

GIURISPRUDENZA PENALE
TRIMESTRALE



3, 2020

Giurisprudenza Penale Trimestrale

Editore e Direttore Editoriale

Guido Stampanoni Bassi

Direttore Responsabile

Lorenzo Nicolò Meazza

Vice Direttori

Lorenzo Roccatagliata

Riccardo Lucev

Comitato di redazione

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

Comitato scientifico

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

Codice Cineca

E255848

Contatti

redazione@giurisprudenzapenale.com

Fascicolo trimestrale n. **3, 2020** chiuso in data **31 ottobre 2020**.

Criteri di citazione dei contributi

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 3, 2020, pp. xx e ss.

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

Criteri di pubblicazione dei contributi

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

Perenne emergenza, emergenza ed emergenza perenne.

“*La perenne emergenza*”¹ è il titolo di un fortunato saggio di Sergio Moccia, pubblicato per la prima volta nel 1997, che scandagliò, nella prospettiva di un’inedita visione sistemica del fenomeno, i (già all’epoca) numerosi affioramenti nel sistema penale dell’*habitus* legislativo di utilizzare il diritto penale quale strumento di “lotta”² dell’eruzione acuta di manifestazioni criminose più o meno endemiche, radicate o insidiose. La “perenne emergenza” – notava nella prefazione Alessandro Baratta – è, quindi, un titolo doppiamente felice, perché parla del male cronico del diritto penale moderno e della sua declinazione più recente, che secondo l’autore può farsi iniziare in Italia con l’entrata in vigore della legge “Reale” del 1975.

In quest’ottica, la “perenne emergenza” allude sia ad una “*legislazione penale compulsiva*”³, che vorrebbe celebrare l’efficienza della risposta sanzionatoria mentre spesso è solo la plateale espressione di un uso simbolico della risorsa punitiva, sia all’“emergenza perenne” di un diritto penale della «distanza assiologica»⁴, disancorato dai principi di garanzia della Carta e delle Carte “regionali”.

Sotto il primo profilo, la vacuità dei processi di costruzione delle premesse di improvvisa e improcrastinabile necessità di intervenire, sotteso alla legislazione penale dell’emergenza, ha trovato un formidabile riscontro nella “verità vera”⁵ della crisi pandemica, dove il “penale” pare giocare (almeno finora) un ruolo del tutto marginale, dentro il più ampio contesto di un diritto profondamente messo alle corde, scosso nelle fondamenta della generalità ed astrattezza da un fenomeno sfuggente e mutevole rispetto al quale le minuzie della regolamentazione amministrativa sono sembrate più calzanti. Beninteso non si tratta di negare la gravità e la verità del terrorismo, della criminalità organizzata, della corruzione politica, della violenza di genere, dell’evasione fiscale (ecc.). Si tratta solo di prendere atto che la vera emergenza, per un verso, ha ribadito che quelle non erano (non tutte almeno) emergenze ma semmai patologie croniche del sistema sociale italiano (e non solo), cui era diventato indifferibile dare una risposta perché la stessa risposta era attesa da troppo

tempo, per l’altro, che la legislazione della “perenne emergenza” non ha avuto nulla da dire all’emergenza “veramente vera” della pandemia. La vera emergenza del contagio ha concorso a convalidare la realtà che la “perenne emergenza” è, in parte, perlomeno, manifestazione della “normalità dell’emergenza perenne”⁶ di un sistema penale nel quale mentre alcune espressioni dell’esperienza giuridico-penalistica rinvigoriscono le “mura”⁷ delle garanzie costituzionali e convenzionali, altre fanno registrare preoccupanti flessioni.

Per un verso, vale considerare la sentenza della Corte suprema⁸ relativa alla disciplina delle domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte, siano esse quelle “suggestive”, nel significato di “quesiti” che tendono a suggerire la risposta al teste ovvero forniscono le informazioni necessarie per rispondere secondo quanto desiderato dall’esaminatore, anche attraverso una semplice conferma, siano esse quelle “nocive”, finalizzate a manipolare il teste, fuorviandone la memoria, poiché gli forniscono informazioni errate e falsi presupposti tali da minare la stessa genuinità della risposta. Il divieto che l’art. 499 riferisce indiscriminatamente all’esame a maggior ragione – ha sancito la Cassazione – deve applicarsi al giudice cui spetta il compito di assicurare, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma 6 della medesima disposizione.

Per l’altro, risulta emblematica la pronuncia di legittimità che ha sancito – senza (val bene sottolineare) fosse in alcun modo necessario all’argomentazione della decisione – che le deduzioni del consulente tecnico del P.M. «devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa» perché «il pubblico ministero ha per proprio obiettivo quello della ricerca della verità ... dovendosi necessariamente ritenere che il consulente dallo stesso nominato operi in sintonia con tali indicazioni»⁹. La petizione di principio è piuttosto evidente: poiché il consulente del P.M. mutua dall’organo il compito (talvolta disatteso) di svolgere accertamenti anche a favore della persona sottoposta alle indagini, le sue deduzioni sarebbero per ciò solo “più vere” di quelle elaborate dal

consulente della difesa, che non ha il compito di svolgere accertamenti “a favore” del pubblico ministero. Il paralogismo è in intimo contrasto con l’essenza del giusto processo e del rito accusatorio che alludono (tra l’altro) all’ideale di una regolamentazione del giudizio nella quale è assolutamente da scongiurare proprio il rischio che il giudice e le parti del processo (soprattutto il pubblico ministero anche mediante il travaso nel giudizio delle fonti di prova raccolte) condividano un’*echo chamber* di conferme autoreferenziali, impermeabili alle sollecitazioni della

controparte, nella quale la terzietà del giudice stesso sarebbe irrimediabilmente compromessa in misura più subdola ma non meno grave delle ipotesi codificate in cui si presume il venir meno dell’assoluta indifferenza e dell’effettiva equidistanza dalle parti contendenti.

Giuseppe Losappio

Professore ordinario di diritto penale nell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, I ed., Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997.

² Per questa locuzione ad es. M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007 (2), p. 55.

³ È il titolo dell’opera collettanea a cura di G. Insolera, Cedam, Padova, 2006.

⁴ A. FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Atti del Convegno “Enrico de Nicola”, Saint Vincent, 6-8 maggio 1994, a cura del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 268.

⁵ L’iterazione è di F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa* (1874), edizione a cura di A. Cadoppi, Bologna, il Mulino, 2007, p. 365.

⁶ Parafraresi del titolo del volume di F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004.

⁷ Cfr. G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1040.

⁸ Cass. pen, Sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331, in [questa Rivista](#).

⁹ Cass. pen, Sez. III, 18 febbraio 2020, n. 16458, in [questa Rivista](#).

INDICE

NOVITÀ

Corte europea dei diritti dell'uomo _____	6
Corte costituzionale _____	6
Corte di cassazione - Sezioni unite _____	8
Corte di cassazione - Sezioni semplici _____	10
Legislazione _____	18

CONTRIBUTI

R. SAVI, Il c.d. "Superbonus 110%": i possibili illeciti e la risposta sanzionatoria penale. ____	21
M. GRIFFO, Il potere di annullare la decisione del giudice incompetente attraverso il contemperamento del supremo valore libertario e le conseguenti ricadute pratiche. ____	37
T. PADOVANI, Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio. _____	42
L. FRABBONI, Trattamento inumano o degradante nella detenzione: calcolo dello spazio minimo <i>pro capite</i> e fattori compensativi della <i>strong presumption</i> di violazione dell'art. 3 CEDU. La parola alle Sezioni Unite. _____	51
L. DUARTE - G. SAMBATARO - S. TREVISAN, <i>Due diligence</i> delle imprese e diritti umani: profili penalistici dell'esportazione di armamenti. _____	60
R. LUGLI, Esclusa la responsabilità 231 di società unipersonale priva di un autonomo centro di interessi. _____	74
A. TRIMBOLI, Confisca urbanistica e prescrizione del reato. Alcune considerazioni <i>fuori dal coro</i> sulla pervicace applicazione di una sanzione <i>sostanzialmente</i> penale a reato prescritto. __	79
L. GUCCIARDO, Impegno a versare e non operatività della confisca ex art. 12-bis comma 2 D. Lgs. 74/2000. _____	86
M. ZINCANI, Scienza giuridica e scelte di fine vita. Dal teologico al metafisico, in attesa dell'età positiva. _____	94
A. MASSARO, La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o <i>interpretatio abrogans</i> ? _____	106

NOVITÀ

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Articolo 4, Protocollo 7 CEDU – Ne bis in idem – Presupposti – Sufficiently close connection in substance – Nozione.

Corte EDU, Sez. IV, Sentenza 21 luglio 2020

Ricorso n. 34503/10, Velkov c. Bulgaria

Con la sentenza in epigrafe la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito la portata del requisito – individuato nel 2016 con la nota sentenza A. e B. c. Norvegia – di “*sufficiently close connection in substance and time*”, richiesto ai procedimenti sanzionatori in materia penale per il rispetto dell'art. 4, Prot. 7 della Convenzione, che – come è noto – sancisce il divieto di *bis in idem*.

La Corte si è concentrata, in particolare, sulla “*connection in substance*”, ricordando anzitutto gli elementi rilevanti per determinare se esiste una connessione sufficientemente stretta dal punto di vista materiale: (i.) se i diversi procedimenti perseguono finalità complementari e quindi riguardano, non solo in astratto ma anche in concreto, diversi aspetti dell'atto pregiudizievole per la collettività; (ii.) se la natura duplice del procedimento in questione è una conseguenza prevedibile, sia in diritto che di fatto, del medesimo comportamento illecito; (iii.) se il procedimento in questione sia stato condotto in modo da evitare, per quanto possibile, la ripetizione della raccolta e della valutazione delle prove, in particolare attraverso un'adeguata interazione tra le varie autorità competenti, da cui risulti che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento si è ripetuto nell'altro; (iv.) se la sanzione comminata nel procedimento conclusosi per primo è stata presa in considerazione nel procedimento conclusosi per ultimo, in modo da non

gravare l'interessato di una sanzione nel complesso troppo gravosa.

Di tali elementi la Corte ha dovuto tenere conto nella vicenda oggetto del ricorso, in cui – per fatti di violenza a cose e persone in occasione di una manifestazione sportiva – il ricorrente era stato sottoposto a due procedimenti da parte delle autorità bulgare: l'uno amministrativo, conclusosi con le sanzioni della detenzione per 15 giorni e del divieto di partecipare ad eventi sportivi per due anni, e l'altro penale, all'esito del quale era stata comminata la sanzione di 2 anni di reclusione.

I Giudici di Strasburgo hanno rilevato la violazione dell'art. 4, Prot. 7 della Convenzione, ritenendo che alcuni dei suddetti criteri non fossero stati rispettati. Infatti, ha notato la Corte, sia il procedimento amministrativo che quello penale perseguivano essenzialmente lo stesso scopo, ossia punire il turbamento dell'ordine pubblico causato dal ricorrente. In secondo luogo, l'accertamento dei fatti effettuato nel procedimento amministrativo non è stato preso in considerazione nel procedimento penale: le dichiarazioni degli stessi testimoni oculari dei fatti sono state assunte e analizzate separatamente in ciascuno dei procedimenti. In terzo luogo, la Corte ha rilevato che la sanzione della privazione della libertà personale inflitta al richiedente al termine del procedimento amministrativo non è stata presa in considerazione nell'ambito del procedimento penale, né nel determinare la durata della pena detentiva né nel dedurre da essa i giorni già trascorsi dal richiedente in carcere o agli arresti domiciliari.

CORTE COSTITUZIONALE

Questioni decise

Articolo 131 bis c.p. – Particolare tenuità del fatto – Reati per i quali non è previsto un minimo editale di pena detentiva – Inapplicabilità – Illegittimità costituzionale.

