - si fa carico.

Non ha avuto miglior sorte la censura formulata con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE, che prescrive che il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo.

Al riguardo, la Consulta propone una lettura più completa della disposizione comunitaria invocata dal giudice remittente («*fatti salvi i diritti della difesa e nel rispetto della discrezionalità giudiziale*, gli Stati membri provvedono a che *durante le indagini penali*: [...] b) il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo *solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale*»), per sottolineare:

a) che il divieto della rinnovazione superflua dell'audizione della vittima sancito dall'art. 20 riguarda la sola fase delle *indagini penali*, che corrispondono - nel contesto italiano - alle indagini preliminari, e non si estende dunque alla fase del processo, che la stessa direttiva (art. 23) definisce con l'espressione «procedimento giudiziario», nella quale è pacifico che la persona offesa debba poter essere sentita - eventualmente con modalità protette, ove si tratti di vittima vulnerabile - nel contraddittorio tra le parti;

b) che il divieto fa comunque salvi - in conformità a quanto previsto in generale nel considerando n. 58 - i diritti della difesa, «tra i quali si iscrive, in posizione eminente, il diritto al contraddittorio nella formazione della prova».

Può in definitiva leggersi nella decisione della Consulta, l'autorevole convalida dell'impianto assiologico del diritto vivente e, insieme, l'espressa conferma della perdurante validità della regola che estende al giudizio abbreviato d'appello l'obbligo di rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa decisiva, quale principio applicativo dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen.

In linea con detto orientamento si pone **Sez. 4, n. 29538 del 28/05/2019, Calcinoni, Rv. 276596**: «In caso di appello della sentenza assolutoria da parte del pubblico ministero, l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria previsto dall'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., opera anche ove tale sentenza sia stata emessa all'esito di un giudizio abbreviato non condizionato, ed è limitato alle sole prove dichiarative decisive ai fini della valutazione di responsabilità». (Conf. **Sez. 4, n. 5890 del 21/12/2018 (dep. 2019), M., Rv. 275119**).

6. L'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. e l'appello della parte civile.

La codificazione del diritto vivente operata dalla disposizione introdotta nel 2017 fa registrare, almeno sul piano dell'evidenza testuale, una significativa discrasia per quanto attiene all'estensione della regola dell'obbligo di rinnovazione istruttoria al giudizio d'appello celebrato su iniziativa della sola parte civile e ai soli effetti civili.

L'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. sembra infatti circoscrivere la prescrizione al solo «caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento»; mentre la decisione Dasgupta (con riferimento al giudizio ordinario) e l'arresto Patalano (con riferimento al giudizio abbreviato) avevano affermato che «Il giudice di appello che riformi, ai soli fini civili, la sentenza assolutoria di primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, è obbligato a rinnovare l'istruzione dibattimentale, anche d'ufficio» (Rv. 267489 e Rv. 269787).

A fondamento della scelta stava la considerazione che «anche in questo caso (viene) in gioco la garanzia del giusto processo a favore dell'imputato coinvolto in un procedimento penale, dove i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscono distinzioni a seconda degli interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica» (Sez. U, Dasgupta, in motivazione).

La decisione Sez. U, Pavan Devis sembra assegnare alla novità legislativa un rilievo vincolante, almeno per le vicende processuali regolate dall'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. (e cioè per i giudizi d'appello celebrati dopo il 3 agosto 2017).

Nel par. 2.6. della motivazione, infatti, procedendo all'elencazione delle condizioni legali di operatività dell'obbligo di rinnovazione, il Collegio enumera, sotto la lettera a), la condizione «che il soggetto impugnante sia il pubblico ministero (non, quindi, la parte civile)».

Non si tratta però di un'enunciazione di principio, né tanto meno di un'affermazione funzionale alla risoluzione della questione interpretativa o del caso devoluto che, come si è visto, atteneva ad un appello proposto dal pubblico ministero.

Di diverso segno è l'orientamento delle Sezioni semplici della Corte, a partire da **Sez. 6, n. 12215 del 12/02/2019, Caprara, Rv. 275167** che, confrontandosi con la disposizione introdotta dalla novella, ribadisce la precedente regola giurisprudenziale, sul presupposto che «il disposto dell'art. 603, comma 3 -*bis*, nel fissare la disciplina per il caso di riforma della decisione di primo grado su appello del P.M., non detta una regola diversa per la situazione in cui la riforma discenda dall'impugnazione proposta dalla sola parte civile, né si pone in antitesi rispetto al principio sancito dalle Sezioni Unite sul punto» e che inoltre tale soluzione è «l'unica coerente sia con il dato sistematico - nella parte in cui prevede uno statuto probatorio unitario per l'accertamento nel processo penale della responsabilità penale e civile -, sia, e soprattutto, con il diritto di difesa presidiato dalla Carta Fondamentale e dal diritto convenzionale, che non può declinarsi in modo differenziato, con un conseguente diverso grado di tutela, a seconda se vengano in rilievo profili penali o meramente civili». (Conf. **Sez. 5, n. 38082 del 4/04/2019, Clemente, Rv. 276933; Sez. 5, n. 32854 del 15/04/2019, Gatto, Rv. 277000**. Implicitamente nello stesso senso, si esprime Sez. 4, n. 5890 del 21/12/2018 - dep. 2019, M., Rv. 275119).

La soluzione non sorprende, se si considera che l'istituto in parola fu sagomato dalla giurisprudenza – sull'impulso della giurisprudenza convenzionale – prendendo spunto da una norma, l'art. 603, comma 3, cod. proc. pen.) che si occupava d'altro.

7. L'individuazione delle prove da rinnovare in appello, alla stregua dell'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.: il rapporto tra rinnovazione istruttoria e specificità dei motivi di appello.

La formula dell'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., nella parte in cui non menziona espressamente il requisito di decisività della prova dichiarativa da rinnovare e fa conseguire all'appello proposto dal pubblico ministero per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la «rinnovazione dell'istruzione dibattimentale» ha innescato il dubbio che la prescrizione imponga la riedizione di

tutte le prove acquisite in primo grado e non solo di quelle che hanno formato oggetto di decisiva rivalutazione.

Un *obiter* della decisione Troise (§7.2.) escludeva, in realtà, questa ipotesi interpretativa, individuando nella specificità dei motivi prospettati dall'appellante e nella lettura complessiva dell'art. 603 cod. proc. pen.. i *selettori* capaci di ricondurre la regola entro confini compatibili con il principio della ragionevole durata.

Con riguardo al primo profilo, si osservava che la formulazione del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 andava inquadrata all'interno del contesto normativo «che, non solo, impone al soggetto impugnante una specifica delineazione dei temi oggetto del contraddittorio ma, al contempo, mira ad un sensibile rafforzamento del controllo sulla specificità dei motivi di appello e, prima ancora, della stessa sostanza argomentativa della decisione di primo grado. Ne discende che, anche in caso di appello avverso la sentenza di proscioglimento, il pubblico ministero è tenuto a rispettare i requisiti di specificità richiesti dall'art. 581, criticando gli errori commessi dal giudice di primo grado nella valutazione della prova dichiarativa e motivando in modo adeguato le proprie richieste, anche istruttorie, al secondo giudice».

Sotto il secondo profilo, si richiamava l'attenzione sulla circostanza che lo stilema «il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale» riproduce esattamente quelle utilizzate nei primi tre commi della medesima disposizione normativa, per significare una riedizione istruttoria che è pacificamente circoscritta in ragione dei presupposti di ciascuna ipotesi (la sola prova assolutamente necessair, la sola prova omessa e decisiva, e via dicendo).

L'argomentazione della sentenza Troise è ripresa, con riferimento, questa volta, a un caso ricadente sotto la nuova disposizione, da **Sez. 1, n. 12928 del 7/11/2018 – dep- 2019, P., Rv. 276318,** per fondare il principio: «In caso di impugnazione della sentenza assolutoria da parte del pubblico ministero, l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, previsto dall'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., non riguarda tutte le prove dichiarative assunte in primo grado, ma solo quelle che, secondo le ragioni specificatamente prospettate nell'atto di impugnazione, siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e siano ritenute decisive ai fini della valutazione di responsabilità».

Nello stesso senso si è espressa **Sez. 2, n. 5231 del 13/12/2018 – dep. 2019, Prundari, Rv. 276050**, in risposta ad un motivo di ricorso che contestava la scelta del giudice d'appello di rinnovare le sole testimonianze "decisive" delle quali il Tribunale aveva "erroneamente" (secondo la prospettazione del pubblico ministero appellante), escluso l'intrinseca attendibilità per ritenuto "contagio dichiarativo", e non anche quelle, incontestate, delle quali la difesa avrebbe auspicato la riedizione quali elementi di conferma o smentita. In relazione a queste ultime – ha osservato

la Seconda sezione – non vige l'obbligo di cui all'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., ma la discrezionalità giudiziale, guidata dai criteri indicati nei primi tre commi dello stesso articolo.

Nella decisione **Sez. 5, n. 19730 del 16/04/2019, P., Rv. 275997**, il legame tra obbligo di rinnovazione e specificità dei motivi di impugnazione proposti dal pubblico ministero, declinato secondo i rigorosi parametri della decisione Sez. U, n. 8825 del 27/10/2016, Galtelli, Rv. 268822, possa condizionare l'insorgenza e la *misura* dell'obbligo di rinnovazione: «Incombe sulla parte pubblica – dice la Corte - l'obbligo di indicare «le prove dichiarative che siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e che vengano considerate decisive ai fini dello scioglimento dell'alternativa "proscioglimento-condanna", e le ragioni di confutazione degli argomenti spesi nella sentenza impugnata per sostenere le conclusioni circa l'apprezzamento delle prove stesse, siccome contrastato con il gravame». In applicazione del principio, la Corte perviene al rigetto del ricorso proposto dal procuratore generale avverso una sentenza d'appello, confermativa dell'esito assolutorio di primo grado, in un caso nel quale l'atto di appello si presentava generico perché privo di confronto con i motivi della decisione di prima istanza, che aveva analiticamente indicato le ragioni della ritenuta inattendibilità intrinseca delle dichiarazioni della persona offesa di una presunta violenza sessuale.

La decisione è importante anche per aver precisato come la rinnovazione non debba necessariamente essere disposta in limine litis, e cioè a ridosso e sulla sola scorta dell'atto di appello, ma anche all'esito della discussione.

Anche questo è un profilo di continuità dell'istituto codicistico con quello già elaborato dal diritto vivente.

Nella decisione Dasgupta si osservava, infatti, che se è vero che di norma è il contenuto dell'atto di impugnazione ad «offrire al giudice d'appello, sin dall'inizio del dibattimento, una chiara prospettiva circa la doverosità della rinnovazione della istruzione», nulla toglie che «le deduzioni dell'appellante, a prima vista valutate infondate o non aderenti al contenuto delle prove dichiarative, possano ricevere diverso apprezzamento in camera di consiglio; con la conseguenza che il collegio, in tal caso, non potrà pervenire a sentenza, dovendo riaprire l'udienza […] invitando le parti a interloquire circa la prospettiva di una rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ex art. 603 cod. proc. pen. e pronunciare ordinanza solo all'esito di tale interlocuzione».

Una cauta estensione della rinnovazione a prove dichiarative ulteriori rispetto a quelle diversamente valutate sembra leggersi in **Sez. 4, n. 5890 del 21/12/2018 - dep. 2019, M., Rv. 275119**: « Il giudice di appello che riformi, ai soli fini civili, la sentenza assolutoria di primo grado, anche emessa all'esito di giudizio abbreviato, sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa

ritenuta decisiva, non può limitare la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale alle prove dichiarative ritenute inattendibili dal primo giudice, dovendola, invece, estendere anche a quelle diverse poste in relazione di "collegamento e interferenza" con le prime».

Dalla motivazione si desume che, in realtà, la prova dichiarativa "collegata o interferente" con quella delle parti civili, risentite in appello, aveva formato anch'essa oggetto di diversa valutazione nei due gradi di giudizio, essendo stata ritenuta attendibile in primo grado, tanto da concorrere allo screditamento di alcuni aspetti decisivi della deposizione delle parti civili; e inattendibile in appello, dove si era, anche per questo, pervenuti al ribaltamento della decisione assolutoria.

E' la stessa Seconda sezione ad evidenziare la peculiarità del caso di specie, richiamando la nozione di prova decisiva declinata nel già richiamato principio della sentenza Dasgupta, nozione che include le prove «che hanno soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente inidonee a incidere sull'esito del giudizio di appello, nell'alternativa proscioglimento-condanna».

La mancata riassunzione aveva comportato la violazione del dovere di motivazione rafforzata, del cui assolvimento l'istituto della rinnovazione istruttoria è strumento. La Corte d'appello aveva, infatti, trascurato che «la opposta conclusione del primo giudice era dipesa da un ponderato bilanciamento di diverse fonti testimoniali, di talché il chiarimento istruttorio di una delle fonti di prova non poteva prescindere da una contestuale rivisitazione delle ulteriori fonti dichiarative, già esaminate dalla sentenza di primo grado, previa rinnovazione dei passaggi salienti che avevano giustificato la pronuncia assolutoria del primo giudice».

8. Diversa valutazione della prova dichiarativa. Nozione.

Un importante precisazione del presupposto normativo indicato come "diversa valutazione della prova dichiarativa" è formulata da **Sez. 5, n. 27751 del 24/05/2019, O., Rv. 276987**: «Ai fini della rinnovazione dell'istruttoria in appello ex art. 603, comma 3-*bis* cod. proc. pen., per "motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa" devono intendersi non solo quelli concernenti la questione dell'attendibilità dei dichiaranti, ma tutti quelli che implicano una "diversa interpretazione" delle risultanze delle prove dichiarative, posto che un "fatto" non sempre presenta una consistenza oggettiva di natura astratta e asettica, ma è talvolta mediato attraverso l'interpretazione che ne dà il dichiarante, con la conseguenza che la risultanza probatoria risente di tale mediazione che incide sull'approccio valutativo del giudice, anch'esso pertanto mediato».

La fattispecie atteneva al mancato riesame delle vittime di atti persecutori, giustificata dalla Corte d'appello con la circostanza che il giudice di primo grado, nell'assolvere l'imputato, non aveva dubitato della credibilità delle fonti di prova ma della possibilità di cogliere nelle loro dichiarazioni gli elementi costitutivi del delitto contestato.

Il percorso argomentativo fa appello anzitutto al dato testuale che parla di «diversa valutazione della prova dichiarativa», senza circoscrivere il tema a quello dell'attendibilità intrinseca della stessa.

La disposizione – aggiunge la Corte - corrisponde alla lettera e allo spirito del precedente Dasgupta, nel quale si afferma che l'obbligo di rinnovazione riguarda «l'ipotesi in cui il giudice di appello interpreti le risultanze delle prove dichiarative in termini antitetici alle conclusioni assunte dal primo giudice»; ed ancora che «non rileva, ai fini dell'esclusione della doverosità della riassunzione […] che il contenuto di essa, come raccolto in primo grado, non presenti "ambiguità" o non necessiti di "chiarimenti" o "integrazioni" […] in quanto una simile valutazione che compisse il giudice di appello fonderebbe non su un apprezzamento diretto della fonte dichiarativa ma sul resoconto documentale di quanto registrato in primo grado, con ciò venendosi a riprodurre il vizio di apprezzamento meramente cartolare degli elementi di prova».

9. Rinnovazione istruttoria in appello e incompatibilità del giudice.

La sentenza **Sez. 5, n. 2493 del 16/12/2019 – dep. 2020, Romei** dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., in relazione agli artt. 3, comma 2, 24, comma 2 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede che, in sede di appello, alla deliberazione della sentenza non debbano concorrere gli stessi giudici che hanno disposto la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

La Corte ha escluso la valenza pregiudicante della decisione in parola sulla base, anzitutto, del dato testuale che non postula, quale prodromo del provvedimento di rinnovazione, una preventiva delibazione del giudice d'appello rispetto alla possibilità di condannare l'imputato assolto in primo grado.

La *ratio* garantistica dell'istituto, che il legislatore riprende dal pregresso diritto vivente, lo individua come «paradigma metodologico imposto al Giudice di appello quando l'impugnazione tenda a mettere in discussione, mediante la sollecitazione di una diversa lettura della prova dichiarativa, la decisione liberatoria del primo Giudice, senza che detta rinnovazione abbia, nelle intenzioni del legislatore, alcun esito scontato».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 2780 del 24/01/1996, Panigoni, Rv. 203974
Sez. 5, n. 6808 del 15/12/1998, Anastassiades, Rv. 213467
Sez. 5, n. 3552 del 09/02/1999, Andronico, Rv. 213366
Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138-222139
Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003, Andreotti, Rv. 226093
Sez. 4, n. 44495 del 17/9/2004, Volpe, Rv. 230351
Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231674
Sez. 1, n. 34947 del 24/05/2006, Di Liberti, Rv. 235253
Sez. 4, n. 36613 del 03/10/2006, De Rossi, RV 235374
Sez. 1, n. 44847 del 5/11/2008, Valenti e altro, Rv. 242192
Sez. 4, n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini, Rv. 248943-248944
Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, Rv. 255105
Sez, 1, n. 45373 del 10/6/2013, Capogrosso, Rv. 257895
Sez. 6, n. 18456 del 01/07/2014, dep. 2015, Marziali, Rv. 263944
Sez. 3, n. 45453 del 18/09/2014, P., Rv. 260867
Sez. U, n. 51824 del 25/09/2014, Guidi, Rv. 261187
Sez. 3, n. 4672 del 22/10/2014, L., Rv. 262469
Sez. 2, n. 34843 del 01/07/2015, Sagone, Rv 264542
Sez. 2, n. 41736 del 22/09/2015, Di Trapani, Rv. 264682
Sez. 6, n. 47722 del 06/10/2015, Arcone, Rv. 265879
Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015 – dep. 2016, Ricci, Rv. 266820
Sez. U, n. 27620 del 28/4/2016, Dasgupta, Rv. 267486-267492
Sez. 5, n. 1691 del 14/09/2016, dep. 2017, Abbruzzo, Rv. 269529
Sez. 4, n. 6366 del 06/12/2016, dep. 2017, Maggi, Rv 269035
Sez. U, n. 18620 del 19/1/2017, Patalano, Rv. 269785-269787
Sez. 4, n. 9400 del 25/01/2017, Gashi, n.m.
Sez. U, n. 39746 del 23/03/2017, A., Rv. 270936
Sez. 3, n. 57863 del 18/10/2017, Colleoni, Rv 271812
Sez. 6, n. 53336 del 24/10/2017, Garbin, Rv. 271716
Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017 - dep. 2018, Troise, Rv. 272430-272431
Sez. 4, n. 14649 del 21/02/2018, Lumaca, Rv 273907
Sez. 4, n. 14654 del 28/02/2018, D'Angelo, Rv 273908
Sez. 4, n. 25127 del 26/04/2018, Olteanu, Rv. 273406
Sez. 4, n. 36736 del 27/04/2018, Anello, Rv 273872
Sez. 1, n. 12928 del 7/11/2018 – dep. 2019, P., Rv. 276318
Sez. 2, n. 5231 del 13/12/2018 – dep. 2019, Prundari, Rv. 276050

Sez. 4, n. 5890 del 21/12/2018 - dep. 2019, M., Rv. 275119

Sez. U, n. 14426 del 21/12/2018, dep. 2019, Pavan Devis, Rv. 275112-01 e 275112-03

Sez. 4, n. 5890 del 21/12/2018 - dep. 2019, M., Rv. 275119

Sez. 6, n. 12215 del 12/02/2019, Caprara, Rv. 275167

Sez. 6, n. 34541 del 12/03/2019, Berlingeri, Rv. 276691

Sez. 5, n. 38082 del 4/04/2019, Clemente, Rv. 276933

Sez. 5, n. 32854 del 15/04/2019, Gatto, Rv. 277000

Sez. 5, n. 19730 del 16/04/2019, P., Rv. 275997

Sez. 5, n. 27751 del 24/05/2019, O., Rv. 276987

Sez. 4, n. 29538 del 28/05/2019, Calcinoni, Rv. 276596

Sez. 5, n. 2493 del 16/12/2019 – dep. 2020, Romei

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 33 del 1999

Corte cost., sent. n. 124 del 2019

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU del 06/05/1985, *Bônisch c. Austria*

Corte EDU del 18/03/1997, *Mantovanelli c. Francia*

Corte EDU del 02/01/2002, *G.B. c. Francia*

Corte EDU del 26/03/2006, *Doorson c. Paesi Bassi*

Corte EDU del 11/12/2008, *Shulepova c. Russia*

Corte EDU, Gr. Ch. del 17/09 2009, *Scoppola c. Italia*

Corte EDU del 27/03/2014, *Matytsina c. Russia*

Corte EDU del 26/04/2016, *Kashlev c. Estonia*

Corte EDU, del 12/05/2016, Poletan e Azirovik c. Macedonia

Corte Edu del 26/09/2017, *Fornataro c. Italia*

SEZIONE IV

PARTECIPAZIONE AL PROCESSO

CAPITOLO I

ELEZIONE DI DOMICILIO PRESSO IL DIFENSORE D'UFFICIO E CONOSCENZA DEL PROCEDIMENTO

(ANNA MAURO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite. – 3. I termini del contrasto: la tesi dell'insufficienza della sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio a costituire presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza dell'imputato. – 4. (segue) La tesi della sufficienza dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, già nella fase delle indagini preliminari, per legittimare la dichiarazione di assenza dell'imputato. – 5. Le presunzioni di conoscenza *ex* art. 420-*bis,* comma 2, cod. proc. pen. e l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. – 6. La latitanza quale presupposto per la celebrazione del processo *in absentia* . – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La Prima sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 9114 del 29.1.2019, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione concernente l'idoneità, ai fini della dichiarazione di assenza, dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio effettuata dall'interessato dinanzi alla polizia giudiziaria in sede di identificazione. Il contrasto di opinioni che si registra nella giurisprudenza della Corte di cassazione in merito alla questione rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, di cui si dirà meglio nel prosieguo, è significativo, malgrado le riforme che si sono succedute nel tempo e la rivisitazione del rito contumaciale, di una certa inadeguatezza del complesso di norme che regolano il processo *in absentia* a rafforzare le garanzie (*in primis* il diritto di difesa e allo svolgimento di un equo processo) a tutela dell'imputato, involontariamente non comparso nel processo. Siffatta inadeguatezza trova la sua ragion d'essere nelle obiettive difficoltà che si incontrano nell'individuazione di un punto di equilibrio tra il diritto, di rango costituzionale e sovranazionale, dell'imputato di essere messo in condizione di intervenire nel proprio processo e di difendersi e l'interesse pubblico sia ad ostacolare chi cerca di sottrarsi al giudizio, sia a definire in tempi ragionevoli i processi penali e, quindi, in ultima analisi, ad attuare la pretesa punitiva dello Stato.

Le Sezioni Unite hanno sulla questione così deciso: "La sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, da parte dell'indagato, non è di per sé presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza di cui all'art. 420-*bis* cod. proc. pen., dovendo il giudice in ogni caso verificare, anche in presenza di altri elementi,

che vi sia stata un'effettiva instaurazione del rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento stesso (principio espresso con riferimento ad una fattispecie rientrante nella disciplina previgente all'introduzione del comma 4-*bis* dell'art. 162 cod. proc. pen.).

Ad oggi, di tale decisione è nota la sola informazione provvisoria.

2. La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite.

Il questo specificatamente proposto alle Sezioni Unite è stato il seguente: "Se, ai fini della pronuncia della dichiarazione di assenza di cui all'art. 420-*bis* cod. proc. pen., integri di per sé presupposto idoneo l'intervenuta elezione da parte dell'indagato di domicilio presso il difensore d'ufficio nominatogli o, là dove non lo sia, possa comunque diventarlo nel concorso di altri elementi indicativi con certezza della conoscenza del procedimento o della volontaria sottrazione alla predetta conoscenza del procedimento o dei suoi atti". Il caso riguardava un soggetto che, sbarcato in Italia avendo effettuato il trasporto di 106 cittadini extracomunitari da Alessandria d'Egitto, dopo quattro giorni dallo sbarco, veniva sottoposto a identificazione da parte della squadra mobile e dichiarava altre generalità riferite a persona minorenne; nel verbale, in cui si dava atto che si sarebbe aperto un procedimento a suo carico per la violazione dell'art. 12, comma 3, legge n. 286 del 1998, l'interpellato dichiarava di essere privo di difensore di fiducia e, pertanto, gli veniva nominato un difensore d'ufficio. Il processo di primo grado, in cui l'imputato non compariva, si concludeva con la condanna per i delitti di associazione per delinquere finalizzata all'introduzione illegale di stranieri in Italia, di procurato ingresso illegale di 106 cittadini extracomunitari nel territorio italiano e di false dichiarazioni rese alla polizia di Stato. Nel processo d'appello, svoltosi anch'esso con la sola presenza del difensore d'ufficio, la Corte territoriale dichiarava d'ufficio la nullità della sentenza impugnata in quanto pronunziata a seguito di dichiarazione di assenza emessa in carenza dei presupposti di legge poiché la dichiarazione di domicilio effettuata presso il difensore d'ufficio in sede di redazione del verbale di identificazione, ad avviso della Corte, non era idonea a far desumere la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico del dichiarante, procedimento, peraltro, non ancora ancora iniziato mancando l'iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini nel registro delle notizie di reato. A fondamento della decisione adottata, i giudici d'appello rilevavano, tra l'altro, che nel verbale di identificazione si faceva riferimento ad "un eventuale procedimento penale" e che, quindi, la persona identificata non solo a quella data non poteva considerarsi

indagato, ma non poteva neanche avere la certezza che nei suoi confronti si sarebbe instaurato un procedimento penale di cui, successivamente, essendosi allontanato dalla struttura ove era stato collocato e non essendo stato mai più rintracciato, non aveva più potuto ricevere alcun atto. Per la Corte territoriale, dunque, nonostante il giudizio si fosse svolto alla presenza del difensore d'ufficio che aveva anche proposto impugnazione, non poteva che ravvisarsi una nullità assoluta e insanabile in quanto all'imputato era stata preclusa la possibilità di partecipare al giudizio e di proporre motivi personali d'appello.

La Sezione rimettente, dopo avere messo in luce la sussistenza, in merito alla questione, di due diverse posizioni della giurisprudenza della Corte, dà quindi conto della peculiarità del caso concreto, a suo avviso "potenzialmente idonea ad influire sulla decisione, se non a determinarla *tout court",* da ravvisarsi nella dichiarazione di latitanza dell'imputato destinatario della misura cautelare della custodia in carcere, disposta circa due anni dopo lo sbarco e mai attuata attese le vane ricerche della polizia giudiziaria. Questo dato, ad avviso del collegio, è di grande rilevanza in quanto la dichiarazione di latitanza, a norma del primo comma dell'art. 296 cod. proc. pen., presuppone che la sottrazione alla custodia cautelare sia stata volontaria e lascia supporre la persistenza del medesimo atteggiamento dell'imputato anche con riferimento alla conoscenza del processo, dato, quest'ultimo, rilevante, a norma dell'ultima parte del secondo comma dell'art. 420-bis, ai fini della legittimità della dichiarazione di assenza.

3. I termini del contrasto: la tesi dell'insufficienza della sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio a costituire presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza dell'imputato.

Secondo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità, la garanzia dell'elezione di domicilio effettuata al momento dell'identificazione della polizia giudiziaria e riferita al difensore d'ufficio contestualmente nominato, non è sufficiente a legittimare la declaratoria di assenza. Tale opzione interpretativa, a cui si rifanno diverse decisioni, alcune anche precedenti alla novella del 2014, (cfr. ad es. Sez. 2, n. 9441 del 24/1/2017, Seli, Rv. 269221-01; Sez. 5, n. 44123 del 14/11/2007, Bacalanovic, Rv. 237973-01; Sez. 1, n. 16416 del 2/3/2017, Somai, Rv. 269843-01; Sez. 2, n. 12639 del 4/3/2015, Prroj, Rv 262929-01; Sez. 1, n. 39818 del 20/10/2010, Mammì, Rv. 249015-01; Sez. 2, n. 4987 del 22/12/2011, Vujovic, Rv 251801-01) si pone in sintonia *in primis* con le decisioni della Corte EDU (*ex multis*, Colozza c. Italia, 12/2/1985, 27; Yavuz c. Austria, 27/5/2004, 45; Novoselov c. Russia, 8/7/2004) secondo cui la legittimità del procedimento in absentia può ritenersi solo ove risulti che l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del processo

a suo carico e delle conseguenze che ne possano scaturire e abbia rinunziato ad avvalersi del suo diritto di essere presente in udienza e di parteciparvi effettivamente e si fondano, inoltre, sul presupposto secondo cui, per stabilire se vi sia stata o meno rinuncia inequivoca a comparire, occorre verificare, necessariamente e preliminarmente, se l'imputato abbia avuto conoscenza, non soltanto della possibilità di un procedimento a suo carico, ma anche dell'esistenza effettiva di un processo e del contenuto dell'accusa sulla quale è chiamato a difendersi in giudizio e tale conoscenza deve essere effettiva e, cioè, la comunicazione del procedimento deve essere stata veicolata attraverso un atto giuridico rispondente a precise condizioni formali e sostanziali, idonee a permettere all'imputato l'esercizio concreto dei suoi diritti.

Da ultimo, tale tesi è stata sostenuta anche da **Sez. 5, n. 10443 del 7.2.2019, Nguia, Rv. 276124-01** che, in tema di restituzione del termine per proporre opposizione al decreto penale di condanna, ha affermato che la notifica del decreto presso il difensore d'ufficio domiciliatario, benché formalmente corretta, non era di per sé idonea ad assicurare, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, la conoscenza effettiva dell'atto. Nella specie, l'imputato si era rifiutato di sottoscrivere il verbale, ma tale omessa sottoscrizione, si è affermato in sentenza, non poteva considerarsi motivo di nullità non avendo l'interessato indicato il motivo per cui non aveva inteso sottoscrivere e il suo atteggiamento, quindi, non poteva intendersi "mirato alla revoca della dichiarazione verbalizzata". Osserva, però, la Corte che la "validità formale" dell'elezione di domicilio e, quindi, della notifica "non può ritenersi di per sé idonea a dimostrare l'effettiva conoscenza del provvedimento in capo all'imputato, salvo che la conoscenza non emerga *aliunde* ovvero non si dimostri che il difensore è riuscito a rintracciare il proprio assistito e ad instaurare un effettivo rapporto processuale con lui". A sostegno di tale tesi si richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 504 del 13/11/2000, nonché la disposizione di cui al comma 4-*bis* dell'art. 162 cod. proc. pen., introdotta dall'art. 1 della legge 23 giugno 2017, n. 103, per "porre un argine alle situazioni formalmente corrette, ma sostanzialmente elusive delle garanzie di effettività della conoscenza degli atti", in cui un soggetto, sottoposto ad indagini, privo di un difensore di fiducia e a cui sia stato nominato un difensore d'ufficio, non abbia un effettivo contatto con questi diventando, quindi, la consegna al solo difensore di copia degli atti destinati all'assistito, in mancanza di alcun contatto tra i due, un mero "simulacro di conoscenza dell'atto".

Da ultimo, la necessità della conoscenza effettiva del processo non surrogabile dalla conoscenza meramente formale dello stesso derivante dal mero rispetto delle norme dettate in tema di procedimento notificatorio è stata affermata da **Sez. U, n.**

28912 del 28/2/2019, Innaro, Rv. 275716 di cui si è già trattato in altro capitolo di questa Rassegna a cui si rimanda.

4. (segue) La tesi della sufficienza dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, già nella fase delle indagini preliminari, per legittimare la dichiarazione di assenza dell'imputato.

Come già ricordato in premessa, altre decisioni hanno diversamente ritenuto che "in tema di processo in assenza, è valida la notificazione all'imputato presso il difensore d'ufficio domiciliatario, indicato nel corso delle indagini preliminari, in ragione della presunzione legale di conoscenza del procedimento prevista dall'art. 420-*bis* cod. proc. pen., superabile solo nel caso in cui risulta (ai sensi del successivo art. 420-*ter*, comma 1, cod. proc. pen.) che l'assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento" (Sez. 5, n. 40848 del 13/7/2017, Fanici, Rv. 271015-01). Nello stesso senso, successivamente, si sono pronunziate **Sez. 4, n. 32065 del 7/5/2019, Bianchi, Rv. 276707-01**; **Sez. 2, n. 39158 del 10/9/2019, Hafid Aiumin, Rv. 277100**; Sez. 4, n. 49916 del 16/10/2018, F., Rv. 273999-01; Sez. 2, n. 25996 del 23/5/2018, Geusa, Rv. 272987-01 e Sez. 5, n. 36855 del 7/7/2016, Baron, Rv. 267322-01.

Per tali decisioni deve essere valorizzato l'onere di diligenza in capo all'accusato senza distinguere che questi abbia avuto notizia del procedimento nella sola fase investigativa piuttosto che in quella processuale. Si sottolinea, in particolare, che, con la riforma del procedimento *in absentia*, le garanzie dell'imputato all'effettiva partecipazione al suo processo sono subordinate ad un rigoroso accertamento in quanto la disposizione di cui all'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., fa esplicito riferimento al "procedimento penale", ossia ad una sequenza di atti e pone in capo all'accusato un preciso onere di diligenza che si sostanzia sia nel dovere di informarsi circa lo stato della progressione processuale, sia nell'onere di esercitare le facoltà ed i diritti che gli sono riconosciuti ogni qualvolta egli abbia conoscenza dell'esistenza del processo, di talché la verifica da parte del giudice dello stato di conoscenza incolpevole non è limitato alla sola fase "processuale", ma anche a quella procedimentale con la conseguenza che la conoscenza dell'esistenza del procedimento, anche se provata in relazione ad una fase germinale dello stesso, determina nei confronti dell'accusato un onere di diligenza che si esprime anche nel dovere di mantenere contatti con il difensore, pur se questi sia stato nominato d'ufficio.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite condivide tale ultimo orientamento e afferma che, per espressa volontà del legislatore, il processo in absentia "è

ammesso in una serie di casi analiticamente descritti … tutti connotati dal ricorrere di circostanze tali da indurre lo stesso legislatore a presumere che l'imputato abbia avuto con certezza conoscenza del procedimento ovvero si sia volontariamente sottratto a tale conoscenza … la lista delle predette situazioni processuali si esaurisce con un'ipotesi di chiusura che ne esplicita il connotato comune (e cioè la presunzione di certezza della predetta conoscenza) correlandola anche a qualsiasi altra situazione processuale (...ovvero risulti comunque.."), non espressamente descritta, ma capace di portare il giudice alla stessa conclusione con riferimento al caso concreto. Il sindacato sulla correttezza della presunzione, riferita alla specifica fattispecie processuale sottoposta al vaglio del giudice del merito, è stato circoscritto, dallo stesso legislatore, a casi del tutto particolari quando, come testualmente previsto dall'art. 420-*ter* cod. proc. pen., il giudice abbia cioè la certezza o anche soltanto il dubbio che l'assenza dell'imputato, pure formalmente citato in modo regolare e versante in una delle situazioni sopra descritte, sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito o forza maggiore. Peraltro, quando ad investire il giudice sia non la certezza, ma soltanto il dubbio, la stessa norma prevede, nel comma 2, ultima parte, che tale dubbio sia liberamente valutato dal giudice medesimo, senza poter formare oggetto di discussione successiva né motivo di impugnazione".

In senso conforme ai principi espressi da tale decisione deve richiamarsi, da ultimo, Sez. 4, n. 49916 del 2018, cit. secondo cui "in tema di rescissione del giudicato, deve escludersi l'incolpevole mancata conoscenza del processo, con conseguente inammissibilità del ricorso di cui all'art. 629-*bis*, comma 3, cod. proc. pen., nel caso in cui risulti che l'imputato abbia, nella fase delle indagini preliminari, eletto domicilio presso il difensore di ufficio, derivando da ciò una presunzione di conoscenza del processo che legittima il giudice a procedere in assenza dell'imputato, sul quale grava l'onere di attivarsi per tenere contatti informativi con il proprio difensore sullo sviluppo del procedimento."

In tali sentenze, partendo dal rilievo che la legge n. 64 del 2014 ha trasformato in modo radicale la disciplina del processo *in absentia* prevedendo, contrariamente a quanto avveniva in costanza della normativa previgente, nel caso di prova dell'incolpevole conoscenza del processo da parte dell'imputato assente, l'integrale reiezione del processo e non solo la restituzione di un termine determinato, eventualmente collocato in una fase avanzata del processo, si evidenzia che siffatto effetto integralmente restitutorio intanto è consentito in quanto si accerti, in modo rigoroso, un'incolpevole mancata conoscenza del processo che non può sussistere ogni qualvolta si riscontri in capo all'imputato un comportamento scarsamente diligente, a far data dalla fase iniziale del procedimento, desumibile dall' elezione di domicilio, dalla nomina di un difensore di fiducia, dall'applicazione di una misura

precautelare o cautelare, ovvero dal ricevimento personale della notifica dell'avviso di udienza.

Con particolare riferimento all'elezione di domicilio, anche presso il difensore di fiducia o d'ufficio, Sez. 2, n. 14787 del 25/1/2017, Xhami, Rv. 269554-01; Sez. 2, n. 33574 del 14/7/2016, Suso, Rv. 267499-01; Sez. 5, n. 12445 del 13/11/2015 (dep. 2016), Degasperi, Rv. 266368-01 hanno ritenuto che da essa - pur se avvenuta in sede di identificazione da parte della polizia giudiziaria - deriva una presunzione di conoscenza del processo che legittima il giudice a procedere in assenza dell'imputato. Si valorizza, in tali sentenze, l'onere di diligenza che grava sull'imputato il quale, una volta a conoscenza che potrebbe essere instaurato nei suoi confronti un processo, ha l'onere di tenere contatti informativi con il proprio difensore sullo sviluppo del procedimento; "l'ignoranza incolpevole non deve, pertanto, essere valutata in relazione ai singoli atti della progressione processuale, dato che la conoscenza dell'esistenza del procedimento, seppure provata in relazione ad una fase germinale dello stesso, genera un onere di diligenza che si esprime anche nel dovere di mantenere contatti con il difensore, sia esso di fiducia, che di ufficio"(così, Sez. 2, n. 14787 del 2017, cit.). A conferma di tale tesi, nella già citata sentenza Degasperi, si confronta l'art. 175, co. 2 cod. proc. pen. nella formulazione antecedente alla modifica intervenuta con l'art. 11, co. 6, l. 28 aprile 2014, n. 67 con la nuova formulazione e si richiama il disposto di cui all'art. 625-ter co. 1, cod. proc. pen. (che ha riguardo all'istituto della rescissione introdotto nell'ordinamento processuale penale dalla già menzionata l. n. 67/2014) e si afferma che, a seguito della riforma, "si è verificato un mutamento di prospettiva che non consente di applicare i principi affermati in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui, con specifico riferimento all'impugnazione della sentenza contumaciale, era configurabile il diritto dell'imputato alla rimessione in termini ogni qualvolta non vi fosse stata effettiva conoscenza del processo, per tale dovendosi intendere quella che comprenda l'imputazione formulata con la vocatio in iudicium, escludendosi che tale conoscenza potesse essere presunta quando non risultasse dimostrato che il difensore d'ufficio, destinatario delle notifiche, fosse riuscito a mettersi in contatto con l'assistito e ad instaurare con lo stesso un effettivo rapporto professionale".

Si evidenzia, quindi, che l'art. 420-*bis*, cod. proc. pen. stabilisce che, fatti salvi i casi di legittimo impedimento a comparire di cui al successivo art. 420-*ter*, il giudice procede in assenza dell'imputato, non solo quando questo, anche se impedito, abbia espressamente rinunziato a comparire (comma 1), ma anche quando "nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio ovvero sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero abbia nominato un difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente abbia ricevuto personalmente la

notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o di atti del medesimo" (comma 2) e che, pertanto, dall'elezione di domicilio deriva una presunzione di conoscenza del processo che legittima il giudice a procedere in assenza dell'imputato e a concludere il processo anche con una sentenza di condanna idonea a passare in giudicato, contro la quale l'interessato potrà far valere l'allegata mancata conoscenza nei limiti di cui all'art. 625-*ter* cod. proc. pen. provando, quindi, che la mancata conoscenza non sia dipesa da un suo comportamento colposo. In altri termini, non potrebbe disconoscersi che l'attuale sistema processuale, a differenza del codice del 1930 che affidava in via prevalente all'iniziativa del giudice le sorti del processo, ha previsto oneri di informazione e di collaborazione a carico delle parti che, insieme al giudice, hanno la responsabilità dell'andamento del processo al fine di evitare lungaggini o addirittura paralisi dello stesso. E tra gli oneri strumentali ai poteri ad essi conferiti vi sarebbe anche quello di informarsi sul corso del procedimento e sui suoi contenuti.

5. Le presunzioni di conoscenza ex art. 420-*bis*, comma 2 cod. proc. pen. e l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio.

Nell'art. 420-*bis,* comma 2, cod. proc. pen. vengono individuate alcune situazioni che, presupponendo la conoscenza certa del procedimento anche in una fase embrionale, consentono, a loro volta, di presumere la conoscenza dell'udienza e legittimano la celebrazione del processo nell'assenza dell'imputato: la dichiarazione o elezione di domicilio; la sottoposizione ad arresto, fermo o misura cautelare; la nomina di un difensore di fiducia. Nell'ultima parte del comma 2, il legislatore prevede inoltre che il giudice possa procedere in assenza qualora "risulti comunque con certezza che l'imputato assente è a conoscenza del procedimento o di atti dello stesso".

La presunzione di conoscenza è forte e qualificata se nel corso del procedimento l'indagato è stato arrestato o fermato o sottoposto a misura cautelare, non potendo egli dubitare, in questi casi, che un procedimento penale si è aperto nei suoi confronti per un fatto che gli è stato contestato e in relazione al quale può difendersi. Non molto dissimile è la situazione in cui sia stato nominato un difensore di fiducia e ciò in considerazione dell'esistenza di un legame professionale tra difensore e indagato che perdura anche nel caso di dismissione del mandato; in tal caso, infatti, il difensore ha il dovere deontologico di informare il proprio assistito sugli sviluppi del procedimento di cui abbia avuto conoscenza o, comunque, di informarlo sulle possibilità di acquisire tale conoscenza.

A tale ultima situazione non può, certo, parificarsi quella in cui il domicilio sia stato eletto presso un difensore d'ufficio. Mentre, infatti, il legame con il difensore di fiducia dovrebbe, di regola, garantire l'esistenza di un canale comunicativo con l'assistito, nel caso di nomina di un difensore d'ufficio, in difetto di ulteriori indici specifici, è difficile poter presumere l'effettiva instaurazione di un rapporto (a maggior ragione prima dell'entrata in vigore della l. n. 103/2017) poiché, in tal caso, non è raro che manchi qualunque contatto tra l'indagato e il difensore domiciliatario. E' frequente, infatti, che la dichiarazione o elezione di domicilio da parte dell'indagato ai fini delle notificazioni venga ricevuta dall'autorità procedente nel primo atto di indagini preliminari compiuto con l'intervento dell'interessato; essa, spesso, avviene da parte di soggetti stranieri, senza fissa dimora e in condizioni di vita assai precarie, a distanza di tempo dall'emissione dell'atto di citazione a giudizio e presenta un contenuto variabile: di solito viene indicato il numero attribuito nel registro generale delle notizie di reato che consente all'indagato di risalire al procedimento aperto nei suoi confronti (che nella vicenda concreta, sottesa alla decisione qui in commento, non era stato riportato in quanto al momento dell'elezione di domicilio non si era ancora proceduto all'iscrizione nel registro dei reati) e si fa riferimento all'addebito provvisorio, del tutto approssimativo e scarno. Ricavare dalla sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio un indice rivelatore della conoscenza del processo è sicuramente un'operazione non semplice tant'è che il legislatore, probabilmente anche avendo riguardo a fattispecie in cui, dopo l'identificazione ed elezione di domicilio, si perdono completamente le tracce delle persone identificate, ha avvertito la necessità (già in nuce con la previsione di cui all'art. 28 disp. att. cod. proc. pen. che prevede la comunicazione senza ritardo all'imputato del nominativo del difensore nominato d'ufficio, anche al fine di consentire la costruzione di un rapporto tra indagato e suo difensore) di introdurre, ad opera dell'art. 1, legge 23 giugno 2017, n. 103, la disposizione di cui al comma 4-*bis* dell'art. 162 cod. proc. pen. secondo cui "l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che precede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario".

Tale disposizione è stata voluta, seguendo le indicazioni della Corte costituzionale che, chiamata a pronunziarsi sulla legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 161 e 163 cod. proc. pen. "nella parte in cui non prevedono la notifica personale dell'atto introduttivo del giudizio penale, quantomeno nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*",* con la sentenza n. 31 del 5/10/2016 (dep. nel 2017), ha implicitamente riconosciuto che, nei casi di elezione di domicilio presso un difensore d'ufficio, la possibilità di procedere in assenza dell'imputato è compatibile con le norme costituzionali solo se, in concreto, vi è stato "un rapporto di informazione tra il legale, benché

nominato d'ufficio, e l'assistito"; essa è volta a risolvere il difficile problema dell'effettività della conoscenza, da parte dell'indagato, di un procedimento penale a suo carico sulla base della sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, nella prassi, spesso, inconsapevole di siffatta elezione in quanto non comunicatagli. In forza di tale nomina, molto spesso, la notifica degli atti poteva ritenersi "*formalmente"* eseguita e tale mera apparenza di regolarità consentiva la prosecuzione meramente formale del procedimento a tutto discapito dell'effettività del diritto di difesa in quanto, nella stragrande maggioranza di casi, all'elezione di domicilio non seguiva alcun contatto tra l'indagato e il difensore domiciliatario.

In forza della disposizione da ultimo introdotta, ove, dunque, l'elezione di domicilio non sia assentita dal difensore, essa non ha effetto e, quindi, non sono configurabili le conseguenze di cui all'art. 161 cod. proc. pen., non potrà procedersi in assenza a norma dell'art. 420-*bis,* comma 2, cod. proc. pen. e troveranno applicazione le disposizioni di cui agli artt. 157 e 159 cod. proc. pen. L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, ove non assentita, dunque, è stata riconosciuta dal legislatore non idonea a fondare presunzioni di conoscenza del procedimento e del processo che, dunque, non può essere iniziato e non può portare ad una condanna sino a che non si verifichino le condizioni di cui all'art. 420-*quinquies*, comma 2, cod. proc. pen.

Orbene, i fatti processuali rilevanti nella vicenda in esame (identificazione dell'indagato, emissione del decreto di latitanza, *vocatio in iudicium* innanzi alla corte d'assise) sono tutti riferibili ad un periodo precedente all'introduzione di siffatta disposizione, ma si osserva nell'ordinanza di rimessione che, anche se "non può discorrersi di applicazione retroattiva della disposizione indicata, resta da chiarire se il criterio dalla medesima fissato … determini l'emersione di un dato rilevante in chiave interpretativa del quadro normativo stesso" ossia se sia possibile una lettura costituzionalmente orientata delle norme in questione che consenta di ritenere, in via di principio, insufficiente l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, ma in concreto adeguata ove concorrano altri elementi che permettano di ritenere che l'indagato, domiciliato presso il difensore d'ufficio, sia a conoscenza del procedimento o si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo.

Deve aggiungersi che, nell'ottica di un processo a carattere accusatorio che si fonda, quindi, sul principio che la verità si può meglio accertare quanto più le funzioni processuali sono suddivise tra soggetti titolari di interessi contrapposti e tra loro antagonisti, costituisce principio indefettibile per il regolare e corretto esercizio della giurisdizione il pieno rispetto del diritto dell'accusato di presenziare al "suo" processo e, per altro verso, il diritto dello stesso, manifestato in modo espresso o tacito, ma inequivocabile, di rinunziare liberamente alla partecipazione,

ossia di non collaborare, senza che ciò comporti sanzioni palesi o occulte. In applicazione dell'art. 6 della Convenzione Edu, e in armonia a quanto stabilito dalla Corte europea (per tutte sentenza del 10/11/2004 Sejdovic c. Italia), un processo potrebbe, inoltre, considerarsi "equo" solo quando: l'accusato sia informato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico in modo che egli sia in grado di difendersi nel merito; egli sia consapevole dell'esistenza di un processo a suo carico e sia stato messo in condizione di esservi presente o di rinunciarvi scientemente e volontariamente; esistano sia strumenti preventivi idonei a evitare lo svolgimento di processi nei confronti di imputati inconsapevoli, sia strumenti riparatori idonei ad assicurare l'esercizio del diritto di difesa in un nuovo e successivo giudizio.

6. La latitanza quale presupposto per la celebrazione del processo *in absentia*.

Per la Sezione remittente, altra ipotesi assimilabile ad una presunzione forte, è quella in cui l'indagato sia stato dichiarato latitante prima del compimento di uno degli atti di cui all'art. 420-*bis,* cod. proc. pen. Tale dato, si afferma, è tutt'altro che irrilevante posto che la dichiarazione di latitanza presuppone la volontaria sottrazione all'esecuzione di un provvedimento restrittivo (custodia cautelare, arresti domiciliari, divieto di espatrio, obbligo di dimora, ordine con cui si dispone la carcerazione); essa, quindi, "si profila, in linea di principio, coniugata con il tessuto normativo dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen., con particolare riguardo all'ipotesi in cui l'imputato si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo, idoneo a costituire una situazione di fatto … idonea in via autonoma a legittimare la qualificazione dell'imputato come soggetto assente nella vicenda procedimentale e processuale successiva al decreto di latitanza". Tale tesi parrebbe esaltare l'assonanza dei termini adoperati dal legislatore per cui chi si sottrae volontariamente all'esecuzione di una misura cautelare realizza una condotta avente rilevanza ai fini della dichiarazione di assenza.

Orbene, è questo un tema assai delicato e, per certi versi, reso ancor più problematico dalla sentenza delle Sez. U, n. 18822 del 27/3/2014, Avram, Rv. 258792 concernente la validità della dichiarazione di latitanza del soggetto dimorante all'estero ove si è ritenuta non necessaria l'applicazione dell'art. 169, comma 4, cod. proc. pen. in punto di ampiezza e qualità delle attività di ricerca.

Il legislatore richiede, per la dichiarazione di latitanza, non solo il mero elemento oggettivo della frustrazione della pretesa coercitiva statale, ma anche un elemento psicologico costituito dalla volontà del soggetto di impedire l'esecuzione della misura cautelare, la cui sussistenza deve essere esaminata con particolare attenzione. L'elemento soggettivo è, dunque, il tratto che caratterizza l'istituto della latitanza -

la cui definizione e disciplina sono affidate agli artt. 295 e 296 cod. proc. pen. che non sono stati modificati dalla novella del 2014 - e dovrebbe presupporre, come si è detto, da parte dell'autorità giudiziaria un rigoroso accertamento delle informazioni che risultano dal verbale di vane ricerche, non potendo dichiararsi la latitanza nel caso di indagini incomplete o quando permangano dubbi sui motivi per cui non è stato possibile rintracciare il ricercato.

Orbene, la dichiarazione di latitanza e gli accertamenti che la precedono non sempre garantiscono l'effettiva conoscenza del processo e il semplice mancato ritrovamento dell'indagato non dovrebbe consentire di risalire *tour court* ad una consapevole rinunzia a comparire o alla volontaria sottrazione al processo. Si richiama, sul punto, la sentenza delle Sez. un. n. 21035, del 26/3/2003, Caridi, Rv. 224134 che, in motivazione, precisa che devono essere tenuti distinti i profili afferenti ai diversi istituti della latitanza e della contumacia in quanto improntati a presupposti e a finalità differenti. Affermano le Sezioni Unite che i predetti istituti "non sono sovrapponibili e tra loro coincidenti, nel senso, tra l'altro, che lo stato di latitanza … può non precludere la delibazione del presupposto fondante lo stato di contumacia, ossia l'assoluto impedimento a comparire dell'imputato, per fatti susseguenti alla assunzione di quella qualificazione giuridica soggettiva da parte dell'imputato medesimo, ed in riferimento al suo diritto di autodifesa". Chiarisce ancora la Corte che i due istituti sono concettualmente diversi in quanto per la latitanza è sufficiente e necessaria solo la volontaria sottrazione ad uno dei provvedimenti indicati dalla legge, mentre per la contumacia è necessario, specificamente, che, al momento della scelta di partecipare o meno all'udienza, la volontà sia libera, la non partecipazione al giudizio non imposta, ma scelta.

Ne deriva che nel caso di un imputato assistito da un difensore d'ufficio, le notificazioni effettuate a quest'ultimo dovrebbero essere considerate inidonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento salvo che non risulti la sussistenza di un rapporto professionale. In termini con tale affermazione la Corte di cassazione, in tema di restituzione del termine *ex* art. 175 cod. proc. pen., (Sez. 6, n. 19219 del 2/3/2017, Cobo, Rv. 270029-01 e Sez. 6, n. 14743 del 20/1/2018, Tair, Rv. 272654) ha affermato che "L'avvenuta dichiarazione di latitanza dell'imputato, assistito da difensore d'ufficio, non costituisce, di per sé, elemento idoneo ad escludere la mancata incolpevole conoscenza del procedimento".

La prospettazione, secondo cui la sottrazione del ricercato all'esecuzione della misura in uno con l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio effettuata all'atto dell'identificazione da parte della polizia sarebbero dati sufficienti per motivare la decisione di procedere *in absentia,* andrebbe dunque raffrontata con i principi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale. In particolare, intanto la dichiarazione di latitanza potrebbe portare all'instaurazione corretta del processo in

assenza, rispettosa delle prescrizioni sovranazionali e delle decisioni della Corte di cassazione, solo ove non fondata su ricerche incomplete, presunzioni o altre applicazioni superficiali delle disposizioni normative in materia che potrebbero sottovalutare il connotato essenziale dell'istituto, ossia l'elemento psicologico, e rappresentare una situazione non rispondente alla realtà dei fatti. Del resto, proprio la "gestione negligente della fase investigativa" ha costituito la ragione fondamentale delle condanne riportate dall'Italia a Strasburgo sia nel caso Colozza in cui l'imputato, prima di essere dichiarato latitante e poi contumace non era stato debitamente ricercato, sia nel caso Somogyi in cui l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare era stato notificato all'estero tramite lettera raccomandata e l'imputato aveva disconosciuto la firma apposta sulla cartolina attestante la ricezione dell'atto.

Ove il decreto *ex* art. 295 cod. proc. pen. non costituisca un dato certo su cui fondare una presunzione assoluta di conoscenza, il giudice del merito, allora, dovrebbe rivalutare gli elementi che hanno portato alla dichiarazione di latitanza e, nel caso dovesse accertare la mancanza di completezza delle ricerche effettuate dalla polizia giudiziaria, o non ritenere, in base agli atti, che l'impossibilità di eseguire la misura cautelare sia stata dovuta alla volontà del ricercato, dovrebbe dichiarare la nullità del decreto di latitanza e di tutte le notificazioni eseguite sulla base di esso.

7. Considerazioni conclusive.

Come già accennato in premessa, il procedimento rimesso alla Prima sezione è stato definito dalle Sezioni Unite con sentenza non ancora depositata. Dall'informazione provvisoria diffusa dopo l'udienza pare potersi affermare che il Massimo collegio abbia avvertito la necessità di contemperare gli interessi di cui si è detto in premessa, fornendo un'interpretazione delle norme in questione utile per evitare l'effetto paradossale di un arretramento della tutela rispetto alla regolamentazione anteriore relativa al rito contumaciale, rito modificato proprio per impedire la celebrazione di processi nei confronti di imputati inconsapevoli. La presenza dell'imputato nel processo costituisce, infatti, una garanzia e un obbligo, e, nel caso di processo in assenza, la lettura delle norme che lo disciplinano fornita dalle Sezioni Unite, nella decisione qui in commento, si pone nella direzione tendenzialmente volta assicurare pienamente la tutela del diritto al contraddittorio e del diritto alla difesa conformemente a quanto stabilito negli artt. 111 e 24, co. 2 della Costituzione.

L'esercizio di tali diritti presuppone, infatti, la partecipazione attiva dell'imputato a sua volta fondata sulla conoscenza dell'accusa e degli atti su cui essa poggia anche se, per altro verso, è fin troppo ovvio ritenere che l'assenza

dell'imputato dalla scena processuale non possa di per sé paralizzare l'attività giudiziaria e il processo.

Sicuramente, come affermato dalle Sezioni Unite, la sola elezione di domicilio presso un difensore d'ufficio da parte di un indagato non è elemento sufficiente per costituire la solida base su cui ancorare la sicura certezza della sua consapevolezza dell'esistenza e dello sviluppo di un procedimento nei suoi confronti e ciò, è da ritenersi, anche alla luce degli interventi normativi intervenuti successivamente ai fatti di causa (l. 23 giugno 2017, n. 103 che ha introdotto nell'ordinamento processuale penale, l'art. 162, co. 4-*bis*) che, pur non trovando applicazione diretta nella vicenda in esame, appaiono sintomatici dell'esigenza avvertita dal legislatore, sull'onda dei moniti della Corte costituzionale, di assicurare un contatto tra il domiciliatario e il domiciliato che possa fornire certezze in ordine alla conoscenza da parte di quest'ultimo del procedimento e al suo volontario disinteresse verso di esso.

E' compito allora del giudice, come emerge dalla notizia di decisione, valutare la presenza di altri elementi che, oltre all'elezione di domicilio presso un difensore d'ufficio, possano consentire di affermare che vi sia stata un'effettiva instaurazione del rapporto tra legale domiciliatario e indagato tale da far ritenere che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento e che abbia inteso volontariamente sottrarsi ad esso.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. U, n. 21035, del 26/3/2003, Caridi, Rv. 224134
Sez. 5, n. 44123 del 14/11/2007, Bacalanovic, Rv. 237973-01
Sez. 1, n. 39818 del 20/10/2010, Mammì, Rv. 249015-01
Sez. 2, n. 4987 del 22/12/2011, Vujovic, Rv 251801-01
Sez. U, n. 18822 del 27/3/2014, Avram, Rv. 258792
Sez. 2, n. 12639 del 4/3/2015, Prroj, Rv 262929-01
Sez. 5, n. 12445 del 13/11/2015 (dep. 2016), Degasperi, Rv. 266368-01
Sez. 5, n. 36855 del 7/7/2016, Baron, Rv. 267322-01
Sez. 2, n. 33574 del 14/7/2016, Suso, Rv. 267499-01
Sez. 2, n. 14787 del 25/1/2017, Xhami, Rv. 269554-01
Sez. 2, n. 9441 del 24/1/2017, Seli, Rv. 269221-01
Sez. 6, n. 19219 del 2/3/2017, Cobo, Rv. 270029-01
Sez. 1, n. 16416 del 2/3/2017, Somai, Rv. 269843-01
Sez. 5, n. 40848 del 13/7/2017, Fanici, Rv. 271015-01
Sez. 6, n. 14743 del 20/1/2018, Tair, Rv. 272654
Sez. 2, n. 25996 del 23/5/2018, Geusa, Rv. 272987-01
Sez. 4, n. 49916 del 16/10/2018, F., Rv. 273999-01
Sez. 5, n. 10443 del 7.2.2019, Nguia, Rv. 276124-01
Sez. U, n. 28912 del 28/2/2019, Innaro, Rv. 275716
Sez. 4, n. 32065 del 7/5/2019, Bianchi, Rv. 276707-01
Sez. 2, n. 39158 del 10/9/2019, Hafid Aiumin, Rv. 277100
Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 504 del 13/11/2000
Corte cost., sent. n. 31 del 5/10/2016 (dep. nel 2017)
Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, Colozza c. Italia, 12/2/1985, 27
Corte EDU, Sejdovic c. Italia, 10/11/2004
Corte EDU Yakuz c. Austria, 27/5/2004, 45
Corte EDU Novoselov c. Russia, 8/7/2004

CAPITOLO II

L'ABROGAZIONE TACITA DELLA NOTIFICA ALL'IMPUTATO ASSENTE DELLA SENTENZA EMESSA NEL GIUDIZIO ABBREVIATO

(RAFFAELE PICCIRILLO)

SOMMARIO: 1. La valorizzazione da parte delle Sezioni Unite in esame del ruolo del difensore-procuratore speciale. - 2. La linea della giurisprudenza maggioritaria. - 3. La linea antiabrogazionista della giurisprudenza minoritaria. - 4. Il principio enunciato da Sez. U, n. 698 del 24/10/2019 – dep. 2020, Sinito, Rv. 277470. L'impianto della decisione. - 4.1. La ricostruzione diacronica della disciplina della costituzione dell'imputato nel giudizio abbreviato dal Codice del 1988 alla legge Carotti..- 4.2. L'abrogazione dell'istituto contumaciale e della notifica ex art. 548, comma 3, cod. proc. pen. - 4.3. Nessuna *reviviscenza* dell'obbligo di notifica della decisione dopo la legge n. 67 del 2014. - 4.4. Confutazione del paventato contrasto della tesi abrogazionista con i principi CEDU: la superfluità della notifica della decisione nel sistema *in absentia.* - 5. L'impregiudicata tutela dell'affidamento incolpevole e gli scenari per il *prospective overruling* in ambito penale.

1. Il caso e la questione controversa.

Con l'ordinanza n. 6377 emessa il 17 dicembre 2018, la Terza Sezione rimetteva alle Sezioni Unite la soluzione della seguente questione interpretativa: "*Se, anche successivamente alla riforma della disciplina del processo* in absentia *di cui alla legge 28 aprile 2014, n. 67, l'estratto della sentenza emessa all'esito del rito abbreviato debba essere notificato all'imputato non comparso"*.

L'adempimento in parola è previsto dal combinato disposto degli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. («La sentenza è notificata all'imputato che non sia comparso») e dell'art. 134 disp. att. cod. proc. pen. («La sentenza emessa nel giudizio abbreviato è notificata per estratto all'imputato non comparso, unitamente all'avviso di deposito della sentenza medesima»), disposizioni rimaste inalterate a seguito dei diversi interventi di riforma della disciplina del rito speciale, e di interpolazione dello stesso art. 442 cod. proc. pen., succedutisi fino ai nostri giorni.

La questione devoluta era dirimente per la decisione dell'unico motivo di ricorso proposto avverso la decisione con la quale la Corte d'appello di Milano aveva dichiarato inammissibile per tardività l'appello proposto dalla ricorrente avverso la condanna riportata nel giudizio abbreviato di primo grado, adducendo l'intervenuta scadenza dei termini previsti dall'art. 585, comma 1 lett. b), cod. proc. pen.

Il ricorso evidenziava che, non essendo mai stata effettuata la notifica prevista dalle disposizioni sopra riportate, il termine non aveva in realtà mai cominciato a decorrere.

2. La linea giurisprudenziale maggioritaria.

L'indirizzo prevalente delle sezioni della Corte, inaugurato dalla decisione Sez. 1, n. 31049 del 22/05/2018, Careri, Rv. 273485, si era espresso nel senso dell'abrogazione tacita della norma: «La sentenza emessa a seguito di rito abbreviato non deve essere notificata all'imputato che non sia comparso per tutto il corso del giudizio, in quanto la previsione contenuta negli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134 disp. att. stesso codice deve ritenersi implicitamente abrogata dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, che ha introdotto la nuova disciplina sull'assenza, volta a garantire l'effettiva conoscenza del processo ed a ricondurre ad una determinazione consapevole e volontaria la mancata partecipazione dell'imputato, rappresentato ad ogni effetto del suo difensore, ed ha modificato, altresì, l'art. 548, comma 3, cod. proc. pen., eliminando l'obbligo di notifica dell'avviso di deposito della sentenza all'imputato contumace. (In motivazione, la Corte ha affermato che una diversa interpretazione non si sottrarrebbe a censure di incostituzionalità per ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla disciplina del giudizio ordinario).

Alla stessa linea interpretativa aderivano le decisioni Sez. 2, n. 57918 del 25/09/2018, A., Rv. 2744473; Sez. 5, n. 57097 del 27/09/2018, S., Rv. 274391; **Sez. 5, n. 22831 del 22/03/2019, S., Rv. 275405**; Sez. 1, n. 8011 del 26/10/2018, Derjai; **Sez. 1, n. 7100 del 16/01/2019, Puricella**; **Sez. 5, n. 19713 del 18/03/2019, Faggiano**; **Sez. 6, n. 12536 del 16/01/2019, Batidiane, Rv. 273677**.

3. La linea antiabrogazionista della giurisprudenza minoritaria.

A questo orientamento se ne contrapponeva un altro per il quale «la sentenza emessa a seguito di rito abbreviato deve essere notificata all'imputato che non sia comparso per tutto il corso del giudizio, in quanto le previsioni contenute negli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134 disp. att. stesso codice non possono ritenersi implicitamente abrogate dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, che ha introdotto la nuova disciplina sull'assenza» (Sez. 3, n. 32505 del 19/01/2018, G., Rv. 273695).

In prima approssimazione, la disarticolazione della tesi dell'*abrogazione implicita* (evocata attraverso il richiamo di Sez. 3, n. 49164 del 6/10/2015, B., Rv. 265318-01, non essendo ancora intervenuta la decisione Careri) fondava sui seguenti argomenti.

a) Strumentalità dell'avviso in parola alla tutela del diritto fondamentale dell'imputato assente per tutta la durata del giudizio «alla piena conoscenza del risultato del processo, per la valutazione dell'eventuale impugnazione». La *ratio* risaltava nel confronto con la diversa regola dettata in tema di patteggiamento, richiamata attraverso la citazione di Sez. 3, n. 16690 del 26/02/2014, Casavecchia, Rv. 259300-01: «Nel caso in cui l'imputato abbia rilasciato procura speciale al difensore per procedere all'applicazione della pena su richiesta delle parti, non può

farsi luogo alla declaratoria di contumacia, sicché la lettura in dibattimento del dispositivo e della motivazione contestuale equivale a notificazione della sentenza e da essa decorre il termine di quindici giorni per proporre impugnazione, non rilevando che all'imputato siano stati comunque effettuati avvisi dell'avvenuto deposito del provvedimento».

b) Scarsa persuasività dell'assunto secondo il quale il legislatore del 2014 abbia involontariamente «dimenticato di abrogare due norme importanti, come l'art. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134, disp. att. cod. proc. pen.», nel momento in cui interveniva «in maniera organica e completa sul codice di rito».

c) Incompatibilità della tesi dell'abrogazione tacita o del difetto di coordinamento legislativo, che nel caso di specie implicherebbe una sanzione processuale per l'imputato, con i principi convenzionali del giusto processo («che richiede sempre, per le norme penali e processuali penali un'interpretazione restrittiva e in *favor rei*») e dell'interpretazione ragionevole, da intendersi «come un sotto-criterio del principio di prevedibilità della norma (divieto di applicare la legge penale a detrimento dell'accusato)», affermato da Corte Edu, 25/11/1997, Grigoriades c. Grecia.

d) Confutazione dell'argomento incentrato sulla rappresentanza difensiva dell'imputato nel giudizio abbreviato, che striderebbe con il principio affermato in tema di diritto dell'imputato latitante, rappresentato dal difensore ai sensi dell'art. 165, comma 3, cod. proc. pen., alla notifica dell'estratto della decisione (Sez. 2, n. 10568 del 25/02/2003, Racise, Rv. 224335). Questa decisione, si afferma, dimostrerebbe che «la rappresentanza del difensore, da sola, non è idonea a far ritenere non dovuta la notifica».

Al medesimo orientamento vengono ascritte, dall'ordinanza di rimessione, altre pronunce concernenti la notifica all'imputato assente della decisione d'appello, per lo più intervenute prima della sentenza Careri (Sez. 3, n. 29286 del 27/03/2015, Fanale, Rv. 264301-01; Sez. 1, n. 33540 del 03/11/2015, Carini), e comunque, anche quando successive a quella pronuncia (**Sez. 5, n. 10353 del 4/02/2019, Bontempo)**, prive di elementi di specifico confronto con gli argomenti dell'indirizzo avverso.

Il principio enunciato nella decisione Fanale, citata (ora adesivamente, ora criticamente) da molte pronunce in termini, recita: «In tema di giudizio abbreviato in grado di appello, l'imputato non comparso nel procedimento in camera di consiglio ha diritto alla notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento che definisce il giudizio, ai sensi dell'art. 128 cod. proc. pen., anche se dello stesso è stata data lettura in udienza, sicché il termine per proporre impugnazione decorre solo dalla data della notificazione e non già da quella in cui sia avvenuta la pubblicazione della sentenza».

L'ordinanza di rimessione evidenziava l'incidenza del contrasto interpretativo sulle prassi degli uffici giudiziari «poiché alcuni continuano ad effettuare le notifiche suddette (all'imputato non comparso per tutto il giudizio abbreviato) ed altri uffici non le dispongono».

4. Il principio enunciato da Sez. U, n. 698 del 24/10/2019 – dep. 2020, Sinito, Rv. 277470. L'impianto della decisione.

Le Sezioni Unite hanno risolto la controversia interpretativa, aderendo all'indirizzo maggioritario ed enunciando il seguente principio di diritto: «A seguito della riforma della disciplina sulla contumacia, l'estratto della sentenza emessa nel giudizio abbreviato non deve più essere notificato, ai sensi degli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134, disp. att. cod. proc. pen., all'imputato assente».

4.1. La ricostruzione diacronica della disciplina della costituzione dell'imputato nel giudizio abbreviato dal Codice del 1988 alla legge Carotti.

Il punto di partenza del ragionamento sviluppato dalla Corte consiste nella ricostruzione diacronica del quadro normativo pertinente, in termini che riproducono la storicizzazione effettuata nella decisione capofila dell'indirizzo maggioritario (Sez. 1, n. 31049 del 22/05/2018, Careri, Rv. 273485) con alcune, significative, puntualizzazioni.

L'operazione conduce la Corte a ritenere che, in realtà, le disposizioni in esame erano state già abrogate per effetto della legge della legge n. 479 del 1999 (cd. legge Carotti). Fu questa infatti ad estendere all'udienza preliminare, sede regolativa del giudizio abbreviato (art. 441, comma 1, cod. proc. pen.), l'istituto della contumacia che non era, invece, previsto nell'originaria configurazione del rito speciale.

Si determinò con quell'intervento il superamento della *ratio essendi* delle norme in discussione, come individuata dalla *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo* del codice di procedura penale del 1988 (§ 6.1.), nella quale si legge: «dal momento che la disciplina della contumacia non può trovare applicazione per l'udienza preliminare, ma considerato che quest'ultima ed il correlativo giudizio abbreviato possono ritualmente celebrarsi anche in assenza dell'imputato, è sembrato opportuno prevedere espressamente che la sentenza debba essere notificata all'imputato non comparso».

Era insomma un'esigenza di parallelismo tra i riti che potevano concludersi con la definizione nel merito della regiudicanda ad aver ispirato la previsione codicistica in parola. Quella previsione non aveva più ragion d'essere, una volta che, con l'estensione dell'istituto contumaciale, anche il condannato in abbreviato era divenuto beneficiario della notifica prevista dall'art. 548, comma 3, cod. proc. pen.

La riforma del '99 comportò anche una significativa innovazione terminologica dello *status* dell'imputato che avesse optato per il rito speciale.

La condizione del "non comparso", alla quale fa riferimento la disposizione dell'art. 442, comma 3, cod. proc. pen., non fu più riferibile all'imputato nel giudizio abbreviato, o quanto meno non servì più a designare l'imputato non costituitosi nel giudizio abbreviato o nell'udienza preliminare:

«l'imputato, anche in quest'ultimo giudizio, (così come nel giudizio a cognizione ordinaria) assunse, alternativamente lo *status* di imputato "presente" (ove avesse assistito di persona al processo), "assente" (ove avesse acconsentito, anche se impedito, alla celebrazione del processo, o se detenuto, avesse rifiutato di assistervi: previgente art. 420-*quinquies* cod. proc. pen.) o "contumace" anche nel caso in cui al difensore fosse stata rilasciata procura speciale per la richiesta di ammissione al rito abbreviato: *in terminis*, Sez. 2, n. 40443 del 29/10/2008, Crapella, Rv. 241873-01; Sez. 4, n. 26671 del 26/05/2009, Sonnendorfen, Rv. 244508 – 01. La locuzione "non comparso" fu, invece, riservata all'imputato che, dopo essere comparso (e, quindi, dichiarato presente), si fosse allontanato dall'aula (art. 420-*quinquies*, nella versione della legge n. 479 del 1999) o non fosse comparso alle udienze successive (art. 420-*bis* nella versione della L. n. 67 del 2014): in questo caso, l'imputato – considerato presente – deve intendersi rappresentato dal difensore».

Per le ragioni indicate, la legge Carotti determinò, secondo il Collegio, un fenomeno di perfetta sovrapponibilità di due norme gerarchicamente equi-ordinate che, per il principio di coerenza dell'ordinamento giuridico, andava risolto ritenendo la disposizione dell'art. 442, comma 3, cod. proc. pen. tacitamente abrogata dall'omologo art. 548, comma 3, cod. proc. pen., che aveva visto espansa la sua portata in modo da assorbire l'esigenza di garanzia dell'imputato giudicato con il rito abbreviato.

Del fenomeno avevano preso atto diverse pronunce emesse nella vigenza della legge Carotti:

«Il suddetto dilemma interpretativo va, quindi, sciolto affermando in adesione alla giurisprudenza formatasi sul punto (Sez. 1, n. 24116 del 27/05/2009, Carcagnolo, Rv. 243972; sez. 6, n. 29356 del 08/06/2006, Rv.235092, Mascolo; Sez. 1, n. 36860 del 29/09/2005, Matarrese, Rv. 232586; Sez. 6, n. 35215 del 19/04/2017, S., Rv. 270911) che, a far data dal 2 gennaio 2000, e cioè dall'entrata in vigore della legge n. 479 del 2000, agli imputati giudicati con il rito abbreviato e dichiarati "contumaci", si applicò, in via esclusiva, la norma di cui all'art. 548, comma 3, cod. proc. pen. e non più quella dell'art. 442, comma 3 cod. proc. pen., essendo stata questa tacitamente abrogata».

4.2. L'abrogazione dell'istituto contumaciale e della notifica ex art. 548, comma 3, cod. proc. pen.

Alla disciplina della legge Carotti ha poi fatto seguito, per impulso della Corte EDU (nel par. 2.3, la motivazione richiama Corte EDU, Pititto c. Italia, 12/06/2007; Corte EDU, Kollcaku c. Italia, 08/02/2007; Corte EDU, Sedovic c. Italia, 10/11/2014; Corte EDU, Somogyi c. Italia, 18/05/2004), la legge n. 67 del 2014 con la quale l'istituto della contumacia fu rimpiazzato da quello dell'assenza dell'imputato, pacificamente applicabile anche al giudizio abbreviato (v. tra le altre, **Sez. 5, n. 19713 del 18/03/2019**).

A detta innovazione si deve l'abrogazione dell'art. 548, comma 3, cod. proc. pen., e cioè della disposizione che, come detto, dal 2 gennaio 2000, disciplinava la notifica dell'estratto della sentenza di condanna, tanto per l'imputato non costituitosi nel giudizio ordinario, quanto per quello che avesse compiuto analoga scelta nel giudizio abbreviato.

Neppure in questa occasione il legislatore ha avuto cura di abrogare espressamente gli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134 disp. att. cod. proc. pen. La *dimenticanza* ebbe, questa volta, risvolti più problematici:

«Il problema della compatibilità delle due norme, però, in concreto, si pose rare volte durante il periodo che va dall'entrata in vigore della legge n. 479 del 1999 all'entrata in vigore della legge n. 67 del 2014, per l'ovvia ed intuitiva ragione che, qualunque norma si ritenesse applicabile, all'imputato dichiarato contumace e giudicato con il rito abbreviato, andava comunque notificato l'estratto della sentenza contumaciale, proprio perché non vi era più alcuna differenza fra imputato contumace giudicato con rito ordinario e imputato contumace giudicato con rito abbreviato. Il problema, invece, si pose, nel momento in cui la legge n. 67 del 2014 abrogò la contumacia (e, con essa, anche la norma che, all'art. 548, comma 3, disponeva la notifica dell'estratto contumaciale), ma senza nulla disporre ancora una volta - in ordine al combinato disposto degli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134 disp. att. cod. proc. pen. che, quindi, essendo rimasto formalmente in vigore, pareva essere ancora applicabile, sebbene al (solo) rito abbreviato».

Il differente impatto dei due interventi normativi non giustifica la soluzione auspicata dall'indirizzo minoritario. E qui la Corte sviluppa due tematiche: la prima, per escludere che l'abrogazione del sistema contumaciale abbia comportato la reviviscenza della notifica dell'estratto contumaciale della sentenza resa nel giudizio abbreviato, tacitamente abrogata dalla legge Carotti; la seconda, per evidenziare come l'abrogazione di quell'adempimento non comporti alcuna violazione dei principi del *fair trial*.

4.3. Nessuna *reviviscenza* dell'obbligo di notifica della decisione dopo la legge n. 67 del 2014.

Il Collegio si rifà all'insegnamento del giudice delle leggi che esclude l'operatività "in via generale e automatica" della tesi della reviviscenza perché questa «avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario, e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto; principio che è essenziale per il sistema delle fonti» (Corte cost., n. 13 del 2012, ripresa da Corte cost. n. 218 del 2015).

Le ipotesi ammesse dalla Consulta riguardano: a) l'annullamento da parte del giudice costituzionale di una norma abrogatrice di una norma precedente, come si è verificato con la dichiarazione di incostituzionalità della legge n. 49 del 2006, a seguito della quale ripresero vigore, in materia di traffico di droghe leggere, le cornici edittali del d.P.R. n. 309 del 1990; b) il ripristino previsto, in via eccezionale e in modo espresso, dallo stesso legislatore; c) l'abrogazione di una disciplina speciale che determina la riespansione di quella generale.

La vicenda normativa qui considerata non rientra in nessuna di queste ipotesi essendosi introdotta, anche con l'intervento del 2014, una disciplina *ex novo* della materia che non lascia «spazio alcuno alla possibilità di riespansione del combinato disposto degli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134 disp. att. cod. proc. pen.» (par. 4.3).

Del resto, il ripristino dell'obbligo di notifica a favore, a questo punto, del solo imputato che abbia optato per il rito speciale comporterebbe la disparità di trattamento già segnalata dall'indirizzo maggioritario. Nella decisione Careri del 2018 si osservava che una tale soluzione «finirebbe per sortire effetti incostituzionali, creando una ingiustificata disparità di trattamento tra chi sia giudicato col rito abbreviato e chi scelga il giudizio ordinario, perché, a fronte della pari condizione di assenza, soltanto il primo avrebbe diritto alla notificazione dell'estratto della sentenza, sebbene rappresentato ed assistito da un difensore munito di procura speciale, che contribuisce ad assicurargli certa conoscenza del processo, cui ha scelto di non prendere parte».

Non ha pregio – osservano a questo punto le Sezioni Unite - l'argomento della tesi minoritaria incentrato sulla disparità di trattamento che, una volta esclusa la notifica di cui agli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134 disp. att. cod. proc. pen., verrebbe a determinarsi tra l'imputato comune e il latitante.

In realtà, valgono per il latitante le medesime regole, in tema di costituzione in giudizio, che valgono per l'imputato libero o detenuto.

La peculiarità attiene unicamente alle stringenti ricerche richieste dalla legge per poter procedere alla dichiarazione di cui all'art. 295 cod. proc. pen. e alla notifica mediante consegna di copia al difensore che lo rappresenta ad ogni effetto (art. 165 cod. proc. pen.). L'incompletezza delle ricerche potrebbe ripercuotersi sulla verifica richiesta dall'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen. (conoscenza del procedimento o volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo), nelle battute iniziali del procedimento in assenza.

Nessuna norma vigente prescrive, invece, che al latitante continui a spettare la notifica della decisione di primo grado, abrogata in termini generali dalla legge n. 67 del 2014. Anche per l'imputato latitante del giudizio abbreviato dunque la notifica dovuta prima dell'ultima riforma (a quella fase era riferita la decisione Sez. 3, n. 10568 del 25/02/2003, Racise, Rv. 224335, richiamata dall'indirizzo minoritario) è oggi inattuale.

4.4. Confutazione del paventato contrasto della tesi abrogazionista con i principi CEDU: la superfluità della notifica della decisione nel sistema *in absentia.*

Nel paragrafo 6 della motivazione, il Collegio confuta il paventato contrasto della tesi dell'abrogazione tacita della notifica in parola con i principi convenzionali.