Corte Costituzionale, 21 luglio 2020, Sentenza n. 156
Presidente Cartabia, Relatore Petitti

In tema di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, con la sentenza in epigrafe la Corte

Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis del codice penale, inserito dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, recante «*Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67*», nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per

particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva.

Articolo 628. c.p. – Rapina propria e impropria – Trattamento sanzionatorio – Identità – Illegittimità costituzionale – Infondatezza.

Corte Costituzionale, 31 luglio 2020, Sentenza n. 190 Presidente Cartabia, Relatore Zanon

I Giudici *a quibus*, con tre distinte ordinanze poi riunite, avevano sollevato questioni di legittimità costituzionale in merito all'identità di trattamento sanzionatorio previsto per le due fattispecie di rapina (propria ed impropria). Ad avviso dei rimettenti l'art. 628, comma 2, c.p. si poneva in contrasto con il principio di uguaglianza (rilevante ex art. 3, Cost.), con il principio di offensività (rilevante ex art. 25, comma 2, Cost.), con il principio di proporzionalità (rilevante ex artt. 27, comma 3, 117, comma 1, Cost., 49 CDFUE).

La Corte ha dichiarato non fondate le questioni relative alla violazione degli articoli 3, 25 comma 2, 27 comma 3, Cost., poiché le due fattispecie in astratto

non rivelano differenze in termini di capacità criminale del soggetto agente, con la conseguenza che la medesimezza del trattamento sanzionatorio per essere previsto non viola i principi di uguaglianza, offensività e proporzionalità. La Corte ha altresì dichiarato inammissibile la questione di legittimità relativa all'art. 117, comma 1, Cost., 49 CDFUE, poiché nella stessa CDFUE è stabilito, all'art. 51, che le disposizioni della Carta medesima “*si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*”. La giurisprudenza della stessa Consulta ha da tempo chiarito, in coerenza con un costante orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, che le norme sovranazionali in questione possono essere invocate nel giudizio di legittimità costituzionale solo a condizione che “*la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo [...] e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto*” (Corte cost., Sent. n. 80/2011).

Questioni sollevate

Articoli 69, comma 4, 311, c.p. – Delitti contro la personalità dello stato – Circostanza attenuante della lieve entità del fatto - Divieto di prevalenza.

Cassazione Penale, Sez. I, Ord. 8 settembre 2020 (ud. 17 luglio 2020), n. 25413

Presidente Casa, Relatore Rocchi

Con l'ordinanza in epigrafe la prima Sezione penale della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, cod. pen. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante prevista dall'art. 311 cod. pen., in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione.

Articolo 586 bis, comma 7, c.p. – Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti – Dolo specifico – Parziale *abolitio criminis* – Eccesso di delega.

Cassazione Penale, Sez. III, Ord. 21 settembre 2020 (ud. 21 luglio 2020), n. 26326

Presidente Di Nicola, Relatore Corbetta

In tema di utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, con l'ordinanza in epigrafe la terza

sezione penale della Corte di Cassazione ha sollevato, in riferimento all'art. 76 Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 586-bis, comma 7, cod. pen., introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, nella parte in cui – sostituendo l'art. 9, comma 7, l. 14 dicembre 2000, n. 376, abrogato dall'art. 7 comma 1, lett. n) del medesimo d.lgs. n. 21 del 2018 – prevede il “fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti”.

Con riferimento alla condotta di commercio di sostanze dopanti “*non vi è piena coincidenza tra la fattispecie di cui all'abrogato art. 9, comma 7, l. n. 376 del 2000 e quella oggetto di incriminazione da parte del vigente art. 586-bis, comma 7, cod. pen., che, a differenza della precedente figura delittuosa, contempla il dolo specifico del “fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti”, prevedendo, in alternativa (ipotesi che qui non rileva), la condotta di commercio di sostanze idonee a modificare i risultati dei controlli anti-doping, che vengono assimilati alle sostanze dopanti*”.

Non vi è dubbio “*che la previsione, nella nuova figura delittuosa considerata dal comma 7 dell'art. 586-bis cod. pen., del dolo specifico rappresenta un filtro selettivo della penale rilevanza della condotta, che è ora*

punita solo ove l'agente abbia agito con il fine indicato dalla norma, non essendo ovviamente richiesto, come ogni reato a dolo specifico, che quel fine sia effettivamente conseguito. In altri termini, la fattispecie contemplata dall'art. 586-bis, comma 7, cod. pen. non incrimina più la commercializzazione tout court di sostanze dopanti, come avveniva in relazione all'abrogato art. 9, comma 7, l. n. 376 del 2000, ma solo quella i cui l'agente si prefigge lo scopo 'di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti', indipendentemente dall'effettivo conseguimento di tale finalità. Per effetto della previsione dell'indicato dolo specifico, si è perciò realizzata una parziale abolitio criminis, non essendo più punito il commercio di 'sostanze dopanti' commesso in assenza del 'fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti'; in caso del genere, nemmeno può trovare applicazione la fattispecie del comma 1, la quale pure esige il medesimo dolo specifico".

Ebbene, ad avviso della Corte "la parziale abolitio criminis della fattispecie oggetto di incriminazione da parte dell'abrogato art. 9, comma 7, l. 14 dicembre 2000, n. 376, nei termini dinanzi precisati, non trova riscontro nella delega conferita al Governo dall'art. 1, comma 85, lett. q), l. 23 giugno 2017, n. 103". Invero, "tale disposizione autorizzava l'attuazione, sia pure

tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico".

In conclusione, "reputa il Collegio che il Governo abbia fatto un uso scorretto della delega conferita dall'art. 1, comma 85, lett. q), l. n. 103 del 2017, in quanto, nel trasferire nel codice penale, rubricato al comma 7 dell'art. 586-bis, la figura delittuosa già oggetto di incriminazione da parte dell'art. 9, comma 7, l. n. 376 del 2000, ha operato, mediante l'aggiunta del dolo specifico, una parziale abolitio criminis".

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE

Questioni decise

Articolo 420 bis c.p.p. – Dichiarazione di assenza – Presupposti – Elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio – Insufficienza.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 17 agosto 2020 (ud. 28 novembre 2019), n. 23948

Presidente Carcano, Relatore Caputo

Con ordinanza n. 9114 del 2019, era stata rimessa alle Sezioni Unite seguente questione di diritto in tema di dichiarazione di assenza: "se per la valida pronuncia della dichiarazione di assenza di cui all'art. 420-bis cod. proc. pen., integri presupposto sufficiente – particolarmente nell'ipotesi della sua identificazione da parte della polizia giudiziaria, con nomina di difensore di ufficio – il fatto che l'indagato elegga contestualmente il domicilio presso il suddetto difensore di ufficio, oppure tale elezione non sia di per sé sufficiente e se, in questo caso, possa tuttavia diventarlo sulla base di altri elementi che convergano nel far risultare con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla

conoscenza del procedimento stesso o di atti del medesimo".

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite avevano fornito la seguente soluzione: "la sola elezione di domicilio presso il difensore di 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 di un 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 a una fattispecie rientrante nella disciplina previgente alla introduzione del comma 4-bis dell'art. 162 cod. proc. pen.)".

Articoli 62, n. 4, c.p., 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990 – Cessione di sostanze stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso

connotato da un ridotto grado di offensività o di svalore sociale – Attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità – Applicabilità.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 2 settembre 2020 (ud. 30 gennaio 2020), n. 24990

Presidente Carcano, Relatore Mogini

Con ordinanza n. 42731 del 2019, era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “se la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all’art. 62 n. 4 c.p. sia applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato da un ridotto grado di offensività o di svalore sociale, e se sia compatibile con l’autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall’art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/90”.

Con sentenza n. 24990, depositata in data 2 settembre 2020, è stato affermato il seguente principio di diritto: “la circostanza attenuante del lucro e dell’evento di speciale tenuità è applicabile, indipendentemente dalla natura giuridica del bene oggetto di tutela, ad ogni tipo di delitto commesso per un motivo di lucro, compresi i delitti in materia di stupefacenti, ed è compatibile con la fattispecie di lieve entità prevista dall’art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990”.

Articoli 309, 311 c.p.p. – Ordinanza di misura cautelare personale – Annullamento – Giudizio di rinvio – Termine per la ricezione degli atti – Decorrenza.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 29 settembre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 27104

Presidente Fumu, Relatore Zaza

Con ordinanza n. 4125 del 2020 era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “se, in tema di misure cautelari personali, nel caso di giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura coercitiva ex art. 309, comma 9, cod. proc. pen., il termine di ‘dieci giorni dalla ricezione degli atti’ previsto dall’art. 311, comma 5-bis, stesso codice entro il quale il giudice del rinvio ha l’obbligo di decidere a pena di inefficacia della misura, decorre dalla data in cui il fascicolo relativo al ricorso per cassazione, comprendente la sentenza rescindente e gli atti allegati, perviene alla cancelleria generale del tribunale competente o alla cancelleria della sezione del tribunale competente per il riesame ovvero dalla data in cui il tribunale riceve ‘nuovamente’ gli atti dall’autorità procedente richiesti ai sensi dell’art. 309, comma 5, cod. proc. pen.”.

Con la sentenza n. 27104, depositata il 29 settembre 2020, le Sezioni unite hanno affermato il seguente principio di diritto: “nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura cautelare personale, il procedimento di riesame si svolge seguendo le stesse scadenze temporali e con le stesse sanzioni processuali previste dall’art. 309, commi 5 e 10, c.p.p., con inizio di decorrenza dei relativi termini dal momento in cui gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione pervengono alla cancelleria del tribunale”.

Questioni rimesse

Articolo 624 c.p.p. – Annullamento parziale della sentenza – Giudicato progressivo – Esecuzione della pena in pendenza del rinvio – Configurabilità.

Cass. pen., Sez. I, Ord. 21 luglio 2020 (ud. 10 luglio 2020), n. 21824

Presidente Di Tomassi, Relatore Santalucia

Con l’ordinanza in epigrafe la Suprema Corte ha rimesso alle Sezioni Unite alcune questioni relative al cd. giudicato progressivo e, più specificamente, al tema se ed in che limiti, formatasi la cosa giudicata sull’affermazione di responsabilità con contestuale annullamento della statuizione sul trattamento sanzionatorio, in particolare delle determinazioni afferenti alla sussistenza e alla rilevanza di elementi circostanziali del reato, possa essere posta in esecuzione la pena individuata nella soglia minima.

Tale figura processuale, che la giurisprudenza fa conseguire alle ipotesi di annullamento parziale della sentenza ex art. 624 c.p.p., secondo cui “se l’annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata”, è infatti oggetto di contrasti interpretativi “sia sulla possibilità di porre in esecuzione la pena quando ancora il punto relativo al trattamento sanzionatorio sia oggetto delle valutazioni del giudice del rinvio; sia sugli spazi di esecutorietà che possano riconoscersi ove si sia data risposta positiva al primo quesito, dovendo stabilirsi come individuare la pena minima certa non suscettibile di modificazioni in melius e se questa debba essere indicata dal giudice dell’esecuzione o dalla Corte di cassazione in sede di annullamento con rinvio, o se possa essere desunta,

anche in ragione di computi ipotetici, dagli organi dell'esecuzione".

La soluzione dei contrasti relativi ai suddetti punti è stata, dunque, rimessa alle Sezioni Unite.

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI SEMPLICI

Art. 2 d. l. n. 463 del 1983 – Omesso versamento di ritenute previdenziali - Elemento soggettivo - Carenza di mezzi economici del datore di lavoro - Rilevanza penale.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 7 luglio 2020 (ud. 12 giugno 2020), n. 20089

Presidente Aceto, Relatore Di Stasi

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione si è pronunciata sulla fattispecie di omesso versamento di ritenute previdenziali, prevista e punita dall'art. 2 d.l. n. 463 del 1983, convertito in l. n. 638 del 1983.