Con riferimento al principio di prevedibilità della norma, inteso come divieto di applicare la legge penale a detrimento dell'accusato, il Collegio ha buon gioco nel rilevare che il caso richiamato dall'ordinanza di rimessione e dalla giurisprudenza antiabrogazionista (Corte Edu, 25/11/1997, Grigoriades c. Grecia), attiene in realtà alla precisione/determinatezza della fattispecie incriminatrice.

In effetti, la decisione affrontava il tema della conformità al canone della *lex certa*, dettato dall'art. 7 della Convenzione, di una disposizione incriminatrice, l'art. 74 del codice penale militare greco, che incriminava un reato assimilabile al nostro vilipendio ("*insulte au drapeau ou aux forces armées*"), con la formula «Encourt une peine d'emprisonnement d'au moins six mois tout membre des forces armées qui insulte le drapeau, les forces armées ou un emblème de leur commandement. S'il s'agit d'un officier, il est également privé de son grade». La Corte EDU richiamava (§37) la propria giurisprudenza - secondo la quale «il diritto interno applicabile deve essere formulato con un livello di precisione sufficiente a consentire alle persone interessate – avvalendosi, se del caso, di assistenza tecnica – di prevedere, "à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause", le conseguenze potenziali di una determinata condotta» (§ 37) – per poi escludere, nel caso di specie, la lamentata violazione: «Certo, l'articolo […] era formulato in termini molto ampi. La Corte ritiene tuttavia che esso corrispondeva all'indicata esigenza di prevedibilità. Se si

considera il significato comune del termine "insultare" – che è identico a quello del verbo "offendere" – il ricorrente avrebbe dovuto essere perfettamente consapevole di correre il rischio di incorrere in una sanzione penale. Ne deriva che la censurata "ingerenza" era prevista dalla legge » (§ 38).

Evidenziato come analoghi principi fossero stati enunciati nei più recenti casi Corte EDU, 14/04/2015, Contrada c. Italia e 23/02/2017, De Tommaso c. Italia, le Sezioni Unite osservano che l'art. 7 CEDU – a detta degli stessi giudici di Strasburgo (Corte EDU, 17/09/2009, Scoppola c. Italia, 17) - «non è un principio dell'ordinamento processuale» ed «è pertanto improprio veicolare, *tout court,* in ambito sicuramente processuale – com'è la questione in esame – principi che, pacificamente, attengono al diritto penale sostanziale» (par. 6).

L'ordinamento processuale è, invece, regolato dal principio *tempus regit actum* che trova il suo riscontro interno nell'art. 11 delle preleggi (Sez. U, n. 27919 del 31/03/2011, Ambrogio, Rv. 250196; Sez. U, n. 44895 del 17/07/2014, Pinna, Rv. 260927).

Il principio è pienamente osservato nel caso in esame, posto che «non è in discussione che l'abrogazione della notifica dell'estratto della sentenza si applica dal 2 gennaio 2000 e cioè dall'entrata in vigore della legge n. 479 del 2000; che gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; che la nuova disciplina, non ha effetto retroattivo».

Alla considerazione di ordine formale, fa seguito un rilievo inteso a escludere che, nel caso di specie, si sia verificata una modifica globalmente peggiorativa dell'assetto precedente.

Aderendo alla prospettiva del filone Careri, il Collegio sottolinea l'incremento di garanzie che il sistema introdotto nel 2014 ha realizzato rispetto a quello previgente, un incremento che è tale da non far rimpiangere l'abolizione della notifica, segnalandone anzi, anche sul piano funzionale, l'inattualità.

La notifica aveva, infatti, un senso nel sistema contumaciale «in quanto, essendo questo fondato su una presunzione, aveva una funzione di garanzia essendo tesa a notiziare l'imputato (potenzialmente restato all'oscuro del processo) dell'esito del processo al fine di consentirgli di proporre eventualmente impugnazione».

L'adempimento è del tutto superfluo nel nuovo contesto normativo (artt. 420-*bis*, 420-*ter*, 420-*quater*, 420-*quinquies* cod. proc. pen.) che «prevede una serie di accertamenti in fatto molto rigorosi prima che si possa procedere *in absentia* e che rende, pertanto, del tutto superflua la notifica dell'estratto di quella sentenza della quale l'imputato è sicuramente a conoscenza».

Si tratta di un nuovo equilibrio che, avuto riguardo anche agli impulsi sovranazionali che lo hanno determinato, non determina frizioni con il *fair trial*, tanto più che, nell'ottica "sostanzialistica" della Corte EDU, «ciò che rileva è se vi

sia una lesione delle garanzie da parte dell'ordinamento nazionale, non le modalità con le quali quelle garanzie vengono tutelate».

Nessun ostacolo, a questo punto, si frappone alla ricezione della tesi dell'abrogazione tacita della notifica in parola, ai sensi dell'art. 15 delle preleggi e del criterio logico che vi è sotteso, disposizione con la quale – conclude la Corte – «la tesi qui non condivisa non si è mai realmente misurata».

5. L'impregiudicata tutela dell'affidamento incolpevole e gli scenari per il *prospective overruling* in ambito penale.

In un inciso, che conclude il ragionamento sulla legittimità convenzionale della soluzione adottata, il Collegio afferma: «Peraltro, va precisato che, nella presente fattispecie, resta impregiudicata la problematica dell'affidamento incolpevole derivante da un imprevedibile mutamento della giurisprudenza».

La laconicità dell'enunciato non consente deduzioni certe.

Considerato il contesto, è però probabile che la Corte abbia voluto esprimere, sul piano generale, una cauta apertura verso il cd. *prospective overruling,* ovvero verso quel meccanismo di tutela della parità delle parti nel processo, che «consente di limitare gli effetti retroattivi del mutamento giurisprudenziale e di sterilizzare degli effetti applicativi della legge processuale nel caso di una nuova interpretazione resa dal giudice di legittimità, pur sempre riconducibile alla legge interpretata, ma potenzialmente idonea a pregiudicare la tutela giurisdizionale della parte che ha ispirato la propria condotta processuale all'interpretazione precedentemente seguita, facendo su di essa legittimo affidamento» (**Sez. U civili, n. 4135 del 12/02/2019**, § 11.6 della motivazione).

Se così fosse, si tratterebbe di un'apertura importante, non constando precedenti applicazioni del meccanismo da parte della giurisprudenza penale di legittimità.

E' un segno forse di consapevolezza delle nuove responsabilità insite nel carattere (relativamente) vincolante che il *dictum* delle Sezioni unite ha assunto, in forza dell'introduzione dell'art. 618, comma 1-*bis* cod. proc. pen., da parte della legge 23 giugno 2017, n. 103. Una disposizione che, consacrando il concorso della giurisdizione nomofilattica alla "nomopoiesi" (*jus constitutionis*), avvicina l'esperienza italiana a quella dei paesi di *common law,* dove il *prospective overruling* è indispensabile temperamento dello *stare decisis*.

La materia della decisione rientra nell'ambito elettivo di applicazione della decisione *pro futuro,* se si guardano i precedenti della giurisprudenza civile di legittimità che riguardano questioni di decadenza, preclusione di facoltà processuali, inammissibilità di impugnazioni, come quelle che vengono in gioco nel caso di

specie. E del resto, la base legale del meccanismo è comunemente individuata nell'art. art. 153, comma 2, cod. proc. civ. («La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini.»), la disposizione che, nel processo civile, assolve funzione omologa a quella dell'art. 175 cod. proc. pen.

Dall'esperienza civilistica si traggono utili indicazioni sui presupposti di operatività del *prospective overruling*, che possono aiutarci a formulare ipotesi sul perché la Corte non abbia ritenuto di applicarlo al caso di specie; sul perché cioè non abbia scelto di affermare *pro futuro* il principio dell'inattualità della notifica della decisione resa all'esito del giudizio abbreviato, sterilizzandone gli effetti nei confronti della ricorrente che, al tempo dell'appello dichiarato inammissibile, poteva aver fatto affidamento sulla persistenza formale delle disposizioni più volte richiamate.

I presupposti attengono da un lato alle caratteristiche del mutamento giurisprudenziale che può giustificare l'uso del meccanismo; dall'altro, ai requisiti dell'affidamento del cittadino nella persistenza della regola, perché questo sia meritevole di tutela.

Intanto, può darsi che la Corte non abbia ritenuto di trovarsi al cospetto di un mutamento imprevedibile della giurisprudenza che, per essere idoneo a vanificare l'effettività del diritto di azione e di difesa, deve presentarsi «se non proprio repentino, quanto meno inatteso, o comunque privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, quali possono essere quelli di un, sia pur larvato, dibattito dottrinale o di un qualche significativo intervento giurisprudenziale sul tema» (Sez. U civ., n. 17402 del 12/10/2012, Rv. 623574-01); non essendo sufficiente la variazione di indirizzo che si innesta su un quadro di incertezza interpretativa delle norme processuali, in assenza di un orientamento consolidato della Corte di cassazione; così come dell'affidamento riposto dalla parte in un orientamento che non è poi prevalso (Sez. 6 civ., Ord. n. 3782 del 15/02/2018, Rv. 647980-01).

Se si considerano i passaggi della decisione in esame relativi ai pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità che, almeno dal 2005, ritenevano abrogate dalla legge Carotti le previsioni degli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134 disp., att. cod. proc. pen., in favore dell'art. 548, comma 3, cod. proc. pen. (decisioni Matarrese, Mascolo e Carcagnolo, richiamate nel par. 4.1), è plausibile che la Corte non abbia ritenuto l'indirizzo abrogazionista davvero privo di *segni premonitori*.

In aggiunta, o in alternativa, a questa ipotesi devono considerarsi i contenuti di forte responsabilizzazione del difensore tecnico, enucleabili dalla giurisprudenza civile in materia.

In un arresto recente (**Sez. U civ., n. 4135 del 12/02/2019, §§12.3.1-12.4**), la Corte esalta il ruolo della difesa tecnica, coinvolgendola nella *funzione nomopoietica* che è imposta dalla complessità dei processi interpretativi ed è «distribuita tra tutti i soggetti dell'ordinamento, continuamente alimentata dal dibattito processuale». Si fa appello al precetto dell'art. 1176, comma 2, cod. civ. e al «fondamentale dovere di precauzione», declinato nel senso che «nella pluralità dei significati plausibili inclusi nel potenziale semantico del testo legislativo, deve scegliere quello più rigoroso, ovvero il senso che ponga la parte assistita quanto più possibile al riparo da decadenze e preclusioni».

Riecheggiano in queste parole principi frequentemente affermati dalla giurisprudenza penale intervenuta in casi tipologicamente affini a quello risolto dalla decisione in commento, o con esso coincidenti (Sez. 6, n. 35215 del 19/04/2017, S., Rv. 270911).

Si consideri, tra le altre, Sez. 2, n. 48737 del 21/07/2016, Startari, Rv. 268438–01: «L'inesatto adempimento della prestazione professionale da parte del difensore di fiducia, a qualsiasi causa ascrivibile, non è idoneo a realizzare le ipotesi di caso fortuito o forza maggiore, che si concretano in forze impeditive non altrimenti vincibili, le quali legittimano la restituzione nel termine, poiché consistono in una falsa rappresentazione della realtà, superabile mediante la normale diligenza ed attenzione; né può essere esclusa, in via presuntiva, la sussistenza di un onere dell'assistito di vigilare sull'esatta osservanza dell'incarico conferito, nei casi in cui il controllo sull'adempimento defensionale non sia impedito al comune cittadino da un complesso quadro normativo. (Nella specie, la S.C. ha escluso la possibilità di restituzione in termini per proporre impugnazione, non ravvisando caso fortuito o forza maggiore nell'omesso controllo del deposito della sentenza da parte del difensore di fiducia, e nella conseguente mancata verifica del decorso del termine per impugnare)».

Può darsi allora che l'assistenza del difensore tecnico e procuratore speciale – iscritto per di più nel foro milanese, ove le prassi di cancelleria degli uffici giudiziari da tempo ritengono superato l'adempimento in parola - abbia inciso sulla scelta di ritenere la tardiva proposizione dell'appello ascrivibile, nel caso di specie, a *inescusabile errore di diritto*, piuttosto che ad *incertezza normativa oggettiva* (Sez. L, ord. n. 25667 del 27/10/2017, Rv. 646378; Sez. 5 civ., ord. n. 15452 del 13/06/2018, Rv. 649184).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione penale

Sez. U, n. 6706 del 31/5/1991, Pitteri, Rv. 187640
Sez. U, n. 16 del 15/12/1992 (dep. 1993), Cicero, Rv. 192806
Sez. U, n. 1 del 19/01/1994, Coronato, Rv. 196714
Sez. U, n. 1 del 19/01/2000, Tuzzolino, Rv. 216237
Sez. U, n. 35399 del 24/06/2010, F.
Sez. U, n. 27919 del 31/03/2011, Ambrogio, Rv. 250195-250196
Sez. U, n. 4694 del 27/10/2011, Casani, Rv. 251272
Sez. 2, n. 4354 del 17/10/1994, Miceli, Rv. 199705
Sez. 5, n. 8942 del 19/06/1995, Dimichino
Sez. 1, n. 5887 del 5/05/1997, Gruber, Rv. 207929-01
Sez. 2, n. 10568 del 25/02/2003, Racise, Rv. 224335
Sez. 6, n. 10062 del 2/12/2004, Bernabei, Rv. 231117
Sez. 3, n. 17846 del 23/03/2005, Sposetti, Rv. 231985
Sez. 1, n. 36860 del 29/09/2005, Matarrese, Rv. 232586-01
Sez. 6, n. 29356 del 08/06/2006, Mascolo, Rv. 235092-01
Sez. 6, n. 33259 del 14/05/2007, Di Martino, Rv. 237484 - 01
Sez. 1, n. 31699 del 15/04/2010, Pietrantonio, n.m.
Sez. 4, n. 31657 del 20/05/2010, Di Roma, Rv. 248098–01
Sez. 3, n. 35740 del 08/06/2011, Ndoye, Rv. 251239–01
Sez. 6, n. 32955 del 07/06/2012, Cataldo, Rv. 253117-01
Sez. 4, n. 41392 del 24/09/2013, Perdonò, Rv. 256403-01
Sez. 6, n. 14830 del 26/02/2014, Alaimo, Rv. 259502-01
Sez. U, n. 44895 del 17/07/2014, Pinna, Rv. 260927
Sez. 5, n. 19279 del 27/03/2015, S., Rv. 264849–01
Sez. 2, n. 23749 del 08/05/2015, Bracchi, Rv. 264228-01
Sez. 3, n. 49164 del 6/10/2015, B., Rv. 265318
Sez. 1, n. 33540 del 3/11/2015 (dep. 2016), Carini
Sez. 2, n. 48737 del 21/07/2016, Startari, Rv. 268438–01
Sez. 6, n. 35215 del 19/04/2017, S., Rv. 270911
Sez. 3, n. 32505 del 19/01/2018, G., Rv. 273695
Sez. 6, n. 27188 del 27/04/2018, Stoica
Sez. 2, n. 57918 del 25/09/2018, A., Rv. 2744473
Sez. 5, n. 57097 del 27/09/2018, S., Rv. 274391.
Sez. 1, n. 8011 del 26/10/2018, Derjai
Sez. 1, n. 7100 del 16/01/2019, Puricella
Sez. 6, n. 12536 del 16/01/2019, Batidiane

Sez. 6, Ordinanza n. 9435 del 29/01/2019
Sez. 5, n. 10353 del 4/02/2019, Bontempo
Sez. 5, n. 19713 del 18/03/2019, Faggiano
Sez. 5, n. 22831 del 22/03/2019, S., Rv. 275405

Le pronunce della Corte di cassazione civile

Sez. U, n. 17402 del 12/10/2012, Rv. 623574-01

Sez. U, n. 4135 del 12/02/2019, Rv. 652852-01

Sez. L, Ordinanza n. 25667 del 27/10/2017, Rv. 646378

Sez. 6, Ord. n. 3782 del 15/02/2018, Rv. 647980-01

Sez. 5 civ., ord. n. 15452 del 13/06/2018, Rv. 649184

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 13 del 2012

Corte cost., sent. n. 218 del 2015

Sentenze della Corte EDU

Corte Edu del 25/11/1997, *Grigoriades c. Grecia*

Corte EDU del 18/05/2004, *Somogyi c. Italia*

Corte EDU del 08/02/2007, *Kollcaku c. Italia*

Corte EDU del 12/06/2007, *Pititto c. Italia*

Corte EDU del 17/09/2009, *Scoppola c. Italia*

Corte EDU del 10/11/2014, *Sedovic c. Italia*

Corte EDU del 14/04/2015, *Contrada c. Italia*

Corte EDU del 23/02/2017, *De Tommaso c. Italia*

SEZIONE V

PROCEDIMENTI SPECIALI

CAPITOLO I

ABBREVIATO CONDIZIONATO E MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE NON COLLEGATA ALL'ATTIVITA' INTEGRATIVA ESPLETATA

(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. - 2. La giurisprudenza di legittimità sul tema. - 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2010. – 4. Considerazioni di sintesi.

1. La questione controversa.

La questione rimessa alle Sezioni Unite trae origine da un contrasto di giurisprudenza sul tema della possibilità di modificare l'imputazione, o effettuare una contestazione suppletiva, in sede di giudizio abbreviato condizionato, quando la modifica dell'imputazione non sia in alcun modo collegata all'attività integrativa espletata, bensì si ricolleghi ad atti di indagine già noti e desumibili dalle indagini preliminari. Nel caso concreto affrontato veniva disposto il giudizio immediato per le imputazioni di omicidio e incendio. L'imputato chiedeva ritualmente di accedere al rito abbreviato, condizionato ad un accertamento peritale sul proprio telefono cellulare; rito ammesso dal giudice contestualmente ad ulteriori integrazioni istruttorie disposte d'ufficio. Venivano, quindi, realizzate le attività disposte d'ufficio e il Pubblico Ministero, prima ancora dell'espletamento dell'accertamento peritale, contestava in via suppletiva alcune aggravanti da riferire all'omicidio contestato, tra le quali quella dei motivi abietti e futili (in considerazione della gelosia che aveva spinto l'imputato ad agire), nonché un ulteriore capo di imputazione relativo all'occultamento di cadavere. La difesa dell'imputato sia dinnanzi al G.i.p. nell'immediatezza, che dinnanzi alla Corte d'Assise d'appello con i motivi di appello, rilevava l'inammissibilità di siffatte contestazioni poiché non correlate in alcun modo alle integrazioni probatorie richieste e disposte. Sia il G.i.p. che la Corte d'Assise di appello di Perugia hanno rigettato l'eccezione in tal senso proposta e l'imputato veniva condannato dalla Corte d'Assiste di appello di Perugia per il delitto di omicidio aggravato dai motivi abietti e futili, esclusa la premeditazione, nonché in ordine ai delitti, unificati dalla continuazione, di danneggiamento di veicolo seguito da pericolo di incendio e occultamento di cadavere, alla pena di trenta anni

di reclusione, già diminuita ex art. 442, comma 2, cod. proc. pen. Il difensore dell'imputato ha proposto ricorso per cassazione articolando quattro motivi. Quanto alla questione rimessa alle Sezioni Unite della Corte, ha dedotto, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c), la violazione della legge processuale, e segnatamente degli art. 438, 441, e 441- *bis* cod. proc. pen. In particolare il difensore ha sostenuto che la modifica dell'imputazione - quanto alle aggravanti dell'omicidio e alla nuova contestazione del delitto di occultamento di cadavere - non correlata in alcun modo all'integrazione probatoria espletata e ammessa in sede di abbreviato condizionato, sarebbe nulla, considerata la patologia riscontrata nell'azione del Pubblico Ministero, come evidenziata anche dalla decisione n. 140 del 2010 della Corte costituzionale.

La Prima Sezione penale ha rimesso la questione alle Sezioni Unite ed ha evidenziato che la questione della ritualità delle contestazioni suppletive elevate dal Pubblico Ministero nel corso del giudizio di primo grado (abbreviato condizionato) appare suscettibile di dar luogo a contrasto in seno alla giurisprudenza della Corte, con conseguente rimessione alle Sezioni Unite ex art. 618, comma 1, cod. proc. pen. della questione così formulata: «Se nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria o nel quale l'integrazione sia stata disposta dal giudice, sia consentito procedere alla modificazione dell'imputazione o a contestazioni suppletive con riguardo a fatti già desumibili dagli atti delle indagini preliminari e non collegati agli esiti dei predetti atti istruttori». Il collegio ha osservato come sia da ritenere esatta la premessa da cui muove il ricorso, considerato che le contestazioni oggetto del motivo di ricorso concernevano effettivamente fatti già risultanti dagli atti d'indagine espletati al momento dell'esercizio dell'azione penale, a seguito del quale l'imputato si era determinato a richiedere il rito abbreviato (tradimento all'origine del movente gelosia e vendetta, qualificato dall'accusa come motivo abietto e futile, così come l'avvenuto occultamento del cadavere). Si trattava dunque di elementi già parte del compendio investigativo prima che venisse emessa l'ordinanza ammissiva del rito. La perizia fonica richiesta dall'imputato e l'esame del medico legale disposto dal giudice non avevano alcuna correlazione con le modificazioni operate dal Pubblico Ministero, nonostante il richiamo effettuato dallo stesso a tali attività nell'ambito delle proprie richieste. Il collegio remittente ha sottolineato come il movente passionale, così come l'occultamento del cadavere, fossero emersi a pochi giorni dal ritrovamento dell'auto, proprio grazie alle dichiarazioni confessorie dell'imputato e al contributo dichiarativo della moglie dello stesso. Non può quindi considerarsi ricorrente alcun nesso tra il contenuto dell'accusa suppletiva e le risultanze integrative del giudizio abbreviato condizionato richiesto dall'imputato ed ammesso dal giudice. Ciò premesso, è stata richiamata la presenza nell'ambito della giurisprudenza di legittimità di un orientamento interpretativo, considerato costante e radicato anche dal giudice di primo e di

secondo grado, che afferma senza alcun dubbio la possibilità in caso di rito abbreviato condizionato di articolare contestazioni, ex art. 423 cod. proc. pen., che non derivino da nuove emergenze, ma riguardino fatti o circostanze già in atti. (Sez. 2, Sentenza n. 23466 del 09/06/2005, Scozzari, Rv. 231993, Sez. 5, Sentenza n. 7047 del 27/11/2008, Reinhard, Rv. 242962).

È stato tuttavia evidenziato come in tali decisioni non venga affrontata direttamente la questione della legittimità delle contestazioni suppletive basate su materiale non collegato all'integrazione istruttoria in sede di giudizio abbreviato condizionato; tale possibilità viene di fatto implicitamente ammessa, mentre l'oggetto della decisione è rappresentato dalla possibilità per l'imputato di esercitare lo *ius poenitendi* concesso dall'art. 441 – *bis* cod. proc. pen. In concreto la facoltà di recedere dal rito speciale è stata negata e si è affermato che i fatti oggetto della contestazione sono privi del connotato della novità, perché già compresi tra gli atti d'indagine, senza alcuna necessità di tutela rispetto ad iniziative che l'imputato ben avrebbe potuto prevedere (nello stesso senso Sez. 6, Sentenza n. 5200 del 15/11/2017, Ribaj, Rv. 272214). È stata inoltre richiamata Sez. 4, n. 48280 del 26/09/2017 Squillante, Rv. 271293, secondo la quale in sede di giudizio abbreviato, in presenza di integrazione istruttoria disposta ex art. 441, comma 5, cod. proc. pen., è legittima la modifica dell'imputazione da parte del Pubblico Ministero mediante contestazione suppletiva, anche quando i fatti oggetto della nuova contestazione siano emersi nel corso delle indagini preliminari, decisione che si pone quindi in continuità con la giurisprudenza di legittimità relativa all'art. 423 cod. proc. pen., da interpretare quale attuazione della direttiva contenuta nell'art. 2, punto 52, della legge delega 16 Febbraio 1987, n. 81 (che prevede la facoltà per il legislatore delegato di assegnare al Pubblico Ministero "nell'udienza preliminare" il potere di modificare l'imputazione e procedere a nuove contestazioni). Nel percorso motivazionale di questa decisione si giunge ad un'equiparazione piena tra la disciplina prevista per l'udienza preliminare e la disciplina relativa al giudizio abbreviato condizionato, equiparazione che non viene condivisa dal collegio remittente. Tale conclusione è da ritenere, secondo l'ordinanza di rimessione, in contrasto con la disciplina positiva del rito speciale che, per quanto riguarda il caso di abbreviato c.d. "puro" ai sensi dell'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., preclude qualsiasi variante dell'originaria imputazione, come chiarito dall'espressa esclusione dell'applicazione nell'ambito del giudizio abbreviato, ex art. 441, comma 1, dell'art. 423 cod. proc. pen., con cristallizzazione dell'accusa (elemento questo considerato fondamentale nella prospettiva di un vantaggio effettivo per l'imputato nell'accesso al rito).

In applicazione di tale disciplina la Corte di cassazione ha più volte sottolineato, come evidenzia l'ordinanza di rimessione, che la violazione della previsione in questione determina una nullità a regime intermedio della sentenza pronunciata

all'esito di tale giudizio. (Sez. 1, Sentenza n. 3758 del 07/11/2013, Costa, Rv. 258260, Sez. 6, Sentenza n. 13117 del 19/01/2010, Yassine, Rv. 246680, Sez. 4, Sentenza n. 12259 del 14/02/2007, Biasotto, Rv. 236199). Sicché se è sempre possibile la mera riqualificazione in diritto dell'imputazione, tuttavia il giudizio abbreviato puro deve svolgersi secondo la sua struttura tipica, ovvero allo stato degli atti. Ciò posto, a parere del collegio remittente, le deroghe alla disciplina generale introdotte con la legge 479 del 1999, con l'ammissione del giudizio abbreviato condizionato, e conseguentemente con la nuova previsione di possibili contestazioni suppletive, devono essere interpretate e considerate come eccezioni al regime ordinario, non estensibili oltre il sistema di specifico riferimento (art. 438, comma 5, e art. 441, comma 5, cod. proc. pen.). Esclusivamente l'emersione di elementi di novità giustifica una sopravvenuta correlazione dell'imputazione alle diversità emerse dall'istruttoria richiesta dall'imputato o disposta dal giudice. In mancanza si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra un giudizio abbreviato che, nel caso sia stato condizionato dall'imputato, pur in assenza di elementi di novità, potrebbe portare a contestazioni suppletive, rispetto ad un giudizio abbreviato "puro" rispetto al quale tali nuove contestazioni non sono ammissibili, essendone esclusa la possibilità ai sensi dell'art. 423 cod. proc. pen.

Viene quindi rilevata una asimmetria sistematica nella concessione di un così ampio e incodizionato *ius variandi* della pubblica accusa in danno dell'imputato, rispetto a fatti e circostanze che avrebbero potuto essere oggetto di considerazione da parte del Pubblico Ministero sin dall'inizio, realizzando una oggettiva situazione di patologia processuale (errori, inerzie o colpevoli omissioni del P.M.). Viene richiamato anche il chiaro fondamento costituzionale nell'interpretazione proposta ai sensi della decisione n. 140 del 2010 della Corte costituzionale che, nel dichiarare infondata la questione di legittimità del rito abbreviato nella parte in cui non consente al Pubblico Ministero di effettuare contestazioni suppletive anche in assenza di integrazioni probatorie disposte dal giudice, sulla base di atti e circostanze già in atti e note all'imputato, ha giudicato errata la tesi ermeneutica secondo la quale nell'abbreviato con integrazione probatoria la contestazione suppletiva possa prescindere dagli esiti di quest'ultima ed effettuarsi sulla base di circostanze già risultanti dagli atti. L'adeguamento dell'imputazione può essere conseguenza solo ed esclusivamente di un arricchimento della piattaforma probatoria. Rimane infatti immutata la previsione di cui all'art. 441, comma 1, cod. proc. pen. ed è solo in via di mera eccezione al sistema complessivamente previsto che si consente al Pubblico Ministero in sede di giudizio abbreviato di formulare contestazioni suppletive, ma solo in caso di modificazione della base cognitiva quale conseguenza diretta dell'integrazione disposta. Deve dunque secondo il collegio essere esclusa la

possibilità di rivalutare a posteriori elementi già acquisiti in precedenza al fine di giungere ad un ampliamento dell'accusa.

La contestazione c.d. "patologica", oggetto anche di successive valutazioni della Corte costituzionale, seppure relative alla fase dibattimentale, evidenzia la posizione diversa e deteriore nella quale l'imputato viene a trovarsi, suo malgrado, quanto alla facoltà di accesso consapevole a riti alternativi. (Corte cost. n. 273 del 2012, n. 273 del 2014, n. 139 del 2015, n. 206 del 2017).

2. La giurisprudenza di legittimità sul tema.

Come sottolineato dall'ordinanza di rimessione, la questione proposta all'attenzione delle Sezioni Unite avrebbe potuto essere oggetto di potenziale contrasto. Non è stato, infatti, riscontrato uno sviluppo autonomo della questione, così come posta, nella giurisprudenza di legittimità secondo filoni interpretativi contrapposti.

La problematica interpretativa è stata affrontata implicitamente nelle prime decisioni, citate anche dall'ordinanza di remissione, con riferimento allo *ius poenitendi*. In altre decisioni è stata considerata indirettamente, in relazione al vizio di nullità della sentenza che decida su un'imputazione contestata patologicamente ed, esplicitamente, dalla sola decisione della Sezione 4, n. 48280 del 26/09/2017, Squillante, Rv. 271293.

Occorre tuttavia considerare come il tema delle c.d. contestazioni suppletive a carattere "patologico" sia stato indagato e considerato in modo ampio e rilevante dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale quanto alla loro proponibilità in dibattimento, sia in relazione al fatto diverso nelle sue diverse declinazioni, che in considerazione del fatto nuovo, al fine di garantire a posteriori all'imputato il pieno accesso al rito abbreviato e agli altri riti alternativi, considerata l'intervenuta modifica dell'imputazione (sulla base di elementi già presenti nella fase di indagine).

Da ricordare per la sua particolare rilevanza in tal senso la decisione delle Sez. U, n. 16 del 19/06/1996, Di Francesco, Rv. 205619, che ha esaminato il tema del fatto nuovo e diverso nelle più varie articolazioni, incentrando la decisione sulla differenza tra modifica del fatto e della sua qualificazione giuridica, affermando che il fatto è un dato empirico, fenomenico, un dato della realtà, un accadimento, un episodio della vita umana, e dunque la fattispecie concreta e non la fattispecie astratta costituita dallo schema legale. È proprio in questo contesto che l'art. 423, comma 1, cod. proc. pen. stabilisce che spetta solo al Pubblico Ministero rilevare e contestare che il fatto è empiricamente diverso da quello descritto nel capo di imputazione, e in tal senso fatto diverso e dunque più ricco è stato ritenuto anche il caso in cui alla descrizione iniziale si aggiunga una circostanza aggravante

Tornando alla questione sollevata, dunque, l'imputazione avrebbe dovuto essere valutata adeguatamente nella sua completa articolazione per giungere ad una scelta piena e consapevole quanto ad un giudizio alternativo al dibattimento. Come è noto, inizialmente la giurisprudenza di legittimità aveva avuto un atteggiamento non favorevole all'estensione al rito abbreviato della disciplina relativa alle nuove contestazioni in dibattimento a carattere patologico, con possibilità per l'imputato di richiedere la rimessione in termini per l'accesso al rito. Ciò anche in considerazione dell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, in particolare di Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, Barbagallo, Rv. 212757, che pur considerando ammissibili le contestazioni tardive, escludeva la possibilità di una rimessione in termini per articolare richiesta di abbreviato in base ad una pretesa assunzione del rischio da parte dell'imputato. La Giurisprudenza costituzionale non aveva invece escluso l'irragionevolezza della preclusione, rilevando però l'inammissibilità di un intervento manipolativo, considerata la preminenza in materia della discrezionalità rimessa al legislatore. In seguito, tuttavia, nonostante diversi richiami al legislatore allo scopo di integrare la disciplina delle contestazioni tardive in dibattimento quanto al rito abbreviato, è intervenuta la prima decisione della Corte cost. a contenuto additivo, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere il giudizio abbreviato quanto al reato concorrente contestato in dibattimento, ma basato su circostanze che già risultavano dagli atti di indagine preliminare, al momento dell'esercizio dell'azione penale, nonché ad esito di c.d. autorimessione l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen. per quanto riguarda il fatto diverso contestato in dibattimento con le medesime caratteristiche (Corte cost. n. 333 del 2009). È emerso chiaramente in queste decisioni come la scelta di accesso al rito per l'imputato non possa essere condizionata e limitata a causa di negligenza del Pubblico Ministero. Rileva, quindi, un'efficace considerazione del diritto di difesa dell'imputato a fronte dell'ordinaria fluidità dell'accusa in dibattimento, che appunto trova un limite nella necessità di un corretto esercizio della azione penale. Dunque, quando muta *in itinere* il tema d'accusa, l'imputato deve poter rivedere le proprie opzioni riguardo al rito da seguire.

Ciò premesso, il tema che emerge quale conseguenza della questione sollevata è l'esercizio di un pieno diritto di difesa da parte dell'imputato, anche alla luce delle decisioni della Corte EDU (il riferimento principale è ovviamente alla decisione della Corte EDU c.d. Drassich/1 del 11/12/2007, che ha affermato il diritto dell'imputato ad essere informato del contenuto dell'accusa ai sensi dell'art. 6, par. 3, CEDU con riguardo non solo ai fatti materiali attribuiti all'imputato, ma anche alla qualificazione giuridica degli stessi; la sentenza in questione ha evidenziato la stretta correlazione tra il diritto di essere informato della natura e del motivo

dell'accusa e il diritto di disporre del tempo e delle possibilità necessarie per preparare la difesa; in tal senso appare rilevante considerare come tutta la giurisprudenza di legittimità successiva abbia ribadito l'inammissibilità dell'attribuzione della qualificazione giuridica diversa del fatto con atto a sorpresa, mentre è imposto il rispetto di comunicazioni alle parti per garantire il diritto di difesa, tra le molte Sez. 4 n. 2340 del 29/11/2017, D.S., Rv. 271758, che ha in particolare annullato la decisione in relazione alla diversa qualificazione di una circostanza aggravante in tema di furto, da destrezza a uso del mezzo fraudolento).

L'imputato deve essere posto in condizione di scegliere quale via di giudizio adire, con piena cognizione dell'imputazione articolata dalla pubblica accusa.

La riflessione si estende anche alla proposizione di contestazioni suppletive "patologiche" in sede di abbreviato condizionato, ma in termini diversi che coinvolgono la lealtà processuale tra le parti, la distinzione tra udienza preliminare e giudizio abbreviato quanto alla c.d. "fluidità dell'accusa" (che caratterizza proprio l'udienza preliminare), il pieno affidamento dell'imputato nella correttezza dell'operato della pubblica accusa, la necessità di consentire un'approfondita e completa articolazione del diritto di difesa nella scelta di accedere anche al rito abbreviato condizionato.

La prospettiva dell'imputato si confronta tuttavia con altri principi fondamentali del nostro ordinamento, non ultimo quello dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, che, se risulta garantito in relazione all'eventuale emersione di un fatto nuovo (che potrà sempre essere contestato in separato procedimento penale da parte del Pubblico Ministero), appare invece perdere definitivamente parte della sua incisività e completezza nel caso in cui l'eventuale contestazione suppletiva "patologica" riguardi una circostanza aggravante, elemento che, a parere sia della dottrina che della giurisprudenza, determina di per sé la diversità del fatto oggetto di imputazione, incidendo la sua previsione sulla consistenza e ampiezza della risposta sanzionatoria. Occorre ricordare in tal senso che la possibilità di accedere al rito abbreviato dalla sede di dibattimentale è stata affermata dalla Corte cost. n. 139 del 2015 nel caso di contestazione di una circostanza aggravante, con una pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 cod. proc. pen.

Il principio era già stato affermato dalla Corte cost. con la decisione n. 184 del 2014 quanto al patteggiamento e, in quella sede, si era sottolineato come la trasformazione dell'originaria imputazione in una ipotesi circostanziata comporti un mutamento del quadro processuale, incidendo, anche solo potenzialmente, sulla quantità e sulla qualità della risposta sanzionatoria, o sul regime di procedibilità per il reato contestato. Elemento che rileva ancor più nel caso in cui la contestazione si possa definire "patologica" perché già presente nella fase di acquisizione degli atti di indagine preliminare. In questa sede si è dunque pienamente recuperata la

distinzione, da alcuni ritenuta superata, tra contestazioni fisiologiche e contestazioni patologiche (si era infatti affermato che la contestazione fisiologica è in dibattimento addirittura più imprevedibile di quella patologica).

Diverse le pronunzie che hanno considerato, seppure non sempre in modo diretto, la questione rimessa. Sez. 2, n. 23466 del 09/06/2005, Scozzari, Rv. 231993, afferma che l'art. 441- *bis* cod. proc. pen., prevedendo che in sede di giudizio abbreviato l'imputato a fronte delle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen., possa chiedere che il processo prosegua con il rito ordinario, rinunciando al rito abbreviato, non si applica se le nuove contestazioni non derivano da nuove emergenze, ma riguardano fatti o circostanze già in atti, e quindi noti all'imputato quando ebbe ad avanzare la richiesta di rito abbreviato.

La difesa del ricorrente aveva rilevato come nel corso del giudizio il Pubblico Ministero avesse contestato un fatto nuovo, ex art. 423, comma 2, cod. proc. pen. senza notifica del verbale all'imputato contumace, al fine di acquisire il suo eventuale consenso o meno a procedere con il rito abbreviato quanto alla nuova contestazione. La Corte ha ritenuto che la lettura dell'art. 441 – *bis* cod. proc. pen. (che prevede che l'imputato ammesso al rito abbreviato possa chiedere che il rito prosegua nelle forme ordinarie nei casi di giudizio abbreviato condizionato ex art. 438, comma 5, cod. proc. pen. e di integrazione probatoria ex art. 441, comma 5, cod. proc. pen. quando il Pubblico Ministero proceda a contestazioni perché il fatto risulta diverso ex art. 423, comma 1, cod. proc. pen.) «non dà spazio ad incertezze interpretative, nel senso che l'imputato può chiedere che si proceda con il rito ordinario solo con riguardo a quei fatti, oggetto di nuova contestazione del P.M. perché scaturiti da integrazioni probatorie, sia richieste dall'imputato stesso, sia disposte dal giudice. Tant'è vero che l'art. 423, comma 1 e 2, cod. proc. pen., che pure prevede e disciplina il caso di nuove contestazioni all'imputato, non contempla per questo la possibilità di revocare la richiesta di rito abbreviato».

In sostanza la *ratio d*ella disposizione deve essere colta secondo questa decisione, nel fatto che la scelta del rito speciale non può essere ritenuta vincolante per fatti che non erano conosciuti, né conoscibili dall'imputato, mentre, ove non ricorra alcuna integrazione probatoria, e le nuove contestazioni non derivino da nuove emergenze, si tratta di fatti "noti" all'imputato e la nuova contestazione prescinde dall'esito dell'eventuale integrazione, senza alcuna possibilità quindi per l'imputato di rinunciare al rito prescelto. Appare evidente come, secondo questa opzione ermeneutica, in realtà non ricorra un fatto nuovo. Nessuna lesione del diritto di difesa può essere considerata ricorrente, poiché l'imputato nello scegliere di accedere al rito abbreviato era pienamente a conoscenza di tutti gli elementi poi confluiti nella nuova contestazione.

Lo stesso principio risulta espresso da Sez. 5, n. 7047 del 27/11/2008, Reinhard, Rv. 242952, che afferma che non ricorre alcun profilo di novità, ma al contrario una mera specificazione degli elementi già acquisiti, nel caso in cui la pubblica accusa provveda a realizzare una qualificazione giuridica diversa del fatto come furto consumato, anziché come tentato, rimanendo gli elementi descrittivi riportati esattamente gli stessi. Nonostante la massimazione del principio in senso del tutto conforme alla decisione della Seconda Sezione sopra citata, la situazione concreta oggetto di giudizio appare diversa, riferibile ad un caso di qualificazione giuridica del fatto da ritenere diverso perché aggravato e consumato, e non meramente tentato. Non ricorre la contestazione di fatto nuovo, e dunque un profilo interpretativo in qualche modo avvicinabile alla situazione considerata dall'ordinanza di rimessione (anche il riferimento alla precedente giurisprudenza di legittimità richiamata in motivazione, relativa alla ricorrenza o meno della contestazione di un fatto nuovo, non appare del tutto conducente rispetto alla decisione).

Sez. 6, n. 5200 del 15/11/2017, Ribaj, Rv. 272214, richiama il principio in questione e chiarisce come non si possa considerare fatto nuovo l'integrazione dell'imputazione di cui all'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, mediante l'indicazione del quantitativo di sostanza stupefacente. Questa decisione, sintetica nel suo percorso motivazionale, ancora una volta di fatto non affronta la questione nei termini di un'effettiva novità della contestazione in abbreviato condizionato caratterizzata da "patologia" perché basata su elementi già presenti in fase di indagine e diversi rispetto alla originaria imputazione, ma richiama un caso particolare rappresentato dalla precisazione inserita nella descrizione materiale del fatto, rimasto lo stesso nei suoi elementi costitutivi e distintivi. Anche in questo caso la questione era stata posta in relazione alla possibilità dell'imputato di revocare la scelta del rito abbreviato per accedere al rito ordinario.

Sez. 4, n. 48280 del 26/09/2017, Squillante, Rv. 271293, afferma per la prima volta in modo esplicito che in sede di giudizio abbreviato, ove sia stata disposta l'integrazione probatoria a norma dell'art. 441, comma 5, cod. proc. pen. è legittima la modifica dell'imputazione da parte del P.M., mediante contestazione suppletiva, anche quando i fatti oggetto della nuova contestazione erano già emersi nel corso delle indagini preliminari. Nel caso di specie, a seguito di integrazione probatoria disposta dal giudice ex art. 441, comma 5, cod. proc. pen., il P.M. aveva formulato contestazione suppletiva delle aggravanti di cui all'art. 186, comma 2 – *bis*, e 186 *bis* del Codice della Strada, basate tuttavia su dati oggettivamente preesistenti all'integrazione probatoria. Il collegio ha ritenuto legittima la contestazione suppletiva, precisando che ai sensi dell'art. 441 – *bis,* comma 1, cod. proc. pen., come già evidenziato dalla precedente giurisprudenza della Corte di cassazione, è legittima

la modifica dell'imputazione mediante contestazione suppletiva anche quando i fatti oggetto della nuova contestazione erano già emersi nel corso delle indagini preliminari (e richiama in tal senso Sez. 1, n. 13349 del 17/05/2012, D., Rv. 255049). Ciò in considerazione della portata dell'art. 423 cod. proc. pen. quale norma di diretta attuazione della direttiva contenuta nell'art. 2, punto 52, della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, che si limita ad indicare al legislatore delegato di prevedere per il Pubblico Ministero "nell'udienza preliminare" il potere di modificare l'imputazione e procedere a nuove contestazioni.

Questa decisione ritiene che il criterio evidenziato anche da Sez. 1, n. 13349 del 17/05/2012, D., Rv. 255049, quanto alla legge delega, pur se riferito esplicitamente alla sola udienza preliminare, debba essere esteso, valendo gli stessi criteri, anche al giudizio abbreviato condizionato, non ricorrendo nel caso in esame alcuna lesione del diritto di difesa (tra l'altro neanche denunciata dal ricorrente).

Quanto a questa decisione occorre tuttavia considerare come l'ambito di riferimento dei precedenti richiamati, quale orientamento costante, è sempre da individuare nell'udienza preliminare. In tal senso: - Sez. 1, n. 11993 del 14/11/1995, Di Mauro, Rv. 203050, che ritiene possibile la modifica dell'imputazione anche quando sia stata già avanzata, ma non ancora ammessa, la richiesta di giudizio abbreviato; - Sez. 3, n. 1506 del 4/12/1997, Pasqualetti, Rv. 209791, che richiama la possibilità per il P.M. di procedere, nel corso dell'udienza preliminare, a nuove contestazioni anche se i nuovi elementi non siano emersi in sede di udienza preliminare, bensì già nel corso delle indagini preliminari; - Sez. 3, n. 14433 del 04/12/2013, Z., Rv. 259719, secondo la quale il giudizio abbreviato richiesto dall'imputato a seguito di notificazione del decreto di giudizio immediato non può essere considerato già instaurato a seguito del decreto di fissazione dell'udienza, ma si apre soltanto con l'adozione dell'ordinanza di ammissione, sicché sino all'adozione di quest'ultima non è precluso al Pubblico Ministero il potere di effettuare contestazioni suppletive indipendentemente dai casi previsti dall'art. 441 – *bis* cod. proc. pen.

Sez. 5, n. 48879 del 17/09/2018, L., Rv. 274159, ha confermato l'orientamento relativo all'ammissibilità di nuove contestazioni, anche tardive, affermando che l'art. 441-*bis* cod. proc. pen. non si applica se le nuove contestazioni non derivino da nuove emergenze, ma riguardano fatti o circostanze già in atti, e quindi noti all'imputato quando ebbe ad avanzare la richiesta di rito abbreviato. Nel caso in esame la fattispecie era tuttavia relativa alla correzione di un mero errore materiale in ordine alla data del commesso reato.

Altre decisioni hanno affrontato il tema più generale della struttura del giudizio abbreviato e chiariscono che deve svolgersi secondo la sua struttura tipica, e cioè allo stato degli atti, con conseguente immutabilità dell'originaria imputazione, senza

alcuna possibilità per il Pubblico Ministero di modificarne il contenuto, pena la nullità della sentenza che si formi su fatti e circostanze ulteriori che siano stati eventualmente contestati (Sez. 3, n. 35624 del 11/07/2007, Terlizzi, Rv. 237293).

Sez. 4, n. 3758 del 03/06/2014, Costa, Rv. 263196, esprime lo stesso principio, chiarendo che la nullità conseguente ad una modifica non consentita determina una nullità a regime intermedio, considerato che per il giudizio abbreviato l'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., nel richiamare le disposizioni dell'udienza preliminare esclude l'applicazione dell'art. 423 cod. proc. pen. Lo stesso principio, relativo alle caratteristiche della nullità, in caso di modifica dell'imputazione nel corso di giudizio abbreviato puro e non condizionato, era stato affermato da Sez. 6, n. 13117 del 19/01/2010, Sghiri Yassine, Rv. 246680, relativamente al riconoscimento di circostanza aggravante e conseguente contestazione suppletiva. Nello stesso identico senso Sez. 4, n. 12259 del 14/02/2007, Biasotto, Rv. 236199 ed anche Sez. 2, n. 11953 del 29/01/2014, D'Alba, Rv. 258067 (quanto alla contestazione suppletiva dell'aggravante di più persone riunite), dove si è evidenziato che la nullità, a regime intermedio, è posta a garanzia del complesso delle facoltà e dei poteri che la legge attribuisce all'imputato e al suo difensore e che sono implicite nel diritto di difesa, i quali trovano presidio nella disposizione di cui alla lettera c) dell'art. 178 cod. proc. pen. Emerge nel percorso motivazionale di questa decisione in modo chiaro la necessità di arginare le contestazioni "a sorpresa" del Pubblico Ministero, proprio perché ritenute in piena violazione del diritto di difesa dell'imputato e del suo difensore "che hanno optato per il giudizio abbreviato sulla base di una determinata imputazione e vedono poi il giudice chiamato a pronunziarsi su una imputazione diversa rispetto a quella da essi considerata ai fini della scelta del rito" (significativa rispetto a questo orientamento appare anche Sez.4, n. 26653 del 22/04/2009, PG / Sarti, Rv. 244505, conforme recentemente, anche se massimata su diverso profilo, Sez. 2, n. 18617 del 08/02/2017, PG/ Davicco, Rv. 269743), che ha ritenuto illegittime anche modifiche dell'imputazione favorevoli all'accusato, consistenti nell'eliminazione di un'aggravante in precedenza contestata.). In questa decisione, così come in Sez. 2, n. 35350 del 17709/2010, Percuoco, Rv. 248544, si specifica la *ratio* della previsione di cui all'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., ovvero la volontà del legislatore di evitare di esporre l'imputato ad una "fluidità" dell'accusa incompatibile con la rinuncia alla prova che si cristallizza "irretrattabilmente con la richiesta di abbreviato condizionato", perché "qualsiasi modifica dell'impianto dell'accusa, intervenuta dopo la scelta del rito, che non si riduca ad una mera differente qualificazione giuridica di un fatto altrimenti immutato, esporrebbe l'imputato alle conseguenze di una scelta processuale maturata in relazione ad un diverso contesto accusatorio, senza poter più recuperare il proprio diritto costituzionale a difendersi anche provando".

La lealtà processuale impone dunque, ex art. 111 Cost., che la cornice di riferimento entro la quale è stata operata una scelta così impegnativa, come quella di rinunciare al dibattimento, sia immutabile.

Le argomentazioni spese da queste decisioni, pur se relative, nella maggior parte dei casi, a ipotesi di giudizio abbreviato "puro", rivelano la loro particolare rilevanza e incidenza rispetto alla questione posta con l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite.

La volontà del legislatore di garantire l'imputato, che rinuncia a difendersi provando in dibattimento, dovrebbe essere riscontrata anche in relazione al caso di giudizio abbreviato condizionato nell'ambito del quale le modifiche dell'imputazione non trovino alcun aggancio nella attività di integrazione probatoria richiesta o disposta d'ufficio.

Se infatti tali integrazioni non rilevano quanto alla contestazione patologica proposta, la scelta dell'imputato nel giudizio abbreviato dovrebbe essere garantita nello stesso modo, ovvero scelta di accesso al rito rinunciando a difendersi provando solo alle condizioni date dallo stato degli atti.

Il collegio nell'ordinanza di rimessione ha evidenziato come in caso contrario la disparità di trattamento in situazioni sostanzialmente analoghe sarebbe di tutta evidenza. Queste ultime decisioni dunque, pur non affrontando direttamente il tema posto nella questione, rappresentano un incisivo quadro di riferimento della normativa in tema di giudizio abbreviato e del necessario rispetto del diritto di difesa dell'imputato.

3. La sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2010.

La sentenza, citata anche nell'ordinanza di rimessione, è intervenuta sul giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 441 e 441- *bis* del cod. proc. pen. nella parte in cui non prevedono che, nel corso del giudizio abbreviato, il Pubblico Ministero possa effettuare contestazioni suppletive nei casi di cui all'art. 12, comma 1, lett. b) del medesimo codice "anche in assenza di integrazioni probatorie disposte dal giudice e sulla base di fatti e circostanze già in atti e noti all'imputato". Viene dunque affrontato un tema sostanzialmente analogo a quello oggetto di rimessione, incentrandosi però la riflessione sulla possibile realizzazione di contestazioni suppletive sostanzialmente "patologiche" nel giudizio abbreviato incondizionato, situazione di fatto equiparabile a quella in cui, pur nell'ambito di giudizio abbreviato condizionato, vengano proposte contestazioni suppletive in assenza di qualsiasi nuovo elemento derivante dall'integrazione probatoria, e dunque direttamente collegate ad elementi già in atti nella fase delle indagini preliminari.

Il caso concreto oggetto di giudizio era relativo ad imputazione di numerose persone per il delitto di associazione a delinquere finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti, con successiva contestazione suppletiva da parte del Pubblico Ministero di un ulteriore reato in materia di stupefacenti solo per alcuni imputati, legato dal vincolo della continuazione al reato principale. A sostegno della propria riflessione il Giudice remittente aveva richiamato Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, Barbagallo, Rv. 212757, nell'ambito della quale si è affermato come il Pubblico Ministero possa procedere alla contestazione suppletiva di un reato concorrente o di una circostanza aggravante nel giudizio ordinario, non soltanto a fronte di nuove risultanze dibattimentali, ma anche sulla base di elementi già acquisiti nella fase delle indagini preliminari. In sostanza, secondo la decisione delle Sez. U. Barbagallo, la contestazione suppletiva "patologica" può rappresentare un'eventualità fisiologica del sistema ispirato alla centralità del dibattimento, e, a tal fine, non appare condivisibile una mera interpretazione letterale, e non coordinata sistematicamente, del disposto dell'articolo 517 cod. proc. pen., che parla di elementi emersi "nel corso" del dibattimento, poiché una soluzione del genere si risolverebbe in "un formalismo esasperato ed ingiustificato", in mancanza di qualsiasi lesione, sempre secondo la lettura delle Sezioni Unite, del diritto di difesa nel caso di nuove contestazioni basate non sull'esito del dibattimento, ma su elementi già raccolti nel corso delle indagini preliminari, dunque del tutto noti all'imputato e al suo difensore.

È proprio in relazione alla decisione delle Sez. U. Barabagallo che il remittente ritiene comprensibile l'emersione dell'orientamento di legittimità (citato anche nell'ordinanza di rimessione che ha sollevato la questione) che ha affermato che anche nel giudizio abbreviato, una volta disposta un'attività di integrazione probatoria, le contestazioni suppletive siano ammissibili non soltanto se derivanti dalla nuove prove assunte, ma anche quando trovino fondamento in fatti e circostanze già in atti, tanto che l'imputato in questi casi non potrebbe neanche esercitare lo *ius poenitendi* previsto esclusivamente dall'art. 441 – *bis* cod. proc. pen.

Tale interpretazione della giurisprudenza di legittimità viene condivisa dal remittente dinnanzi alla Corte costituzionale anche in considerazione della riforma del giudizio abbreviato, caratterizzato da una maggiore "fluidità" dell'accusa, tanto sul versante probatorio che su quello dell'imputazione.

Una diversa disciplina relativa alla riscontrata ammissibilità di una contestazione suppletiva "patologica" nel corso del giudizio abbreviato condizionato, esclusa invece per il giudizio abbreviato puro rappresenterebbe per il remittente una violazione del principio del giusto processo e dei valori costituzionali sanciti nell'art. 111 Cost. In sostanza non si potrebbe inibire al Pubblico Ministero di formulare un'imputazione pienamente correlata all'insieme degli atti delle indagini preliminari,

del tutto noti all'imputato, in applicazione del principio di lealtà processuale delle parti.

In entrambi i casi infatti la necessità di integrare l'imputazione deriverebbe da un'omissione del Pubblico Ministero, con la conseguenza che un'interpretazione ostativa limiterebbe l'esercizio dell'azione penale, con possibile violazione del diritto di difesa, poiché l'imputato potrebbe trovare più conveniente una trattazione congiunta delle diverse imputazioni (specialmente nel caso in cui i fatti risultino avvinti dalla continuazione).

La Corte costituzionale ha ritenuto infondata nel merito la questione, evidenziando in primo luogo come l'orientamento citato dal remittente (in particolare le sentenze Scozzari e Reinhard) non si possa ritenere affatto consolidato, soprattutto considerato che la sentenza Reinhard ha ad oggetto una questione relativa ad una mera riqualificazione giuridica del fatto e non una contestazione suppletiva. La prima, come già evidenziato in precedenza, afferma infatti che l'art. 441- *bis* cod. proc. pen., prevedendo che in sede di giudizio abbreviato l'imputato a fronte delle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen., possa chiedere che il processo prosegua con il rito ordinario, rinunciando al rito abbreviato, non si applica se le nuove contestazioni non derivano da nuove emergenze, ma riguardano fatti o circostanze già in atti, e quindi noti all'imputato quando ebbe ad avanzare la richiesta di rito abbreviato; la seconda che non ricorre alcun profilo di novità, ma al contrario una mera specificazione degli elementi già acquisiti, nel caso in cui la pubblica accusa provveda a realizzare una qualificazione giuridica diversa del fatto come furto consumato, anziché come tentato, rimanendo gli elementi descrittivi riportati esattamente gli stessi.

Le decisioni in questione vengono poi esplicitamente ritenute non solo non incontrovertibili sul piano ermeneutico, ma addirittura foriere di un assetto in sé incompatibile con la Costituzione.

In tal senso la Corte - pur richiamando la giurisprudenza di legittimità e la propria sentenza n. 333 del 2009 (che hanno complessivamente considerato ammissibili le contestazioni suppletive "patologiche" in dibattimento, derivanti da elementi emersi per la prima volta nel corso dell'udienza preliminare o anche dai soli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari) – ha evidenziato come nella soluzione interpretativa della questione occorra tener conto delle peculiarità del rito abbreviato, poiché l'assetto normativo predisposto dal legislatore possiede una sua intrinseca razionalità.

Originariamente il giudizio abbreviato era stato infatti configurato come rito "allo stato degli atti", senza alcuna possibilità di integrazioni probatorie, e proprio per questo motivo l'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., nell'operare un generale rinvio, nei limiti della compatibilità, alla disciplina dell'udienza preliminare,

escludeva l'applicabilità dell'istituto della modificazione dell'imputazione ex art. 423 cod. proc. pen.

La *ratio* di tale previsione viene individuata dalla Corte nell'esigenza di realizzare una funzione di garanzia per l'imputato, oltre che una logica premiale. L'imputato accetta di essere giudicato sulla base degli atti raccolti nelle indagini preliminari, ma solo con esclusivo riferimento all'imputazione formulata dal Pubblico Ministero, ed è proprio questa formulazione ed accusa, per come formalizzata, a delimitare l'ambito della sua rinuncia alla formazione della prova in contradditorio.

Questa dimensione di garanzia, per come articolata dal legislatore, è stata ritenuta immune da vizi di costituzionalità, in quanto coerente con la struttura e finalità del rito (sentenza n. 378 del 1997).

Precisa tuttavia la Corte che, con l'introduzione delle modifiche al rito abbreviato (legge 16 dicembre 1999, n. 479), sono stati introdotti "in via di eccezione" meccanismi di adeguamento dell'imputazione in conseguenza delle nuove acquisizioni probatorie derivanti dalla richiesta di condizionamento del rito.

Nuove contestazioni sono dunque possibili "unicamente nei casi di modificazione della base cognitiva a seguito dell'attivazione dei meccanismi di integrazione probatoria".

Con la possibilità conseguente per l'imputato, nel caso in cui si tratti delle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen. (fatto diverso, reato connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lett. b) o circostanza aggravante) di esercitare lo *ius poenitendi* o articolare richiesta di ammissione di nuove prove ex art. 441 - *bis* cod. proc. pen.

La Corte sottolinea, e la circostanza appare assai rilevante quanto alla questione rimessa, che non possa essere ritenuta ormai acquisita l'idea di un giudizio abbreviato del tutto fluido quanto all'imputazione, mentre invece si deve ritenere che "le eccezioni introdotte restano strettamente legate alle fattispecie che le giustificano: vale a dire che il Pubblico Ministero possa effettuare le nuove contestazioni solo quando affiori la necessità di adattare l'imputazione a nuove risultanze processuali, scaturenti da iniziative probatorie assunte nell'ambito del rito alternativo".

Rimane quindi del tutto escluso che "dette iniziative – tanto più se rimaste prive di seguito – possano rappresentare una patente di legittimazione per rivalutare, a scopo di ampliamento dell'accusa, elementi già acquisiti in precedenza, e fino a quel momento, non posti ad oggetto dell'azione penale".

Inoltre viene evidenziato come l'indirizzo giurisprudenziale relativo alla possibilità di modifiche dell'imputazione anche nel caso di abbreviato incondizionato giunge di fatto a risultati contrari al dettato costituzionale quando esclude qualsiasi possibilità per l'imputato di esercitare nel caso lo *ius poenitendi*.

Altre decisioni della Corte hanno infatti chiarito (n. 333 del 2009 e 265 del 1994) che le valutazioni dell'imputato in ordine alla convenienza dei riti alternativi al dibattimento dipendono anzitutto dalla concreta impostazione data al processo dal Pubblico Ministero, sicché quando per "evenienze patologiche", quali gli errori o le omissioni del Pubblico Ministero sull'individuazione del fatto o del titolo del reato, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, l'imputato deve essere necessariamente rimesso in termini per compiere le suddette valutazioni, pena la violazione del diritto di difesa e del principio di eguaglianza, considerata l'evidente discriminazione che si verrebbe a determinare a seconda "della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal Pubblico Ministero nell'esercitare l'azione penale".

Questo principio, affermato in relazione alle nuove contestazioni dibattimentali e alla possibilità di passaggio dal rito ordinario ai riti alternativi, non può a parere della Corte operare in direzione inversa, poiché con la richiesta di giudizio abbreviato l'imputato accetta di essere giudicato con rito semplificato in relazione ai reati già contestati.

E tale "rinuncia a difendersi provando in dibattimento" rappresenta un apprezzamento della convenienza del rito stesso dal punto di vista della difesa, sicché non sarebbe "costituzionalmente accettabile che egli venisse a trovarsi vincolato dalla sua scelta anche in relazione ad ulteriori reati concorrenti che, stando all'indirizzo interpretativo in discussione, potrebbero essergli contestati a fronte delle evenienze patologiche di cui si è detto".

La giurisprudenza di legittimità richiamata viene considerata dalla Corte costituzionale intanto non apprezzabile in termini di diritto vivente, non incontestabile sul piano ermeneutico e comunque non compatibile con i principi costituzionali, tanto più che il Pubblico Ministero manterrebbe intatta la possibilità di esercitare separatamente l'azione penale per il reato connesso, non tempestivamente contestato. Né alcun aggravio viene riscontrato a carico dell'imputato per lo svolgimento in processi separati di reati eventualmente avvinti dalla continuazione, considerata la possibilità di esercitare pienamente il diritto stesso con pienezza di garanzie in fase esecutiva.

4. Considerazioni di sintesi.

In attesa della motivazione della decisione delle Sezioni Unite, occorre considerare come alla questione sollevata nei seguenti termini: «Se nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria o nel quale l'integrazione sia stata disposta dal giudice, sia consentito procedere alla modificazione dell'imputazione o a contestazioni suppletive con riguardo a fatti già

desumibili dagli atti delle indagini preliminari e non collegati agli esiti dei predetti atti istruttori», è stata fornita risposta negativa.

Ciò posto appare opportuno in via conclusiva formulare alcune osservazioni di sintesi, difatti, premesso che la questione rimessa alle Sezioni Unite è stata oggetto di una riflessione della giurisprudenza di legittimità esplicitatasi, a ben vedere, solamente con la decisione della Sez. 4, n. 48280 del 26/03/2017, Squillante, occorre, però, sottolineare che: - la necessaria considerazione del contenuto pattizio della scelta del rito abbreviato; - la limitazione del concetto di fluidità dell'accusa come elemento da riferire in modo ampio solo ed esclusivamente alla fase della udienza preliminare (e del dibattimento) piuttosto che a quella del rito abbreviato; - la riferibilità della disciplina dell'art. 423 cod. proc. pen. in sede di abbreviato solo ed esclusivamente ai casi di modificazione del volume della prova ad esito di integrazione probatoria richiesta dalla parte o dal giudice; - la corretta considerazione del diritto dell'imputato ad un pieno esercizio del diritto di difesa rappresentano altrettanti elementi evidenziati in modo univoco dalla Corte cost. nella sentenza n. 140 del 2010, già in epoca precedente alla decisione della Corte costituzionale, in senso diverso da quello adottato dalla suddetta decisione.

Un'interpretazione orientata, anche con riferimento ai principi enucleati dalla Corte EDU, rende sempre più evidente l'emersione della necessaria tutela del diritto di difesa dell'imputato nel giungere alla scelta di un rito pur sempre a prova contratta, che deve trovare il proprio limite nella formulazione dell'accusa.

La tendenza ad interpretare restrittivamente il potere di modificare con contestazioni suppletive l'imputazione nel rito abbreviato trova per la maggior parte delle riflessioni sul punto la propria giustificazione nelle caratteristiche proprie del rito, anche a seguito delle modifiche introdotte dalla c.d. Legge Carotti, senza incidere sul principio di obbligatorietà della azione penale. Sembrano tuttavia permanere degli spazi di riflessione quanto al caso in cui oggetto della contestazione suppletiva sia una circostanza aggravante del delitto (come nel caso in esame per la ricorrenza dei motivi abbietti e futili). Infatti, tenuto conto dell'impostazione della giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale quanto al fatto circostanziato quale fatto diverso - sia per la diversa incidenza della risposta sanzionatoria, che per la presenza di elementi fattuali aggiuntivi, che incidono nella descrizione del comportamento contestato - si potrebbe determinare, nel caso di contestazione suppletiva di circostanza aggravante a carattere "patologico", la perdita di alcuni elementi essenziali del fatto, che non sembrano recuperabili altrimenti (con esercizio separato dell'azione come per il fatto del tutto nuovo).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione penale

Sez. 5, n. 48879 del 17/09/2018, L., Rv. 274159 – 01

Sez. 4, n. 48280 del 26/09/2017 Squillante, Rv. 271293 – 01

Sez. 5, n. 33870 del 07/04/2017, Crescenzo, Rv. 270475 – 01

Sez. 6, n. 5200 del 15/11/2017, Ribaj, Rv. 272214 – 01

Sez. 2, n. 18617 del 08/02/2017, PG/ Davicco, Rv. 269743 -01

Sez. 2, n. 11953 del 29/01/2014, D'Alba, Rv. 258067 - 01

Sez. 3, n. 14433 del 04/12/2013, Z., Rv. 259719 -01

Sez. 1, n. 3758 del 07/11/2013, Costa, Rv. 258260 – 01

Sez. 2, n. 859 del 18/12/2012, Chiapolino, Rv. 254186 – 01

Sez. 1, n. 13349 del 17/05/2012, D., Rv. 255049 – 01

Sez. 2, n. 35350 del 17/09/2010, Percuoco, Rv. 248544 - 01

Sez. 6, n. 13117 del 19/01/2010, Sghiri Yassine, Rv. 246680 – 01

Sez. 4, n. 26653 del 22/04/2009, PG / Sarti, Rv. 244505 – 01

Sez. 5, n. 7047 del 27/11/2008, Reinhard, Rv. 242962 – 01

Sez. 3, n. 35624 del 11/07/2007, Terlizzi, Rv. 237293 – 01

Sez. 4, n. 36936 del 12/06/2007, PM/ Gamba, Rv. 237238 – 01

Sez. 4, n. 21548 del 23/03/2007, Manca, Rv. 236728 – 01

Sez. 4, n. 12259 del 14/02/2007, Biasotto, Rv. 236199 – 01

Sez. 2, n. 23466 del 09/06/2005, Scozzari, Rv. 231993 - 01

Sez. 6, n. 36310 del 07/07/2005, Notari, Rv. 232407 – 01 Sez. U, n. 44711 del 27/10/2004, Wajib, Rv. 229175 -01

Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, Barbagallo, Rv. 212757 – 01

Sez. 3, n. 1506 del 4/12/1997, Pasqualetti, Rv. 209791 – 01 Sez. U, n. 16 del 19/06/1996, Di Francesco, Rv. 205619 -01

Sez. 1, n. 11993 del 14/11/1995, Di Mauro, Rv. 203050 – 01

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 206 del 2017

Corte cost., sent. n. 216 del 2016

Corte cost., sent. n. 139 del 2015

Corte cost., sent. n. 273 del 2014

Corte cost., sent. n. 237 del 2012

Corte cost., sent. n. 140 del 2010

Corte cost., sent. n. 333 del 2009

Corte cost., sent. n. 378 del 1997

Corte cost., sent. n. 265 del 1994

Corte cost., sent. n. 88 del 1992

Corte cost., sent. n. 92 del 1992

SEZIONE VI

IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

RESTITUZIONE NEL TERMINE PER IMPUGNARE LA SENTENZA CONTUMACIALE ED EFFETTIVA CONOSCENZA DEL PROCEDIMENTO

(ANNA MAURO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso – 3. La rimessione alle Sezioni Unite – 4. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite penali, con **sentenza n. 28912 del 28/2/2019, Innaro, Rv. 275716,** hanno affermato il seguente principio di diritto: "Ai fini della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale ex art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella formulazione antecedente alla modifica operata con legge n. 67 del 28 aprile 2014, l'effettiva conoscenza del procedimento deve essere riferita all'accusa contenuta in un provvedimento formale di *vocatio in iudicium* sicché tale non può ritenersi la conoscenza dell'accusa contenuta nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, fermo restando che l'imputato non deve avere rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione oppure non deve essersi deliberatamente sottratto a tale conoscenza."

2. Il caso.

Il caso trae origine dalla decisione del giudice dell'esecuzione di rigettare sia l'istanza di revoca di una sentenza di condanna, sia la richiesta di restituzione nel termine presentata dal condannato ai sensi dell'art. 175, comma 2, cod, proc. pen., nella formulazione antecedente alla modifica operata con legge n. 67 del 2014, sulla base del rilievo che doveva ritenersi acquisita la conoscenza del procedimento da parte del ricorrente – il quale lamentava di non aver avuto conoscenza né del decreto di citazione a giudizio, né dell'estratto contumaciale della sentenza – in considerazione della regolarità delle notifiche eseguite nei suoi confronti nel processo di cognizione. Ed invero, la notifica dell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari era stata eseguita nelle mani della moglie dell'indagato, capace e convivente con lo stesso, presso il domicilio da quest'ultimo eletto nel verbale

redatto innanzi all'Autorità di polizia giudiziaria e le notifiche successive, ossia quella del decreto di citazione a giudizio e quella dell'estratto contumaciale della sentenza, erano state effettuate a norma dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., in considerazione del tentativo infruttuoso di notifica al domicilio eletto. Per il giudice dell'esecuzione, quindi, doveva ritenersi corretta la formazione del titolo esecutivo in quanto la notifica dell'avviso ex art. 415-*bis* cod. proc. pen., per come eseguita, dimostrava che il ricorrente aveva avuto effettiva conoscenza del procedimento a suo carico.

3. La rimessione alle Sezioni Unite.

La Prima sezione della Cassazione, assegnataria del processo, ha investito le Sezioni Unite a norma dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen. formulando il seguente quesito: "Se ai fini dell'esperimento del rimedio processuale previsto dall'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. nel testo previgente, l'effettiva conoscenza del procedimento, da parte dell'imputato rimasto contumace nel giudizio, debba essere riferita alla conoscenza dell'accusa contenuta in un provvedimento formale di *vocatio in iudicium* o possa essere riferita anche alla conoscenza dell'accusa contenuta nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari".

Nell'ordinanza si dà conto dell'esistenza, nella giurisprudenza di legittimità, di due orientamenti: il primo, maggioritario, (*ex multis*, Sez. 1, n. 29851 del 24/6/2009, Cari, Rv. 244316-01; Sez. 1, n. 3746 del 16/1/2009, Del Duca, Rv. 242535-01; Sez. 4, n. 41860 del 17/6/2009, Tagliabue, Rv. 245438-01; Sez. 4, n. 8104 del 15/11/2013, Djordjevic, Rv. 259350-01; Sez. 1, n. 6736 del 12/2/2014, Farago, Rv.259629-01; Sez. 1, n. 14272 del 9/3/2006, Coppola, RV. 233516; Sez. 4, n. 29977 del 19/6/2006, Hudorovic, Rv. 235238-01; Sez. 6, n. 26834 del 24/3/2015, Kobernyk, Rv. 263992-01) secondo cui, in ipotesi assimilabili a quella in esame, per superare la presunzione di ignoranza del procedimento da parte dell'imputato rimasto contumace, occorre la prova della conoscenza dell'accusa contenuta in un provvedimento formale di *vocatio in iudicium* davanti all'organo giurisdizionale che lo deve giudicare, che presuppone la regolarità della citazione a giudizio; il secondo, da ritenersi minoritario e al quale il Collegio ritiene di aderire (Sez. 2, n. 43452 del 3/7/2013, Baloc, Rv. 256822-01; Sez. 1, n. 32984 del 15/6/2010, Condello, Rv. 248008-01; Sez. 2, n. 8410 del 24/1/2006, Pisaturo, Rv. 233692-01; Sez. 2, n. 8414 del 25/1/2006, Perrella, Rv. 233694-01), secondo cui, per superare la presunzione di non conoscenza del procedimento di cui si controverte, è sufficiente la prova della conoscenza dell'accusa contenuta nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, notificato all'indagato che è, quindi, messo in grado di desumere che vi sarà un processo nei suoi confronti. Per il collegio remittente, in buona sostanza, è

sufficiente la conoscenza dell'esistenza del procedimento anche se in fase soltanto embrionale purché essa sia ricollegabile ad atti a contenuto giurisdizionale, ai quali è conseguita la precisa scelta dell'imputato di non osservarli.

Aderendo al primo orientamento, nel caso in esame, il giudice dell'esecuzione non avrebbe potuto presumere, sulla scorta della sola formale ritualità delle notifiche, l'effettiva conoscenza del processo da parte dell'imputato poiché il decreto di citazione a giudizio era stato notificato in mani del difensore d'ufficio; recependo, invece, la seconda opzione interpretativa, avrebbe potuto condividere (così come ha fatto) la decisione del giudice della cognizione in quanto l'avviso di conclusione delle indagini preliminari era stato ritualmente notificato a mani della moglie dell'indagato, capace e che si dichiarava convivente, al domicilio eletto da quest'ultimo.

Orbene, il quesito sottoposto riveste notevole interesse sia perché, nonostante esso riguardi un caso ricadente sotto una disciplina ormai riformata, la restituzione del termine per impugnare la sentenza pronunziata in contumacia continua ad applicarsi, attesa la previsione di cui all'art. 1, comma 2, L. 11 agosto 2014, n. 118, ai procedimenti in cui l'imputato sia stato dichiarato contumace prima dell'entrata in vigore del nuovo regime e non sia stato emesso il decreto di irreperibilità, sia perché, soprattutto, viene richiesto alle Sezioni Unite di interpretare la nuova disciplina sull' "assenza" e di individuare i criteri utili per focalizzare i casi in cui, potendosi ritenere acquisita, in capo all'interessato, l'effettiva conoscenza del procedimento, possa procedersi nonostante la sua assenza. Se, infatti, prima della riforma del 2014, la prova dell'"effettiva conoscenza del procedimento" riguardava esclusivamente la restituzione del termine per impugnare la sentenza contumaciale, adesso riveste carattere centrale in quanto, a mente del rinnovato art. 420-*bis* cod. proc. pen., costituisce il presupposto per legittimare la celebrazione del processo *in absentia*. Ed invero, se prima dell'intervento della novella del 2014, si privilegiava il sistema della conoscenza legale del processo e il giudizio si svolgeva in contumacia se le notifiche erano state formalmente eseguite, ora occorre verificare se l'assenza dell'imputato nel giudizio dipenda da scelte volontarie e consapevoli o da ignoranza dell'esistenza di un processo a suo carico.

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, nell'affermare il principio di diritto sopra riportato, hanno innanzitutto osservato che il contrasto segnalato dalla sezione a ben vedere non è del tutto evidente e che i ritenuti differenti orientamenti della giurisprudenza della Corte sono piuttosto ravvicinati tra loro in quanto la tesi minoritaria è stata

affermata espressamente solo dalla sezione remittente, mentre le altre poche decisioni richiamate a sostegno della stessa o valorizzano (così, Sez. 2, n. 43452 del 3/7/2013, Baloc, cit.), una pluralità di atti di contenuto "giurisdizionale" (tra cui non rientra, quindi, l'avviso del pubblico ministero di conclusioni delle indagini), anche se precedenti all'instaurazione del giudizio, quali, ad esempio, l'interrogatorio in sede di udienza di convalida, l'ordinanza di convalida e l'ordinanza applicativa della misura cautelare o fanno riferimento (così, Sez. 2, n. 8414 del 25/1/2006, Perrella, cit.) a fattispecie concrete del tutto particolari dove è da ritenersi dimostrata anche la volontaria sottrazione alla conoscenza degli atti.

Il Supremo collegio osserva, quindi, che il contrasto segnalato rileva per un diverso e più ampio tema, dovendosi stabilire se la conoscenza debba riguardare "il processo" o, come ritenuto dall'orientamento minoritario, atti anteriori al processo che, però, ne consentano di definire il futuro contenuto e comportino il conseguente onere di attivazione dell'interessato per conoscere gli ulteriori ed eventuali sviluppi del procedimento intentato a suo carico.

In assoluta sintonia con le decisioni della Corte di Strasburgo *in subiecta materia,* che nonostante il silenzio serbato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo sul punto, hanno da tempo ritenuto che il diritto dell'imputato ad essere presente al processo costituisca ormai principio di civiltà giuridica universalmente acquisito (determinate è da ritenersi, sul punto, Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia), le Sezioni Unite hanno valorizzato l'orientamento più restrittivo argomentando come segue.

La premessa da cui occorre partire è l'irrilevanza, nell'argomento in esame, dell'interpretazione letterale del termine "procedimento" utilizzato nell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. che porterebbe a ritenere che il legislatore abbia inteso far riferimento alla conoscenza di qualsiasi atto successivo all'iscrizione ex art. 335 cod. proc. pen. E' proprio il dato testuale, infatti, che non consente di ritenere decisiva siffatta interpretazione in quanto il legislatore fa un uso generale del termine "procedimento" anche con riferimento a situazioni in cui, senza dubbio alcuno, si ha riguardo al processo (si pensi al terzo comma dell'art. 175 cod. proc. pen. in cui si legge "ciascun grado del procedimento"; al vigente art. 629-*bis* in cui si utilizzano indifferentemente i due termini; alla disposizione transitoria (L. n. 118/2014) che nel disciplinare il passaggio tra processo in contumacia e processo in assenza utilizza il termine "procedimento" con riferimento alla dichiarazione di contumacia e alla lettura del dispositivo).

Le Sezioni Unite, quindi, dopo aver sottolineato l'irrilevanza del dato testuale, evidenziano che nel sistema della contumacia, come delineato dopo la riforma del 2005, il soggetto condannato, se non informato "effettivamente" del "procedimento", ha il diritto incondizionato ad impugnare la sentenza di condanna

tranne che non venga provato che egli abbia avuto conoscenza, non legale, ma effettiva, del processo, ossia del contenuto dell'accusa e della data e del luogo di svolgimento, a nulla rilevando, a tali fini, che egli abbia avuto conoscenza del procedimento. La prova idonea a superare la presunzione di cui all'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. previgente non può essere rappresentata dal solo dato della notifica, anche se a mani proprie, dell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari. Non a caso il decreto-legge n. 17 del 2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 60 del 2005, nel preambolo precisa che "occorre garantire il diritto incondizionato all'impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna da parte delle persone condannate nei casi in cui esse non sono state informate in modo effettivo dell'esistenza di un procedimento a loro carico …" al fine di "armonizzare l'ordinamento giuridico interno al nuovo sistema di consegna tra gli Stati dell'Unione europea che consente … di rifiutare l'esecuzione del mandato di cattura europeo emesso in base ad una sentenza di condanna in contumacia ove non sia garantita, sempre che ne ricorrano i presupposti, la possibilità di un nuovo processo".

Il passaggio dal sistema della contumacia a quello della contumacia consapevole, in base alle riforme del 2008 e del 2005, consente di affermare, anche in tema di regolarità formale della notifica, un principio opposto a quello previgente: mentre prima era consentito procedere quando la notifica era rituale anche nei confronti degli irreperibili in quanto la garanzia per l'imputato era data dalla presenza del difensore d'ufficio, ora è possibile processare solo chi sia a conoscenza del processo, indipendentemente dall'esistenza di una notifica formalmente regolare. Se quindi "il sistema di conoscenza legale in base a notifiche regolari non incide sulla questione della conoscenza effettiva", per le Sezioni Unite, contrariamente a quanto ritenuto dall'ordinanza di rimessione, è del tutto irrilevante considerare il fatto che la notifica sia conforme al sistema occorrendo, invece, verificare se essa abbia consentito la conoscenza personale effettiva tenendo conto, ad esempio, della reale e stabile convivenza di chi abbia ricevuto l'atto o del carattere elusivo dell'indicazione di un domicilio presso il quale era certa l'impossibilità di reperimento della parte personalmente o di qualunque altro soggetto che potesse ricevere l'atto.

La conoscenza effettiva del processo nei termini anzidetti, dunque, non solo non può essere assicurata da qualunque forma di contatto con gli inquirenti, ma neanche può ritenersi raggiunta con la conoscenza da parte dell'indagato dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari in quanto tale atto – anche se deve contenere la "sommaria" enunciazione del fatto per il quale si procede, le norme che si assumono violate, la data e il luogo del fatto, nonché l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del

pubblico ministero e che l'indagato e il suo difensore possono prenderne visione e estrarne copia, nonché l'avvertimento che, entro venti giorni, l'indagato ha facoltà di presentare memorie, di produrre documenti, di depositare atti di indagine difensiva, di chiedere al pubblico ministero il compimento di ulteriori indagini ovvero di essere sottoposto ad interrogatorio o, infine, di presentarsi per rilasciare dichiarazioni – per le Sezioni Unite, altro non è che una comunicazione fatta dal pubblico ministero senza alcuna indicazione sul futuro sviluppo del procedimento e senza alcuna utile informazione sul futuro ed eventuale processo e, soprattutto, senza alcuna previsione di un onere per l'indagato di mantenersi informato sui futuri sviluppi del procedimento tale da superare l'obbligo di citazione in giudizio. Trattasi di un atto molto diverso da quelli tassativamente elencati nell'art. 420-*bis,* comma 2*,* cod. proc. pen. da cui il legislatore fa derivare l'onere dell'interessato di tenersi informato e, per il Supremo collegio, l'esclusione di tale atto da un elenco tassativo non può considerarsi del tutto casuale, ma è piuttosto espressione della valutazione da parte del legislatore della limitata rilevanza della conoscenza da parte dell'indagato dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari poiché essa non porta alla sicura consapevolezza della pendenza del processo non contenendo né data, né luogo dell'udienza, né l'esplicito avvertimento delle conseguenze derivanti dall'assenza dell'indagato dalla scena processuale. La rinunzia a comparire, dunque, intanto potrà ritenersi consapevolmente effettuata in quanto il titolare di tale diritto abbia effettiva conoscenza di un'accusa ormai cristallizzata, contenuta in un provvedimento formale di *vocatio in iudicium* che, per sui contenuti, traccia il limite del potere decisorio del giudice.

Tale opzione interpretativa è del tutto coerente non solo con l'attuale disciplina del processo in assenza, ma anche con gli insegnamenti della Corte di Strasburgo e con gli atti normativi adottati dal legislatore dell'Unione; ed invero, anche se tra i diritti assicurati dalla *Convenzione europea* all'imputato volti a garantirgli un "equo processo", non figura espressamente quello di essere presente al proprio processo, la Corte europea ha ribadito più volte che tale facoltà va desunta dall'oggetto e dalle finalità dell'art. 6, considerato nella sua globalità, in quanto il "diritto dell' imputato a difendersi personalmente"; "di interrogare o fare interrogare i testimoni"; "di farsi assistere gratuitamente da un interprete, se non comprende o non parla la lingua usata in udienza", espressamente riconosciuti nei commi c), d) ed e) del paragrafo 3, risulterebbero delle mere formule astratte se non si garantisse anche la presenza dell'imputato in udienza.

Proprio in funzione di tali diritti, infatti, per la Corte EDU è "di capitale importanza che l'imputato sia presente in udienza" e "informare qualcuno di un processo intentato contro di lui è un atto giudiziario di tale importanza che deve essere effettuato in conformità con i requisiti procedurali e sostanziali capaci di

garantire l'esercizio effettivo dei diritti da parte dell'imputato. La conoscenza vaga ed informale non può bastare" (così, caso Poitrimol c.Francia, sentenza del 23 novembre 1993, par 35; caso Sejdovic, cit.; Corte di giustizia, caso Openbaar Ministerie c. Pawel Dworzecki, n. 108 del 11/5/2016 che ha affermato la necessità che l'interessato sia citato personalmente o abbia comunque un'informazione ufficiale della data e del luogo fissato per il processo).

In ultimo, con la direttiva 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sul "rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali" (approvata il 9 marzo 2016 e il cui termine di recepimento è scaduto il 1 aprile 2018), il legislatore europeo è tornato nuovamente ad occuparsi dei diritti che devono essere riconosciuti all'imputato perché un processo penale si possa considerare equo.

A norma dell'art. 8, rubricato "diritto di presenziare al processo", la possibilità per gli stati membri di disciplinare, a livello nazionale, la celebrazione di un processo penale in assenza dell'imputato, è subordinata alla garanzia che essi assicurino a indagati e imputati "il diritto di presenziare al proprio processo"; nel caso di processo svolto *in absentia* "l'indagato o imputato deve essere stato informato in tempo adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione; oppure …. (deve essere) rappresentato da un difensore" nominato dall'interessato o d'ufficio.

Per quanto riguarda i rimedi restitutori, è previsto dal combinato disposto degli artt. 8, comma 4 e 9, che là dove l'interessato non sia stato presente al processo, lo stesso sia informato della possibilità di "impugnare la decisione o ad un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, che consenta di riesaminare il merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e possa condurre alla riforma della decisione originaria".

In particolare, per quanto riguarda lo specifico profilo della conoscenza, al n. 36 del "considerando" della direttiva si legge che "il fatto che l'indagato o imputato sia informato del processo dovrebbe esser inteso nel senso che l'interessato è citato personalmente o è informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo in modo da consentirgli di venire a conoscenza del processo". Al n. 12 del "considerando" della Direttiva si legge, infine, che essa "dovrebbe applicarsi ad ogni fase del procedimento penale fino a che non diventi definitiva la decisione che stabilisce in maniera finale se l'indagato o imputato abbia commesso il reato".

Le Sezioni Unite, quindi, interpretando le norme interne alla luce della fonte europea hanno escluso che l'avviso ex art. 415-*bis* cod. proc. pen. sia sufficiente per assicurare la conoscenza effettiva della pendenza del processo posto che non contiene alcuna informazione sul futuro sviluppo del procedimento (data e luogo

dell'udienza, preliminare o dibattimentale, né l'esplicito avvertimento che il processo potrà comunque celebrarsi in contumacia o assenza), né impone all'interessato alcun onere di mantenersi informato sui futuri ed eventuali sviluppi del procedimento. La conoscenza del procedimento, dunque, deve essere riferita alla conoscenza effettiva di un provvedimento formale di *vocatio in iudicium* e il sistema di conoscenza legale in base a notifiche regolari non è sufficiente a tal fine. Sull'interessato grava un onere di allegazione, ma non di prova, in ordine alle ragioni di mancata conoscenza; la presunzione di ignoranza del procedimento da parte del contumace può essere superata, dunque, solo dalla verifica da parte del giudice del fatto che l'interessato sia stato consapevole dello svolgimento di un processo nei suoi confronti a cui egli volontariamente e consapevolmente abbia inteso non partecipare conoscendo la *regiudicanda* identica all'imputazione che accompagna la *vocatio in iudicium* .

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 2, n. 8410 del 24/1/2006, Pisaturo, Rv. 233692-01
Sez. 2, n. 8414 del 25/1/2006, Perrella, Rv. 233694
Sez. 1, n. 14272 del 9/3/2006, Coppola, Rv. 233516
Sez. 4, n. 29977 del 19/6/2006, Hudorovic, Rv. 235238-01
Sez. 1, n. 3746 del 16/1/2009, Del Duca, Rv. 242535-01
Sez. 1, n. 29851 del 24/6/2009, Cari, Rv. 244316-01
Sez. 4, n. 41860 del 17/6/2009, Tagliabue, Rv. 245438-01
Sez. 1, n. 32984 del 15/6/2010, Condello, Rv. 248008-01
Sez. 2, n. 43452 del 3/7/2013, Baloc, Rv. 256822-01
Sez. 4, n. 8104 del 15/11/2013, Djordjevic, Rv. 259350-01
Sez. 1, n. 6736 del 12/2/2014, Farago, Rv.259629-01
Sez. 6, n. 26834 del 24/3/2015, Kobernyk, Rv. 263992-01
Sentenze della Corte EDU
Corte EDU del 10/11/2004, Sejdovic c. Italia
Corte EDU del 23/11/1993, Poitrimol c.Francia
Sentenze della Corte di giustizia
Corte di giustizia, n. 108, 11/5/2016, Openbaar Ministerie c. Pawel Dworzecki

CAPITOLO II

SENTENZA DI ESTINZIONE DEL REATO PER PRESCRIZIONE E INTERESSE AD IMPUGNARE DELLA PARTE CIVILE

(MARIA CRISTINA AMOROSO)

SOMMARIO: 1.Premessa. - 2. La normativa di riferimento. – 3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. L'orientamento affermativo della ammissibilità dell'impugnazione. - 4. L'orientamento negativo. - 5. L'indirizzo intermedio. - 6. La rimessione alle Sezioni Unite. - 7. Le Sezioni Unite n. 28911 del 28 marzo 2019.

1. Premessa.

Nell'anno 2019 le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere la questione di diritto: «se sia ammissibile il ricorso della parte civile avverso la sentenza che, su impugnazione di detta parte, abbia confermato la pronuncia di primo grado che, senza entrare nel merito, abbia dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione».

2. La normativa di riferimento.

Per comprendere i termini del contrasto appare opportuno ricordare che la previsione di cui all'art. 576 cod. proc. pen. prevede la possibilità della parte civile di proporre impugnazione contro «i capi della sentenza di condanna che riguardano l'azione civile» nonché, limitatamente «ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio».

Tale potere si profila attualmente come autonomo rispetto all'impugnazione del PM, ancorché, nella versione originaria, la norma strutturasse il rimedio sul gravame accordato a quest'ultimo.

Dopo l'intervento della Corte costituzionale del 6/2/ 2007 n. 32, che ha di fatto spianato la strada alla decisione sul tema adottata da Sez. U, n. 2761 del 29/3/2007, P.C. in proc. Lista, Rv. 236537, non vi è più alcun dubbio che la disposizione, nella sua formulazione successiva alla l. 20 febbraio 2006 n. 46, che ha eliminato dalla norma l'inciso "con il mezzo previsto dal pubblico ministero", è pacificamente riferibile non solo al ricorso per cassazione, ma anche al giudizio di appello.

A seguito dell'intervento delle Sezioni Unite n. 6509 del 2012, l'impugnazione della parte civile è ammissibile anche quando non contenga l'espressa indicazione che l'atto è proposto ai soli effetti civili (Sez. U, n. 6509 del 20/12/ 2012, dep. febbraio 2013, P.C. in proc. Colucci e altri, Rv. 254130).

Sotto il profilo formale, l'impugnazione *de qua* è disciplinata dalle regole ordinarie del processo penale poiché il carattere civilistico della causa non incide sul

versante della sua trattazione: prosciolto l'imputato, qualora l'unico impugnante sia la parte civile, pur non potendosi scalfire i capi penali, divenuti ormai irrevocabili, tornano *sub iudice* le questioni relative al se l'imputato abbia o no commesso il fatto, ma solo ai fini civili, originando un giudizio penale, quanto a tema e forme.

La latitudine della nozione di "sentenze di proscioglimento pronunciate nel giudizio", categoria generale all'interno della quale il codice distingue tra sentenze di non doversi procedere e sentenze di assoluzione, ha indotto la giurisprudenza e la dottrina ad interrogarsi sul tema della legittimazione e dell'interesse ad agire della parte civile avverso le sentenze di proscioglimento per prescrizione, e sui corrispondenti poteri del giudice, in un contesto, come quello attuale, connotato dal venir meno del principio della tendenziale separatezza degli ambiti di tutela civile e penale.

La questione, pur inserendosi nel più ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale riferito a tutte le cause di proscioglimento, presenta caratteristiche peculiari.

Diversamente dalle sentenze di assoluzione, quelle di non doversi procedere non contengono, solitamente, un accertamento del fatto storico ma si limitano a statuire su aspetti processuali che impediscono tale accertamento; ciò solleva dubbi sul se la parte civile sia legittimata e abbia interesse ad impugnare una sentenza "meramente processuale".

3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. L'orientamento affermativo della ammissibilità dell'impugnazione.

Nella giurisprudenza di legittimità antecedente l'intervento delle Sezioni Unite si erano delineate tre tesi.

Un primo indirizzo ermeneutico, sosteneva l'ammissibilità dell'impugnazione della parte civile avverso la sentenza di proscioglimento per prescrizione del giudice di primo grado, ai soli effetti civili, sulla base della previsione dell'art. 576 cod. proc. pen., che, in deroga l'art. 538 cod. proc. pen., consente al giudice di provvedere sulla domanda relativa ai risarcimenti ed alle restituzioni, anche in mancanza di una precedente statuizione, nonostante la sentenza di proscioglimento non sia destinata, ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen. ad avere effetti in un eventuale giudizio civile.

Nella decisione che ha dato inizialmente vita a tale orientamento, ovvero Sez. 2, n. 9263 del 2/2/2012, P.C. in proc. Nese, Rv. 252706, ribaditi i principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite n. 25083 del 11/7/2006, Negri ed altro, Rv. 233918, si affermava che l'interesse della parte civile all'impugnazione della sentenza di proscioglimento, alla luce del sistema che consente alla stessa restituzione e risarcimenti, «non è discutibile» in quanto naturale conseguenza del diritto accordato

alla stessa di tutelare i propri interessi in sede penale piuttosto che in sede civile, anche quando la sentenza è di non doversi procedere per estinzione del reato, ex art. 531 cod. proc. pen., poiché l'art. 576 cod. proc. pen. facoltizza la parte civile ad impugnare, senza limite alcuno, "la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio", fra cui è compresa anche la "dichiarazione di estinzione del reato" e quindi anche la sentenza di prescrizione dichiarata dal primo giudice.

La seconda sezione chiarì che il principio secondo cui ove il reato venga dichiarato estinto per prescrizione il giudice d'appello non può pronunciare sugli effetti civili e, se la suddetta causa di estinzione non è rilevata dal primo giudice ma viene rilevata in appello o anche in cassazione, il giudice di grado superiore non solo deve dichiarare la declaratoria di estinzione del reato ma eliminare anche le statuizione relative alla parte civile, è applicabile all'ipotesi della prescrizione correttamente dichiarata, che preclude un accertamento sulle restituzioni ed il risarcimento del danno della parte civile, ma non può essere applicato al caso in cui la sentenza di prescrizione sia stata erroneamente dichiarata.

Nel caso in cui sia dedotta l'erroneità della dichiarata prescrizione, infatti, il giudice dell'appello, investito ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., può o respingere l'impugnazione ritenendo corretta la decisione del primo giudice - e in questo caso rimane ferma anche la mancata decisione sulle domande civili, sicché alla parte civile salvo, ovviamente, il ricorso per cassazione, non rimane che riproporre le sue domande in sede civile - o accogliere l'appello ritenendo che il primo giudice abbia erroneamente dichiarato estinto il reato per prescrizione.

In quest'ultimo caso, il giudice dell'impugnazione è investito *ex novo*, sia pure ai soli effetti civili, della cognizione del giudizio penale sicché, deve delibare sulla responsabilità dell'imputato, e, ove, incidentalmente, lo ritenga colpevole, decidere sulle domande civili.

In altri termini, avendo l'impugnazione un effetto, per così dire "retroattivo", il giudice di secondo grado deve rapportarsi al momento in cui il primo ha pronunciato la sentenza e, quindi, decidere come se fosse al suo posto; sicché, ove accerti che questi ha errato nel dichiarare la prescrizione, deve decidere, ai soli fini civili, prima nel merito e, poi, sulle domande civili quand'anche dovesse, poi, nuovamente dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione nel frattempo sopravvenuta.

Negare alla parte tale facoltà, si affemò nella decisione citata, avrebbe significato privarla di un rimedio contro un'erronea dichiarazione di prescrizione, tanto più nelle ipotesi in cui il giudice penale, prima di dichiarare la prescrizione, è entrato nel merito ed ha riconosciuto la colpevolezza dell'imputato.

La pronuncia chiarì, inoltre, che nella diversa ipotesi in cui la prescrizione si sarebbe dovuta pronunziare in primo grado, in luogo della formula più liberatoria,

allora, il giudice dell' impugnazione, sebbene adìto ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., avrebbe potuto provvedere agli effetti civili, per effetto dell'art. 538 comma 1 cod. proc. pen.».

I principi enunciati nella decisione illustrata vennero pedissequamente ribaditi dalle pronunce di Sez. 2, n. 40069 del 14/6/2013, P.C. in proc. Giancaspro, Rv. 256356 e Sez. 2, n. 7041 del 28/11/2012, dep. 2013, Caleca e altri, Rv. 254999, e Sez. 2, n. 48667 del 5/11/2014 Bonacina e altro, non massimata, in cui, pur richiamandosi le decisioni dell'orientamento affermativo, il ricorso delle parti civili, viene dichiarato manifestamente infondato, in quanto con l'appello le stesse non avevano dedotto, sia pure ai soli effetti civili, l'erroneità della declaratoria della prescrizione da parte del giudice di primo grado.

4. L'orientamento negativo.

Un diverso orientamento, invece, escludeva la facoltà della parte civile di impugnare le sentenze dichiarative di estinzione del reato.

A sostegno di tale interpretazione si faceva leva, in primo luogo, sulla dichiarata "primazia" dell'art. 538 cod. proc. pen., che, impedendo al giudice di delibare sulla domanda civile al di fuori dei casi di condanna, viene considerato prevalente sulla disposizione dell'art. 576 cod. proc. pen., che consente alla parte civile di impugnare le sentenze di proscioglimento, in quanto sarebbe del tutto asistematica una soluzione interpretativa che finisse per consentire alla parte civile di ottenere dal giudice dell'impugnazione una statuizione sulla propria domanda vietata invece al giudice di primo grado.

In secondo luogo si affermava, come già chiarito, che la sentenza di prescrizione è priva di effetti pregiudizievoli per la parte civile non producendo effetti nel giudizio civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 19540 del 21/03/2013, Failla, Rv. 255668; Sez. 4, n. 3789 del 19/01/2016, Gitto, Rv. 265741; con riguardo al secondo profilo, Sez. 2, n. 952 del 28/11/2017, Pasquali; Sez. 4, n. 18384 del 20/12/2017, dep. 2018, Medicina Democratica, Rv. 273262; Sez. 5, n. 12757 del 14/10/2016, Lorusso).

5. L'indirizzo intermedio.

Un terzo indirizzo "intermedio", di cui è espressione Sez. 6, n. 21533 del 13/03/2018, P., Rv. 272930, pur prendendo le mosse dalle considerazioni svolte dall'orientamento "affermativo", introdusse una variante volta a "conciliare" le due diverse prospettive fin qui esaminate.

Nella decisione, da un lato vennero riproposti gli enunciati di Sez. 2, n. 9263 del 02/02/2012, Nese, cit., in ordine alla facoltà riconosciuta alla parte civile dall'art.

576 di impugnare incondizionatamente le sentenze di proscioglimento e, tra esse, quelle "di prescrizione" e al correlato potere del giudice di appello, una volta accertata l'erroneità della declaratoria di prescrizione in primo grado, di delibare *ex novo* e con effetto retroattivo, sia pure ai soli effetti civili, sulla responsabilità dell'imputato, e l'incongruità di ogni considerazione circa l'assenza di pregiudizio derivante alla parte civile dalla sentenza di prescrizione, rientrando nell'insindacabile scelta della stessa la decisione circa l'esercizio delle proprie ragioni in sede civile o penale (tanto più essendo degno di tutela un tale interesse in quanto diverso il criterio di valutazione della prova, ancorato a parametri strettamente tipizzati quello proprio del processo civile, ed invece improntato al principio di atipicità quello del processo penale).

Dall'altro, si aggiunse (in ciò risiedendo la variante esegetica che contraddistinguerebbe l'opzione in parola), che l'impugnazione della parte civile avverso la sentenza dichiarativa della prescrizione sarebbe possibile solo là dove l'erronea statuizione sia intervenuta per effetto e quale risultato di una valutazione del merito, posto che solo in tal modo si realizzerebbe «quell'accertamento sulla colpevolezza e quindi nel merito suscettibile di pregiudicare le ragioni della parte civile e di legittimare così un interesse attuale e concreto a proporre appello».

Infine si delineò un ulteriore approccio esegetico, anch'esso qualificabile come intermedio, perché volto a contemperare le due diverse impostazioni, e di cui sono espressione Sez. l, n. 13941 del 08/01/2015, Ciconte, Rv. 263065 e Sez. 2, n. 52195 del 07/10/2016, Sciscione, Rv. 268668.

In queste pronunce si affermò che, in ragione della mancanza nella sentenza di prescrizione di un'affermazione di responsabilità che possa giustificare, secondo quanto discendente dalle previsioni degli artt. 538 e 578 cod. proc. pen., la pronuncia sulla domanda civile, il potere di impugnazione della parte civile e quello decisorio del giudice del gravame sono circoscritti alla sola rimozione dell'efficacia di giudicato rappresentata dalla sentenza di proscioglimento, senza che possa a ciò far seguito alcuna pronuncia sulla pretesa civilistica, suscettibile di proseguire in sede civile senza alcun pregiudizio rappresentato da un giudicato ormai rimosso.

6. La rimessione alle Sezioni Unite.

La Quinta Sezione penale, con ordinanza n. 2291, del 21 novembre 2018, depositata in data 19 dicembre 2018, in cui veniva rilevata la divergente risposta fornita dalla giurisprudenza di legittimità all'interrogativo sulla ammissibilità dell'impugnazione della parte civile avverso la sentenza di proscioglimento dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione rimise la questione alle Sezioni unite.

Nel caso di specie, la parte civile aveva proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza di secondo grado che aveva respinto l'appello da essa proposto nei confronti della sentenza di primo grado di proscioglimento per prescrizione.

7. Le Sezioni Unite n. 28911 del 28 marzo 2019.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, con sentenza **n. 28911 del 28 marzo 2019, dep. 3 luglio 2019, Massaria C/ Papaleo,** hanno affermato il principio di diritto così massimato: «Nei confronti della sentenza di primo grado che abbia dichiarato l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, così come nei confronti della sentenza di appello che tale decisione abbia confermato, è ammissibile l'impugnazione della parte civile ove con la stessa si contesti l'erroneità di detta dichiarazione.(In motivazione la Corte ha precisato che la legittimazione della parte civile ad impugnare deriva direttamente dalla previsione dell'art. 576, comma 1, cod. proc. pen., mentre l'interesse concreto deve individuarsi nella finalità di ottenere, in caso di appello, il ribaltamento della prima pronuncia e l'affermazione di responsabilità dell'imputato, sia pure ai soli fini delle statuizioni civili, e, in caso di ricorso in cassazione, l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice civile in grado di appello, ex art. 622 cod. proc. pen., senza la necessità di iniziare "ex novo" il giudizio civile)». (Rv. 275953 – 01).

Le Sezioni Unite risolvono il contrasto condividendo l'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'impugnazione proposta dalla parte civile avverso la sentenza di estinzione del reato per prescrizione, a condizione che, con la stessa, si contesti la fondatezza di tale conclusione.

A supporto della soluzione fornita le Sezioni Unite valorizzano il contenuto della attuale formulazione dell'art. 576 cod. proc. pen., che a differenza l'art. 195 del codice di rito previgente - che riconosceva alla parte civile il solo potere di proporre, ove si trattasse di sentenza impugnabile dal pubblico ministero, l'impugnazione contro le disposizioni della sentenza concernenti i suoi interessi civili, in caso di "condanna dell'imputato" – ha ampliato il novero delle sentenze impugnabili, includendo in esse, oltre che la già considerata pronuncia di condanna, anche quella di "proscioglimento", sia pure sempre nell'ambito di una pretesa volta unicamente alla rivisitazione dei soli effetti civili.

Ciò precisato, il Supremo Consesso afferma che il significato da attribuire alla nozione di "sentenza di proscioglimento" va rinvenuto in quanto già affermato dalle stesse Sezioni Unite (Sez. U., n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815), e dalla unanime dottrina, secondo cui sono tali sia le sentenze di non doversi procedere sia le sentenze di assoluzione, essendo tale sintassi unicamente intesa ad escludere le sentenze di non luogo a procedere pronunciate nell'udienza preliminare.

Le Sezioni Unite rimarcano, inoltre, la non persuasività delle argomentazioni poste a fondamento della giurisprudenza che nega l'ammissibilità dell'impugnazione della parte civile avverso le sentenze dichiarative della prescrizione in ragione di una carenza di legittimazione di quest'ultima dettata dalla necessità di evitare che il giudice di appello eserciti poteri non riconosciuti neppure al giudice di primo grado; non tanto e non solo, si afferma, in ragione di una prevalenza della previsione dell'art. 576 sull'art. 538, in quanto "di natura derogatoria" la prima sulla seconda, ma soprattutto perché le due disposizioni, lungi dall'essere incompatibili, delineano, invece, un sistema la cui finalità è quella di garantire alla parte civile, proprio nei casi in cui la sentenza di condanna sia mancata per effetto di una denunciata erronea affermazione di intervenuta prescrizione del reato, di ottenere comunque rimedio in sede di impugnazione, sia pure sempre ai soli effetti civili.

La soluzione si fonda altresì sui principi delle Sezioni U., n. 25083 del 11/07/2006, Negri, Rv. 233918, in cui, tra l'altro, si è affermato che « il giudice dell'impugnazione, adito ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., ha, nei limiti del devoluto e agli effetti della devoluzione, i poteri che il giudice di primo grado avrebbe dovuto esercitare. Se si convince che tale giudice ha sbagliato nell'assolvere l'imputato ben può affermare la responsabilità di costui agli effetti civili e (come indirettamente conferma il disposto di cui all'art. 622 cod. proc. pen.) condannarlo al risarcimento o alle restituzioni, in quanto l'accertamento incidentale equivale virtualmente - oggi per allora - alla condanna di cui all'art. 538, comma 1, cod. proc. pen., che non venne pronunziata per errore» (nel medesimo senso, Sez. 1, n. 17321 del 26/04/2007, Viviano, Rv. 236599 e Sez. 6, n. 41479 del 25/10/2011, V., Rv. 251061, con riferimento a sentenza di proscioglimento nel merito).

L'adesione alla tesi opposta a quella dell'ammissibilità della impugnazione in esame, per le Sezioni Unite determinerebbe una incongrua interpretazione dell'art. 576 cod. proc. pen. che, al di là del dato letterale inequivoco, finirebbe per svilire il senso stesso della *ratio* e della finalità ontologica di ogni mezzo di impugnazione che è evidentemente quello di correggere decisioni "erronee", frustrando le aspettative della parte civile che consistono, legittimamente, nel pretendere che il giudizio penale non si arresti alla constatata prescrizione del reato, ma prosegua al fine di valutare se la stessa sia stata erroneamente o meno dichiarata e di ottenere così il risultato che, con la propria costituzione, si prefiggeva.

Nemmeno persuadono, aggiunge la Corte, le decisioni di segno negativo fondate sulla carenza di un interesse concreto ad agire in capo alla parte civile nel caso di impugnazioni avverso la sentenza di prescrizione.

Sul punto si osserva che quanto in esse affermato circa la possibilità per detta parte di percorrere comunque, una volta definita la "vicenda penale" con esito di proscioglimento per ragioni di maturata prescrizione, la via civile senza che da tale

proscioglimento possano in essa derivare ripercussioni negative, non è circostanza idonea a rendere "neutra" la declaratoria di estinzione e a far ritenere recessivo qualunque interesse della parte ad insistere nel perseguire, all'interno del giudizio penale, a mezzo di impugnazione, un diverso, più favorevole, esito.

L'interesse della parte civile, ravvisabile "anche" quando tenda ad evitare conseguenze extra penali pregiudizievoli o ad assicurarsi effetti penali più favorevoli che l'ordinamento faccia dipendere dalla pronuncia domandata (Sez. 6, n. 35989 del 01/07/2015, Vittorini, Rv. 265604), non significa, infatti, che la possibilità di assicurarsi quegli stessi vantaggi al di fuori del processo penale possa annullare l'interesse ad attenerli, ancor prima e in modo processualmente più rapido e conveniente, innanzitutto in sede penale, e ciò vieppiù in quanto l'accertamento in sede penale non soffre delle preclusioni e dei limiti previsti in sede civile in considerazione soprattutto del differente criterio di valutazione della prova, collegato a parametri predeterminati e fondato invece, nel processo penale, sul principio di atipicità.

In proposito le Sezioni Unite hanno affermato che con la costituzione di parte civile, il danneggiato che ha inteso trasferire in sede penale l'azione civile di danno ha «interesse ad ottenere nel giudizio penale il massimo di quanto può essergli riconosciuto» sì che non gli si può negare l'interesse ad impugnare la decisione di proscioglimento anche quando questa manchi di efficacia preclusiva (Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815).

Del resto, precisa la Corte, anche in caso di assoluzione perché il fatto non costituisce reato, le limitazioni all'efficacia del giudicato previste dall'art. 652 cod. proc. pen. non incidono sull'estensione del diritto all'impugnazione; si evidenzia che anche in tali ipotesi, ove si ritenesse il contrario, la parte civile che intendesse impugnare la sentenza assolutoria sarebbe costretta a rinunciare agli esiti dell'accertamento compiuto nel processo penale e a riavviare *ab initio* l'accertamento in sede civile, con conseguente allungamento dei tempi processuali (Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Edilscavi, Rv. 275416, e Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519).

Le Sezioni Unite sottolineano anche le ragioni per le quali la soluzione prescelta, a differenza di quanto sostenuto dai fautori dell'interpretazione opposta, è perfettamente in linea con la giurisprudenza costituzionale ed europea.

In riferimento al primo profilo si precisa che la più volte ribadita affermazione della Corte Costituzionale, da ultimo con la sentenza n. 12 del 2016, ripresa anche da Sez. U, n. 46688 del 29/09/2016, Schirru, Rv. 267884, secondo cui «ogni separazione dell'azione civile dall'ambito del processo penale non può essere considerata una menomazione o una esclusione del diritto alla tutela giurisdizionale giacché la configurazione di quest'ultima, in vista delle esigenze proprie del processo

penale, è affidata al legislatore» e secondo cui «l'impossibilità di ottenere una decisione sulla domanda risarcitoria laddove il processo penale si concluda con una sentenza di proscioglimento per qualunque causa [...] costituisce [...] uno degli elementi dei quali il danneggiato deve tener conto nel quadro della valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi delle due alternative che gli sono offerte» , non comporta quale corollario, tanto più in presenza della specifica previsione dell'art. 576 cod. proc. pen., che la persistente azionabilità della pretesa risarcitoria in sede civile, considerato come rimedio di pari efficacia, renda l'esito assolutorio necessariamente immune, in sede penale, da censure mosse proprio al fine di ottenere, con i mezzi di impugnazione, la tutela che la costituzione di parte civile è funzionalmente diretta a perseguire.

Passando al secondo dei profili citati, le Sezioni unite contestano che l'orientamento restrittivo possa ragionevolmente fondarsi sul fatto che la Corte di Strasburgo non ritenga contrastante, con il principio del giusto processo dell'art. 6 della Convenzione Edu, un regime processuale (quale sarebbe quello che, in definitiva, risulterebbe ove si recepisse l'orientamento "restrittivo") che comporti il mancato esame della domanda della parte civile per il fatto di un mancato epilogo "condannatorio", a fronte della possibilità per la stessa parte di fruire di altri rimedi accessibili ed efficaci per far valere le proprie pretese individuabili, nell'ordinamento italiano, nella possibilità di rivolgersi comunque al giudice civile (Corte Edu, Sez.3, 25/06/2013, Associazione delle persone vittime del sistema s.e. Rompetrol s.a. e s.e. Geomin s.a. e altri c. Romania, e Sez. l, 04/10/2007, Forum Maritime s.a. c. Romania); la conformità alla regolamentazione sovranazionale di un sistema di tutela più "limitato", specificano le Sezioni Unite, non sarebbe evidentemente valido motivo per disconoscere quello, più ampio, eventualmente assicurato dal diritto interno alla luce di quanto previsto nell'art. 53 della Convenzione Edu circa il divieto di interpretare le disposizioni della stessa in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi.

Le Sezioni Unite confutano altresì le descritte posizioni espressione dall'orientamento intermedio osservando, da un lato, che l'art. 576 cod. proc. pen. non prevede quale condizione dell'ammissibilità dell'impugnazione una "incursione nel merito del giudice" e, dall'altro, che sarebbe *inutiliter data* una decisione del giudice d'appello che si limiti a rimuovere la dichiarazione di prescrizione senza decidere nuovamente agli effetti civili, posto che tale rimozione non porterebbe alcun vantaggio alla parte civile che, in difetto di valore di giudicato ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen, potrebbe comunque proporre la propria azione dinanzi al giudice non penale.

Rassegnate le motivazioni che hanno indotto a propendere per la soluzione affermativa, le Sezioni Unite delineano le condizioni alle quali un'eventuale impugnazione della parte civile avverso la sentenza dichiarativa della prescrizione è da ritenere ammissibile, tenendo conto della necessità, più volte affermata in giurisprudenza, che l'azione sia sorretta da un interesse concreto diretto ad un risultato pratico favorevole, che non potrebbe mai essere costituito da quello finalizzato alla mera correttezza della decisione.

Affermano quindi il principio di diritto così massimato: «La valutazione dell'interesse ad impugnare, sussistente allorché il gravame sia in concreto idoneo a determinare, con l'eliminazione del provvedimento impugnato, una situazione pratica più favorevole per l'impugnante, va operata con riferimento alla prospettazione rappresentata nel mezzo di impugnazione e non alla effettiva fondatezza della pretesa azionata» (Rv. 275953 – 02).

Alle condizioni indicate dalle Sezioni Unite, la parte civile potrà impugnare presso il giudice d'appello la decisione di primo grado dichiarativa di prescrizione deducendone l'erroneità, con un duplice esito: in caso di giudizio che accertasse correttamente adottata la decisione di primo grado dichiarativa dell'estinzione, resterebbe ferma, perché corretta, la mancata decisione in ordine alle statuizioni civili; ove invece si riscontrasse l'erroneità della ritenuta prescrizione, il giudice di appello, delibando "ora per allora", nel merito, in ordine alla sussistenza della responsabilità penale, dovrebbe, ove ritenuta sussistente, decidere, in conseguenza, pur lasciando fermo l'epilogo penale, insensibile alla impugnazione della sola parte civile, anche sulle statuizioni civili secondo quanto disposto dagli artt. 538 e ss. cod. proc. pen. indipendentemente da ogni prescrizione nel frattempo maturata nel giudizio di appello; e ciò, tanto più laddove già il giudice di primo grado, pur dichiarando la prescrizione, avesse (come nel caso di specie) già accertato nel merito la responsabilità dell'imputato.

Dopo aver aggiunto che la soluzione favorevole va adottata anche in riferimento al ricorso per Cassazione, le Sezioni Unite si soffermano sulle peculiarità di tale tipologia di impugnazione, al fine di chiarire se sia configurabile, anche in tale ipotesi, un interesse concreto della parte civile ad agire.

A tale scopo precisano che, a differenza di quanto avviene per l'impugnazione di merito, l'accoglimento del ricorso per cassazione della parte civile nei confronti della sentenza di proscioglimento comporta l'annullamento con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello. (tra le altre, da ultimo, Sez. 6, n. 5888 del 21/01/2014, Bresciani, Rv. 258999 e Sez. 6, n. 44685 del 23/09/2015, N., Rv. 265561); militano in tal senso il dato testuale dell'art. 622 cod. proc. pen, e ragioni sistematiche fondate sulla circostanza che l'esito penale del proscioglimento, non è più "rivedibile", neanche solo "virtualmente", come invece possibile al giudice

di merito di secondo grado, e che pertanto al giudice di legittimità, inibita ogni possibile prosecuzione del giudizio penale, non resta altra scelta che restituire la cognizione in sede di rinvio all'organo giudiziario cui appartiene naturalmente, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite n. 306 del 30/11/1974, Buzzi, Rv. 128995: " [...], a seguito del ricorso della parte civile avverso la pronuncia penale, il giudice penale non può, in caso di accoglimento del ricorso, continuare nell'esercizio di una giurisdizione che non gli è propria, come in qualunque altro caso in cui l'azione civile non trova più un addentellato in sede penale».

Tanto rappresentato, le S. U. affermano che anche nell'ipotesi dell'impugnazione in cassazione avverso la decisione di prescrizione, in cui apparentemente sembrerebbe mancare l'interesse della parte civile a ricorrere dovendo, comunque, la sua domanda essere trattata in sede civile, sussiste comunque un interesse concreto a perseguire le proprie istanze in sede penale, giacché, non mutando la sede del giudizio, detta parte non dovrà ricominciare dal primo grado - come previsto in caso di sentenza penale non impugnata dalla parte civile e passata in giudicato - ma da quello di appello, e le sarà consentito di godere di tempi più celeri, quale vantaggio, ancor più concreto ove la sentenza di prescrizione non si sia semplicemente arrestata a constatare la mancanza di elementi tale da imporre l'assoluzione nel merito ex art. 129 cod. proc. pen. ma abbia accertato, sia pure solo incidentalmente, la responsabilità dell'imputato, con la conseguente possibilità di valorizzare gli elementi di prova già emersi in sede penale, pur nell'assenza di ogni efficacia di giudicato della sentenza.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sezioni unite n. 306 del 30/11/1974, Buzzi, Rv. 128995
Sez. 1, n. 17321 del 26/04/2007, Viviano, Rv. 236599
Sez. U, n. 2761 del 29/3/ 2007, P.C. in proc. Lista, Rv. 236537
Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815
Sez. 6, n. 41479 del 25/10/2011, V., Rv. 251061
Sez. 2, n. 9263 del 2/2/ 2012, P.C. in proc. Nese, Rv. 252706
Sez. U, n. 6509 del 20/12/2012, dep. 2013, Colucci, Rv. 254130
Sez. 2, n. 7041 del 28/11/ 2012, dep. 2013, Caleca e altri, Rv. 254999
Sez. 2, n. 40069 del 14/6/2013, P.C. in proc. Giancaspro, Rv. 256356
Sez. 6, n. 19540 del 21/03/2013, Failla, Rv. 255668
Sez. 2, n. 48667 del 5/11/2014 Bonacina, n.m.
Sez. 6, n. 5888 del 21/01/2014, Bresciani, Rv. 258999
Sez. l, n. 13941 del 08/01/2015, Ciconte, Rv. 263065
Sez. 6, n. 44685 del 23/09/2015, N., Rv. 265561
Sez. 6, n. 35989 del 01/07/2015, Vittorini, Rv. 265604
Sez. 5, n. 12757 del 14/10/2016, Lorusso
Sez. 2, n. 52195 del 07/10/2016, Sciscione, Rv. 268668
Sez. U, n. 46688 del 29/09/2016, Schirru, Rv. 267884
Sez. 4, n. 3789 del 19/01/2016, Gitto, Rv. 265741
Sez. 4, n. 18384 del 20/12/2017, dep. 2018, Medicina Dem., Rv. 273262
Sez. 2, n. 952 del 28/11/2017, Pasquali
Sez. 6, n. 21533 del 13/03/2018, P., Rv. 272930
Sez. 5, ord. n. 2291, del 21/11/2018, Massaria C/ Papaleo
Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Edilscavi, Rv. 275416
Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519
Sez. U, n. 28911 del 28/03/2019, Massaria C/ Papaleo

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 32 del 2007

Sentenze della Corte EDU

Sez.3, 25/06/2013, Associazione delle persone vittime del sistema s.e. Rompetrol s.a. e s.e. Geomin s.a. e altri c. Romania,
Sez. l, 04/10/2007, Forum Maritime s.a. c. Romania

CAPITOLO III

LA RICORRIBILITA' IN CASSAZIONE DEL PROVVEDIMENTO CON CUI IL TRIBUNALE NEGHI L'APPLICAZIONE DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 34-BIS, COMMA 6, D. LGS. N. 159/2011

(GENNARO SESSA)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. – 2. L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'impugnabilità del provvedimento del tribunale – 3. L'orientamento giurisprudenziale contrario all'impugnabilità del provvedimento del tribunale. – 4. Il contributo offerto alla soluzione del contrasto da Sez. 1, n. 29487 del 07.05.2019, Tribunale di Catanzaro c./Tribunale di Trento. – 5. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite.

Nel corso dell'anno 2019 ha formato oggetto di esame da parte delle Sezioni unite la seguente questione controversa: «Se il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto *ex* art. 34-*bis*, comma 6, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sia impugnabile con ricorso per cassazione».

Il delinearsi di due contrapposti orientamenti – l'uno assertore della ricorribilità per cassazione di tale provvedimento, l'altro sostenitore della sua inoppugnabilità – ha reso necessario l'intervento della Corte a Sezioni unite.

La trattazione del ricorso è stata rimessa al supremo consesso con ordinanza della Sesta sezione penale n. 903 del 15.05.2019 (dep. il successivo 03.06.2019).

Nello specifico, i giudici remittenti hanno rilevato l'esistenza di un contrasto, interno alla giurisprudenza di legittimità, sul tema dell'impugnabilità con ricorso per cassazione del provvedimento del tribunale per le misure di prevenzione reiettivo della richiesta di applicazione del controllo giudiziario, avanzata ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011.

L'ordinanza di rimessione ha pertanto individuato un primo orientamento, secondo cui avverso tale provvedimento è proponibile ricorso per cassazione, da parte dei soggetti interessati, secondo il procedimento di carattere generale previsto dall'art. 127, comma 7, cod. proc. pen., evidenziando che, nelle pronunzie allo stesso riconducibili, si è sostenuto che il richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio fornisce l'addentellato normativo, secondo un modello idoneo a contemperare le esigenze di celerità, proprie di un procedimento a carattere para-incidentale, con la necessità di assicurare il controllo di legittimità, imposto, *ex* art. 111 Cost., dalla interferenza con diritti soggettivi costituzionalmente garantiti,

inferendone l'assunto che il provvedimento emesso dal tribunale *ex* art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011 è impugnabile con il solo ricorso per cassazione e soltanto per violazione di legge *ex* art. 10, comma 3, d.lgs. citato.

L'anzidetta ordinanza ha individuato poi un opposto orientamento che esclude l'impugnabilità del provvedimento *de quo* sul rilievo che il rinvio all'art. 127 cod. proc. pen., operato in altre norme dello stesso codice con la formula «secondo le forme previste» o con altre equivalenti, riguarda le regole di svolgimento dell'udienza camerale e non implica la completa ricezione del modello procedimentale ivi descritto, compreso il ricorso in sede di legittimità, confermando l'assunto il fatto che il legislatore, per diverse disposizioni contenenti tale rinvio, ha previsto espressamente quel rimedio.

Si è quindi evidenziato che, secondo l'indicata opzione ermeneutica, il richiamo all'art. 127 cod. proc. pen., contenuto nell'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011, riguarderebbe esclusivamente la forma partecipata del procedimento, in quanto non può estendersi ai mezzi di impugnazione, per i quali vale il principio di tassatività sancito dall'art. 568, comma 1, cod. proc. pen., aggiungendosi che l'argomentazione posta a fondamento di detta tesi fonda sulla triplice considerazione che la disciplina del controllo giudiziario non prevede un mezzo d'impugnazione, né contiene un rinvio al procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali o patrimoniali o al sistema di impugnazione dei provvedimenti patrimoniali di cui agli artt. 27 e 10 del d.lgs. n. 159 del 2011, che anche nella *subiecta materia* vige il principio di tassatività di cui all'art. 568, comma 1, cod. proc. pen. e che la mancata previsione di uno specifico mezzo d'impugnazione non è casuale, ove si tenga conto della disposizione di segno opposto contenuta nell'art. 34, comma 7, del d.lgs. cit, egualmente introdotto dalla novella n. 161 del 2017.

Né, per altro verso, risulterebbe conducente il richiamo all'art. 111 Cost., dal momento che il provvedimento *ex* art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011 non incide sulla libertà personale, né concerne l'esercizio di diritti di rango costituzionale e la decisione del tribunale della prevenzione ha comunquw carattere provvisorio, sempre rivedibile in forza di elementi che possono sopravvenire fino alla stabilizzazione degli effetti della misura di prevenzione amministrativa, sicchè l'attribuzione a tale organo di un potere di controllo sui presupposti legittimanti l'applicazione delle interdittive antimafia finirebbe col duplicare i controlli sulla legittimità delle stesse.

2. L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'impugnabilità del provvedimento del tribunale.

L'orientamento favorevole all'impugnabilità del provvedimento del tribunale che neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto ai sensi del citato art. 34-*bis*, comma 6, si è formato a partire da Sez. 5, n. 34526 del 02.07.2018, Eurostrade s.r.l., Rv. 273646, decisione in cui la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità del gravame proposto dal patrocinatore dell'impresa, ha rilevato che il richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 127 cod. proc. pen. fornisce l'addentellato normativo per ritenere che avverso l'ordinanza del tribunale – sia essa di accoglimento o di rigetto – i soggetti interessati possono proporre ricorso per cassazione, giusta la previsione del comma 7 del citato art. 127, aggiungendo che si è previsto un modello snello, idoneo a contemperare le esigenze di celerità, proprie di un procedimento a carattere para-incidentale, con la necessità di assicurare il controllo di legittimità, imposto, ex art. 111 Cost., dalla interferenza con diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, quale è la libertà d'impresa e concludendo che il provvedimento emesso dal tribunale ai sensi del comma 6 del citato art. 34-*bis* è impugnabile soltanto mediante ricorso per cassazione.

Nel breve volgere di alcuni mesi, si sono uniformate a tale decisione Sez. 2, n. 14586 del 13.02.2019, C.L.P. Sviluppo Industriale s.p.a., non massimata e Sez. 2, n. 16105 del 15.03.2019, Panges Prefabbricati s.r.l., Rv. 276530, pronunzie analogamente dichiarative dell'inammissibilità delle proposte impugnazioni, in cui la Corte ha implicitamente ammesso la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti gravati, omettendo l'indicazione delle ragioni fondanti l'assunto.

Nello stesso filone interpretativo si è inserita, poi, Sez. 2, n. 17451 del 14.02.2019, Fradel Costruzioni soc. coop., Rv. 276331, in cui la Corte, nel pronunciare l'inammissibilità dell'impugnazione azionata dal patrocinatore dell'impresa, ha ritenuto condivisibile l'orientamento secondo cui il provvedimento di rigetto della richiesta di controllo giudiziario formulata, ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011, dall'impresa destinataria dell'interdittiva antimafia è impugnabile con ricorso per cassazione *ex* art. 127, comma 7, cod. proc. pen.

Perfettamente in linea con l'indicata opzione ermeneutica risulta altresì Sez. 2, n. 18564 del 13.02.2019, Consorzio Sociale COIN Società Cooperativa Sociale, Rv. 275419, in cui la Corte, pronunciando ancora una volta l'inammissibilità del proposto gravame, ha ribadito, innanzitutto, che è impugnabile con ricorso per cassazione *ex* art. 127, comma 7, cod. proc. pen. il provvedimento di rigetto della richiesta di controllo giudiziario, formulata dall'impresa destinataria

dell'informazione antimafia interdittiva, ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011.

Il giudice di legittimità ha riaffermato, ancora, che il richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 127 cod. proc. pen., contenuto nel comma sesto dell'art. 34-*bis* d.lgs. 159/2011, come modificato dalla legge 161 del 2017, fornisce l'addentellato normativo per ritenere che avverso l'ordinanza del tribunale – sia essa di accoglimento o di rigetto – i soggetti interessati possono proporre ricorso per cassazione, giusta la previsione del comma 7 del citato art. 127 e che si è previsto, in tal modo, un modello snello, idoneo a contemperare le esigenze di celerità, proprie di un procedimento a carattere para-incidentale, con la necessità di assicurare il controllo di legittimità, imposto, ex art. 111 Cost., dalla interferenza con diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, quale è la libertà d'impresa.

Da ultimo, la Corte ha aggiunto che il giudizio di legittimità non potrà in alcun modo avere a oggetto aspetti riconducibili ai presupposti per l'emissione delle interdittive antimafia, ma dovrà limitarsi a valutare le eventuali illegittimità del procedimento *ex* art. 34-*bis* codice antimafia ovvero l'errata valutazione dei presupposti di legge per ammettere il controllo giudiziario, nei limiti propri del giudizio di legittimità in tema di misure di prevenzione, in cui è preclusa l'analisi di circostanze di fatto e l'unico vizio deducibile è la violazione di legge *ex* art. 10, comma terzo, d.lgs. n. 159/2011.

Nello specifico, ha sostenuto che, comportando l'adozione del controllo giudiziario la sospensione degli effetti delle interdittive emesse dall'organo amministrativo, il procedimento instaurato tramite la richiesta di controllo giudiziario avanzata dalla parte interessata e l'impugnativa del provvedimento potrebbero portare a un'indebita duplicazione di procedimenti aventi a oggetto la legittimità delle interdittive, la cui valutazione resta esclusivamente di competenza della giustizia amministrativa, in sede di ricorso giurisdizionale.

Nel medesimo filone interpretativo si collocano, infine, due ulteriori decisioni della Suprema Corte.

Ci si riferisce, innanzitutto, alla pronunzia di Sez. 2, n. 27856 del 22.03.2019, FO.SA.CO. s.r.l., non massimata, dichiarativa dell'inammissibilità della proposta impugnazione, in cui il giudice di legittimità, come già avvenuto in precedenti occasioni, ha implicitamente ammesso la ricorribilità per cassazione del provvedimento gravato, senza indicare, tuttavia, le ragioni fondanti l'assunto.

Sulla stessa linea si colloca, poi, Sez. 2, n. 31280 del 12.04.2019, New Ecology s.r.l., Rv. 276332, in cui la Corte ha sostenuto che il provvedimento di rigetto della richiesta di controllo giudiziario formulata, ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 6, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, dall'impresa destinataria dell'informazione antimafia interdittiva è impugnabile esclusivamente con il ricorso per cassazione *ex* art. 127,

comma 7, cod. proc. pen., e non con l'appello, stante l'operatività, anche nella materia della prevenzione, del principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione, giusta il disposto degli artt. 10 e 27 d.lgs. citato, che indicano, con elencazione tassativa, i provvedimenti impugnabili, senza ricomprendervi quello reiettivo in oggetto.

Nella pronunzia di cui trattasi il giudice di legittimità, facendo proprie talune considerazioni precedentemente svolte da Sez. 2, n. 18564 del 13.02.2019, Consorzio Sociale COIN Società Cooperativa Sociale, Rv. 275419, ha aggiunto, inoltre, che la peculiarità del provvedimento di rigetto giustifica la limitazione dell'oggetto dell'impugnazione ai soli vizi derivanti dalla violazione di legge, poiché un rimedio impugnatorio, con rivalutazione del merito, determinerebbe un'inutile duplicazione del giudizio amministrativo, non coerente con l'assetto della misura.

3. L'orientamento giurisprudenziale contrario all'impugnabilità del provvedimento del tribunale.

Il diverso orientamento, assertivo della non impugnabilità del provvedimento del tribunale che neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto ai sensi del citato art. 34-*bis*, comma 6, ha iniziato a delinearsi, nella giurisprudenza di legittimità, in tempi più recenti e, segnatamente, a far data dal trascorso mese di aprile del corrente anno.

Aderisce a tale opzione ermeneutica innanzitutto Sez. 6, n. 22889 del 04.04.2019, Consorzio Go Service s.c.a.r.l., Rv. 275531.

Con tale decisione la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione azionata dal patrocinatore dell'impresa, ha premesso che la misura del controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011 ha una natura del tutto peculiare, nella quale vengono in contatto istituti diversi per struttura e caratteri: da un lato quello del controllo giudiziario regolato, in generale, dalla norma citata e dall'altro l'informazione antimafia interdittiva di cui all'art. 84 d.lgs. n. 159 del 2011».

Ha rilevato, quindi, che il comma 6 dell'art. 34-*bis* prevede che le imprese destinatarie di informazione interdittiva antimafia che abbiano proposto impugnazione avverso il provvedimento del prefetto possono chiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett. b) del comma 2 della stessa disposizione, aggiungendo che l'*iter* procedimentale della richiesta è disciplinato dal medesimo comma 6 e che la conseguenza della disposta misura del controllo giudiziario richiesto dall'impresa è la sospensione degli effetti prodotti dall'informazione prefettizia, esito che rende

evidente la vantaggiosità dell'ammissione al controllo giudiziario per le aziende contaminate che intendano essere depurate e rimanere sul mercato.

Ha aggiunto ancora che, rispetto alla generale figura del controllo giudiziario di azienda adottabile dal tribunale quale misura di prevenzione di carattere patrimoniale non ablatoria, l'istituto in esame si caratterizza per la previsione di specifici requisiti del soggetto che può avanzare la richiesta (le imprese già destinatarie di informazione antimafia interdittiva) e dell'ulteriore condizione che l'impresa richiedente abbia proposto impugnazione avverso il provvedimento prefettizio.

Alla stregua di quanto posto in rilievo, ha sostenuto che i riferimenti normativi che regolano l'istituto inducono a escludere che la disciplina positiva ne preveda un mezzo di impugnazione, ove si consideri che anche nella materia della prevenzione opera il principio di tassatività (che presiede al regime delle impugnazioni ai sensi dell'art. 568, comma 1, cod. proc. pen.) e che la sintetica regolamentazione non contiene alcun rinvio al procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali e patrimoniali ovvero al sistema di impugnazione dei provvedimenti patrimoniali, recato dagli artt. 27 e 10 del d.lgs. n. 159 del 2011.

Ha rilevato poi che una conferma della non casualità del vuoto di previsione può essere tratta dalla specificazione, inserita nell'ultimo comma dell'art. 34 dalla novella n. 161 del 2017, di un richiamo ai mezzi di impugnazione esperibili avverso quel provvedimento, circostanza che sembrerebbe confermare *a contrario*, per inevitabile valutazione sistematica del nuovo testo normativo, l'assenza del diritto all'impugnazione nel caso che ci occupa.

Con riferimento al rinvio alle forme di cui all'art. 127 cod. proc. pen., ha sostenuto che in giurisprudenza si è costantemente ritenuto che tale rinvio riguardasse la sola regola di svolgimento dell'udienza camerale e non implicasse, di per sé, la ricezione completa del modello procedimentale descritto in detta norma, ivi compreso il ricorso in sede di legittimità, tanto che, per diverse disposizioni contenenti il rinvio, il legislatore ha espressamente previsto l'esperibilità del rimedio *de quo* (in tal senso: Sez. U., n. 17 del 06.11.1992, Bernini e altri, Rv. 191786)».

Ha affermato inoltre che non appare decisivo neanche il richiamo all'art. 111 Cost., in quanto il provvedimento adottato dal tribunale di prevenzione ai sensi del comma 6 dell'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011 non incide sulla libertà personale, ma attiene alla libertà di impresa e non ha, comunque, natura sostanziale di sentenza o di provvedimento giurisdizionale suscettibile di assumere carattere di definitività.

Ha chiarito infatti che la decisione del tribunale della prevenzione – sia di accoglimento che di rigetto della richiesta dell'interessato – si caratterizza per il contenuto provvisorio della statuizione, alla quale inerisce l'attribuzione di decisione *rebus sic stantibus*, sempre rivedibile in forza di elementi nuovi che possono

sopraggiungere fino al momento in cui, attraverso il giudicato amministrativo, gli effetti della misura siano stabilizzati.

Ha aggiunto che non è casuale né approssimativa la scelta del Legislatore di prevedere, come requisito della domanda di ammissione al controllo giudiziario, l'impugnazione del relativo provvedimento e di descrivere le conseguenze dell'ordinanza ammissiva con l'espressione "sospende gli effetti" (indicazione che comporta la necessità che il procedimento di impugnazione in sede amministrativa sia ancora pendente), evidenziando che la *ratio* e la funzione dell'istituto non possono ragionevolmente consistere nell'aggiramento della misura interdittiva amministrativa, ovvero in una sua anomala impugnativa dinanzi al tribunale della prevenzione, con la produzione degli effetti tipici di tale decisione di annullamento o revoca.

Ha coerentemente concluso che la norma delinea la previsione che l'azienda interessata, fintanto che sia pendente l'impugnazione e sia in corso la contestazione della legittimità del provvedimento amministrativo, può rivolgersi al tribunale di prevenzione, demandandogli la verifica della sussistenza dei requisiti di applicazione di una misura meno stringente di quella applicata in sede amministrativa e della quale, in caso di accoglimento della richiesta, sono sospesi gli effetti, precisando che deve, invece, escludersi qualsiasi potere di controllo da parte del tribunale di prevenzione sui presupposti che legittimano l'applicazione dell'interdittiva antimafia, venendo, altrimenti, a realizzarsi un'illegittima invasione delle sfere di competenza dell'autorità amministrativa e un'illegittima duplicazione di procedimenti aventi a oggetto la legittimità delle interdittive.

Ha aggiunto ancora che un definitivo esito decisorio non si produce neanche in caso d'inammissibilità o di rigetto della richiesta dell'impresa destinataria di informazione prefettizia antimafia per carenza dei requisiti che legittimano il ricorso all'applicazione della misura, atteso che tale conclusione non solo non è positivamente prevista sotto forma di preclusione o decadenza, ma, soprattutto, non è in linea con i descritti requisiti soggettivi e presupposti di accesso alla misura del controllo giudiziario a richiesta della parte privata.

Da ultimo, ha sostenuto che non ricorrono i presupposti affinchè possa ritenersi che il provvedimento impugnato presenti caratteri di abnormità, ove si consideri che tale categoria è stata elaborata dalla giurisprudenza con l'intento dichiarato di introdurre un correttivo al principio della tassatività dei mezzi di impugnazione e di apprestare il rimedio del ricorso per cassazione contro provvedimenti che, pur non essendo oggettivamente impugnabili, risultino, tuttavia, affetti da anomalie genetiche o funzionali così radicali da non poter essere inquadrati in nessuno schema legale e che tale evenienza non ricorre nel caso in esame poiché il

provvedimento adottato non si discosta, né diverge dalle previsioni della norma e dell'intero e organico sistema della legge in materia di misure di prevenzione.

Si collocano poi nel filone interpretativo in disamina cinque ulteriori pronunzie, successivamente rese dalla Corte.

Ci si riferisce, in specie, a Sez. 6, n. 26342 del 09.05.2019, Lucianò, Rv. 275954, a Sez. 6, n. 26349 del 09.05.2019, P.M. c. Eurostrade s.r.l., a Sez. 6, n. 35431 del 09.05.2019, Labate, a Sez. 6, n. 38071 del 09.05.2019, Gienne Costruzioni s.r.l., e a Sez. 6, n. 38072 del 09.05.2019, Scaramuzzino.

Le pronunzie in questione, con percorsi motivazionali pressochè sovrapponibili, recepiscono buona parte delle argomentazioni spese da Sez. 6, n. 22889 del 04.04.2019, Consorzio Go Service s.c.a.r.l., Rv. 275531, arricchendone l'ordito di considerazioni e spunti ulteriori.

Nello specifico, in Sez. 6, n. 26342 del 09.05.2019, Lucianò, Rv. 275954, la Corte premette che, secondo un consolidato orientamento formatosi prima della riforma introdotta con la legge n. 161/2017, la disciplina delle impugnazioni in materia di misure di prevenzione si uniformava al principio di tassatività, con la conseguenza che, essendo precluso il ricorso all'interpretazione analogica, i provvedimenti non contemplati negli artt. 10 e 27 d.lgs. n. 159 del 2011 o in altre disposizioni espresse che richiamassero tali norme, erano ritenuti insuscettibili di impugnativa, fatto salvo l'incidente di esecuzione, nei limitati casi in cui detto istituto potesse trovare applicazione.

Premette altresì che il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione in materia di misure di prevenzione è stato affermato con riguardo alla questione della impugnabilità dei provvedimenti di sequestro di prevenzione e di rigetto della relativa istanza di revoca, considerati insuscettibili di impugnazione già prima dell'introduzione del codice antimafia e che, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 159/2011, sono stati ritenuti soggetti unicamente al rimedio dell'opposizione nelle forme dell'incidente di esecuzione *ex* art. 667, comma 4, cod. proc. pen., da proporsi davanti allo stesso giudice della prevenzione.

Sostiene, quindi, che è sufficiente leggere i primi due commi del citato art. 27 per evincerne il carattere tassativo dell'elencazione dei provvedimenti concernenti le misure di prevenzione patrimoniali riportata al comma 1 (per i quali opera il richiamo, contenuto al comma 2, delle disposizioni previste dall'art. 10, dedicato alla disciplina delle impugnazioni), aggiungendo che dal combinato disposto delle due predette disposizioni si desume che sono soggetti al ricorso, anche nel merito, davanti alla Corte d'Appello e al ricorso per cassazione per violazione di legge avverso i decreti emessi dalla corte di appello i provvedimenti con i quali il tribunale dispone: a) la confisca dei beni sequestrati; b) l'applicazione, il diniego o la revoca del sequestro; c) il rigetto della richiesta di confisca; d) la restituzione della cauzione;

e) la liberazione delle garanzie; f) la confisca della cauzione; g) l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia e concludendo che, sulla base del principio di tassatività, è stata esclusa la possibilità di impugnare, in sede di legittimità, la misura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del d.lgs. 159/2011, al di fuori dei casi espressamente previsti dal comma 7 del medesimo articolo, relativi all'impugnabilità dei provvedimenti conclusivi che possono essere adottati al termine del periodo di amministrazione giudiziaria (ovvero la revoca con controllo giudiziario e la confisca).

Assume pertanto la Corte che, tenuto conto della vigenza nella *subiecta materia* del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, appare distonica e asistematica l'interpretazione posta a fondamento dell'affermata proponibilità del ricorso per cassazione quale unico mezzo di impugnazione avverso la decisione del tribunale sull'istanza avanzata ex art. 34-*bis*, comma 6, del d.lgs. 159/2011, che àncora il proprio assunto al richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 127 cod. proc. pen., e quindi al comma 7, che prevede il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa all'esito dell'udienza camerale.

Sostiene, per converso, che la nuova misura di prevenzione patrimoniale del controllo giudiziario non rientra tra i provvedimenti suscettibili di essere impugnati secondo il vigente sistema delle impugnazioni del codice antimafia, atteso che, sotto il profilo della *voluntas legis*, non può esservi dubbio che se il Legislatore avesse ritenuto di sottoporre il provvedimento al sistema delle impugnazioni, non avrebbe limitato la modifica dell'art. 27 ai soli provvedimenti concernenti il sequestro di prevenzione e che, sotto il profilo della *ratio legis*, appare incoerente con il sistema prevedere l'impugnabilità del provvedimento che rigetta o accoglie la richiesta di applicazione del controllo giudiziario, a fronte della non prevista impugnabilità dei provvedimenti che dispongono o rigettano la richiesta di applicazione della misura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 cit.

Conclude, pertanto, che il richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio, contenuto nel comma 6 dell'art. 34-*bis*, non può essere esteso all'intera procedura camerale regolata dall'art. 127 cod. proc. pen., e quindi anche al riconoscimento della possibilità di proporre ricorso per cassazione, giusta la previsione del comma 7, ove si consideri che una tale interpretazione avrebbe l'effetto di introdurre un mezzo di impugnazione – quale quello del ricorso per cassazione – che, per il richiamo operato al procedimento camerale, andrebbe inteso come esperibile per tutti i motivi indicati nell'art. 606, comma 1, cod. proc. pen., e quindi anche per vizio della motivazione, determinando una palese disarmonia con il sistema delle impugnazioni delle misure di prevenzione.

Chiarisce poi ulteriormente che l'interpretazione secondo cui il ricorso per cassazione dovrebbe soggiacere al limite previsto dall'art. 10 del d.lgs. 159/2011 non può essere seguita, perché in palese contrasto con il dato testuale normativo, non potendosi ritenere richiamato *per relationem* il mezzo d'impugnazione previsto dal comma 7 dell'art. 127 cod. proc. pen. e poi ritenere che tale richiamo sia solo parziale, perché in contrasto con il sistema delle impugnazioni regolato dall'art. 10 del citato codice antimafia.

Aggiunge ancora che neppure si pone la necessità di assicurare il controllo di legittimità, imposto *ex* art. 111 Cost. dalla interferenza con diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, qual è la libertà d'impresa, perché il provvedimento di rigetto dell'istanza di applicazione della misura di prevenzione non esercita alcun effetto diretto sulla gestione e sull'amministrazione dell'attività di impresa.

Rileva, infatti, la Corte che la norma di cui all'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011 prevede che le imprese destinatarie dell'interdittiva antimafia possano farsi esse stesse promotrici dell'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale del controllo giudiziario dell'azienda, ma solo dopo avere previamente proposto impugnazione avverso il provvedimento del prefetto, aggiungendo che, solo in tale eventualità, possono scegliere se subire gli effetti ostativi del provvedimento amministrativo, attendendo l'esito dell'impugnazione davanti al giudice amministrativo, oppure sottoporsi al sistema dei controlli previsti dalla misura di prevenzione.

Osserva, quindi, che si tratta, all'evidenza, di una possibile opzione dell'impresa, che non legittima alcun diritto incondizionato all'accoglimento dell'istanza, essendo rimessa al giudice della prevenzione la valutazione degli elementi sintomatici del pericolo di infiltrazione mafiosa e della gravità del rischio del condizionamento e rileva ancora che il controllo giudiziario si inserisce nel novero delle misure di prevenzione che hanno come loro scopo prioritario quello di salvaguardare l'interesse dello Stato ad assicurare che l'attività di impresa non sia utilizzata come strumento per accrescere lo sviluppo delle associazioni mafiose.

Aggiunge, poi, che tale misura può essere applicata – secondo la sua più fisiologica procedura – su richiesta della procura distrettuale procedente, e non su iniziativa della stessa impresa privata, inferendo da tale circostanza che l'ammissione al controllo giudiziario non può essere considerato come l'espressione di un diritto, atteso che il diritto al libero esercizio dell'impresa non è compromesso dal diniego dell'applicazione della misura di prevenzione richiesta dalla parte, ma dall'applicazione dell'interdittiva antimafia, cui si ricollegano le limitazioni legali all'autonomia contrattuale per le superiori ragioni di salvaguardia dell'economia dalle infiltrazioni della criminalità mafiosa, con l'ulteriore conseguenza che il diritto alla libertà di impresa trova piena tutela nella competente sede giudiziaria

amministrativa, attraverso i rimedi che sono previsti in quella diversa sede giurisdizionale.

Conclude, quindi, la Corte che la diversa impostazione ribalta la naturale finalità delle misure di prevenzione, tra cui può anche rientrare lo scopo di tutelare il titolare dell'impresa dai condizionamenti mafiosi di natura intimidatoria, ma giammai la finalità di favorire attraverso la sua applicazione l'elusione degli effetti legittimamente imposti da altra misura di prevenzione di carattere amministrativo, aggiungendo che la mancanza di mezzi di impugnazione appare coerente con la natura provvisoria e con le finalità di carattere esplorativo e investigativo che la misura del controllo giudiziario espleta.

Come sopra anticipato, si iscrivono nel medesimo filone interpretativo anche Sez. 6, n. 38071 del 09.05.2019, Gienne Costruzioni s.r.l., non massimata, Sez. 6, n. 38072 del 09.05.2019, Scaramuzzino, non massimata e Sez. 6, n. 35431 del 09.05.2019, Labate, non massimata.

Delle indicate pronunzie le prime due si connotano per orditi argomentativi, pressoché sovrapponibili, che ribadiscono e sviluppano ulteriormente la totalità delle argomentazioni in precedenza spese da Sez. 6, n. 22889 del 04.04.2019, Consorzio Go Service s.c.a.r.l., Rv. 275531 e da Sez. 6, n. 26342 del 09.05.2019, Lucianò, Rv. 275954.

Di maggior rilievo ai fini che qui interessano è invece l'apparato motivo di Sez. 6, n. 35431 del 09.05.2019, Labate, non massimata, pronunzia intervenuta successivamente a quella da ultimo scrutinata, che, prendendo atto delle conclusioni alle quali la stessa era pervenuta, e ribadendo l'assenza di norme di segno contrario, ha avuto cura di specificare, con argomenti ulteriori, la non ricorribilità per cassazione del provvedimento reiettivo.

La Corte afferma infatti che la richiesta del privato *ex* art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011 è, a tutti gli effetti, una misura di prevenzione a carattere patrimoniale che si instaura in mancanza di una pregressa procedura di prevenzione, chiarendo che, attraverso tale richiesta, i soggetti titolari e/o responsabili del compendio economico, che sino a quel momento hanno potuto operare liberamente e in autonomia sul mercato, in quanto interessati dalla notifica dell'interdittiva antimafia, possono decidere di affidare l'ambito di libertà collegato alla propria attività imprenditoriale al tribunale di prevenzione, di fatto consegnando l'azienda alla gestione controllata dell'amministratore nominato dal tribunale o dal giudice delegato, cui vengono riconosciuti penetranti poteri di ricostruzione e controllo dell'intero assetto economico-finanziario; poteri che possono giungere all'applicazione di una più gravosa misura di prevenzione quale l'amministrazione

giudiziaria che, a sua volta, può condurre al sequestro e alla confisca del compendio *ex* art. 34, comma 6, d.lgs. cit.

Sostiene ulteriormente che, ai fini dell'ipotizzata limitazione della libertà di impresa, risulta irrilevante la circostanza che all'accoglimento consegua la sospensione degli effetti della misura interdittiva antimafia emessa dal prefetto (misura che opera in distinto e ben separato ambito amministrativo) e conclude, infine, che l'effetto sospensivo previsto dall'art. 94 d.lgs. cit. promana *ex lege* direttamente dal chiaro tenore dell'art. 34-*bis*, comma 7, d.lgs. e non potrebbe in alcun modo essere determinato dalla diretta decisione del giudice ordinario, non potendo ipotizzarsi che l'ordinamento abbia concesso allo stesso un concorrente potere di sospensione (rispetto a quello ordinariamente riconosciuto al giudice amministrativo) del provvedimento amministrativo non soggetto ad alcuna impugnazione, evenienza che risulterebbe eccentrica, tenuto conto dei criteri posti a presidio del riparto e dell'autonomia delle distinte sfere afferenti alla giurisdizione ordinaria e amministrativa.

4. Il contributo offerto alla soluzione del contrasto da Sez. 1, n. 29487 del 07.05.2019, Tribunale di Catanzaro c./Tribunale di Trento.

Di non minore rilevo risulta, poi, la pronunzia di Sez. 1, n. 29487 del 07.05.2019, Tribunale di Catanzaro c./Tribunale di Trento, Sezione Distrettuale Misure di prevenzione, Rv. 276305, che, nel dirimere un conflitto negativo di competenza, si è diffusa in un'articolata ricostruzione della figura disciplinata dall'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011, giungendo alla conclusione che il procedimento attivato dalla parte privata ha natura giurisdizionale, con le implicazioni che logicamente discendono da tale asserto.

Nello specifico, la Corte ha rilevato innanzitutto che si tratta di un particolare caso, introdotto dal Legislatore con legge n. 161 del 17 ottobre 2017, che vede la misura di prevenzione applicata su domanda non già della parte pubblica, ma della parte privata.

Ne ha poi illustrato le specifiche finalità, asserendo che l'esigenza di contrasto della pericolosità economico/patrimoniale, in un sistema giuridico che ricollega le limitazioni di diritti costituzionalmente protetti a una base legale appropriata e a momenti cognitivi giurisdizionali, hanno condotto il Legislatore del 2017 a incrementare, in sede di misure di prevenzione, la potenzialità applicativa degli strumenti rappresentati – in campo patrimoniale – dall'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche (art. 34) e del controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis*), visti con modalità di intervento potenzialmente alternativo

rispetto all'ordinario binomio sequestro/confisca dei beni del soggetto portatore di pericolosità».

Ha aggiunto che deve ritenersi che le disposizioni contenute nell'art. 34 e nell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 vadano lette congiuntamente in quanto costituiscono un "sotto-sistema" basato sulla necessità di diversificazione della risposta giudiziaria prevenzionale al fenomeno della "contaminazione" dell'attività d'impresa da parte della criminalità organizzata e che la conferma della volontà del Legislatore di creare forme di intervento diversificate si ricava dal testo dell'art. 20 del d.lgs. citato, in tema di sequestro, per come anch'esso risulta novellato ai sensi dell'art. 5 l. n. 161 del 2017.

Ha altresì posto in rilevo che, in sede di proposta di sequestro, il Tribunale può ritenere sussistenti non già i presupposti tipici della misura richiesta, ma, in alternativa, proprio quelli dell'amministrazione giudiziaria (art. 34) o del controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis*), inferendone che lo sforzo richiesto al Tribunale della Prevenzione è quello di realizzare una calibrata qualificazione della "relazione" intercorrente tra i beni in questione e il soggetto indicato come portatore di pericolosità sociale.

Ha quindi evidenziato che, una volta adottate le misure del controllo o della amministrazione giudiziaria, il Tribunale della Prevenzione, anche in esito alle verifiche disposte durante la vigenza delle stesse, può mutare la prima qualificazione e transitare in una tipologia prevenzionale diversa, adottando la misura più adeguata e ha concluso che la domanda della parte privata, nel particolare caso dell'art. 34-*bis*, comma 6 (domanda successiva a interdittiva antimafia), è di fatto una richiesta di applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, in quanto l'azienda che sino a quel momento ha operato liberamente sul mercato, a fronte della notifica dell'interdittiva, può decidere di "consegnarsi" al Tribunale della Prevenzione, consapevole del fatto che se da un lato ciò rimuove le inibizioni alla prosecuzione della attività (art. 34-*bis*, comma 7), dall'altro si apre una fase di "gestione condivisa" con l'amministratore nominato dal Tribunale, il cui esercizio può portare all'applicazione di più gravosa misura di prevenzione.

Alla stregua delle articolate considerazioni esposte, la Corte ha conclusivamente sostenuto la giurisdizionalità piena del procedimento attivato dalla parte privata, in ragione dell'appartenenza della disposizione di cui all'art. 34-*bis* a un "sotto-sistema" teso alla individuazione, da parte del Tribunale della Prevenzione, dell'intervento più adeguato al caso concreto sottoposto ad esame.

5. La decisione delle Sezioni Unite.

Con la decisione assunta all'udienza del 26.09.2019, le Sezioni unite hanno dato risposta al quesito dianzi riportato, affermando che «il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto ex art. 34-*bis*, comma 6, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è impugnabile con ricorso alla corte di appello anche per il merito».

Ha premesso innanzitutto il Supremo consesso che entrambe le opzioni interpretative sostenute presentano limiti che le rendono inadatte a fornire al problema una risposta complessivamente appagante, rilevando che si rende necessaria una ricostruzione del sistema delle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali autonoma rispetto alla ricerca di una volontà chiarificatrice del Legislatore del Codice antimafia.

In tale prospettiva si è quindi osservato che i limiti concernenti l'opzione favorevole alla ammissibilità del solo ricorso per cassazione sono rappresentati, *in primis*, dalla non decisività del richiamo contenuto nell'art. 34-*bis* alle forme dell'art. 127 cod. proc. pen., aggiungendosi che non v'è motivo per discostarsi dall'insegnamento delle Sez. U. Bernini, che hanno affermato essere tale richiamo – operato con la formula "secondo le forme previste" – del tutto neutro, in quanto la regolamentazione della procedura camerale e del contraddittorio che in essa deve essere garantito non determina l'automatica applicazione del comma 7 di quella norma e quindi del principio di ricorribilità per cassazione, senza limiti, del provvedimento emesso all'esito.

Né, per altro verso, assume rilievo determinante il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, ove si consideri che in giurisprudenza non si è mancato di fare ricorso, in tema di impugnazioni, al principio dell'interpretazione analogica, alla stregua dell'art. 12 preleggi, quando si è trattato di sopperire a una lacuna o ad una deficienza del sistema in relazione a un caso analogo e che un sostegno a tale assunto può rinvenirsi nella previsione dell'art. 10 d.lgs. 159/2011, concepito come norma generale di impugnazione, anche per il merito, delle misure di prevenzione personale, ma estensibile anche ai provvedimenti in tema di misure di prevenzione patrimoniale che rechino un *vulnus* a posizioni costituzionalmente garantite.

Egualmente in conferente appare poi, secondo la Corte, l'evocazione della regola generale sull'impugnazione con ricorso, di cui all'art. 111, comma 7, Cost., atteso che i provvedimenti dei quali si discute non attengono alla materia della libertà personale e non hanno il connotato di definitività proprio delle sentenze, così come improprio risulta la presa di posizione, di parte di talune pronunzie, sulla necessaria delimitazione dei motivi di ricorso alla sola violazione di legge, posto che l'argomento sistematico utilizzato – e cioè il riferimento alla analoga previsione

contenuta nell'art. 10, comma 3, d.lgs. 159/2011 – finisce per attribuire a tale precetto proprio quella valenza di norma generale e di sistema che si vuole contemporaneamente disconoscere.

Con riguardo, invece, all'opposto orientamento, si è posto in rilievo che i profili di criticità risiedono essenzialmente nella ritenuta possibilità di individuare una volontà certa del Legislatore di escludere i provvedimenti in materia di controllo giudiziario dal novero di quelli in qualche modo impugnabili, evidenziandosi che, nella vicenda di specie, si è avuto un Legislatore che ha parlato in maniera occasionale e poco coerente più che un Legislatore volutamente silenzioso.

Alla stregua di tali premesse, si è infatti sostenuto che è da escludere che l'art. 27 d.lgs. 159/2011, contenente un elenco di provvedimenti impugnabili con l'appello anche per il merito, tracci un perimetro chiuso, rivelandolo l'analisi storico-giuridica del vigente art. 34, comma 6, ultima parte, d.lgs. cit., norma che, come già ricordato, prevede la stessa impugnabilità descritta dall'art. 27 anche per i provvedimenti di revoca della amministrazione giudiziaria, con disposizione del controllo giudiziario o della confisca.

D'altro canto, il precetto *de quo* aveva fatto la sua prima comparsa a margine dell'originario testo dell'art. 34, e segnatamente in calce al previgente comma 7 di tale norma, appositamente interpolato dall'art. 5, comma 1, lett. a), del d.lgs. 13 ottobre 2013, n. 153, creando uno scompenso sul terreno dei "casi analoghi", perché, col prevedere l'appellabilità della confisca emessa all'atto della revoca dell'amministrazione giudiziaria, vi ha aggiunto, per simmetria, l'appellabilità anche del controllo giudiziario, che rappresentava, con la confisca, l'altro possibile sbocco della situazione conclusa con la revoca.

Si è pertanto rilevato che, allorquando con la successiva legge n. 161/2017 il testo dell'art. 34, comma 7, è rifluito nel nuovo art. 34, comma 6, ed è stato contestualmente disciplinato in modo autonomo l'istituto del controllo giudiziario con l'introduzione del nuovo art. 34-*bis*, è balzata all'evidenza la incongruenza dell'accostamento di una previsione differenziata dell'impugnabilità di decisioni su oggetti del tutto assibilabili, atteso che il controllo giudiziario apparirebbe appellabile se emesso all'esito della procedura della amministrazione giudiziaria e non impugnabile se emesso in modo autonomo.

Tirando le fila del ragionamento svolto, il Supremo consesso ha affermato che, se per colmare tale scompenso deve ritenersi ammissibile il ricorso al sistema impugnatorio di cui al combinato disposto degli artt. 27 e 10 d.lgs. n. 159 del 2011 con riferimento al provvedimento impositivo del controllo giudiziario, l'applicazione analogica deve investire anche i provvedimenti diversi sul tema e, segnatamente, quello reiettivo della domanda della parte privata, sostenendo che,

qualora non si addivenisse a tale conclusione, si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento nella tutela degli opposti interessi perseguiti da ciascuno dei soggetti legittimati, in quanto non appare condivisibile l'assunto secondo cui la parte privata non sarebbe titolare, nel caso descritto, di un interesse perseguibile dinanzi alla giurisdizione della prevenzione, per essere avvenuta la limitazione alla libertà di impresa ad opera del provvedimento prefettizio, aggredibile nella sola sede giudiziaria amministrativa.

Nella medesima ottica, ha rimarcato ancora che, sebbene sia indubbio che il tribunale non abbia potere di sindacato sulla legittimità dell'interdittiva antimafia adottata dal prefetto, per la evidente autonomia dei mandati delle due giurisdizioni, risulta comunque devoluta alla sua cognizione l'intera gamma delle situazioni richiamate dall'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. 159/2011, aggiungendo che all'intervento effettuato dal Legislatore del 2017 sull'art. 27 del d.lgs. n. 159/2011 non va riconosciuta la valenza di avere delineato un elenco tassativo, ma, piuttosto, la finalità di perseguire un tendenziale completamento del catalogo dei provvedimenti impugnabili in base al criterio del caso analogo, in quanto si è ampliato e integrato il novero dei provvedimenti in tema di sequestro, confisca e cauzione impugnabili in maniera omogenea, con la conseguenza che le decisioni del tribunale sulle richieste in tema di controllo giudiziario, al pari di quelle sulla ammissione all'amministrazione giudiziaria (legate con le prime in unico sotto-sistema), debbono ritenersi soggette al mezzo di impugnazione generale previsto dall'art. 10 d.lgs. n. 159/2011, come già testimoniato, per le altre misure patrimoniali, dal richiamo contenuto nell'art. 27 e nell'art. 34, comma 6, ultima parte, e come del resto reso necessario dal dovere di sopperire a ingiustificate aporie normative, pur in presenza di effetti del tutto assimilabili su beni e interessi tutelati dall'ordinamento.