In particolare, il Ricorrente aveva dedotto il vizio di motivazione in relazione all'affermazione di responsabilità, lamentando che non era stata tenuta nel debito conto, a fini di una pronuncia assolutoria per insussistenza dell'elemento soggettivo, la circostanza che il mancato versamento era dovuto ad una obiettiva carenza di mezzi economici, causata dalla grave ed improvvisa crisi economica che aveva colpito l'azienda fino a condurla al fallimento del 2014.

La Corte ha ritenuto il motivo manifestamente infondato, rilevando che *"il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti (...) è integrato, siccome è a dolo generico, dalla consapevole scelta di omettere i versamenti dovuti, sicché non rileva, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, la circostanza che il datore di lavoro attraversi una fase di criticità e destini risorse finanziarie per far fronte a debiti ritenuti più urgenti o abbia deciso di dare preferenza al pagamento degli emolumenti ai dipendenti"*.

Articolo 270 c.p.p. - Intercettazioni - Divieto di utilizzazione - Diverso procedimento - Condizioni di operatività del divieto.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 8 luglio 2020 (ud. 25 giugno 2020), n. 20127

Presidente Fumu, Relatore Pezzella

Con la sentenza in epigrafe, la Cassazione ha valutato l'applicabilità del divieto di cui all'art. 270, c.p.p., delle intercettazioni disposte in un procedimento penale iscritto a carico di ignoti per il reato di riciclaggio di cui all'art. 648 bis cod. pen., che veniva successivamente tramutato ed iscritto a carico dei soggetti indagati per i reati di associazione per delinquere

finalizzata all'emissione di fatture per operazioni inesistenti ed autoriciclaggio.

La Corte ha rilevato che, avendo le Sezioni Unite Cavallo (n. 51/2020) escluso la rilevanza del collegamento investigativo di cui all'art. 371 c.p.p., restava solo da verificare se la notizia di reato ex art. 648 bis c.p. (posta a base di tutti i provvedimenti di intercettazione) potesse ritenersi connessa ex art. 12 c.p.p. con il delitto di cui agli artt. 61 n. 2, 61 bis, 416 c.p. e con i delitti di cui agli artt. 110 c.p., 8 D. Lgs. n. 74/2000.

Esclusa pacificamente l'ipotesi di cui alla lettera a) dell'art. 12 c.p.p., non trattandosi di un unico reato commesso da più persone in concorso o cooperazione tra loro, o di un unico evento determinato da più persone con condotte indipendenti, la Corte ha altresì escluso l'ipotesi di cui alla lettera b) dell'art. 12 c.p.p., non trattandosi né pacificamente di un concorso formale di reati, né di un reato continuato. E ciò in considerazione dell'assenza del requisito del medesimo disegno criminoso, per la cui integrazione sarebbe stato necessario che già al momento della commissione del primo reato della serie, e cioè quello di riciclaggio ipotizzato con le suindicate modalità, i successivi, e cioè quelli costituenti titolo cautelare, fossero stati realmente già programmati almeno nelle loro linee essenziali.

Esclusa altresì l'ipotesi di cui alla lettera c) dell'art. 12 c.p.p., non risultando in alcun modo dagli atti che l'ipotizzato reato di riciclaggio sia stato commesso né per eseguire (e ciò pacificamente) né per occultare gli ipotizzati reati di associazione per delinquere e di emissione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, la Corte è giunta alla inevitabile conclusione, che, nel caso di specie, dovesse ritenersi operante il divieto di cui all'art. 270 c.p.p.

Articolo 319 quater c.p. - Induzione indebita a dare o promettere utilità - Momento consumativo del reato.

Cass. Pen., Sez. VI, Sent. 10 luglio 2020 (ud. 20 febbraio 2020), n. 20707

Presidente Fidelbo, Relatore Giordano

In tema di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 quater c.p.), con la pronuncia in

epigrafe la Cassazione ha fatto applicazione dei principi, elaborati in materia di corruzione, secondo i quali, *“in caso di commissione del reato mediante promessa il delitto può ritenersi consumato al momento della promessa (cfr. Sez. U, n. 15208/2010, Mills) e che successive pressioni ovvero incontri preparatori in vista dell’adempimento, a meno che non sopraggiunga una novazione ovvero una sostanziale modifica della promessa, ovvero la dazione, non incidono sul perfezionamento del reato e sulla individuazione del momento di consumazione”*.

Sulla individuazione del momento di perfezionamento e consumazione del reato *“non incide la natura bilaterale ovvero la struttura, a concorso necessario, del reato di corruzione e, difatti, analoghe affermazioni la giurisprudenza di questa Corte registra in relazione al delitto di concussione di cui all’art. 317 c.p. Anche con riguardo a tale fattispecie la giurisprudenza di legittimità afferma che il reato di cui all’art. 317 c.p. costituisce una fattispecie a duplice schema, nel senso che si perfeziona alternativamente con la promessa o con la dazione indebita per effetto dell’attività di costrizione o di induzione del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio, sicché, se tali atti si susseguono, il momento consumativo si cristallizza nell’ultimo, venendo così a perdere di autonomia l’atto anteriore della promessa e concretizzandosi l’attività illecita con l’effettiva dazione, secondo un fenomeno assimilabile al reato progressivo”*.

La Corte ha così affermato che *“il reato di induzione indebita di cui all’art. 319 quater c.p., nel duplice schema attraverso il quale di realizza la condotta costitutiva, si perfeziona alternativamente con la promessa e/o con la dazione indebita per effetto della condotta induttiva e che, anche solo con la promessa il delitto si è consumato”*.

Articolo 10 quater, d. lgs. n. 74/2000 - Indebita compensazione - Momento consumativo del reato.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 15 luglio 2020 (ud. 25 febbraio 2020), n. 20853

Presidente Sarno, Relatore Macrì

Con la Sentenza in epigrafe, la Corte è tornata a pronunciarsi sul reato di indebita compensazione, previsto dall’art. 10 quater, d. lgs. n. 74/2000, con particolare riferimento al momento consumativo della fattispecie.

In punto di fatto, il Ricorrente era stato condannato perché, in qualità di legale rappresentante di una S.r.l., aveva omesso di effettuare per l’anno d’imposta

2009, i versamenti dovuti, ponendo in compensazione imposte e contributi mediante l’uso di crediti IVA non spettanti e/o inesistenti per l’importo di € 55.329,00, superiore alla soglia prevista di € 50.000,00 per i singoli anni d’imposta.

Il Ricorrente aveva così lamentato la violazione di legge per erronea applicazione dell’art. 10 quater d. lgs. n. 74/2000. L’istruttoria dibattimentale aveva dimostrato la sua estraneità al fatto contestato, poiché non aveva presentato il modello F24. Precisava che non era stata prodotta la prova che fosse stato invitato dall’Agenzia delle entrate a regolarizzare la sua posizione. Aggiungeva che il reato aveva natura istantanea e si consumava con la presentazione del modello F24. Lamentava infine l’omessa valutazione del dolo.

Sul punto, la Corte ha ritenuto il motivo non manifestamente infondato, ricordando che *“ai fini dell’integrazione del reato dell’art. 10 quater d. lgs. n. 74 del 2000, non basta il mancato versamento dell’imposta, ma è necessario che lo stesso risulti giustificato dalla compensazione tra i debiti ed i crediti verso l’Erario, allorché i crediti non spettino o non esistano. è la compensazione che esprime la componente decettiva o di frode insita nella fattispecie e che rappresenta il quid pluris che differenzia il reato dell’art. 10 quater rispetto ad una fattispecie di omesso versamento (...). Il delitto di indebita compensazione si consuma, di conseguenza, al momento della presentazione dell’ultimo modello F24 relativo all’anno interessato e non in quello della successiva dichiarazione dei redditi, dal momento che, con l’utilizzo del modello indicato, si perfeziona la condotta decettiva del contribuente, realizzandosi il mancato versamento per effetto dell’indebita compensazione di crediti in realtà non spettanti in base alla normativa fiscale (...). L’indebita compensazione deve pertanto risultare dal modello F24, mentre, nella specie, il modello non è stato presentato e non sono stati rappresentati nella motivazione elementi idonei a ricostruire con precisione la fattispecie delittuosa”*.

Articolo 2 d. lgs. n. 74/2000 - Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti - Dichiarazione IVA - Società operanti illecita somministrazione di manodopera - Configurabilità.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 15 luglio 2020 (ud. 26 giugno 2020), n. 20901

Presidente Ramacci, Relatore Corbetta

Con la sentenza in epigrafe la Corte si è pronunciata sulla configurabilità del reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti, ex art. 2 d. lgs. n. 74/2000, nel caso fatture registrate nell'ambito della dichiarazione IVA emesse da società operanti illecita somministrazione di manodopera.

Il Ricorrente, infatti, era stato condannato per tale reato, perché, in qualità di legale rappresentante di una S.r.l., al fine di evadere l'imposta sull'IVA per gli anni 2016, 2017 e 2018, aveva indicato nella dichiarazione IVA per gli anni di imposta 2017, 2018 e 2019 elementi passivi, previa annotazione nelle scritture contabili, costituiti da fatture emesse da alcune società, puntualmente indicate, relative ad operazioni giuridicamente inesistenti, atteso che l'attività posta in essere da dette società era riconducibile a un'illecita somministrazione di manodopera, dissimulata da fittizi contratti di appalto e servizi.

La Corte ha anzitutto ricordato l'esatta nozione di "fatture inesistenti". Sul punto, "l'art. 1, lett. a) d.lgs. n. 74 del 2000 chiarisce che, ai fini del presente decreto legislativo per 'fatture inesistenti' si intendono, tra l'altro, le fatture 'che riferiscono l'operazione a soggetti diversi da quelli effettivi', ossia sono quei soggetti che, in realtà, non hanno preso parte all'operazione e sono invece indicati nel documento. Tale situazione abbraccia il caso in cui il soggetto che ha emesso il documento non ha però effettuato la prestazione cui il documento medesimo si riferisce, perché si tratta di un soggetto irreali, come nel caso di nomi di fantasia, oppure non ha avuto alcun rapporto con il contribuente finale. In tal modo, infatti, il contribuente fa apparire di avere speso somme in realtà non sborsate e pone così in essere una lesione del bene giuridico protetto, costituito dal patrimonio erariale".

Conseguenza di tale interpretazione è il fatto che "il reato di utilizzazione fraudolenta in dichiarazione di fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d. lgs. n. 74 del 2000) è integrato, con riguardo alle imposte dirette, dalla sola inesistenza oggettiva, ovvero quella relativa alla diversità, totale o parziale, tra costi indicati e costi sostenuti, mentre, con riguardo all'IVA (...) esso comprende anche la inesistenza soggettiva, ovvero quella relativa alla diversità tra soggetto che ha effettuato la prestazione e quello indicato in fattura".

Pertanto, "l'indicazione di elementi passivi fittizi nella dichiarazione, avvalendosi di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, anziché relative ad operazioni oggettivamente inesistenti, non incide sulla configurabilità del reato di dichiarazione fraudolenta

previsto dall'art. 2 del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il quale, nel riferirsi all'uso di fatture o altri documenti concernenti operazioni inesistenti, non distingue tra quelle che sono tali dal punto di vista oggettivo o soggettivo".

Ad avviso del Supremo Collegio, quindi, "logico corollario di tale ricostruzione è che il delitto ex art. 2 d. lgs. n. 74 del 2000 è astrattamente configurabile nel caso di intermediazione illegale di manodopera, stante la diversità tra il soggetto emettente la fattura e quello che ha fornito la prestazione. Si tratta di una conclusione coerente con il principio affermato da questa Corte, secondo cui è configurabile il concorso fra la contravvenzione di intermediazione illegale di mano d'opera (art. 18 d. lgs. n. 276 del 2003) ed il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d. lgs. n. 74 del 2000), nel caso di utilizzo di fatture rilasciate da una società che ha effettuato interposizione illegale di manodopera (...)".

Articolo 83, comma 4, d. l. n. 18/2020 - Sospensione della prescrizione del reato - Applicazione retroattiva - Configurabilità.