Alla stregua delle osservazioni complessivamente esposte, il Supremo consesso ha concluso, quindi, che «il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto ex art. 34-bis, comma 6, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è impugnabile con ricorso alla corte di appello anche per il merito».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 5, n. 34526 del 02.07.2018, Eurostrade s.r.l., Rv. 273646

Sez. 2, n. 14586 del 13.02.2019, C.L.P. Sviluppo Industriale

Sez. 2, n. 18564 del 13.02.2019, Consorzio Sociale COIN Società Cooperativa Sociale, Rv. 275419.

Sez. 2, n. 17451 del 14.02.2019, Fradel Costruzioni soc. coop., Rv. 276331

Sez. 2, n. 16105 del 15.03.2019, Panges Prefabbricati s.r.l., Rv. 276530

Sez. 2, n. 27856 del 22.03.2019, FO.SA.CO. s.r.l.,

Sez. 2, n. 31280 del 12.04.2019, New Ecology s.r.l., Rv. 276332

Sez. U, n. 17 del 06.11.1992, Bernini e altri, Rv. 191786

Sez. 6, n. 22889 del 04.04.2019, Consorzio Go Service s.c.a.r.l., Rv. 275531

Sez. 6, n. 26342 del 09.05.2019, Lucianò, Rv. 275954

Sez. 6, n. 26349 del 09.05.2019, P.M. c. Eurostrade s.r.l., Sez. 6, n. 35431 del 09.05.2019, Labate,

Sez. 6, n. 38071 del 09.05.2019, Gienne Costruzioni s.r.l., Sez. 6, n. 38072 del 09.05.2019, Scaramuzzino,

Sez. 1, n. 29487 del 07.05.2019, Tribunale di Catanzaro c./Tribunale di Trento, Sezione Distrettuale Misure di prevenzione, Rv. 276305.

CAPITOLO IV

LA RICORRIBILITA' IN CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO PER VIZIO RELATIVO ALL'APPLICAZIONE DI UNA MISURA DI SICUREZZA O DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA ACCESSORIA

(DEBORA TRIPICCIONE)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La modifica del regime di impugnazione relativo alla sentenza di patteggiamento. 3. La questione relativa alla ricorribilità del punto concernente l'applicazione di una misura di sicurezza. 3.1 La soluzione prospettata nell'ordinanza di rimessione. 4. La questione relativa alla ricorribilità del punto concernente l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria.

1.Premessa.

Nell'anno in corso le Sezioni Unite, con due sentenze emesse all'udienza del **26 settembre 2019**, **(Melzani e Savin),** hanno affrontato il tema dell'ammissibilità del ricorso per cassazione relativo al punto della sentenza di applicazione della pena relativo all'applicazione delle misure di sicurezza (Savin) e delle sanzioni amministrative (Melzani).

Le questioni controverse hanno avuto origine dalla modifica del regime di impugnazione introdotta all'art. 448, comma 2-*bis* cod. proc. pen. dall'art. 1, comma 50, della legge 23 giugno 2017, n. 103.

Secondo quanto si legge nelle rispettive informazione provvisorie, la Corte ha risolto entrambe le questioni ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 606 cod. proc. pen. a condizione che, quanto alle misure di sicurezza, personali o patrimoniali, queste non abbiano formato oggetto dell'accordo delle parti.

2. La modifica del regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento.

Con la riforma attuata con la legge 23 giugno 2017, n. 103 è stata positivizzata la disciplina della ricorribilità per cassazione della sentenza di applicazione della pena attraverso la previsione nel novello comma 2-*bis* all'art. 448 cod. proc. pen. di specifici casi di ricorso relativi all'accordo (in quanto formato illegittimamente o non tradotto fedelmente nella sentenza) ovvero ad alcuni significativi aspetti del contenuto della sentenza (circoscritti ai profili dell'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza).

La *ratio* di tale limitazione può desumersi dalla Relazione governativa di accompagno del d.d.l. (A.C. 2798) che, recependo le valutazioni già espresse dalla Commissione ministeriale Canzio, così afferma: «Anzitutto si reputa che il modulo consensuale di definizione del processo, proprio del cosiddetto patteggiamento, non meriti l'attuale, troppo ampia ricorribilità per cassazione, constatato, d'altra parte, l'esito largamente prevalente di inammissibilità dei relativi ricorsi, con inutile dispendio di tempo e di costi organizzativi. Si ritiene pertanto di limitarne la ricorribilità ai soli casi in cui l'accordo non si sia formato legittimamente o non si sia tradotto fedelmente nella sentenza, ovvero il suo contenuto presenti profili di illegalità per la qualificazione giuridica del fatto, per la pena o per la misura di sicurezza, applicata od omessa. La proposta di riforma è diretta, per un verso, a scoraggiare i ricorsi meramente defatigatori e, per altro verso, ad accelerare la formazione del giudicato, anche mediante la più agile procedura di correzione degli errori materiali nelle ipotesi di erronea determinazione della sanzione, la cui eliminazione non comporti tuttavia una modificazione essenziale dell'atto e per le quali pure la Corte di cassazione procede alla rettificazione ex articolo 619 del codice di procedura penale.»

La giurisprudenza di legittimità si è pronunciata sui singoli motivi di ricorso previsti dall'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. utilizzando canoni di giudizio sostanzialmente uniformi a quelli adottati prima della riforma del 2017.

Le prime pronunce di legittimità relative al motivo di ricorso concernente l'espressione della volontà dell'imputato, seguendo una linea ermeneutica già tracciata prima della riforma (Sez. 6, n. 2099 del 24/05/1995, Basciano, Rv. 202152), hanno, infatti, escluso la possibilità di proporre ripensamenti o asseriti vizi di volontà o di intelligenza se non si traducono in censure di nullità per le quali vige il principio di tassatività (Sez. 4, n. 54580 del 19/9/2018, Sentimenti, Rv. 274505). Sez. 6, n. 38454 del 14/7/2017, Arigò, Rv. 270850 ha, inoltre, precisato che spetta al giudice accertare d'ufficio la capacità di intendere e di volere dell'imputato e la sua capacità di stare in giudizio, ritenendo invalido l'accordo negoziale allorché emerga, anche successivamente all'emissione della sentenza, che l'imputato non aveva tali capacità al momento in cui ha espresso la sua volontà.

Anche il motivo relativo all'erronea qualificazione giuridica del fatto è stato interpretato dalla Corte in continuità con l'indirizzo ermeneutico consolidatosi prima della riforma. Sez. 1, n. 15553 del 20/3/2018, Maugeri, *Rv. 272619-01,* ha infatti affermato che: "In tema di applicazione della pena su richiesta delle parti, la possibilità di ricorrere per cassazione deducendo, ai sensi dell'art. 448, comma 2-*bis,* cod. proc. pen., introdotto dall'art. 1, comma 50, della legge 23 giugno 2017, n. 103, l'erronea qualificazione del fatto contenuto in sentenza è limitata ai soli casi di errore manifesto, con conseguente inammissibilità della denuncia di errori valutativi in

diritto che non risultino evidenti dal testo del provvedimento impugnato." (in senso conforme anche Sez. 6, n. 53178 del 20/11/2018, Misani; **Sez. 1, n. 21442 del 29/4/2019, Redondi**). Ed ancora, Sez. 6, n. 2721 del 8/1/2018, Bouaroua, Rv. 272026, ha affermato che l'erronea qualificazione giuridica del fatto ritenuto in sentenza può costituire motivo di ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., come modificato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, solo quando detta qualificazione risulti, con indiscussa immediatezza, palesemente eccentrica rispetto al contenuto del capo di imputazione o sia frutto di un errore manifesto.

In posizione di netta discontinuità rispetto al precedente consolidato orientamento ermeneutico, la giurisprudenza di legittimità ha, invece, ritenuto che, a seguito dello specifico regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento descritto all'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., non è più deducibile il vizio relativo all'omessa valutazione da parte del giudice delle condizioni per pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.

Sez. 2, n. 4727 del 11/1/2018, Oboroceanu, Rv. 272014 ha, al riguardo, affermato che, sebbene nulla sia mutato nella struttura della sentenza *ex* art. 444 cod. proc. pen., cosicché il giudice del patteggiamento ha sempre l'obbligo di accertare che non sussista una delle cause di proscioglimento previste dall'art. 129 cod. proc. pen., tuttavia, per effetto del combinato disposto degli artt. 444 e 448 cod. proc. pen., l'eventuale omissione della motivazione sul punto non è più censurabile con ricorso per cassazione che, in tal caso, provvede a dichiarare l'inammissibilità con ordinanza "*de plano"* ai sensi dell'art. 610, comma 5-*bis,* cod. proc. pen. Ciò in quanto, prosegue la Corte, «l'intento perseguito dal legislatore è quello di evitare un'analisi della motivazione della sentenza di patteggiamento sull'affermazione di colpevolezza dinanzi al giudice di legittimità, dovendosi invece dare rilievo al consenso prestato dall'imputato, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, e, quindi all'implicito riconoscimento di responsabilità che rende poi contraddittorio e superfluo il giudizio di impugnazione sullo svolgimento dei fatti» (in senso conforme, Sez. 6, n. 3819 del 19/12/2018, Boutamara e Sez. 6, n. 6136 del 19/12/2018, Kamberi secondo cui la novella rappresenta un'ulteriore evoluzione della precedente giurisprudenza di legittimità che disconosceva all'imputato il potere di rimettere in discussione i profili oggettivi e soggettivi della fattispecie su cui era caduto l'accordo in quanto coperti dal patteggiamento, conformando il ridotto obbligo di motivazione alla base negoziale del rito; nonché da ultimo, **Sez. 1, n. 21442 del 29/4/2019, Redondi**). La Corte ha, inoltre, considerato il tenore dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., quale espressione

di un regime speciale di impugnazione delle statuizioni della sentenza di patteggiamento, rientranti o meno nel perimetro dell'accordo, che, dunque, prevale sulla disciplina generale di cui all'art. 606, comma 1, cod. proc. pen, escludendone l'applicazione.

3. La questione relativa alla ricorribilità del punto concernente l'applicazione di una misura di sicurezza.

Con **ordinanza n. 17770 del 16/1/2019** la Sesta sezione della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione relativa all'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento con cui si deduca il vizio di motivazione in ordine all'applicazione di una misura di sicurezza, personale o patrimoniale.

L'orientamento favorevole alla ricorribilità per cassazione giunge a tale conclusione sulla base di due differenti impostazioni ermeneutiche, l'una fondata sull'oggetto "eventuale" dell'accordo sulla pena, l'altra sulla elaborazione della nozione di illegalità delle misure di sicurezza.

La prima impostazione individua il regime impugnatorio applicabile alla sentenza di patteggiamento muovendo dalla diversità intensità dell'onere di motivazione gravante sul giudice in relazione ai diversi punti della sentenza. Secondo un consolidato principio di diritto, tale obbligo di motivazione, imposto dagli artt. 111 Cost. e 125 cod. proc. pen., deve essere conformato alla natura giuridica della sentenza di applicazione della pena, rispetto alla quale, pur non potendosi ridurre il compito del giudice ad una mera presa d'atto, lo sviluppo delle linee argomentative è necessariamente correlato all'esistenza dell'atto negoziale con cui l'imputato dispensa l'accusa dall'onere di provare i fatti dedotti nell'imputazione. Pertanto, mentre rispetto a tali punti si ritiene sufficiente una motivazione sintetica, è, invece, necessaria una specifica motivazione con riferimento alle ulteriori statuizioni estranee all'accordo, rispetto alle quali si riespande il potere discrezionale del giudice.

Sulla base di tali coordinate ermeneutiche, si è, pertanto, ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione avente ad oggetto il vizio di motivazione in ordine alla confisca del denaro e la violazione dell'art. 240 cod. pen., in quanto riguarda una statuizione estranea al concordato sulla pena che, dunque, è ricorribile indipendentemente dai limiti previsti dall'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., secondo le regole generali (Sez. 3, n. 30064 del 23/05/2018, Lika (Rv. 273830-01). Tale principio è stato successivamente ribadito da Sez. 4, n. 22824 del 17/04/2018, Daouk e da Sez. 6, n. 53178 del 20/11/2018, Misani.

La distinzione tra statuizioni interne ed esterne all'accordo è stata ripresa da **Sez. 1, n. 11595 del 9/1/2019, Cabiddu, Rv. 275059** per affermare l'ammissibilità

del ricorso per cassazione avverso la sentenza di applicazione della pena in relazione alla omessa applicazione della confisca obbligatoria (nella specie, si trattava del porto illegale di un fucile). Ad avviso della Corte, infatti, tale omissione si traduce nel vizio di inosservanza di una norma sostanziale e, quindi, in un aspetto di illegalità della pronuncia, peraltro estraneo all'accordo raggiunto tra le parti, «cui non sarebbe consentito patteggiare la sottoposizione o meno a confisca dell'oggetto di uno dei reati contestati con effetti vincolanti per le determinazioni che il giudice è chiamato ad assumere.»

Secondo una diversa impostazione ermeneutica, l'ammissibilità del ricorso per cassazione avente ad oggetto la mancata o apparente motivazione circa l'applicazione della confisca consegue alla sua sussumibilità nell'ambito della nozione di illegalità della misura di sicurezza, rilevante come violazione di legge" ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. (**Sez. 3, n. 4252 del 15/01/2019, Caruso, Rv. 274946-01**). Secondo tale arresto, infatti, la nozione di illegalità della misura di sicurezza non è definibile adottando i medesimi parametri elaborati dalla giurisprudenza per determinare il significato della nozione di pena illegale e ricomprende tutti i casi in cui la misura è disposta in violazione dei presupposti e dei limiti stabiliti dalla legge per la sua applicazione (Rv. 274946-02). Nella fattispecie concreta, la sentenza di patteggiamento, emessa in relazione al reato di illecita detenzione di sostanza stupefacente, aveva disposto la confisca del denaro in sequestro. Con il ricorso per cassazione l'imputato lamentava i vizi di violazione di legge e di motivazione in quanto la misura ablatoria era stata disposta senza motivazione né alcun riferimento alla disposizione di legge applicata.

Ponendosi in termini critici rispetto all'orientamento appena esaminato, la Corte ha innanzitutto osservato che il disposto del comma 2-*bis* dell'art. 448 cod. proc. pen. non prevede alcuna distinzione tra le varie statuizioni del provvedimento decisorio. Si sottolinea, inoltre, che la norma, contemplando anche l'illegalità della misura di sicurezza, si riferisce proprio ad una statuizione che generalmente si ritiene estranea all'accordo delle parti, o comunque, "non negoziabile" con effetti vincolanti per il giudice (salvo l'obbligo di motivazione sulla decisione adottata, come sottolineato, tra le tante, da Sez. 2, n. 19945 del 19/4/2012, Toseroni, Rv. 252825-01 e da Sez. 5, n. 1154 del 22/3/2013, Defina, Rv. 258819-01). Ciò rende difficilmente praticabile, ad avviso della Corte, la soluzione che limita l'operatività del disposto di cui all'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. alle statuizioni oggetto di preventivo accordo.

Fatta questa premessa logica, la Corte si è interrogata sulla nozione di "illegalità della misura di sicurezza" che, a differenza di quella di "pena illegale" non è stata

oggetto di particolare approfondimento nella giurisprudenza di legittimità. Secondo il solco ermeneutico tracciato dalle Sezioni Unite (in particolare, Sez. U., n. 40986 del 19/7/2018, Pittalà, Rv. 273934-01 e 273934-02 e Sez. U., n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264205-01 e 264207-01) è illegale la pena che, per specie o per quantità non corrisponde a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice o che, comunque, è stata determinata attraverso un procedimento di commisurazione basato su una cornice edittale inapplicabile, perché dichiarata costituzionalmente illegittima o perché individuata in violazione del divieto di irretroattività della legge più sfavorevole.

Ad avviso della Corte, tale nozione non può essere automaticamente adottata con riferimento alle misure di sicurezza, essendo difficile ipotizzare, soprattutto nei casi di confisca ai sensi degli artt. 240 e 240-*bis* cod. pen., ovvero di espulsione o allontanamento dello straniero dallo Stato, «una misura che per specie o per quantità non corrisponda a quella astrattamente prevista o che sia determinata dal giudice sulla base di un procedimento di commisurazione basato su parametri edittali inapplicabili». Si afferma, dunque, che la nozione di "misura di sicurezza illegale" può essere ricostruita secondo un perimetro più ampio di quello delineato per la pena.

Tale impostazione muove dall'intuizione ermeneutica contenuta in una risalente decisione secondo cui «Tutto ciò che si riferisce alla erronea applicazione di una misura di sicurezza fuori dei casi consentiti, in quanto violazione del più ampio principio di legalità (art 199 cod. pen. e 25 Costituzione), cui è sottoposto, come le pene, anche il regime delle misure di sicurezza, rientra nel potere decisorio ex officio della Corte di Cassazione che, se rileva una causa di illegalità della misura di sicurezza, deve provvedere ad eliminarla». (Sez. 3, n. 1044 del 10/7/1967, Bertolini, Rv. 105611).

Un altro spunto di riflessione è suggerito dal principio affermato da Sez. 3, n. 46049 del 28/03/2018, C., Rv. 274697 secondo cui, la confisca per equivalente, avendo natura sanzionatoria, «partecipa alla disciplina delle sanzioni penali, con la conseguenza che essa non può essere disposta ed eseguita per un valore superiore al profitto del reato, risolvendosi, in caso contrario, nell'applicazione di una pena illegale, alla quale sarebbe pienamente equiparabile, sicché, nel caso di superamento del valore confiscato rispetto al prezzo o profitto del reato, l'importo deve essere ridotto anche d'ufficio».

Sulla base degli indizi ermeneutici ricavabili dai pochi arresti sul tema, la Corte giunge, dunque, alla conclusione che «la nozione di "misura di sicurezza illegale" sembra far riferimento alle misure di sicurezza applicate in violazione dei presupposti e dei limiti stabiliti dalla legge».

Tale conclusione, inferibile anche dal testo degli artt. 25, comma 2, Cost. e 199 cod. pen., risulta, ad avviso della Corte, coerente con i diversi presupposti applicativi delle pene rispetto alle misure di sicurezza: mentre, infatti, le prime conseguono all'accertamento di un reato e, nei casi previsti, alla esclusione di una causa di non punibilità, le seconde richiedono una valutazione ulteriore rispetto a quella relativa alla sussistenza della fattispecie di reato (o di quasi reato) presupposta, quale, a seconda dei casi, l'accertamento della pericolosità sociale ovvero, ai fini dell'applicazione della confisca facoltativa, la valutazione del nesso di strumentalità o di derivazione tra il bene e il reato. Pertanto, ad avviso della Corte, sembra ragionevole ammettere che mentre il controllo di legalità della pena, una volta accertata l'esistenza del reato, possa essere limitato alla sola verifica della cornice edittale, quello di legalità della misura di sicurezza debba, invece, estendersi anche ai presupposti e ai limiti stabiliti dalla legge per la sua applicazione.

Tale interpretazione, prosegue la Corte, consente di assicurare il rispetto della garanzia costituzionale del controllo di legalità di tutte le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale nel cui ambito la giurisprudenza di legittimità ha ricondotto sia gli "*errores in iudicando*" o "*in procedendo*", sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e, quindi, inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice.

Si aggiunge, inoltre, che tale conclusione risulta coerente con i principi enunciati dalla giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, in tema di motivazione della sentenza di applicazione della pena che, precisa la Corte, ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza, richiede un discorso giustificativo più approfondito e più analitico di quello richiesto per l'accertamento del reato e la determinazione della pena, trattandosi di statuizioni non correlabili ad alcun atto negoziale con cui l'imputato dispensa l'accusa dall'onere di provare i fatti dedotti nell'imputazione o concorda la pena.

La più ampia nozione di illegalità della misura di sicurezza appare, dunque, ad avviso della Corte, coerente con l'esigenza costituzionale della motivazione della sentenza e con il principio della ricorribilità in cassazione in relazione agli errori di diritto.

Tali conclusioni, afferma la Corte, appaiono coerenti con l'art. 2, Prot. 7, CEDU, in forza del quale ciascun condannato ha diritto ad un giudizio di controllo da parte di un giudice superiore, che, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, costituisce oggetto di un ampio margine di apprezzamento da parte degli Stati (Corte Edu del

25/07/2017, Rostovtev c. Ucraina; Corte Edu, del 29/4/2014, Natsvlishili e Togonidze c. Georgia; Corte Edu del 13/02/2001, Krombach c. Francia).

La soluzione ermeneutica proposta dalla sentenza Caruso è stata condivisa da **Sez. 3, n. 15525 del 15/2/2019, Bozzi, Rv. 275862** secondo cui la nozione di misura di sicurezza illegale comprende - oltre ai casi in cui la misura di sicurezza venga disposta: a) in sede di patteggiamento *"infrabiennale"* (limitatamente, in tale ipotesi, alle misure di sicurezza diverse dalla confisca); b) nei casi non espressamente previsti dalla legge; c) oltre i limiti dalla legge stessa stabiliti; d) nei casi di *abolitio criminis* e di declaratoria di incostituzionalità - anche i casi «in cui risultino violati i presupposti e i limiti stabiliti dalla legge per la sua applicazione, allorquando l'adozione si risolva in un'erronea applicazione di una misura di sicurezza fuori dei casi consentiti (Sez. 3, n. 1044 del 10/07/1967, Bertolini, Rv. 105611)». La Corte rileva, inoltre, la possibile frizione della soluzione proposta dall'opposto orientamento ermeneutico con i principi costituzionali (art. 111, commi 6 e 7 Cost.) e sovranazionali (sull'equo processo e sul doppio grado di giurisdizione) considerando che la drastica limitazione della proponibilità del ricorso per cassazione, escludendo *in toto* il vizio di motivazione e frazionando il vizio di violazione di legge con la selezione dei motivi proponibili, può essere giustificata solo in relazione alla pena concordata tra le parti, ma non alle misure di sicurezza che esulano dal patto.

Tale più ampia nozione di illegalità della misura di sicurezza è stata estesa da **Sez. 3, n. 20781 del 17/12/2018 (dep. 14/5/2019), El Ghazzani, Rv. 275530**, anche all'ipotesi di omessa applicazione della misura di sicurezza (nella specie, l'espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 86 d.P.R. n. 309 del 1990). Ad avviso della Corte, infatti, sebbene l'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione implichi l'esercizio del potere discrezionale del giudice, richiedendo sia il preventivo accertamento della pericolosità sociale del condannato che l'esame comparativo della sua condizione familiare con gli altri criteri di valutazione indicati dall'art. 133 cod. pen. (si richiama a tal fine, Sez. 4, n. 52137 del 17/10/2017, Talbi, Rv. 2712657-01), ciò non significa che sia legittima l'assoluta assenza di valutazione del caso concreto da parte del giudice del patteggiamento. Ponendosi, dunque, in posizione di inconsapevole contrasto con quanto sostenuto da Sez. 6, n. 6136 del 19/12/2018, Kamberi, Rv. 275034, la Corte ha, pertanto, affermato che, in caso di omessa applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero prevista dalla legge (e di omessa valutazione in assoluto sulla pericolosità), il trattamento sanzionatorio per il caso concreto è diverso da quello stabilito dalla legge, risolvendosi nella violazione "della pena legalmente prevista" dalla norma. Sulla base di tali coordinate ermeneutiche la Corte ha, pertanto, ritenuto impugnabile da parte del pubblico ministero la sentenza di patteggiamento che abbia omesso di

disporre, o di valutare, l'espulsione dello straniero per uno dei reati indicati dall'art. 86 d.P.R. n. 309 del 1990.

La Corte, inoltre, ha espresso un giudizio fortemente critico nei confronti della tesi contraria alla deducibilità del vizio di motivazione sulla sussistenza dei presupposti di una misura di sicurezza o del vizio relativo alla sua applicazione fuori dai casi previsti dalla legge. Si afferma, infatti, che poiché la misura di sicurezza (personale) incide in modo concreto e diretto sulla libertà personale, «un sacrifico del ricorso per cassazione (ritenuto non ammissibile ex art. 448, comma 2-*bis* cod. proc. pen.) in ragione e in contropartita della celerità e del premio (sconto di pena) per il rito del patteggiamento risulterebbe certamente incostituzionale». Pertanto, ad avviso della Corte, l'unica soluzione costituzionalmente orientata è quella di ritenere ammissibile il ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. nelle ipotesi di omessa applicazione o di illegittima applicazione con una sentenza di patteggiamento della misura di sicurezza.

Sulla base di considerazioni sostanzialmente analoghe, **Sez. 3, n. 29428 del 8/5/2019, Scarpulla, Rv. 275896**, ha ritenuto ammissibile il ricorso del pubblico ministero avente ad oggetto l'omessa applicazione della confisca, diretta o per equivalente, prevista dall'art. 12-*bis*, d.lgs. 10/3/2000, n. 74, con la sentenza di patteggiamento per il reato di omesso versamento di IVA.

L'inammissibilità del ricorso per cassazione con il quale si deduca l'omessa motivazione in ordine alle ragioni della confisca del profitto del reato è stata affermata da Sez. 6, n. 3819 del 19/12/2018, Boutamara, Rv. 274962 e Sez. 6, n. 7630 del 19/12/2018, Fall, Rv. 275210. Motivo di impugnazione, in entrambe le fattispecie, era il vizio di motivazione della confisca del denaro disposta con la sentenza di applicazione della pena concordata tra le parti in relazione al reato cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990.

Ad avviso della Corte, con l'introduzione dello specifico regime di impugnazione previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 448 cod. proc. pen., il vizio di motivazione resta estraneo al sindacato di legittimità, ristretto al solo profilo della illegalità della misura di sicurezza. La riforma del 2017, osserva ancora la Corte, ha introdotto un regime speciale di impugnazione della sentenza di patteggiamento, giustificato dall'origine concordata del provvedimento impugnato, che, prevedendo specifici e tassativi casi di ricorso (riguardanti, peraltro, anche punti della decisione estranei all'accordo, come quello relativo alle misure di sicurezza), prevale sulla disciplina generale di cui all'art. 606, comma 1, cod. proc. pen, escludendone l'applicazione.

Pertanto, ad avviso della Corte, non può ritenersi condivisibile il principio affermato dall'opposto orientamento che, valorizzando l'estraneità all'accordo sull'applicazione della pena del punto relativo alla misura di sicurezza, considera ammissibile il ricorso per cassazione, così "recuperando" i motivi di ricorso previsti in via generale dall'art. 606 comma 1, cod. proc. pen. Si afferma, infatti, che tale interpretazione si risolve in una *interpretatio abrogans* della norma «rievocando obblighi di motivazione e correlati mezzi di ricorso vigenti precedentemente alla riforma, che – invece – ha voluto accomunare l'illegalità della pena a quella della confisca limitando espressamente il ricorso per cassazione a dette ipotesi, nell'ambito di una tassatività già affermata dalla giurisprudenza di questa Corte».

Le conclusioni cui giunge la Corte poggiano, oltre che sul dato testuale, anche sulla *ratio* della riforma del 2017, quale emerge dalla Relazione governativa di accompagnamento del d.d.l. (A.C. 2798 – XVII Legislatura) che, in relazione all'art. 1, comma 50, della legge n. 103 del 2017, introduttivo del comma 2-*bis* dell'art. 448 cod. proc. pen., esprime un giudizio di non meritevolezza dell'«*attuale troppo ampia ricorribilità per cassazione*, per il verificato largo esito di inammissibilità dei ricorsi, con il conseguente apprezzamento dell'«*inutile dispendio di tempo e di costi organizzativi*». L'analisi della *ratio* ispiratrice della riforma rivela, dunque, la ragionevolezza della limitazione del ricorso per cassazione avverso le sentenze di patteggiamento nel dichiarato intento del legislatore di scoraggiare i ricorsi defatigatori e di «*accelerare la formazione del giudicato*».

Quanto alla nozione di illegalità della misura di sicurezza, ad avviso della Corte, è possibile mutuare i criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di illegalità della pena, cosicché può ritenersi tale la misura non prevista dall'ordinamento giuridico per il caso concreto oggetto di giudizio, sia quella eccedente, per specie e quantità, i relativi limiti legali.

Ad avviso della Corte, infatti, mentre la categoria della illegalità predica la totale estraneità a sistema della pena come della misura di sicurezza, per la sua irrimediabile deviazione dal modello tipico, la fattispecie del vizio di motivazione evoca, invece, una causa di illegittimità della sentenza di merito, emendabile nel rapporto tra giudizio rescindente di legittimità e giudizio rescissorio di merito.

L'illegalità della misura di sicurezza, prosegue la Corte, costituisce, dunque, il presupposto logico di ogni censura della motivazione della sentenza di patteggiamento sul relativo punto della decisione, che, dunque, è deducibile nella misura in cui si accompagna alla «plausibile prospettazione di quella specifica violazione di legge penale,- evocata nel comma 2-*bis* dell'art. 448 e sopra descritta – rappresentata dalla illegalità dell'applicata misura di sicurezza.» Ove, infatti, si prospettasse un vizio di motivazione in punto di misura di sicurezza, senza prefigurare l'inosservanza o l'erronea applicazione delle rilevanti norme sostanziali

in materia, il ricorso sarebbe inammissibile per carenza di interesse, in quanto l'eventuale accoglimento della doglianza non sortirebbe alcun effetto favorevole in sede di rinvio (si richiama Sez. 6, n. 47722 del 6/10/2015, Arcone, Rv. 265878-01).

Tale soluzione, secondo quanto afferma in conclusione la Corte, risulta coerente con i principi costituzionali e convenzionali. Innanzitutto, come può desumersi anche dalla previsione di una specifica disciplina transitoria per l'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc pen., la scelta del rito alternativo, ove la volontà sia immune da vizi, implica una consapevole accettazione delle parti del limitato regime di impugnazione previsto dalla legge, anche con riferimento ai punti della sentenza che, pur non rientrando nel perimetro dell'accordo sulla pena, rientrano, tuttavia, nell'area della ragionevole prevedibilità, come nel caso dell'applicazione di una misura di sicurezza prevista dalla legge, quanto a specie, oggetto e durata/ammontare.

Tale interpretazione, prosegue la Corte, oltre a rispettare l'art. 111, commi 6 e 7, Cost. (il vizio deducibile, se correttamente prospettato, comprende e assorbe i vizi di motivazione), è conforme ai principi costituzionali del giusto processo e del diritto di difesa (quale espressione della libertà di esercizio delle facoltà difensive attraverso la scelta tra il giudizio ordinario, con la correlata possibilità di esperire i mezzi di impugnazione, e la richiesta di patteggiamento, con i conseguenti benefici e limiti previsti dalla legge).

Con riferimento alle garanzie dell'equo processo e del doppio grado di giurisdizione, la Corte richiama, infine, la giurisprudenza della Corte Edu che considera il patteggiamento quale rinuncia da parte dell'imputato ad una serie di diritti e garanzie procedurali che, ove, accompagnata da garanzie minime commisurate alla sua importanza e non contraria al pubblico interesse, fa apparire ragionevole la mancata previsione della possibilità di ricorrere ad un giudice superiore. Si richiama, a tal fine, la sentenza della Corte Edu, del 29/4/2014, Natsylishvili e Togonidze c. Georgia che, in considerazione dell'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti ai sensi dell'art. 2, Prot. 7, CEDU, nonché dei vantaggi connessi alla sentenza di patteggiamento, in termini di rapidità della decisione e di riduzione del carico di lavoro di tribunali, pubblici ministeri e avvocati, ha ritenuto «normale che l'ambito di esercizio del diritto al controllo della decisione per mezzo delle impugnazioni sia più limitato per una condanna basata su un patteggiamento, che rappresenta una rinuncia al diritto di avere la causa penale contro l'accusato esaminata nel merito, rispetto a una condanna pronunciata all'esito di un giudizio ordinario».

Identiche considerazioni sono state svolte da Sez. 6, n. 5875 del 19/12/2018, Chtibi, con riferimento all'insufficiente motivazione della confisca, successivamente ripresa da **Sez. 1, n. 21407 del 19/3/2019, Scaglione** con riferimento alla dedotta illogicità della motivazione della confisca disposta ai sensi dell'art. 240-*bis* cod. pen. in relazione al reato di cui all'art. 648 cod. pen.

Sulla base di analoghe ragioni di carattere testuale, sistematico e logico è stato, altresì, dichiarato inammissibile il ricorso del pubblico ministero avente ad oggetto la mancata applicazione di una misura di sicurezza, personale o patrimoniale (Sez. 3, n. 45559 del 07/03/2018, Handa, Rv. 273950, Sez. 6, n. 6136 del 19/12/2018, Kamberi, Rv. 275034 e **Sez. 3, n. 10954 del 17/1/2019, Kondaj, Rv. 275840**, tutte in tema di omessa applicazione dell'espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 86 d.P.R. n. 309 del 1990; **Sez. 6, n. 13827 del 16/01/2019, Jarmouni, Rv. 275240,** in tema di mancata applicazione della confisca).

In particolare, la sentenza Kamberi, nel richiamare il testo della relazione governativa di accompagnamento del d.d.l. (A.C. 2798-XVII Legislatura), ha escluso che possa ritenersi refluita nel testo normativo l'intenzione ivi espressa secondo cui l'art. 448, comma 2-*bis* cod. proc. pen. si applica all'ipotesi di illegalità della misura di sicurezza applicata o omessa. Ad avviso della Corte, infatti, l'illegalità della misura di sicurezza non può essere equiparata alla violazione dell'obbligo di valutarne l'emissione, atteso che l'obbligatorietà della sua applicazione (nella specie, l'espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 86 d.P.R. n. 309 del 1990) non coincide con l'automaticità della sua applicazione a seguito della condanna, essendo necessario il previo accertamento della pericolosità sociale del condannato.

La Corte ha, inoltre, escluso che dalla inammissibilità del ricorso per cassazione nel caso di omessa applicazione della misura di sicurezza personale, consegua un vuoto di tutela in quanto tale omissione è emendabile a seguito di ricorso del pubblico ministero al magistrato di sorveglianza, ai sensi del combinato disposto degli artt. 205, comma 2, n. 1 cod. pen. e 679 cod. proc. pen. (in senso conforme, anche Sez. 6, n. 6136 del 19/12/2018, Xhelamaj e **Sez. 3, n. 10954 del 17/1/2019, Kondaj, Rv. 275840**).

A conclusioni parzialmente difformi, quanto al rimedio esperibile, è giunta **Sez. 6, n. 9434 del 29/1/2019, Homri, Rv. 275679-01** che, pur ritenendo inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero avverso l'omessa pronuncia dell'espulsione dello straniero con la sentenza di patteggiamento per uno dei reati previsti dall'art. 86 d.P.R. n. 309 del 1990, ha disposto la conversione del ricorso in appello al tribunale di sorveglianza ai sensi del combinato disposto degli artt. 579, comma 2, e 680, comma 2, cod. proc. pen.

Ad avviso della Corte, infatti, poiché la statuizione in questione è estranea all'accordo e, anche se concordata tra le parti, è, comunque, soggetta alla valutazione

da parte del giudice del presupposto sostanziale della pericolosità sociale e, quindi, allo stesso vaglio richiesto per l'applicazione delle medesima misura con la sentenza di condanna, sotto tale limitato profilo, la sentenza di patteggiamento può essere equiparata ad una sentenza di condanna. In tal caso, prosegue la Corte, non può valere l'inappellabilità prevista dall'art. 448, comma 2, cod. proc. pen. e, analogamente all'ipotesi in cui il giudice applichi la pena richiesta dall'imputato all'esito del dibattimento, ritenendo ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, deve ritenersi che le parti abbiano il diritto di appellare la sentenza di patteggiamento, «non essendovi ragione di escludere l'appellabilità innanzi al tribunale di sorveglianza della sentenza per le disposizioni che investano la decisione sull'applicazione della misura di sicurezza in quanto non comprese nell'accordo sulla pena».

Quanto alla omessa applicazione della confisca obbligatoria *ex* art. 12-*sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 356, conv. in legge 7 agosto 1992, n. 356, la sentenza Jarmouni ha individuato il rimedio esperibile nell'incidente di esecuzione (si richiama, tra le altre, Sez. U n. 29022 del 30/5/2001, Derouach, Rv. 219221).

3.1 La soluzione prospettata nell'ordinanza di rimessione.

La Corte rimettente ha, innanzitutto, messo in luce le criticità dell'ordinamento contrario alla ricorribilità della sentenza di patteggiamento.

Quanto alla misura di sicurezza patrimoniale, si rileva l'assenza di un confronto con la tematica della natura poliforme dell'istituto della confisca che, secondo la direttrice ermeneutica tracciata dalla Corte Costituzionale sin dal 1961, raccoglie sotto un unico *nomen iuris* svariate tipologie di istituti, tutti accomunati dall'effetto del trasferimento coattivo di beni economici al patrimonio pubblico. Osserva, in particolare, la Corte che il proliferare, nell'ultimo quarto di secolo, di forme di confisca obbligatoria, che per loro natura rendono più sfumato il rapporto tra pericolosità della cosa e pericolosità del reo, l'introduzione di nuove forme di confisca nell'ambito della legislazione di contrasto alla criminalità organizzata, unitamente alla progressiva moltiplicazione delle forme di confisca per equivalente, hanno messo in crisi le costruzioni dogmatiche elaborate in passato evidenziando la problematica identificazione di un istituto effettivamente unitario. Sottolinea, inoltre, la Corte che tale tema è stato oggetto di numerose pronunce in sede europea ove si è registrata una revisione del concetto di "pena" al fine di estendere a talune forme di confisca sia le garanzie di prevedibilità ed accessibilità previste dall'art. 7

CEDU che le prerogative in tema di processo equo sancite dall'art. 6 CEDU (tra cui, soprattutto, la presunzione di innocenza prevista dal par. 2).

Ad avviso della Corte rimettente, la soluzione in esame presenta, inoltre, elementi di frizione con l'esigenza di tutela dei diritti la cui compressione, dinanzi alla non impugnabilità di una statuizione priva di motivazione, finisce per essere rimessa all'arbitrio soggettivo del giudicante. Osserva, infatti, la Corte che, accanto al criterio della "ragionevole prevedibilità" delle statuizioni esterne al patto, valorizzato da tale orientamento quale "clausola di salvaguardia" contro l'arbitrio del giudicante (la cui violazione «rende la confisca – e più in generale, la misura di sicurezza patrimoniale - di dubbia legalità»), occorre tenere conto del c.d. test di proporzionalità che, sebbene ancorato alla disciplina delle misure cautelari personali ed alla tutela dei diritti inviolabili, trova nel sistema una valenza più ampia, travalicando il perimetro della liberà personale, «per divenire termine necessario di raffronto tra la compressione dei diritti quesiti e la giustificazione della loro limitazione» (principio, affermato, in ambito sovranazionale sia dalle fonti dell'Unione - quali l'art. 5, par. 3 e 4, T.U.E. e gli artt. 49, par. 3 e 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali - che dal sistema della CEDU).

Ad avviso della Corte, dunque, anche nel caso in cui non rilevi il tema della tutela dei diritti fondamentali, il principio di proporzionalità può rappresentare un termine di paragone per lo sviluppo di nuovi modelli di ragionamento giuridico, assolvendo una duplice funzione sia strumentale, per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale, che finalistica, come parametro per verificare la giustizia della soluzione adottata nel caso concreto.

Muovendo da tale criterio ermeneutico, la Corte rimettente ravvisa all'interno dell'orientamento favorevole alla ricorribilità per cassazione una soluzione adeguata all'esigenza di conformare il dato normativo ai principi costituzionali ed alla natura pattizia del rito allorchè, distinguendo le statuizioni della sentenza di patteggiamento tra quelle che recepiscono l'accordo, il cui oggetto è tipizzato dall'art. 444 cod. proc. pen., e quelle ad esso esterne, (Sez. 3, n. 30064 del 23/05/2018, Lika, Rv. 273830 e da Sez. 4, n. 22824 del 17/4/2018, Daouk) circoscrive alle prime la limitazione del potere di impugnazione

Tale impostazione ermeneutica viene ulteriormente sviluppata dalla Corte rimettente alla luce dei recenti approdi della giurisprudenza di legittimità che hanno esteso il perimetro del patto anche alle statuizioni tradizionalmente considerate "esterne", quale la confisca. In tal caso, tuttavia, si esclude che siffatte pattuizioni abbiano un effetto vincolante per il giudice sul quale grava solo un onere di motivazione qualora provveda in termini difformi da quelli concordati, non potendosi estendere al punto relativo alla confisca le caratteristiche di sinteticità della motivazione tipiche della sentenza di patteggiamento (si richiamano, tra le tante, Sez.

6, n. 54977 del 14/10/2016, Orsi, Rv. 268740; Sez. 2, n. 1934 del 18/12/2015, Spagnuolo, Rv. 265823).

Da tale principio, ad avviso della Sezione rimettente, è, dunque, desumibile una possibile e alternativa interpretazione dell'art. 448 comma 2-*bis* cod. proc. pen. che ne circoscrive l'applicazione, quanto al motivo di ricorso relativo all'illegalità della misura di sicurezza, alla sentenza di patteggiamento che recepisca un accordo esteso anche a tali statuizioni esterne. Si afferma, pertanto, che, qualora la sentenza di patteggiamento recepisca un accordo a contenuto complesso, esteso anche alle misure di sicurezza, il giudice è esonerato dall'onere di motivare specificamente sul punto, e la sentenza sarà impugnabile entro i limiti previsti dall'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. Diversamente, nell'ipotesi in cui il giudice disponga una misura di sicurezza su cui non è intervenuto alcun accordo tra le parti, il potere di impugnazione non potrebbe non ricomprendere anche il sindacato sulla motivazione del provvedimento e troverebbe il suo fondamento giustificativo nella norma generale di cui all'art. 606 cod. proc. pen.

4. La questione relativa alla ricorribilità del punto concernente l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria.

Con **ordinanza n. 22113 del 16/5/2019 la Quarta sezione** della Corte di cassazione, ha rimesso alle Sezioni Unite un'analoga questione, oggetto di un contrasto interpretativo, relativa all'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento che deduca un vizio relativo all'applicazione o all'omessa applicazione di sanzioni amministrative accessorie.

Un primo orientamento ha ritenuto ammissibile tale ricorso in considerazione del carattere autonomo delle sanzioni amministrative accessorie, non riconducibile alle categorie delle pene e delle misure di sicurezza contemplate dal comma 2-*bis* dell'art. 448 cod. proc. pen., nonché della loro estraneità all'accordo sulla pena (Sez. 4, n. 29179 del 23/5/2018, Stratta, Rv. 273091-01 e **Sez. 4, n. 7554 del 24/01/2019, Re**, tutte in tema di omessa applicazione della sanzione amministrativa accessoria; **Sez. 6, n. 15848 del 5/2/2019, Moretti, Rv. 275224** in tema di omesso raddoppio della sanzione della sospensione della patente di guida; **Sez. 4, n. 18942 del 27/03/2019, Bruna, Rv. 275435-01** in tema di omessa motivazione sulla durata della sanzione amministrativa applicata in misura prossima al "medio edittale").

In particolare, la sentenza Stratta ha ritenuto ammissibile il ricorso del pubblico ministero che deduceva la violazione dell'art. 222 cod. strada per l'omessa applicazione con la sentenza di patteggiamento per il reato di cui all'art. 589, commi

1 e 2 cod. pen. della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida ed ha annullato con rinvio la sentenza, limitatamente a tale omessa statuizione. La Corte, ponendo l'accento sul carattere autonomo della sanzione amministrativa accessoria rispetto alle pene e alle misure di sicurezza, ha escluso che la stessa rientri nell'ambito di «positivizzazione dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.» ed ha ritenuto che le relative statuizioni possano formare oggetto di ricorso per cassazione ai sensi della disciplina generale dettata dall'art. 606, comma 2, cod. proc. pen. In conformità con l'insegnamento della Corte Costituzionale (si richiama, a tal fine la sentenza n. 49 del 2015), la Corte, ha, inoltre, ribadito che le sanzioni amministrative accessorie hanno proprie peculiari caratteristiche che le distinguono dalla pena, a cui non è possibile equipararle, neppure sulla scorta della mera, eventuale, ricorrenza di caratteri comuni. Pertanto, prosegue la Corte, «proprio in ragione di tale natura, esse si collocano al di fuori della sfera di operatività dell'accordo che investe il patteggiamento propriamente detto».

Sempre in tema di omessa applicazione della sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida, **Sez. 4, n. 7554 del 24/01/2019, Re,** nel ribadire il principio di diritto affermato dalla sentenza Stratta, ha affermato che le sanzioni amministrative accessorie, in considerazione del loro carattere autonomo rispetto alle pene accessorie, non rientrano tra quelle espressamente escluse dall'art. 445 cod. proc. pen. (Sez. 4, n. 27994 del 3/7/2012, Marcel, Rv. 253591) e devono, pertanto, essere applicate con la sentenza di patteggiamento anche se non oggetto di accordo (si richiamano, Sez. 2, n. 49461 del 26/11/2013, Cargnello, Rv. 257871 e Sez. 4, n. 36868 del 14/3/2007, Francavilla, Rv. 237231).

Ad analoghe conclusioni è giunta **Sez. 4, n. 18942 del 27/3/2019, Bruna, Rv. 275435-01,** con riferimento al vizio di motivazione relativo alla durata della sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida (applicata, nella specie, in misura superiore al medio edittale). Oltre a ritenere ammissibile il ricorso del condannato, secondo la disciplina generale dettata dall'art. 606, comma 2, cod. proc. pen., la Corte ha ritenuto sussistente il vizio di motivazione, ribadendo il principio già affermato da Sez. 4, n. 21574 del 29/01/2014, Armanetti, Rv. 259211 secondo cui il giudice che applichi con la sentenza di patteggiamento la sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida non deve fornire una motivazione sul punto allorché si attesti non oltre la media edittale e non constino specifici elementi di meritevolezza in favore dell'imputato.

In continuità con il principio affermato dalla sentenza Stratta, anche **Sez. 6, n. 15848 del 5/2/2019, Moretti, Rv. 275224** ha ritenuto ammissibile, ai sensi dell'art. 606 cod. proc. pen., il ricorso per cassazione del pubblico ministero avverso il punto della sentenza di patteggiamento relativo all'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida in misura inferiore

al minimo legale (a seguito dell'omesso raddoppio della durata in caso di appartenenza del veicolo a terzi). La Corte, infatti, ha aderito all'opzione ermeneutica che limita l'ambito di applicabilità dell'art. 448, comma 2-*bis* cod. proc. pen. alle statuizioni che hanno formato oggetto del patto processuale, anche se estese ad aspetti ulteriori rispetto agli *essentialia negotii* (si richiama a tal fine, Sez. 6, n. 54977 del 14/10/2016, Orsi, Rv. 268740 sugli effetti non vincolanti del patto esteso alla confisca). Ciò comporta che, per tutti gli aspetti esclusi dal patteggiamento, perché non suscettibili di accordo o non considerati dalle parti, è possibile adire il giudice di legittimità secondo le regole generali. Tali considerazioni, conclude la Corte, consentono, inoltre, di affermare la ricorribilità in cassazione della sentenza di patteggiamento che abbia omesso di disporre la sospensione della patente di guida, trattandosi di una sanzione amministrativa accessoria che, «non soltanto non è riconducibile alle categorie della pena e delle misure di sicurezza, indicate nel citato art. 448, comma 2-*bis,* ma soprattutto non può formare oggetto di accordo tra le parti» .

Altro orientamento ha, invece, ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione proposto in ordine al vizio di motivazione concernente la durata della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida (Sez. 6, n. 14721 del 19/12/2018, Lodato, Rv. 275241). Nella fattispecie, l'imputato aveva impugnato la sentenza di patteggiamento relativa al reato di cui all'art. 186, comma 7, cod. strada, deducendo il vizio di motivazione in ordine alla durata della sanzione amministrativa della sospensione della patente, in quanto applicata in misura superiore al minimo (dodici mesi, rispetto al minimo di sei mesi) senza alcuna motivazione in merito ai parametri valorizzati. La Corte, pur concordando con le argomentazioni del P.G. in merito al carattere "implicito" della motivazione che non superi la media edittale (nella specie calcolata in mesi quindici), è giunta alla conclusione della inammissibilità del ricorso in considerazione del carattere speciale della disciplina introdotta all'art. 448, comma 2-*bis* cod. proc. pen. che, individuando in modo tassativo e derogatorio i casi di ricorso (si richiama, in tal senso, Sez. 6, n. 3819 del 19/12/2018, Boutamara, Rv. 274962 in tema di omessa motivazione della confisca disposta con la sentenza di patteggiamento), non consente di applicare la disciplina generale di cui all'art. 606, comma 1, cod. proc. pen. Ad avviso della Corte, l'analisi del dato testuale trova, peraltro, riscontro nella *ratio* della riforma del 2017, esplicitata nella Relazione governativa di accompagno del d.d.l. (A.C. 2798 – XVII Legislatura) ove, con riferimento all'art. 1, comma 50, della legge n. 103 del 2017, introduttivo del comma 2-*bis* dell'art. 448 cod. proc. pen., esprime un giudizio di non meritevolezza dell'attuale troppo ampia ricorribilità per cassazione della

sentenza di patteggiamento, per il verificato largo esito di inammissibilità dei ricorsi, con il conseguente apprezzamento dell'«inutile dispendio di tempo e di costi organizzativi».

Si afferma, pertanto, che, con la riforma, oltre a recepirsi nella formale disposizione di legge gli esiti della elaborazione giurisprudenziale in tema di impugnazione della sentenza di patteggiamento, si è sancita la non ricorribilità dell'eventuale vizio di motivazione sul punto relativo alla verifica della sussistenza di cause di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. senza, tuttavia, incidere, sul persistente obbligo di accertamento gravante sul giudice. In tal modo, prosegue la Corte, si è ulteriormente circoscritta la già limitata ricorribilità della pronuncia di cui all'art. 444 cod. proc. pen, attraverso l'ulteriore valorizzazione del riconoscimento di responsabilità implicito nel consenso prestato dall'imputato personalmente o mediante procuratore speciale. Analoghe considerazioni valgono, ad avviso della Corte, per le ulteriori restrizioni previste con riferimento alla ricorribilità dei vizi concernenti la pena o le misure di sicurezza.

Procedendo, dunque, all'esame del vizio concernente le sanzioni amministrative accessorie, la Corte, ponendosi in posizione di contrasto con quanto sostenuto da Sez. 4, n. 29179 del 23/05/2018, Stratta, Rv. 273091, ha escluso che il silenzio dell'art. 448, comma 2-*bis* cod. proc. pen. relativamente alle sanzioni amministrative accessorie possa consentire il rinvio alle disposizioni generali sancite all'art. 606 cod. proc. pen. Si sottolinea, infatti, l'evidente asimmetria che si verrebbe ad introdurre nel regime delle impugnazioni della sentenza di patteggiamento connotato, da un lato, dalle restrizioni alla deducibilità del vizio di motivazione per le statuizioni relative alle misure di sicurezza, nonostante la loro estraneità all'accordo, e, dall'altro, dall'ampio regime riservato per le sanzioni amministrative accessorie. Analoga asimmetria viene segnalata in relazione alle restrizioni alla possibilità di impugnare i punti della sentenza concernenti il reato, cui la sanzione amministrativa accede quale automatica conseguenza, svolgendo una funzione riparatoria dell'interesse pubblico correlato al valore primario tutelato dalla norma penale.

La soluzione adottata, secondo quanto afferma in conclusione la Corte, risulta coerente con i principi costituzionali e convenzionali in tema di equo processo e diritto di difesa. Innanzitutto, come può desumersi anche dalla previsione di una specifica disciplina transitoria per il novellato art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc pen., la scelta del rito alternativo, ove la volontà sia immune da vizi, implica anche una consapevole accettazione delle parti del limitato regime di impugnazione previsto dalla legge, anche con riferimento ai punti della sentenza che, pur non rientrando nel perimetro dell'accordo sulla pena, rientrano, tuttavia, nell'area della ragionevole prevedibilità, come nel caso dell'applicazione di una sanzione amministrativa

accessoria, che discende direttamente dalla sussistenza del fatto reato oggetto della sentenza e di cui la legge contempla specie, oggetto e durata (o ammontare).

Quanto alla coerenza con i principi costituzionali, osserva la Corte che tale interpretazione, oltre a rispettare l'art. 111, commi 6 e 7 Cost. (il vizio deducibile, se correttamente prospettato, comprende e assorbe i vizi di motivazione) è conforme alle esigenze di tutela dei principi del giusto processo e del diritto di difesa (quale espressione della libertà di esercizio delle facoltà difensive attraverso il giudizio ordinario, con la correlata possibilità di esperire i mezzi di impugnazione, ovvero di presentare richiesta di patteggiamento, con i conseguenti benefici e limiti previsti dalla legge).

Quanto alla conformità alla CEDU della soluzione adottata, la Corte ha, infine, richiamato la giurisprudenza della Corte Edu che considera la richiesta di patteggiamento quale consapevole rinuncia da parte dell'imputato ad una serie di diritti e garanzie procedurali che, ove accompagnata da garanzie minime commisurate alla sua importanza e non contraria al pubblico interesse, fa apparire ragionevole la mancata previsione della possibilità di ricorrere ad un giudice superiore, trattandosi di ipotesi diversa da quella basata su condanna emessa all'esito di giudizio ordinario. Si richiama, a tal fine, la sentenza della Corte Edu, del 29/4/2014, Natsylishvili e Togonidze c. Georgia che, in considerazione dell'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti ai sensi dell'art. 2, Prot. 7 Cedu nonché dei vantaggi connessi alla sentenza di patteggiamento in termini di rapidità della decisione e di riduzione del carico di lavoro di tribunali, pubblici ministeri e avvocati, ha ritenuto «normale che l'ambito di esercizio del diritto al controllo della decisione per mezzo delle impugnazioni sia più limitato per una condanna basata su un patteggiamento, che rappresenta una rinuncia al diritto di avere la causa penale contro l'accusato esaminata nel merito, rispetto a una condanna pronunciata all'esito di un giudizio ordinario».

Il percorso logico seguito dalla sentenza Lodato è stato ripreso da **Sez. 6, n. 15845 del 7/1/2019, Pulvirenti, Rv. 275897-01**, per dichiarare l'inammissibilità del ricorso con cui l'imputato lamentava l'omessa motivazione sulla durata della sospensione della patente di guida (nella specie, applicata nella misura massima di due anni).

Nell'ordinanza di rimessione la Corte ha individuato le criticità di tale secondo orientamento in quanto: 1) non considera che le esigenze deflattive non possono giungere al punto di comprimere i diritti delle parti in misura tale da precluderne la tutela giurisdizionale in presenza di statuizioni oggettivamente in contrasto con disposizioni di legge; 2) non individua il rimedio esperibile per far valere i vizi

concernenti l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie in maniera difforme dallo schema legale ovvero la loro omessa applicazione.

Ad avviso della Corte rimettente, tali rimedi potrebbero essere individuati nella procedura di correzione dell'errore materiale o nella proposizione dell'incidente di esecuzione, ma entrambe le soluzioni si prospettano di non facile applicazione.

L'adozione della prima soluzione richiederebbe, infatti, il superamento dell'opzione interpretativa che circoscrive il ricorso a tale procedura solo per porre rimedio ad imprecisioni, omissioni di elementi che debbono necessariamente essere ricompresi nel provvedimento e, più in generale, a discrasie formali la cui correzione non implica l'esercizio di un potere discrezionale. L'adesione alla seconda soluzione dovrebbe, invece, tenere conto del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza Basile (n. 6240 del 27/11/2014, Rv. 262327-01) secondo cui «L'applicazione di una pena accessoria extra o contra legem da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione purché essa sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata, e non derivi da errore valutativo del giudice della cognizione».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3, n. 1044 del 10/7/1967, Bertolini, Rv. 105611
Sez. 6, n. 2099 del 24/05/1995, Basciano, Rv. 202152
Sez. U, n. 29022 del 30/5/2001, Derouach, Rv. 219221
Sez. 4, n. 36868 del 14/3/2007, Francavilla, Rv. 237231
Sez. 2, n. 19945 del 19/4/2012, Toseroni, Rv. 252825
Sez. 4, n. 27994 del 3/7/2012, Marcel, Rv. 253591
Sez. 5, n. 1154 del 22/3/2013, Defina, Rv. 258819
Sez. 2, n. 49461 del 26/11/2013, Cargnello, Rv. 257871
Sez. 4, n. 21574 del 29/01/2014, Armanetti, Rv. 259211
Sez. U, n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264205-01 e 264207-01
Sez. 6, n. 47722 del 6/10/2015, Arcone, Rv. 265878-01
Sez. 2, n. 1934 del 18/12/2015, Spagnuolo, Rv. 265823
Sez. 6, n. 54977 del 14/10/2016, Orsi, Rv. 268740
Sez. 6, n. 38454 del 14/7/2017, Arigò, Rv. 270850
Sez. 4, n. 52137 del 17/10/2017, Talbi, Rv. 2712657
Sez. 6, n. 2721 del 8/1/2018, Bouaroua, Rv. 272026
Sez. 3, n. 45559 del 07/03/2018, Handa, Rv. 273950
Sez. 1, n. 15553 del 20/3/2018, Maugeri, Rv. 272619
Sez. 3, n. 46049 del 28/03/2018, C., Rv. 274697-01
Sez. 4, n. 22824 del 17/04/2018, Daouk
Sez. 4, n. 29179 del 23/5/2018, Stratta, Rv. 273091
Sez. 3, n. 30064 del 23/05/2018, Lika, Rv. 273830
Sez. U, n. 40986 del 19/7/2018, Pittalà, Rv. 273934-01 e 273934-02
Sez. 2, n. 4727 del 11/1/2018, Oboroceanu, Rv. 272014
Sez. 4, n. 54580 del 19/9/2018, Sentimenti, Rv. 274505-01
Sez. 6, n. 53178 del 20/11/2018, Misani
Sez. 3, n. 20781 del 17/12/2018, El Ghazzani, Rv. 275530
Sez. 6, n. 3819 del 19/12/2018, Boutamara, Rv. 274962
Sez. 6, n. 5875 del 19/12/2018, Chtibi,
Sez. 6, n. 6136 del 19/12/2018, Kamberi, Rv. 275034
Sez. 6, n. 7630 del 19/12/2018, Fall, Rv. 275210
Sez. 6, n. 14721 del 19/12/2018, Lodato, Rv. 275241
Sez. 6, ord. n. 17770 del 16/1/2019, Savin
Sez. 6, n. 15845 del 7/1/2019, Pulvirenti, Rv. 275897-01

Sez. 1, n. 11595 del 9/1/2019, Cabiddu, Rv. 275059
Sez. 6, n. 13827 del 16/01/2019, Jarmouni, Rv. 275240
Sez. 6, n. 9434 del 29/1/2019, Homri, Rv. 275679-01
Sez. 3, n. 4252 del 15/01/2019, Caruso, Rv. 274946-01 e 274946-02
Sez. 3, n. 10954 del 17/1/2019, Kondaj, Rv. 275840
Sez. 4, n. 7554 del 24/01/2019, Re
Sez. 6, n. 15848 del 5/2/2019, Moretti, Rv. 275224
Sez. 3, n. 15525 del 15/2/2019, Bozzi, Rv. 275862
Sez. 1, n. 21407 del 19/3/2019, Scaglione
Sez. 4, n. 18942 del 27/03/2019, Bruna, Rv. 275435
Sez. 1, n. 21442 del 29/4/2019, Redondi.
Sez. 3, n. 29428 del 8/5/2019, Scarpulla, Rv. 275896
Sez. 4, ord. n. 22113 del 16/5/2019, Melzani

CAPITOLO V

IL GIUDIZIO DI RINVIO EX ART. 622 COD. PROC. PEN.

(PAOLA PROTO PISANI)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La giurisprudenza penale della Corte in tema di regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile. 3. La giurisprudenza civile della Corte in tema di regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile 4. L'ambito di applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen. secondo la giurisprudenza penale della Corte. 4.1. Le recenti sentenze della Corte di cassazione 5. Questioni in tema di ammissibilità dell'impugnazione della parte civile delle sentenze di proscioglimento.

1. Premessa.

Nell'anno in rassegna si è registrato un contrasto tra le sezioni penali e quelle civili della Corte di cassazione in ordine alle regole applicabili al giudizio di rinvio innanzi al "giudice civile competente per valore in grado d'appello" che, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., consegue all'annullamento, ad opera della Corte di cassazione penale delle sole "disposizioni o capi che riguardano l'azione civile" o all'accoglimento del ricorso della parte civile contro la sentenza di assoluzione dell'imputato, casi in cui la sentenza penale è divenuta irrevocabile agli effetti penali, ma non anche agli effetti civili.

Le Sezioni penali della Corte, infatti ritengono applicabili in tale giudizio le regole processuali e probatorie del giudizio penale, ed enunciano il principio di diritto a cui pretendono che il giudice civile del rinvio si uniformi.

La Corte di cassazione civile, invece, ritiene che nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile debbano trovare applicazione le regole processuali e probatorie civili. Ed escludendo che la Corte di cassazione penale, in sede di annullamento con rinvio ex art. 622 cod. proc. pen., abbia il potere di stabilire quali siano le regole e le forme da applicare in tale giudizio, ritiene privo di efficacia l'eventuale principio di diritto enunciato.

Il contrasto attiene non soltanto all'individuazione delle regole (processuali e probatorie, civili o penali) applicabili nel giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen., ma altresì all'individuazione dell'articolazione (civile o penale) della Corte di cassazione a cui spetti il potere di stabilire quali siano tali regole; e si presenta tanto più grave in quanto non esiste una sede deputata a dirimere la difformità tra le interpretazioni fornite dalle sezioni civili e quelle penali della Corte.

La giurisprudenza penale della Corte ha, tuttavia, iniziato ad individuare dei casi di annullamento delle sole disposizioni civili della sentenza penale, a cui non consegue il rinvio al giudice civile, nonostante l'intervenuta irrevocabilità della sentenza agli effetti penali, e nei quali il giudizio di legittimità si definisce o con

l'annullamento senza rinvio delle statuizioni civili di condanna, o con il rinvio al giudice penale.

Tale interpretazione - che rimedita, in senso restrittivo, l'ambito applicativo dell'art. 622 cod. proc. pen. con correlativo ampliamento dei casi di annullamento senza rinvio o con rinvio al giudice penale – se venisse sviluppata ed estesa oltre i casi in cui sono intervenute le pronunce della Corte di cassazione penale, potrebbe evitare il rinvio al giudice civile ad opera della Corte di cassazione penale nei casi in cui è controverso quali regole debbano trovarvi applicazione, e così eliminare in radice le ragioni del contrasto tra le due articolazioni della Corte.

2. La giurisprudenza penale della Corte in tema di regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile.

La giurisprudenza penale della Corte, almeno fino all'inizio del 2019, ha mantenuto fermo l'orientamento, inaugurato negli ultimi anni, secondo cui in caso di accoglimento del ricorso per cassazione ai soli effetti civili, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., nel successivo giudizio di rinvio il giudice civile "è tenuto a valutare la sussistenza della responsabilità dell'imputato secondo i parametri del giudizio penale e non facendo applicazione delle regole proprie del giudizio civile" (**Sez. 4 , n. 412 del 16/11/2018 -dep. 2019-, De Santis, Rv. 274831; Sez.4, n. 5898 del 17/01/2019, Borsi, Rv. 275266; Sez. 4 , n. 5901 del 18/01/2019, Oliva, Rv. 275122).**

Tale principio di diritto inizialmente è stato affermato con specifico riferimento all'applicabilità delle regole di giudizio del diritto penale ai fini dell'accertamento del nesso di causalità nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile, (Sez. 4, n. 11193 del 10/02/2015, Cortesi, Rv. 262708; Sez. 4, n. 27045 del 4/02/ 2016, Di Flaviano, Rv. 267730) e, quindi, del criterio dell' "elevato grado di credibilità razionale" enunciato dalle Sezioni unite Franzese (Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138) e non delle distinte regole di giudizio consolidatesi nella giurisprudenza civile della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non" (Sez. U, n. 576 del 10/11/ 2008, Rv. 600899; Sez. U, n. 584 del 10/11/2008, n. 584, Rv. 600921).

Lo stesso principio è stato inoltre affermato dalla Corte in caso di annullamento della sentenza impugnata per omessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nell'ipotesi di riforma, anche ai soli effetti civili, della sentenza assolutoria di primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, stabilendo che il giudice civile del rinvio debba tener conto dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo e da Sez. U, 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, Rv. 269787 e Sez. U, 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, Rv. 267489 (Sez. 4, n. 45786 dell'11/10/2016, Assaiante, Rv. 268517 e Sez. 4, dell'8/06/

2017, n. 34878, Soriano, Rv. 271065, che hanno annullato, con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, la sentenza della Corte d'appello che, in riforma della pronuncia assolutoria di primo grado, ritenuta la responsabilità dell'imputato aveva dichiarato non doversi procedere nei confronti del medesimo per essersi il reato estinto per prescrizione, dichiarandolo responsabile ai fini civili e condannandolo al risarcimento del danno in favore della costituita parte civile).

Inoltre la Corte ha stabilito che "la prova inutilizzabile nel processo penale, perché assunta in violazione di un espresso divieto probatorio, non potrà essere utilizzata nel giudizio civile, atteso che diversamente, si realizzerebbe una sostanziale elusione dell'accertamento compiuto in sede penale" (Sez 4, n. 43896 del 8/02/2018, Luvaro, 274223-02).

L'applicabilità, nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile *ex* art. 622 cod. proc. pen., delle regole di giudizio del processo penale, anziché di quello civile, si spiega, secondo la giurisprudenza penale della Corte in quanto "l'azione civile che viene esercitata nel processo penale è quella per il risarcimento del danno patrimoniale o non, cagionato dal reato, ai sensi dell'art. 185 cod. pen. e art. 74 cod. proc. pen. ; con la conseguenza che nella sede civile, coinvolta per effetto della presente pronunzia, la natura della domanda non muta. Si dovrà cioè valutare incidentalmente l'esistenza di un fatto di reato in tutte le sue componenti obiettive e subiettive, alla luce delle norme che regolano la responsabilità penale; prima tra tutte quella della causalità omissiva alla stregua dei principi espressi dalla giurisprudenza sopra richiamata" (Sez. 4, n. 27045 del 4/02/ 2016, Di Flaviano, Rv. 267730).

Nella sentenza Luvaro la Corte di cassazione penale, rifacendosi all configurazione che di tale giudizio aveva dato la Corte di cassazione civile almeno fino al 2017, ritiene che i limiti e l'oggetto del giudizio di rinvio siano quelli fissati nella sentenza di annullamento ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., con la conseguenza che la fase successiva non si presenta autonoma dalla vicenda del processo penale, ma ne rappresenta - sia pure ai fini della sola statuizione sugli effetti civili - la prosecuzione avanti alla giurisdizione ordinaria civile successivamente all'intervenuta fase di cassazione in sede penale, nell'ambito della quale le parti devono riproporre la controversia nei medesimi termini e nel medesimo stato di istruzione anteriore alla decisione della Corte di cassazione, senza tendenziale possibilità di svolgere una nuova attività assertiva o probatoria, salvi i casi in cui tale attività sia resa necessaria da fatti sopravvenuti o dalla sentenza della Corte. Quindi, individuata l'azione civile esercitata nel processo penale in "quella per il risarcimento del danno, patrimoniale o non, cagionato dal reato, ai sensi dell'art. 185 cod. pen. e art. 74 cod. proc. pen." la Corte rileva che "davanti al giudice civile, coinvolto per effetto del rinvio contenuto nell'art. 622 cod. proc. pen., la natura della domanda

non muta (Sez. 4, n. 27045 del 04/02/2016, Flaviano, Rv. 267730; Sez. 4, n. 11193 del 10/02/2015, Cortesi, Rv. 262708); oggetto del giudizio risarcitorio è il prodromico accertamento incidentale della esistenza di un fatto di reato in tutte le sue componenti obiettive e subiettive, ma al giudice civile non è consentita la utilizzazione di una prova dichiarata inutilizzabile nel processo penale. L'art. 622 cod. proc. pen. dispone una piena translatio del giudizio sulla domanda civile superstite a quello penale operata dal giudice di legittimità penale, pur se "fermi gli effetti penali della sentenza" che, nel caso in esame, attengono alla estinzione del reato per maturata prescrizione. L'annullamento con rinvio della Corte non ha ad oggetto la restituzione dell'azione civile "all'organo giudiziario cui essa appartiene", ma opera una translatio della competenza funzionale del giudice penale a quello civile. L'oggetto del giudizio di rinvio è costituito da tutto quello che rimane da decidere in ordine all'azione civile, esercitata nell'ambito del processo penale".

Nell'anno in rassegna la Corte (**Sez. 4 , n. 412 del 16/11/2018 - dep. 2019 -, De Santis, Rv. 274831**) nell'annullare con rinvio al giudice civile *ex* art. 622 cod. proc.

pen. la sentenza d'appello che aveva confermato la sentenza di condanna tre medici per il reato di omicidio colposo, per vizio di motivazione in ordine all'accertamento del nesso di causalità e al rigetto della richiesta di rinnovo dell'istruttoria dibattimentale - richiamando la giurisprudenza più recente secondo cui "in tema di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, in base all'art. 2, quarto comma, cod. pen., la motivazione della sentenza di merito deve indicare se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri, specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa generica o specifica, e se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza), appurare se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee-guida o da buone pratiche clinico assistenziali" (sul punto si vedano Sez. 4, n. 24384 del 26/04/2018, Masoni, Rv. 273536; Sez. 4, n. 37794 del 22/06/2018, De Renzo, Rv. 273463 Sez. 4, n. 33405 del 13/04/2018, D., Rv. 273422) - ha demandato espressamente al giudice di rinvio la questione relativa alla selezione della norma più favorevole, "da applicarsi nel caso di specie", tra quella di cui all'art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 e quella di cui all'art. 590-*sexies* cod. pen. introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24, da applicarsi nel caso di specie, in cui l'evento si era verificato in data antecedente all'entrata in vigore del cd. decreto Balduzzi, ribadendo il principio secondo cui "in caso di annullamento con rinvio ai soli effetti civili per intervenuta prescrizione del reato della sentenza d'appello, il giudice civile del rinvio è tenuto a valutare la sussistenza della responsabilità dell'imputato

secondo i parametri del giudizio penale e non facendo applicazione delle regole proprie del giudizio civile".

Sempre in tema di responsabilità professionale sanitaria **Sez. 4 , n. 5901 del 18/01/2019, Oliva, Rv. 275122**, nell'annullare con rinvio davanti al giudice civile la sentenza di assoluzione impugnata, limitatamente agli effetti civili, ha ribadito l'applicabilità della regola di giudizio propria del giudizio penale "della ragionevole, umana certezza dell'esito salvifico delle condotte omesse, alla stregua delle informazioni di sfondo in ordine all'ordinario andamento della patologia in questione e delle peculiarità del caso concreto", in quanto l'azione civile che viene esercitata nel processo penale "è quella per il risarcimento del danno patrimoniale o non, cagionato dal reato, ai sensi dell'art. 185 cod. pen. e art. 74 cod. proc. pen.; con la conseguenza che nella sede civile, coinvolta per effetto della presente pronunzia, la natura della domanda non muta. Si dovrà cioè valutare incidentalmente l'esistenza di un fatto di reato in tutte le sue componenti obiettive e subiettive, alla luce delle norme che regolano la responsabilità penale; prima tra tutte quella della causalità omissiva alla stregua dei principi espressi dalla giurisprudenza sopra richiamata".

Infine nell'anno in rassegna anche **Sez. 4, n. 5898 del 17/01/2019, Borsi, Rv. 275266**, nell'annullare con rinvio, ai soli effetti civili, la sentenza di condanna per il reato di lesioni gravissime riportate da un motociclista durante le esercitazioni di una competizione sportiva, dichiarando l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, ha ribadito l'applicabilità – ad opera del giudice civile del rinvio - della regola di giudizio del diritto penale e dei principi elaborati dalla Corte in tema di valutazione del comportamento della persona offesa nella valutazione della sussistenza del nesso causale e della sua (eventuale) interruzione, "essendo in questione, ai sensi dell'art. 185 cod. en., il danno da reato e non mutando la natura risarcitoria della domanda proposta, ai sensi dell'art. 74 cod. proc. pen., innanzi al giudice penale".

Alla base delle sentenze della Corte di cassazione penale in rassegna sembra esservi una (implicita) configurazione del giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. quale fase rescissoria dell'impugnazione svoltasi davanti alla Corte di cassazione penale e come prosecuzione in senso stretto del giudizio penale, sia pure ai soli fini della decisione sull'azione civile.

In questa chiave si spiega, infatti, perché la Corte di cassazione penale richieda che nel giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. la domanda di risarcimento del danno proposta in sede penale possa trovare accoglimento solo se e in quanto sussistano i presupposti per l'accertamento – sia pure incidentale – della responsabilità penale, secondo i parametri del giudizio penale, coerentemente con la complessiva disciplina dell'azione civile nel processo penale.

Tale disciplina prevede, infatti, che nel giudizio di primo grado il giudice si pronunci sull'azione civile solo in caso di pronuncia di sentenza di condanna (art. 538 cod. proc. pen.), e che, in caso di appello proposto dalla sola parte civile avverso la sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., il giudice possa accogliere la domanda della parte civile solo ove sussistano i presupposti per l'accertamento – *incidenter tantum* – della responsabilità penale dell'imputato, secondo i parametri del giudizio penale.

In proposito si segnala la recente pronuncia con cui la Corte costituzionale (Corte cost., 3 aprile 2019, n. 176) ha dichiarato infondata la questione di legittimità, sollevata in relazione agli artt. 3 e 111 Cost., dell'art. 576 cod. proc. pen., "nella parte in cui prevede che la parte civile possa proporre al giudice penale anziché al giudice civile impugnazione ai soli effetti della responsabilità civile contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio", quando la vicenda penale in senso stretto si sia esaurita (nel senso dell'irrevocabilità della pronuncia assolutoria) e rimanga, nella sostanza, solo una controversia civile, talchè l'impugnazione dovrebbe potersi porre al giudice civile piuttosto che al giudice penale.

In tale sentenza il giudice delle leggi ha riconosciuto la ragionevolezza della deroga, prevista dall'art. 576 cod. proc. pen., al carattere accessorio dell'azione civile esercitata nel processo penale rispetto all'azione penale desumibile dall'art. 538 cod. proc. pen., e al principio di separazione dei giudizi civile e penale, in ragione del "criterio per cui essendo stata la sentenza di primo grado pronunciata da un giudice penale con le regole processualpenalistiche, anche il giudizio d'appello è devoluto a un giudice penale (quello dell'impugnazione) secondo le norme dello stesso codice di rito", e affermando la coerenza "con l'impianto del codice di rito che, una volta esercitata l'azione civile nel processo penale, la pronuncia sulle pretese restitutorie o risarcitorie della parte civile avvenga in quella sede … con la conseguenza che le regole di rito siano quelle del processo penale".

3. La giurisprudenza civile della Corte in tema di regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile.

Nella giurisprudenza civile della Corte si è andato affermando, nell'anno in rassegna, un orientamento in contrasto con quello appena descritto, e altresì con il precedente orientamento della Corte di cassazione civile in tema di configurazione del giudizo di rinvio innanzi al giudice civile ex art. 622 cod. proc. pen., che ha approfondito tale tema ed ha affermato l'applicabilità in tale giudizio delle regole processuali e (soprattutto) probatorie del giudizio civile, ed ha escluso la configurabilità di un potere della Corte di cassazione penale, in sede di annullamento

ai sensi della disposizione citata, di enunciare principi di diritto ai quali il giudice del rinvio debba uniformarsi.

Il nuovo orientamento della Corte di cassazione civile era stato preannunciato da una sentenza del 2017 (Sez. 3, n. 9358 del 12/04/2017, Rv. 644002), nella quale la Corte - riguardo al motivo di ricorso attinente alla dedotta violazione dei limiti fissati dalla legge al giudizio di rinvio (in un caso in cui la Corte di cassazione penale, in sede di annullamento di una sentenza di condanna contenente anche statuizioni civili, per la mancata applicazione nella sentenza impugnata dei criteri affermati dalle Sezioni unite Franzese in tema di nesso causale, aveva rilevato la prescrizione del reato e conseguentemente disposto il rinvio ai soli effetti civili al giudice civile in grado d'appello ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen.) aveva affermato che "riassunto il processo nella sede civile, il giudice di rinvio non era affatto vincolato, nella ricostruzione del fatto, a quanto accertato dal giudice penale (…) E' vero che, tecnicamente, il giudizio di rinvio è regolato dagli artt. 392 – 394 cod. proc. civ., ma è altrettanto evidente che non è per questo in alcun modo ipotizzabile un vincolo come quello che consegue all'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'art. 384, secondo comma, cod. proc. civ. da parte di questa Corte"; con conseguente libertà del giudice civile "nella ricostruzione dei fatti e nella loro valutazione" e applicabilità, del criterio civilistico del "più probabile che non" nella valutazione del nesso causale, in luogo di quello tipico del processo penale dell'alta probabilità logica.

Il tema è stato approfondite nell'anno in rassegna dalla Terza sezione civile della Corte in una serie di sentenze (**Sez. 3, n. 15859 del 12/06/2019, Rv. 654290; Sez. 3, n. 16916 del 25/06/2019, Rv. 654433; Sez. 3, n. 22515 del 10/09/2019; Sez. 3, n. 22516 del 10/09/2019; Sez. 3, n. 22518 del 10/09/2019; Sez. 3, n. 22519 del 10/09/2019; Sez. 3, n. 22520 del 10/09/2019; Sez. 3, n. 22729 del 12/09/2019, Rv. 655473; Sez. 3, n. 25917 del 15/10/2019, Rv. 655376; Sez. 3, n. 25918 del 15/10/2019, Rv. 655377**).

In tali pronunce (si veda, in particolare, la motivazione di **Sez. 3, n. 15859 del 12/06/2019, Rv. 654290**) la Terza sezione civile della Corte ha escluso che il giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. costituisca la fase rescissoria dell'impugnazione svoltasi davanti alla Corte di cassazione penale e la prosecuzione in senso stretto del giudizio penale, ritenendo che tale giudizio si configuri, invece, come giudizio autonomo, sia in senso strutturale che funzionale.

Escludendo che il giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. costituisca un giudizio di rinvio in senso tecnico, la Corte di cassazione civile:

ha affermato l'applicabilità delle regole processuali e (soprattutto) probatorie del processo civile;

ha negato la configurabilità del potere della Corte di cassazione penale di stabilire, in sede di annullamento ex art. 622 cod. proc. pen., principi di diritto ai quali il giudice civile del rinvio debba uniformarsi, ritenendo gli artt. 173, comma 2, disp. att. cod. proc. pen., e 384 cod. proc. civ. applicabili nei soli casi di rinvio in senso tecnico.

Viene, pertanto, affermata l'inefficacia e l'irrilevanza "in guisa di principio di diritto indeclinabile ed ineludibile in sede di giudizio civile di rinvio" del vincolo posto dalla Cassazione penale in tema di regole, processuali e probatorie da applicarsi nel giudizio dinanzi alla Corte d'appello civile, competente per valore, in sede di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen.

Tale affermazione viene espressa e ampiamente motivata in un *obiter dicta* sia da **Sez. 3, n. 15859 del 12/06/2019, Rv. 654290** (che rappresenta la sentenza base che affronta in modo sistematico la questione della configurazione del giudizio civile di rinvio e offre, in numerosi *obiter dicta,* la soluzione di molte delle possibili questioni connesse, alla quale le successive sentenze della Terza Sezione civile fanno espresso richiamo nelle motivazioni), sia, con motivazione gemella, da **Sez. 3, n. 16916 del 25/06/2019, Rv. 654433.**

Lo stesso principio, oltre che espresso, è stato anche applicato da **Sez. 3, n. 22520 del 10/09/2019**, cit., e da **Sez. 3, n. 22518 del 10/09/2019 cit**..

Nel giudizio civile di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. vengono ritenute applicabili le regole processuali e probatorie del processo civile perché si ritiene che – a seguito del passaggio in giudicato della decisione agli effetti penali – venga meno la giustificazione delle deroghe, previste dal codice di procedura penale, alle modalità di istruzione e accertamento dell'azione civile esercitata nel processo penale; tale giustificazione viene individuata nel necessario collegamento tra la decisione sulla domanda della parte civile e la condanna dell'imputato (art. 538 cod. proc. pen.) e, nelle ipotesi eccezionali in cui il codice di rito penale prevede la pronuncia sull'azione civile in caso di proscioglimento dell'imputato (artt. 576 e 578 cod. proc. pen.), nel potenziale persistere del conflitto sui capi penali, o nella circostanza che si tratta di una "decisione comunque emessa da un giudice penale, su un'impugnazione proposta avverso una sentenza penale e nel corso di un processo penale".