Cass. Pen., Sez. III, Sent. 17 luglio 2020 (ud. 2 luglio 2020), n. 21367

Presidente Rosi, Relatore Gai

Con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione, pronunciandosi in ordine al regime della sospensione della prescrizione introdotto dall'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, ha affermato i seguenti principi di diritto:

– "è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della sospensione del corso della prescrizione, disposta dall'art. 83, comma 4, del d.l. 17 marzo 2020, in quanto la causa di sospensione è di applicazione generale, proporzionata e di durata temporanea, e la deroga al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, previsto dall'art. 25, comma 2, Cost. risulta giustificata dall'esigenza di tutelare il bene primario della salute, conseguente ad un fenomeno pandemico eccezionale e temporaneo, dovendosi realizzare un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali, nessuno dei quali è assoluto e inderogabile";

– "la sospensione della prescrizione prevista dall'art. 83, comma 4, del d.l. 17 marzo 2020 opera dalla data dell'udienza (ricadente nel periodo 9 marzo-11 maggio 2020) di cui è stato disposto il rinvio e fino all'11 maggio 2020, mentre, per i procedimenti la cui udienza era fissata nel periodo 12 maggio-30 giugno

2020 e rinviati a data successiva, la prescrizione rimane sospesa, ai sensi 83, comma 9, del d.l. 17 marzo 2020, dalla data dell'udienza fino al 30 giugno 2020".

Articoli 378, 384 c.p. - Favoreggiamento personale - Esimente grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore - Applicabilità.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 23 luglio 2020 (ud. 7 luglio 2020), n. 22253

Presidente Bricchetti, Relatore Paternò Raddusa

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione si è pronunciata in tema di favoreggiamento commesso dal lavoratore in un caso di infortunio sul lavoro: il ricorrente, mentendo alla P.G. quanto alle modalità di un infortunio accaduto ad un suo collega e avvenuto in sua presenza, aveva reso dichiarazioni potenzialmente utili a sviare le indagini che si svolgevano, per quel sinistro, nei confronti del responsabile della sicurezza per l'ipotesi di reato di cui all'art. 590 cod. pen.

Fra i motivi di ricorso la difesa aveva lamentato difetto di motivazione e violazione di legge con riguardo alla ritenuta non configurabilità dell'esimente di cui all'art. 384 c.p.: nel concludere per la non applicabilità di tale esimente la Corte territoriale, da un lato, si sarebbe avvalsa di una argomentazione tautologica nel ritenere non dimostrate le concrete prospettive di licenziamento che avevano giustificato le dichiarazioni dell'imputato e, dall'altro lato, non avrebbe considerato che la situazione di pericolo che poteva aver giustificato le dichiarazioni del ricorrente trovava ragione nella necessità di perseguire un proprio diritto di difesa, evitando indagini a proprio carico nell'ambito dell'infortunio occorso al collega.

La Corte ha dichiarato il motivo inammissibile, sulla base delle seguenti argomentazioni.

In primo luogo, *"il pericolo addotto secondo la prospettiva difensiva offerta in appello (i.e., il pericolo di venire licenziato se avesse detto la verità), non risponde ad una concreta dimostrazione in punto di fatto ma ad una mera suggestione logica, peraltro immediatamente smentita dalla conferma delle dichiarazioni mendaci che hanno concretato il favoreggiamento contestato, ribadite dal ricorrente nel corso del giudizio, allorché era già stato licenziato da tempo e pur potendo avvalersi della via d'uscita garantita dall'ad 376 cod. pen. (i.e. la non punibilità in caso di ritrattazione prima della chiusura del dibattimento, ndr)"*.

In secondo luogo non *"vale riferirsi ad una situazione di necessità correlata all'esigenza di sottrarsi a diretti*

profili di responsabilità, per aver in qualche modo contribuito al sinistro (...): una siffatta prospettiva, seppur smentita apertamente dal motivare della sentenza di primo grado, non risulta neppure sollecitata in occasione dell'appello e non può essere dunque adottata in sede di legittimità, legandosi ad elementi in fatto diversi da quelli devoluti alla Corte territoriale".

Articoli 216, comma 1, n. 1, e comma 2, L.f., 10, D. lgs. n. 74/2000 - Bancarotta fraudolenta documentale - Occultamento o distruzione di documenti contabili - Concorso formale di reati - Applicabilità.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 24 luglio 2020 (ud. 6 luglio 2020), n. 22486

Presidente Palla, Relatore Settembre

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione si è espressa sulla sussistenza o meno dell'istituto del concorso formale tra il reato di bancarotta fraudolenta documentale (art. 216, comma 1, n. 1, e comma 2, L.f.) e il reato di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10, D. lgs. n. 74/2000).

Il tema è di interesse perché – ha ammesso la Corte – in astratto le due fattispecie potrebbero entrare in conflitto e potrebbe, dunque, concretarsi una ipotesi di concorso apparente di norme. Infatti, *"la condotta materiale (del reato di occultamento o distruzione di documenti contabili, ndr) potrebbe coincidere con quella sanzionata dall'art. 216 L. fall., che prevede anch'essa l'occultamento o la distruzione delle scritture contabili"*.

Tuttavia, il supremo Collegio ha ritenuto che *"anche laddove l'occultamento o la distruzione riguardino le medesime scritture contabili o i medesimi documenti, nulla osta alla contestazione (...) di entrambi i reati, che offendono beni giuridici diversi e sono animati da un diverso fine, trattandosi di reati che, esaminati sotto il profilo della fattispecie astratta (come sempre va fatto, allorché si tratti di risolvere il dilemma: concorso apparente di norme o concorso formale di reati?), non sono in rapporto di semplice specialità, ma di specialità reciproca, in ragione: a) del differente oggetto materiale dell'illecito; b) dei diversi destinatari del precetto penale; c) del differente oggetto del dolo specifico; d) del divergente effetto lesivo delle condotte di reato (...)"*.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha sancito che *"la bancarotta documentale e il reato di cui all'art. 10 cit. concretano una ipotesi di concorso formale di reati e non pongono – allorché siano trattati congiuntamente – problemi di precedente giudicato, né di*

preclusione processuale”, con ciò escludendo l’ipotesi di concorso apparente di norme.

Articolo 12 bis, D. lgs. n. 74/2000 – Reati tributari – Sequestro diretto – Sequestro per equivalente – Rapporto.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 29 luglio 2020 (ud. 7 luglio 2020), n. 23042

Presidente Lapalorcia, Relatore Liberati

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione si è pronunciata in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto dei reati tributari ex art. 12 bis, D. lgs. n. 74/2000 e, in particolare, sul rapporto tra sequestro diretto e sequestro per equivalente.

In dettaglio, il supremo Collegio ha ricordato che *“costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui, in tema di reati tributari, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente può essere disposto nei confronti del legale rappresentante di una società solo nel caso in cui, all’esito di una valutazione allo stato degli atti sulla situazione patrimoniale della persona giuridica, risulti impossibile il sequestro diretto del profitto del reato nel patrimonio dell’ente che ha tratto vantaggio dalla commissione del reato, pur non essendo necessaria, ai fini dell’accertamento di tale impossibilità, l’inutile escussione del patrimonio sociale se già vi sono elementi sintomatici dell’inesistenza di beni in capo all’ente (...), in quanto il sequestro per equivalente strumentale alla confisca del profitto o del prezzo del reato postula, per la sua ammissibilità, che non sia possibile il sequestro diretto, nel patrimonio del soggetto che ha beneficiato delle condotte illecite, del profitto o del prezzo del reato commesso nel suo interesse e a suo beneficio: si tratta di principio che, come ricordato, è pacifico nella giurisprudenza, stante la funzione sussidiaria del sequestro per equivalente, principio che ora è stato recepito espressamente, anche per i reati tributari, dall’art. 12 bis, comma 1, d. lgs. 74/2000, introdotto dall’art. 10 del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158”*.

Ha aggiunto la Corte che *“una volta eseguito il sequestro diretto di somme di denaro qualificabili come profitto del reato, non può neppure procedersi alla sostituzione di tali somme con altri beni, anche se, astrattamente, di valore pari o superiore all’ammontare di dette somme, perché tale operazione comporta la sostituzione di un bene di immediata escussione (...) con un diritto di proprietà non immediatamente*

convertibile in un valore che sia con certezza corrispondente al profitto del reato”.

Articolo 2, comma 1 bis, d. l. n. 463/1983 - Omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali – Prova della corresponsione della retribuzione.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 30 luglio 2020 (ud. 23 giugno 2020), n. 23185

Presidente Di Nicola, Relatore Scarcella

La sentenza in epigrafe si è concentrata sui profili probatori del reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali, previsto e punito dall’art. 2, comma 1 bis, Decreto Legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito con modificazioni in Legge 11 novembre 1983, n. 638, richiamando alcuni principi consolidati in seno alla propria giurisprudenza. In primo luogo la Cassazione ha ricordato che *“in tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali la prova dell’effettiva corresponsione della retribuzione non è configurabile in assenza del materiale esborso delle somme dovute al dipendente a titolo di retribuzione (...), ma, tuttavia, la prova dell’effettiva corresponsione della retribuzione può essere desunta dalle prove documentali, nella specie modelli DM10, buste paga, copie aziendali che attestino le retribuzioni corrisposte ai dipendenti e gli obblighi previdenziali verso l’INPS salvo prova contraria”*.

In secondo luogo, il supremo Collegio ha ribadito che *“in tema di omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali a nulla rileva il numero dei lavoratori ai quali si riferisce la condotta omissiva penalmente sanzionata la quale si perfeziona nella entità della somma annualmente non versata indipendentemente dal numero dei lavoratori cui l’omissione è riferita. In tal caso al massimo graverebbe sulla la difesa fornire la prova del mancato versamento della retribuzione a taluno di essi o dedurre la specifica circostanza impeditiva del perfezionamento del reato”*.

Articoli 165, 319, 321, 346 bis c.p. – Traffico di influenze illecite – Corruzione propria – Rapporti tra fattispecie – Subordinazione della sospensione condizionale della pena alla restituzione del prezzo o del profitto – Applicabilità nei confronti del corruttore.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 6 agosto 2020 (ud. 24 giugno 2020), n. 23602

Presidente Petruzzellis, Relatore Bassi

Con la pronuncia in epigrafe la Corte di cassazione si è pronunciata in merito alla struttura del reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.) e agli elementi che lo distinguono dal reato di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), ricordando che *“la fattispecie del traffico d'influenze illecite non è configurabile allorché sia stato accertato un rapporto alterato e non paritario fra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato, appunto integrante il più grave delitto di corruzione (...). Il delitto di traffico di influenze, di cui all'art. 346-bis cod. pen., si differenzia difatti, dal punto di vista strutturale, dalle fattispecie di corruzione per la connotazione causale del prezzo, finalizzato a retribuire soltanto l'opera di mediazione e non potendo, quindi, neppure in parte, essere destinato all'agente pubblico (...).”*

La Corte ha poi affrontato un secondo tema, relativo alla statuizione sulla sospensione condizionale della pena. Sul punto, ha anzitutto ricordato che *“con la legge 27 maggio 2015, n. 69, nel corpo dell'art. 165 cod. pen., è stato inserito il comma quarto, con cui si è expressis verbis subordinata la concessione della sospensione condizionale nei confronti di chi sia condannato per i reati ivi previsti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis cod. pen. 'al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta”*.

In merito a tale disposizione la Corte ha rilevato che *“stante il mancato richiamo all'art. 321 cod. pen., la previsione del quarto comma dell'art. 165 cod. pen. non è applicabile al privato corruttore nei casi di corruzione per l'esercizio della funzione, propria ed in atti giudiziari”*. Medesima impostazione è seguita dal *“disposto dell'art. 444, comma 1-ter, cod. proc. pen, là dove subordina l'ammissibilità dell'applicazione della pena su richiesta alla 'restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato' per coloro i quali siano imputati dei delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 322-bis cod. pen., ancora una volta non menzionando fra le incriminazioni in relazione alle quali vale tale condizione quella di cui all'art. 321 cod. pen.”*.

Solo di recente, *“con la legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. Spazzacorrotti), il legislatore ha espressamente introdotto il riferimento all'art. 321 cod. pen. in diverse norme del codice penale e di procedura penale – fra*

cui appunto l'art. 165, comma quarto, cod. pen. e l'art. 444, comma 3-bis, cod. proc. pen.”

Articolo 165 c.p. – Obblighi del condannato cui sia subordinata la sospensione condizionale della pena – Termine – Passaggio in giudicato della sentenza.

Cass. Pen., Sez. I, Sent. 10 agosto 2020 (ud. 8 luglio 2020), n. 23742

Presidente Iasillo, Relatore Bianchi

Con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione è tornata ad affrontare il tema della individuazione, da parte del giudice dell'esecuzione, del termine – qualora non sia stato stabilito dalla sentenza di condanna – entro il quale il condannato deve adempiere alla prestazione cui il giudice, ai sensi dell'art. 165 cod. pen., ha condizionato l'operatività del beneficio della sospensione condizionale della pena.

L'ordinanza impugnata – si legge nella sentenza – *«ha ritenuto che, in assenza di statuizione del giudice della cognizione, il contenuto decisivo della sentenza dovesse essere integrato, in relazione all'imposizione di obblighi ai sensi dell'art. 165 cod. pen., con l'applicazione del termine, quinquennale o biennale a seconda che la condanna riguardi delitto o contravvenzione, previsto dall'art. 163 cod. pen., il cui decorso, senza la commissione di nuovi reati, è condizione per conseguire l'effetto estintivo del reato, ai sensi dell'art. 167 cod. pen.”*

La Corte ha anzitutto rilevato che *“si sono affermati anche diversi orientamenti, nel senso, da una parte, della necessità dell'intervento del giudice dell'esecuzione, ad integrazione del contenuto decisivo della sentenza, con la fissazione del termine, ovvero, dall'altra, della operatività, in caso di omessa fissazione da parte del giudice, della data di irrevocabilità della sentenza come termine di adempimento della prestazione oggetto della clausola”*.

Il Collegio – prosegue la pronuncia – *“condivide quest'ultimo orientamento che si è affermato nella giurisprudenza più recente, cui dunque si fa espresso richiamo. Si è evidenziata, da una parte, la diversa ratio del termine di cui all'art. 163 cod. pen. e, dall'altra, la previsione legale di specifici termini di adempimento degli obblighi rientranti nella previsione di cui all'art. 165 cod. pen.”*

In conclusione, è stato ribadito il seguente principio di diritto: *“qualora il giudice della cognizione non abbia stabilito il termine di pagamento della provvisoria assegnata in favore della parte civile – cui è subordinato il beneficio della sospensione condizionale*

della pena – esso coincide con la data di passaggio in giudicato della sentenza”.

Articolo 17, comma 4, l. 22 aprile 2005, n. 69 – Mandato di arresto europeo – procedura passiva – Consegna del soggetto richiesto – Requisiti – Gravi indizi di colpevolezza – Nozione.

Cass. pen., Sez. fer., Sent. 12 agosto 2020 (ud. 11 agosto 2020), n. 23878

Presidente Rago, Relatore Scordamaglia

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione si è pronunciata in tema di mandato di arresto europeo e, segnatamente, sulla verifica – incombente all’Autorità giudiziaria italiana – dei gravi indizi di colpevolezza, come previsto dall’art. 17, comma 4, l. 22 aprile 2005, n. 69.

In particolare, il supremo Collegio ha anzitutto ricordato che “*nel fissare le coordinate ermeneutiche per l’applicazione del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza (...) questa Corte ha affermato che l’Autorità Giudiziaria italiana deve limitarsi a verificare che il mandato sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa, fondato su un compendio indiziario che l’autorità giudiziaria emittente abbia ritenuto seriamente evocativo di un fatto reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna (...), mentre esula dai poteri conferiti al giudice nazionale qualsiasi valutazione in ordine all’adeguatezza del materiale indiziario posto alla base del provvedimento cautelare e degli elementi di prova adottati a discarico dal ricorrente, i quali trovano la loro normale sede di prospettazione e disamina dinanzi all’autorità giudiziaria emittente (...)*”.

In aggiunta, la Corte di legittimità ha richiamato ulteriori principi consolidati in seno alla propria giurisprudenza, secondo cui “*ai fini della riconoscibilità del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza di cui all’art. 17, comma 4, l. 22 aprile 2005, n. 69, è necessario che lo Stato di emissione specifichi, nel mandato di arresto europeo, le fonti di prova, attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna, che consentano di apprezzarne il coinvolgimento nell’attività criminosa, (...), dovendosi escludere che si possa far luogo alla consegna sulla base della mera duplicazione della narrativa del capo di imputazione (...)*”.

Art. 12 bis, d. lgs. 74/2000 – Reati tributari – Confisca del profitto – Portata applicativa.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 1° settembre 2019 (ud. 15 luglio 2020), n. 24614

Presidente Andreatza, Relatore Gai

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione ha offerto la propria interpretazione del disposto dell’art. 12 bis, comma 2, d. lgs. 74/2000, che – in tema di confisca del profitto dei reati tributari – sancisce che “*La confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all’erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta*”.

Ad avviso del Supremo Collegio, tale disposizione “*deve essere intesa nel senso che la confisca – così come il sequestro preventivo ad essa preordinato – può essere adottata anche a fronte dell’impegno di pagamento assunto, producendo tuttavia effetti solo ove si verifichi l’evento futuro ed incerto costituito dal mancato pagamento del debito*”.

In particolare, la Corte ha rilevato che “*la locuzione ‘non opera’ non significa affatto che la confisca, a fronte dell’accordo rateale intervenuto, non possa essere adottata ma che la stessa non divenga, più semplicemente, efficace con riguardo alla parte ‘coperta’ da tale impegno salvo ad essere ‘disposta’, come recita il comma 2 dell’art. 12-bis cit., allorquando l’impegno non venga rispettato e il versamento ‘promesso’ non si verifichi*”.

Il Collegio ha comunque precisato che “*l’integrale pagamento del debito tributario conduce alla non operatività della confisca, in virtù della necessità di evitare la sostanziale duplicazione dello stesso, (e, correlativamente, alla obliterazione dei sequestro imposto a tal fine)*”.

Più in dettaglio, ad avviso della Corte la norma va intesa nel senso che “*per la parte coperta da tale impegno, la confisca può comunque essere adottata nonostante l’accordo rateale intervenuto, ma non è eseguibile, producendo i suoi effetti solo al verificarsi del mancato pagamento del debito, da cui, a contrario, la conclusione che, qualora il pagamento sia avvenuto, non è possibile disporre la confisca*”.

Articolo 612 c.p.p. – Istanza di sospensione dell’esecuzione della condanna civile – Presupposti – Onere della prova.

Cass. pen., Sez. II, Ord. 2 settembre 2020 (ud. 24 luglio 2020), n. 24814

Presidente Imperiali, Relatore Pacilli

Nel caso oggetto della pronuncia qui allegata, il ricorrente, condannato per fatti di truffa, aveva formulato, ai sensi dell’art. 612 c.p.p., istanza di sospensione dell’esecuzione della condanna civile, poiché, a causa del calo del proprio reddito dovuto alla

pandemia da Covid-19, la somma da versare sarebbe stata tanto elevata da privarlo dei beni necessari per le sue esigenze essenziali.

Nell'esaminare la questione, la Corte ha anzitutto rammentato che *“ai fini dell'accoglimento da parte della Corte di cassazione della richiesta di sospensione dell'esecuzione della condanna civile (art. 612 cod. proc. pen.), l'istante deve fornire la prova della futura insolvenza del creditore che metta in pericolo la possibilità di recupero della somma (...); ovvero deve dare la prova del pericolo di un “danno grave ed irreparabile”, derivante dall'esecuzione della statuizione; con la precisazione che il danno non deve necessariamente essere costituito dalla distruzione di un bene infungibile, giacché può derivare anche dalla necessità di dover pagare una spropositata somma di denaro, che metta in pericolo non solo la possibilità di recupero, ma altresì elida in modo estremamente rilevante il patrimonio dell'obbligato. Grava sull'istante l'onere di dimostrare che la somma, da versare in esecuzione della condanna, abbia un'incidenza rilevante sul proprio patrimonio, non potendosi ritenere il ‘grave ed irreparabile’ danno solo in base a considerazioni di carattere oggettivo”*.

Facendo applicazione di tali criteri, la Corte ha rigettato l'istanza, poiché *“nel caso di specie, l'istante non ha adempiuto all'onere probatorio sul medesimo incumbente, essendosi limitato a lamentare di avere subito un calo del suo reddito per il prolungato arresto forzoso dell'attività lavorativa, dovuto alla pandemia COVID19, e di avere rottamato e rateizzato diverse cartelle esattoriali. A fronte di siffatte deduzioni è evidente che l'istante — già solo sul piano delle affermazioni — ha del tutto genericamente rappresentato di versare in una situazione di difficoltà economica, non avendo neppure indicato l'effettiva consistenza del suo patrimonio e la concreta incidenza del pagamento delle somme de quibus sulle sue disponibilità patrimoniali, così da potersi profilare un pregiudizio grave e irreparabile in relazione alle sue esigenze essenziali, non potendosi pervenire a siffatta conclusione solo in base alla considerazione dell'entità della somma”*.

Articolo 640 bis c.p. – Amministratore di fatto – Nozione.

Cass. pen., Sez. II, Sent. 3 settembre 2020 (ud. 13 luglio 2020), n. 25022

Presidente Gallo, Relatore Imperiali

Per l'assunzione della qualità di amministratore di fatto, nei cui confronti è dunque legittima la misura

del sequestro preventivo, è sufficiente che sia provata la *“strettissima solidarietà, sul piano materiale e morale”* con l'amministratore di diritto.

Così si è espressa la Corte di Cassazione, con sentenza n. 25022 depositata il 3 settembre 2020, in un procedimento per truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640 bis c.p. a carico – fra gli altri – del consulente aziendale dell'autore principale dei fatti.

Il G.I.P. presso il Tribunale di Cosenza aveva disposto a carico dell'indagato il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca per equivalente, del profitto di due episodi di truffa, nell'ambito di un procedimento sorto da segnalazioni di operazioni sospette inviate dalla Banca d'Italia.

Il Tribunale del Riesame aveva qualificato l'incolpato non come mero consulente, bensì quale amministratore di fatto di una delle società che aveva posto in essere gli artifici e raggiri (consistenti in fatture per operazioni inesistenti, produzione di una polizza assicurativa falsa e presentazione di una falsa dichiarazione sostitutiva di atto notorio), riconoscendo sussistente il *fumus commissi delicti*.

La Suprema Corte ha confermato la misura ablativa, rilevando come il prevenuto *“non si sia limitato a svolgere mera attività di consulenza aziendale finalizzata all'ottenimento di finanziamenti ed agevolazioni pubbliche”*, ma abbia invero dimostrato una *“consapevole partecipazione ai reati di truffa ritenuti ascrivibili al [coimputati]”*.

Articolo 83, comma 4, d. l. n. 18/2020 – Sospensione della prescrizione del reato – Applicazione retroattiva – Configurabilità.