Con l'intervento del giudicato agli effetti penali e l'esaurimento della fase penale del giudizio verrebbe meno "la ragione stessa di attrazione dell'illecito civile nell'ambito delle regole della responsabilità penale", con la conseguenza che è "coerente con la stessa ragion d'essere dell'intero assetto normativo destinato a disciplinare la materia", che la domanda risarcitoria venga esaminata secondo le regole proprie dell'illecito aquiliano, volte all'individuazione del soggetto su cui far

ricadere le conseguenze risarcitorie del danno verificatosi nella sfera giuridica della vittima e non a comminare una sanzione penale.

A sostegno di tale conclusione vengono richiamati anche i principi della parità e originarietà dei diversi ordini giurisdizionali, della separazione e dell'autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale (Corte cost., sent. n. 168 del 2006; Corte cost., sent. n. 23 del 2015).

Si richiama, inoltre, l'insegnamento della Corte costituzionale secondo cui le differenze di disciplina dell'azione civile esercitata nel processo penale, rispetto a quella prevista dal codice di rito civile, sono ragionevoli solo se e in quanto dipendenti dalle finalità tipiche del processo penale (Corte cost., sent. n. 353 del 1994; Corte cost., sent. 532 del 1995; Corte cost., sent. n. 94 del 1996; Corte cost., ord. n. 424 del 1998; Corte cost., sent. n. 12 del 2016); e in ordine al principio di separazione dei giudizi, penale e civile, che ispira il generale assetto del codice del 1988, per la prevalenza assegnata all'esigenza di sollecita definizione del processo penale rispetto all'interesse del soggetto danneggiato di esperire la propria azione nel processo penale.

Secondo la Corte di cassazione civile, quindi, il legislatore, con la previsione di cui all'art. 622 cod. proc. pen., avrebbe scartato la scelta del rinvio al giudice penale, non prospettandosi più un potenziale conflitto sui capi penali della sentenza, privilegiando la scelta della "rimessione" delle parti davanti al giudice civile, essendo venute meno le ragioni che avevano originariamente giustificato il sacrificio dell'azione civile alle ragioni dell'accertamento penale.

Con il passaggio in giudicato della sentenza penale agli effetti penali, secondo la Corte si realizza "la definitiva scissione tra le materie sottoposte a giudizio, mediante la restituzione dell'azione civile - con il giudizio di 'rinvio', che più opportunamente andrebbe definito di rimessione - all'organo giudiziario cui essa appartiene naturalmente", e viene "rimessa in discussione la res in iudicium deducta, nella specie costituita da una situazione soggettiva ed oggettiva del tutto autonoma (il fatto illecito) rispetto a quella posta a fondamento della doverosa comminatoria della sanzione penale (il reato)".

Nelle pronunce in rassegna viene segnalato, peraltro, come la diversa soluzione della configurazione del giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. quale giudizio prosecutorio di quello svoltosi davanti al giudice penale, imponendo al giudice civile una pronuncia sull'esatta interpretazione di norme penali, processuali e probatorie, aprirebbe "il rischio che la Corte di Cassazione, nella sua duplice articolazione, civile e penale, pervenga a soluzioni interpretative contrastanti all'interno del medesimo processo, suscettibili di indebolire la funzione nomofilattica dell'indirizzo ermeneutico espresso dal giudice di legittimità".

Nell'assumere consapevolmente e motivatamente una posizione in contrasto con quella presa dalla Corte di cassazione penale nelle citate sentenze Assaiante, Soriano, Luvaro e De Santis, la Terza sezione civile ritiene che il il potere di stabilire quali siano le regole e le forme da applicare nel giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen., spetti alla Corte di cassazione civile, e stigmatizza la dissonanza dei principi affermati in tali pronunce rispetto a quelli affermati:

dalle Sezioni Unite penali nella sentenza "Sciortino" (Sez. U, n. 40109 del 18/07/2013, Sciortino, Rv. 256087), che hanno individuato la ratio della scelta del rinvio al giudice civile "nel principio di economia processuale che vieta il permanere del giudizio in sede penale nella mancanza di un interesse penalistico alla vicenda", e che hanno ritenuto conseguentemente "inevitabile l'applicazione delle regole e delle forme della procedura civile";

sezioni Unite penali nella sentenza "Guerra" (Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815) secondo cui spetta alle sezioni civili della Corte il compito di fornire l'esatta interpretazione delle disposizioni che regolano gli effetti nei giudizi civili delle decisioni dettate in altre sedi, compresa quella penale, dovendo il giudice penale tendere ad un'interpretazione uniforme onde evitare contrasti di giurisprudenza tanto più gravi in quanto non è prevista una sede deputata alla loro composizione.

La nuova configurazione del giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. consente alla Corte di cassazione civile di rimeditare la questione dei limiti processuali imposti dalla sua natura cd. chiusa, ed in particolare di affermare (in importanti *obiter dicta*):

l'ammissibilità dell'*emendatio* della domanda (richiamando in proposito Sez. U, n. 12310 del 15/06/2015, Rv. 635536; Sez.U., n. 22404 del 13/09/2018, Rv. 650451) ai fini della prospettazione di elementi costitutivi dell'illecito civile diversi da quelli allegati nell'atto di costituzione di parte civile, che integrano gli elementi costitutivi del reato in relazione al quale si è svolto il processo penale, così consentendo che nel giudizio civile, rispetto alle fattispecie di reato a condotta vincolata, possano essere fatte valere, e legittimamente valutate modalità di condotta diverse da quelle tipizzate dalla norma penale, e, sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'illecito, la colpa (civile, autonoma dalla nozione di colpa penale) anche ove nel processo penale si sia proceduto per un reato punito esclusivamente a titolo di dolo;

l'ammissibilità in di una eventuale, diversa qualificazione del titolo di responsabilità ascritta al danneggiante, ove i fatti costitutivi posti a fondamento dell'atto di costituzione di parte civile siano gli stessi che il giudice di appello è chiamato ad esaminare; ritenendo che, in tal caso, la tutela del diritto di difesa del danneggiante possa essere garantita dal disposto dell'art. 101, secondo comma, cod. proc. civ..

Conseguentemente alla ritenuta applicabilità delle regole probatorie e processuali civili nelle pronunce in rassegna, la Terza sezione civile afferma (in parte in principi di diritto e in altra parte in importanti *obiter dicta*):

che, stante la norma di cui all'art. 246 cod. proc. civ., deve escludersi l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese in sede penale, in veste di testimone, dalla parte civile (principio di diritto, questo, espresso ed applicato da **Sez. 3, n. 16916 del 25/06/2019, Rv. 654433**, in tal modo discostandosi dal *dictum* espresso da Sez. 3, n. 13068 del 14/07/2004, Rv. 574569);

che, contrariamente a quanto affermato dalla Corte di cassazione penale nella citata sentenza Luvaro (Sez. 4, n. 43896 dell'8/02/2018, Luvaro, 274223), il giudice civile del rinvio può legittimamente porre a fondamento della propria decisione anche prove inutilizzabili nel processo penale, come le dichiarazioni c.d. autoindizianti rese da un soggetto in un procedimento penale; ciò sia in ragione dell'ammissibilità nel processo civile delle prove atipiche - in mancanza di una norma di chiusura sulla tassatività dei mezzi di prova - sia perché l'utilizzabilità è categoria del solo rito penale, ignota al processo civile;

che l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale - imposto in ambito penalistico dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ai fini della riforma della sentenza assolutoria di primo grado in ossequio della regola di giudizio "al di la di ogni ragionevole dubbio" e della garanzia costituzionale della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, secondo comma, Cost. – non è applicabile ai giudizi risarcitori civili, governati dalla diversa regola probatoria del "più probabile che non";

che il giudice civile, nel giudizio di rinvio, può porre a fondamento della propria decisione l'istruzione probatoria compiuta in sede penale, quale prova atipica, essendo svincolato dalla valutazione fornita dal giudice penale, e senza che rilevino le peculiari regole in materia di ammissione e di assunzione delle prove relative al diverso ambito penalistico nel quale sono state assunte, in ragione del principio del libero convincimento, e del principio di parità tra il processo penale e quello civile;

che nel giudizio di rinvio non siano applicabili le regole processuali penali in tema di nesso causale, bensì quelle civili, con la conseguente sufficienza di un minor grado certezza in ordine alla sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, secondo il canone civilistico del "più probabile che non" (principio di diritto questo, espresso ed applicato da: **Sez. 3, n. 15859 del 12/06/2019, Rv. 654290; Sez. 3, n. 22518 del 10/09/2019; Sez. 3, n. 22519 del 10/09/2019** e **Sez. 3, n. 22520 del 10/09/2019**); rilevando, in proposito, che "alla luce degli stessi criteri di ragionevolezza, di effettività della tutela e di bilanciamento di interessi più volte affermati dal Giudice delle leggi e dalle Corti sovranazionali, non appare conforme a diritto vincolare il giudizio civile alle regole processuali penali, imponendo un

trattamento differenziato a seconda che la pretesa civile della persona offesa venga azionata nel processo penale oppure in quello civile, una volta che il primo abbia definitivamente esaurito la sua funzione"; tanto più considerando che tale trattamento differenziato potrebbe "determinare effetti paradossali nel caso in cui due persone danneggiate dallo stesso fatto illecito (danno parentale per uccisione di un congiunto) scelgano l'una di costituirsi parte civile nel giudizio penale e l'altra di esercitare l'azione di risarcimento dei danni in quello civile. In tale caso, all'esito del rinvio al giudice civile ex art. 622 cod. proc. pen., nonostante la rinnovata dimensione (soltanto) civilistica del procedimento, l'una potrebbe vedersi rigettare la domanda risarcitoria, l'altra vederla accolta dal giudice adito in conseguenza della applicazione di una diversa regola causale - così ponendosi, a tacer d'altro, un evidente problema di conformità a Costituzione di una siffatta interpretazione";

che l'esistenza di una causa di giustificazione e/o di non punibilità prevista dalla legge penale e riconosciuta in quel giudizio non precluda l'accoglimento della domanda risarcitoria in sede civile, in base ad un'autonoma valutazione, ritenendo che ciò sia confermato dalla recente riforma della responsabilità sanitaria (art. 7 della legge n. 24 del 2017), nonché dalla ancor più recente riforma della legittima difesa.

Nell'ambito del nuovo orientamento inaugurato dalla Terza sezione civile in ordine alla configurazione del giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. e alle regole ivi applicabili, oltre alle pronunce fino richiamate, si segnala **Sez. 3, n. 22515 del 10/09/2019**, nella quale la Corte, rigettando motivo di ricorso con cui era stata dedotta la violazione dell'art. 384, secondo comma, cod. proc. pen. (per avere la corte d'appello civile in sede di rinvio escluso l'esistenza di un giudicato implicito in punto di sussistenza del nesso causale e della posizione di garanzia dell'imputato), ha escluso la configurabilità, nel giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen., di "alcun vincolo paragonabile a quello di cui all'art. 384, secondo comma cod. proc. civ.", e ha riconoscito il potere del giudice civile del rinvio di procedere autonomamente alla valutazione e all'accertamento di tutti i fatti rilevanti in base alle regole processuali e sostanziali proprie del giudizio civile.

Diversamente orientata sembra **Sez. 3, n. 25918 del 15/10/2019, Rv. 655377** che ha ritenuto che il giudice del rinvio debba "rivalutare il fatto ex novo, evitando di fondare il giudizio secondo gli schemi già ritenuti illogici o insufficienti dal giudice di legittimità", potendo ritenersi per acquisita la sussistenza di quegli elementi (nella specie l'elemento oggettivo del reato) non messi "in discussione dalla Corte di legittimità, costituenti il presupposto per la successiva valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito".

4. L'ambito di applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen. secondo la giurisprudenza penale della Corte.

In ordine all'ambito di applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen. si ricorda che l'art. 622 cod. proc. pen., rubricato "Annullamento della sentenza ai soli effetti civili" prevede che qualora in sede di legittimità la sentenza, "fermi gli effetti penali", sia annullata limitatamente alle disposizioni o ai capi riguardanti l'azione civile o sia accolto il ricorso della (sola) parte civile contro la sentenza di proscioglimento la Corte "rinvia, quando occorre, al giudice civile competente per valore in grado di appello anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile".

Il giudizio di rinvio innanzi al giudice civile può aver luogo, in base alla lettera dell'art. 622 cod. proc. pen., non solo a seguito di impugnazione della sentenza penale di condanna e di suo annullamento ai soli effetti civili, ma anche a seguito di impugnazione, da parte della sola parte civile, della sentenza di proscioglimento, ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., e di suo annullamento ai soli effetti civili.

La *ratio* della norma è comunemente individuata in quella di evitare ulteriori interventi del giudice penale ove non vi sia più nulla da accertare agli effetti penali.

La disposizione di cui all'art. 622 cod. proc. pen., nella parte in cui prevede il rinvio al giudice civile (competente per valore in grado d'appello) quando la Corte di cassazione "fermi gli effetti penali della sentenza … annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile", riproduce la disposizione di cui all'art. 541 cod. proc. pen. abrogato, che aveva riguardo al caso classico di impugnazione di una sentenza penale di condanna anche agli effetti civili, annullata dalla Corte di cassazione ai soli effetti civili, ad esempio per un errore nella liquidazione dei danni.

La stessa disposizione, invece, nella parte in cui prevede il rinvio al giudice civile (competente per valore in grado d'appello) quando la Corte di cassazione accoglie il ricorso della (sola) parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato è il frutto del recepimento, da parte del legislatore del 1988, dell'ampliamento dell'ambito applicativo dell' art. 541 cod. proc. pen. abrogato, operato da Sez. U, n. 306 del 30/11/1974, Buzzi, Rv. 128995, a seguito dell'introduzione, nel sistema previgente, della possibilità di ricorso per cassazione della parte civile avverso le sentenze di proscioglimento ad opera delle decisioni n. 1 del 1970 e n. 29 del 1972 della Corte costituzionale.

Si è così determinato un ampliamento dell'ambito del rinvio al giudice civile da parte della Corte di cassazione penale, anche in casi in cui non si sia formato in sede penale un definitivo accertamento sull'an della responsabilità, accomunandosi due ipotesi eterogenee: quella dell'annullamento dei soli capi civili della sentenza penale di condanna (ad esempio, perché i danni risultano male liquidati) e quella

dell'accoglimento del ricorso della (sola) parte civile contro la sentenza di proscioglimento.

L'ambito di applicazione del rinvio al giudice civile da parte della Corte di cassazione penale è stato poi ulteriormente ampliato, in via interpretativa, dalle Sezioni unite penali della Corte (Sez. U, n. 40109 del 18/07/2013, Sciortino, Rv. 256087) che hanno ritenuto applicabile l'art. 622 cod. proc. pen. anche nel caso di accoglimento del ricorso per cassazione proposto dall'imputato avverso la sentenza con cui il giudice di appello, dichiarando non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (o per intervenuta amnistia), abbia confermato le statuizioni civili senza motivare, a tal fine, in ordine alla responsabilità dell'imputato.

Con tale sentenza le Sezioni unite hanno risolto il contrasto sorto nella giurisprudenza di legittimità pronunciatasi, nell'ipotesi in esame, ora a favore dell'annullamento con rinvio al giudice penale ora per l'applicabilità dell'art. 622 cod. proc. pen., nella affermata consapevolezza che "il tema proposto involge scelte di sistema attinenti ai rapporti tra azione civile ed azione penale nell'attuale assetto codicistico, ispirato al favor separationis; al contempo, comporta ricadute immediate sull'ampiezza della tutela riconosciuta alla parte civile, attese le diverse forme del giudizio di rinvio, a seconda che esso sia disposto verso il giudice civile ovvero verso il giudice penale, con le consequenziali diverse regole procedimentali e probatorie".

Le Sezioni unite hanno ripudiato l'orientamento secondo cui, quando il giudice di appello abbia rilevato la sopravvenuta prescrizione del reato senza motivare in ordine alla ritenuta responsabilità dell'imputato in relazione alle confermate statuizioni civili, la Corte di cassazione dovrebbe annullare la sentenza con rinvio allo stesso giudice penale che ha emesso il provvedimento impugnato e non a quello civile competente per valore in grado di appello, come stabilito dall'art. 622 cod. proc. pen., presupponendo tale disposizione (laddove prevede "fermi gli effetti penali della sentenza") o il già definitivo accertamento della responsabilità penale o l'accoglimento dell'impugnazione proposta dalla sola parte civile avverso sentenza di proscioglimento.

Le Sezioni unite hanno aderito invece al contrapposto orientamento valorizzando l'argomento secondo cui la *ratio* della scelta del rinvio al giudice civile, operata dall'art. 622 cod. proc. pen., è da ravvisarsi nel "principio di economia che vieta il permanere del giudizio in sede penale in mancanza di un interesse penalistico alla vicenda", e ritenendo che non possa condurre a diversa conclusione neppure "la considerazione che la disciplina che rinvia al giudice civile ogni questione superstite sulla responsabilità civile nascente dal reato rende inevitabile l'applicazione delle regole e delle forme della procedura civile, che potrebbero ritenersi meno favorevoli agli interessi del danneggiato dal reato rispetto a quelle del processo penale, dominato dall'azione pubblica di cui può ben beneficiare

indirettamente il danneggiato dal reato. Si tratta però di evenienza che il danneggiato può ben prospettarsi al momento dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, di cui conosce preventivamente procedure e possibili esiti, comprese le eventualità che in presenza di cause di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale venga a mancare un accertamento della responsabilità penale dell'imputato e che in caso di *translatio judici* l'azione per il risarcimento del danno debba essere riassunta davanti al giudice civile competente per valore in grado di appello. Resta naturalmente fermo che, in presenza di un danno da reato, il danneggiato, in sede di rinvio, può sollecitare davanti al giudice civile anche il riconoscimento del danno non patrimoniale, negli ampi termini definiti dalla giurisprudenza civile (per tutte, da ultimo, Sez. U civ., n. 26972 del 11/11/2008, Rv. 605490 e 605491). Sul versante delle aspettative dell'imputato, poi, il perseguimento dell'interesse a un pieno accertamento della sua innocenza, anche ai fini della responsabilità civile, può ben essere assicurato dall'opzione di rinuncia alla prescrizione (art. 157, comma settimo, cod. pen.) o all'amnistia (ex Corte cost., sent. n. 175 del 1971). Va infine osservato, per completezza, che l'ampia dizione dell'art. 622 cod. proc. pen. non ammette distinzioni di sorta in relazione alla natura del vizio che inficia le statuizioni civili assunte dal giudice penale; che potranno riguardare sia vizi di motivazione in relazione ai capi o ai punti oggetto del ricorso sia violazioni di legge, comprese quelle afferenti a norme di natura procedurale, relative al rapporto processuale scaturente dall'azione civile nel processo penale".

In questa presa di posizione in ordine all'interpretazione dell'art. 622 cod. proc. pen. le Sezioni unite penali appaiono in linea con la giurisprudenza della Corte di cassazione civile in ordine all'applicabilità nel giudizio di rinvio delle regole del processo civile, a cui sono da ricondursi anche quelle probatorie in tema di accertamento del nesso causale.

Nulla si rinviene, invece, in tale sentenza in ordine alla (diversa) questione relativa alla natura del giudizio di rinvio *ex* art. 622 cod. proc. pen. (prosecuzione del processo penale, ai soli effetti civili ovvero giudizio autonomo), e alla connessa questione della configurabilità o meno di un vincolo del giudice del rinvio rispetto alle statuizioni contenute nella sentenza della Corte di cassazione penale.

Si precisa che secondo le Sezioni Unite Sciortino la via dell'annullamento con rinvio al giudice penale (d'appello, che se avesse correttamente osservato la disposizione di cui all'art. 578 cod. proc. pen., attraverso il pieno accertamento dei fatti ai fini della responsabilità civile, sarebbe potuto pervenire ad escludere oltre alla responsabilità civile, anche quella penale, e anche ai sensi del comma 2 dell'art. 530 cod. proc. pen., in applicazione dei principi espressi dalle Sezioni Unite Tettamanti) non può essere considerata percorribile né nell'ipotesi (oggetto del ricorso portato all'attenzione delle Sezioni Unite Sciortino) di un ricorso dell'imputato che investa

solo il capo relativo alla responsabilità civile "restando preclusa, in virtù del principio devolutivo, ogni incidenza sul capo penale, su cui è stata espressa una decisione irrevocabile" né nell'ipotesi in cui l'imputato con il suo ricorso ritenga di investire formalmente anche il capo penale, dovendosi in tal caso ritenere inammissibile il ricorso sul capo penale "in virtù del principio, in particolare affermato, come visto, dalle Sezioni Unite Tettamanti, secondo cui in presenza dell'accertamento di una causa di estinzione del reato non sono deducibili in sede di legittimità vizi di motivazione che investano il merito della responsabilità penale", pena lo stravolgimento delle finalità e dei meccanismi decisori della giustizia penale, "in dipendenza da interessi civili ancora sub iudice che devono essere invece isolati e portati all'esame del giudice naturalmente competente ad esaminarli".

La giurisprudenza successiva si è conformata ai principi affermati dalle Sezioni unite Sciortino con riferimento al caso di accoglimento del ricorso per cassazione dell'imputato avverso la sentenza con cui il giudice di appello dichiari non doversi procedere per intervenuta prescrizione senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili (Sez. 4, n. 44685 del 23/09/2015, N., Rv. 265561; Sez. 6, n. 5888 del 21/01/2014, Bresciani, Rv. 258999; Sez. 1, n. 42039 del 14/01/2014, Simigliani, Rv. 260508).

Tuttavia, è stato ritenuto che "in caso di estinzione del reato dichiarata in appello, l'omessa motivazione in ordine alla causa di proscioglimento nel merito che la parte, con specifici motivi, abbia prospettato come "evidente", comporta l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice penale, attesi gli effetti penali del "decisum" (Sez. 5, n. 3525 del 15/10/2013, Miano, Rv. 259533).

Peraltro la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto applicabile l'art. 622 cod. proc. pen. oltre i confini segnati dalla lettera della disposizione e dall'interpretazione datane dalle Sezioni Unite Sciortino e segnatamente nel caso di concorso di un vizio di motivazione in punto di affermata responsabilità penale dell'imputato condannato anche al risarcimento del danno in favore della parte civile e di una sopravvenuta causa di estinzione del reato, rilevata nel giudizio di legittimità (Sez. 4, n. 34878 dell'8/06/2017, Soriano, Rv. 271065; Sez. 4, n. 29627 del 21/04/2016, Silva Rv. 267844 ; Sez. 5, n. 15015 del 23/02/2012, Genovese, Rv. 252487; Sez. 5, n. 594 del 16/11/2011 - dep. 2012 -, Perrone, Rv. 252665; Sez. 2, n. 32577 del 27/04/2010, Preti, Rv. 247973 Sez. 6, n. 26299 del 03/06/2009, Tamborrini, Rv. 244533; Sez. 4, n. 14450 del 19/03/2009, Stafissi, Rv. 244002; Sez. 5, n. 9399 del 05/02/2007, Palazzi, Rv. 235843. *Contra*, e cioè nel senso che "qualora, in sede di legittimità, si riscontri, unitamente alla sopravvenuta prescrizione del reato, anche un vizio di motivazione in ordine alla ritenuta responsabilità dell'imputato, condannato dal giudice di merito anche al risarcimento del danno in favore della parte civile, la Corte di cassazione, oltre ad annullare senza rinvio la sentenza

impugnata, ai fini penali, in conseguenza della suddetta causa estintiva, deve annullarla, quanto alle statuizioni civili, con rinvio allo stesso giudice penale che ha emesso il provvedimento impugnato e non al giudice civile competente per valore in grado di appello, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., presupponendo infatti tale ultima norma o il già definitivo accertamento della responsabilità penale o l'accoglimento dell'impugnazione proposta dalla sola parte civile avverso sentenza di proscioglimento": Sez. 3, n. 15653 del 27/02/2008, Colombo, Rv. 239865; Sez. 5, n. 21251 del 26/03/2013, Vergati, Rv. 255654).

Nel diverso caso di contestuale ricorrenza, nel giudizio di cassazione, di una causa di estinzione del reato e di una nullità processuale le Sezioni unite della Cassazione (Sez. U., n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403) hanno ritenuto che il principio di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità sancito dall'art. 129 cod. proc. pen. impone che sia data prevalenza alla prima, salvi i casi in cui l'operatività della causa estintiva presupponga specifici accertamenti e valutazioni riservati al giudice di merito, ove assume rilievo pregiudiziale la nullità, in quanto funzionale alla necessaria rinnovazione del relativo giudizio, e quello della sentenza di merito, afflitta da nullità processuale assoluta ed insanabile, che ha deciso non solo in ordine al reato, per il quale è sopravvenuta la prescrizione, ma anche in ordine alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato.

In tal caso, secondo le Sezioni Unite "la nullità, anche se non funzionale alla operatività della prescrizione, deve essere comunque rilevata e dichiarata in sede di legittimità, perché si riverbera sulla validità delle statuizioni civili. Se la nullità travolge il giudizio di secondo grado, ma non quello di primo grado, conclusosi con sentenza di condanna, la Corte di cassazione, fermo restando l'obbligo dell'immediata dichiarazione di estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione, deve annullare la sentenza impugnata anche con riferimento ai capi che riguardano l'azione civile e rinviare, *ex* art 622 cod. proc. pen., al giudice civile competente per valore in grado di appello. Se la nullità travolge sia il giudizio di secondo grado che quello di primo grado, le relative sentenze vanno annullate senza rinvio: la pacifica prescrizione sopravvenuta del reato, infatti, definisce l'aspetto penale, mentre i capi della sentenza relativi agli interessi civili vanno, per così dire, azzerati, perché viene meno una delle condizioni per l'applicabilità dell'art. 578 cod. proc. pen.., vale a dire l'esistenza di una valida sentenza di condanna anche generica dell'imputato, pronunciata a favore della parte civile in primo grado o in appello."

E' opportuno segnalare che l'indicata applicabilità dell'art. 622 cod. proc. pen. allorquando venga rilevata nel giudizio di legittimità una sopravvenuta causa di estinzione del reato, e con il ricorso per cassazione sia stato fatto valere dall'imputato, condannato anche al risarcimento del danno in favore della parte civile, una nullità processuale che travolge il giudizio di secondo grado, non

costituisce un principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, bensì un *obiter dicta*, in quanto le Sezioni unite Conti si sono pronunciate in una fattispecie di nullità assoluta ed insanabile del decreto di citazione a giudizio, cioè con riferimento ad un'ipotesi di nullità del giudizio di primo grado, e non d'appello.

I principi affermati dalle Sezioni unite Conti hanno trovato solo parziale conferma nella giurisprudenza successiva, in cui, infatti, se da un lato si rinvengono casi di annullamento senza rinvio delle statuizioni civili in accoglimento di ricorso per cassazione dell'imputato con cui viene fatta valere una nullità verificatasi nel giudizio di primo grado (Sez. 4, n. 42461 del 09/05/2018, Todaro, Rv. 274764; Sez. 2, n. 3221, del 7/01/2014, Macchia, Rv. 258817; Sez. 5, n. 26064 del 9/06/2005, Colonna, Rv. 231916), dall'altro lato vi sono anche casi in cui la Corte di cassazione, ritenuto fondato il ricorso dell'imputato riguardo a una nullità verificatasi nel giudizio di primo grado (definito con sentenza di condanna penale e al risarcimento dei danni) anziché annullare senza rinvio tanto la sentenza di primo grado quanto quella di appello (con cui era stato dichiarato non doversi procedere per prescrizione con conferma delle statuizioni civili), si è limitata ad annullare la sentenza di appello con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello (Sez. 1, n. 36296 del 3/11/2015, Saba, Rv. 268260; Sez. 5, n. 39395 del 17/09/2008, Scambia, Rv. 241733; Sez. 5, n. 38228 del 24/06/2008, , Maurizi, Rv. 241314).

L'art. 622 cod. proc. pen. ha, altresì trovato applicazione in caso di annullamento (per nuovo esame sul nesso causale), in accoglimento del ricorso per cassazione dell'imputato, della sentenza con cui la Corte d'appello, in accoglimento dell'appello della sola parte civile avverso la sentenza di primo grado di assoluzione per insufficienza della prova del nesso causale, ritenuta la sussistenza del nesso causale, ha condannato l'imputato ai soli effetti civili (Sez. 4, n. 45920 del 28/10/2009, Fiorini; Sez. 4, n. 9170 del 14/02/2013, R.C., Rv. 255397; Sez. 4, n. 10615 del 4/12/2013, Perrotta, Rv. 256337).

Tale caso non è scontato che rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen. perché tale norma contemplando il caso in cui "fermi gli effetti penali della sentenza" la cassazione annulli "solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile", potrebbe interpretarsi nel senso di presupporre un ricorso per cassazione proposto dall'imputato anche agli effetti penali avverso una sentenza penale di condanna contenente anche statuizioni civili, e accolto solo con riferimento ai motivi attinenti a tali statuizioni civili, con conseguente passaggio in giudicato della condanna penale.

D'altra parte, l'art. 622 cod. proc. pen. è stato applicato anche in caso di annullamento da parte della Corte di cassazione della sentenza di appello con cui è dichiarata l'inammissibilità della impugnazione proposta dalla parte civile (Sez. 4, 14/07/2011, n. 46812, De Angelis; *contra*, nel senso che "l'annullamento da parte

della Corte di cassazione della sentenza di appello con cui è dichiarata l'inammissibilità della impugnazione proposta dalla parte civile, impone, ai sensi dell'art. 623, comma primo, lett. c), cod. proc. pen., il rinvio del processo al giudice penale": Sez. 2, n. 35794 del 18/06/2013, Epifania, Rv. 257404; Sez. 2, n. 5072 del 31/01/2006, Pensa Rv. 233273; Sez. 2, n. 897 del 24/10/2003 – dep. 2004 -, Cantamessa, Rv. 227966. In argomento si segnala anche Sez. 2, n. 28924 del 26/06/2014, Varriale, Rv. 261821, che ha affermato il principio di diritto così massimato "Quando il giudice di appello, a seguito di gravame proposto dall'imputato e dalla parte civile, abbia confermato la sentenza di condanna di primo grado, omettendo di esaminare l'impugnazione della parte civile, la Corte di cassazione deve annullare la sentenza con rinvio allo stesso giudice penale che ha emesso il provvedimento impugnato e non al giudice civile competente per valore in grado di appello, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen.").

4.1. Le recenti sentenze della Corte di cassazione.

Dopo l'intervento delle sentenze della Terza sezione civile appena esaminate si è registrata, nell'ambito della giurisprudenza penale della Corte, una pronuncia (**Sez. 6 , n. 31921 del 06/06/2019, De Angelis, Rv. 277285)** che, in assoluta controtendenza rispetto al costante progressivo ampliamento, in via interpretativa, dell'ambito di applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen., ha affermato il principio di diritto così massimato "In tema di giudizio per cassazione, il rinvio al giudice civile, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., non può essere disposto qualora l'annullamento delle disposizioni o dei capi della sentenza impugnata concernenti l'azione civile dipenda dalla fondatezza del ricorso dell'imputato agli effetti penali".

In applicazione di tale principio, la Corte, ritenuto fondato il ricorso dell'imputato sul punto della operata riforma in appello della sentenza assolutoria di primo grado per violazione del dovere di rinnovazione dell'istruttoria *ex* art. 603, comma 3-*bis,* cod. proc. pen., ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna, contenente anche statuizioni civili.

Nella fattispecie l'annullamento senza rinvio, agli effetti penali, della sentenza di condanna pronunciata in grado d'appello si è imposto per l'intervenuta estinzione dei reati, per prescrizione maturata dopo la sentenza di secondo grado; contenendo la sentenza impugnata anche statuizioni civili il ricorso dell'imputato è stato esaminato ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen., e ritenuto fondato, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza impugnata anche agli effetti civili.

La Corte ha ritenuto non sussistenti, nel caso al suo esame, i presupposti per l'applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen., e, quindi per l'annullamento con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello "in quanto l'annullamento

pronunciato non riguarda solamente le disposizioni o i capi concernenti l'azione civile, essendo stata cassata la decisione gravata anche agli effetti penali, né essendo l'annullamento la conseguenza dell'accoglimento di un ricorso della parte civile".

Nell'escludere l'operatività dell'art. 622 cod. proc. pen. la Sesta sezione della Corte ha, altresì, rilevato che "ciò vale tanto più in un relazione ad una fattispecie … nella quale è stata accertata la violazione di una specifica norma del codice di procedura penale in materia di mancata ammissione ed assunzione di una prova dichiarativa, violazione che, avendo viziato la decisione sulla responsabilità, l'aveva resa *tamquam non esset*".

Secondo la Corte, inoltre, deve considerarsi che un rinvio dinanzi al giudice civile di appello sarebbe stato fonte "di una ulteriore distonia di sistema, finendo per 'costringere' tale giudice ad uniformarsi alla questione di diritto decisa con questa sentenza, riesaminando le statuizioni contenute nella pronuncia assolutoria di primo grado e facendo applicazione di una regola processuale che, espressione dei principi di immediatezza e di oralità, è in realtà regola propria del processo penale".

La soluzione offerta dalla Sesta sezione penale della Corte, nel caso al suo esame, alla denunciata "distonia di sistema" – diversamente da quella offerta dalla Terza sezione civile della Corte che, con le sentenze in rassegna, ha negato che il giudizio di rinvio innanzi al giudice civile costituisca la fase rescissoria dell'impugnazione (penale) svoltasi innanzi alla Corte di cassazione penale – non è quella di rinviare al giudice civile astenendosi dall'enunciare principi di diritto a cui questi debba uniformarsi, bensì quella di annullare senza rinvio la sentenza impugnata, ritenendo le statuizioni civili in essa contenute *tamquam non esset,* in quanto pronunciate in violazione di una regola processuale penale prevista a pena di nullità.

La declaratoria di annullamento senza rinvio, se da un lato evita che il processo penale possa definirsi con statuizioni civili adottate in violazione del sistema processuale penale e al contempo la "distonia di sistema" di un giudice civile costretto a uniformarsi a un principio di diritto (processuale) penale, dall'altro lato "non sacrifica in maniera irreparabile le ragioni dell'attuale parte civile, in quanto le stesse potranno essere fatte valere dall'interessato in un nuovo autonomo giudizio nella sua sede propria, quella civile, senza che le determinazioni della relativa autorità giudiziaria possano essere in alcun modo pregiudicate dalla presente sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione dei reati, che non rientra tra quelle per le quali, ai sensi degli artt. 651 e segg. cod. proc. pen., trovano applicazione le norme sulla efficacia del giudicato penale nel giudizio civile".

Con tale pronuncia la Corte di cassazione penale sembra rimeditare l'interpretazione estensiva dell'art. 622 cod. proc. pen., affermatasi nella precedente

giurisprudenza penale della Corte, e a ridimensionare l'ambito applicativo di tale norma.

Sembra, in particolare, che la Sesta sezione penale si discosti dall'orientamento che ritiene applicabile l'art. 622 cod. proc. pen. allorquando venga rilevata nel giudizio di legittimità una sopravvenuta causa di estinzione del reato, e con il ricorso per cassazione sia stato fatto valere dall'imputato, condannato anche al risarcimento del danno in favore della parte civile, una nullità processuale che travolge il giudizio di secondo grado (Sez. 6, n. 44685 del 23/09/2015, N., Rv. 265561. Nello stesso senso, sebbene in un *obiter dicta*, Sez. U., n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403).

Tale ripensamento potrebbe avere dei riflessi (per così dire un'efficacia espansiva) in ordine alla diversa ipotesi di concorso, nel medesimo giudizio di legittimità, tra una sopravvenuta causa di estinzione del reato e un vizio di motivazione in punto di affermata responsabilità penale dell'imputato condannato anche al risarcimento del danno in favore della parte civile, nella quale la giurisprudenza di legittimità sopra citata ha ritenuto applicabile l'art. 622 cod. proc. pen., oltre i confini segnati dalla lettera della disposizione e dall'interpretazione datane dalle Sezioni Unite Sciortino.

La strada del ridimensionamento dell'ambito applicativo dell'art. 622 cod. proc. pen. appare intrapresa dalla Corte di cassazione penale anche in un'altra pronuncia, secondo quanto si apprende dalla "notizia di decisione" n. 1 del 2020 della Corte di cassazione.

La Terza Sezione penale della Corte, infatti, all'udienza pubblica del 9 gennaio 2019, ha annullato una sentenza d'appello di condanna ai soli effetti civili, per violazione dell'art. 603 comma 3-bis cod. proc. pen.., disponendo, però, il rinvio al giudice penale per nuovo esame, sia pure ai soli effetti civili.

Anche in tal caso, come in quello deciso dalla Sesta sezione penale, l'annullamento è conseguito all'accoglimento del ricorso per cassazione dell'imputato, con il quale sembrerebbe, però, che a differenza che nel caso deciso dalla Sesta sezione, l'impugnazione fosse stata proposta ai soli effetti civili.

Si attende il deposito della motivazione di tale pronuncia per comprendere quali ragioni abbiano indotto la Corte a ritenere inapplicabile l'art. 622 cod. proc. pen. in un'ipotesi di intervenuta irrevocabilità, ai soli effetti penali, della sentenza di assoluzione, e quali ragioni la abbiano indotta a ritenere percorribile la strada del rinvio al giudice penale, che consente di addivenire a una pronuncia sull'azione civile esercitata nel processo penale secondo le regole processuali penali.

5. Questioni in tema di ammissibilità dell'impugnazione della parte civile delle sentenze di proscioglimento.

Se la prima reazione della Corte di cassazione penale alla configurazione, ad opera della Terza sezione civile della Corte, del giudizio civile di rinvio quale giudizio civile autonomo rispetto a quello svoltosi in sede penale, è stata quella di iniziare un ripensamento, in senso restrittivo, dell'ambito applicativo dell'art. 622 cod. proc. pen., non può escludersi tuttavia che la questione coinvolga anche quella, connessa, dell'ammissibilità dell'impugnazione della parte civile delle sentenze di proscioglimento.

In proposito si ricorda che nell'anno in rassegna continua a registrarsi, nell'ambito della giurisprudenza penale della Corte, il contrasto in ordine all'ammissibilità del ricorso per cassazione della parte civile avverso la sentenza di assoluzione con la formula "perché il fatto non costituisce reato".

Ed invero secondo talune pronunce della Quarta Sezione è inammissibile per carenza di interesse il ricorso per cassazione della parte civile avverso la sentenza di assoluzione con la formula "perché il fatto non costituisce reato", trattandosi di accertamento che non ha efficacia di giudicato nell'eventuale giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno (**Sez. 4 , n. 33255 del 09/07/2019, Luparello, Rv. 276598; Sez. 4, n. 25141 del 14/03/2019, De Toma, Rv. 276338; Sez. 4, n. 18781 del 12/03/2019, Montaguti, Rv. 275761**; Sez. 4, n. 42460 del 09/05/2018, Scolavino, Rv. 274367), mentre, secondo un orientamento contrapposto, tale ricorso deve ritenersi ammissibile, valorizzandosi, ai fini del riconoscimento della sussistenza dell'interesse all'impugnazione, l'argomento, consacrato dalle sezioni unite Guerra (Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815) secondo cui "le limitazioni all'efficacia del giudicato, previste dall'art. 652 cod. proc. pen. non incidono sull'estensione del diritto all'impugnazione, che è riconosciuto in termini generali alla parte civile dall'art. 576 cod. proc. pen., dal momento che chi intraprende il giudizio civile dopo avere già ottenuto in sede penale il riconoscimento della responsabilità per fatto illecito della controparte si giova di tale accertamento e si trova in una posizione migliore di chi deve cominciarlo dall'inizio" (**Sez. 5, n. 27318 del 07/03/2019, Mazzini, Rv. 276640; Sez. 5, n. 103619 del 06/02/2019, R., Rv. 276344**; Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Tola, Rv. 275416; Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519).

L'orientamento che ritiene inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso per cassazione della parte della parte civile avverso la sentenza di assoluzione con la formula "perché il fatto non costituisce reato"- oltre a ritenere che la disciplina dell'impugnazione della parte civile delle sentenze di proscioglimento, di cui all'art. 576 cod. proc. pen., incontra il limite dell'interesse all'impugnazione, delimitato dal

testo dell'art. 652 cod. proc. pen., che esclude l'efficacia di giudicato della sentenza di assoluzione, quanto all'accertamento della mancanza dell'elemento psicologico del reato, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno - valorizza, quali ulteriori argomenti della carenza di un concreto interesse della parte civile all'impugnazione:

il fatto che dall'annullamento della sentenza impugnata "non può derivare alcuna diretta statuizione di condanna civile" (**Sez. 4, n. 33255 del 9/07/2019, Luparello, Rv. 276598; Sez. 4, n. 25141 del 14/03/2019, De Toma, Rv. 276338**) né la reviviscenza delle statuizioni civili eventualmente assunte dal giudice di primo grado (**Sez. 4, n. 18781 del 12/03/2019, Montaguti, Rv. 275761**; Sez. 4, n. 42460 del 09/05/2018, Scolavino, Rv. 274367);

la circostanza che la parte ricorrente non vanta un interesse concreto e attuale "ad un nuovo accertamento dei fatti che non possa essere autonomamente svolto dal giudice civile con domanda proposta dinanzi a detta autorità" (Sez. 4, n. 42460 del 09/05/2018, Scolavino, Rv. 274367), "con poteri di accertamento e di verifica istruttoria, su impulso delle parti, certamente più diffusi e penetranti rispetto a quelli rimessi all'eventuale giudice di rinvio ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen." (**Sez. 4, n. 33255 del 9/07/2019, Luparello, Rv. 276598; Sez. 4, n. 25141 del 14/03/2019, De Toma, Rv. 276338; Sez. 4, n. 18781 del 12/03/2019, Montaguti, Rv. 275761**).

L'orientamento contrapposto, invece – oltre a dare atto che la questione controversa è stata già risolta dalle Sezioni unite Guerra, (Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815), le quali hanno riconosciuto l'interesse della parte civile ad impugnare la sentenza di assoluzione "perché il fatto non costituisce reato", sebbene priva di efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni o il risarcimento del danno – ritiene che .il diritto all'impugnazione, che è riconosciuto in termini generali alla parte civile dall'art. 576 cod. proc. pen., "non soffre alcuna limitazione in relazione alla formula di assoluzione, dato che la scelta di esercitare i propri diritti in sede penale implica che la parte abbia la prerogativa di percorrere l'intero itinerario processuale previsto per le impugnazioni a nulla rilevando le limitazioni all'efficacia di giudicato previste dall'art. 652 cod. proc. pen., che non incidono sull'estensione del diritto all'impugnazione, ma operano sul piano dell'efficacia del giudicato penale nel giudizio civile" (**Sez. 5, n. 27318 del 07/03/2019, Mazzini, Rv. 276640**; Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Tola, Rv. 275416; Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519).

Viene, d'altra parte, evidenziato che, a seguire la tesi opposta che propone l'inammissibilità, "si costringerebbe la parte civile che intende impugnare la sentenza assolutoria perché il fatto non costituisce reato, a rinunciare agli esiti dell'accertamento compiuto nel processo penale ed a riavviare *ab initio* l'accertamento in sede civile, con grave nocumento anche per i tempi complessivi

dell'accertamento giurisdizionale" (**Sez. 5, n. 27318 del 07/03/2019, Mazzini, Rv. 276640**; Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Tola, Rv. 275416; Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519).

Infine è stato osservato che l'interesse immediato e concreto della parte civile, che abbia già partecipato a uno o più gradi del giudizio penale, terminati con una sentenza a sé sfavorevole, a chiederne la riforma in appello o l'annullamento in cassazione, consiste nell'interesse a giungere a una statuizione di condanna almeno agli effetti civili. E si è rilevato che la sussistenza di tale interesse – di cui non si è mai dubitato in relazione alla fase d'appello (ritenendosi sempre consentito alla parte civile, ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., di proporre appello contro la sentenza di assoluzione al fine di addivenire a una sentenza di condanna dell'appellato al risarcimento dei danni) - è ravvisabile anche nel caso di ricorso per cassazione, in quanto l'annullamento agli effetti civili della sentenza di assoluzione consente alla parte civile, nel giudizio di rinvio, di rinnovare le proprie pretese e ragioni (**Sez. 5, n. 103619 del 06/02/2019, R., Rv. 276344**).

Nell'anno in rassegna la questione relativa alla sussistenza o meno dell'interesse della parte civile ad impugnare la sentenza di assoluzione adottata con la formula "perché il fatto non costituisce reato" è stata rimessa alle Sezioni unite dalla **Seconda sezione, con ordinanza n. 14080 del 15/03/2019**. Il Presidente Aggiunto, con provvedimento in data 10 maggio 2019, ha disposto la restituzione degli atti del procedimento, a norma dell'art. 172 disp. att. cod. proc. pen., rilevando che sulla questione si sono già pronunciate le Sezioni unite Guerra che, chiamate a risolvere un diverso contrasto - avente ad oggetto la sussistenza o meno dell'interesse della parte civile a proporre ricorso per cassazione per ottenere la modifica della formula di proscioglimento dell'imputato - hanno affermato la sussistenza dell'interesse della parte civile ad impugnare la sentenza di assoluzione adottata con la formula "perché il fatto non costituisce reato"; nello stesso provvedimento si rileva inoltre che le Sezioni unite, dopo l'introduzione dell'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., hanno sostenuto che il principio del precedente, relativamente vincolante, trova applicazione anche per i "dicta" enunciati dalle Sezioni unite prima della riforma, con la conseguenza che "i principi affermati dalla sentenza Guerra, in quanto ancor oggi vincolanti, non possono essere disattesi se non per mezzo della rimessione della questione alle stesse Sezioni unite"

Argomenti rilevanti in ordine alla questione giuridica oggetto del contrasto in rassegna sono desumibili dalla motivazione della sentenza "Papaleo", pronunciata dalle Sezioni Unite (**Sez. U., n. 28911 del 28/03/2019, Papaleo, Rv. 275953**), chiamate a risolvere la diversa questione dell'ammissibilità dell'impugnazione della parte civile avverso la sentenza che abbia dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione.

Con tale pronuncia le Sezioni unite hanno disatteso l'orientamento che negava l'ammissibilità di tale impugnazione, e che era fondato, da un lato, sulla dichiarata primazia dell'art. 538 cod. proc. pen. (che, impedendo al giudice di deliberare sulla domanda civile al di fuori dei casi di condanna, dovrebbe prevalere sulla disposizione di cui all'art. 576 cod. proc. pen., che consente alla parte civile l'impugnazione delle sentenze di proscioglimento), e, dall'altro lato, sulla considerazione della mancanza di effetto pregiudizievole per la parte civile della sentenza di prescrizione, non facendo stato nel giudizio civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen.

Nella sentenza Papaleo la Corte, per arrivare ad affermare l'ammissibilità dell'impugnazione della parte civile della sentenza che abbia dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione, ha affrontato la questione sotto il duplice profilo della legittimazione a ricorrere e dell'interesse all'impugnazione.

Sotto il profilo della legittimazione a ricorrere la Corte, ribadendo i principi affermati dalle sezioni unite "Guerra" e "Negri" (Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815; Sez. U, n. 25083 del 11/07/2006, Negri, Rv. 233918), ha affermato che in base all'art. 576 cod. proc. pen. la parte civile è legittimata all'impugnazione di tutte le sentenze di proscioglimento pronunciate nel giudizio, senza alcuna distinzione (e quindi anche quelle prive di efficacia di giudicato nel giudizio civile e amministrativo), e senza che alcuna limitazione possa desumersi dalla previsione di cui all'art. 538 cod. proc. pen., stante la natura derogatoria della previsione dell'art. 576 rispetto a quella dell'art. 538 cod. proc. pen. e il diverso ambito applicativo delle due norme, consentendo l'art. 576 cod. proc. pen. alla parte civile di ottenere la condanna al risarcimento dei danni in sede di appello, laddove in primo grado sia mancata la sentenza condanna.

Sotto il profilo della sussistenza dell'interesse a ricorrere la Corte ha escluso la rilevanza della mancanza di efficacia di giudicato nel giudizio civile di danno ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen. della sentenza oggetto di impugnazione della parte civile, sulla base della considerazione "che, se lo stesso sistema ha riconosciuto al danneggiato la possibilità di azionare la propria pretesa di carattere civilistico percorrendo, oltre alla via del giudizio civile, anche quella del giudizio penale mediante la costituzione in esso di parte civile, una interpretazione che venisse a ritenere insussistente l'interesse alla impugnazione nel processo penale sol perché sarebbe pur sempre possibile la residua azione civile si tradurrebbe nella sostanziale ripulsa dello stesso congegno normativo e nella indebita "amputazione" di una facoltà riconosciuta dallo stesso legislatore; né può condividersi un ragionamento che, rispetto all'interesse a che, con il mezzo di impugnazione, si possa ottenere un risultato più favorevole rispetto a quello avutosi per effetto della decisione impugnata, privilegi, fino a farla diventare esclusiva, la valutazione di elementi

esterni a quelli del raffronto, appunto, tra contenuto della decisione impugnata (che non sia venuta, ovviamente, meno per altre ragioni) e contenuto della decisione che, attraverso l'impugnazione, si intenda perseguire".

Ritenendo che la possibilità, per la parte civile, di assicurarsi quegli stessi vantaggi al di fuori del processo penale, non possa annullare l'interesse ad ottenerli, ancor prima e in modo processualmente più rapido e conveniente, innanzitutto in sede penale, nella sentenza Papaleo è stato, quindi, ribadito il principio (già affermato da Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815), secondo cui "avendo il danneggiato, con la costituzione di parte civile, inteso trasferire in sede penale l'azione civile di danno, lo stesso ha 'interesse ad ottenere nel giudizio penale il massimo di quanto può essergli riconosciuto' sì che non gli si può negare l'interesse ad impugnare la decisione di proscioglimento anche quando questa manchi, come è nel caso in esame, di efficacia preclusiva"; è stata inoltre ritenuta condivisibile (e applicabile a fortiori alle sentenze di proscioglimento per estinzione del reato) la considerazione, svolta da alcune delle sentenze riconducibili a uno dei due orientamenti contrastanti in rassegna, che, "in caso di assoluzione perché il fatto non costituisce reato, le limitazioni all'efficacia di giudicato, previste dall'art. 652 cod. proc. pen., non incidono sull'estensione del diritto all'impugnazione, riconosciuto in termini generali alla parte civile nel processo penale dall'art. 576 cod. proc. pen., giacché, tra l'altro, ove si ritenesse il contrario, la parte civile che intendesse impugnare la sentenza assolutoria sarebbe costretta a rinunciare agli esiti dell'accertamento compiuto nel processo penale e a riavviare ab initio l'accertamento in sede civile, con conseguente allungamento dei tempi processuali (Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Edilscavi, Rv. 275416, e Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519)".

Sotto il profilo della necessaria concretezza da cui deve essere caratterizzato l'interesse all'impugnazione la sentenza Papaleo, dopo aver ribadito che essa deve essere "parametrata al raffronto tra quanto statuito dalla sentenza impugnata e quanto, con l'impugnazione svolta, si vorrebbe invece ottenere", ne rileva la sussistenza:

- sia in caso di appello della parte civile - potendo in tal caso il giudice dell'impugnazione, ove questa sia fondata, decidere, fermo l'epilogo penale della vicenda, sulla domanda di restituzioni e/o di risarcimento del danno;

- sia in caso di ricorso per cassazione, potendo "la parte civile ottenere, per effetto della proposizione del ricorso, la condanna in sede civile al risarcimento dei danni e alle restituzioni, in tempi più rapidi dell'ordinario e senza la necessità, cui invece la stessa sarebbe sottoposta ove ricorso non vi fosse stato, di iniziare ex novo il separato giudizio civile", atteso che, in caso di accoglimento del ricorso della parte civile nei confronti di sentenza di proscioglimento, la Corte di cassazione deve

annullare quest'ultima con rinvio al giudice civile competente per valore in grado d'appello in base al disposto di cui all'art. 622 cod. proc. pen.

In altri termini il requisito dell'interesse alla base del ricorso per cassazione della parte civile avverso la sentenza di proscioglimento priva di efficacia extrapenale viene ravvisato dalle Sezioni unite, nella sentenza Papaleo, nel concreto vantaggio costituito dal fatto che, "per effetto della previsione di cui all'art. 622 cod. proc. pen., il giudizio civile non debba ricominciare dal primo grado, come invece nel caso di sentenza penale non impugnata dalla parte civile e passata in giudicato, ma da quello di appello, in tal modo consentendosi alla parte civile di godere di tempi più celeri"; e ciò anche in considerazione del fatto che i poteri del giudice civile di valutare le risultanze del giudizio penale dovrebbero essere i medesimi sia che il giudizio civile segua all'annullamento con rinvio a norma dell'art. 622 cod. proc. pen., sia che sia instaurato "ex novo" a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di proscioglimento priva di efficacia extrapenale.

Alla luce di tale sentenza delle Sezioni unite, oltre che della sentenza "Guerra", sembrerebbe perdere consistenza l'argomento, posto a sostegno dell'orientamento che ritiene inammissibile l'impugnazione della parte civile avverso la sentenza di assoluzione per mancanza dell'elemento soggettivo del reato, fondato sulla mancanza di efficacia extrapenale di tale sentenza.

Il contrasto in rassegna sembrerebbe dunque focalizzarsi sulla questione se il rinvio al giudice civile ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., conseguente all'accoglimento del ricorso per cassazione della parte civile avverso la sentenza di assoluzione "perché il fatto non costituisce reato", in luogo dell'instaurazione "ex novo" del giudizio civile dal primo grado, risponda ad un interesse concreto e attuale della parte civile.

Si è già evidenziato, infatti, che le sentenze che affermano l'ammissibilità del ricorso per cassazione della parte civile valorizzano la possibilità per la parte civile di giovarsi dell'accertamento svolto in sede penale, e la sua conseguente migliore posizione rispetto a quella di chi comincia dall'inizio, nonché il pregiudizio, sul piano dei tempi processuali, conseguente all'instaurazione "ab initio" del giudizio civile, mentre quelle riconducibili all'opposto orientamento, danno rilievo ai maggiori poteri di accertamento e verifica istruttoria, su impulso delle parti, di cui dispone il giudice civile in caso di processo instaurato dal primo grado, rispetto a quelli di cui dispone nel giudizio di rinvio *ex* art. 622 cod. proc. pen.

Così prospettato il contrasto in rassegna, il riconoscimento della sussistenza o meno dell'interesse all'impugnazione della parte civile nei confronti delle sentenze di proscioglimento che non fanno stato nel processo civile potrebbe risentire della (contrastata) configurazione giuridica del giudizio di rinvio al giudice civile competente per valore in grado d'appello, conseguente all'annullamento *ex* art. 622

cod. proc. pen., in ordine alla quale sono state pronunciate dalla Terza sezione civile della Corte le sopra esaminate sentenze (in particolare **Sez. 3, n. 15859 del 12/06/2019, Rv. 654290, e Sez. 3, n. 16916 del 25/06/2019, Rv. 654433**).

Tali pronunce della Terza sezione civile, infatti, avendo escluso sia che il giudizio civile di rinvio *ex* art. 622 cod. proc. pen. costituisca la fase rescissoria dell'impugnazione svoltasi davanti alla Corte di cassazione penale, sia la conseguente configurabilità del potere della Corte di cassazione penale, in sede di annullamento ai sensi della predetta disposizione, di enunciare principi di diritto vincolanti in tale giudizio di rinvio, indeboliscono l'argomento secondo cui l'interesse della parte civile a impugnare con il ricorso per cassazione le sentenze di proscioglimento prive di efficacia di giudicato nel giudizio civile andrebbe riconosciuto in quanto la scelta di esercitare l'azione civile in sede penale implica la "la prerogativa di percorrere l'intero itinerario processuale previsto per le impugnazioni " (**Sez. 5, n. 27318 del 07/03/2019, Mazzini, Rv. 276640**; Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Tola, Rv. 275416; Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519) e di "beneficiare" degli "esiti dell'accertamento compiuto nel processo penale" (**Sez. 5, n. 27318 del 07/03/2019, Mazzini, Rv. 276640**; Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Tola, Rv. 275416; Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519), in modo diverso e più ampio che instaurando *ex novo* un processo civile dal primo grado.

D'altra parte anche l'affermata applicabilità, nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile, delle regole probatorie del processo civile, e la conseguente negazione dell'efficacia probatoria della testimonianza resa nel processo penale dalla parte civile può incidere in senso negativo sull'argomento che, ai fini del riconoscimento dell'interesse all'impugnazione della parte civile, valorizza la possibilità per la parte civile di giovarsi dell'accertamento svolto in sede penale, e la sua conseguente migliore posizione rispetto a quella di chi comincia un processo dall'inizio.

Indice delle sentenze citate

Sentenze penali della Corte di cassazione

Sez. U, n. 306 del 30/11/1974, Buzzi, Rv. 128995
Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403
Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138
Sez. 2, n. 897 del 24/10/2003 – dep. 2004 -, Cantamessa, Rv. 227966
Sez. 5, n. 26064 del 9/06/2005, Colonna, Rv. 231916
Sez. 2, n. 5072 del 31/01/2006, Pensa Rv. 233273
Sez. U, n. 25083 del 11/07/2006, Negri, Rv. 233918
Sez. 5, n. 9399 del 05/02/2007, Palazzi, Rv. 235843
Sez. 3, n. 15653 del 27/02/2008, Colombo, Rv. 239865
Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815
Sez. 5, n. 38228 del 24/06/2008, , Maurizi, Rv. 241314
Sez. 5, n. 39395 del 17/09/2008, Scambia, Rv. 241733
Sez. 4, n. 14450 del 19/03/2009, Stafissi, Rv. 244002
Sez. 6, n. 26299 del 03/06/2009, Tamborrini, Rv. 244533
Sez. 4, n. 45920 del 28/10/2009, Fiorini
Sez. 2, n. 32577 del 27/04/2010, Preti, Rv. 247973
Sez. 4, 14/07/2011, n. 46812, De Angelis
Sez. 5, n. 594 del 16/11/2011 - dep. 2012 -, Perrone, Rv. 252665
Sez. 5, n. 15015 del 23/02/2012, Genovese, Rv. 252487
Sez. 4, n. 9170 del 14/02/2013, R.C., Rv. 255397
Sez. 5, n. 21251 del 26/03/2013, Vergati, Rv. 255654
Sez. 2, n. 35794 del 18/06/2013, Epifania, Rv. 257404
Sez. U, n. 40109 del 18/07/2013, Sciortino, Rv. 256087
Sez. 5, n. 3525 del 15/10/2013, Miano, Rv. 259533
Sez. 4, n. 10615 del 4/12/2013, Perrotta, Rv. 256337
Sez. 1, n. 42039 del 14/01/2014, Simigliani, Rv. 260508
Sez. 2, n. 3221, del 7/01/2014, Macchia, Rv. 258817
Sez. 6, n. 5888 del 21/01/2014, Bresciani, Rv. 258999
Sez. 2, n. 28924 del 26/06/2014, Varriale, Rv. 261821
Sez. 4, n. 11193 del 10/02/2015, Cortesi, Rv. 262708
Sez. 6, n. 44685 del 23/09/2015, N., Rv. 265561
Sez. 4, n. 44685 del 23/09/2015, N., Rv. 265561
Sez. 1, n. 36296 del 3/11/2015, Saba, Rv. 268260
Sez. 4, n. 27045 del 4/02/ 2016, Di Flaviano, Rv. 267730
Sez. 4, n. 29627 del 21/04/2016, Silva, Rv. 267844
Sez. 4, n. 45786 dell'11/10/2016, Assaiante, Rv. 268517

Sez. 4, n. 34878 dell'8/06/2017, Soriano, Rv. 271065
Sez 4, n. 43896 dell'8/02/2018, Luvaro, 274223
Sez. 4, n. 33405 del 13/04/2018, D., Rv. 273422
Sez. 4, n. 24384 del 26/04/2018, Masoni, Rv. 273536
Sez. 4, n. 42461 del 09/05/2018, Todaro, Rv. 274764
Sez. 4, n. 42460 del 09/05/2018, Scolavino, Rv. 274367
Sez. 4, n. 37794 del 22/06/2018, De Renzo, Rv. 273463
Sez. 2, n. 36930 del 04/07/2018, Addonisio, Rv. 273519
Sez. 2, n. 41784 del 18/07/2018, Tola, Rv. 275416
Sez. 4, n. 412 del 16/11/2018 - dep. 2019-, De Santis, Rv. 274831
Sez. 4, n. 5901 del 18/01/2019, Oliva, Rv. 275122
Sez. 4, n. 5898 del 17/01/2019, Borsi, Rv. 275266
Sez. 5, n. 103619 del 06/02/2019, R., Rv. 276344
Sez. 5, n. 27318 del 07/03/2019, Mazzini, Rv. 276640
Sez. 4, n. 18781 del 12/03/2019, Montaguti, Rv. 275761
Sez. 4, n. 25141 del 14/03/2019, De Toma, Rv. 276338
Sez. U, n. 28911 del 28/03/2019, Papaleo, Rv. 275953
Sez. 6, n. 31921 del 06/06/2019, De Angelis, Rv. 277285
Sez. 4, n. 33255 del 09/07/2019, Luparello, Rv. 276598

Sentenze civili della Corte di cassazione

Sez. 2, n. 5965 del 25/03/2004, Rv. 571531
Sez. 3, n. 13068 del 14/07/2004, Rv. 574569
Sez. U, n. 576 del 10/11/ 2008, Rv. 600899
Sez. U, n. 584 del 10/11/2008, Rv. 600921
Sez. 2, Sentenza n. 12577 del 04/06/2014, Rv. 630956
Sez. U, n. 12310 del 15/06/2015, Rv. 635536
Sez. 3, n. 9358 del 12/04/2017, Rv. 644002
Sez. U., n. 22404 del 13/09/2018, Rv. 650451
Sez. 3, n. 15859 del 12/06/2019, Rv. 654290
Sez. 3, n. 16916 del 25/06/2019, Rv. 654433
Sez. 3, n. 22515 del 10/09/2019
Sez. 3, n. 22516 del 10/09/2019
Sez. 3, n. 22518 del 10/09/2019
Sez. 3, n. 22519 del 10/09/2019
Sez. 3, n. 22520 del 10/09/2019
Sez. 3, n. 22729 del 12/09/2019, Rv. 655473
Sez. 3, n. 25917 del 15/10/2019, Rv. 655376
Sez. 3, n. 25918 del 15/10/2019, Rv. 655377

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 1 del 1970
Corte cost., sent. n. 29 del 1972
Corte cost., sent. n. 353 del 1994
Corte cost., sent. 532 del 1995
Corte cost., sent. n. 94 del 1996
Corte cost., ord. n. 424 del 1998
Corte cost., sent. n. 168 del 2006
Corte cost., sent. n. 23 del 2015
Corte cost., sent. n. 12 del 2016

CAPITOLO VI

L'AMMISSIBILITA' DELLA REVISIONE DELLA SENTENZA CHE DICHIARANDO NON DOVERSI PROCEDERE PER L'ESTINZIONE DEL REATO CONFERMI LE STATUIZIONI CIVILI

(PAOLA PROTO PISANI)

SOMMARIO: 1.Premessa. 2. Il contrasto risolto dalle Sezioni unite. 3. La sentenza delle Sezioni unite Milanesi. 4. Le questioni ancora aperte in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite con la sentenza "Milanesi" (**Sez. U, n. 6141 del 25/10/2018, dep. 2019, Milanesi, Rv. 274627),** risolvendo il contrasto sul punto, hanno affermato l'ammissibilità, sia agli effetti penali sia agli effetti civili, della revisione della sentenza irrevocabile con cui il giudice d'appello, ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen., dichiarando l'estinzione del reato per prescrizione, confermi la condanna dell'imputato al risarcimento del danno in favore della parte civile.

La questione attiene all'interpretazione dell'art. 629 cod. proc. pen. - che contempla, quale oggetto della revisione, le sentenze irrevocabili di condanna e non anche quelle di proscioglimento – e dell'art. 632 cod. proc. pen. che individua nel "condannato" il soggetto legittimato alla richiesta di revisione.

2. Il contrasto risolto dalle Sezioni Unite.

Secondo l'orientamento maggioritario fino all'intervento delle Sezioni Unite, la revisione delle sentenze di condanna ai soli effetti civili doveva ritenersi inammissibile, in ragione della lettera dell'art. 629 cod. proc. pen. e del principio di tassatività delle impugnazioni, dovendosi intendere per "sentenze di condanna" le sole sentenze di condanna agli effetti penali (Sez. 5, n. 2393 del 2/12/2010, Pavesi, Rv. 249781; Sez. 3, n. 24155 del 3/3/2011 Bernardelli, Rv. 250631; Sez. 2, n. 8864 del 23/02/2016, Martelli, non mass.; Sez. 2, n. 53678 del 25/10/2017, Ricupati, Rv. 271367; Sez. 2, n. 2656 del 9/11/2016, Calabrò, Rv. 269528; nella giurisprudenza più risalente avevano escluso l'ammissibilità della revisione della sentenza che abbia dichiarato estinto il reato per amnistia: Sez. 5, n. 15973 del 24/02/2004, Decio, Rv. 228763; Sez. 6, n. 4231 del 30/11/1992, Melis, Rv. 193457; Sez. 1, n. 1672 del 15/04/1992, Bonaceto, Rv. 190002).

Veniva, altresì, rilevato, che la tesi avversata avrebbe comportato la "paradossale conseguenza" di consentire al prosciolto condannato ai soli effetti civili la revisione

in ipotesi più ampie di quelle previste per la revocazione civile; mentre la mancanza di qualsivoglia rimedio avverso una sentenza "ingiusta" pregiudizievole sotto il solo profilo civilistico poteva giustificarsi in ragione della scelta processuale dell'imputato di non rinunciare alla prescrizione (Sez. 2, n. 53678 del 25/10/2017, Ricupati, Rv. 271367).

Secondo l'orientamento minoritario (Sez. 5, n. 46707 del 3/10/2016, Panizzi, Rv. 269939), invece, il rimedio straordinario doveva ritenersi ammissibile, in base all'interpretazione letterale degli artt. 629 e 632 cod. proc. pen., poiché la decisione che accoglie l'azione civile esercitata nel processo penale costituisce una sentenza di condanna, e, dunque, l'imputato è "condannato" alle restituzioni ed al risarcimento del danno.

Pur escludendo la revisione delle sentenze di proscioglimento, si riteneva, tuttavia, che l'esclusione della possibilità di rivisitazione degli effetti penali non implicasse il difetto di legittimazione riguardo alle statuizioni civili, pregiudizievoli per l'imputato, contenute nella sentenza di proscioglimento.

Si osservava, inoltre, che, altrimenti, il prosciolto ingiustamente condannato agli effetti civili sarebbe rimasto privo di tutela, non potendo ricorrere alla revocazione civile; escludendosi, peraltro, un'irragionevole disparità di trattamento del danneggiato connessa ai diversi e più ristretti limiti che caratterizzano tale istituto, stante la sua libertà di scegliere la sede (civile o penale) in cui esercitare l'azione di risarcimento, con conseguente accettazione delle regole proprie del rito opzionato.

La questione si pone in quanto, in deroga al principio – desumibile dall'art. 538 cod. proc. pen. – secondo cui il giudice penale si pronuncia sull'azione civile esercitata nel processo penale soltanto quando emette sentenza di condanna agli effetti penali, sono ravvisabili due ipotesi eccezionali di pronuncia sull'azione civile anche in caso di sentenza di proscioglimento.

La prima è quella prevista dall'art. 578 cod. proc. pen., secondo cui, nel caso in cui sia stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento del danno cagionato dal reato, il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare estinto il reato per amnistia o per prescrizione, decide sull'impugnazione "ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli effetti civili". Ed in proposito le Sezioni unite penali (Sez. U., n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244273) hanno precisato che il giudice d'appello, ove all'esito dell'esame delle prove ritenga il compendio probatorio ambivalente, tale da comportare un'assoluzione ai sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., dovrà non soltanto revocare le statuizioni civili, ma, altresì, pronunciare l'assoluzione nel merito, in tal caso prevalendo il proscioglimento per insufficienza di prove sulla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità.

La seconda eccezione si verifica nel caso di accoglimento dell'impugnazione proposta dalla sola parte civile, ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., avverso la sentenza di proscioglimento dell'imputato. Le Sezioni unite penali (Sez. U., n. 25083 dell'11/07/2006, Negri, Rv. 233918) hanno, infatti, ritenuto che l'art. 576 cod. proc. pen. conferisce al giudice dell'impugnazione il potere di decidere sulla domanda al risarcimento e alle restituzioni, pur in mancanza di una precedente statuizione sul punto.

3. La sentenza delle Sezioni Unite Milanesi.

Le Sezioni unite rilevano che il problema dell'ammissibilità della revisione della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione (o per amnistia) che, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti civili, ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen. confermi la condanna dell'imputato al risarcimento dei danni (o alle restituzioni) in favore della parte civile, si pone sia agli effetti penali, in riferimento alla possibilità di ottenere il proscioglimento nel merito, con formula più favorevole, sia agli effetti civili, in riferimento alla finalità di vedere caducate le statuizioni civili.

Così impostato il problema risolvono il contrasto affermando l'ammissibilità, anche agli effetti penali, della revisione, proposta ai sensi dell'art. 630, lett. c), cod. proc. pen., nel caso considerato.

Tale interpretazione si fonda essenzialmente sull'analisi:

- del presupposto della legittimazione ad esperire la revisione, individuato nello *status* di «condannato», inteso - in linea con la sentenza delle Sezioni unite "Nunziata" (Sez. U., n. 13199 del 21/07/2016, Nunziata, Rv. 269788 - 269789 - 269790 – 269791) - come «il soggetto che ha esaurito tutti i gradi del sistema delle impugnazioni ordinarie e rispetto al quale si è formato il giudicato in ordine alla decisione che lo riguarda»;

- e del fondamento costituzionale dell'istituto della revisione, ravvisato - in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 28 del 1969) già recepita da quella delle Sezioni unite penali (Sez. U, n. 624 del 26/09/2001, Pisano, Rv. 220443; Sez. U, n. 13199 del 21/07/2016, Nunziata, Rv. 269788 - 269789 - 269790 - 269791) - nell'art. 24, quarto comma, Cost. e nell'«esigenza di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo e anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità» (Corte cost., sent. n. 28 del 1969).

L'ammissibilità della revisione viene, infatti, affermata riconoscendosi all'imputato lo *status* di "condannato", non essendovi traccia, nel testo dell'art. 629

cod. proc. pen., della possibile rilevanza della distinzione tra la condanna agli effetti penali e quella agli effetti civili, e non ravvisandosi alcun elemento nella disciplina della revisione che ne comporti un'incompatibilità logica o strutturale nei confronti della condanna ai soli effetti civili: la circostanza che l'imputato sia stato «evocato in giudizio tanto sulla base della azione penale quanto in forza della azione civile esercitata nel processo penale, non può che comportare una ontologica identità di diritti processuali, a meno che la legge espressamente non distingua i due profili», come ritenuto dalle sezioni unite nella sentenza "Marani" (Sez. U., n. 28719 del 21/06/2012, Marani, Rv. 252695) che ha esteso al condannato ai soli effetti civili la legittimazione al ricorso straordinario per errore di fatto.

La revisione viene, inoltre, ritenuta ammissibile perché la statuizione di condanna ai soli effetti civili, contenendo «una implicita quanto ineludibile affermazione di responsabilità tout court operata, a cognizione piena, in relazione al fatto-reato causativo del danno», è suscettibile, se ingiusta, di arrecare pregiudizio all'interessato con riguardo non soltanto alla sfera patrimoniale, ma anche a quella dei diritti della personalità.

L'idoneità della pronuncia a produrre «un apprezzabile pregiudizio al diritto all'onore dell'imputato, con superamento – in concreto – della presunzione costituzionale di non colpevolezza», pur non essendo costui condannato agli effetti penali, rivela che la negazione della legittimazione alla revisione potrebbe porsi in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, per l'irragionevolezza del diverso trattamento di situazioni che presentino analoghi profili di pregiudizio.

A sostegno dell'interpretazione prescelta viene, inoltre, rilevata la mancanza di un rimedio contro il giudicato – stante l'inapplicabilità della revocazione civile, in difetto di un'espressa previsione normativa che legittimi la revoca, da parte del giudice civile, della sentenza pronunciata dal giudice penale– non giustificata dalla facoltà per l'imputato di rinunziare alla prescrizione, non potendosi far derivare dal mancato esercizio di tale facoltà effetti pregiudizievoli non previsti dalla legge, in ossequio al principio di non contraddizione.

Peraltro, i diversi e più ristretti limiti che caratterizzano la revocazione non costituiscono un'ingiustificata disparità di trattamento del danneggiato a seconda della sede, civile o penale, in cui l'azione civile sia esercitata, in quanto egli è libero di scegliere tale sede, e deve, conseguentemente accettare le regole proprie del rito opzionato.

La valorizzazione del fondamento costituzionale della revisione e dello *status* di condannato, ai fini della risoluzione della questione controversa, consente alle Sezioni unite, pur senza formulare principi di diritto al riguardo, di tracciare i limiti all'ampliamento dell'ambito di ammissibilità della revisione operato con la sentenza in rassegna.

Viene, infatti, esclusa l'ammissibilità della revisione della sentenza che si limiti a dichiarare l'estinzione del reato (per prescrizione o anche per altra causa), in quanto in difetto di contestuali statuizioni civili, al soggetto istante non spetta la qualifica di "condannato", e la sentenza non è idonea ad arrecare pregiudizi alla sua onorabilità, ostandovi la presunzione costituzionale di non colpevolezza fino alla condanna definitiva.

Viceversa, l'impugnazione straordinaria è ritenuta ammissibile riguardo all'ipotesi disciplinata dall'art. 578-bis cod. proc. pen., per l'analogia tra tale disciplina e quella prevista dall'art. 578 cod. proc. pen., ritenendo che anche in tal caso vada «riconosciuto lo status soggettivo di condannato (sia pure limitatamente alle statuizioni di confisca che conseguano all'incidentale accertamento di responsabilità richiesto dalla norma)».

Viene rilevato, infine, che l'impossibilità della revisione potrebbe porre un problema "in astratto" con riferimento alle sentenze di proscioglimento conseguente ad un'amnistia o all'applicazione del perdono giudiziale ovvero all'accertamento del difetto di imputabilità, le quali postulano un quanto meno implicito accertamento di responsabilità e dalle quali, quindi, potrebbero conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato (ad esempio l'applicazione di misure di sicurezza).

Le Sezioni Unite, ritenendo ammissibile la revisione nel caso considerato anche al fine di vedere sostituita la formula del proscioglimento con altra più favorevole, si pongono e risolvono la questione rimessa secondo un'impostazione diversa da quella propria degli orientamenti in contrasto, accomunati, invece, dall'affermazione del difetto di legittimazione dell'interessato ad ottenere la rivisitazione degli effetti penali della sentenza di proscioglimento.

In tal modo possono valorizzare, a sostegno dell'ammissibilità della revisione, il fondamento costituzionale dell'istituto e i possibili effetti pregiudizievoli, riguardo al diritto all'onore dell'imputato, della sentenza di proscioglimento per prescrizione (che, nel caso di cui all'art. 578 cod. proc. pen., presuppone un accertamento sia pure incidentale della responsabilità dell'imputato in relazione al fatto-reato a lui ascritto).

L'esigenza di tutela di diritti fondamentali, seppure diversi dalla libertà personale, sui quali incide il processo penale, a cui viene ancorata l'esperibilità della revisione nel caso in esame, costituisce una valida ragione giustificatrice della maggiore estensione del rimedio contro il giudicato penale rispetto alla revocazione civile.

La tutela degli interessi patrimoniali dell'imputato, viene, in tal modo, a beneficiare in modo indiretto del più ampio ambito di rivisitazione del giudicato

penale (di proscioglimento), così come avviene pacificamente in caso di revisione della sentenza di condanna agli effetti penali che contenga anche statuizioni civili.

Ciò in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui l'azione civile esercitata nel processo penale, assumendo carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale, «è destinata a subire tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale» (Corte cost., sent. n. 353 del 1994), con conseguente ragionevolezza delle differenze di disciplina dell'azione civile esercitata nel processo penale, rispetto all'azione risarcitoria esercitata in sede civile, dipendenti dalle "finalità tipiche del processo penale" (Corte cost., ord. n. 115 del 1992, Corte cost., sent. n. 75 del 2001, Corte cost., ord. n. 300 del 2004 e Corte cost., sent. n. 34 del 2018), anche in considerazione del fatto l'azione civile può essere esercitata nella sede sua propria fin dall'inizio (Corte cost., sent. n. 532 del 1995). Pertanto, una volta che il danneggiato, previa valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi insiti nella opzione concessagli, scelga di esercitare l'azione civile nel processo penale, anziché nella sede propria, "non è dato sfuggire agli effetti che da tale inserimento conseguono, per via della struttura e della funzione del processo penale" (Corte cost., sent. n. 94 del 1996, Corte cost., ord. n. 424 del 1998 e Corte cost. sent. n. 12 del 2016).

4. Le questioni ancora aperte in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento.

A seguito dell'intervento delle Sezioni unite resta aperta la questione dell'ammissibilità della revisione della sentenza d'appello che, in riforma della sentenza di assoluzione di primo grado, appellata tanto dal pubblico ministero quanto dalla parte civile ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., abbia dichiarato l'estinzione del reato per qualsiasi causa e accolto l'impugnazione della parte civile, condannando (per la prima volta) l'imputato al risarcimento dei danni nei suoi confronti.

Nonché quella dell'ammissibilità della revisione della sentenza d'appello che, in parziale riforma della sentenza di assoluzione di primo grado, appellata dalla sola parte civile ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., abbia condannato (per la prima volta) l'imputato al risarcimento dei danni, fermi gli effetti penali della sentenza di assoluzione di primo grado.

Sebbene la sentenza in esame non si sia espressamente pronunciata sulla questione, nel primo caso sussistono entrambi i presupposti (*status* di condannato, sia pure soltanto agli effetti civili, ed esigenza di tutela del diritto all'onore dell'imputato prosciolto per prescrizione con una sentenza che contiene un accertamento incidentale della sua responsabilità penale) che hanno indotto le

Sezioni Unite ad affermare l'ammissibilità della revisione nel diverso caso di cui all'art. 578 cod. proc. pen.

Peraltro, in più punti la motivazione della sentenza in rassegna equipara il caso, riconducibile all'art. 578 cod. proc. pen., in cui il giudice dell'impugnazione, dichiarando non doversi procedere per estinzione del reato, confermi le statuizioni civili della sentenza impugnata, a quello, riconducibile all'art. 576 cod. proc. pen., in cui il giudice dell'impugnazione, dichiarando non doversi procedere per estinzione del reato, disponga per la prima volta la condanna dell'imputato alle restituzioni o al risarcimento del danno (punti 2.1. primo capoverso, 3.1., 7., 9 penultimo capoverso, 10, primo capoverso).

Nel secondo caso, invece, anche se all'imputato può riconoscersi lo *status* di condannato, potrebbe dubitarsi della sussistenza di un'esigenza di tutela della sfera dei suoi diritti della personalità, almeno allorquando l'assoluzione contenuta nella sentenza di primo grado, e divenuta irrevocabile agli effetti penali, sia stata pronunciata con formula ampiamente liberatoria.

Sotto un diverso profilo resta, altresì, aperto il problema, segnalato ma non risolto dalla sentenza in esame, dell'ammissibilità della revisione avverso le sentenze di proscioglimento prive di statuizioni civili ma che, contenendo un accertamento incidentale della responsabilità dell'imputato, possano produrre effetti per lui pregiudizievoli, anche soltanto riguardo alla sfera dei diritti della personalità.