Cass. Pen., Sez. V, Sent. 7 settembre 2020 (ud. 14 luglio 2020), n. 25222

Presidente De Gregorio, Relatore Caputo

In merito alla disciplina della prescrizione a seguito dell'emergenza pandemica, con la sentenza in epigrafe la quinta sezione penale della Corte di Cassazione ha affermato i seguenti principi di diritto:

– la causa di sospensione del corso della prescrizione prevista, per il giudizio di legittimità, dal comma 3-bis dell'art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, è applicabile qualora sussistano, congiuntamente, le condizioni che il procedimento sia pervenuto nella cancelleria della Corte di cassazione nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020 e che sia stato pendente, ossia non definito, nel medesimo periodo;

– è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole previsto dall'art. 25, secondo comma, Cost., dell'art. 83, comma 4, d.l. n.18 del 2020, che dispone la sospensione del corso della prescrizione nei procedimenti in cui operano la sospensione dei termini ed il rinvio delle udienze per il periodo dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020, in quanto tale disposizione non ha introdotto una “nuova” figura di sospensione o modificato in senso sfavorevole la disciplina codicistica, ma si è limitata a prevedere una fattispecie di sospensione obbligatoria del processo riconducibile alla norma generale prevista dall'art. 159, comma primo, cod. pen.

Articolo 10 quater, comma 1, d. lgs. n. 74/2000 – Indebita compensazione – Mancata presentazione della precedente dichiarazione fiscale – Onere della prova.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 11 settembre 2020 (ud. 17 giugno 2020), n. 25922

Presidente Liberati, Relatore Macrì

Con la sentenza in epigrafe la Sezione Terza della Cassazione si è pronunciata in merito al delitto di indebita compensazione di crediti fiscali non spettanti, di cui all'art. 10 quater, comma 1, d. lgs. n. 74/2000, che, come noto, stabilisce che “è punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, crediti non spettanti, per un importo annuo superiore a cinquantamila euro”.

Segnatamente, la Corte ha affrontato il tema dell'onere della prova della spettanza del credito in caso di mancata presentazione della precedente dichiarazione fiscale.

La Corte ha anzitutto richiamato un principio sancito dalla propria giurisprudenza, secondo cui “la mancata presentazione della dichiarazione impedisce la verifica della spettanza del credito e si pone come condizione ostativa alla successiva legittima utilizzazione in occasione della compensazione con altri debiti nei confronti dell'Erario”.

Centrale per determinare la spettanza del credito, infatti, “è il dettato dell'art. 17 d.lgs. n. 241 del 1997, richiamato dall'art. 10-quater d.lgs. n. 74 del 2000, dal quale è possibile evincere che sono spettanti i crediti risultanti dalle dichiarazioni e dalle denunce periodiche presentate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto”.

A fronte di tali approdi, il Supremo Collegio ha ritenuto che “a fronte della formulazione della norma e del suo meccanismo di funzionamento attraverso il rinvio alla norma extrapenale dell'art. 17 d.lgs. n. 241 del 1997, non è onere dell'Accusa entrare nel merito dell'accertamento della pretesa tributaria, piuttosto dell'imputato contestare la sussistenza dei presupposti del reato, offrendo elementi di giudizio per valutar la pretesa”.

Articolo 216, comma 1, L.F. – Amministratore creditore della fallita – Appropriazione di somme – Bancarotta per distrazione – Configurabilità.

Cass. pen., Sez. Fer., Sent. 29 settembre 2020 (ud. 13 agosto 2020), n. 27132

Presidente Di Stefano, Relatore Dawan

In tema di bancarotta fraudolenta, con la sentenza in epigrafe si è affermato il seguente principio di diritto: “l'amministratore (o il liquidatore) che sia anche creditore nei confronti della società, ove si appropri di somme per crediti vantati nei confronti della stessa fallita, commette il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione e non preferenziale”.

Ogni qualvolta si sia in presenza di un contesto economico preoccupante per la società – si legge nella pronuncia – “il pagamento di pretesi e peraltro assai genericamente prospettati compensi all'amministratore unico assume all'evidenza un significato diverso e più grave rispetto alla mera volontà di privilegiare un creditore in posizione paritaria rispetto a tutti gli altri, non venendo, dunque, in rilievo il tema della violazione della par condicio creditorum, quanto quello della distrazione dal patrimonio sociale, effettuata con piena consapevolezza dell'inevitabile sorte della società”.

LEGISLAZIONE

Decreto Legislativo 14 luglio 2020, n. 75 - “Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla

lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale”.

Il decreto interviene a dare attuazione nell'ordinamento interno alla Direttiva (UE) n. 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, c.d. Direttiva PIF.

Esso apporta, innanzitutto, svariate modifiche al Codice penale. Vengono introdotte alcune aggravanti speciali ai delitti ex artt. 316 (peculato mediante profitto dell'errore altrui), 316 *ter* (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 319 *quater* (induzione indebita a dare o promettere utilità) c.p., nei casi in cui il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione Europea e il danno o il profitto sono superiori a euro 100.000. Sono stati inoltre novellati sia l'art. 322 bis, che l'art. 640 c.p., prevedendo un'estensione della punibilità anche in caso di attività illecite ai danni dell'UE (con una dilatazione sempre più marcata del concetto di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio).

Altra novità di assoluto rilievo consiste nella previsione della punibilità per il tentativo (generalmente esclusa dall'art. 6 D. lgs. 74/2000) per i reati tributari di cui agli articoli 2 (dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), 3 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici) e 4 (dichiarazione infedele), in caso di fatti transnazionali (all'interno dell'Unione), se commessi al fine di evadere l'IVA per un importo non inferiore a 10 milioni di euro.

Sono state poi svolte operazioni di maquillage sul T.U. delle disposizioni legislative in materia doganale (D.P.R. 23 gennaio 1973, n.43) e della Legge 23 dicembre 1986, n.898 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 ottobre 1986, n. 701, recante misure urgenti in materia di controlli degli aiuti comunitari alla produzione dell'olio di oliva. Sanzioni amministrative e penali in materia di aiuti comunitari al settore agricolo).

Altra novità di grande importanza consiste nella massiccia estensione del catalogo dei reati presupposto alla responsabilità degli enti.

Nel D. lgs. 231/2001 vengono infatti introdotti i delitti di frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.), frode ai danni del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (art. 2 L. 898/1986), peculato – escluso il peculato d'uso – (art. 314, c.1, c.p.), peculato mediante profitto dell'errore altrui (316 c.p.), abuso d'ufficio (323 c.p.), dichiarazione infedele (in caso di gravi frodi IVA transfrontaliere, art. 4 D. lgs. 74/2000), omessa dichiarazione (in caso di gravi frodi IVA transfrontaliere, art.

5 D. lgs. 74/2000), indebita compensazione (in caso di gravi frodi IVA transfrontaliere, art. 10 *quater* D. lgs. 74/2000) e contrabbando (D.P.R. 43/1973).

Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76 - “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”.

L'art. 23 del Decreto è intervenuto sull'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio) nei seguenti termini. All'articolo 323, primo comma, del codice penale, le parole “*di norme di legge o di regolamento,*” sono sostituite dalle seguenti: “*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*”. Il provvedimento è entrato in vigore in data 17 luglio 2020.

Legge 14 agosto 2020, n. 113 – “Disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell'esercizio delle loro funzioni”.

In data 9 settembre 2020 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale, numero 224, la legge 14 agosto 2020, n. 113, recante “*Disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell'esercizio delle loro funzioni*”. Il provvedimento è entrato in vigore il 24 settembre 2020.

Tale atto normativo, intervenuto nell'intento di “*individuare misure di prevenzione e contrasto per gli atti di violenza a danno degli esercenti le professioni sanitarie, che ormai con frequenza costante mettono a serio pregiudizio l'incolumità fisica e professionale della menzionata categoria*”, prevede alcuni interventi in materia penale.

In particolare, l'articolo 4 della novella ha modificato l'art. 583-*quater* c.p., che oggi appare rubricato “*Lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, nonché a personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria e a chiunque svolga attività ausiliarie ad essa funzionali*”.

La norma è stata, inoltre, dotata di un ulteriore comma, con cui si dispone l'applicazione delle pene di cui al primo comma, vale a dire la reclusione da quattro a dieci anni per lesioni gravi, e da otto a sedici anni per lesioni gravissime, nel caso in cui le lesioni personali gravi o gravissime siano cagionate a “*personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio*”.



TRIMESTRALE, 3, 2020

In secondo luogo, l'articolo 5 della legge ha introdotto una nuova circostanza aggravante comune al n. 11-*octies*) dell'art. 61 c.p., con la quale viene previsto un aggravio di pena nel caso in cui il soggetto agente abbia agito *“nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso,*

funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività”.

Da ultimo, L'articolo 6 della legge interviene sul regime di procedibilità per i reati di percosse (art. 581 c.p.) e lesioni personali dolose (art. 582 c.p.), disponendone la procedibilità d'ufficio allorquando ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*octies*) c.p.

CONTRIBUTI

Il c.d. “Superbonus 110%”: i possibili illeciti e la risposta sanzionatoria penale.

di **R. Savi**

Il c.d. “Superbonus 110 %”, introdotto con il “Decreto Rilancio” (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, poi convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77), rappresenta certamente una novità per via dell’entità rilevante del beneficio fiscale previsto.

La possibilità di abusi nelle procedure per il suo ottenimento impone di riflettere sulle potenziali conseguenze penali che potrebbero derivarne, attraverso l’analisi delle varie fasi nelle quali si articola il procedimento.

Il presente articolo si propone di analizzare questo profilo nel dettaglio per comprendere, in caso di illecito, quali reati possano essere applicati alle diverse attività concorrenti per il riconoscimento del bonus fiscale e analizzare i possibili profili critici, tentando brevemente di riflettere sulla loro adeguatezza ed efficacia dissuasiva.

Sommario. **1.** Profili generali del nuovo bonus fiscale. - **1.1.** Fase della progettazione e del controllo preventivo sulle condizioni dell’immobile. - **1.2.** Fase realizzativa. - **1.3.** Fase attinente al riconoscimento del beneficio. - **2.** Le asseverazioni e le attestazioni di congruità e conformità. La rilevanza penale delle condotte di falso. - **2.1.** Le attestazioni previste dall’art. 119. - **2.2.** La qualificazione giuridica delle false attestazioni. - **3.** Profili di rilevanza penale connessi all’indebito ottenimento della detrazione fiscale prevista dall’art. 119, D. L. n. 34/2020. - **3.1.** La natura penale della detrazione al 110%. - **3.2.** La qualificazione giuridica della condotta. I rapporti tra le fattispecie applicabili. - **4.** La responsabilità del terzo cessionario del credito di imposta ai sensi dell’art. 121, D. L. n. 34/2020. - **5.** Un ulteriore profilo di possibile rilevanza penale (spunto esegetico). - **6.** Conclusioni.

1. Profili generali del nuovo bonus fiscale.

Con l’approvazione definitiva della L. 17 luglio 2020, n. 77 ha preso definitiva forma il c.d. “Superbonus 110 %” (per semplicità “Superbonus”), inizialmente introdotto con il D.l. 19 maggio 2020, n. 34, e parzialmente modificato dalla menzionata legge di conversione¹.

La novità apportata dal D.l. 34/2020 non è tanto nel riconoscimento di un bonus fiscale per la realizzazione di interventi di miglioramento energetico degli edifici, né nella previsione di una qualche nuova procedura di concessione, quanto piuttosto nella rilevante misura del bonus stesso.

Questo, infatti, è rappresentato da un beneficio fiscale riconosciuto sotto forma di detrazione nella misura del 110% dell’ammontare delle spese sostenute per la realizzazione di una serie di interventi di ristrutturazione edilizia che devono avere il necessario effetto di migliorare il rendimento energetico dell’immobile o del complesso edilizio sul quale le opere hanno insistito, ovvero di assicurare gli immobili dal rischio sismico.