In tale ipotesi, invero, manca uno dei due presupposti su cui la sentenza in rassegna fonda la soluzione dell'ammissibilità della revisione nel caso considerato, e cioè lo *status* di condannato. E' tuttavia presente l'altro presupposto, e cioè l'esigenza di tutela della sfera dei diritti della personalità dell'imputato prosciolto, che ha fatto propendere le Sezioni unite per l'interpretazione prescelta proprio perché la contrapposta tesi dell'inammissibilità della revisione avrebbe potuto porsi in contrasto con l'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento di situazioni connotate da analoghi profili di pregiudizio.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 1672 del 15/04/1992, Bonaceto, Rv. 190002

Sez. 6, n. 4231 del 30/11/1992, Melis, Rv. 193457

Sez. U, n. 624 del 26/09/2001, Pisano, Rv. 220443

Sez. 5, n. 15973 del 24/02/2004, Decio, Rv. 228763

Sez. U, n. 25083 dell'11/07/2006, Negri, Rv. 233918

Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244273

Sez. 5, n. 2393 del 2/12/2010, Pavesi, Rv. 249781

Sez. 3, n. 24155 del 3/3/2011 Bernardelli, Rv. 250631

Sez. U., n. 28719 del 21/06/2012, Marani, Rv. 252695

Sez. 2, n. 8864 del 23/02/2016, Martelli, non mass.

Sez. U., n. 13199 del 21/07/2016, Nunziata, Rv. 269788 - 269789 -269790 – 269791

Sez. 5, n. 46707 del 3/10/2016, Panizzi, Rv. 269939

Sez. 2, n. 2656 del 9/11/2016, Calabrò, Rv. 269528

Sez. 2, n. 53678 del 25/10/2017, Ricupati, Rv. 271367

Sez. U, n. 6141 del 25/10/2018, dep. 2019, Milanesi, Rv. 274627

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 28 del 1969

Corte cost., ord. n. 115 del 1992

Corte cost., sent. n. 353 del 1994

Corte cost., sent. n. 532 del 1995

Corte cost., sent. n. 94 del 1996

Corte cost., ord. n. 424 del 1998

Corte cost., sent. n. 75 del 2001

Corte cost., ord. n. 300 del 2004

Corte cost. sent. n. 12 del 2016

Corte cost., sent. n. 34 del 2018

CAPITOLO VII

LE SEZIONI UNITE SUI "FRATELLI MINORI" DI CONTRADA.

(PAOLO DI GERONIMO)

Sommario: 1. La sentenza della Corte EDU sul caso "Contrada" - 2. L'adeguamento alla sentenza "Contrada". - 3. L'estensione ai "fratelli minori" della sentenza "Contrada": la tesi contraria. - 3.1. La sentenza "Esti" e la contestazione della natura giurisprudenziale del concorso esterno. - 3.2 Le sentenze "Marfia" e "Marino". - 4. La diversa impostazione seguita nell'ordinanza di rimessione. - 4.1. La prevedibilità soggettiva. - 5. L'estensibilità *erga alios* dei principi affermati dalla Corte EDU nel caso "Contrada". - 6. La soluzione accolta dalle Sezioni unite Genco.

1. La sentenza della Corte EDU sul caso "Contrada

"

Le Sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla possibilità o meno di estendere i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 emessa in relazione al caso Contrada contro Italia, nei confronti di soggetti non impugnanti in sede europea, ma che tuttavia si trovino nella medesima siutazione di fatto.

La problematica è sorta dopo che la Corte EDU si è pronunciata in ordine alla compatibilità della condanna emessa nei confronti del Contrada per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, riferita all'arco temporale intercorrente tra il 1979 ed il 1988, allorquando la giurisprudenza non era univoca in ordine alla configurabilità dell'ipotesi concorsuale nel reato associativo.

Il Contrada deduceva dinanzi alla Corte EDU la violazione dell'art.7 della Convenzione, ritenendo che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa fosse una figura di creazione sostanzialmente giurisprudenziale e che solo in epoca successiva ai fatti oggetto dell'imputazione la giurisprudenza era pervenuta ad un'esatta ricostruzione della fattispecie.

A fronte della suddetta contestazione, il Governo italiano indicava la giurisprudenza di legittimità che aveva affermato la configurabilità del concorso esterno nel reato associativo, sia con riguardo alla specifica ipotesi dell'associazione di stampo mafioso, sia con riguardo a forme di criminalità organizzata di altro genere, sostenendo che la giurisprudenza – fin da epoca antecedente ai fatti contestati al Contrada – aveva ampiamente riconosciuto la figura del concorso esterno.

La Corte EDU, in risposta a tali argomentazioni, ha affermato che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso è una creazione della giurisprudenza avviata in decisioni che risalgono alla fine degli anni ottanta, ossia posteriore ai fatti per i

quali il ricorrente è stato condannato e che si è consolidata con la sentenza della Corte di cassazione Demitry.

Proseguendo in tale ragionamento, la Corte è giunta alla conclusione che l'evoluzione giurisprudenziale in questa materia, posteriore ai fatti ascritti al ricorrente, dimostra che, all'epoca in cui tali fatti sarebbero avvenuti, il ricorrente non poteva ragionevolmente prevedere le conseguenze, in termini di sanzione, delle sue presunte azioni, in quanto l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso all'epoca dei fatti era oggetto di interpretazioni giurisprudenziali divergenti.

L'incertezza tra i diversi orientamenti giurisprudenziali in materia ed il fatto che solo nel 1994, a seguito della pronuncia delle Sezioni unite, si sia consolidata la nozione stessa di concorso esterno nel reato associativo, hanno indotto la Corte EDU a ritenere violato l'art. 7 della convenzione.

È stato affermato il principio secondo cui «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti».

Valorizzando il ruolo che la giurisprudenza svolge nel chiarire la portata delle norme incriminatrici, la Corte EDU ha concluso nel senso che «è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno».

2. L'adeguamento alla sentenza "Contrada".

A seguito della pronuncia della Corte EDU, si è posto il problema di verificare se e mediante quali strumenti processuali la sentenza dichiarativa della violazione dell'art. 7 CEDU dovesse trovare esecuzione nell'ambito della giurisdizione nazionale.

Il Contrada ha adito due vie alternative, promuovendo sia un ricorso in sede esecutiva che istanza di revisione. L'invocata revisione ex art. 630 cod. proc. pen. veniva rigettata dalla Corte di appello di Caltanissetta, la cui sentenza veniva impugnata con ricorso per cassazione al quale, tuttavia, il condannato rinunciava.

L'incidente di esecuzione, invece, veniva promosso dinanzi alla Corte d'appello di Palermo che rigettava l'istanza con ordinanza del 11 ottobre 2016, avverso la quale il Contrada proponeva ricorso per cassazione fondato su due motivi: con il primo si deduceva che il provvedimento impugnato aveva eluso la decisione adottata dalla Corte EDU, nella misura in cui riteneva che a seguito di tale pronuncia non residuasse alcun obbligo ex art.46 CEDU; con il secondo motivo, si chiedeva, in via subordinata, la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 673 cod. proc. pen., nella parte in cui tale norma non prevede espressamente l'ipotesi della revoca della sentenza di condanna quale strumento per dare esecuzione alla pronuncia europea.

Il ricorso veniva deciso da Sez. 1, n. 43112 del 6/7/2017, Contrada, Rv. 273905, con la quale si procedeva alla ricostruzione dei rapporti tra decisioni della Corte EDU ed obbligo di conformazione nell'ordinamento interno, individuando anche gli strumenti processuali a ciò idonei.

Schematizzando l'iter argomentativo sul quale si fonda la predetta sentenza, il punto di partenza è sicuramente individuabile nel riconoscimento dell'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU, discendente dall'art. 46 della Convenzione, in base alla quale le parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte "nelle controversie nelle quali sono parti". La Prima sezione ha precisato, altresì, che le sentenze della Corte EDU sono immediatamente produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti in causa, nei cui riguardi lo Stato è tenuto ad eliminare, fin dove è possibile, le conseguenze pregiudizievoli della violazione riscontrata.

Accertata la sussistenza di un obbligo di rimuovere il pregiudizio conseguente alla violazione della convenzione, la sentenza ha affrontato l'ulteriore problema concernente l'individuazione degli strumenti in concreto attivabili, concludendo nel senso che – nel caso in questione – l'ordinamento interno predispone un adeguato rimedio processuale individuabile nell'incidente di esecuzione.

A tale conclusione si giunge evidenziando in primo luogo come l'avvenuta espiazione della pena non esclude di per sé la permanenza di ulteriori effetti penali derivanti dalla condanna, rispetto ai quali l'interessato può vantare una legittima pretesa affinchè venga disposta la loro cessazione.

Al contempo, è stata richiamata l'ampia elaborazione giurisprudenziale che ha visto notevolmente ampliati i poteri del giudice dell'esecuzione, secondo il principio per cui il *genus* delle doglianze che può essere posto a fondamento dell'incidente di esecuzione è molto ampio ed investe tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti (Sez. U, n. 34472 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 252933).

La Prima sezione, pertanto, ha concluso nel senso di ritenere che la «sentenza pronunziata dalla Corte EDU nel caso Contrada contro Italia non impone interventi *in executivis* differenti da quelli legittimati dalle disposizioni degli artt. 666 e 670 cod. proc. pen. Non sussistendo, del resto, alcun limite letterale o sistematico all'applicazione al caso in esame di detti poteri, gli artt. 666 e 670 cod. proc. pen. non possono che essere interpretati nel senso di consentire l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli derivanti da una condanna emessa dal giudice italiano in violazione di una norma della Convenzione EDU, dovendosi ribadire che garante della legalità della sentenza in fase esecutiva è il giudice dell'esecuzione, cui compete, se necessario, di ricondurre la decisione censurata ai canoni della legittimità (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, cit.).

In conclusione, non resta che riconoscere che, a seguito della decisione emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015, che ha dichiarato che la sentenza di condanna emessa nei confronti di Bruno Contrada dalla Corte di appello di Palermo il 25/02/2006, divenuta irrevocabile il 10/05/2007, violerebbe l'art. 7 CEDU, tale pronuncia non è suscettibile di ulteriore esecuzione e non è produttiva di ulteriori effetti penali.»

Individuato nell'incidente di esecuzione il rimedio idoneo a dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU, la Prima sezione ha escluso l'applicabilità di ulteriori istituti processuali.

In particolare, si è sostenuto che non sia possibile procedere alla revoca del giudicato di condanna ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., in quanto tale misura non sarebbe richiesta dalla sentenza della Corte europea, come desumibile sia dall'assenza di riferimenti testuali a tale possibilità, sia dalle statuizioni relative al rigetto della domanda di equa soddisfazione contenuta al punto 4 del dispositivo della sentenza "Contrada"; del resto, la violazione riscontrata dalla Corte EDU non è in alcun modo assimilabile all'ipotesi della sopravvenuta *abolitio criminis*, atteso che il reato per il quale è intervenuta la condanna continua ad essere previsto dalla legislazione nazionale.

Parimenti è stata ritenuta non percorribile la via della "revisione europea" così come introdotta a seguito della sentenza della Corte cost., n. 113 del 2011, in quanto nel caso di specie «non si verte in alcuna ipotesi di violazione delle regole del giusto processo e che la decisione della Corte di Strasburgo, per la sua natura e per le ragioni su cui si fonda, non implica né appare superabile da alcuna rinnovazione di attività processuale o probatoria».

In definitiva, quindi, la sentenza della Prima sezione si è limitata a dichiarare ineseguibile ed improduttiva di effetti penali la sentenza di condanna emessa nei confronti del Contrada in violazione dell'art. 7 della CEDU, ritenendo che tale limitato effetto non richiede né il ricorso alla riapertura del processo, né consente

l'adozione di una pronuncia in sede esecutiva equiparabile alla revoca della sentenza di condanna prevista ex art. 673 cod. proc. pen.

3. L'estensione ai "fratelli minori" della sentenza "Contrada": la tesi contraria.

All'indomani della sentenza della Corte EDU sul caso "Contrada", si è inevitabilmente posto l'interrogativo circa la sorte dei plurimi soggetti condannati per la fattispecie di concorso esterno in reato associativo per una condotta che si collocava nel periodo antecedente la sentenza delle Sezioni unite "Demitry", a far data dalla quale – secondo la prospettiva della Corte europea – l'ipotesi di reato in questione avrebbe assunto quegli elementi di tassatività e determinatezza richiesti dall'art. 7 CEDU.

La giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto, sia pur con diversità di argomenti, che il principio affermato dalla Corte EDU nei confronti del Contrata, non fosse estensibile a soggetti non ricorrenti in sede europea.

Tra le pronunce che maggiormente hanno approfondito la questione, va richiamata la sentenza resa da Sez. 1, n. 44193 del 11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861.

La vicenda processuale in questione aveva avuto ad oggetto la contestazione del reato di concorso esterno in associazione mafiosa con riferimento al periodo di tempo intercorrente tra il 1978 ed il 1992. La conseguente condanna, pertanto, era riferita ad un arco temporale nel quale, stando ai principi affermati dalla Corte EDU nel caso "Contrada", non era concretamente prevedibile la configurabilità del reato associativo a titolo di concorso ex art.110 cod.pen., atteso che la "definitiva" consacrazione giurisprudenziale del reato di concorso esterno nella fattispecie associativa si sarebbe collocata non prima del 1994, a seguito della pronuncia della sentenza "Demitry" delle Sezioni unite.

Sulla base del mero confronto tra il dato temporale e la tipologia di reato ascritta, il Dell'Utri ha sostenuto l'estensione nei suoi confronti del *dictum* della sentenza "Contrada", evocando la assoluta sovrapponibilità della propria posizione rispetto a quella esaminata dalla Corte EDU.

La Corte d'Appello di Palermo, adita quale giudice dell'esecuzione, dichiarava inammissibile la domanda evidenziando come, pur avendo la posizione del ricorrente evidenti analogie rispetto a quella del Contrada, non fosse consentito ai sensi dell'art. 673 cod.proc.pen. revocare una decisione definitiva sulla base di una decisione delle Corte EDU resa nei confronti di un soggetto diverso, atteso che tale possibilità sarebbe prevista nei soli casi di abrogazione o declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

La Corte d'Appello di Palermo riteneva anche la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle norme incriminatrici in oggetto, sottolineando come la sentenza "Contrada" non aveva natura di "sentenza pilota", né individuava un problema di carattere strutturale dell'ordinamento interno. Secondo tale impostazione, la sentenza "Contrada" avrebbe una portata strettamente limitata al caso esaminato, come desumibile dal fatto che la violazione del divieto di retroattività e prevedibilità della legge penale è stato riconosciuto in favore del Contrada sul presupposto che questi aveva sollevato la questione fin dal giudizio di merito.

In conclusione, la Corte d'Appello ha escluso l'estensione *erga alios* dei principi affermati dalla Corte EDU nei confronti del solo Contrada.

Il ricorso per cassazione proposto avverso tale decisione dal Dell'Utri è stato rigettato da Sez. 1, n. 44193 del 11/10/2016, Rv. 267861, con la quale si è affermato il principio secondo cui «Lo strumento per adeguare l'ordinamento interno ad una decisione definitiva della Corte EDU va individuato, in via principale, nella revisione introdotta dalla sentenza additiva della Corte costituzionale n. 113 del 2011, applicabile sia nelle ipotesi di vizi procedurali rilevanti ex art. 6 della Convenzione EDU, sia in quelle di violazione dell'art. 7 della stessa Convenzione che non implichino un vizio assoluto di responsabilità (per l'assenza di una norma incriminatrice al momento del fatto), ma solo un difetto di prevedibilità della sanzione - ferma restando la responsabilità penale - o che comunque lascino aperte più soluzioni del caso; lo strumento dell'incidente di esecuzione, invece, può essere utilizzato solo quando l'intervento di rimozione o modifica del giudicato sia privo di contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto senza necessità della previa declaratoria di illegittimità costituzionale di alcuna norma, fermo restando che, qualora l'incidente di esecuzione sia promosso per estendere gli effetti favorevoli della sentenza della Corte EDU ad un soggetto diverso da quello che l'aveva adita, è necessario anche che la predetta decisione (pur non adottata nelle forme della "sentenza pilota") abbia una obiettiva ed effettiva portata generale, e che la posizione dell'istante sia identica a quella del caso deciso dalla Corte di Strasburgo».

Nel solco delineato dalla sentenza "Dell'Utri" si inserisce anche la successiva pronuncia resa da Sez. 1, n. 53610 del 10/4/2017, Gorgone, n.m., con la quale è stato rigettato il ricorso proposto avverso l'ordinanza resa dal Tribunale di Palermo, in funzione di giudice dell'esecuzione, che dichiarava inammissibile l'istanza di revoca della sentenza proposta dal condannato per il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa commesso in epoca anteriore al 1994.

La Prima sezione ha rigettato il ricorso, ribadendo che lo strumento per adeguare l'ordinamento interno ad una decisione definitiva della Corte EDU va

individuato, in via principale, nella revisione introdotta dalla sentenza additiva della Corte costituzionale n. 113 del 2011, applicabile sia nelle ipotesi di vizi procedurali rilevanti ex art. 6 della Convenzione EDU, sia in quelle di violazione dell'art. 7 della stessa Convenzione che non implichino un vizio assoluto di responsabilità (per l'assenza di una norma incriminatrice al momento del fatto), ma solo un difetto di prevedibilità della sanzione - ferma restando la responsabilità penale - o che comunque lascino aperte più soluzioni del caso; lo strumento dell'incidente di esecuzione, invece, può essere utilizzato solo quando l'intervento di rimozione o modifica del giudicato sia privo di contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto senza necessità della previa declaratoria di illegittimità costituzionale di alcuna norma, fermo restando che, qualora l'incidente di esecuzione sia promosso per estendere gli effetti favorevoli della sentenza della Corte EDU ad un soggetto diverso da quello che l'aveva adita, è necessario anche che la predetta decisione (pur non adottata nelle forme della "sentenza pilota") abbia una obiettiva ed effettiva portata generale, e che la posizione dell'istante sia identica a quella del caso deciso dalla Corte di Strasburgo.

Con la decisione in commento, pertanto, la Prima sezione ha negato l'identità delle posizioni di Contrada e Gorgone: per la diversa epoca di consumazione del delitto (pur sempre precedente alla sentenza Demitry del 1994); per avere Contrada sempre contestato davanti al giudice nazionale la prevedibilità della sanzione, sostenendo la possibilità di qualificare diversamente la condotta nel reato di favoreggiamento personale, sostanzialmente fin dall'inizio evocando la violazione dell'art. 7 CEDU, mentre la difesa di Gorgone non rivendica una tale linea processuale.

In definitiva, la Corte ha escluso in radice che l'incidente di esecuzione potesse ritenersi la sede idonea per la ridiscussione della legalità convenzionale della decisione definitiva di condanna emessa nei confronti del Gorgone, atteso che non emergeva alcuna conclusione obbligata nel senso della rimozione della affermazione di penale responsabilità.

3.1. La sentenza "Esti" e la contestazione della natura giurisprudenziale del concorso esterno.

Si ascrive all'orientamento che nega la sussistenza dei presupposti per l'estensione *erga alios* dei principi affermati dalla sentenza della Corte EDU nei confronti del Contrada, anche la sentenza resa da Sez. 1, n. 8661 del 12/1/2018, Esti, Rv. 272797, secondo cui «I principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 nel procedimento Contrada contro Italia, in ordine alla natura di fattispecie di creazione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione

mafiosa, non possono essere estesi a casi diversi, in quanto, fermi restando gli obblighi di conformazione imposti dall'art. 46 CEDU, che operano limitatamente al caso di cui si controverte, il sistema penale nazionale è ispirato al modello della legalità formale in cui non solo non è ammissibile alcun reato di "origine giurisprudenziale", ma la punibilità delle condotte illecite trova il suo fondamento nei principi di legalità e tassatività. (In motivazione la Corte ha affermato che le Sezioni unite penali, con la sentenza n. 33478 del 2005, non hanno dato vita ad una nuova fattispecie incriminatrice, ma, attraverso la clausola generale prevista dell'art. 110 cod. pen., hanno riconosciuto la responsabilità per l'apporto che l'agente fornisce al gruppo criminale, senza esserne affiliato e nella consapevolezza di tale estraneità)».

Nella citata sentenza, oltre a richiamarsi i principi affermati nella pronuncia resa nei confronti di Dell'Utri, si pone l'attenzione essenzialmente su due aspetti.

Il primo concerne l'esatta delimitazione dell'obbligo di conformazione rispetto alle sentenze pronunciate dalla Corte EDU previsto dall'art.46 della Convenzione.

Precisa la Prima sezione che le decisioni della Corte EDU sono immediatamente produttive di diritti e obblighi nei confronti delle sole parti in causa, imponendo allo Stato di conformarvisi, eliminando le conseguenze pregiudizievoli della violazione riscontrata. Occorre, pertanto, ribadire, in linea con quanto affermato dalla Cassazione nel caso "Contrada" (Sez. 1, n. 43112 del 06/07/2017, Contrada, cit.), che la disposizione «dell'art. 46 CEDU, nelle ipotesi di violazioni delle norme del testo convenzionale, impone al giudice nazionale, limitatamente al caso di cui si controverte, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU, i cui effetti si estendono sia allo Stato sia alle altre parti coinvolte dalla decisione che tale violazione ha censurato».

L'estensione del principio affermato *inter partes* a posizioni processuali di soggetti diversi dal ricorrente in sede europea è consentito a determinati presupposti che non sono stati ritenuti sussistenti nel caso di specie.

In particolare, la sentenza in commento ha appuntato l'attenzione sulla *ratio decidendi* che sorregge la sentenza della Corte EDU nel caso Contrada, operando una sostanziale critica del risultato cui giunge.

Si legge in motivazione che «fermi restando gli obblighi di conformazione previsti dall'art. 46 CEDU, di cui si è già detto, l'affermazione della Corte EDU si pone in termini problematici rispetto al modello di legalità formale al quale è ispirato il nostro sistema penale, in cui non solo non è ammissibile alcun reato di "origine giurisprudenziale", ma la punibilità delle condotte illecite trova il suo fondamento nei principi di legalità e di tassatività. Tali profili di problematicità appaiono ulteriormente accentuati dal fatto che il modello di punibilità del concorso esterno in associazione di tipo mafioso prefigurato dalle Sezioni unite (Sez. U, n. 33478 del

12/07/2005, Mannino, Rv. 231671) e più volte richiamato adesivamente dalla Corte EDU - nei paragrafi 18, 30 e 72 della decisione in esame - non consente alcun equivoco interpretativo in ordine alle ragioni che legittimano nel sistema penale italiano l'istituto concorsuale in esame ».

Si sostiene nella sentenza "Esti" che le Sezioni unite "Demitry" non hanno dato vita a una nuova fattispecie incriminatrice, ma si sono limitate a fornire una ricostruzione sistematica armonica con il nostro ordinamento, ribadendo che la responsabilità penale per il contributo fornito dal concorrente esterno a un'associazione di tipo mafioso trae origine dalla sua consapevolezza di contribuire con il proprio apporto a un'attività illecita svolta in forma associata, di cui il soggetto attivo del reato conosce gli obiettivi generali e la struttura associativa, pur senza volervi aderire formalmente. Ne consegue che, attraverso la clausola generale prevista dell'art. 110 cod. pen., si attribuisce alle fattispecie associative una responsabilità di carattere generale per l'apporto concorsuale che l'agente fornisce al gruppo criminale, senza esserne affiliato e nella consapevolezza di tale estraneità.

Ferma restando l'assenza di discrezionalità del giudice dell'esecuzione nel conformarsi alle decisioni della Corte EDU imposta dalla previsione dell'art. 46 CEDU limitatamente al caso di cui si controverte, i principi affermati nella sentenza "Contrada" non risultano esportabili nell'ordinamento italiano, il quale non contempla la possibilità di fattispecie di creazione giurisprudenziale.

3.2. Le sentenze "Marfia" e "Marino".

Pur inserendosi dichiaratamente nel filone interpretativo avviato con la sentenza "Esti", sono meritevoli di autonomo esame le pronunce rese da **Sez. 1, n. 26686 del 10/04/2019, Marino, Rv. 276197**, secondo cui «La decisione della Corte EDU del 14 aprile 2015 nel procedimento Contrada contro Italia non può essere estesa a casi diversi da quello che ne forma direttamente oggetto, in relazione al quale soltanto vigono gli obblighi di conformazione imposti dall'art. 46 CEDU, in quanto l'assunto per il quale il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituirebbe reato di "creazione giurisprudenziale" non corrisponde alla realtà dell'ordinamento penale nazionale che si ispira al modello della legalità formale»; nonché da Sez. 1, 36509 del 12/6/2018, Marfia, Rv. 273615, secondo cui «La decisione della Corte EDU del 14 aprile 2015 nel procedimento Contrada contro Italia non può essere estesa a casi diversi da quello che ne forma direttamente oggetto, in relazione al quale soltanto vigono gli obblighi di conformazione imposti dall'art. 46 CEDU, in quanto l'assunto per il quale il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituirebbe reato di "creazione giurisprudenziale" non corrisponde alla realtà dell'ordinamento penale nazionale che si ispira al

modello della legalità formale. (In motivazione la Corte ha affermato che le Sezioni unite penali, nelle decisioni che affermano la configurabilità del reato in parola, osservano i principi di legalità e tassatività delle fattispecie incriminatrici e delle relative sanzioni, fondandosi sulla combinazione tra la norma incriminatrice speciale e l'art. 110 cod. pen.)».

Quest'ultima pronuncia, oltre a ribadire l'impossibilità di configurare nel nostro ordinamento un reato di "creazione giurisprudenziale", ha espressamente valutato se a seguito della sentenza della Corte EDU nel caso "Contrada", si ponesse la necessità di valutare la legittimità costituzionale delle norme che fanno prevalere l'intangibilità del giudicato formatosi nei confronti di soggetti diversi dal ricorrente in sede europea.

La Prima sezione ha effettuato una sintetica ricognizione dei principi affermati in materia dalla Corte costituzionale, rilevando come quest'ultima « ha costantemente affermato che le norme della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (Corte cost., sent. n. 264 del 2012; Corte cost., sent. n. 349 del 2007). In questa cornice, nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il giudice nazionale deve preventivamente verificare la possibilità di un'interpretazione conforme alla disposizione convenzionale, ricorrendo agli ordinari strumenti di ermeneutica giuridica (Corte cost., sent. n. 236 del 2011; Corte cost., sent. n. 93 del 2010). Se l'esito di tale verifica preliminare risulta negativo - al contrario di quanto riscontrabile nel caso in esame - e il contrasto non può essere risolto in via interpretativa, il giudice italiano, non potendo disapplicare la norma convenzionale, avendola ritenuta in contrasto con l'ordinamento costituzionale, deve denunciarne l'incompatibilità, proponendo «una questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., ovvero all'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta [...]» (Corte cost., sent. n. 264, cit.). La Corte costituzionale, a sua volta, non può sostituire *sic et simpliciter* la sua interpretazione di una norma della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali a quella fornita in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte EDU, perché così facendo supererebbe i confini delle proprie competenze, in violazione dell'impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione del trattato internazionale. Ne consegue che la disposizione convenzionale, laddove ritenuta contrastante con la Costituzione, diviene oggetto di un giudizio di bilanciamento - finalizzato a verificare la

sussistenza di un vuoto di tutela normativa rilevante in relazione a un diritto costituzionalmente garantito - che dovrà essere preliminarmente valutato dal giudice nazionale e successivamente eseguito dal Giudice delle leggi, con le modalità con cui opera nei giudizi di sua competenza (Corte cost., sent. n. 113 del 2011; Corte cost., sent. n. 311 del 2009). Il richiamo di tali parametri costituzionali impone di escludere che, nel caso in esame, sussista un controlimite che imponga la conformazione del giudice italiano alla pronuncia emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015 nel caso Contrada contro Italia, in casi differenti da quelli definiti con la decisione in questione, mediante la proposizione di una questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 7 CEDU. Non sussistono, innanzitutto, le condizioni preliminari per ipotizzare l'esistenza di un controlimite che imponga al giudice italiano di conformarsi alla sentenza della Corte EDU, atteso che - come evidenziato nei paragrafi 3.1 e 3.2 - nel nostro ordinamento il giudice dell'esecuzione dispone di ampi poteri di intervento sul giudicato, riconosciutigli dagli artt. 666 e 670 cod. proc. pen., che gli permettono di dare esecuzione alla decisione comunitaria presupposta (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, cit.). Ne discende che i poteri di cui dispone il giudice dell'esecuzione non consentono di prefigurare la ricorrenza di controlimiti che impongano di dare esecuzione all'obbligo di conformazione previsto dall'art. 46 CEDU, per configurare i quali occorrerebbe affermare che, nel caso in esame, non è possibile un'interpretazione della norma interna conforme alla norma convenzionale. Non ricorre, inoltre, la seconda delle due condizioni indispensabili per ipotizzare la ricorrenza di un controlimite che imponga al Giudice italiano la conformazione alla decisione emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015, costituito da un vuoto di tutela rilevante in relazione a un diritto fondamentale, costituzionalmente garantito (Corte cost., sent. n. 113, cit.; Corte cost., sent. n. 311, cit.). A ben vedere, nel caso che ci riguarda, ci si trova di fronte a una situazione esattamente inversa a quella prefigurata dalla Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 113, cit.; Corte cost., sent. n. 311, cit.), atteso che l'individuazione di eventuali controlimiti, in conseguenza dei quali sollevare questione di legittimità costituzionale, non mirerebbe a garantire un diritto fondamentale della persona, ma, al contrario, a estendere la portata applicativa della fattispecie di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., in violazione del modello costituzionale di legalità formale delle norme incriminatrici, la cui osservanza è imposta dai parametri ermeneutici che si sono richiamati nel paragrafo 3.3, cui si deve rinviare. Queste considerazioni impongono di escludere la ricorrenza di controlimiti che impongano al Giudice italiano di conformarsi alla decisione emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015 al di fuori della vicenda giurisdizionale decisa da tale pronuncia».

Sulla base di tale argomentazione, la Prima sezione ha concluso nel senso di escludere che la condanna per il reato di concorso esterno in fattispecie associativa – relativa a fatti antecedenti alla pronuncia "Mannino" delle Sezioni unite - abbia concretizzato una violazione degli artt. 117, comma 1, Cost., 7 e 46 CEDU, apparendo tale decisione conforme al modello di legalità formale su cui si fonda l'applicazione del concorso nell'associazione di tipo mafioso nel nostro ordinamento.

4. La diversa impostazione seguita nell'ordinanza di rimessione.

Rispetto alle posizioni espresse nelle sentenze che hanno escluso l'applicabilità dei principi affermati nella sentenza "Contrada" a soggetti diversi dal ricorrente in sede europea, **Sez. 6, ord. n. 21767 del 17/5/2019, Genco**, nel rimettere la questione alle Sezioni unite, ha sollevato una serie di questioni problematiche, ritenendo che le soluzioni offerte dalla giurisprudenza della Cassazione non siano uniformi, né soddisfacenti.

In primo luogo, è stata evidenziata la necessità di verificare esattamente la portata e l'estensione dei principi sui quali si fonda la pronuncia della Corte EDU, contestando che sul punto ci si possa limitare a ritenere incompatibile con l'ordinamento italiano l'affermazione secondo cui il concorso esterno nel reato associativo sia una figura di "creazione giurisprudenziale".

In particolare, l'ordinanza di rimessione critica il principio recepito nella sentenza "Esti", secondo cui il nostro ordinamento non consentirebbe la "creazione giurisprudenziale" di fattispecie di reato.

La Sesta sezione non condivide tale approccio, evidenziando che «al di là della poco felice espressione utilizzata dalla Corte EDU per definire la fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa, la sentenza sul caso Contrada rivela nel percorso argomentativo di aver ben inteso che la fonte del precetto avesse la sua base legale nel codice penale, avendo ritenuto piuttosto di "creazione" giurisprudenziale il risultato della combinazione, in precedenza inedita, di due disposizioni incriminatrici nella specie rilevanti».

Prosegue la Sesta sezione, affermando che «la sentenza Esti sembra non considerare che, nell'interpretazione dell'art. 7, par. 1, CEDU (nel testo inglese: "No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed"), la nozione di "law" (o "droit", nel testo francese), quale fonte del precetto penale e della relativa sanzione, è costantemente riferita dalla Corte EDU tanto al diritto di produzione

legislativa quanto a quello di derivazione giurisprudenziale, inteso come "diritto vivente", risolvendosi la garanzia del principio del *nullum crimen* piuttosto nella qualità della fonte, che deve pur sempre rispondere ai criteri di accessibilità e prevedibilità.

La Corte EDU, invero, ha ritenuto violato l'art. 7 cit. anche in relazione ad una norma scritta, astrattamente idonea a giustificare l'addebito, in assenza di una giurisprudenza uniforme nazionale (sent. 6/10/2011, Soros contro Francia), ovvero in presenza di "imprevedibili" mutamenti interpretativi *in malam partem* di una norma in ordine alla configurabilità di un reato (Corte EDU, sent. 10/10/2006, Pessino contro Francia; 22/09/1995, S.W. contro Regno Unito).

Pertanto, anche la legge più indeterminata, potrebbe da sola essere compatibile con il principio di legalità europea se l'incertezza della sua formulazione sia compensata da una giurisprudenza applicativa uniforme; così come viene a porsi in contrasto con il principio di legalità quella legge che, per quanto formulata in maniera chiara e precisa, sia caratterizzata da un'interpretazione giurisprudenziale non uniforme. Quindi, il peso della "certezza applicativa" sembra prevalere nella giurisprudenza della Corte EDU sul valore della determinatezza testuale.

In definitiva, la Corte EDU, lungi dal censurare il ruolo interpretativo della giurisprudenza in materia penale, assegna alla stessa un rilievo determinante nel rendere "prevedibile" e quindi compatibile all'art. 7 CEDU un testo di legge (in tal senso, Corte EDU, sent. 22/09/1995, S.W. contro Regno Unito)».

La lettura che viene data della sentenza "Contrada" si pone, pertanto, in contrasto con le affermazioni seguite da parte della giurisprudenza di legittimità, nella misura in cui si afferma che la Corte EDU non censura affatto il ruolo interpretativo del giudice nazionale, bensì attribuisce un ruolo determinante alla giurisprudenza proprio nella misura in cui si ritiene che quest'ultima contribuisce a rendere prevedibile e, quindi, compatibile con l'art.7 CEDU, il testo normativo.

Un principio analogo, del resto, è stato già espresso da Sez. U, n. 18288 del 12/01/2010, Beschi, Rv. 246651, secondo cui il concetto di legalità del diritto ingloba sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione del dato legislativo e di quello interpretativo. Si è affermato in tale pronuncia che «il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente "creativa" della interpretazione, la quale, senza varcare la "linea di rottura" col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della

latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima».

Questi principi sono stati richiamati dalla Corte Suprema in terna di prevedibilità di un'interpretazione del giudice di legittimità *in malam partem* di una norma incriminatrice (tra le tante, Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406).

Secondo la Corte, l'art. 7 CEDU - così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale solo quando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa (Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876).

In definitiva, non consegue alcuna violazione dell'art.7 CEDU qualora la giurisprudenza nazionale muti il proprio orientamento nell'interpretazione di una norma legislativa, anche in materia penale, a condizione che tale mutamento sia ragionevolmente prevedibile dal destinatario della norma.

Sulla scorta di tali argomentazioni, l'ordinanza di rimessione propende per escludere che la questione circa l'estensione *erga alios* dei principi affermati nella sentenza "Contrada" possa risolversi valorizzando unicamente il dato secondo cui il nostro ordinamento non consente la "creazione giurisprudenziale" di nuove figure di reato.

In definitiva, quindi, il problema centrale non riguarderebbe tanto l'individuazione della fonte del precetto penale, quanto la prevedibilità che una determinata condotta integri o meno un reato e della corrispondente sanzione irrogabile.

4.1. La prevedibilità soggettiva.

L'ordinanza di rimessione, dopo aver ritenuto non condivisibile l'approccio seguito dalla sentenza "Esti", ha esaminato la diversa soluzione recepita nella sentenza "Dell'Utri" evidenziando come quest'ultima abbia correttamente incentrato l'attenzione sul profilo della "prevedibilità" della soluzione giurisprudenziale favorevole al riconoscimento del concorso esterno nel reato associativo, al fine di escludere la necessità della revisione di precedenti sentenze di condanna emesse nei confronti di soggetti diversi dal ricorrente in sede europea.

Tuttavia, anche la soluzione recepita nella pronuncia "Dell'Utri" non è stata ritenuta appagante nella misura in cui si incentra sulla valorizzazione di una nozione di "prevedibilità" della decisione prettamente soggettiva e non oggettiva.

Nell'ordinanza di rimessione si ritiene, invece, che la Corte EDU ha «valutato la prevedibilità ponendosi nella prospettiva della colpevolezza del ricorrente al quale muovere un rimprovero personale (attese anche le sue specifiche qualità e

conoscenze professionali) ma ha ritenuto dirimente ed assorbente esaminare la certezza del diritto penale, quindi in senso oggettivo.

La nozione di prevedibilità convenzionale accolta dalla sentenza Contrada non sarebbe meramente un problema di colpevolezza, ma verrebbe ad avvicinarsi a una idea di legalità formale (la tipicità), seppur indipendente dalla riserva di legge.

La sentenza Contrada della Corte EDU si risolverebbe pertanto in un giudizio di insufficiente determinatezza/tipicità della norma prima del 1994, ancorato ad un parametro oggettivo (e formale).

I giudici di Strasburgo, partendo dall'assunto che il concorso esterno in associazione mafiosa sia una *infracion d'origin jurisprdentielle*, fanno infatti leva sull'esistenza di un contrasto tra le sezioni semplici della Cassazione per giungere *tout court* alla conclusione che la condanna per concorso esterno fosse imprevedibile per il ricorrente.

Si tratta di una nozione quindi di prevedibilità in senso oggettivo, che non trova peraltro essa stessa pacifiche applicazioni nella giurisprudenza della Corte EDU, essendosi valorizzato come indice di prevedibilità i fisiologici mutamenti socioculturali, tali da giustificare la comune contezza della illiceità della condotta (i cosiddetti reati "naturali", Corte EDU, sent. 22/11/1995 S.W. contro Regno Unito); in altri casi è stata la tipologia dei destinatari della norma, che ha consentito di superare il dubbio sulla liceità della condotta fonte di un dovere di astensione dall'azione o quantomeno di grande prudenza (Corte EDU, sent. 01/09/2016, X e Y contro Francia)».

La Sesta sezione precisa, inoltre, che la questione relativa alla prevedibilità o meno della condanna non deve neppure essere valutata alla luce del comportamento processuale tenuto dall'imputato e, quindi, non è legata al fatto che il condannato abbia o meno contestato la configurabilità del reato sotto il profilo della indeterminatezza del precetto.

Si afferma nell'ordinanza di rimessione che «non appare dirimente per la posizione del presente ricorrente la componente soggettiva del giudizio di prevedibilità rintracciata dalla sentenza Dell'Utri nel mero comportamento processuale, dovendo la prevedibilità essere vagliata al momento della condotta, e non essenzialmente al momento del processo. Quest'ultima sembra rilevare nella misura in cui viene a condizionare la ricevibilità del ricorso a Strasburgo da parte di chi intenda dolersi della violazione, dovendo dimostrare di aver esaurito i rimedi interni, sempre che gli stessi si dimostrino effettivi in pratica e non con ogni evidenza votati all'insuccesso (nel senso che una tale questione, se pur proposta, non avrebbe trovato all'epoca alcuna considerazione)».

5. L'estensibilità *erga alios* dei principi affermati dalla Corte EDU nel caso "Contrada".

L'opzione interpretativa favorevole a ritenere che la sentenza della Corte EDU ha affermato un *deficit* di prevedibilità avente fondamento oggettivo e non soggettivo, rende maggiormente pressante il profilo in ordine alla applicabilità nei confronti dei cosiddetti "fratelli minori" di Contrada.

Sostiene la Sesta sezione che la Corte EDU non ha affatto individuato un profilo di lesione dell'art. 7 circoscritto al singolo processo, bensì ha evidenziato un *vulnus* sistemico avendo «inteso censurare tout court la qualità della base legale della norma incriminatrice e della pena».

Accedendo a tale impostazione, ne conseguirebbe che dovrebbe riconoscersi la violazione dell'art.7 in tutti i casi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna per concorso esterno in reato associativo commesso in epoca antecedente al 1994, epoca in cui la "fonte giurisprudenziale" ha dato corpo ed ha eliminato i precedenti dubbi interpretativi concernenti l'esatta portata degli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen.

Tale soluzione non troverebbe ostacolo neppure nell'obiezione secondo cui l'incertezza interpretativa evidenziata dalla Corte EDU avrebbe riguardato non già l'offensività e la rilevanza penale delle condotte ascritte ai condannati, bensì la sola qualificabilità delle stesse in termini di concorso esterno in reato associativo, ovvero di partecipazione all'associazione criminosa.

Invero, sottolinea la Sesta sezione come le condotte di concorso esterno ben potevano dar luogo a figure criminose di minor gravità, quali il favoreggiamento, se non addirittura porsi in alternativa con l'esclusione di qualsivoglia responsabilità penale dei soggetti che sono stati condannati a titolo di concorso. Anche sotto tale profilo, pertanto, non può escludersi la rilevanza della prevedibilità del reato per il quale è successivamente intervenuta la pronuncia di condanna.

Per quanto attiene ai rimedi esperibili dai cosiddetti "fratelli minori" di Contrada, la Sesta sezione sottolinea come « Dalla diversa ampiezza della portata della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada discendono implicazioni non irrilevanti anche in ordine alla tipologia di rimedio utilizzabile per conformarsi ad essa.

Infatti, aderendo all'orientamento accolto dalla sentenza Dell'Utri, resterebbe aperta la questione della esperibilità della revisione "europea" al di fuori dei casi direttamente esaminati dal giudice europeo, risultando l'opzione seguita dalla suddetta pronunzia anch'essa controversa e problematica, come si è esposto in precedenza.

La sentenza Dell'Utri ha ritenuto che l'obbligo di introdurre strumenti di "riapertura" o di "riesame" delle sentenze definitive interne sia applicabile a tutti i

casi in cui possa risultare necessario, nel caso concreto, il superamento del giudicato, per adeguarsi ad una violazione sostanziale accertata dalla Corte EDU, anche al di fuori dell'esecuzione specifica richiesta dalla sentenza Europea».

Infine, la stessa ordinanza di rimessione, pur in un'ottica chiaramente favorevole all'estensione dei principi affermati dalla sentenza "Contrada" anche nei confronti dei c.d. "fratelli minori", prospettava la necessità di investire della questione la Corte costituzionale.

6. La soluzione accolta dalle Sezioni unite Genco.

Le Sezioni unite, con decisione assunta all'udienza del 24/10/2019 di cui non è stata depositata la motivazione, hanno escluso l'estensione dei principi affermati dalla sentenza della Corte EDU nel caso "Contrata" in favore di terzi non ricorrenti in sede europea.

Allo stato è nota la sola notizia di decisione, nella quale si indica che la pronuncia assunta dalla Corte si fonda sul principio secondo cui « la sentenza della Corte EDU del 14/4/2015 Contrada c. Italia non è una "sentenza pilota" e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata».

Sulla base della sintetica *ratio* indicata nella notizia di decisione, è ipotizzabile che le Sezioni unite abbiano in primo luogo escluso la natura di "sentenza pilota" della pronuncia resa dalla Corte EDU sul caso Contrada.

L'ordinamento convenzionale prevede un'ipotesi di espressa estensione dei principi *erga alios*, costituito dalle cosiddette sentenze "pilota", che vengono adottate in base all'art. 61 del Regolamento CEDU e che presuppongono la pendenza di una pluralità di ricorsi vertenti sulla medesima problematica. Codificando una prassi manifestatasi in più pronunce della Corte EDU, la norma richiamata prevede che, ove la Corte accerti una violazione strutturale dell'ordinamento statale alla quale consegue la proposizione di una pluralità di ricorsi di identico contenuto, si possa adottare una sentenza "pilota" che indichi allo Stato parte del giudizio la natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione da essa constatata e il tipo di misure riparatorie che la Parte contraente interessata deve adottare a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza. Al contempo, la Corte può rinviare l'esame di tutti i ricorsi che traggono origine da uno stesso motivo in attesa dell'adozione delle misure riparatorie indicate nel dispositivo della sentenza pilota.

Tuttavia, la sentenza "Contrada" non può definirsi quale "sentenza pilota" e, cioè, come sentenza relativa all'accertamento di una situazione interna a carattere generale, tale da determinare un problema strutturale dell'ordinamento interno rispetto alla violazione di un precetto convenzionale. Nella predetta pronuncia, infatti, non è in alcun modo richiamata la particolare procedura prevista dall'art. 61,

del Regolamento della Corte EDU, come pure non risulta seguita la particolare procedura prevista per la trattazione, per la diffusione e per il controllo dell'attuazione delle indicazioni conseguenti all'emissione di una "sentenza pilota" (art. 61, co.10).

L'ulteriore argomento che, stando alla notizia di decisione, è stato recepito dalle Sezioni unite per escludere l'estensione della sentenza "Contrada" ai c.d. "fratelli minori", si fonda sul fatto che i principi sottesi alla predetta pronuncia non sono espressione di una giurisprudenza europea consolidata.

Si tratta di un argomento che valorizza i principi già in precedenza recepiti da Corte cost., sent. n. 49 del 2015, secondo cui l'obbligo del giudice nazionali di conformarsi all'interpretazione della CEDU implica la necessità di valutare l'interpretazione delle norme convenzionali fornita dalla Corte EDU non già sulla base di una singola pronuncia, bensì ricostruendo i principi "consolidati" in materia desumibili dalla complessiva elaborazione giurisprudenziale. Tale esigenza è stata espressamente desunta sia dal fatto che le pronunce della Corte di Strasburgo sono inevitabilmente condizionate dalla specificità del caso concreto sottoposto alla sua attenzione, sia dall'esigenza di tener conto delle diverse e non sempre sovrapponibili interpretazioni fornite dalla giurisprudenza europea.

È plausibile ritenere, pertanto, che le Sezioni unite non abbiano ritenuto che la sentenza "Contrada" corrisponda all'interpretazione consolidata della nozione di prevedibilità recepita dalla Corte EDU, con la conseguenza che il giudice nazionale non è tenuto ad estendere il medesimo principio anche nei confronti diversi da quelli che hanno ottenuto il pronunciamento favorevole in sede europea.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 6, ord. n. 21767 del 17/5/2019, Genco
Sez. 1, n. 26686 del 10/04/2019, Marino, Rv. 276197
Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406
Sez. 1, 36509 del 12/6/2018, Marfia, Rv. 273615
Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876
Sez. 1, n. 8661 del 12/1/2018, Esti, Rv. 272797
Sez. 1, n.43112 del 6/7/2017, Contrada, Rv. 273905
Sez. 1, n. 53610 del 10/4/2017, Gorgone, n.m.
Sez. 1, n. 44193 del 11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861
Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260696
Sez. U, n. 34472 del 24/10/2013, Ercolano, Rv. 252933
Sez. U, n. 18288 del 12/01/2010, Beschi, Rv. 246651
Sez. U, n. 33478 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231671
Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 49 del 2015
Corte cost., sent. n. 236 del 2011
Corte cost., sent. n. 113 del 2011
Corte cost., sent. n. 93 del 2010
Corte cost., sent. n. 311 del 2009
Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, sent. 01/09/2016, X e Y c. Francia
Corte EDU, sent. 14/4/2015 Contrada c. Italia
Corte EDU, sent. 10/10/2006, Pessino c. Francia
Corte EDU, sent. 22/09/1995, S.W. c. Regno Unito

SEZIONE VII

ESECUZIONE

CAPITOLO I

RECENTI QUESTIONI IN TEMA DI DIVIETO DI SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE E DI CONCESSIONE DEI BENEFICI PENITENZIARI PER I CONDANNATI PER REATI OSTATIVI

(DEBORA TRIPICCIONE)

SOMMARIO: 1. L'origine dell'art. 4-*bis* ord. pen. e le sue successive modifiche. 2. La compatibilità costituzionale. 2.1 (segue) e convenzionale. 3. L'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione: questioni di diritto intertemporale. 4. Ulteriori questioni applicative: i reati aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991. 4.1. La portata del rinvio dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. all'art. 4-*bis* ord. pen. 5. Il presupposto dell'utile collaborazione. 6. Lo scioglimento del cumulo in caso di provvedimento di unificazione di pene concorrenti comprendente un titolo per reato ostativo.

1. L'origine dell'art. 4-*bis* ord. pen. e le sue successive modifiche.

L'art. 4-*bis* ord. pen. fu introdotto con la legislazione emergenziale degli anni '90 e, in particolare, con il d.l. 13 maggio 1991, convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203 (provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata).

L'obiettivo perseguito era quello di introdurre una disciplina differenziata di carattere restrittivo per la concessione dei beneifici penitenziari, esclusa la liberazione anticipata, e delle misure alternative alla detenzione ai condannati per taluni gravi delitti, inizialmente riconducibili nell'ambito della criminalità oganizzata, comune o politica.

La norma prevede differenti condizioni di accesso distinguendo tre categorie di reati ostativi. Nella c.d. prima fascia, comprendente inizialmente l'associazione di tipo mafioso, i relativi "delitti-satellite", il sequestro di persona a scopo di estorsione e l'associazione finalizzata al narcotraffico, l'accesso ai benefici e alle misure alternative è condizionato all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e alla collaborazione con la giustizia (quest'ultima condizione fu introdotta subito dopo la strage di Capaci del 23 maggio 1992 con il d.l. n. 306 del 1992, convertito nella legge n. 356 del 1992) alla quale sono state successivamente equiparate, su impulso della Corte costituzionale (sentenze n. 68 del 1995, n. 357 del 1994 e n. 306 del 1993), la collaborazione impossibile e la collaborazione oggettivamente irrilevante (art. 4-*bis*, comma 1-*bis,* ord. pen.).

Il catalogo dei reati ricompresi in tale fascia è stato progressivamente ampliato dal legislatore attraverso l'introduzione di fattispecie criminose eterogenee, quali, in tema di immigrazione clandestina, il reato di cui all'art. 12, commi 1 e 3, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (introdotto dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito in legge 17 aprile 2015, n. 43) e, da ultimo i reati contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter,* 319-*quater,* comma 1, 320, 321, 322, e 322-*bis* cod. pen. (introdotti dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3).

Alla base di tale meccanismo vi è, dunque, la presunzione legislativa che la commissione di determinati delitti riveli l'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata o il suo collegamento con la stessa e costituisca indice di elevata pericolosità incompatibile con l'ammissione del condannato ai benefici penitenziari extramurari. La scelta di collaborare con la giustizia viene, pertanto, assunta, in questa prospettiva, come la sola idonea ad esprimere con certezza la volontà di emenda del condannato e, dunque, a rimuovere l'ostacolo alla concessione delle misure, in ragione della sua valenza "rescissoria" di tale legame.

Come sottolineato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 239 del 2014, a tale obiettivo si coniuga quello di incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia dei soggetti appartenenti o "contigui" ad associazioni criminose.

Nella c.d. seconda fascia si iscrivono, invece, i reati previsti dal comma 1-*ter* dell'art. 4-*bis* (tra cui quelli previsti dagli artt. 575, 600-*bis*, commi 2 e 3, 628, comma 3 e 629 comma 2, cod. pen.), anch'essi oggetto di progressivo ampliamento, in relazione ai quali, come rilevato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 253 del 2019, le connessioni con la criminalità organizzata, nelle valutazioni del legislatore, sono reputate meramente eventuali sicché il superamento della presunzione di pericolosità è condizionato - in termini inversi, dal punto di vista probatorio rispetto alle fattispecie di "prima fascia" - alla insussistenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Nella c.d. terza fascia si iscivono, infine, i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*terdecies*, 609-*octies* e 609-*undecies,* cod. pen., per i quali i benefici possono essere concessi solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente in istituto per almeno un anno.

2. La compatibilità costituzionale.

La Corte costituzionale è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di tale disciplina soprattutto in relazione alla possibile frizione con l'art. 27, comma 3, Cost.

In linea di principio, quanto alla prevalenza accordata dalla disciplina in esame alle finalità di prevenzione generale e di difesa sociale, già con la sentenza n. 306 del 1993 la Corte costituzionale ha innanzitutto ribadito «che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282 del 1989). Il legislatore può cioè - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata.».

Successivamente, in tema di liberazione condizionale, la Corte costituzionale ha escluso il contrasto con la funzione rieducativa della pena dell'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, ord. pen. che ne condiziona la concessione alla collaborazione con la giustizia. Ad avviso del Giudice delle leggi, infatti, tale disciplina non preclude in modo automatico, assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, ma consente al condannato - che sia nelle condizioni oggettive e giuridiche di farlo - di scegliere se collaborare o non ed eventualmente di cambiare la propria scelta (Corte cost. n. 135 del 2003).

Un importante segnale di frattura con tale linea ermeneutica si è avuto con la sentenza n. 239 del 2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost. dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari sia la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* ord. pen. che la detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, la scelta legislativa di accomunare fattispecie tra loro profondamente diversificate contrasta con i parametri costituzionali sopra indicati alla luce della *ratio* storica primaria del regime in questione nonché della diversa finalità sottesa ai benefici penitenziari ivi ricompresi. Rileva, infatti, la Corte che nella misura della detenzione domiciliare speciale, pur essendo presente una finalità di reinserimento sociale del condannato, costituente

l'obiettivo comune di tutte le misure alternative alla detenzione, assume un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo. Ad avviso della Corte, dunque, la subordinazione dell'accesso alle misure alternative ad un indice legale del "ravvedimento" del condannato (la condotta collaborativa) può risultare giustificabile quando si discute di misure che hanno di mira, in via esclusiva, la risocializzazione dell'autore della condotta illecita, mentre cessa di esserlo quando al centro della tutela si collochi, come nel caso della detenzione domiciliare speciale, un interesse "esterno" ed eterogeneo.

Il regime delle preclusioni introdotto dall'art. 4-*bis* è stato oggetto di una ulteriore censura con la sentenza n. 149 del 2018 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, ord. pen. che stabilisce una preclusione assoluta alla concessione dei benefici previsti dal comma 1 dell'art. 4-*bis* per i condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 289-*bis* e 630 cod. pen. che abbiano cagionato la morte del sequestrato se non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni (la norma prevede, invece, il limite dei due terzi della pena irrogata in caso di pena temporanea).

Secondo il Giudice delle leggi, infatti, il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo, impedendo al giudice qualsiasi valutazione individualizzata sul concreto percorso compiuto dal condannato durante l'esecuzione della pena stessa, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna, contrasta con la finalità rieducativa della pena, finalità che sottende anche la pena dell'ergastolo. La Corte ha, infatti, precisato che la propria costante giurisprudenza «ha indicato come criterio «costituzionalmente vincolante» quello che esclude «rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso» nella materia dei benefici penitenziari (sentenza n. 436 del 1999), in particolare laddove l'automatismo sia connesso a presunzioni iuris et de iure di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso (sentenza n. 90 del 2017), giacché ove non fosse consentito il ricorso a criteri individualizzanti «l'opzione repressiva finirebbe] per relegare nell'ombra il profilo rieducativo» (sentenza n. 257 del 2006), instaurando di conseguenza un automatismo «sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena» (sentenza n. 255 del 2006; in senso conforme, sentenze n. 189 del 2010, n. 78 del 2007, n. 445 del 1997, n. 504 del 1995)».

Con la successiva sentenza del 9 ottobre 2019, n. 229 la Corte Costituzionale, rimuovendo la disparità di trattamento venuta a crearsi in relazione ai condannati a

pena temporanea per i medesimi titoli di reato, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen. nella parte in cui si applica ai condannati a pena detentiva temporanea per i delitti di cui agli artt. 630 e 289-*bis* cod. pen. che abbiano cagionato la morte del sequestrato. La Corte ha, infatti, rilevato che, per effetto della precedente sentenza n. 149 del 2018, mentre i condannati alla pena dell'ergastolo che abbiano cagionato la morte del sequestrato, possono accedere al beneficio del permesso premio, in caso di collaborazione o condizioni equiparate, dopo aver espiato dieci anni di pena, riducibili sino a otto anni grazie alla liberazione anticipata, i condannati a pena detentiva temporanea per il medesimo titolo delittuoso possono, invece, accedere al predetto beneficio, a parità di condizioni quanto alla collaborazione con la giustizia, solo dopo aver scontato i due terzi della pena inflitta, senza poter beneficiare di alcuna riduzione di tale termine a titolo di liberazione anticipata.

In continuità con tale linea ermeneutica volta a superare ogni automatismo, privilegiando la flessibilità ed il carattere individualizzato della valutazione giudiziale, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 253 del 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo o al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste - nonché, in via conseguenziale, anche per gli altri delitti previsti dalla norma – possano essere concessi permessi premio anche in assenza della collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* del medesimo ord. pen., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti.

La questione è stata rimessa alla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 57913 emessa dalla Sez. 1 il 20/11/2018, Cannizzaro, Rv. 274659 (seguita da analoga ordinanza emessa dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia il 28 maggio 2019). Nella fattispecie concreta sottoposta all'esame del Giudice di legittimità il magistrato di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile la domanda di permesso premio ex art. 30-*ter* ord. pen. – per la cui concessione è necessario che i condannati all'ergastolo abbiano scontato almeno dieci anni, abbiano tenuto in carcere una regolare condotta e non siano socialmente pericolosi - presentata da un detenuto, che espiava la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, per carenza del requisito della collaborazione con la giustizia. La Corte ha innanzitutto analizzato il requisito della pericolosità sociale alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale che, in relazione all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., ha ritenuto le presunzioni assolute, ove limitative dei diritti fondamentali, in contrasto con il principio di uguaglianza, se

sono arbitrarie e irrazionali ovvero «*se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit*» (Corte cost. n. 57 del 2013; Corte cost. n. 48 del 2015).

Alla luce di tali principi, la Corte ha, dunque, dubitato della ragionevolezza della disposizione che, senza consentire al giudice di verificare in concreto la permanenza delle condizioni di pericolosità sociale, sulla base della scelta di non collaborare con la giustizia – che può essere dettata da ragioni che prescindono dal percorso rieducativo - preclude ad un'ampia categoria di condannati per fattispecie criminose eterogenee, senza distinguere, in particolare, tra gli affiliati a un'organizzazione mafiosa e gli autori di un delitto commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., il diritto di ricevere un trattamento penitenziario rivolto alla risocializzazione. In particolare, la Corte ha ritenuto che l'innalzamento della scelta collaborativa a prova legale non solo del ravvedimento, ma anche dell'assenza di pericolosità, non tiene conto della diversità strutturale del permesso premio ex art. 30-*ter* ord. pen. e condiziona negativamente il trattamento del detenuto in violazione dell'art. 27 Cost.

La Corte costituzionale, nel ritenere fondata tale questione, ha innanzitutto perimetrato l'oggetto del giudizio alla sola legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord pen. - nella parte in cui preclude l'accesso ai permessi premio ai condannati per i reati di partecipazione ad associazione mafiosa o e di "contesto mafioso" che non collaborino con la giustizia - escludendo che la valutazione di compatibilità costituzionale riguardi l'intera disciplina del c.d. ergastolo ostativo (questione che, rileva ancora la Corte, sarebbe, invece, rientrata nell'oggetto del giudizio ove le ordinanze di rimessione avessero investito anche l'art. 2, comma 2, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella legge 12 luglio1991, n. 203 che, richiamando l'art. 176 cod. pen., non consente di concedere la liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni effettivi di carcere, così trasformando la pena perpetua *de iure* in pena perpetua *de facto*.)

Ciò premesso, ad avviso della Corte, la presunzione di attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, introdotta all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., non è di per sé costituzionalmente illegittima – non essendo irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza – tuttavia, il suo carattere assoluto si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

Secondo il Giudice delle leggi, infatti, vengono in rilievo tre distinti e complementari profili:

alla assolutezza della presunzione sono collegate esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'esecuzione della pena, con conseguenze ulteriormente afflittive per il detenuto non collaborante.

Tale assolutezza impedisce, inoltre, di valutare il percorso carcerario del condannato, secondo criteri individualizzanti che tengano conto anche delle ragioni che hanno indotto il detenuto al silenzio, in contrasto con la funzione rieducativa della pena.

L'assolutezza di tale presunzione si basa su una generalizzazione che può, invece, essere contraddetta, a determinate rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto e che devono poter essere oggetto di specifica ed individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza.

Quanto al primo profilo, la Corte rileva, infatti, come la disciplina in esame prefiguri sostanzialmente uno scambio tra informazioni utili a fini investigativi e la conseguente possibilità di accedere ad un normale percorso di trattamento penitenziario, ricollegando alla scelta compita dal detenuto un aggravio o un'agevolazione del trattamento carcerario. Sollecitata dall'ordinanza di rimessione in merito alla rilevanza del diritto al silenzio nella fase esecutiva della pena, la Corte costituzionale - richiamando la propria precedente giurisprudenza (Corte Cost. n. 165 del 2008, n. 282 del 2008 e n. 33 del 2002) che lo ha considerato quale «corollario essenziale del diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost.» - ha, altresì, aggiunto che l'attuale formulazione dell'art. 4-*bis,* comma 1, ord. pen., anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale, «opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-t*er* or. pen.». che, garantita nel processo quale vero e proprio diritto, si trasforma in fase esecutiva quale condizione di accesso ai benefici penitenziari, ponendo al detenuto un gravoso onere che non solo richiede la denuncia a carico di terzi, ma rischia di determinare autoincriminazioni per fatti non ancora giudicati.

Quanto al secondo profilo, la Corte ha considerato che il permesso-premio, almeno per le pene medio-lunghe, costituisce parte del programma trattamentale e ed assolve ad una funzione "pedagogico-propulsiva" (si richiamano le sentenze n. 504 del 1995, 445 del 1997, e n. 257 del 2006), permettendo al detenuto di fruire dei primi spazi di libertà ed agli operatori penitenziari di osservarne gli effetti. La preclusione assoluta conseguente alla scelta non collaborativa finisce, ad avviso della Corte, per relegare nell'ombra il profilo rieducativo, in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena.

Quanto al terzo profilo, la Corte costituzionale, pur riconoscendo l'importanza delle ragioni che si pongono alla base della presunzione assoluta di collegamento

del detenuto con l'associazione mafiosa, ha affermato che la ragione che induce a riconoscerne il carattere relativo si fonda sul ruolo centrale che nella fase esecutiva della pena assume il trascorrere del tempo cui possono accompagnarsi rilevanti trasformazioni sia della personalità del detenuto che del contesto esterno al carcere (essendo possibile ipotizzare che l'associazione criminale di riferimento non esista più «*perché interamente sgominata o per naturale estinzione.*»). Da ciò consegue, dunque, l'irragionevolezza di una presunzione che, a prescindere da tale valutazione in concreto, presupponga l'immutabilità sia della personalità del condannato che del contesto esterno di riferimento, in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

Una volta riconosciuto il carattere relativo della presunzione di attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, la Corte costituzionale ha posto l'accento sul regime probatorio rafforzato, condizionante l'accesso al beneficio, fondato sull'acquisizione di stringenti informazioni non solo sull'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, indicato quale criterio costituzionalmente necessario per superare il carattere assoluto della presunzione rinvenibile nella formulazione anche attuale dell'art. 4-*bis* ord. pen., ma anche sugli elementi che escludono il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali ed ambientali.

Quanto alla fonte di tali elementi, la Corte costituzionale, nel precisare che sul condannato grava un mero onere di allegazione, ha escluso l'idoneità, ai fini del superamento della presunzione relativa, della sola regolare condotta carceraria, della mera partecipazione al percorso rieducativo o di una soltanto dichiarata dissociazione, essendo, invece, imprescindibile l'acquisizione di altri, congrui, specifici elementi. La magistratura di sorveglianza deciderà, dunque, sulla base di specifiche informazioni, provenienti dal competente comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica nonché dalla comunicazione del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o del Procuratore distrettuale, fermo restando che, conclude, infine, la Corte costituzionale, in caso di informazioni negative, incombe sullo stesso detenuto l'onere di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno della sua istanza non potendosi, in tal caso, limitare alla sola allegazione degli elementi a favore.

Va, infine, precisato che, benché le ordinanze di rimessione si riferissero ai reati di criminalità organizzata di matrice mafiosa (delitti di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. e commessi avvalendosi delle condizioni previste da tale norma o al fine di agevolare l'attività delle associazioni in essa previste), la Corte costituzionale ha ritenuto di estendere il profilo di illegittimità costituzionale relativo al carattere assoluto della presunzione anche alla medesima disciplina prevista per le altre fattispecie delittuose previste dall'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen.

Va, infine, aggiunto che nell'anno in corso, **Sez. 1, n. 9126 del 18/2/2019, Marchi, Rv. 274883** ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-*ter,* ord. pen., con riferimento alla irragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità sottesa alla condanna per un reato ostativo ed al suo contrasto con la funzione rieducativa della pena, nella parte in cui preclude ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. l'accesso alla particolare forma di detenzione domiciliare prevista per le pene detentive inferiori a due anni di reclusione, senza riservare alcuna rilevanza alla concreta pericolosità del soggetto, così violando i principi della personalità e finalità rieducativa della pena e di progressività del trattamento penitenziario.

2.1 (segue) e convenzionale.

Anche la Corte Edu si è più volte pronunciata sul tema della compatibilità convenzionale della pena dell'ergastolo, soprattutto con l'art. 3 della Convenzione che pone il divieto tortura e di pene o trattamenti inumani e degradanti (Corte Edu 12/2/2008, Kafkaris c. Cipro; Corte Edu 11/10/2011 Schuchter c. Italia; Corte Edu 17/1/2012 Vinter e altri c. Regno Unito). In linea generale, la Corte ha affermato che la condanna alla pena dell'ergastolo di un delinquente adulto di per sé non contrasta con l'art. 3 CEDU o altra disposizione, a condizione che non si tratti di una pena irridicubile (Corte Edu 12/2/2008, Kafkaris c. Cipro, § 97) che privi il condannato della possibilità di essere liberato (Corte Edu, Nivette c. Francia, Einhorn c. Francia; Stanford c. Regno Unito del 12 dicembre 2002, e Wynne c. Regno Unito del 22 maggio 2003). Secondo la giurisprudenza della Corte Edu, infatti, la Convenzione non conferisce al condannato un diritto ad essere liberato sotto condizione né quello di veder riesaminare la propria pena dalle autorità interne, giudiziarie o amministrative, in vista di un condono o di una interruzione definitiva di quest'ultima (Kafkaris sopra citata, § 98); tuttavia, le esigenze sottese al divieto di cui all'art. 3 CEDU richiedono che il diritto nazionale offra la possibilità di rivedere la pena a vita allo scopo di commutarla, sospenderla o di porvi fine o ancora di liberare il detenuto sotto condizione, nonostante il carattere extragiudiziario della procedura.

Il tema della irriducibilità della pena è stato successivamente ripreso dalla recente sentenza della Corte Edu del 12 giugno 2019 per affermare l'incompatibilità con l'art. 3 della Cedu dell'ergastolo ostativo (Viola c. Italia). Tale sentenza, peraltro, è oggi definitiva a seguito della decisione della Grande Camera che all'udienza del 9 ottobre 2019 ha respinto la richiesta di rinvio presentata dal Governo Italiano ai sensi dell'art. 43, §1, della CEDU.

Nel caso concreto, la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione al trattamento subito dal ricorrente, il quale, condannato all'ergastolo con isolamento diurno per reati ostativi ai sensi dell'art. 4-*bis,* comma 1, ord. pen. (tra cui, il reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen.), dopo essere stato sottoposto per più di cinque anni al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., si era visto respingere le richieste di permesso premio e di liberazione condizionale, nonostante le positive relazioni trattamentali, in considerazione della mancanza dei presupposti previsti dalla norma, difettando, in particolare, la condizione dell'utile collaborazione o della collaborazione impossibile.

La Corte Edu, pur considerando che la legislazione nazionale non preclude in maniera assoluta l'accesso alla libertà condizionata e agli altri benefici previsti dal sistema penitenziario, ha focalizzato l'attenzione sulla condizione della collaborazione con la giustizia, esprimendo perplessità sia sulla esistenza di una libertà di scelta al riguardo sia sulla opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato. Ad avviso della Corte Edu, infatti, la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai «valori criminali» ed al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza. Osserva, inoltre, la Corte che la stessa scelta collaborativa, oltre che dettata da finalità utilitaristiche, potrebbe non rispondere ad un'effettiva dissociazione del condannato dall'ambiente criminale.

Tali considerazioni, prosegue la Corte Edu, unitamente all'analisi dei principi ispiratori del sistema penitenziario italiano, fondato sulla progressività del trattamento carcerario, finiscono, dunque, per minare la stabilità del rapporto di equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale. In particolare, con riferimento al caso concreto, ad avviso della Corte, tale presunzione ha privato il ricorrente della prospettiva realistica di liberazione, rendendo la sua condizione in contrasto con l'art. 3 CEDU: ciò in quanto, da un lato, non è consentita alcuna possibilità di dimostrare che non sussiste più alcun motivo legittimo che giustifichi il suo mantenimento in detenzione e, dall'altro, si ancora la presunzione di pericolosità al momento di commissione dei fatti senza considerare del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna.

Al di là delle specifiche circostanze del caso concreto, con la sentenza Viola la Corte Edu ha riscontrato una violazione di carattere strutturale dell'art. 3 CEDU conseguente al fatto che «la presunzione inconfutabile di pericolosità, prevista in materia di ergastolo per i reati di cui all'articolo 4 bis della legge sull'ordinamento penitenziario, derivante dall'assenza di collaborazione con la giustizia, rischia di

privare i condannati per tali reati di qualsiasi prospettiva di liberazione e della possibilità di ottenere un riesame della pena.»

In ragione della natura della violazione riscontrata, prosegue, infine, la Corte Edu, «lo Stato deve mettere a punto, preferibilmente su iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione a vita che garantisca la possibilità di un riesame della pena, il che permetterebbe alle autorità di determinare se, durante l'esecuzione di quest'ultima, il detenuto si sia talmente evoluto e abbia fatto progressi tali verso la propria correzione che nessun motivo legittimo in ordine alla pena giustifichi più il suo mantenimento in detenzione, e al condannato di beneficiare così del diritto di sapere ciò che deve fare perché la sua liberazione sia presa in considerazione e quali siano le condizioni applicabili.»

3. L'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione: questioni di diritto intertemporale.

La legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. spazzacorrotti) ha ulteriormente ampliato il catalogo dei reati di "prima fascia" includendo nel comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. pen. i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione previsti dagli artt. agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter,* 319-*quater,* comma 1, 320, 321, 322, e 322-*bis* cod. pen.

Secondo quanto emerge dalla Relazione ministeriale, la *ratio* della modifica normativa è quella di spezzare la catena di omertà che solitamente circonda tali fattispecie criminose, specialmente le ipotesi corruttive, subordinando, così, l'accesso ai benefici penitenziari previsti dall'art. 4-*bis* al presupposto della collaborazione con la giustizia, o della collaborazione impossibile o irrilevante.

L'inclusione di tali reati nel catalogo dei reati ostativi ha determinato, quale effetto immediato, l'estensione del divieto di sospensione dell'esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lett. a), cod. proc. pen. Tuttavia l'assenza di una disciplina transitoria ha subito fatto emergere il problema della disciplina applicabile per le sentenze emesse prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

La soluzione della questione postula, innanzitutto la soluzione di un problema di fondo sulla natura sostanziale o processuale delle disposizioni che attengono all'esecuzione della pena e, in particolare dell'art. 4-*bis*, comma, 1, ord. pen., richiamata dall'art. 656, comma 9, lett. a) cod. proc. pen. in funzione anticipatoria degli effetti.

Ove, infatti, si riconosca la natura di norma sostanziale incidente sulla qualità della pena, la stessa rientrerebbe nella sfera di operatività dell'art. 25, comma 2, Cost. cosicchè dovrebbe trovare applicazione la disciplina dell'art. 2 cod. pen. In tal caso,

dunque, la nuova disciplina che preclude la sospensione dell'esecuzione per i delitti contro la p.a. contemplati all'art. 4-*bis* ord. pen. dovrebbe applicarsi ai soli reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

Diversamente, ove si affermi la natura processuale della norma, dovrebbe trovare applicazione il principio *tempus regit actum,* secondo cui la validità degli atti è regolata dalla legge in vigore al tempo della loro formazione.

La giurisprudenza di legittimità, uniformandosi al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Lista con la sentenza n. 24561 del 30/05/2006, Rv. 233976, aderisce alla tesi della natura processuale. Secondo quanto chiarito dalle Sezioni Unite, infatti, tali disposizioni, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e, pertanto (in assenza di una specifica disciplina transitoria), soggiacciono al principio "*tempus regit actum*", e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 cod. pen., e dall'art. 25 della Costituzione.

Quanto alla nozione di "atto", il Supremo consesso ha chiarito che la stessa non può coincidere con l'intero processo, ma deve essere rapportata "allo stesso grado di atomizzazione che presentano le concrete e specifiche vicende disciplinate dalla norma processuale coinvolta nella successione". Ciò, tuttavia, non significa avallare una nozione indifferenziata di "atto" processuale, poiché, precisano le Sezioni Unite, al fine di stabilire correttamente il regime applicabile, deve aversi riguardo anche alle "dimensioni temporali" del medesimo in base al quale è necessario distinguere tre categorie di atti: 1) l'atto con effetti istantanei; 2) l'atto che, pur essendo di esecuzione istantanea, presuppone una fase di preparazione e di deliberazione più o meno lunga ed è strettamente ancorato ad altro atto che lo legittima e che finisce con l'assumere rilievo centrale; 3) l'atto che ha "carattere strumentale e preparatorio" rispetto ad una successiva attività del procedimento, con la quale va a integrarsi e completarsi in uno spazio temporale anch'esso più o meno ampio, dando luogo ad una fattispecie processuale complessa.

Sulla base di tale nozione di "atto", letta alla luce del principio dell'affidamento, **Sez. 1, n. 25212 del 3/5/2019, Pullo, Rv. 276144,** pur ribadendo la natura processuale della norma che dispone il divieto di sospensione dell'esecuzione, ha specificato che l'atto cui fare riferimento, ai fini della individuazione del regime normativo applicabile, deve essere individuato nella sospensione dell'ordine di esecuzione ove alla stessa sia seguita dall'istanza di misura alternativa. Ad avviso della Corte, infatti, la sospensione dell'ordine di esecuzione rientra nella categoria degli atti a spiccato carattere strumentale che si inserisce in una più ampia fattispecie di natura complessa, costituita, oltre che dalla sospensione, dalla richiesta di misura alternativa e dalla decisione del tribunale di sorveglianza. Per tale ragione, la Corte

ha ritenuto che nei casi in cui, prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, siano stati emessi l'ordine di esecuzione ed il contestuale provvedimento di sospensione, seguiti dalla richiesta di concessione di misure alternative, l'atto complesso è stato già compiuto cosicché il provvedimento di sospensione dell'esecuzione non può essere revocato sulla base della nuova disciplina.

Tale principio è stato ulteriormente ampliato da **Sez. 1, n. 39609 del 9/7/2019, Coci, Rv. 276946**, che, alla luce del diritto - sotteso alle regole del giusto processo (artt. 111 Cost. e 6 CEDU) - al mantenimento, nell'ambito di ciascun segmento processuale omogeneo, delle iniziali "regole del gioco", specie se esse hanno costituito la base di specifiche scelte processuali, ha ritenuto sufficiente, ai fini dell'individuazione del regime temporale applicabile, la sola sospensione dell'ordine di esecuzione, indipendentemente dal fatto che la richiesta di misura alternativa sia stata presentata successivamente all'entrata in vigore della nuova disciplina (conf. **Sez. 1, n. 43280 del 25/09/2019, Fogliamanzillo).** La pendenza del rapporto esecutivo, avviato con l'emissione dell'ordine di carcerazione con contestuale decreto di sospensione determina, dunque, lo statuto normativo applicabile, secondo il disposto dell'art. 11 disp. prel. cod. civ. **(Sez. 1, n. 48499 del 20/9/2019, Vitale).**

Nella giurisprudenza di merito sono, invece, emersi diversi orientamenti: da un lato, sono state sollevate numerose questioni di costituzionalità - ora dell'art. 1, comma 6, lett. b), della legge n. 3 del 2019, nella parte in cui ha modificato l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., ora direttamente dell'art. 656, comma 9, lett. a) cod. proc. pen, con riferimento alla carenza di una disciplina transitoria - mentre, dall'altro, si è prospettata, un'interpretazione volta a superare il "diritto vivente" delle Sezioni Unite, fondata sulla considerazione che anche le modalità di esecuzione rappresentano la sostanza della pena.

In particolare, in tutti i provvedimenti di rimessione (Corte di Appello di Lecce, ordinanza del 27 marzo 2019; Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordinanza del 2 aprile 2019; Tribunale di Brindisi, ordinanza del 17 aprile 2019; Corte di Appello di Palermo, ordinanza del 29 maggio 2019) si è posto l'accento sulla frizione della nuova disciplina, introdotta "a sorpresa" e senza disposizione transitorie, con i principi costituzionali consacrati agli artt. 3, 24, 25 e 117 Cost., avuto riguardo all'art. 7 CEDU.

Con riferimento alla sospetta violazione del principio di legalità, costituzionale e convenzionale, si è, infatti, rilevato che il mutamento *in itinere* delle regole sull'esecuzione della pena per i reati contro la pubblica amministrazione, senza la previsione di una disciplina transitoria, ha determinato un passaggio a sorpresa e non prevedibile al momento della commissione del reato ad una sanzione con

necessaria incarcerazione, vanificando, così, il legittimo affidamento del condannato a vedersi sospeso l'ordine di esecuzione della pena detentiva in caso di condanna ad una pena inferiore a quattro anni di reclusione. Si afferma, infatti, che le modifiche normative hanno determinato una vera e propria trasformazione della tipologia di pena eseguibile, con l'obiettivo di un suo inasprimento.

Alcuni arresti della giurisprudenza di merito hanno, invece, ritenuto la natura sostanziale dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. in considerazione della sua diretta incidenza sulla natura afflittiva della pena. Tale orientamento riprende l'approccio in chiave sostanzialistica espresso dalla stessa Corte Edu con la sentenza del 9 febbraio 2005, Welch c. Regno Unito, in cui la Corte sottolinea la necessità di valutare ai fini della qualificazione di una data misura come pena se essa sia stata imposta a seguito di condanna, la natura e lo scopo della misura, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione e la sua severità. Si è, dunque, affermato che l'applicazione della nuova disciplina contenuta all'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. a colui che ha commesso il fatto prima della sua approvazione, non si riverbera solo sulla modalità di esecuzione della pena, ma sulla stessa natura della sanzione di cui impone l'iniziale esecuzione, con conseguente esposizione del condannato ai rischi desocializzanti e criminogeni del passaggio in carcere, anche se il soggetto risulterà meritevole di accedere ad una misura alternativa.

Tale ultima interpretazione è stata disattesa dalla Corte di cassazione che, tuttavia, con **l'ordinanza n. 31853 del 18/06/2019**, **Pascali,** ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., dell'art.1, comma 6, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui inserisce nel catalogo di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. il riferimento al delitto di peculato di cui all'art. 314, comma 1, cod. pen.

Quanto al tema del diritto transitorio, la Corte ha escluso un contrasto con il principio di legalità sia costituzionale che convenzionale in quanto la modifica dell'art. 4-*bis*, ord. pen. e, di riflesso, della disposizione contenuta all'art. 656, comma 9, lett. a) cod. proc. pen., non preclude l'accesso alle misure alternative per i condannati per i delitti ostativi, ma ne modifica, sia pure in termini peggiorativi, le condizioni legali di accesso, senza incidere sulla tipologia della sanzione penale né della sua durata (si richiamano, a tal fine, le sentenze della Corte Edu nei casi Scoppola c. Italia e Del Rio Prada c. Italia). In particolare, quanto ai canoni di accessibilità e prevedibilità, la Corte ha escluso che la predeterminazione legale delle possibilità di accesso alle misure alternative possa avere una funzione di orientamento della condotta del soggetto, e, pur ribadendo la natura processuale delle disposizioni in esame, si è, tuttavia, interrogata sulla ragionevolezza della presunzione legale di persistente ed accentuata pericolosità del condannato per il

delitto di peculato, che ne ha fondato l'inclusione nel catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* con tutte le conseguenze in punto di limitazione della discrezionalità del giudice in tema di accesso alle misure alternative. Alla base della questione di costituzionalità vi è proprio la riscontrata carenza di una congrua base logico-empirica capace di giustificare siffatta presunzione di accentuata e persistente pericolosità dell'autore del peculato, trattandosi di una condotta di approfittamento di una preesistente situazione di fatto per fini di arricchimento personale, connotata dall'assenza dell'uso di violenza o minaccia, che la rendono difficilmente inquadrabile in «contesti di criminalità organizzata o evocativi di comportamenti omertosi».

Sotto tale profilo viene, dunque, in rilievo la possibile frizione non solo con il principio di uguaglianza, ma anche con il principio della finalità rieducativa della pena atteso che l'inclusione del reato nel catalogo di quelli ostativi ne comporta l'attrazione in un sottosistema che, al di là dei profili di gravità della condotta e del concreto trattamento sanzionatorio irrogato, rende marginale la discrezionalità del giudice, privilegiando l'aspetto di prevenzione generale a fini di deterrenza.

Sez. F, n. 45319 del 7/11/2019, Binetti, (in corso di massimazione) ha, infine, escluso che il giudice dell'esecuzione, dopo avere sollevato una questione di costituzionalità analoga a quella sollevata dalla Corte di cassazione, possa sospendere l'efficacia dell'ordine di carcerazione emesso dal p.m., anticipando gli effetti di un eventuale pronuncia favorevole della Corte costituzionale.

4. Ulteriori questioni applicative: i reati aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991.

Nell'anno in corso la Corte si è nuovamente pronunciata sul carattere ostativo dei reati aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203. In linea di continuità con la precedente giurisprudenza, **Sez. 1, n. 473 del 10/07/2018 (dep. 8/1/2019), Iacovelli, Rv. 276156**, ha affermato che il divieto di concessione dei benefici penitenziari opera anche quando l'aggravante non sia stata formalmente contestata, ma sia verificata come sussistente attraverso l'esame del contenuto della sentenza di condanna, dovendosi avere riguardo alla qualificazione sostanziale dei delitti giudicati (Conf. tra le altre, Sez. 1, n. 40043 del 5/7/2013, Parabita, Rv. 257408; Sez. 1, n. 4091 del 7/1/2010, Dragone, Rv. 246053).

Tale principio di diritto muove dalla consolidata linea ermeneutica che attribuisce al giudice dell'esecuzione, al magistrato e al tribunale di sorveglianza, il potere-dovere di interpretare il giudicato e di renderne espliciti il contenuto e i limiti,

ricavando dalla sentenza irrevocabile di condanna tutti gli elementi, anche non chiaramente espressi, che siano necessari per il normale esercizio delle funzioni loro attribuite (si veda, da ultimo, **Sez. 1, n. 14984 del 13/03/2019, Versaci, Rv. 275063).**

Un isolato arresto, espresso da Sez. 1, n.42815 del 6/5/2016, Incognito, Rv. 268334, ha, invece, ritenuto escluso tale potere di interpretazione della sentenza di condanna ai fini della eventuale rilevanza "ostativa" dell'aggravante in esame, qualora non formalmente contestata né riconosciuta sussistente dal giudice della cognizione.

Sez. 1, n. 33565 del 21/05/2019, Commisso, Rv. 276496, ponendosi in posizione di consapevole contrasto con tale arresto, ha innanzitutto posto l'accento sulla lettera dell'art. 4-*bis* ord. pen rilevando che tale norma non richiama espressamente la circostanza aggravante di cui all'art. 7 della legge n. 203 del 1991, ma richiede soltanto che il delitto già giudicato sia accertato come commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* cod. pen. o al fine di agevolare l'attività dell'associazione di stampo mafioso. In coerenza con tale considerazione, prosegue ancora la Corte, è la stessa *ratio* della disposizione che disciplina in senso limitativo l'accesso ai benefici penitenziari senza introdurre alcuna distinzione in riferimento al momento di commissione dei reati, se antecedente o successivo all'entrata in vigore della legge n. 203 del 1991. Va, inoltre, considerato, conclude la Corte, che il legislatore, quando ha inteso assegnare una specifica rilevanza alla contestazione formale dell'aggravante in esame, lo ha fatto esplicitamente come si rinviene nell'art. 1 della legge n. 241 del 2006 che esclude l'applicabilità dell'indulto nei confronti dei condannati per i quali sia stata contestata e ritenuta la predetta circostanza aggravante.

4.1 La portata del rinvio dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. all'art. 4-*bis* ord. pen.

Altro tema affrontato nell'anno in corso attiene alla natura del rinvio contenuto nell'art. 656, comma 9, lett. a) cod. proc. pen. all'art. 4-*bis* ord. pen.

Sez. 1, n. 27354 del 17/5/2019, D., Rv. 276490, ha chiarito al riguardo che tale rinvio è funzionale alla sola incorporazione dei delitti ostativi contemplati dalla norma, ma non si riferisce anche ai presupposti previsti dal predetto art. 4-*bis* per l'accesso ai benefici penitenziari (conf. Sez. 1, n. 26832 del 26/3/2004, Moncada, Rv. 229054).

5. Il presupposto dell'utile collaborazione.

Come visto nel par. 1, l'accesso ai benefici penitenziari, esclusa la liberazione anticipata, per i detenuti o internati per reati di "prima fascia" è condizionato alla collaborazione con la giustizia – cui sono equiparate la collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante - a norma dell'art. 58 *ter* ord. pen. o dell'art. 323-*bis,* comma 2, cod. pen.

Il riferimento a tale ultima norma è stato inserito dalla legge 9 gennaio 2019, n.3 in correlazione con l'inserimento nel catalogo dei reati di prima fascia dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. L'art. 323-*bis,* comma 2, cod. pen., prevede, infatti, una circostanza attenuante ad effetto speciale con riduzione della pena da un terzo a due terzi, per chi, in relazione ai delitti previsti dgli artt. 318, 319, 319-*ter,* 319-*quater,* 320, 321, 322 e 322-*bis*, si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite.

Innanzitutto, deve rilevarsi che l'elenco dei reati previsti da tale norma non coincide con quelli inseriti nel catalogo dei reati ostativi che ricomprende anche i delitti di peculato (art. 314 cod. pen.) e di concussione (art. 317 cod. pen.).

Occorre allora chiedersi se il riferimento alle due norme in tema di collaborazione con la giustizia sia alternativo, potendo indifferentemente venire in rilievo l'una o l'altra disposizione, ovvero la valutazione della condizione per i reati previsti dall'art. 323-*bis* cod. pen. debba essere necessariamente svolta nei termini previsti da tale norma, escludendosi la rilevanza di condotte, comunque collaborative, ma di altra natura.

Il quesito sorge in quanto l'art. 323-*bis* cod. pen. sembra richiedere delle condotte collaborative che attengono strettamente al reato per cui si procede o, in fase esecutiva, per cui è intervenuta condanna. Secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità, infatti, tale correlazione non è indispensabile ai fini dell'accertamento del requisito della collaborazione a norma dell'art. 58-*ter* ord. pen., potendo a tal fine, rilevare non soltanto i comportamenti di collaborazione che ineriscono al delitto per cui è in esecuzione la custodia o la pena, ma anche gli apporti informativi che hanno consentito la repressione o prevenzione di condotte criminose diverse da esso, in coerenza con la "ratio legis" che ha inteso incentivare il fatto obiettivo della collaborazione (Sez. 1, n. 58075 del 26/10/2017, Cagnazzo, Rv. 271616; Sez. 1, n. 7968 del 8/1/2016, Cacalano, Rv. 266239).

In particolare, la sentenza Cagnazzo ha posto l'accento sulla necessità che si tratti di contributi informativi integranti un "aiuto concreto" per l'autorità di polizia

o per quella giudiziaria, da intendersi come apporto non oggettivamente irrilevante e, quindi, dotato di una reale efficacia ai fini della ricostruzione dei fatti e dell'accertamento delle responsabilità, che contribuisce alla formazione in dibattimento di prove indispensabili per dimostrare la responsabilità degli imputati e determinarne la condanna.

Si tratta, comunque, di un'interpretazione non univoca del requisito. Secondo altro orientamento ermeneutico, infatti, la collaborazione con la giustizia, non può essere generica né limitata all'ammissione delle proprie responsabilità, ma deve essere specificamente riferita a fatti e reati oggetto della condanna in relazione alla quale si chiede il beneficio (Sez. 1, n. 43659 del 18/10/2007, Miraglia, Rv. 238689). Tale orientamento è stato ripreso nell'anno in corso, da **Sez. 1, n. 45330 del 2/7/2019, (dep. 7/11/2019), Celli,** (in corso di massimazione) in cui la Corte ha ribadito che l'accertamento dell'utile collaborazione non può essere limitato ai soli delitti ostativi, ma deve ritenersi esteso a tutti i delitti che siano con questi finalisticamente collegati, in quanto riconducibili ad una medesima risoluzione criminosa, atteso che l'unicità del reato continuato postula un giudizio globale sulla personalità del condannato e del suo concreto ravvedimento, con riferimento a tutti i fatti e le responsabilità oggetto del processo sfociato nella sentenza definitiva (si veda, in tal senso, tra le tante, Sez. 1, n. 43391 del 3/10/2014, Cuffaro, Rv. 261145).

Ciò detto, va, comunque, rilevato che il dato letterale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. e, in particolare, la scelta del legislatore di inserire il riferimento all'art. 323-*bis*, cod. pen. separato dalla disgiuntiva "o" e prima dell'elencazione del catalogo dei reati cui si riferiscono le due norme, dovrebbe indurre a ritenere che le due norme, con riferimento ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione previsti dall'art. 323-*bis*, cod. pen., possano rilevare alternativamente al fine di valorizzare la più ampia collaborazione possibile da parte del condannato.

Quanto alla valutazione relativa alla decisività e concretezza del contributo informativo, **Sez. 1, n. 6764 del 21/11/2018 (dep. 12/2/2019), Mascia, Rv. 274804** ha affrontato il tema con riferimento al contributo concernente la responsabilità di terzi rispetto ai quali il procedimento si trovi ancora nella fase delle indagini preliminari.

Nella fattispecie, infatti, il tribunale di sorveglianza aveva rigettato la richiesta di riconoscimento della collaborazione con la giustizia ritenendo insufficenti, in quanto prive di ulteriori approfondimenti, le informazioni rese dal condannato relative a fattispecie di reato per cui erano ancora in corso le indagini preliminari.

La Corte ha rilevato che la definizione normativa non esclude che, in presenza di informazioni concenenti la resposabilità di terzi, il relativo procedimento possa ancora trovarsi nella fase delle indagini preliminari. Ciò in quanto la valutazione di utilità e concretezza del contributo non richiede che lo stesso abbia già determinato

l'esercizio dell'azione penale o un giudizio di condanna, potendo, comunque, il tribunale di sorveglianza procedere, sulla scorta delle verifiche di attendibilità proprie della fase, a formulare una ragionevole prognosi in ordine alla realizzabilità di prove idonee a dimostrare i fatti oggetto delle accuse.

La Corte ha, inoltre, escluso che tale principio di diritto si ponga in linea di discontinuità con i due precedenti arresti espressi da Sez. 1, n. 58075/2017, Rv. 276166 e da Sez. 1, n. 7968/2016, Rv. 266239 che, nel descrivere le caratteristiche del contributo hanno fatto riferimento alla formazione della prova in dibattimento. In particolare la sentenza n. 7968 del 2016, nell'esaminare il requisito di concretezza, ha affermato che «si può parlare di collaborazione piena solo quando le dichiarazioni o l'attività del collaboratore contribuiscono alla formazione in dibattimento di prove che si rivelino indispensabili per dimostrare la responsabilità degli imputati e determinarne la condanna. Qualora l'ausilio del collaborante sia volto alla <<cattura degli autori dei reati>>, la collaborazione va valutata sotto il profilo delle conseguenze prodotte sul piano fattuale, che debbono tradursi in un obiettivo contributo allo smantellamento dell'organizzazione e dei suoi adepti.»

Nel confrontarsi con tali affermazioni, la sentenza Mascia ha ritenuto che, in realtà, la Corte si sia limitata a ribadire i tratti di decisività dell'apporto secondo i parametri della verifica giudiziale demandata alla competenza esclusiva del tribunale di sorveglianza che, ai sensi dell'art. 58-t*er*, comma 2, ord. pen. provvederà "assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione".

In applicazione di tale principio la Corte ha annullato con rinvio il provvedimento del tribunale di sorveglianza che, limitandosi a dare atto della fase in cui si trovava il procedimento, non aveva considerato le informazioni fornite dal pubblico ministero procedente in merito alla decisività e concretezza del contributo fornito in relazione alle successive iniziative investigative e di natura cautelare.

Si segnala, infine, che in caso di dubbio sulla sussistenza del presupposto dell'impossibilità o dell'irrilevanza della collaborazione, **Sez. 1, n. 29869 del 16/4/2019, Lamberti, Rv. 276405** ha escluso che tale dubbio possa risolversi in danno dell'istante, "dovendo trovare applicazione, anche in questa materia, la regola di giudizio secondo cui, se due significati possono ugualmente essere attribuiti a un dato probatorio, deve privilegiarsi quello più favorevole all'interessato, che può essere accantonato solo ove risulti inconciliabile con altri univoci elementi di segno opposto».

6. Lo scioglimento del cumulo in caso di provvedimento di unificazione di pene concorrenti comprendente un titolo per reato ostativo.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte, è legittimo lo scioglimento del cumulo nel corso dell'esecuzione, qualora occorra procedere al giudizio sull'ammissibilità della domanda di concessione di un beneficio penitenziario (nella specie, si trattava della detenzione domiciliare ex art. 47-t*er*, ord. pen.), ostacolata dalla circostanza che nel cumulo è compreso un titolo di reato ostativo, al fine di verificare se il condannato ha già espiato la parte di pena relativa a tale delitto (Sez. 1, n. 5158 del 17/1/2012, Marino, Rv. 251860 in tema di detenzione domiciliare ex art. 47-ter ord. pen e Sez. 1, n. 2285 del 3/12/2013, Di Palo, Rv. 258403, in tema di affidamento terapeutico *ex* art. 94, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990).

Quanto al criterio da adottare in caso di cumulo dell'ergastolo con pene detentive temporanee inflitte anche per reato ostativo ex art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., ridotte ed eseguite ai sensi dell'art. 72 cod. pen. nella forma dell'isolamento diurno, **Sez 1, n. 5669 del 8/1/2019, Schiavo, Rv. 274872,** ha affermato che, ai fini della concessione di permessi premio, è necessario procedere allo scioglimento del cumulo per la verifica della già intervenuta espiazione della pena temporanea imputabile al reato ostativo, da determinarsi in misura pari alla metà della pena originariamente inflitta per tale reato, e, all'esito positivo di detta verifica, appurare se il *"quantum"* di pena espiata, al netto dell'espiazione per il delitto ostativo, raggiunga la soglia di anni dieci di pena detentiva, necessaria ai fini del riconoscimento del beneficio ex art. 30-*ter*, comma 4, ord. pen. in relazione a condanna alla pena dell'ergostolo, senza distinzione se qualificato o meno da un periodo di isolamento diurno.

Diversamente, in caso di unificazione di pene temporanee concorrenti, comprendente anche una condanna per reato ostativo alla concessione di benefici penitenziari (nella specie, si trattava sempre di un permesso premio), **Sez. 1, n. 18239 del 26/3/2019, Di Mondo, Rv. 275670**, ha affermato che, ai fini dello scioglimento del cumulo, la pena relativa al reato ostativo va considerata nella sua entità originaria senza operare alcuna riduzione in conseguenza dell'eventuale applicazione del criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. determinata dal superamento della soglia massima di anni trenta di pena detentiva. La Corte ha, infatti, osservato che la legge non ha previsto un meccanismo di riduzione proporzionale delle pene cumulate, in modo da imporre un abbattimento che, ai fini della riduzione complessiva ad anni trenta, possa tenere conto della consistenza quantitativa. In caso di cumulo di pene detentive temporanee che superino i trenta anni, l'applicazione del temperamento previsto dall'art. 78 cod. pen. avviene, dunque, senza alcuna considerazione dell'entità delle singole pene che in esso

confluisono cosicchè la riduzione prevista dalla legge alla soglia dei trenta anni opera con modalità identche, «quale che sia l'ammontare complessivo delle pene cumulate, se di poco superiore la soglia dei trenta anni o se di gran lunga superiore». Sulla base di tali considerazioni la Corte si è posta in posizione di consapevole contrasto con il principio affermato da Sez. 1, n. 6013 del 19/12/2016, Papalia, secondo cui, ai fini dello scioglimento del cumulo per l'individuazione della pena da imputare alla condanna per reato ostativo, «*è necessario mediante un'operazione algebrica valutare in che proporzione detto criterio ha inciso sulla pena complessiva risultante dal cumulo materiale, così da applicare la percentuale ottenuta sui reati ostativi e su quelli non ostativi*».

Si segnala, tuttavia, che il principio affermato dalla sentenza Papalia è stato recentemenete ribadito da **Sez. 1, n. 35794 del 8/3/2019, Farina, Rv. 276723,** che, sempre in tema di permesso premio, ha affermato che, ai fini dello scioglimento del cumulo, è necessario individuare il titolo di reato effettivamente in espiazione, valutando, mediante un'operazione algebrica, in che proporzione il criterio moderatore di cui all'art. 78 cod. pen. abbia inciso sulla pena complessiva risultante dal cumulo materiale, così da applicare la percentuale ottenuta su ciascun reato, ed imputando la frazione già espiata all'esecuzione dei reati ostativi.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 1, n. 26832 del 26/3/2004, Moncada, Rv. 229054
Sez. U, n. 24561 del 30/05/2006, Rv. 233976
Sez. 1, n. 43659 del 18/10/2007, Miraglia, Rv. 238689
Sez. 1, n. 4091 del 7/1/2010, Dragone, Rv. 246053
Sez. 1, n. 5158 del 17/1/2012, Marino, Rv. 251860
Sez. 1, n. 40043 del 5/7/2013, Parabita, Rv. 257408
Sez. 1, n. 2285 del 3/12/2013, Di Palo, Rv. 258403
Sez. 1, n. 43391 del 3/10/2014, Cuffaro, Rv. 261145
Sez. 1, n. 7968 del 8/1/2016, Cacalano, Rv. 266239
Sez. 1, n.42815 del 6/5/2016, Incognito, Rv. 268334
Sez. 1, n. 6013 del 19/12/2016, Papalia
Sez. 1, n. 58075 del 26/10/2017, Cagnazzo, Rv. 271616
Sez. 1, n. 57913, del 20/11/2018, Cannizzaro, Rv. 274659
Sez. 1, n. 6764 del 21/11/2018 (dep. 12/2/2019), Mascia, Rv. 274804
Sez. 1, n. 473 del 10/07/2018 (dep. 8/1/2019), Iacovelli, Rv. 276156
Sez. 1, n. 6764 del 21/11/2018 (dep. 12/2/2019), Mascia, Rv. 274804
Sez 1, n. 5669 del 8/1/2019, Schiavo, Rv. 274872
Sez. 1, n. 9126 del 18/2/2019, Marchi, Rv. 274883
Sez. 1, n. 35794 del 8/3/2019, Farina, Rv. 276723
Sez. 1, n. 14984 del 13/03/2019, Versaci, Rv. 275063
Sez. 1, n. 18239 del 26/3/2019, Di Mondo, Rv. 275670
Sez. 1, n. 25212 del 3/5/2019, Pullo, Rv. 276144
Sez. 1, n. 29869 del 16/4/2019, Lamberti, Rv. 276405
Sez. 1, n. 27354 del 17/5/2019, D., Rv. 276490,
Sez. 1, n. 33565 del 21/05/2019, Commisso, Rv. 276496
Sez. 1, n. 31853 del 18/06/2019, Pascali,
Sez. 1, n. 45330 del 2/7/2019, Celli
Sez. 1, n. 39609 del 9/7/2019, Coci, Rv. 276946
Sez. 1, n. 43280 del 25/09/2019, Fogliamanzillo
Sez. F, n. 45319 del 7/11/2019
Sentenze della corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 306 del 1993
Corte cost., sent. n. 135 del 2003
Corte cost., sent. n. 239 del 2014
Corte cost., sent. n. 149 del 2018
Corte cost., sent. n. 229 del 2019

Corte cost., sent. n. 253 del 2019

Sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo

Corte Edu, del 12/12/2002, Nivette c. Francia; Einhorn c. Francia; Stanford c. Regno Unito

Corte Edu, del 22/5/2003, Wynne c. Regno Unito

Corte Edu, del 9/2/2005, Welch c. Regno Unito

Corte Edu, del 12/2/2008, Kafkaris c. Cipro

Corte Edu, del 11/10/2011, Schuchter c. Italia

Corte Edu, del 17/1/2012, Vinter e altri c. Regno Unito

Corte Edu, del 12/6/2019, Viola c. Italia

Giurisprudenza di merito

Corte di Appello di Lecce, ordinanza del 27 marzo 2019

Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordinanza del 2 aprile 2019 Tribunale di Brindisi, ordinanza del 17 aprile 2019

Corte di Appello di Palermo, ordinanza del 29 maggio 2019

CAPITOLO II

L'ESPULSIONE DELLO STRANIERO QUALE MISURA ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE

(FULVIO FILOCAMO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Aspetti procedurali. - 2.1. Le impugnazioni. – 2.2. Le verifiche del giudice. - 2.3. Compatibilità con le altre misure alternative alla detenzione. - 3. Le cause ostative.

1. Premessa.

L'espulsione dello straniero è un'atipica misura alternativa alla detenzione, attualmente disciplinata dall'art. 16, comma 5 e ssgg., del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dall'art. 15 della legge 30 luglio 2002, n. 189 e, diversamente dalle altre, è obbligatoria in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, essendo finalizzata a ridurre il sovraffollamento carcerario. Si applica nei confronti dello straniero, identificato e detenuto, che debba scontare una pena - anche residua - non superiore a due anni e che rientri nelle ipotesi indicate dall'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 (detenuto extracomunitario che sia irregolare sul territorio dello Stato ovvero che sia passibile dell'applicazione di una misura di prevenzione), salvo che rientri nei casi previsti dal successivo art. 19.

A seguito delle modifiche apportate dall'art. 6, comma primo, lettera a) del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, in ogni caso essa non può essere disposta in caso di condanna per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del d.lgs. n. 286 del 1998, ovvero per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, terzo comma e 629, secondo comma, del codice penale. Tale novella è stata ritenuta applicabile anche per reati commessi ed accertati prima della sua entrata in vigore, per i quali la misura non era precedentemente contemplata, ritenuto che le previsioni relative all'esecuzione delle pene detentive ed alle misure alternative alla detenzione non hanno natura di norme penali sostanziali e sono soggette, in caso di successione di leggi, al principio del "*tempus regit actum*" (Sez. 1, n. 52578 del 11/11/2014, Nika, Rv. 262199). La questione relativa alla sua applicabilità in caso di cumulo giuridico di più condanne, di cui almeno una irrogata per un reato ostativo, oggetto di decisioni contrastanti da parte della Corte di cassazione (Sez. 1, n. 42173 del 16/09/2013, Fadhlaoui, Rv. 257169, per la soluzione affermativa, mentre Sez. 1, Sentenza n. 35620 del 20/06/2013, Duraj, Rv. 256847, per quella contraria), è stata risolta da Legislatore, con la modifica disposta al comma 5 dell'art. 16 t.u. imm. da

parte della legge n. 189 del 2002, prevedendo che l'espulsione possa essere disposta dopo che sia stata espiata la parte di pena relativa alla condanna per i reati ostativi.

Questa particolare ipotesi di espulsione, riservata alla competenza del giudice di sorveglianza ed avente natura amministrativa, ha sollevato dubbi sulla propria conformità alla Costituzione non essendo richiesto il consenso dell'interessato (art. 2 Cost.), per la necessità di adottarla in maniera automatica senza tener conto di situazioni penitenziarie diverse (art. 3 Cost.) e per essere estranea a qualsiasi finalità rieducativa (art. 27 Cost.). Tutte le questioni sollevate sono state ritenute manifestamente infondate dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 369 del 1999 e n. 226 del 2004, non essendo possibile considerarla come una sanzione penale, con esclusione, quindi delle relative garanzie sul piano sostanziale e processuale. Riconosciutale una natura amministrativa, l'espulsione è condizionata dal fatto che lo straniero debba trovarsi in una delle situazioni per le quali comunque dovrebbe essere espulso *ex* art. 13 t.u. imm., così anticipandosi l'effetto piuttosto che attendere l'intera espiazione della pena. L'istituto è comunque assistito dalle garanzie presenti per l'espulsione amministrativa, espressamente previste anche dallo stesso art. 16, comma 5, ma l'espulsione non può essere considerata come una sanzione amministrativa ai sensi e per gli effetti della legge 24 novembre 1981, n. 689, con la conseguenza che non è applicabile il principio di irretroattività (Sez. 1, n. 4429 del 24/01/2006, Ismaili, Rv. 233196).

2. Aspetti procedurali.

Il magistrato di sorveglianza è il giudice competente a provvedere, con decreto motivato senza formalità, una volta verificata la sussistenza dei requisiti di legge (detenuto extracomunitario identificato privo di titolo per permanere in Italia ovvero che sia passibile dell'applicazione di una misura di prevenzione). Dopo la novella del 2014 sopra citata, sono state implementate le garanzie a tutela dell'espellendo con la previsione che il decreto di espulsione debba essere comunicato non solo allo straniero destinatario del provvedimento, ma anche al suo difensore (di fiducia ovvero nominato d'ufficio) ed al pubblico ministero, che possono proporre opposizione, entro il termine perentorio di dieci giorni, al tribunale di sorveglianza.

2.1. Le impugnazioni.

La misura, infatti, pur avendo natura amministrativa, è emessa a seguito di procedimento giurisdizionale e contro di essa è previsto il solo rimedio dell'opposizione, non potendo, invece, disporsi la sua disapplicazione nell'ambito di altri procedimenti (Sez. 1, n. 48160 del 23/10/2013, Saoudi, Rv. 257718). Il

procedimento di opposizione è disciplinato dall'art. 666 cod. proc. pen. con la conseguenza che è affetto da nullità assoluta il provvedimento adottato dal tribunale di sorveglianza a seguito di procedimento "*de plano*" (Sez. 1, n. 7144 del 07/02/2008, Tyjany, Rv. 239167). Il procedimento si svolge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 678 e 666 cod. proc. pen., in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del difensore, con la conseguenza che l'omessa notifica dell'avviso di fissazione della data dell'udienza al difensore dell'interessato dà luogo ad una nullità di ordine generale rilevabile in ogni stato e grado del procedimento ai sensi degli artt. 178 lett. c) e 179, comma primo, cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 11643 del 11/03/2005, Olarte Diaz, Rv. 231592).

Tale rimedio è esperibile non solo contro il provvedimento di espulsione, ma anche contro il suo rigetto, poiché lo straniero che rientri nelle condizioni di legge per fruire della misura alternativa dell'espulsione è titolare di un vero e proprio diritto ad essere espulso dal territorio dello Stato, potendo essa costituire condizione più favorevole rispetto alla prosecuzione dell'espiazione in carcere (Sez. 1, n. 38042 del 26/05/2017, Lamaj, Rv. 270987), anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 cod. proc. pen. sebbene non previsto espressamente nell'accordo (Sez. 6, n. 33884 del 15/04/2015, B., Rv. 264457). Analogamente, trattandosi di materia relativa allo "*status libertatis*", lo straniero è legittimato a proporre ricorso per cassazione contro il provvedimento con cui sia stata respinta la sua richiesta intesa ad ottenere tale espulsione (Sez. 1, n. 10752 del 18/02/2009, Gega, Rv. 242895) ed è ammissibile anche il ricorso per cassazione per violazione di legge avverso il provvedimento da parte del pubblico ministero (Sez. 1, n. 47771 del 06/11/2008, P.M. in proc. Trimi, Rv. 242508), anche se detti provvedimenti non sono immediatamente ricorribili per cassazione, in quanto opponibili davanti al Ttribunale di sorveglianza ed estranei all'area di applicazione della regola fissata dall'art. 569, comma 1, cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 53182 del 05/11/2014, Chan, Rv. 261607).

Nel caso di opposizione si applicano le regole generali previste in materia di impugnazioni per cui essa deve essere corredata dai prescritti motivi (Sez. 1, n. 38699 del 28/09/2007, Sanif, Rv. 238047) a pena di inammissibilità e questi possono essere formulati successivamente alla dichiarazione, ma pur sempre entro il termine stabilito per la presentazione dell'impugnazione (Sez. 1, n. 41753 del 16/09/2013, Liassa, Rv. 256982).

2.2. Le verifiche del giudice.

Il magistrato di sorveglianza, per assicurarsi della condizione di irregolarità e di espellibilità dello straniero, ai fini dell'operatività del divieto *ex* art. 19 t.u. imm. di

espulsione dello straniero verso uno Stato nel quale egli possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, non può considerare la semplice affermazione del relativo rischio da parte dell'interessato, ma occorre che lo "*status*" di rifugiato sia accertato dall'apposita Commissione centrale per il riconoscimento di esso ovvero, qualora la Commissione non si sia pronunciata, che il giudice chiamato a disporre l'espulsione accerti, in via incidentale, la sussistenza dei presupposti che potrebbero condurre, in concreto, al detto riconoscimento (Sez. 1, n. 2239 del 17/12/2004, Bouffenech, Rv. 230546). Diversamente, non compete al giudice, pronunciarsi in ordine alla esistenza o meno delle condizioni per il rinnovo del permesso di soggiorno, anche quando sia già stato tempestivamente richiesto (Sez. 1, n. 3500 del 11/01/2007, Arab, Rv. 235743).

Nel 2019 la Corte di cassazione ha avuto la possibilità di pronunciarsi sul caso di un condannato, passibile di espulsione quale misura alternativa, per reati commessi in minore età, stabilendo che il giudice di sorveglianza è tenuto ad accertare, in via incidentale, se eventualmente ricorrano – all'esito dell'osservazione penitenziaria protratta per un adeguato periodo di tempo – i presupposti legittimanti il riconoscimento in suo favore dello speciale permesso di soggiorno di cui al successivo art. 18, comma 6, t.u. imm. (**Sez. 1, n. 28299 del 27/05/2019, R., Rv. 276414**).

2.3. Compatibilità con le altre misure alternative alla detenzione.

Il Legislatore, nonostante le reiterate modifiche apportate alla norma disciplinante l'espulsione quale misura alternativa alla detenzione, non ha mai affrontato la questione relativa alla sua compatibilità o sovrapponibilità con le altre misure alternative, lasciando che le relative soluzioni fossero individuate dalla giurisprudenza. La Corte di cassazione, considerando l'espulsione come misura alternativa "atipica" introdotta al fine di ridurre il sovraffollamento carcerario, ha stabilito con le sue decisioni quali debbano essere i rapporti con gli altri benefici concedibili in sede esecutiva.

Di fondamentale importanza è stato, a questo fine, l'orientamento accolto dalle Sezioni unite "Alloussi", secondo il quale le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie l'affidamento in prova al servizio sociale), possono essere, qualora ricorrano le condizioni stabilite dall'ordinamento penitenziario, applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno (Sez. U, n. 14500 del 28/03/2006, Alloussi, Rv. 233420). Detta pronuncia, consentendo l'ammissione alle misure alternative alla detenzione tipiche anche per lo straniero che avrebbe potuto essere

espulso dal magistrato di sorveglianza, ha considerato prevalente - rispetto all'esigenza di ridurre la popolazione carceraria - la finalità rieducativa e di reinserimento sociale *ex* art. 27 Cost. (insieme all'uguale dignità delle persone ex artt. 2 e 3 Cost.), alla quale non possono essere considerati estranei i cittadini extracomunitari che siano entrati illegittimamente nel territorio dello Stato ovvero vi permangano in modo irregolare. L'accesso ad una misura alternativa alla detenzione carceraria da parte dello straniero extracomunitario irregolare o passibile di misura di prevenzione non consente l'applicazione dell'espulsione da parte del magistrato di sorveglianza poiché il soggetto che sarebbe dovuto essere espulso, non essendo più detenuto in carcere, non rientra tra i destinatari della misura, anzi il provvedimento di ammissione rappresenta il titolo che ne consente la permanenza e l'eventuale svolgimento di un'attività lavorativa laddove autorizzata, sospendendo anche l'eventuale esecuzione dell'espulsione amministrativa (Sez. 1, n. 22161 del 18/05/2005, Ben Dhafer, Rv. 232104).

Analogamente, successivamente alla decisione a Sezioni Unite, è stato quindi ritenuto che l'espulsione non può essere disposta nei confronti dello straniero che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovi e permanga agli arresti domiciliari, a seguito della sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 656, comma 10, cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 5171 del 29/09/2015, Meta, Rv. 266218), anche se deve darsi atto dell'esistenza di una pronuncia difforme (Sez. 1, n. 104 del 27/11/2012, Skhembi, Rv. 254165).

La Corte di cassazione nel corso del 2019 ha avuto modo di confermare detta linea interpretativa secondo la quale l'espulsione non è applicabile a soggetti che già si trovino ad espiare la pena con un'altra misura alternativa come la detenzione domiciliare (**Sez. 1, n. 43855 del 25/09/2019, De La Cruz Gonzales Santa Marilyn**).

Sempre nel 2019 la Suprema corte ha stabilito che il divieto di concessione di alcuni benefici penitenziari per un periodo di anni tre, previsto dall'art. 58-*quater* ord. pen. in caso di revoca di una misura alternativa alla detenzione (nella specie, affidamento in prova cd. terapeutico) non si applichi in relazione all'espulsione dello straniero di cui all'art. 16, comma 5, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, atteso che detta espulsione, in quanto misura amministrativa finalizzata ad evitare il sovraffollamento penitenziario, non configura propriamente un beneficio penitenziario ed il citato art. 58-*quater* ord. pen., stabilendo limiti alla ordinaria fruizione dei benefici dallo stesso contemplati, è disposizione di stretta interpretazione e, quindi, insuscettibile di applicazione al di fuori delle ipotesi espressamente previste (**Sez. 1, n. 38040 del 09/04/2019, Qosja Dritan, Rv. 276845**).

Da ultimo è stato ritenuto che la pendenza del ricorso per cassazione avverso il provvedimento di diniego di un'altra misura alternativa, già richiesta e negata, non sia ostativa all'adozione del provvedimento di espulsione da parte del magistrato di sorveglianza (**Sez. 1, n. 33153 del 15/05/2019, Curri Sokol, Rv. 276495**).

Rispetto alla liberazione anticipata, la pregressa concessione al condannato extracomunitario della liberazione anticipata, incidendo esclusivamente sulla durata della pena senza comportarne la liberazione, non è di ostacolo all'espulsione così disposta (Sez. 1, n. 17255 del 17/03/2008, Lagji, Rv. 239623). Così come l'ammissione alla misura alternativa della semilibertà non impedisce l'emissione del decreto di espulsione a titolo di sanzione alternativa, dal momento che la semilibertà comporta comunque la permanenza del condannato in un istituto penitenziario, sebbene limitatamente a determinati orari (Sez. 1, n. 39781 del 13/10/2005, Iselaci, Rv. 232514)e, allo stesso modo, i benefici premiali del lavoro esterno e dei permessi premio, non comportando la fuoriuscita del condannato dal circuito carcerario, non sono di ostacolo all'assunzione del provvedimento di espulsione (Sez. 1, n. 44143 del 16/02/2016, Ben Fraj Zouhair, Rv. 268290).

3. Le cause ostative.

L'art. 16 t.u. imm., al comma 9, rinvia al successivo art. 19 per le cause ostative all'espulsione quale misura alternativa alla detenzione le quali - analogamente alle altre ipotesi di espulsione - sono fondate sul rispetto dei diritti fondamentali della persona e sono rappresentate dal pericolo che l'espulso possa essere oggetti di persecuzioni nel Paese d'origine e di destinazione, ovvero dalla minore età, salvo seguire il genitore o affidatario espulso, dal possesso di una carta di soggiorno, salvo quanto disposto dal comma 9, dalla convivenza con parenti entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana e, infine, lo stato di gravidanza, comprensivo dei sei mesi successivi alla nascita del figlio al quale il genitore provvede (esteso anche al padre dalla Sentenza Corte cost. n. 376 del 2000).

Il divieto è assoluto per la prima ipotesi (comma 1), mentre è relativo nelle seguenti ove ricorrano esigenze di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato.

Le cause ostative ivi previste, come specificato anche recentemente dalla Corte di cassazione, non hanno natura tassativa, ma devono essere interpretate alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 252 del 2001, secondo la quale il provvedimento di espulsione disposto nei confronti di persona irregolarmente soggiornante nello Stato non può essere eseguito qualora dall'esecuzione derivi un irreparabile pregiudizio per la salute dell'individuo; ne consegue che, in caso di seria patologia cronica del condannato, il giudice è tenuto a verificare in concreto, esercitando i poteri istruttori di cui dispone, se e con quali effetti l'espulsione possa

privare il predetto di cure irrinunciabili, pur diverse da quelle di pronto soccorso e di medicina di urgenza (**Sez. 1, n. 16383 del 15/03/2019, Mlouki Hamed, Rv. 275245**), allo stesso modo, nel caso di condannato affetto da grave disabilità, ancorché questa non rientri tra le condizioni legislativamente poste a fondamento del divieto di espulsione, il giudice è comunque tenuto a verificare, in concreto, se del caso anche ricorrendo a mezzi istruttori, che l'espulsione non leda il nucleo irriducibile del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost. (Sez. 1, n. 38041 del 26/05/2017, Mokaadi, Rv. 270975).

Sempre negli ultimi anni è stata considerata come causa ostativa all'espulsione la convivenza "*more uxorio*" con un cittadino italiano, laddove accertata come sussistente al momento in cui deve porsi in esecuzione il provvedimento, trattandosi di una condizione del tutto omogenea rispetto a quella del coniuge, specificamente menzionata dall'art. 19, comma 2, lett. c), d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, tenuto conto, altresì, della parificazione del convivente di fatto al coniuge, ai fini delle facoltà previste dall'ordinamento penitenziario, effettuata dall'art. 1, comma 38 della legge 20 maggio 2016, n. 76 (**Sez. 1, n. 16385 del 15/03/2019, Chigri Mohammed, Rv. 276184** e Sez. 1, n. 44182 del 27/06/2016, Zagoudi, Rv. 268038), così superando il precedente orientamento giurisprudenziale, emerso in assenza della legge n. 76 del 2016, che aveva considerato la convivenza "*more uxorio*" con una cittadina italiana, e il successivo matrimonio non seguito da convivenza per effetto del sopraggiunto stato di detenzione, non ostativi all'applicazione dell'espulsione dello straniero a titolo di misura alternativa alla detenzione (Sez. 1, n. 16446 del 16/03/2010, Noua, Rv. 247452).

La non tassatività delle cause ostative all'espulsione era già stata affermata dalla Suprema corte in quanto tali ipotesi devono essere integrate attraverso l'analisi delle fonti sovranazionali – quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Carta di Nizza e le Direttive U.E. sul tema – tese a fornire tutela ai soggetti cui spetta il riconoscimento non solo dello "*status*" di rifugiato, ma anche della cd. "protezione sussidiaria", spettante anche nell'ipotesi di minaccia grave alla vita di un civile derivante da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale (Sez. 1, n. 41949 del 04/04/2018, S., Rv. 273973).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 2239 del 17/12/2004, Bouffenech, Rv. 230546
Sez. 1, n. 39781 del 13/10/2005, Iselaci, Rv. 232514
Sez. 1, n. 22161 del 18/05/2005, Ben Dhafer, Rv. 232104
Sez. 1, n. 11643 del 11/03/2005, Olarte Diaz, Rv. 231592
Sez. U, n. 14500 del 28/03/2006, Alloussi, Rv. 233420
Sez. 1, n. 4429 del 24/01/2006, Ismaili, Rv. 233196
Sez. 1, n. 3500 del 11/01/2007, Arab, Rv. 235743
Sez. 1, n. 38699 del 28/09/2007, Sanif, Rv. 238047
Sez. 1, n. 7144 del 07/02/2008, Tyjany, Rv. 239167
Sez. 1, n. 17255 del 17/03/2008, Lagji, Rv. 239623
Sez. 1, n. 47771 del 06/11/2008, Trimi, Rv. 242508
Sez. 1, n. 10752 del 18/02/2009, Gega, Rv. 242895
Sez. 1, n. 16446 del 16/03/2010, Noua, Rv. 247452
Sez. 1, n. 104 del 27/11/2012, Skhembi, Rv. 254165
Sez. 1, n. 48160 del 23/10/2013, Saoudi, Rv. 257718
Sez. 1, n. 42173 del 16/09/2013, Fadhlaoui, Rv. 257169
Sez. 1, n. 35620 del 20/06/2013, Duraj, Rv. 256847
Sez. 1, n. 41753 del 16/09/2013, Liassa, Rv. 256982
Sez. 1, n. 53182 del 05/11/2014, Chan, Rv. 261607
Sez. 1, n. 52578 del 11/11/2014, Nika, Rv. 262199
Sez. 1, n. 5171 del 29/09/2015, Meta, Rv. 266218
Sez. 6, n. 33884 del 15/04/2015, B., Rv. 264457
Sez. 1, n. 44143 del 16/02/2016, Ben Fraj Zouhair, Rv. 268290
Sez. 6, n. 33884 del 15/04/2015, B., Rv. 264457
Sez. 1, n. 44182 del 27/06/2016, Zagoudi, Rv. 268038
Sez. 1, n. 38042 del 26/05/2017, Lamaj, Rv. 270987
Sez. 1, n. 38041 del 26/05/2017, Mokaadi, Rv. 270975
Sez. 1, n. 41949 del 04/04/2018, S., Rv. 273973
Sez. 1, n. 28299 del 27/05/2019, R., Rv. 276414
Sez. 1, n. 43855 del 25/09/2019, De La Cruz Gonzales
Sez. 1, n. 38040 del 09/04/2019, Qosja Dritan, Rv. 276845
Sez. 1, n. 33153 del 15/05/2019, Curri Sokol, Rv. 276495
Sez. 1, n. 16383 del 15/03/2019, Mlouki Hamed, Rv. 275245
Sez. 1, n. 16385 del 15/03/2019, Chigri, Rv. 276184

SEZIONE VIII

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

CAPITOLO II

L'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO

(ANDREA VENEGONI)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Autonomia del provvedimento di riconoscimento – 3. Questioni processuali – 4. Impugnazioni.

1. Premessa.

È uno strumento previsto dalla direttiva 2014/41/UE per migliorare la cooperazione giudiziaria nell'Unione Europea, introducendo il principio del mutuo riconoscimento nell'acquisizione e circolazione della prova, in sostituzione del precedente concetto di "mutua assistenza".

Il principio del mutuo riconoscimento è quello su cui si sono basati fin dai primi anni 2000 gli strumenti normativi dell'Unione Europea in materia di cooperazione giudiziaria penale, nell'ambito di quello che all'epoca si definiva il "terzo pilastro", a partire dalla decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo, relativa, però, non all'acquisizione della prova, ma alla consegna delle persone.

Successivamente, altre decisioni quadro - sempre fondate sul principio del mutuo riconoscimento - sono state adottate dall'Unione Europea per regolare l'acquisizione e la circolazione di specifici atti compiuti nel corso di un'indagine penale, come il sequestro e la confisca.

Mancava, invece, uno strumento che applicasse tale principio all'acquisizione e circolazione delle prove penali in generale.

Tale carenza è stata, appunto, colmata in gran parte con la suddetta direttiva del 2014, adottata ormai nel nuovo quadro giuridico ed istituzionale dell'Unione Europea a seguito del Trattato di Lisbona (da cui la denominazione dell'atto come "direttiva" al posto delle precedenti "decisioni quadro", aspetto che non è soltanto formale, ma ha valore sostanziale).

La direttiva è stata recepita in Italia con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, coevo ad un intervento di modifica organica del libro XI del codice di procedura penale che ha, tra l'altro, consacrato il principio del mutuo riconoscimento come quello su

cui si basa la cooeprazione giudiziaria all'interno della UE (art. 696-bis cod. proc. pen.).

Sono, quindi, ormai pochi gli atti compiuti in un'indagine penale che non rientrino nella disciplina dell'ordine investigativo europeo; tra essi, vale però la pena di citare il sequestro ai fini di confisca, non essendo uno strumento finalizzato all'acquisizione di una prova.

In questo breve arco di tempo dall'entrata in vigore della normativa italiana, l'O.I.E. ha già avuto un ampio e diffusissimo utilizzo nelle indagini.

Naturalmente, per motivi temporali di sviluppo dei procedimenti, non sono ancora numerose le sentenze della Corte di cassazione che se ne sono occupate, sebbene inizino a registrarsi le prime pronunce della stessa su alcuni aspetti particolari della procedura.

Queste riguardano essenzialmente la procedura "passiva", cioè quella in cui l'autorità giudiziaria italiana riceve per l'esecuzione in Italia l'ordine di indagine dall'autorità di un altro Stato Membro della UE.

2. Autonomia del provvedimento di riconoscimento.

In tal caso, il d.lgs n. 108 del 2017, prevede, in sintesi, un riconoscimento della legittimità dell'atto emesso dall'autorità giudiziaria italiana, ed in particolare dal p.m. distrettuale, prima della sua esecuzione (art. 4, d. lgs. 108 del 2017).

Tale atto, come di vedrà anche successivamente, è autonomo dalla richiesta dall'autorità estera e dal provvedimento con cui la autorità italiana ordina l'esecuzione della misura.

Il concetto è espresso molto chiaramente da **Sez. 6, n. 14413 del 7/2/2019, Brega, Rv. 275535**, secondo cui, in tema di ordine europeo di indagine passivo concernente l'adozione di un provvedimento di perquisizione e sequestro, il decreto di riconoscimento che il pubblico ministero deve emettere, ex art. 4, comma 4, d.lgs. 21 giugno 2017 n. 108, è atto autonomo rispetto ai successivi atti esecutivi. Ciò comporta, come conseguenza, che esso deve essere motivato, ai sensi dell'art. 125, comma 3, cod. proc. pen., in relazione a presupposti e limiti della procedura di cooperazione giudiziaria, sicché non ne costituisce un equipollente il decreto di sequestro probatorio, nella cui motivazione sia trasposto il contenuto dell'ordine dell'autorità straniera.

Tale principio è stato ribadito anche da **Sez. 6, n. 8320 del 31/1/2019, Creo Elia, Rv. 275732** – 02*,* che ha chiarito che, in caso di richiesta perquisizione e sequestro, la trasposizione dell'ordine europeo di indagine nel decreto che dispone la suddetta misura adottato dall'autorità che provvede all'esecuzione non è equipollente alla comunicazione del decreto di riconoscimento emesso dal pubblico

ministero, atteso che solo quest'ultimo garantisce il controllo sostanziale in ordine alla legittima esecuzione della c.d. "eurordinanza" ed è suscettibile di rimedi impugnatori per vizi propri e del tutto diversi rispetto a quelli esperibili avverso gli atti di indagine o di assunzione probatoria.

3. Questioni processuali.

L'art. 4, comma 4 del d.lgs. 108 del 2017 prevede che il decreto di riconoscimento sia comunicato, dalla segreteria del pubblico ministero che ha proceduto al riconoscimento, al difensore dell'indagato entro il termine stabilito ai fini dell'avviso cui egli ha diritto per il compimento dell'atto, in base alla legge italiana. Nel caso in cui la legge italiana non preveda il previo avviso, il decreto di riconoscimento è comunicato al momento del compimento dell'atto o immediatamente dopo.

La comuicazione è finalizzata alla possibile impugnazione del decreto di riconoscimento, sotto forma di opposizione ad esso.

Sez. 6, n. 8320 del 31/1/2019, Creo Elia, Rv. 275732 – 01, si è occupata di un caso, relativo ad un ordine europeo di indagine passivo, avente ad oggetto la richiesta di atti di perquisizione e sequestro, in cui la comunicazione al difensore del decreto di riconoscimento era stata tardiva, perchè compiuta oltre i termini previsti dall'art. 4 sopra citato. La Corte ha ritenuto che ciò integri una violazione del diritto di difesa, in quanto non consente all'indagato ed al suo difensore di proporre tempestiva opposizione al giudice per le indagini preliminari, eccependo la presenza di ragioni ostative all'esecuzione degli atti richiesti, e di impedire in tal modo la trasmissione, in caso di accoglimento dell'opposizione stessa, dei risultati di prova acquisiti sul territorio dello Stato.

4. Impugnazioni.

L'aspetto forse ad oggi più dibattuto in tema di procedura per l'esecuzione di un ordine di indagine europeo è quello che attiene all'impugnazione dello stesso.

Nella procedura c.d. "passiva", come si è visto, la normativa prevede che il primo atto sia il riconoscimento dell'atto da parte dell'autorità giudiziaria italiana, anteriormente all'esecuzione dell'atto richiesto.

In quanto atto autonomo, la giurisprudenza che sta iniziando a confrontarsi con la pratica dell'ordine investigativo europeo ritiene, allora, il decreto di riconoscimento anche autonomamente impugnabile.

Detto questo, però, è sorta incertezza su cosa l'indagato possa impugnare in Italia, e cioè il solo decreto di riconoscimento o anche la misura in sé, e con quale

procedura, se con l'opposizione al decreto di riconoscimento o con l'impugnazione davanti al tribunale del riesame.

La Corte di cassazione ha cercato di fare chiarezza su tali aspetti.

Sez. 6, n. 11491 del 14/2/2019, Bonanno, Rv. 275291, ha affermato che, nel procedimento per l'esecuzione dell'ordine europeo d'indagine, è impugnabile il solo decreto di riconoscimento del pubblico ministero mediante l'opposizione prevista dall'art. 13, del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, mentre avverso l'atto d'indagine dell'autorità giudiziaria dello Stato membro, anche quando si tratti di sequestro a fini probatori, è preclusa la procedura di riesame. In motivazione la Corte ha chiarito che, ove si consentisse una duplice impugnazione, l'una contro il decreto di riconoscimento, l'altra avverso l'atto di esecuzione, si instaurerebbero due autonome e parallele procedure con effetti del tutto scoordinati tra loro.

Tale sentenza, come si vede, ritiene che, a differenza del decreto di riconoscimento, contro l'atto investigativo oggetto della procedura di cooperazione non sia possibile l'impugnazione in Italia, neppure davanti al tribunale del riesame.

Su posizione parzialmente diversa si pone Sez. 3, n. 5940 dell'11/10/2018, Brega, Rv. 274855-01, secondo cui la disposizione di cui all'art. 13, d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, che disciplina il sistema delle impugnazioni nell'ambito della procedura passiva, si riferisce a tutti gli atti previsti dall'art. 4 del medesimo d.lgs., con la conseguenza che l'opposizione al giudice per le indagini preliminari è il rimedio esperibile dall'indagato o dal suo difensore non solo avverso il decreto motivato di riconoscimento dell'ordine richiesto dall'estero, ma anche nei confronti di tutti i provvedimenti attuativi dell'ordine medesimo, incluso il decreto di perquisizione e di sequestro, per il quale, pertanto, è precluso il ricorso al tribunale del riesame. In motivazione la Corte ha precisato che è diverso il sistema delle impugnazioni nell'ambito della procedura attiva, in quanto l'art. 28 dello stesso decreto legislativo, riferendosi specificamente all'ordine di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova, prevede che la persona sottoposta alle indagini, l'imputato, il suo difensore o la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, possono proporre richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen. e che si applicano altresì le previsioni di cui agli artt. 322-bis e 325 cod. proc. pen.

Su posizione ancora diversa **Sez. 6, n. 8320 del 31/1/2019, Creo Elia, Rv. 275732-03**, che ritiene che il decreto di riconoscimento, emesso dal pubblico ministero ai sensi dell'art.4 d.lgs 21 giugno 2017, n. 108, sia impugnabile esclusivamente mediante l'opposizione al giudice per le indagini preliminari prevista dall'art.13, d.lgs. n. 108 del 2017, mentre avverso il decreto di sequestro, eseguito in adempimento dell'O.I.E., è proponibile l'ordinario ricorso per riesame. In questo caso, la Corte ha precisato che i verbali degli atti cui il difensore ha diritto di assistere

devono essere depositati nella segreteria del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 366, comma 1, cod. proc. pen., stante l'espresso rinvio a tale norma contenuto nell'art. 4, comma 8, d.lgs. n. 108 del 2017, in modo da consentire l'esperibilità dei mezzi di impugnazione "equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo", come espressamente stabilito dall'art. 14, par. 1, 2014/41/UE.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3, n. 5940 dell'11/10/2018, Brega, Rv. 274855
Sez. 6, n. 8320 del 31/1/2019, Creo Elia, Rv. 275732
Sez. 6, n. 14413 del 7/2/2019, Brega, Rv. 275535
Sez. 6, n. 11491 del 14/2/2019, Bonanno, Rv. 275291

PARTE QUARTA

SPESE DI GIUSTIZIA

SEZIONE I

INDENNITÀ DI CUSTODIA

CAPITOLO I

LA COMPETENZA ALLA LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI AL CUSTODE GIUDIZIARIO: CHI E' IL "MAGISTRATO CHE PROCEDE"?

(ELENA CARUSILLO)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. - 2. Le ragioni della questione controversa. - 3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. - 4. Il decreto di archiviazione e la sua natura. - 5. La sentenza delle Sezioni Unite "Seghaier": una traccia per la soluzione della questione. - 6. La ricaduta della decisione sulla dichiarazione di incompetenza. - 7. La decisione.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sulla questione volta a stabilire "se la competenza a provvedere sulla istanza di liquidazione delle spese di custodia dei beni in sequestro, presentata successivamente alla pronuncia del provvedimento di archiviazione, spetti al giudice per le indagini preliminari o al pubblico ministero". La vicenda trae la sua origine dal ricorso proposto dal Procuratore generale avverso l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Firenze aveva declinato la propria competenza a provvedere sulla richiesta di liquidazione del compenso, avanzata dal custode giudiziario per l'attività di custodia dei beni in sequestro, e restituito gli atti al pubblico ministero, sul presupposto che, ai sensi dell'art. 168, comma 1, del Testo Unico in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), la liquidazione delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia dovesse ricadere nella sfera di competenza del pubblico ministero quale magistrato procedente al momento della presentazione della domanda, al quale gli atti erano stati restituiti, ai sensi dell'art. 409 comma 1, cod. proc. pen., con il decreto di archiviazione.

La Quarta sezione, con ordinanza n. 56334 del 5/12/2018, rimetteva la trattazione del ricorso al supremo consesso sul rilievo dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale di tipo interpretativo in merito al significato da ascrivere alla locuzione "magistrato che procede" contenuta nell'art. 168, comma 1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, sia in termini di individuazione dell'autorità giudiziaria competente a provvedere, sia in termini di ricaduta della decisione sul provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, dichiaratosi incompetente, aveva disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero.

Ad avviso del collegio rimettente, infatti, in caso di attribuzione della competenza al giudice per le indagini preliminari il provvedimento restitutorio si sarebbe profilato come abnorme in quanto idoneo a determinare una stasi del procedimento, superabile da parte del pubblico ministero soltanto con il compimento di un atto esorbitante dalla propria competenza e pertanto illegittimo; diversamente, in caso di attribuzione della competenza all'ufficio del pubblico ministero, il provvedimento sarebbe stato legittimo ed il ricorso del pubblico ministero inammissibile in quanto proposto nei confronti di un provvedimento inoppugnabile per il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione di cui all'art. 568 cod. proc. pen.

Nell'ordinanza di rimessione venivano richiamati sia arresti che individuavano il criterio interpretativo della locuzione "magistrato che procede" in termini di disponibilità materiale del fascicolo al momento della presentazione della richiesta di liquidazione dopo l'archiviazione del procedimento e che attribuivano, pertanto, la competenza al pubblico ministero sul presupposto che il fascicolo, una volta archiviato dal giudice per le indagini preliminari, ritorna presso l'ufficio del pubblico ministero (Sez. 4, n. 54227 del 14/09/2018, n.m.; Sez. 4, n. 2212 del 01/10/2014, dep. 2015, Ignoti, Rv. 261765; Sez. 4, n. 7468 del 11/12/2012, dep. 2013, Ignoti, Rv.254516; Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv.229661), sia arresti che attribuivano la competenza a decidere al giudice per le indagini preliminari quale autorità procedente in relazione alla funzione esercitata e, dunque, in un'ottica avulsa dalla materiale collocazione degli atti (Sez. 4, n. 834 del 13/09/2017, dep. 2018, Ignoti, Rv. 271748; Sez. 4, n. 34335 del 04/05/2011, Pronesti, n.m.; Sez. 5, n. 9222 del 10/02/2006, Ignoti, Rv. 233770; Sez. 4, n. 27915 del 13/04/2005, Ditta Truch Cars, Rv. 231811). La divergenza tra tali epiloghi decisori si poneva, pertanto, a fondamento della rimessione alle Sezioni Unite.

2. Le ragioni della questione controversa.

Per meglio comprendere le ragioni fondanti il contrasto interpretativo sviluppatosi tra le Sezioni semplici sul valore e significato da attribuire alla locuzione

"magistrato che procede", occorre ricordare che la materia delle spese di giustizia, inizialmente disciplinata dalla legge 1 dicembre 1956 n. 1426, recante norme sui compensi spettanti ai periti, consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite a richiesta dell'autorità giudiziaria, successivamente, sia in ambito civile che penale, era stata regolamentata con la legge 8 luglio 1980 n. 319 che, all'art. 11, devolveva la competenza relativa alla liquidazione degli onorari al magistrato che aveva effettuato la nomina. Tale legge era stata poi abrogata (con esclusione dell'art. 4 relativo alle modalità di determinazione degli onorari in base alle vacazioni) ad opera del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia", con il quale il Legislatore aveva mirato a sistemare organicamente, attraverso una attività ricognitiva (Sez. U, n. 19289 del 25/02/2004, Lustri, Rv. 227355), quella "stratificazione di norme formatasi nel corso di ben centocinquanta anni", succedutesi "senza una complessiva visione organica", sia pur nei limiti della delega che, pur conferendo "alle disposizioni del testo unico un contenuto sicuramente innovativo" non gli consentiva di spingersi ad operare modifiche sostanziali della disciplina se non necessarie alla "stessa opera di coordinamento e armonizzazione espressamente delegata" (Sez. U, n. 9605 del 28/11/2013, Seghaier, Rv. 257989). Nei limiti del ristretto alveo compilativo riconosciuto al Testo unico si inquadrava l'operazione compiuta dal Legislatore che nel formulare l'art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002 aveva sostituito, con riferimento all'autorità competente alla liquidazione, il termine "magistrato" a quello di giudice e pubblico ministero. Ad avviso della giurisprudenza di legittimità, con questa operazione il Legislatore aveva inteso valorizzare la figura dell'organo giudiziario che "ha la disponibilità e la signoria sugli atti al momento della liquidazione" (in tema di liquidazione delle spese relative alle fatture emesse dai gestori di telefonia per l'acquisizione di tabulati telefonici, Sez. 4, n. 21757 del 10/05/2006, Romano, Rv. 234519; Sez. 1, n. 21703 del 21/05/2008, Bertone, Rv. 240078; Sez. 4, n. 19650 del 04/02/2009, Musumeci, Rv. 243444), a cui è "demandata la decisione nel merito" (Sez. 4, n. 34184 del 12/01/2012, Cifarelli, Rv. 253499 - 01).

3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa.

Sulla specifica questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, relativa alla interpretazione del significato da ascrivere alla locuzione "magistrato che procede" contenuta nell'art. 168 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 in caso di istanza di liquidazione dei compensi delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia dei beni sequestrati presentata dopo il provvedimento di archiviazione, si registravano pronunce di legittimità non univoche.

In epoca di poco antecedente all'approvazione del Testo unico, Sez. U, n. 25161 del 24/04/2002, Fabrizi, Rv. 221660, chiamata a decidere in merito alla individuazione del regime della prescrizione del compenso dovuto al custode di cose sequestrate nell'ambito di un procedimento penale, aveva fornito un criterio di individuazione del magistrato competente a provvedere in ordine alle necessarie incombenze, nelle varie fasi processuali, affermando il principio di diritto secondo il quale "la competenza a deliberare sulla richiesta di anticipazione o liquidazione finale del compenso presentata dal custode di cose sequestrate nell'ambito di procedimento penale appartiene, nella fase successiva alla sentenza irrevocabile, al giudice dell'esecuzione, nella fase delle indagini preliminari al pubblico ministero il quale provvede con decreto motivato, nel corso del giudizio di cognizione, al giudice che ha la disponibilità del procedimento il quale provvede "de plano", osservandosi, in tutti i casi, le forme stabilite per il procedimento di esecuzione a norma dell'art. 666 cod. proc. pen." sul presupposto che, poiché "la disposizione dell'art. 265 cod. proc. pen. riproduce esattamente il dettato dell'art. 626 del codice di rito previgente, in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità era concorde nel ritenere che la competenza appartenesse al giudice dell'esecuzione dopo la sentenza irrevocabile ed al giudice avente la disponibilità del procedimento durante la pendenza del giudizio di cognizione, i medesimi criteri - tenuto conto della stretta connessione tra dissequestro e restituzione delle cose sequestrate e pagamento delle spese di custodia (art. 262, 2° comma, c.p.p. e art. 84 disp. att. c.p.p.) - fossero validi anche nella disciplina del nuovo codice di rito.

La sentenza "Fabrizi", nel richiamare l'orientamento formatosi nella vigenza del codice di procedura penale abrogato secondo il quale "la competenza a liquidare il compenso al custode giudiziario spetta al giudice dell'esecuzione dopo la sentenza irrevocabile e al giudice che ha la disponibilità del procedimento nel corso del giudizio, apparendo logico che siano unificati nello stesso organo il potere di disporre circa la restituzione delle cose sequestrate e circa il suddetto compenso, essendo subordinata la restituzione al recupero delle spese di custodia sostenute dallo Stato" (Sez. 1, n. 1437 del 04/05/1979, Angioini Rv. 142373; Sez. 1, n. 804 del 05/04/1978, Hagler, Rv. 138723), aveva collegato la competenza dell'autorità giudiziaria al potere di disposizione sulle cose sequestrate (artt. 263 e ss. Cod. proc. pen.) e di liquidazione del compenso all'ausiliario per la subordinazione della restituzione al recupero delle spese anticipate dall'Erario. Con l'approvazione del Testo unico, in merito alla locuzione "magistrato che procede", di cui all'art. 168 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, si formavano due differenti orientamenti giurisprudenziali, il primo dei quali fondava sul principio di diritto affermato da Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv. 229661, secondo il quale "è competente il P.M. a decidere sulla richiesta di liquidazione del compenso del custode qualora il

procedimento si concluda con provvedimento di archiviazione", atteso che "con la richiesta di archiviazione il giudice per le indagini preliminari non viene investito del procedimento ma viene chiamato esclusivamente a svolgere un controllo di legalità sulla determinazione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale". Il principio è stato ribadito più di recente in ulteriori arresti di legittimità nei quali si è affermato che la locuzione "magistrato che procede" è riferibile al magistrato che ha la materiale disponibilità degli atti al momento della richiesta di liquidazione, da individuarsi, dopo l'archiviazione del procedimento e la trasmissione degli atti all'ufficio di procura, nel pubblico ministero (Sez. 4, n. 54227 del 14/09/2018, Ignoti, Rv. 274428; Sez. 4, n. 54827 del 14/09/2018, Ignoti, Rv. 274276; nonché, in tema di liquidazione di spese relative ad intercettazioni telefoniche, Sez. 4, n. 54826 del 2018 n.m.; Sez. 4 n. 6657 del 19/01/2017, P.M. in proc. G.i.p. Trib. Napoli, Rv. 269037; Sez. 4, n. 2212 del 01/10/2014, dep. 2015, Ignoti, Rv. 261765).

In contrapposizione a tale indirizzo, in altre pronunce si è affermato il principio secondo il quale, anche in caso di archiviazione già disposta, la competenza a decidere sulla liquidazione dei compensi al custode appartiene al giudice per le indagini preliminari quale autorità procedente, a nulla rilevando la materiale trasmissione del fascicolo processuale agli archivi della procura (Sez. 5, n. 2924 del 12/11/2013, dep. 2014, Ignoti, Rv. 257939; Sez. 5, n.9222 del 10/02/2006, PM c/ignoti, Rv. 233770; Sez. 4, n. 32314 del 20/01/2005, Trionfo, Rv. 231724; Sez. 4, n. 11195 del 26/01/2005, Paolucci, Rv. 231196), poiché la competenza alla liquidazione delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia è del giudice dell'esecuzione. Il ragionamento della Corte prendeva le mosse da un'operazione di interpretazione logico-sistematica dell'art. 263, comma 6, cod. proc. pen. che, nello stabilire che dopo la sentenza non più soggetta a impugnazione sulla restituzione delle cose sequestrate provvede il giudice dell'esecuzione, dava vita ad una previsione, essa stessa, espressione di un principio di carattere generale in base al quale, qualora alla restituzione del bene non abbia provveduto il giudice che procede ed il procedimento sia stato "definito", ossia non esiste più un giudice di cognizione, l'interessato deve rivolgersi al giudice dell'esecuzione (Sez. 1, n. 15997 del 28/2/2014, Villa, Rv. 259912), regola questa "da applicarsi anche al provvedimento di archiviazione, atteso che esso definisce la fase delle indagini preliminari, facendo sì che tutti i poteri conferiti al pubblico ministero ed al giudice per le indagini preliminari passino a quest'ultimo, ma in funzione di giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 665 cod. proc. pen." (Così Sez. 4, n. 43885 del 10/07/2018, Ignoti, Rv. 274268).

4. Il decreto di archiviazione e la sua natura.

Ai fini dell'esame della questione interpretativa rimessa al vaglio della Corte e riferita ad una istanza di liquidazione dei compensi presentata dopo il provvedimento di archiviazione, giova segnalare che sulla natura del detto provvedimento, a differenza di quanto affermato (o meglio auspicato) nel corso dei lavori preparatori, allorchè si era escluso che potesse riproporsi qualsiasi disputa sulla natura del provvedimento di archiviazione "decisamente collocato fuori dall'area della giurisdizionalità" (Rel. prog. prel. c.p.p., pag. 100 in G.U. Serie Generale n. 250 del 24.10.1988, non erano affatto sopiti i dubbi sorti già nella vigenza del codice di procedura penale abrogato. Invero, la giurisprudenza di legittimità in taluni arresti aveva affermato: che al provvedimento di archiviazione del giudice per le indagini preliminari non poteva riconoscersi natura giurisdizionale trattandosi di un atto privo di statuizioni o accertamenti processualmente certi benché emesso da un giudice (Sez. 1, n. 8881 del 10/07/2000, Malcangi, Rv. 216919); che con il provvedimento di archiviazione "il giudice si pone come garante della legalità, in ordine all'esercizio dell'azione penale, e non come risolutore di un conflitto di interessi" (Sez. 5, n. 6059 del 13/11/1998, dep. 1999, Fortunato, Rv. 212643,); che il provvedimento di archiviazione, sebbene non contenga statuizioni o accertamenti processualmente certi rappresenta un punto fermo del processo inteso come "qualunque procedimento contenzioso o non contenzioso di natura giurisdizionale" (Sez. 3, n. 39191 del 18/06/2014, Ventura, Rv. 260391; Sez. 6, n. 26189 del 4.06.2009, Merenda e altro, Rv. 244553; Sez. 1, n. 8881 del 10/07/2000, Malcangi, Rv. 216919; Sez. 5, n. 6059 del 13-11-1998, dep. 1999, Fortunato, Rv. 212643; Sez. 5, n. 1334 del 22.10.1991 dep. 1992, Panicucci, Rv. 189199); che a dirimere ogni dubbio sul carattere non giurisdizionale del provvedimento di archiviazione, soccorrerebbero la sua collocazione all'interno della fase preprocessuale e la sua insuscettibilità a "passare in giudicato" sebbene lo stesso sia dotato, in virtù del disposto dell'art. 414, di una limitata efficacia preclusiva (Sez U, n. 9 del 22/03/2000, Finocchiaro, Rv. 216004; Sez. 3 n. 3908 del 28/01/2010, S., Rv. 246022; Sez. 5, n. 1344 del 22/10/1991 (dep. 1992), Panicucci, Rv. 189199). In merito alla efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione la Corte costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità, sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., dell'art. 555 cod. proc. pen., comma 2, in relazione all'art. 414 cod. proc. pen. vigente nella parte in cui non consente di rilevare o eccepire la nullità del decreto di citazione a giudizio nel caso di mancata autorizzazione alla riapertura delle indagini preliminari, ha assegnato al provvedimento del giudice per le indagini preliminari che autorizza lo svolgimento delle nuove indagini la sostanziale natura di condizione di procedibilità, con la

conseguenza che la richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero dopo l'archiviazione e senza previa autorizzazione alla riapertura delle indagini, determina l'improcedibilità dell'azione penale, che dev'essere dichiarata dal giudice competente a decidere sul merito ex artt. 129, 425, 469 e 529 cod. proc. pen. Dunque, ad avviso della Corte costituzionale, in difetto del provvedimento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari, è precluso al pubblico ministero di espletare nuove indagini e di promuovere l'azione penale (Corte cost. 95/27 e, più di recente, Corte cost. '03/56). In questa ottica, la restituzione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 409 cod. proc. pen., sembrerebbe rispondente alla sola esigenza di lasciare nella disponibilità della parte pubblica quanto necessario ad una rivisitazione della vicenda, allorchè si profili la necessità di compiere nuove investigazioni; di conseguenza il decreto di archiviazione, chiudendo la fase del procedimento rappresentata dalle indagini preliminari svolte, infruttuosamente, dalla pubblica accusa, costituirebbe l'elemento di cesura che segna la fine di un percorso, impedendo la prosecuzione della fase procedimentale, salva la possibilità di una riapertura con l'intervento del giudice ai sensi dell'art. 414 cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 33057 del 10/07/2007, Gianoglio, Rv. 237581, in tema di efficacia preclusiva del decreto in merito alla "notitia criminis" e non al fatto).

5. La sentenza delle Sezioni Unite "Seghaier": una traccia per la soluzione della questione.

Un importante spunto di riflessione per la questione rimessa al vaglio delle Sezioni unite si rinviene nel principio di diritto affermato da Sez. U, n. 9605/14 del 28/11/2013, Seghaier, Rv. 257989-01, secondo il quale "alla liquidazione dei compensi dovuti al consulente tecnico nominato dal P.M. deve provvedere lo stesso P.M. che ha conferito l'incarico, anche nel caso in cui il procedimento sia passato ad una fase successiva" in considerazione dello stretto vincolo fiduciario che intercorre tra l'autorità giudiziaria che designa e il soggetto designato quale perito o consulente. Nella specie, le Sezioni Unite se da un lato valorizzavano la regola di competenza delineata per il perito e il consulente del pubblico ministero contenuta nell'art. 73 disp. att. cod. proc. pen., che rinvia all'osservanza delle disposizioni previste per il perito e, quindi, all'art. 232 cod. proc. pen., il quale stabilisce espressamente che il compenso al perito è liquidato dal giudice che ha disposto la perizia a prescindere dalla fase in cui si trova il procedimento nel momento della richiesta di liquidazione, tuttavia dall'altro sottolineavano che la regola individuata con riguardo a perito e consulente del P.M., derivando da una speciale disposizione normativa, non avrebbe potuto incidere in alcun modo "sulla regola fissata, in via generale, dall'art. 168 T.U. per il custode e gli altri ausiliari ivi menzionati". Nella decisione si sottolineava così

la netta distinzione tra il rapporto fiduciario che si istaura tra il pubblico ministero e il consulente tecnico e il rapporto intercorrente tra il magistrato e gli altri ausiliari temporaneamente incaricati di una pubblica funzione sulla base della nomina loro conferita dall'organo giudiziario e da questi scelti, sulla base di un potere discrezionale, in considerazione della natura e della funzione svolta (Cass. Civile, Sez. 1, n. 4714 del 12/07/1983, Rv. 429606).

L'affermazione di Sez. U, n. 9605/14 del 28/11/2013, Seghaier, Rv. 257989-01, secondo la quale l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente per la liquidazione delle spettanze agli ausiliari del magistrato, diversi dal consulente tecnico, deve avvenire tenendo conto della assenza di quel rapporto fiduciario esistente tra quest'ultimo e il pubblico ministero, non è stata tuttavia utile a dirimere il contrasto in relazione alla individuazione dell'autorità giudiziaria competente per la liquidazione dell'indennità di custodia a seguito di provvedimento di archiviazione.

Invero, sul solco tracciato dalla precedente giurisprudenza dominante, alcune pronunce hanno individuato in procedimento conclusosi con l'archiviazione, il "magistrato che procede", indicato all'art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002, nel giudice per le indagini preliminari dichiarando l'abnormità "per la stasi processuale che ne deriva" del "provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, disposta l'archiviazione, rimetta al pubblico ministero la decisione sulla richiesta di liquidazione del compenso spettante al custode giudiziario", spiegando, per un verso, che l'attribuzione della competenza al giudice per le indagini preliminari nasce dalla circostanza che, in procedimento conclusosi con provvedimento di archiviazione, è proprio questi il giudice dell'esecuzione (Sez. 4, n. 834 del 13/09/2017, dep. 2018, Ignoti, Rv. 271748) ed evidenziando, dall'altro, come ai fini della competenza sia irrilevante la collocazione "fisica" del fascicolo archiviato presso altro ufficio e come invece la disponibilità del medesimo sia da ritenersi propria del giudice per le indagini preliminari che ha definito il procedimento accogliendo la richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero, in ragione della funzione di giudice dell'esecuzione dallo stesso esercitata (Sez. 4, n. 43885 del 10/07/2018, Ignoti, Rv. 274268).

Seguendo un apparentemente difforme orientamento ricollegabile alla già citata pronuncia di Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv. 229661, altri recenti arresti, seppure numericamente ridotti, hanno invece evidenziato che, in caso di procedimento conclusosi con provvedimento di archiviazione e restituzione degli atti alla procura, la competenza alla liquidazione delle spese di custodia "spetta al pubblico ministero quale magistrato che procede, ai sensi dell'art. 168, d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002", in quanto "magistrato che ha materialmente la disponibilità degli atti al momento della richiesta di liquidazione dopo l'archiviazione del

procedimento (Sez. 4, n. 54227 del 14/09/2018, ignoti, Rv. 274428; Sez. 4, n. 6657 del 19/01/2017, G.i.p. Trib. Napoli, Rv. 269037; Sez. 4, n. 2212 del 01/10/2014, dep. 2015, ignoti, Rv. 261765). Da ultimo Sez. 4 n. 54827 del 14/09/2018, ignoti, Rv. 274276, richiamando l'art. 3 d.P.R. n. 115 del 2002, il quale contiene le definizioni valevoli ai fini della lettura dello strumento normativo, ha posto l'attenzione sulla definizione di "magistrato" (riferibile tanto al giudice che al pubblico ministero) e sul significato della locuzione "che procede", riconoscendo validità al criterio della materiale disponibilità degli atti al momento in cui sorge la necessità di procedere (quindi, per il caso che ci occupa, la presentazione dell'istanza di liquidazione)". Nel fare ciò la Quarta sezione, richiamando gli insegnamenti della sentenza "Seghaier" ha precisato che "pur addivenendo a soluzione diversa nel caso all'esame in quella sede (nel quale ha ritenuto di preminente rilievo il rapporto fiduciario tra il consulente e l'organo che lo ha nominato, in base al coordinato disposto di cui all'art. 73 disp. att. cod. proc. pen. e 232 cod. proc. pen.)", tale pronuncia avrebbe ripreso e fatto proprio "il più condivisibile orientamento espresso da altre pronunce nelle quali si è dato rilievo al criterio della disponibilità degli atti, in conformità ai principi, sia pure incidentalmente, affermati dalle sezioni unite di questa Corte nella sentenza n. 9605 del 2013 già citata [cfr. Sez. 4 n. 7468 dell'11/12/2012 Cc. (dep. 14/02/2013), Rv. 254516; n. 2212 dell'01/10/2014 Cc. (dep. 16/01/2015), P.M. in proc. ignoti, Rv. 261765]".

In queste decisioni, la Corte sembra dare rilievo in via esclusiva al riferimento contenuto nella pronuncia "Seghaier" allorchè individua il "magistrato che ha la disponibilità degli atti" in quello che ha la disponibilità materiale del fascicolo al momento in cui sorge la necessità di procedere a seguito di istanza di liquidazione presentata successivamente al provvedimento di archiviazione e restituzione degli atti al pubblico ministero.

6. La ricaduta della decisione sulla dichiarazione di incompetenza.

La Quarta sezione nel rimettere al vaglio delle Sezioni unite la risoluzione del contrasto interpretativo sul significato da ascrivere alla locuzione "magistrato che procede" contenuta nell'art. 168., comma 1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, ne ha sottolineato, come dianzi accennato, la ricaduta sul provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, a seguito della propria dichiarazione di incompetenza, restituisce gli atti al pubblico ministero, prospettando che:

alla risposta al quesito in termini di attribuzione della competenza al giudice per le indagini preliminari, conseguirebbe l'abnormità del provvedimento perché idoneo a determinare una stasi del procedimento, superabile da parte del pubblico ministero

soltanto con il compimento di un atto esorbitante dalla propria competenza e pertanto illegittimo;

alla risposta al quesito in termini di attribuzione della competenza all'ufficio del pubblico ministero, conseguirebbe la legittimità del provvedimento e la conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso del pubblico ministero in quanto proposto nei confronti di un provvedimento inoppugnabile per il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione di cui all'art. 568 cod. proc. pen.

In un arresto, rimasto isolato, i giudici di legittimità avevano intravisto nel procedimento di liquidazione, un autonomo subprocedimento le cui vicende sono disciplinate, fuori del codice, dal d.P.R. n. 115 del 2002 con esclusione di qualsiasi ricaduta su di esso delle patologie o dei vizi processuali propri del provvedimento con il quale il giudice restituisce al pubblico ministero la richiesta di liquidazione di compensi "in quanto la previsione di uno speciale procedimento di opposizione per le controversie riguardanti la liquidazione degli onorari agli ausiliari farebbe venir meno l'irreversibilità della stasi procedimentale che costituisce il presupposto necessario dell'abnormità" (Sez. 3, n. 28181 del 29/02/2012, Alemanni, Rv. 254327).

Diversamente, per la gran parte, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha qualificato come abnorme "il provvedimento del giudice innanzi al quale pende il processo con cui venga disposta la restituzione al pubblico ministero della richiesta di liquidazione delle competenze professionali presentata dal custode giudiziario (tra le tante: Sez. 4, n. 7468 del 11/12/2012, P.M. in proc. c/ ignoti, Rv. 254516; Sez. 5 n. 9222 del 10/02/2006 PM in proc. c/ignoti Rv. 233770; Sez. 4, n. 4211 del 09/11/2005, P.M. in proc. c/ ignoti, Rv. 233399).

E' da sottolineare che in tema di risoluzione delle controversie in materia di onorari agli ausiliari, i giudici di legittimità hanno ritenuto talora percorribile la strada del ricorso per cassazione per abnormità del provvedimento, talaltra configurabile un conflitto di competenza tra autorità giudiziarie, nella specie giudice e pubblico ministero. In particolare, nel ritenere ammissibile il conflitto negativo Sez. 1, n. 46673 del 10/10/2012, Rv. 254022, evidenziava che proprio in controversie in materia di onorari agli ausiliari l'organo requirente ha competenze e poteri decisionali analoghi a quelli del giudice, rispetto al quale si pone in posizione paritetica (Sez. 1, n. 46673 del 10/10/2012, Rv. 254022).