Senza alcuna pretesa di completezza, gli interventi, previsti dall’art. 119 D.l. n. 34/2020 (come

interamente modificato dalla L. n. 77/2020) per i quali è possibile accedere alla detrazione sono, divisibili in interventi “*trainanti*”, (i primi due gruppi di seguito indicati) perché sempre necessari ai fini dell’accesso al beneficio, e interventi “*trainati*”, che possono consentire di accedere al bonus del 110% se realizzati congiuntamente con i primi; le due categorie di opere sono così riassumibili:

- interventi di isolamento termico delle superfici che interessano l’involucro dell’edificio nel rispetto dei limiti massimi di spesa previsti; (art. 119, c. 1, lett. a);
- interventi sulle parti comuni degli edifici (ivi compresi quelli unifamiliari e le unità immobiliari situate all’interno di edifici plurifamiliari) per la sostituzione degli impianti di climatizzazione invernale esistenti con impianti centralizzati per il riscaldamento, il raffrescamento o la fornitura di acqua calda sanitaria; (art. 119, c. 1, lett. b) e c)).

- ogni altro intervento di efficienza energetica previsto dall’art. 14, D.l. 4 giugno 2013, n. 63 (ad esempio posa in opera di finestre comprensive di infissi, di schermature solari) purché realizzato congiuntamente a quelli precedentemente indicati (nel qual caso, la norma prevede la deducibilità dei costi di

questi interventi senza incidere sul massimo previsti per i precedenti). Si tratta dei c.d. interventi *“trainati”*; (art. 119, c. 2)².

In questi casi il beneficio può essere ottenuto se le opere, realizzate rispettando i requisiti di legge, abbiano assicurato *“il miglioramento di almeno due classi energetiche dell’edificio o delle unità immobiliari situate all’interno degli edifici plurifamiliari”*.

Per il riconoscimento del miglioramento energetico, ai sensi dell’art. 119, c. 3, è necessario il rilascio di due attestati di prestazione energetica (APE), da parte di un tecnico abilitato nella forma della dichiarazione asseverata, prima e dopo l’esecuzione dell’intervento.

Il comma 13 dell’art. 119 subordina l’ottenimento della detrazione all’asseverazione del rispetto dei requisiti tecnici, sulla base del progetto e della effettiva realizzazione dell’opera, come indicati dalle disposizioni regolamentari (previsti *“dai decreti di cui al comma 3-ter dell’art. 14 del D.l. 4 giugno 2013, n. 63”*)³, e della congruità delle spese sostenute in relazione agli interventi agevolati⁴. Tali asseverazioni verranno rilasciate al termine dei lavori o per ogni stato di avanzamento dei lavori.

Poiché la presumibile entità dei lavori previsti dal decreto difficilmente potrà consentire al singolo di beneficiare della detrazione fiscale⁵, una delle caratteristiche che rende maggiormente appetibile il bonus è quella della sua cedibilità a terzi. L’art. 121 del D.L. 34/2020 consente due forme distinte di cessione: da un lato, si prevede che l’impresa appaltatrice, praticando il c.d. sconto in fattura, possa acquisire il relativo credito di imposta per un importo pari alla detrazione spettante al cliente, con facoltà di successiva cessione del credito ad altri soggetti, compresi gli istituti di credito e gli altri intermediari finanziari; dall’altro, è stabilita la mera cessione di un credito d’imposta di pari ammontare alla detrazione, con facoltà di successiva cessione ad altri soggetti, compresi gli istituti di credito e altri intermediari finanziari.

Queste due forme di trasmissione del beneficio fiscale, che rappresenteranno presumibilmente i casi più frequenti di applicazione del *“Superbonus”*, sono condizionate alla richiesta da parte del contribuente di un *“visto di conformità”*, previsto dall’art. 119, c. 11, del decreto, che attesti la sussistenza dei presupposti che danno diritto alla detrazione d’imposta. Detto visto di conformità potrà essere rilasciato da specifiche categorie di professionisti, tra i quali commercialisti, ragionieri, periti commerciali, consulenti del lavoro, nonché dai CAF⁶.

La pur rapida disamina dell’articolata disciplina consente di individuare delle fasi in relazione alle quali, in caso di abusi, potrebbero emergere profili di rilevanza penale.

In maniera molto sintetica, il processo per l’ottenimento del bonus può essere suddiviso nei seguenti stadi, ciascuno dei quali presenta processi critici.

1.1. Fase della progettazione e del controllo preventivo sulle condizioni dell’immobile.

Ai nostri fini, qui rileva la predisposizione di un progetto rispettoso dei requisiti tecnici previsti finalizzato all’asseverazione l’opera e, soprattutto, nel caso interventi volti al miglioramento energetico, l’APE, rilasciata dal tecnico abilitato sotto forma di dichiarazione asseverativa, con la quale si attesta la prestazione energetica dell’immobile anteriore all’esecuzione delle opere.

1.2. Fase realizzativa.

In questa fase sarà necessario che le opere siano conformi al progetto e ai requisiti tecnici imposti dalle disposizioni di legge e dei regolamenti e che i materiali utilizzati presentino le caratteristiche previste per addivenire al miglioramento energetico richiesto.

Alla conclusione di questa fase, come si è visto, dovrà essere rilasciata una asseverazione attestante il rispetto dei requisiti tecnici ed altra concernente la congruità delle spese sostenute. Tale asseverazione verrà inviata ad Enea che si occuperà di effettuare controlli a campione.

Infine, alla conclusione dei lavori, dovrà essere rilasciata l’APE dovrà attestare l’esistenza del miglioramento nella classe energetica, come previsto tra i requisiti del decreto.

1.3. Fase attinente al riconoscimento del beneficio.

Seguendo le disposizioni del decreto in questa fase possono darsi differenti esiti.

Il beneficio viene utilizzato direttamente dal contribuente titolare dell’immobile; il beneficio viene ceduto a terzi.

Nella seconda ipotesi, sia che il trasferimento avvenga mediante cessione del credito di imposta, sia che quest’ultimo derivi dal c.d. sconto in fattura, è necessario che lo stesso sia accompagnato da un visto di conformità, rilasciato da uno dei professionisti indicati, attestante la sussistenza dei presupposti che danno diritto alla detrazione d’imposta.

Tutte le fasi si caratterizzano per la presenza di attività professionali aventi natura attestativa della presenza dei requisiti richiesti dalla legge o della esistenza di particolari condizioni funzionali al procedimento per il riconoscimento della detrazione (come nel caso del c.d. A.P.E. “ante”).

Vista la loro importanza nel procedimento, è, dunque, necessario interrogarsi sulla natura delle attestazioni e sui possibili risvolti penali derivanti nel caso in cui queste abbiano carattere mendace.

2. Le asseverazioni e le attestazioni di congruità e conformità. La rilevanza penale delle condotte di falso.

La normativa analizzata descrive diverse dichiarazioni aventi natura certificativa o attestativa la cui disciplina è direttamente richiamata dal decreto o altrimenti ricavabile da altre disposizioni dell'ordinamento.

Le attestazioni contemplate dall'art. 119 sono: l'A.P.E., indicata dall'art. 119 c. 3, il visto di conformità, di cui al comma 11, e le asseverazioni previste nelle lettere a) e b) del c. 13 della stessa disposizione⁷.

2.1. Le attestazioni previste dall'art. 119.

Quanto all'attestato di prestazione energetica, questo è definito dall'art. 2, lett. I-bis, D. lgs. 192/2005 come “*il documento predisposto ed asseverato da un professionista abilitato, non necessariamente estraneo alla proprietà, alla progettazione o alla realizzazione dell'edificio, nel quale sono riportati i fabbisogni di energia primaria di calcolo, la classe⁸ di appartenenza dell'edificio, o dell'unità immobiliare, in relazione al sistema di certificazione energetica in vigore, ed i corrispondenti valori massimi ammissibili fissati dalla normativa in vigore per il caso specifico o, ove non siano fissati tali limiti, per un identico edificio di nuova costruzione*” ed è regolato dal successivo art. 6.

Si tratta di una dichiarazione asseverata con la quale un tecnico abilitato (sul quale *infra*), attraverso il calcolo di parametri derivanti da una serie di fattori normativamente stabiliti, attesta la prestazione energetica dell'edificio.

A norma dell'art. 15, D.lgs. 192/2005, l'A.P.E. e le altre dichiarazioni indicate nel decreto⁹, sono resi in forma di dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi dell'articolo 47, D.P.R. 445/2000. Tale richiamo assume valenza centrale nella qualificazione giuridica del fatto in caso di falso.

A sua volta, il visto di conformità, regolato dall'art. 35 del D. lgs. 241/1997, è definibile come una asseverazione della corrispondenza tra i dati dichiarati in una certa dichiarazione contributiva e la documentazione e le risultanze contabili.

Le asseverazioni indicate dalla lett. a) del comma 13 dell'art. 119, hanno, invece, ad oggetto il rispetto dei requisiti tecnici previsti dai decreti di cui all'art. 14¹⁰, c. 3 ter, D.l. 63/2013 e la congruità delle spese sostenute. Si tratta, in buona sostanza, della specificazione delle caratteristiche che devono presentare gli interventi in termini di miglioramento dell'efficienza energetica.

Uno dei decreti richiamati dall'art. 14, c. 3 ter, D.l. 63/2013, nella specie il D.M. (Ministero economia e finanze) del 19 febbraio 2007¹¹, disciplina nel particolare quali devono essere i risultati degli interventi sugli immobili necessari per ottenere una maggiore efficienza energetica, regolando nel dettaglio le asseverazioni funzionali a riconoscere la pertinenza degli interventi ai requisiti tecnici stabiliti dallo stesso decreto (art. 4, D.M. 19 febbraio 2007).

Le asseverazioni e le attestazioni da ultimo indicate sono disciplinate nella forma e nei contenuti dal D.M. (Ministero Sviluppo Economico) c.d. “*Asseverazioni*” del 3 agosto 2020, non ancora pubblicato in G.U.¹², che impone (art. 1) la forma della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, ai sensi dell'art. 47, D.P.R. 445/2000¹³.

Infine, in tema di interventi per la riduzione del rischio sismico, la lett. b) del c. 13, art. 119 del decreto, regola l'asseverazione ivi richiesta richiamandosi al D.M. (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) n. 58 del 28 febbraio 2017 che, all'art. 3, individua l'oggetto delle specifiche asseverazioni ed il soggetto competente a rilasciarle (rischio sismico pre e post intervento, conformità degli interventi eseguiti al progetto presentato).

2.2. La qualificazione giuridica delle false attestazioni.

Per comprendere quale reato possa essere contestato nel caso di falso avente ad oggetto una delle attestazioni succintamente analizzate, è necessario esaminare la natura delle stesse, non prima di aver qualificato correttamente l'attività svolta da coloro che vengono investiti della capacità di certificazione. In tutte le ipotesi, infatti, le attestazioni vengono sottoscritte da soggetti il cui potere certificativo è riconosciuto da specifiche norme di legge.

L'A.P.E. viene rilasciata, secondo quanto disposto dall'art. 119, D.l. 34/2020 da un “*tecnico abilitato*”¹⁴ la

cui esatta individuazione è ricavabile dall'art. 2, c. 1, lett. a) in combinato con i successivi, c. 2, 3 e 4, D.P.R. 75/2013. La disposizione da ultimo indicata lo descrive come soggetto in possesso di uno specifico titolo di studio superiore (laurea magistrale, specialistica o diploma di istruzione tecnica) ed *“iscritto ai relativi ordini e collegi professionali, ove esistenti, e abilitato all'esercizio della professione relativa alla progettazione di edifici e impianti asserviti agli edifici stessi, nell'ambito delle specifiche competenze a esso attribuite dalla legislazione vigente”* (art. 2, c. 3) oppure *“in possesso di un titolo di abilitazione professionale e di un attestato di frequenza, con superamento dell'esame finale, relativo a specifici corsi di formazione per la certificazione energetica degli edifici”* (art. 2, c. 4).

Il visto di conformità indicato dall'art. 119, c. 11, rilasciato ai sensi dell'art. 35, D. lgs. 241/1997, viene, invece, predisposto dai professionisti indicati dalle lettere a) e b) di cui all'art. 3 c. 3, D.P.R. 322/1998¹⁵ (commercialisti, ragionieri ecc.) e dai responsabili dell'assistenza fiscale dei CAF.