Di segno contrario, quella giurisprudenza che ravvisa la configurabilità di un conflitto di competenza solo allorchè due giudici, con provvedimento esplicito, prendano o rifiutino di prendere cognizione del processo in modo da realizzare una situazione d'inerzia processuale e una alternativa non altrimenti risolvibile, e che lo esclude come possibile tra un giudice ed un pubblico ministero che è parte, sia pure pubblica, nel processo penale con la conseguenza che, a fronte del provvedimento

declinatorio di competenza emesso dal giudice, al pubblico ministero non resterebbe che prendere atto, come ogni altra parte del procedimento, delle statuizioni del giudice, fatti salvi i mezzi d'impugnazione previsti dalla legge (Sez. 1, n. 1405 del 21/05/1990, Paci Rv. 184589; Sez. 1, n. 3254 del 06/07/1992, Piersigilli, Rv. 191385; Sez. 1, n. 3880 del 06/10/1992, Panetta Rv. 192181; Sez. 1, n. 714 del 19/02/1993, Egizio Rv. 193396; Sez. 1, n. 1555 del 06/04/1994, Di Mattina ed altri Rv. 197658; Sez. 1, n. 451 del 21/01/2000, Carbonara Rv. 215378; Sez. 1, n. 17357 del 09/04/2009, Carletti Rv. 243568; Sez. 1, n. 26733 del 05/05/2009, Buccella ed altri Rv. 244649). Sez. U. n. 9605 del 28/11/2013, Seghaier, Rv. 257989, che ha affrontato la questione relativa all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente per la liquidazione delle spettanze al consulente tecnico, con riferimento a questo differente profilo ha affermato che il conflitto di competenza è configurabile solo tra organi giurisdizionali e che, pertanto, una situazione di conflittualità tra il pubblico ministero, che è una parte anche se pubblica del processo, e il giudice non è inquadrabile neppure sotto il profilo dei "casi analoghi" previsti dall'art. 28 cod. proc. pen., così facendo rivivere il percorso alternativo, già imboccato dalla precedente giurisprudenza, che qualificava il provvedimento con cui il giudice restituisce al pubblico ministero la richiesta di liquidazione di compensi come abnorme ed impugnabile con ricorso per cassazione (Sez. 1, n. 3256 del 06/07/1992, Loreti ed altro Rv. 191593) in assenza di specifici mezzi di gravame per tali tipologie di atti e a fronte della necessità del suo annullamento in quanto idoneo a determinare la stasi del procedimento e l'impossibilità di proseguirlo (Sez. 3, n. 3010 del 09/07/1996, Cammarata Rv. 206058; Sez. 1, n. 1560 del 23/02/1999, Bentivegna, Rv. 213879; Sez. 3, n. 818 del 17/11/2015, Bartone Rv. 266176). L'istituto dell'abnormità del provvedimento che, per la sua flessibilità e capacità di adattamento a nuove e imprevedibili situazioni, è sempre sfuggito a una tassativa tipizzazione o classificazione esaustiva, che ne avrebbe pregiudicato la "funzione di valvola di sfogo" per i provvedimenti giudiziari anomali, è divenuto allora lo strumento risolutivo della stasi processuale cagionata dai contrasti tra giudice e pubblico ministero in materia di competenza alla liquidazione delle spese di custodia (Sez. 4 n. 43885 del 10/07/2018 ignoti, Rv. 274268 – 01; Sez. 4 n. 54227 del 14/09/2018 ignoti, Rv. 274428 – 01; Sez. 4, n. 834 del 13/09/2017 Cc. (dep. 11/01/2018) ignoti, Rv. 271748 – 01; Sez. 4 n. 2924 del 2014 ignoti, Rv. 257939 - 01; Sez. 4 n. 31324 del 2005 Trionfo, Rv. 231724 - 01; Sez. 4 n. 27915 del 2005 Ditta Truch Cars, Rv. 231811 - 01; n. 4211 del 09/11/2005 (dep. 02/02/2006) Ignoti, Rv. 233399 - 01) e compensi al consulente tecnico del pubblico ministero (Sez. 4, n. 21319 del 11/12/2012 Cc. (dep. 17/05/2013) Pinetti, Rv. 255281 – 01; Sez. 5 n. 7710 del 09/12/2008 (dep. 20/02/2009 Gabellone, Rv. 242947 – 01; Sez. 4 n. 15147 del 29/01/2008 2008 ignoti, Rv. 239732 - 01), dovendosi escludere che "la decisione

di natura meramente processuale con la quale il g.i.p. si limita a trasmettere gli atti per competenza al pubblico ministero possa essere equiparata a un provvedimento sostanzialmente reiettivo dell'istanza nel merito e, come tale, quindi, impugnabile" (Sez. U, n. 9605 del 28/11/2013, Seghaier, Rv. 257989; Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv. 229660; Sez. U, n. 19289 del 25/02/2004, Lustri, Rv. 227355, in tema di competenza a decidere sulla domanda di ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

7. La decisione.

Con la decisione assunta all'udienza del 18 aprile 2019, della quale oggi si attende il deposito della motivazione della sentenza per verificare le ragioni poste a fondamento della soluzione prescelta, essendo nota soltanto la soluzione adottata, le Sezioni Unite hanno dato risposta al quesito riportato in apertura affermando che "la competenza spetta al giudice per le indagini preliminari in funzione di giudice dell'esecuzione".

Evidentemente, il Supremo consesso ha condiviso l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale si era qualificato come abnorme, per la stasi processuale che ne deriva, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, disposta l'archiviazione, aveva restituito gli atti al pubblico ministero per la liquidazione delle spese di custodia dei beni in sequestro, in quanto la relativa competenza spetta al giudice dell'esecuzione, quale "magistrato che procede" ai sensi dell'art. 168 del T.U. sulle spese di giustizia (Sez. 4 , n. 43885 del 10/07/2018, PM C/Ignoti, Rv. 274268). Successivamente alla data del 18 aprile 2019, e nel breve lasso temporale successivo, risultano talune pronunzie delle Sezioni semplici che danno conto dell'allineamento alla decisione delle Sezioni Unite (**Sez. 4, n. 45757 del 12/11/2019, P.M., n.m.; Sez. 4, n. 45758 del 12/11/2019, PM, n.m.; Sez. 4, n. 24944 del 9/05/2019, P.M., n.m.**).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 804 del 05/04/1978, Hagler, Rv. 138723
Sez. 1, n. 1437 del 04/05/1979, Angioini Rv. 142373
Sez. 1, n. 1405 del 21/05/1990, Paci Rv. 184589
Sez. 5, n. 1334 del 22.10.1991 dep. 1992, Panicucci, Rv. 189199
Sez. 1, n. 3254 del 06/07/1992, Piersigilli, Rv. 191385
Sez. 1, n. 3256 del 06/07/1992, Loreti Rv. 191593
Sez. 1, n. 3880 del 06/10/1992, Panetta Rv. 192181
Sez. 1, n. 714 del 19/02/1993, Egizio, Rv. 193396
Sez. 1, n. 1555 del 06/04/1994, Di Mattina, Rv. 197658
Sez. 3, n. 3010 del 09/07/1996, Cammarata Rv. 206058
Sez. 5, n. 6059 del 13/11/1998, dep. 1999, Fortunato, Rv. 212643
Sez. 1, n. 1560 del 23/02/1999, Bentivegna, Rv. 213879
Sez. 1, n. 451 del 21/01/2000, Carbonara Rv. 215378
Sez. U, n. 9 del 22/03/2000, Finocchiaro, Rv. 216004
Sez. 1, n. 8881 del 10/07/2000, Malcangi, Rv. 216919
Sez. U, n. 25161 del 24/04/2002, Fabrizi, Rv. 221660
Sez. U, n. 19289 del 25/02/2004, Lustri, Rv. 227355
Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv.229661
Sez. 4, n. 32314 del 20/01/2005, Trionfo, Rv. 231724
Sez. 4, n. 11195 del 26/01/2005, Paolucci, Rv. 231196
Sez. 4, n. 27915 del 13/04/2005, Ditta Truch Cars, Rv. 231811
Sez. 4, n. 4211 del 09/11/2005, P.M. in proc. c/ ignoti, Rv. 233399
Sez. 5, n. 9222 del 10/02/2006, Ignoti, Rv. 233770
Sez. 4, n. 21757 del 10/05/2006, Romano, Rv. 234519
Sez. 5, n. 33057 del 10/07/2007, Gianoglio, Rv. 237581
Sez. 4, n. 15147 del 29/01/2008, Ignoti, Rv. 239732
Sez. 1, n. 21703 del 21/05/2008, Bertone, Rv. 240078
Sez. 5, n. 7710 del 09/12/2008 dep. 2009, Gabellone, Rv. 242947
Sez. 4, n. 19650 del 04/02/2009, Musumeci, Rv. 243444
Sez. 1, n. 17357 del 09/04/2009, Carletti Rv. 243568
Sez. 1, n. 26733 del 05/05/2009, Buccella Rv. 244649
Sez. 6, n. 26189 del 4/06/2009, Merenda, Rv. 244553
Sez. 3, n. 3908 del 28/01/2010, S., Rv. 246022
Sez. 4, n. 34335 del 04/05/2011, Pronesti, n.m.
Sez. 4, n. 34184 del 12/01/2012, Cifarelli, Rv. 253499
Sez. 3, n. 28181 del 29/02/2012, Alemanni, Rv. 254327

Sez. 1, n. 46673 del 10/10/2012, Confl. comp. in proc. Bacaio, Rv. 254022
Sez. 4, n. 7468 del 11/12/2012, dep. 2013, Ignoti, Rv.254516
Sez. 4, n. 21319 del 11/12/2012 dep. 2013, Pinetti, Rv. 255281
Sez. 5, n. 2924 del 12/11/2013, dep. 2014, Ignoti, Rv. 257939
Sez. U, n. 9605 del 28/11/2013, Seghaier, Rv. 257989
Sez. 1, n. 15997 del 28/2/2014, Villa, Rv. 259912
Sez. 3, n. 39191 del 18/06/2014, Ventura, Rv. 260391
Sez. 4, n. 2212 del 01/10/2014, dep. 2015, Ignoti, Rv. 261765
Sez. 3, n. 818 del 17/11/2015, Bartone Rv. 266176
Sez. 4, n. 6657 del 19/01/2017, P.M. in proc. G.i.p. Trib. Napoli, Rv. 269037
Sez. 4, n. 834 del 13/09/2017, dep. 2018, Ignoti, Rv. 271748
Sez. 4, n. 54826 del 14/09/2018, imp. PM, n.m.;
Sez. 4, n. 54827 del 14/09/2018, Ignoti, Rv. 274276
Sez. 4, n. 54227 del 14/09/2018, Ignoti, Rv. 274428
Sez. 4, n. 43885 del 10/07/2018, Ignoti, Rv. 274268
Sez. 4, n. 24944 del 9/05/2019, P.M., n.m.
Sez. 4, n. 45757 del 12/11/2019, P.M., n.m.
Sez. 4, n. 45758 del 12/11/2019, PM, n.m.

Sentenze della Corte Costituzionale

Corte cost., sent. n. 27 del 1995
Corte cost., sent. n. 56 del 2003

SEZIONE II

PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

CAPITOLO I

PARTE CIVILE AMMESSA AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO E POTERI DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUI PROVVEDIMENTI DI LIQUIDAZIONE

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Questione controversa. 2. Orientamento maggioritario in generale. 2.1. Orientamento maggioritario esplicito. 2.2. Orientamento maggioritario implicito. 3. Il "leading case" dell'orientamento minoritario. 3.1. Orientamento minoritario e giudizio di legittimità. 3.2. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte Costituzionale. 4. Orientamento intermedio. 5. La decisione delle Sezioni Unite. 6. Riflessioni conclusive.

1. Questione controversa.

Sez. 1, n. 22819 del 28 marzo-23 maggio 2019, De Falco, ravvisato un contrasto di giurisprudenza, ha rimesso al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite la questione controversa così riassunta dall'Ufficio del Massimario: «Se, nel giudizio di legittimità, la competenza a provvedere in ordine alla liquidazione delle spese processuali sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio a carico dello Stato, ai sensi dell'art. 541 cod. proc. pen., ed alla emissione del decreto di liquidazione degli onorari e delle spese a beneficio del difensore della predetta parte civile, ai sensi dell'art. 83, comma 2, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, spetti alla Corte di cassazione ovvero al giudice del rinvio o a quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato».

2. Orientamento maggioritario in generale.

L'orientamento maggioritario nega che la Corte di cassazione, la quale condanni l'imputato soccombente a rifondere all'erario dello Stato, ex art. 100, comma 3, t.u.s.g., le spese di costituzione della parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato, debba altresì procedere, viepiù in sentenza, a liquidare il compenso che lo Stato è onerato di corrispondere al difensore della ridetta parte. Non vi sono pronunce massimate. Con riguardo alle non massimate, occorre distinguere tra quelle che esplicitamente affermano che la Corte di cassazione non ha il potere di liquidare il compenso del difensore e quelle che siffatto principio sottintendono, in

quanto, concretamente, non liquidano "anche" tale compenso in uno al regolamento delle spese.

2.1. Orientamento maggioritario esplicito.

Sono ascrivibili all'orientamento maggioritario esplicito le seguenti pronunce:

- Sez. 5, n. 8218 del 18/01/2018, Murtas, la quale giudica infondata un'istanza di correzione di errore materiale, promossa dalla parte civile ammessa al patrocinio per non aver una precedente sentenza della S.C. posto a carico dell'erario dello Stato la liquidazione del compenso del difensore in misura eguale alla somma liquidata ex art. 541 cod. proc. pen., motivando nel senso che, «in primo luogo, a norma dell'art. 83 comma 2 d.P.R. n. 115/2002, alla liquidazione dell'onorario e delle spese sostenute dalla parte del giudizio di cassazione ammessa al patrocinio a carico dello Stato non provvede il giudice di legittimità bensì il giudice di rinvio, ovvero quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato […]. Peraltro, la stessa sentenza della Suprema Corte, che condanna l'imputato al pagamento delle spese in favore della parte civile ammessa al beneficio, deve semmai, a norma dell'art. 110 comma 3° d.P.R. 115/2002, disporre il pagamento di tali spese "in favore" dello Stato» (pagamento che la precedente sentenza aveva "implicitamente" disposto, liquidando il "quantum" in dispositivo pur senza indicare "expressis verbis" il soggetto creditore nell'erario dello Stato);

- Sez. 2, n. 43356 del 21/10/2015, Zecca, la quale giudica parzialmente fondata un'analoga istanza (riferita a sentenza che aveva erroneamente condannato l'imputato alla rifusione delle spese alla parte civile), motivando che «il dispositivo e la motivazione della sentenza […] devono essere corretti nel senso che la condanna dei ricorrenti deve essere riferita al versamento delle somme indicate a favore dell'erario e non della parte civile, ai sensi dell'art. 110 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115. Per quanto riguarda invece la liquidazione dell'onorario al difensore di parte civile la competenza appartiene alla corte d'appello […] ai sensi dell'art. 83 d.P.R. 212/2002».

2.2. Orientamento maggioritario implicito.

Accanto ad un orientamento maggioritario esplicito, ve n'è uno implicito, in seno al quale le pronunce si differenziano in due sottogruppi, sotto il profilo della determinazione del "quantum" al cui pagamento l'imputato è condannato in favore dell'erario dello Stato. La maggior parte di esse si limita ad una quantificazione secca di dette spese sul tacito presupposto dell'applicazione dei pertinenti criteri regolamentari, senza dunque i contenimenti e le decurtazioni discendenti dal t.u.s.g. (**Sez. 2, n. 11647 del 05/02/2019, Ben Said**; Sez. 4, n. 29314 del 05/06/2018,

Vivanet; Sez. 5, n. 44915 del 27/04/2018, Musumeci; Sez. 2, n. 16054 del 20/03/2018, Natalizio; Sez. 1, n. 21091 del 08/02/2018, Riccio e altri; Sez. 5, n. 11960 del 07/12/2017 (dep. 2018), Ripamonti e altri; Sez. 1, n. 7784 del 27/11/2017 (dep. 2018), Parola; Sez. 2, n. 12856 del 27/01/2017, Viorel; Sez. 1, n. 7308 del 21/12/2016 (dep. 2017), Graziano; Sez. 5, n. 2186 del 14/11/2016 (dep. 2017), Antonucci). Invece alcune pronunce della Sez. 1 – la quale, nondimeno, come visto, esprime anche pronunce riconducibili al sottogruppo più numeroso – ritengono di dover quantificare le spese già computando nella liquidazione ex art. 541 cod. proc. pen. l'abbattimento di un terzo ai sensi dell'art. 106-bis t.u.s.g. (**Sez. 1, n. 10551 del 07/11/2018 (dep. 2019**), L.; Sez. 1, n. 46118 del 12/04/2018, Garau A. e altro; Sez. 1, n. 41124 del 10/04/2018, PG Roma in proc. Petrianni). La differenziazione che ne consegue rileva sul piano dei rapporti tra le due liquidazioni imputato-Stato, di cui agli artt. 541 cod. proc. pen. e 100 t.u.s.g., e Stato-difensore di p.c., di cui all'art. 82 t.u.s.g.: se l'indirizzo maggioritario pare "naturaliter" orientato alla totale autonomia dei rapporti imputato-Stato e Stato-difensore di p.c., che genera una possibile, ma fisiologica, differenza nelle rispettive liquidazioni, l'abbattimento di un terzo già inglobato nel primo rapporto sembrerebbe invece postulare la coincidenza della relativa liquidazione con la liquidazione afferente al secondo rapporto, giacché, diversamente, esso dovrebbe incidere soltanto su quest'ultimo. Su detto ulteriore piano, le pronunce della Sez. 1 in ultimo evocate, da un alto, dimostrano che non è necessitato che dalla coincidenza delle due liquidazioni imputato-Stato e Stato-difensore di p.c. discenda l'affermazione della competenza della Corte di cassazione a disporre anche la seconda; ma, dall'altro, per ciò solo, pongono l'interrogativo circa l'"utilità' di una seconda liquidazione ad opera del giudice di merito ex art. 83, comma 2, t.u.s.g. meramente ripetitiva della prima. Peraltro, in contrario avviso rispetto alle stesse, si registrano Sez. 4, n. 42844 del 09/10/2008, Rv. 241336-01, Amato, e Sez. 4, n. 26663 del 10/04/2008, Amato. Segnatamente, la massima della prima enuncia il principio che «il giudice, quando condanna l'imputato alla refusione delle spese processuali sostenute dalla parte civile, liquida gli onorari spettanti al difensore di quest'ultima senza essere vincolato ai criteri previsti per la liquidazione dei medesimi onorari dalla disciplina del patrocinio a spese dello Stato». La massima va letta in uno alla motivazione, alla stregua della quale la S.C. ritiene non condivisibile la tesi che «nella liquidazione in favore del difensore non poss[a]no essere riconosciuti importi maggiori di quelli già riconosciuti con la sentenza di condanna, da devolvere allo Stato, in quanto ciò esporrebbe lo Stato al rischio di non recuperare per intero, dall'imputato, quanto corrisponde al difensore», poiché «nessuna disposizione di legge è rinvenibile nel senso di vincolare la liquidazione in favore del difensore alla misura fissata dal giudice penale in sentenza. Ed anzi […]

esiste una disposizione che è di segno opposto, laddove si precisa, con l'art. 82 sopra già richiamato, che la liquidazione dell'onorario e delle spese in favore del difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato non possono superare i valori medi tariffari […]».

3. Il "leading case" dell'orientamento minoritario.

Passando alla disamina dell'orientamento minoritario, la particolarità dello stesso risiede in ciò che fa derivare il dato della competenza della Corte di cassazione (anche) sulla liquidazione del compenso al difensore della parte civile vittoriosa ammessa al patrocinio a spese dello Stato – competenza da esercitarsi direttamente in sentenza (e dunque non con separato provvedimento ex artt. 82, comma 1, e 83, comma 1, t.u.s.g.) – dalla premessa della necessaria coincidenza tra le due liquidazioni nei rapporti imputato-Stato e Stato-difensore di p.c.: in tal modo, però, si sovrappongono due piani distinti, che, seppure per ragioni di opportunità collegati, non lo sono di necessità, come dimostrano le pronunce della Sez. 1, di cui all'indirizzo minoritario implicito sopra esaminato, che inglobano l'abbattimento dell'art. 106-bis t.u.s.g. nella liquidazione delle spese di procedimento, ma ricusano comunque di liquidare il compenso al difensore. In seno all'indirizzo che ne occupa, la fondamentale Sez. 6, n. 46537 del 08/11/2011, Rv. 251383-01, F., afferma che «l'importo che l'imputato, condannato a rifondere le spese sostenute dalla parte civile ammessa al beneficio del patrocinio, è tenuto a corrispondere allo Stato ex art. 110 del d.P.R. n. 115 del 2002 deve coincidere con la somma che il giudice liquida in favore del difensore della parte civile stessa ex art. 82 del d.P.R. cit., dovendo quindi anche tale liquidazione essere contenuta nel dispositivo della sentenza di condanna». Pare utile, dato anche il rilievo che la pronuncia ha avuto in letteratura, riassumerne brevemente la motivazione. La S.C., intervenuta a porre rimedio – annullando la sentenza senza rinvio e decidendo nel merito ex art. 620, lett. l), cod. proc. pen. – all'errore compiuto dal giudice di merito che, in sede di "patteggiamento", aveva condannato l'imputato a rifondere le spese alla parte civile, anziché, come avrebbe dovuto ai sensi dell'art. 110 t.u.s.g., all'erario dello Stato, osserva quanto segue:

- la fattispecie «apparentemente vede il contrasto tra due discipline»: la quantificazione delle spese ex art. 541 cod. proc. pen., che segue la tariffa professionale ed è uno dei capi della sentenza, e la liquidazione del compenso al difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, che segue egualmente la tariffa professionale, ma soggiace al limite del valore medio delle voci di cui all'art. 82, comma 1, t,u,s,g, oltreché, come più recentemente stabilito giusta

legge 27 dicembre 2013, n. 147, all'abbattimento di un terzo di cui all'art. 106-bis t.u.s.g.;

- si applica l'art. 110, comma 3, t.us.g., di guisa che la liquidazione ex art. 541 cod. proc. pen. deve essere fatta in favore dello Stato;

- talché «vi è la sovrapposizione di tre "relazioni": quella tra l'imputato e la parte civile, quella tra l'imputato e lo Stato, quella tra lo Stato e la parte civile»;

- «la somma che il giudice con la sentenza deve porre a carico dell'imputato deve coincidere con quella, a carico dello Stato, che lo stesso giudice deve liquidare al difensore della parte civile, con il decreto ex art. 82 t.u.s.g.», onde evitare che lo Stato si avvantaggi di un ingiustificato arricchimento, qualora ricevesse, per la prestazione del difensore di parte civile, più di quanto è tenuto a corrispondere al medesimo, ovvero subisca ingiustificati danni, qualora ricevesse dall'imputato, in ragione della soccombenza, meno di quanto è tenuto a corrisponde a tale difensore);

- rispetto al caso in cui la sentenza penale contiene il riconoscimento della responsabilità dell'imputato anche ai fini civili e la sua condanna alla rifusione delle spese, con riferimento al quale trova applicazione esclusivamente la disciplina di cui agli artt. 82 e 110 t.u.s.g., in quanto normativa successiva e speciale rispetto all'art. 541 cod. proc. pen., nei due casi eccezionali dell'assoluzione dell'imputato e della compensazione delle spese, le rispettive discipline del t.u.s.g. e del Codice di rito mantengono, per ragioni logiche prima ancora che giuridiche, la propria autonomia;

- sul piano processuale, «la necessaria coincidenza tra le somme relative al rapporto imputato-Stato ed a quello Stato-parte civile si ottiene agevolmente liquidando direttamente con la sentenza al difensore le spese di difesa sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio […]. Si tratta [non di una] soluzione sistematica quanto […] della conseguenza immediata dell'applicazione concreta della specialità della disciplina dell'art. 110 t.u.s.g. rispetto all'art. 541 c.p.p.»;

- sempre sul piano processuale, «conseguenza sistematica ulteriore è che le impugnazioni relative all'"an debeatur" sono disciplinate dal codice di rito […], mentre quelle relative al "quantum debeatur" sono disciplinate dal D.P.R. n. 115 del 2002, artt. 84 e 170 (che prevedono la partecipazione di tutte le parti processuali interessate) […]».

Sez. 6, n. 46537 del 2011 è ribadita, in generale, da Sez. 6, n. 15435 del 20/03/2014, C.R., e, soprattutto, da **Sez. 6, n. 20552 del 06/03/2019, Rv. 275734-01, Setti c. Farsane**, la quale ultima ne cristallizza un ulteriore innovativo approdo processuale, nel senso che il mancato inserimento della liquidazione disposta in favore del difensore della parte civile ai sensi dell'art 82 t.u.s.g. nel dispositivo della sentenza «integra un mero errore materiale omissivo, emendabile con la procedura di correzione innanzi al giudice che ha emesso il provvedimento».

3.1. Orientamento minoritario e giudizio di legittimità.

Quanto poi, specificamente, al giudizio di legittimità, le pronunce successive a Sez. 6, n. 46537 del 2011, sviluppano l'esigenza che la Corte di cassazione, affinché possa essere messa nelle condizioni di effettuare "uno acto" le due liquidazioni (coincidenti) nei rapporti imputato-Stato e Stato-difensore di p.c., disponga di una nota delle spese conforme all'art. 82 t.u.s.g. (ma altresì all'art. 106-bis dello stesso testo), giacché altrimenti ritorna operativa la competenza del giudice di cui all'art. 83, comma 2, t.u.s.g.: in tal senso depongono, alla lettera, le massime estratte da due pronunce non più recentissime: Sez. 4, n. 20044 del 17/03/2015, Rv. 263866-01, S. e altri, che riprende Sez. 6, n. 3885 del 18/01/2012, Rv. 252135-01, Iovine.

Nel dettaglio:

- Sez. 4, n. 20044 del 2015, in costanza di "regolare" nota delle spese, effettua direttamente la liquidazione delle spese in nome del principio della coincidenza delle liquidazioni (degno di nota è che, constando la condanna dell'imputato anche in favore di parti civili non ammesse al patrocinio a spese dello Stato, la somma liquidata a queste è identica alla somma liquidata all'erario dello Stato per quelle ammesse, dal che, pur nel silenzio della motivazione, pare di doversi dedurre che entrambe siano state contenute entro i medi tariffari);

- Sez. 6, n. 3885 del 2012, in un caso in cui, invece, non era stata depositata "regolare" nota delle spese, rileva che «la doverosa osservanza del principio di coincidenza delle somme […] impone di limitare la statuizione nel dispositivo di questa sentenza alla sola condanna nell'"an" […], riservando contestualmente a successivo decreto di liquidazione del giudice del merito, D.P.R. n. 115 del 2002, ex art. 83, comma 2, la determinazione del "quantum" […]. La soluzione evita paralisi procedimentali, non sacrifica alcun interesse tutelato e appare sistematicamente coerente e rispettosa delle diverse logiche e discipline, codicistica e speciale».

Sulla stessa china di Sez. 6, n. 3885 del 2012, si pone, tra le sentenze non massimate, Sez. 4, n. 52538 del 09/11/2017, Filareto.

3.2. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, due ordinanze di inammissibilità delle q.l.c. dell'art. 130 t.u.s.g., la n. 122 del 40 maggio 2016 e la n. 270 del 28 novembre 2012, chiamano in causa, trascorrendo dalla materia civile a quella penale, Sez. 6, n. 46537 del 2011, cui sembra di potersi dire che prestino adesione, laddove sostengono che le due liquidazioni dei rapporti imputato-Stato e Stato-difensore di p.c. devono coincidere. In particolare, con riguardo all'ordinanza n. 270 del 2012, al rimettente che denunciava l'irragionevolezza della dimidiazione

«nel caso in cui la parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato sia risultata vittoriosa in giudizio, poiché in tale ipotesi il giudice, nel condannare il soccombente a corrispondere alle casse dello Stato le spese di lite, non potrebbe che determinarne l'ammontare applicando, senza abbattimenti, le tariffe forensi, con la conseguenza che l'erario incasserà dal soccombente l'intera somma liquidata dal giudice, ma ne riverserà al difensore della parte ammessa al beneficio solo la metà, trattenendo il resto, fatto che costituisce una vera e propria entrata tributaria», risponde il Giudice delle leggi «che, per un verso, deve essere escluso […] che, ove sia pronunziata condanna alle spese di giudizio a carico della controparte del soggetto ammesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, vi sia una "iniusta locupletatio" dell'erario, atteso che, anche recentemente, la giurisprudenza di legittimità ha puntualizzato che la somma che, ai sensi dell'art. 133 d.lgs. n. 115 del 2002, va rifusa in favore dello Stato deve coincidere con quella che lo Stato liquida al difensore del soggetto non abbiente (Corte di cassazione, Sez. VI penale, 8 novembre 2011, n. 46537)», e «che, per altro verso, nel meccanismo attraverso il quale si procede alla liquidazione dei compensi spettanti al difensore che abbia difeso in giudizi diversi da quelli penali la parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, e che comporta l'abbattimento nella misura della metà della somma risultante in base alle tariffe professionali, non è dato riscontrare alcuna forma di prelievo tributario, trattandosi semplicemente di una, parzialmente diversa, modalità di determinazione dei compensi medesimi – giustificata […] dalla diversità, rispetto a quelli penali, dei procedimenti giurisdizionali cui si riferisce – tale da condurre ad un risultato economicamente inferiore rispetto a quello cui si sarebbe giunti applicando il criterio ordinario».

4. Orientamento intermedio.

Tra i due orientamenti maggioritario e minoritario se ne situa uno intermedio, in cui confluiscono **Sez. 6, n. 6509 del 08/01/2019, Carola**, e Sez. 6, n. 51387 del 03/11/2016, Foti c. Errigo, intese, senza sostanziale motivazione, a tenere indenne la Corte di cassazione, non solo dall'incombente di liquidare il compenso del difensore della parte civile vittoriosa ammessa al patrocinio a spese dello Stato, ma altresì da quello di liquidare le spese che l'imputato, in quanto soccombente, deve versare all'erario dello Stato. Tali pronunce, processualmente, condividono con l'orientamento maggioritario l'affermazione dell'incompetenza della Corte di cassazione e comunque del "giudice del processo" ad effettuare la liquidazione del compenso del difensore della parte civile vittoriosa ammessa al patrocinio, in rigorosa osservanza, dall'angolo di visuale del giudizio di legittimità, dell'art. 83,

comma 2, t.u.s.g.; sostanzialmente, però, accedono all'indirizzo minoritario laddove, attraverso una condanna generica ("rectius", generico-condizionata) dell'imputato alla rifusione all'erario dello Stato delle spese di costituzione di parte civile nella misura successivamente liquidanda ex artt. 82 e 83 t.u.s.g., presuppongono che il "quantum" della liquidazione relativa al rapporto imputato-Stato debba coincidere con quello della liquidazione relativa al rapporto Stato-difensore di p.c., giacché la seconda liquidazione è determinata in funzione delle regole di cui agli artt. 82 e 106-bis t.u.s.g. ed è proprio essa che costituisce l'oggetto della condanna generica nei confronti dell'imputato in favore dell'erario dello Stato. Nella concretezza del ragionamento e viepiù della decisione rassegnata in dispositivo, le pronunce di cui si tratta vengono curiosamente a coincidere con la sopra ricordata Sez. 6, n. 3885 del 2012, la quale, nei soli casi in cui, nondimeno, sia impossibile per la Corte di cassazione liquidare direttamente il compenso del difensore, ne demanda il compito al giudice dell'art. 83, comma 2, t.u.s.g.

5. La decisione delle Sezioni Unite.

Alla stregua dell'informazione provvisoria n. 17 relativa all'**udienza camerale del 26/09/2019**, le **Sezioni Unite** hanno deciso che «nel giudizio di legittimità spetta alla Corte di cassazione provvedere, ai sensi dell'art. 541 cod. proc. pen., alla condanna generica dell'imputato ricorrente al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato; spetta al giudice del rinvio o a quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato la liquidazione di tali spese mediante l'emissione del decreto di pagamento ai sensi degli artt. 82 e 83 d.P.R. n. 115/2002». Con la dovuta prudenza, in ragione dell'attesa del deposito delle motivazioni della sentenza, parrebbe che le Sezioni Unite non si siano limitate ad abbracciare gli esiti dell'orientamento maggioritario, ma, verosimilmente, si siano fatte carico altresì della questione, loro pure implicitamente devoluta, della coincidenza o meno delle liquidazioni nei rapporti parte soccombente-Stato e Stato-difensore della parte vittoriosa, risolvendola in senso affermativo: ciò che induce a ritenere che, in definitiva, la soluzione propugnata dalle Sezioni Unite coincida con quella dell'orientamento intermedio da ultimo descritto. Questo, effettivamente, ha il pregio di contemperare, da un lato, l'insussistenza dell'attribuzione di generalizzati poteri decisori di merito alla Corte di cassazione, per l'effetto sollevata, in ragione di una condanna meramente generica dell'imputato al pagamento delle spese, dall'emissione di un provvedimento di liquidazione anomalmente non impugnabile; dall'altro lato, l'osservanza delle indicazioni promananti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in punto di necessaria

coincidenza tra le due liquidazioni nei rapporti parte soccombente (in specie, imputato)-Stato e Stato-difensore della parte vittoriosa (in specie, parte civile).

6. Riflessioni conclusive.

Se dovesse essere confermata, nelle motivazioni della sentenza, la lettura dell'informazione provvisoria nei termini che testé ci si è fatto lecito di prospettare, le Sezioni Unite si fregerebbero dell'esercizio di un potere nomofilattico almeno in parte "sincronizzato" con la giurisprudenza civile. Con riferimento alla prima parte dell'informazione provvisoria, infatti, Esse si allineano alla costante giurisprudenza civile, che declina la competenza della Corte di cassazione in favore del giudice di merito anche in vicende esitanti nella vittoria della parte ammessa al patrocinio.Rilevante è che siffatta affermazione sia ripetuta, pur con laconica motivazione (a verosimile conferma della ritenuta pacificità del principio), non solo dalla Sezioni semplici (Cass. Civ., Sez. I, n. 9384 del 16/04/2018, B.P. c. M.F., e Cass. Civ., Sez. 6-1, n. 17971 del 20/07/2017, N.M. c. S.S.), ma addirittura dalle Sezioni Unite [Cass. Civ., Sez. U, n. 22792 del 04/12/2012 (dep. 2013), R. c. Min. Giust. e Min. Int.].

Rilevante è altresì, con riguardo alla concreta conformazione del dispositivo della sentenza, che tutte le pronunce concludano nel senso di una mera condanna del ricorrente «a corrispondere le spese del giudizio di legittimità all'Amministrazione Finanziaria dello Stato» (così, letteralmente, la prima), condanna per l'effetto generico-condizionata. Con riferimento alla seconda parte dell'informazione provvisoria, poi, le Sezioni Unite potrebbero, prospetticamente, fornire un qualificato punto di vista, a misura che l'attribuzione «al giudice del rinvio o a quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato» dell'incombenza relativa all'emissione del decreto di pagamento ai sensi degli artt. 82 e 83 t.u.s.g. realizza l'effetto di assicurare la necessaria coincidenza tra le due liquidazioni nei rapporti parte soccombente (in specie, imputato)-Stato e Stato-difensore della parte vittoriosa (in specie, parte civile). L'arresto delle Sezioni Unite, infatti, interviene giocoforza sulla bipartizione di posizioni recentemente manifestatasi in seno alla stessa giurisprudenza civile tra un gruppo di pronunce che sostengono la suddetta necessaria coincidenza ed altro gruppo che invece la negano:

- al primo appartengono Cass. Civ., Sez. 6-2, n. 21611 del 18/07/2017, Stievanin c. Min. Giust., e Cass. Civ., Sez. 6-2, n. 18167 del 16/09/2016, Rv. 641094-01, Salcina e altro c. Min. Giust., la quale ultima, in motivazione, richiama adesivamente Sez. 6, n. 46537 del 2011, a proposito della quale sostiene che – come confermato da C.

cost. n. 270 del 2002 – enunci un principio generale, applicabile sia nella materia penale che in quella civile;

- al secondo appartengono **Cass. Civ., Sez. 6-L, n. 11590 del 03/05/2019, Rv. 653764-01, I. c. L.**, e Cass. Civ., Sez. 2, n. 22017 del 11/09/2018, Rv. 650319-01. C. c. Min. Giust. Segnatamente viene in linea di conto quest'ultima, secondo cui, «qualora risulti vittoriosa la parte ammessa al detto patrocinio, il giudice civile, diversamente da quello penale, non è tenuto a quantificare in misura uguale le somme dovute dal soccombente allo Stato ex art. 133 del d.P.R. n. 115 del 2002 e quelle dovute dallo Stato al difensore del non abbiente, ai sensi degli artt. 82 e 130 del medesimo d.P.R., alla luce delle peculiarità che caratterizzano il sistema processual-penalistico di patrocinio a spese dello Stato e del fatto che, in caso contrario, si verificherebbe una disapplicazione del summenzionato art. 130. In tal modo, si evita che la parte soccombente verso quella non abbiente sia avvantaggiata rispetto agli altri soccombenti e si consente allo Stato, tramite l'eventuale incasso di somme maggiori rispetto a quelle liquidate al singolo difensore, di compensare le situazioni di mancato recupero di quanto corrisposto e di contribuire al funzionamento del sistema nella sua globalità».

L'autorevolezza dell'arresto delle Sezioni Unite potrebbe fungere sincreticamente, in una prospettiva nomofilattica globale, da criterio orientatore anche della giurisprudenza civile soltanto qualora si ritenesse che il versante penale del patrocinio a spese dello Stato non descriva una disciplina peculiare e separata rispetto al versante civile. Diversamente, la giurisprudenza civile si troverebbe a fare i conti, pur'essa, con la questione della necessaria coincidenza o meno delle liquidazioni, risolvendola all'interno di un sistema chiuso, potenzialmente idoneo ad esitare in soluzioni non coincidenti con quelle della giurisprudenza penale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione penale

Sez. 4, n. 42844 del 09/10/2008, Rv. 241336-01, Amato
Sez. 4, n. 26663 del 10/04/2008, Amato
Sez. 6, n. 46537 del 08/11/2011, Rv. 251383-01, F.
Sez. 6, n. 3885 del 18/01/2012, Rv. 252135-01, Iovine
Sez. 6, n. 15435 del 20/03/2014, C.R.
Sez. 2, n. 43356 del 21/10/2015, Zecca
Sez. 4, n. 20044 del 17/03/2015, Rv. 263866-01, S. e altri
Sez. 1, n. 7308 del 21/12/2016 (dep. 2017), Graziano
Sez. 5, n. 2186 del 14/11/2016 (dep. 2017), Antonucci
Sez. 6, n. 51387 del 03/11/2016, Foti c. Errigo
Sez. 5, n. 11960 del 07/12/2017 (dep. 2018), Ripamonti e altri
Sez. 1, n. 7784 del 27/11/2017 (dep. 2018), Parola
Sez. 4, n. 52538 del 09/11/2017, Filareto
Sez. 2, n. 12856 del 27/01/2017, Viorel
Sez. 1, n. 10551 del 07/11/2018 (dep. 2019), L.
Sez. 4, n. 29314 del 05/06/2018, Vivanet
Sez. 5, n. 44915 del 27/04/2018, Musumeci
Sez. 1, n. 46118 del 12/04/2018, Garau A. e altro
Sez. 1, n. 41124 del 10/04/2018, PG Roma in proc. Petrianni
Sez. 2, n. 16054 del 20/03/2018, Natalizio
Sez. 1, n. 21091 del 08/02/2018, Riccio e altri
Sez. 5, n. 8218 del 18/01/2018, Murtas
Sez. U, 26/09/2019, De Falco
Sez. 1, n. 22819 del 28 marzo-23 maggio 2019, De Falco
Sez. 6, n. 20552 del 06/03/2019, Rv. 275734-01, Setti c. Farsane
Sez. 2, n. 11647 del 05/02/2019, Ben Said
Sez. 6, n. 6509 del 08/01/2019, Carola e altra

Sentenze della Corte di cassazione civile

Cass. Civ., Sez. 6-L, n. 11590 del 03/05/2019, Rv. 653764-01, I. c. L.
Cass. Civ., Sez. 2, n. 22017 del 11/09/2018, Rv. 650319-01. C. c. Min. Giust.
Cass. Civ., Sez. I, n. 9384 del 16/04/2018, B.P. c. M.F.
Cass. Civ., Sez. 6-1, n. 17971 del 20/07/2017, N.M. c. S.S.
Cass. Civ., Sez. 6-2, n. 21611 del 18/07/2017, Stievanin c. Min. Giust.

Cass. Civ., Sez. 6-2, n. 18167 del 16/09/2016, Rv. 641094-01, Salcina e altro c. Min. Giust.

Cass. Civ., Sez. U, n. 22792 del 04/12/2012 (dep. 2013), R. c. Min. Giust. e Min. Int.

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., ord. n. 122 del 40 maggio 2016

Corte cost., ord. n. 270 del 28 novembre 2012

CAPITOLO II

FALSITA' O IMCOMPLETEZZA DELLA DICHIARAZIONE PER L'AMMISSIONE AL GRATUITO PATROCINIO E MANCATO SUPERAMENTO DEL LIMITE DI REDDITO

(ELENA CARUSILLO)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite – 2. L'origine della questione controversa. – 3. Natura giuridica e profili strutturali dell'istituto del patrocinio difensivo: cenni**.** – 4. Il potere di controllo dell'autocertificazione da parte del giudice: la giurisprudenza sul punto. – 5. La revoca di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002. – 6. La sentenza delle Sezioni Unite "Infanti" e la sua ricaduta sulla successiva giurisprudenza. – 7. Le ipotesi di revoca di cui all'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002. – 8. La natura del provvedimento di revoca. – 9. La decisione.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sulla questione volta a stabilire "Se la falsità o incompletezza dell'autocertificazione allegata all'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato ne comporti l'inammissibilità e, dunque, la revoca, in caso di intervenuta ammissione, anche nell'ipotesi in cui i redditi effettivi non superino il limite di legge, ovvero, in tale ultima ipotesi, non incidendo la falsità sull'ammissibilità dell'istanza, la revoca possa invece essere disposta solo nei casi espressamente previsti dalla legge".

2. L'origine della questione controversa.

La vicenda trae la sua origine dal ricorso proposto avverso il decreto con il quale il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Castrovillari aveva revocato, a seguito di informativa della Guardia di Finanza, il decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato per aver il richiedente indicato, nell'autocertificazione allegata all'istanza di ammissione al beneficio, una situazione reddituale non veritiera, sul presupposto che la falsità delle indicazioni rese, in quanto connessa all'ammissibilità della istanza di gratuito patrocinio e non al beneficio del patrocinio in sé considerato, legittima la non ammissione al beneficio, restando irrilevante il dato relativo al quantum effettivo del reddito e, dunque, se lo stesso rientri o meno nella soglia prevista dal legislatore per l'ammissione al beneficio.

La Quarta sezione, con **ordinanza n. 29284 del 4/06/2019**, rimetteva la trattazione del ricorso al supremo consesso sul rilievo dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale di tipo potenziale in merito alla incidenza di falsità o incompletezze contenute nell'autocertificazione allegata all'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato in termini di inammissibilità della domanda o di revoca

in caso di intervenuta ammissione anche nell'ipotesi di mancato superamento del limite reddituale previsto dalla legge per la fruizione del beneficio.

Ad avviso del collegio rimettente, il decreto con il quale il giudice per le indagini preliminari aveva revocato il provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato sul solo rilievo che la situazione reddituale indicata dal ricorrente era risultata non veritiera, risultava coerente con il principio affermato da Sez. U, n. 6591 del 27/11/2008 ud. - dep. 16/02/2009, Rv. 242152 – 01, secondo cui "Integrano il delitto di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 le false indicazioni o le omissioni anche parziali dei dati di fatto riportati nella dichiarazione sostitutiva di certificazione o in ogni altra dichiarazione prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio" poiché la falsità delle indicazioni contenute nell'autocertificazione deve ritenersi connessa "all'ammissibilità dell'istanza, non a quella del beneficio", cosicchè "solo l'istanza ammissibile genera obbligo del magistrato di decidere nel merito", rimanendo estranee alla valutazione sia la circostanza che il *quantum* finale del reddito del richiedente sia inferiore al limite stabilito dalla legge per l'ammissione al beneficio, sia il fatto che il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 venga o meno accertato. Tanto in un'ottica di valorizzazione dell'obbligo di lealtà nei confronti delle istituzioni da parte del soggetto che aspira a fruire di un istituto strumentale alla realizzazione del diritto di difesa, garantito dall'art. 24 Cost.

Ciò premesso, il Collegio rimettente dichiarava di discostarsi da tale opzione ermeneutica aderendo al più rigoroso orientamento secondo il quale la revoca del provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato è consentita solo nei casi tassativamente previsti e cioè ai sensi dell'art. 112 lett. d) del d.P.R. n. 115 del 2002, ove risulti provata la mancanza originaria delle condizioni di reddito, e ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, in caso di condanna, atteso che il dato che le falsità o le omissioni nella dichiarazione siano condizione di ammissibilità dell'istanza non si desume né dal testo dell'art. 79 del d.P.R. n. 115 del 2002, il quale prevede "la necessità di attestare le condizioni di reddito previste per l'ammissione, con specifica determinazione del reddito complessivo valutabile a tali fini e non delle specifiche tipologie di esso, e la necessità di assumere l'obbligo di comunicare, sino alla fine del processo, le variazioni dei limiti di reddito, se rilevanti", né tantomeno da quello dell'art. 112, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 115 del 2002, che prevede "la revoca dell'ammissione in caso di omessa comunicazione di eventuali variazioni dei limiti di reddito e non genericamente di ogni variazione reddituale anche ininfluente, come confermato dal coordinamento con il precedente art. 79". D'altro canto, ad avviso della sezione Quarta, riconoscere all'autocertificazione la natura di condizione di ammissibilità significherebbe limitare "l'ambito applicativo di un

istituto strumentale alla realizzazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito con un'interpretazione che forza il dato letterale della legge" consentendo la revoca in tutti i casi di falsità o incompletezza anche se non incidenti sui limiti reddituali, a prescindere dalla condanna per il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002.

3. Natura giuridica e profili strutturali dell'istituto del patrocinio difensivo: cenni.

L'istituto della gratuità del patrocinio difensivo prestato dal professionista quale "ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli avvocati afferente alla difesa dei non abbienti", regolamentato con R.D. n. 3282 del 30 dicembre 1923 quanto ai giudizi civili, commerciali o d'altra giurisdizione contenziosa, agli affari di volontaria giurisdizione e ai giudizi penali, subiva una iniziale modifica con legge 30 luglio 1990, n. 217 in risposta alla necessità di contribuire al riequilibrio della parità delle parti nel nuovo modello processuale di stampo accusatorio.

L'ambito applicativo della legge era, tuttavia, circoscritto ai giudizi penali e civili limitatamente alle ipotesi di esercizio dell'azione per il risarcimento del danno e le restituzioni derivanti da reato, laddove per gli altri procedimenti civili, per le controversie individuali di lavoro e quelle in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie era stata già introdotta una nuova disciplina con legge 11 agosto 1973, n. 53. Per tutti i rimanenti giudizi civili ed amministrativi rimaneva in vigore la normativa di cui al R. D. n. 3282 del 1923.

La regolamentazione della materia, così parcellizzata, rimaneva inalterata finchè con l'emanazione della legge 29 marzo 2001, n. 134, il legislatore, rielaborando la legge n. 217 del 1990, procedeva a dettare una disciplina generale sul gratuito patrocinio per tutti i giudizi, penali, civili ed amministrativi.

L'iter legislativo si concludeva con il d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, rubricato "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia", entrato in vigore il 1 luglio 2002, inteso quale strumento di coordinamento e di unificazione del dettato normativo precedente, ispirato dalla necessità di dare una sistemazione organica alle norme e di consentire ai più disagiati, di fruire, senza alcun onere economico, di una tutela processuale effettiva e concreta in un sistema processuale che, da un lato, non consente l'autodifesa tecnica e, dall'altro, prevede l'obbligo di retribuzione dell'attività prestata dal difensore anche se nominato di ufficio.

4. Il potere di controllo dell'autocertificazione da parte del giudice: la giurisrudenza sul punto.

Giova sottolineare che, in un'ottica di salvaguardia dell'interesse economico dello Stato di evitare il dispendio di risorse economiche a favore di soggetti non in possesso dei requisiti di legge, numerosi risultano i contributi giurisprudenziali in tema di risoluzione di conflitti tra il diritto del soggetto istante a ricevere l'ammissione alla difesa gratuita, riconosciuto il suo "status" di non abbiente, e quello dello Stato di verificarne i presupposti.

Nell'attuale sistema che prevede a carico del richiedente un obbligo di dichiarazione, limitandosi a stabilire soltanto che l'istante deve indicare correttamente il suo reddito complessivo senza la necessità di quel corredo di allegati documentali previsto dall'art. 5, 2° comma, l. n. 217/1990 nella versione antecedente alla modifica apportata dalla legge 29 marzo 2001, n. 134, si inquadra il potere di controllo del giudice.

L'art. 96, comma 1, d.P.R. n. 115 del 2002, stabilisce che, "verificata l'ammissibilità dell'istanza, il magistrato competente "ammette l'interessato al patrocinio a spese dello Stato se, alla stregua della dichiarazione sostitutiva prevista dall'articolo 79, comma 1, lettera c), ricorrono le condizioni di reddito cui l'ammissione al beneficio è subordinata" formulando un giudizio di fondatezza. Il comma 2, prevede che il giudice possa respingere l'istanza se ritiene che il reddito effettivo del richiedente sia superiore a quello fissato dalla legge per l'ammissibilità al beneficio "tenuto conto del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari, e delle attività economiche eventualmente svolte", fatta salva la facoltà di trasmettere l'istanza, unitamente alla relativa dichiarazione sostitutiva, alla Guardia di finanza per le necessarie verifiche, senza tuttavia doverne attendere, per decidere, l'esito (comma 3).

Il Testo Unico prevede, al successivo art. 98, che il giudice trasmette all'ufficio finanziario copia dell'istanza dell'interessato, delle dichiarazioni e della documentazione allegate, nonché del decreto di ammissione al patrocinio per la verifica dell'esattezza del reddito dichiarato e per il controllo di compatibilità dei dati con le risultanze dell'anagrafe tributaria. La circostanza che la norma non prevede un potere di controllo del giudice che vada al di là del mero accertamento di conformità tra i dati dichiarati dall'istante e i requisiti indicati dalla norma, ha determinato il formarsi nella giurisprudenza di legittimità di orientamenti non sempre collimanti

Alcune più recenti pronunce hanno ritenuto ammissibile un potere di vaglio del giudice in merito alla ricorrenza di elementi idonei a far ritenere non sussistente la condizione di non abbienza, laddove in alcune decisioni più risalenti tale potere del

giudice è stato del tutto escluso sul rilievo che "ai fini dell'ammissibilità al gratuito patrocinio l'autocertificazione dell'istante ha valenza probatoria e il giudice non può entrare nel merito della medesima per valutarne l'attendibilità, dovendosi limitare alla verifica dei redditi esposti e concedere in base ad essi il beneficio, il quale potrà essere revocato solo a seguito dell'analisi negativa effettuata dall'intendente di finanza, cui il giudice deve trasmettere copia dell'istanza con l'autocertificazione e la documentazione allegata", (Sez. 1, n. 29006 del 03/06/2003, Musarò, Rv. 225051; Sez. 1, n. 17227 del 27/02/2001, Iacovone, Rv. 218744; Sez. 4, n. 3167 del 14/10/1999, Cafarchio, Rv. 214882).

Nel senso di riconoscere il potere di controllo del giudice ai fini della verifica della sussistenza di specifici elementi idonei a far ritenere il superamento dei limiti di reddito previsti dalla legge si è espressa Sez, 4, n. 53356 del 27/09/2016, Tilenni, Rv. 268682, che, pur partendo dalla premessa che il dato formale riportato dal richiedente nell'autocertificazione rappresenta "un significativo dato probatorio", è giunta alla conclusione che esso non esime il giudice dall'obbligo di esaminare, ai fini del giudizio sulla condizione di non abbienza, le prove che confermino o confutino la sostanziale e fattuale situazione reddituale idonea ad incidere sulla predetta condizione, semprechè la valutazione sia svolta "con rigore e con adeguato riferimento ai fatti noti, dai quali risalire con deduzioni logiche ai fatti ignorati, il cui significato deve essere apprezzato senza ricorrere ad affermazioni apodittiche, generiche, sommarie o cumulative", attraverso "gli organi di indagine finanziaria" cui il giudice è tenuto a trasmettere copia dell'istanza con l'autocertificazione e la documentazione allegata.

Di recente, Sez. 4, n. 4628 del 20/09/2017 - dep. 2018-, Tortorella, Rv. 271942, affermando il principio di diritto secondo il quale "in tema di patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 96, comma 2, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il giudice può vagliare l'attendibilità dell'autocertificazione dell'istante relativa alla sussistenza delle condizioni di reddito richieste dalla legge per l'ammissione al beneficio e rigettare l'istanza ove sussistano indizi gravi, precisi e concordanti circa la disponibilità di risorse economiche non compatibili con quelle dichiarate", ha attribuito una incisività ancora maggiore al potere di controllo del giudice sul presupposto che l'art. 96, comma 2, del d.P.R. n. 115 del 2002, non può che essere inteso nel senso di consentire al "giudice di vagliare l'attendibilità dell'autocertificazione, ove si sia in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa la sussistenza in capo al richiedente di risorse economiche non compatibili con il contenuto della dichiarazione di percezione di un reddito inferiore al limite per l'ammissione al beneficio" e che i fondati motivi richiesti dalla norma "altro non possono essere che la emersione, per il tramite di indizi, che siano dotati dei requisiti

di gravità, precisione e concordanza, di una situazione reddituale reale diversa, naturalmente in melius, rispetto a quella, per così dire, ufficialmente dichiarata". Si è così affermato che il concreto esercizio del diritto di difesa non può risolversi in "valutazioni giudiziali superficiali ed approssimative, più intuitive che razionali e frutto di scorciatoie pseudo-decisorie, non già di opzioni di tipo razionale", sul rilievo dell'esistenza di "un sottosistema per la valutazione nel merito dell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato" basato su un tendenziale "favor legislativo", sia pure non assoluto, all'ammissione del richiedente al beneficio invocato con la presentazione di un'istanza "strutturata in maniera non inammissibile, ove si auto-certifichi la sussistenza di un reddito inferiore alla misura prevista dall'art. 76 del d.P.R. n. 115 del 2002". Ancora, si è riconosciuto al giudice il potere di "disattendere l'autocertificazione, ove, con valutazione improntata alla massima serena prudenza" si rivelino quei "fondati motivi" per ritenere non sussistenti le "condizioni di cui agli articoli 76 e 92, tenuto conto delle risultanze del casellario giudiziale, del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari, e delle attività economiche eventualmente svolte", fatta salva, comunque, "la possibilità, prima di provvedere, di investire lo specializzato corpo della Guardia di Finanza delle verifiche del caso" ai sensi dell'art. 96, comma 2, ultimo periodo, del d.P.R. n. 115 del 2002. Da ultimo, il potere del giudice di vagliare l'autocertificazione dell'istante nei limiti della sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa la disponibilità di risorse economiche non compatibili con quelle dichiarate è stato ribadito da Sez. 4, n. 36787 del 08/05/2018, Marotta, Rv. 273423.

5. La revoca di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002.

Per meglio comprendere le ragioni fondanti il contrasto sottoposto al vaglio delle Sezioni unite, va evidenziato che non vi è nel corpo del d.P.R. n. 115 del 2002 nessuna norma prevede espressamente che la non esatta o addirittura falsa dichiarazione sulle condizioni di reddito determini l'inammissibilità della domanda o la revoca del decreto di ammissione al beneficio del patrocinio e che la falsità o le omissioni sono prese in considerazione esclusivamente dall'art. 95, per il patrocinio penale e dall'art. 125, per il patrocinio civile.

Sulla falsariga di quella dottrina che aveva individuato la *ratio* della norma di cui all'art. 95, già prevista all'art. 5, comma 7, l. n. 217 del 1990, nella versione ritrasposta con alcune modifiche nella legge n. 134 del 2001, nella volontà del legislatore di impedire l'ammissione al c.d. gratuito patrocinio di soggetti non meritevoli per mancanza delle condizioni prescritte, la giurisprudenza aveva affermato che "non qualsiasi imperfetta dichiarazione assume rilevanza ma solo quelle mediante le quali l'interessato attesti, contrariamente al vero, di possedere un reddito inferiore a quello

stabilito come limite di ammissibilità al patrocinio o quelle che nascondono mutamenti significativi nelle condizioni reddituali verificatisi nell'anno precedente" (Sez. 5, n. 21194 del 11/05/2006, Salvaggio, Rv. 234207), così discostandosi da quell'orientamento, espresso da Sez. 1, n. 14403 del 25/01/2001, Mollica, Rv. 218932, secondo il quale sussiste sempre e comunque, a carico del richiedente, il dovere di comunicare "nel termine prescritto dal comma 1 lett. c) dell'art. 5 della legge n. 217 del 1990, le eventuali variazioni dei limiti di reddito verificatesi nell'anno precedente, indipendentemente dalla circostanza che le dette variazioni reddituali superino il tetto massimo previsto dalla legge e, quindi, indipendentemente dalla entità della variazione dei limiti di reddito, in quanto la valutazione della rilevanza della variazione compete al giudice escludendosi qualsivoglia discrezionalità da parte del soggetto beneficiario".

Nel condividere conclusioni assolutorie dei giudici di merito, la Corte, propendendo a valorizzare la estraneità al concetto di offesa tipizzato dal legislatore, sia quanto al contenuto sia quanto alla portata probatoria, delle false dichiarazioni eventualmente contenute nell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, qualora non riflettenti elementi essenziali ai fini di tale valutazione, aveva talora escluso che il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 fosse integrato da qualsivoglia infedele attestazione, ritenendo rilevanti solo quelle dichiarazioni con cui "l'istante affermi, contrariamente al vero, di avere un reddito inferiore a quello fissato dalla legge come soglia di ammissibilità, ovvero neghi o nasconda mutamenti significativi del reddito dell'anno precedente, tali cioè da determinare il superamento di detta soglia" (Sez. 5, Sentenza n. 16338 del 13/04/2006 , Bevilacqua, Rv. 234124; Sez. 5, n. 2114 del 11/05/2006, Salvaggio, Rv. 234207 Sez. 5, n. 15139 del 22/01/2007, Martorana, Rv 236143, Sez. 4, n. 41306 del 10/10/2007, Bricchetti, Rv. 237732 Sez. 5, n. 5532 del 11/12/2007, Goman, Rv. 239099 Sez. 5, n. 4467 del 20/12/2007, Abrunzo, Rv. 238880; Sez. 5 n. 12019 del 19.08.2008, Gallo, Rv. 239126).

Con decisioni di segno contrario la Corte, già in epoca antecedente al d.P.R. n. 115 del 2002, aveva ritenuto la sussistenza di un onere di comunicazione a carico del richiedente indipendentemente dalla entità della variazione dei limiti di reddito, spettando la valutazione sulla rilevanza del dato, soltanto al giudice (Sez. 1 n. 14403 del 25.01.2001, Mollica, 218932), stimando integrato il reato di cui all'art. 5 L. n. 217 del 1990 di falsa attestazione sulla percezione di redditi "anche nel caso in cui il reddito realmente percepito avrebbe ugualmente consentito l'ammissione del soggetto beneficiario al gratuito patrocinio" (Sez. 3 n. 28340 del 20/06/2006, Contino, Rv. 236267), "dal momento che qualsiasi elemento indicativo di reddito, anche inferiore a quello significativo ai fini del superamento della soglia, va

dichiarato onde consentire agli organi competenti di effettuare le valutazioni previste dagli artt. 96 e 98 del citato d.P.R. n. 115 del 2002" (Sez. 5, n. 13309 del 24/01/2008, Marino, Rv. 239387, Sez. 5, n. 13828 del 06/03/2007, Palamara, Sez. 5, n. 37603 del 13/06/2006, Lo Porto). Dunque, secondo tale orientamento giurisprudenziale ai fini della sussistenza del reato nessun rilievo assume il dato relativo al reddito realmente percepito qualora, anche in parte, celato.

Con dissonante pronuncia, in tema di individuazione del bene giuridico tutelato, Sez. 5, n. 697 del 13/04/2006, Bevilacqua, Rv. 234124, nell'affermare il principio di diritto secondo cui "il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, che punisce le falsità o le omissioni nelle dichiarazioni e nelle comunicazioni per l'attestazione delle condizioni di reddito in vista dall'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, è integrato non già da qualsivoglia infedele attestazione ma dalle dichiarazioni con cui l'istante affermi, contrariamente al vero, di avere un reddito inferiore a quello fissato dalla legge come soglia di ammissibilità, ovvero neghi o nasconda mutamenti significativi del reddito dell'anno precedente, tali cioè da determinare il superamento di detta soglia" aveva, in motivazione, rimarcato che la norma di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 è speciale rispetto alla norma di cui all'art. 483 cod. pen., della quale non rappresenta una mera riproduzione, "avendo natura e finalità diverse e richiedenti un quid pluris sia nelle modalità della condotta che nell'atteggiamento psicologico che deve sorreggerla".

6. La sentenza delle Sezioni Unite "Infanti" e la ricaduta sulla successiva giurisprudenza.

Nel risolvere il contrasto sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità in merito all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, Sez. U., n. 6591 del 27/11/2008 (dep. 2009), Infanti, Rv. 242152, affermava il seguente principio: "integrano il delitto di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, le false indicazioni o le omissioni anche parziali dei dati di fatto riportati nella dichiarazione sostitutiva di certificazione o in ogni altra dichiarazione prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio", valorizzando l'importanza della dichiarazione sostitutiva di autocertificazione di cui all'art. 79, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 115/2002, sul rilievo che la stessa "non ha per sè ad oggetto la sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al patrocinio, bensì i dati da cui l'istante la induce (determina), quale risultato suscettibile di valutazione discrezionale seppur vincolata" da parte del giudice. Da ciò conseguiva la necessità di una "compiuta ed affidabile informazione del destinatario che, a fronte della complessità del tenore dell'istanza, cui è speculare la valutazione da svolgere, ha urgenza di decidere".

Ad avviso del Supremo collegio, sia il valore dichiarativo della istanza che la necessità che le indicazioni nella stessa contenute siano dettagliate, trovano fondamento nel contenuto prescrittivo dell'art. 96, comma 2, d.P.R. n. 115 del 2002, cosicchè, se è vero che il potere di controllo del giudice è limitato all'accertamento della conformità dei dati dichiarati ai requisiti indicati dalla norma e che, invece, sono demandate all'ufficio finanziario sia la verifica dell'esattezza del reddito attestato sia la compatibilità dei dati indicati con le risultanze dell'anagrafe tributaria, è altrettanto vero che la dichiarazione sostitutiva è connessa "all'ammissibilità dell'istanza e non a quella del beneficio, perché solo l'istanza ammissibile genera l'obbligo del magistrato di decidere nel merito, allo stato".

Il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite è stato poi confermato da un costante indirizzo giurisprudenziale che, escluso ogni rilievo esimente all'errore ai fini della esclusione della responsabilità, ha sottolineato la necessità che il giudice non ometta di valutare la circostanza relativa alla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio, potendo essa essere indicativa della carenza del necessario elemento soggettivo del reato e dunque sintomo di una condotta dovuta a un difetto di controllo e, quindi, colposa. Sotto tale profilo infatti si è, anche in tempi recenti, rimarcato che, qualora il reddito non risulti ostativo alla ammissione, il giudice è tenuto ad un rigoroso riscontro dell'elemento soggettivo del reato posto che, pur essendo sufficiente da parte dell'agente la mera consapevolezza e volontà della falsità senza che, di contro, assuma rilievo la finalità di conseguire un beneficio che non compete, è tuttavia necessaria una rigorosa verifica del dolo, sul presupposto che lo stesso, pur generico, non possa risolversi in qualsiasi semplice leggerezza o negligenza ma debba sostanziarsi nella "consapevolezza di agire contro il dovere giuridico di dichiarare il vero", da cui la necessità, per la sussistenza del dolo del reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, dell'accertamento "di una presa di posizione volontaristica" da parte dell'agente, espressione di "una qualche adesione all'evento per il caso che esso si verifichi quale conseguenza non voluta della propria condotta"(Sez. 4, n. 215775 del 24/05/2006, Bevilacqua, Rv. 267307).

A tale orientamento si è, da ultimo, allineata, seppure in termini opposti, anche **Sez. 4, n. 35969 del 29/05/2019, Arlotta, Rv. 276862,** che ha affermato il principio di diritto secondo cui "in tema di patrocinio a spese dello Stato, nel caso di istanza che contenga falsità od omissioni, l'effettiva insussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio, seppure non è necessaria per l'integrazione dell'elemento oggettivo del delitto di cui all'art. 95, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, può, tuttavia, assumere rilievo con riguardo all'elemento soggettivo dell'illecito,

quale sintomo del dolo", potendo il dato alterato fare da discrimine tra ammissione ed esclusione del beneficio ed integrare un evidente sintomo del dolo.

Si colgono nelle pronunce dei giudici di legittimità quelle perplessità, già rimarcate dalla dottrina che la sentenza "Infanti" determinava allorchè, nel ritenere integrata la fattispecie delittuosa di cui all'art. 95 del d.P.R. n. 115 del 2002 in qualunque caso di omessa dichiarazione di titolarità di beni immobili e mobili registrati, seppur non indicativi di un elevato tenore di vita e comunque adeguati alle condizioni economiche di chi percepisce un reddito non superiore a quello richiesto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, sembrava sottendere la reale motivazione della decisione nell'esigenza di moralizzazione dei cittadini richiedenti il beneficio, cosicchè qualsiasi omissione nella indicazione della titolarità di beni, anche se - in una prospettiva *ex ante* - ininfluente sulla decisione del giudice, finiva col rappresentare una violazione del "dovere di lealtà del singolo verso le istituzioni.

7. Le ipotesi di revoca di cui all'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002.

L'art. 112, comma 1, d.P.R. n. 115 del 2002, prevede altre ipotesi in cui il giudice, pur in assenza di una condotta illecita dell'istante, può revocare il decreto di ammissione al beneficio.

Si tratta di una categoria connessa alla mancata comunicazione di variazioni di reddito in relazioni alla quale Sez. 4, n. 43593 del 07/10/2014, De Angelis, Rv. 260308, affermato il principio di diritto secondo cui "l'omessa comunicazione, anche parziale, delle variazioni reddituali comporta la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, anche se tali variazioni siano occasionali e non comportino il venir meno delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio" ha sottolineato la duplicità dei profili sottoposti al vaglio del magistrato nel procedimento di ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato: quello dell'ammissibilità o meno della domanda e della revoca del provvedimento di ammissione, eventualmente già disposta, per insussistenza dei requisiti al momento di proposizione della stessa, e quello della revoca del beneficio già concesso, prevista dall'art. 112 d. P.R. n. 115 del 2002, lett. a) per omessa comunicazione di variazioni, nei termini di cui all'art. 79, comma 1, lett. d). Il pregio della decisione si rinviene nella circostanza che, attraverso la lettura sistematica delle due norme, i giudici di legittimità hanno evitato l'*impasse* rappresentato dalla contraddizione di un sistema che prevede, da un lato, la revoca del beneficio per omessa comunicazione delle variazioni reddituali intervenute, seppur irrilevanti ai fini del superamento delle condizioni di ammissibilità, ma che, dall'altro, consente il mantenimento del beneficio nei confronti di quanti, sin dall'origine hanno reso dichiarazioni false o incomplete, sottolineando l'obbligo a carico del beneficiario di comunicare, sempre

e comunque, ogni mutamento reddituale e, dunque, anche di quelli occasionali e che non comportino il venir meno delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio, sì da rendere noti all'autorità destinataria della dichiarazione tutti i dati suscettibili di valutazione discrezionale, in "adempimento di un obbligo di lealtà del singolo verso le istituzioni" rispondente all'esigenza di "consentire agli organi competenti di effettuare le valutazioni previste dagli artt. 96 e 98 del d.P.R. n. 115 del 2002" attraverso una visuale completa della situazione reddituale con esclusione di qualsiasi autonoma valutazione e discrezionalità da parte del beneficiario quanto alla scelta sul se e sul cosa comunicare.

Una ulteriore ipotesi di revoca dell'ammissione alla quale il magistrato può procedere all'esito delle integrazioni richieste ai sensi dell'articolo 96, commi 2 e 3 del d.P.R. n. 115 del 2002, è prevista dall'art. 112, comma 2, allorchè vi siano fondati motivi per ritenere che l'interessato non versi più nelle condizioni di legge di cui agli artt. 76 e 92, valutate le risultanze del casellario giudiziale, del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari e delle attività economiche eventualmente svolte.

In relazione alla individuazione dei presupposti per la revoca ex art. 112, comma 2, **Sez. 4, n. 18945 del 27/03/2019, Naccarella, Rv. 276462**, affermando il principio di diritto secondo cui "in tema di patrocinio a spese dello Stato, qualora all'esito delle informazioni richieste alla Guardia di Finanza risultino non veritiere le condizioni reddituali indicate nell'istanza, ai fini della revoca d'ufficio del decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato è necessario che il giudice ritenga sussistenti elementi dai quali possa desumersi il superamento dei limiti di reddito previsti dalla legge", ha evidenziato come il sistema, se da un lato prevede che la falsità o l'omessa indicazione anche parziale dei dati previsti nella dichiarazione sostitutiva di certificazione necessaria per l'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato integrano il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 cui consegue la revoca prevista dal comma 2, dall'altro non contempla alcuna automaticità della revoca del patrocinio a spese dello Stato a fronte di una discrasia tra reddito dichiarato e reddito accertato, prevedendo che soltanto nel caso in cui, a seguito della verifica dell'esattezza dell'ammontare del reddito attestato e della compatibilità dei dati indicati con le risultanze dell'anagrafe tributaria, risulti che il beneficio è stato erroneamente concesso, l'ufficio finanziario richiederà il provvedimento di revoca.

In linea, **Sez. 4, n. 17225 del 08/01/2019, Spada, Rv. 275715,** ha rimarcato la diversità dei presupposti che sorreggono la revoca ex art. 112, comma 2, d.P.R. n. 115 del 2002 rispetto a quelli di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, affermando il principio di diritto secondo il quale "in tema di patrocinio a spese dello Stato, ai fini del provvedimento di modifica o revoca d'ufficio del decreto di ammissione al

patrocinio a spese dello Stato, all'esito delle informazioni richieste alla Guardia di Finanza, emesso ai sensi del comma 2 dell'art. 112, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 è sufficiente che risultino non veritiere le condizioni reddituali indicate nell'istanza e che sussistano presunzioni gravi, precise e concordanti che consentano di ritenere il superamento dei limiti di reddito".

In senso opposto, seppur in epoca più risalente, Sez. 4, n. 6416 del 6/12/2011, aveva ravvisato uno stretto collegamento tra l'esercizio del potere di revoca del giudice e la verifica delle complessive condizioni reddituali dell'interessato, tale da rendere sufficiente per la revoca d'ufficio anche il solo "quadro riduttivo, distorto e fallace" dichiarato dal richiedente. In tale solco si è posta anche Sez. 4, n. 19611 del 14/03/2012, Napoli, che ha affermato la legittimità della revoca (in autotutela) del beneficio disposto dal giudice, nell'ipotesi di dichiarazione dell'interessato, circa la propria posizione reddituale, risultata mendace all'esito dei controlli anche nel caso di reddito inferiore al limite previsto per l'ammissione al beneficio, sul rilievo che la previsione della revoca a seguito di condanna, prevista all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 è da intendersi ulteriore conseguenza, in uno con il recupero a carico del responsabile delle spese corrisposte dallo Stato, della condanna. Ad avviso della Quarta sezione, dal disposto normativo non può derivare la conclusione che il giudice non sia legittimato alla revoca prima della condanna una volta preso atto del mendacio a seguito delle verifiche effettuate dall'ufficio finanziario. Si tratta, invero, di una norma di chiusura del sistema per l'ipotesi in cui sia stato concesso il beneficio in relazione ad un'istanza "ab origine" inammissibile. Secondo il giudici, laddove non si accedesse a tale soluzione si perverrebbe al paradosso per cui la revoca sarebbe consentita, ai sensi dell'art. 112, comma 1, lett. a), in presenza di una omessa comunicazione della variazione di reddito, pur ininfluente rispetto al superamento del tetto reddituale e non anche, sebbene anch'essa ininfluente, nell'ipotesi di originaria mendace dichiarazione.

Da ultimo, **Sez. 4, n. 5090 del 15/01/2019, Tarasco** nel ribadire il principio, ha precisato che, ove il giudice intenda revocare l'ammissione al beneficio, deve accertare, *incidenter tantum*, l'astratta configurabilità nella fattispecie *sub iudice* del reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, nei termini indicati dalla sentenza "Infanti".

8. La natura del provvedimento di revoca.

Giova evidenziare che una indiretta incidenza sulla risoluzione del questito sottoposto al vaglio della Corte potrebbe avere la questione relativa alla natura del provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, laddove si ritenga che il potere decisorio del giudice presuppone una corretta e trasparente prospettazione dei dati patrimoniale da parte dell'istante. Sez. U. n. 36168 del

10/09/2004, Pangallo, Rv. 228666, nel risolvere il quesito concernente l'esistenza o meno del potere del giudice di revocare d'ufficio – in assenza della richiesta dell'Ufficio finanziario - l'ammissione al gratuito patrocinio, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002, ha affermato il principio di diritto secondo cui "il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, previsto dall'art. 112 d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), è adottato di ufficio dal giudice solo nei casi di cd. "revoca formale" indicati dalle lettere a), b) e c) del comma 1, mentre nel caso di cui alla successiva lettera d), concernente la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito stabilite dalla legge, non può essere disposto senza la tempestiva richiesta dell'ufficio finanziario competente, al quale soltanto è attribuito il potere-dovere di persistente verifica e controllo della sussistenza di tali condizioni, interdetto al giudice dopo l'assunzione del provvedimento di ammissione". La sentenza "Pangallo", sulla falsariga di quanto affermato da Sez. U. n. 19289 del 25/02/2004, Lustri, Rv. 227356, ha ribadito la natura giurisdizionale del provvedimento di ammissione del patrocinio a spese dello Stato "avente ad oggetto l'accertamento della sussistenza di un diritto, peraltro dotato di fondamento costituzionale" e, pertanto, sottoposto al "regime proprio degli atti di giurisdizione, quale regolato dalla specifica disciplina in materia", così discostandosi da quell'orientamento giurisprudenziale che, diversamente, attribuiva al provvedimento di revoca del beneficio del patrocinio a spese dello Stato, natura amministrativa (Sez. 3, n. 2950 del 29/11/2001 (dep. 2002), Di Stefano, Rv.221061; Sez. 2, n. 25671 del 13/06/2002 (dep. 2003), Ghidini Rv. 226312) sul presupposto dell'esistenza di "un generale potere di revoca d'ufficio del giudice in quanto espressione della potestà di autotutela della pubblica amministrazione", e che riteneva "irragionevole e contrario ai criteri di buona organizzazione dell'amministrazione" non consentire al medesimo organo di revocare o modificare il provvedimento emesso, imponendogli di attendere la preventiva richiesta dell'amministrazione finanziaria, dal momento che la revoca conseguiva alla mancanza del presupposto "base" per poter beneficiare del patrocinio gratuito, ossia la non abbienza e che, pertanto non determinava alcuna lesione al diritto di difesa. La sentenza "Pangallo", dunque avallava a quel diverso orientamento giurisprudenziale secondo cui i provvedimenti che il giudice può essere chiamato ad emettere in ordine al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, sono sottoposti al "regime proprio degli atti di giurisdizione" (Sez. U, n. 25 del 24/11/1999, Di Dona, Rv. 214694). Ad avviso del Supremo consesso, la stessa *littera legis*, in materia di gratuito patrocinio, nel conferire al giudice procedente il potere di revocare d'ufficio il beneficio già concesso solo

nelle ipotesi riconducibili all'art. 112, comma 1, lett. a), b), c) ed al comma 2, e con l'esigere "invece, nelle ulteriori ipotesi, la richiesta dell'Ufficio finanziario, al quale è d'altronde affidato il compito di verificare le condizioni di reddito dell'interessato", risponde ad una precisa scelta: da un lato, quella di attribuire al giudice il controllo "nel merito" sul complesso *iter* che si conclude con il provvedimento di ammissione o di rigetto, riconoscendogli il potere di revoca ex officio e, dall'altro, quella di affidare all'Ufficio finanziario l'onere di chiedere la revoca, in qualsiasi momento, qualora risulti provata la mancanza dei requisiti reddituali per godere del beneficio, unico modo, questo, per attribuire un senso logico alla previsione di cui all'art. 112, comma 2, in cui si afferma che "il magistrato può disporre la revoca dell'ammissione anche all'esito delle integrazioni richieste ai sensi dell'art. 96, commi 2 e 3".

9. La decisione.

Con la decisione assunta all'udienza del 19 dicembre 2019, della quale oggi si attende il deposito della motivazione della sentenza per verificare le ragioni poste a fondamento della soluzione prescelta, essendo nota soltanto la soluzione adottata, le Sezioni Unite hanno dato risposta al quesito riportato in apertura affermando che "la revoca può essere disposta solo nei casi espressamente previsti dalla legge."

Evidentemente, il Supremo consesso ha ravvisato nell'orientamento giurisprudenziale che ha focalizzato la sua attenzione sulla fattispecie di cui all'art. 95 d.P.R. 115 del 2002 e sull'inciso di Sez. Un, n. 6591 del 27/11/2008, Infanti, Rv. 242152, secondo il quale la falsità delle indicazioni contenute nell'autocertificazione deve ritenersi connessa "all'ammissibilità dell'istanza e non al beneficio" cosicchè "solo l'istanza ammissibile genera l'obbligo del magistrato di decidere nel merito", un limite rappresentato sia dalla lettura rigorosa delle norme del d.P.R. n. 115 del 2002 che prevedono il potere di revoca del provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato solo ai sensi dell'art. 112 lett. d), ove risulti provata la mancanza originaria delle condizioni di reddito, e ai sensi dell'art. 95, in caso di condanna, sia dalla circostanza che nessuna norma del sistema vigente contempla la revoca del patrocinio a spese dello Stato nel caso in cui il "non dichiarato" non vada ad incidere sulla soglia prevista dalla norma per l'ammissione al beneficio, salvo il potere del giudice di vagliare l'attendibilità dell'autocertificazione "ove si sia in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa la sussistenza in capo al richiedente di risorse economiche non compatibili con il contenuto della dichiarazione di percezione di un reddito inferiore al limite per l'ammissione al beneficio" (Sez. 4, n. 4628 del 20/09/2017 -dep. 2018-, Tortorella, Rv. 271942; Sez. 4, n. 36787 del 08/05/2018, Marotta, Rv. 273423).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 4, n. 3167 del 14/10/1999, Cafarchio, Rv. 214882
Sez. U, n. 25 del 24/11/1999, Di Dona, Rv. 214694
Sez. 1, n. 14403 del 25/01/2001, Mollica, Rv. 218932
Sez. 1, n. 17227 del 27/02/2001, Iacovone, Rv. 218744
Sez. 3, n. 2950 del 29/11/2001, dep. 2002, Di Stefano, Rv. 221061
Sez. 2, n. 25671 del 13/06/2002, dep. 2003, Ghidini Rv. 226312
Sez. 1, n. 29006 del 03/06/2003, Musarò, Rv. 225051
Sez. U, n. 19289 del 25/02/2004, Lustri, Rv. 227356
Sez. U, n. 36168 del 10/09/2004, Pangallo, Rv. 228666
Sez. 5, n. 16338 del 13/04/2006, Bevilacqua, Rv. 234124
Sez. 5, n. 2114 del 11/05/2006, Salvaggio, Rv. 234207
Sez. 5, n. 37603 del 13/06/2006, Lo Porto
Sez. 3 n. 28340 del 20/06/2006, Contino, Rv. 236267
Sez. 5, n. 15139 del 22/01/2007, Martorana, Rv. 236143
Sez. 5, n. 13828 del 06/03/2007, Palamara
Sez. 4, n. 41306 del 10/10/2007, Bricchetti, Rv. 237732
Sez. 5, n. 5532 del 11/12/2007, Goman, Rv. 239099
Sez. 5, n. 4467 del 20/12/2007, Abrunzo, Rv. 238880
Sez. 5, n. 13309 del 24/01/2008, Marino, Rv. 239387
Sez. 5 n. 12019 del 19/08/2008, Gallo, Rv. 239126
Sez. U, n. 6591 del 27/11/2008, dep. 2009, Infanti, Rv. 242152
Sez. 4, n. 19611 del 14/03/2012, Napoli
Sez. 4, n. 43593 del 07/10/2014, De Angelis, Rv. 260308
Sez. 4, n. 21577 del 24/05/2016, Bevilacqua, Rv. 267307
Sez, 4, n. 53356 del 27/09/2016, Tilenni, Rv. 268682
Sez. 4, n. 4628 del 20/09/2017 - dep. 2018-, Tortorella, Rv. 271942
Sez. 4, n. 36787 del 08/05/2018, Marotta, Rv. 273423
Sez. 4, n. 17225 del 08/01/2019, Spada, Rv. 275715
Sez. 4, n. 5090 del 15/01/2019, Tarasco
Sez. 4, n. 18945 del 27/03/2019, Naccarella, Rv. 276462
Sez. 4, n. 35969 del 29/05/2019, Arlotta, Rv. 276862