A loro volta, le asseverazioni previste dal comma 13, lett. a) devono essere redatte da un *“tecnico abilitato”*¹⁶ la cui definizione è ricavabile da diverse norme di settore¹⁷ accomunate dal ricondurre a questa figura un soggetto dotato di una particolare abilitazione tecnica, iscritto ad un ordine o ad un collegio professionale. Si segnala, nello specifico, la nozione contenuta nel D.M. (Ministero Sviluppo Economico¹⁸), c.d. *“Decreto Requisiti Ecobonus”*, del 6 agosto 2020 (non ancora pubblicato in G.U.¹⁹)²⁰.

Infine, per quanto concerne l'attestazione della riduzione dal rischio sismico, è lo stesso art. 119, c. 3, lett. b) del decreto ad imporre che la stessa venga effettuata da *“professionisti incaricati della progettazione strutturale, della direzione dei lavori delle strutture e del collaudo statico”*. Tali figure vengono meglio declinate dall'art. 3 del D.M. (Ministero Infrastrutture e Trasporti) 28 febbraio 2017 n. 58 che ne precisa i compiti.

La legge impone, dunque, la presenza di un soggetto dotato di una qualifica professionale che si rispecchia in una particolare abilitazione o nell'appartenenza ad un ordine professionale.

La ragione è di tutta evidenza: si vuole garantire che gli esiti di un procedimento nel quale non è possibile l'intervento diretto ed immediato del soggetto pubblico, sia conforme ai dettami normativi che devono essere riconosciuti da soggetti qualificati (per i quali si presume la presenza di specifiche competenze) ai

quali la pubblica amministrazione affida il controllo e l'attestazione di conformità.

Viste queste caratteristiche, tutte le categorie menzionate paiono indirizzabili nell'ambito dei soggetti che esercitano un servizio di pubblica necessità.

La nozione di persona esercente un servizio di pubblica necessità, a norma dell'art. 359 c.p., è identificabile nel privato che esercita *“altre professioni (diverse dalle professioni forense e sanitarie) il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi”*. Questi è colui che, fuori dall'esercizio di una funzione pubblica o di un pubblico servizio, svolge in nome e per conto proprio o di altro soggetto privato un'attività di carattere privato²¹ la quale, tuttavia, assume la valenza di *“servizio di pubblica necessità”* quando la medesima si pone in una relazione agevolatrice di quella della pubblica amministrazione²². In termini meno vaghi, questa figura può essere definita come una professione che attende ad attività estranee a quelle tipiche della pubblica amministrazione ma in ogni caso di interesse pubblico.

In ogni caso, ciò comporta l'insorgenza di una relazione con la Pubblica Amministrazione che, non può e non deve concedere al privato l'esercizio dell'attività, ma si limita a regolarla (o ad autorizzarla) stabilendone i requisiti di accesso ed i limiti di svolgimento²³.

Analizzate le disposizioni di legge sopra menzionate e richiamate dal D.l. 34/2020, non paiono esservi dubbi in ordine alla qualificazione dei soggetti ivi contemplati come esercenti un servizio di pubblica necessità: in tutti i casi si tratta di professioni *“qualificate”*, in quanto per il loro svolgimento è necessaria l'iscrizione ad un albo professionale e/o la presenza di specifici requisiti di formazione o istruzione; parimenti, le stesse sono attività private che non rappresentano emanazione della pubblica amministrazione ma che, tuttavia, svolgono una specifica funzione ritenuta dall'ordinamento di interesse pubblico in quanto funzionale al perseguimento di specifiche finalità indicate e regolate da strumenti legislativi e regolamentari.

Venendo al merito alla natura degli atti dei quali il decreto richiede il compimento, viste le caratteristiche sostanziali di queste dichiarazioni ci si può domandare se le stesse siano riconducibili nell'alveo del concetto di *“certificazione”* e, nel caso di falsa attestazione, se i comportamenti possano rilevare ai sensi dell'art. 481 c.p. o della più grave ipotesi di cui

all'art. 483 c.p. in ragione delle specifiche previsioni normative considerate.

La nozione di certificato, contemplata dalla fattispecie di cui all'art. 481 c.p., assume una valenza peculiare che è individuabile in una forma particolare di scrittura privata redatta da un soggetto qualificato (l'esercente un servizio di pubblica necessità) e rientrante nella sua sfera funzionale, il cui contenuto (ed il cui fine) deve essere quello di attestare fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità²⁴.

Tali scritture, in una prospettiva sistematica, hanno la caratteristica di godere di maggiore affidabilità e credito, giusto il ruolo del dichiarante al quale si associa un obbligo di verità di fonte normativa, per cui possono essere assimilate agli atti pubblici, venendo a tal fine definite dalla dottrina quali documenti "*quasi pubblici*"²⁵.

La descrizione dei certificati ex art. 481 c.p. consente di apprezzarne la differenza rispetto agli omologhi contemplati dall'art. 480 c.p. il cui ambito di significato è più ristretto: questi comprendono soltanto quegli atti pubblici aventi contenuto rappresentativo²⁶. In altri termini, il certificato rilevante ai sensi dell'art. 481 c.p. può essere frutto di una verifica diretta da parte dell'autore, comprendendo attestazioni relative ad attività compiute dall'autore o avvenute in sua presenza²⁷, caratteristica che difetta nei certificati della pubblica amministrazione.

Considerando il contenuto e la finalità delle attestazioni, si avrebbe gioco facile nel sostenerne la natura certificativa, rilevante per il delitto di cui all'art. 481 c.p., escludendosi, dall'altra parte l'applicabilità della più grave fattispecie di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico.

Il delitto da ultimo considerato, infatti, richiede che la dichiarazione del privato sia diretta ad un pubblico ufficiale e sia destinata ad integrare l'atto pubblico, così differenziandosi dall'art. 481 c.p. nel quale l'attestazione non è finalizzata a confluire in un atto pubblico. Seguendo una definizione giurisprudenziale, il certificato o l'attestazione non sono per loro natura destinati a provare la verità di quanto in essi rappresentato, ma solo a fornire una corretta informazione, potendo in qualsiasi momento la pubblica amministrazione effettuare autonomi accertamenti²⁸.

Quest'ultima situazione ricalca quanto finora descritto: gli atti predisposti dai professionisti non sono destinati ad essere trasfusi in un atto pubblico, costituendo solo il presupposto per la dichiarazione fiscale e fungendo da eventuale documento probatorio ove richiesto dall'amministrazione.

La risposta sarebbe adeguata ove ci si fermasse al solo dato sostanziale.

È stato evidenziato che l'A.P.E. e le asseverazioni richieste per gli interventi di cui all'art. 119 cc. 1, 2 e 3 del Decreto Rilancio, devono essere redatte nelle forme ed agli effetti descritti dall'art. 47, D.P.R. 445/2000 ossia quali dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà.

La previsione ha importanti riflessi penali in ragione di quanto stabilito dall'art. 76 c. 3, D.P.R. 445/2000 (richiamato dal D.M. "*Asseverazioni*") a norma del quale le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi dell'art. 47 si devono considerare come fatte al pubblico ufficiale in atto pubblico.

Sono evidenti le conseguenze derivanti da questa equiparazione normativa: il falso ideologico commesso dal tecnico abilitato, essendo considerato come destinato ad un pubblico ufficiale, assumerà rilievo ai sensi dell'art. 483 c.p. avendo la stessa dichiarazione *ex lege* valenza probatoria privilegiata²⁹.

Ne consegue l'applicabilità del delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico le cui sanzioni, applicandosi l'art. 76 c. 1, D.P.R. 445/2000³⁰, potranno³¹ essere aumentate da un terzo alla metà. Per quanto riguarda le restanti attestazioni o asseverazioni false (il visto di conformità e le attestazioni relative agli interventi antisismici³²), gli autori potranno essere chiamati a rispondere solo del delitto di falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità³³ e non di altra più grave ipotesi delittuosa non essendo normativamente previsto che le stesse debbano essere prodotte nella forma della dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio.

Un'ultima annotazione attiene alla relazione tra l'illecito penale e quello amministrativo previsto dall'art. 119, c. 14 del decreto che punisce il rilascio di attestazioni o asseverazioni infedeli³⁴.

La sanzione penale e quella amministrativa non possono concorrere. Il loro rapporto è disciplinato dalla clausola di salvaguardia introducente la figura di cui all'art. 119, c. 4 ("*Ferma l'applicazione delle sanzioni penali ove il fatto non costituisca reato*"), che, in caso di concorso, prescrive l'applicazione del reato, delimitando uno spazio residuale all'illecito amministrativo; questo potrà trovare applicazione solo nei casi in cui non vi sia il reato, rinvenibili laddove ne difetti uno degli elementi costitutivi. L'ipotesi più credibile potrebbe essere quella dell'assenza di dolo, individuabile, ad esempio, nel caso di un errore nell'asseverazione: in questo caso mancherebbe la volontà di creare il contenuto falso, residuando eventualmente

un profilo di colpa non rilevante in sede penale ma amministrativa.

3. Profili di rilevanza penale connessi all'indebitto ottenimento della detrazione fiscale prevista dall'art. 119, D. L. n. 34/2020.

La predisposizione di una falsa asseverazione (ma anche di altra condotta che possa incidere sull'*an* o sul *quantum* della detrazione) è ovviamente funzionale all'ottenimento della detrazione di imposta. Non è secondario capire quale reato possa essere ascritto a chi ottiene la detrazione o a chi utilizzi il credito d'imposta avendo consapevolezza della sua infondatezza.

3.1. La natura penale della detrazione al 110%.

Le modalità realizzative della condotta (utilizzazione di una attestazione ideologicamente falsa) per ottenere un profitto con altrui danno potrebbe ricondurre allo schema classico della truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 c. 2 c.p.). Il tipo di beneficio previsto dal "Superbonus" porta verso una diversa soluzione.

La concessione di una detrazione d'imposta in misura superiore alla spesa effettuata rende opportuno riflettere sulla sua assimilabilità alle agevolazioni rilevanti ai sensi degli artt. 640 bis e 316 ter c.p.

La sussistenza di queste fattispecie dipende dall'ottenimento di una forma particolare di erogazione pubblica individuata in qualsiasi attribuzione agevolata proveniente dallo Stato o dall'Unione Europea rispetto alla quale la ragione dell'agevolazione deriva dalla ritenuta rilevanza pubblica degli interessi sottostanti all'operazione finanziata³⁵.

Si aggiunga che per costante giurisprudenza, il concetto di agevolazione può consistere anche in un risparmio di spesa, purché avente le medesime ragioni quali presupposti³⁶.

Alla luce di questo quadro, non paiono esservi dubbi nel ricondurre la detrazione prevista per una somma superiore a quella effettivamente spesa ad una forma di agevolazione da parte dello Stato che, per ragioni di efficientamento energetico e di sostegno economico al settore edilizio, riconosce una eccezionale riduzione delle imposte a carico dei contribuenti.

3.2. La qualificazione giuridica della condotta. I rapporti tra le fattispecie applicabili.

Se l'ottenimento di un'agevolazione conseguente alla predisposizione di documentazione falsa può indurre a ritenere applicabile la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (o l'ipotesi

sussidiaria di indebita percezione ex art. 316 ter c.p.), la peculiarità del beneficio e la concreta modalità con la quale questo viene riconosciuto paiono indirizzare verso i reati tributari.

Per capire quale reato sarà applicabile nei casi descritti, è necessario analizzare la disciplina sottostante al riconoscimento della detrazione.

L'art. 119 c. 1, nel descrivere il beneficio, rinvia alla disciplina delle detrazioni di cui all'art. 14 del D.l. 63/2013 che a sua volta fa riferimento, direttamente ed indirettamente, ad altre disposizioni tra le quali, a quelle di cui ai commi da 344 a 347 della l. 296/2006 (finanziaria 2007). A queste si associa la procedura prevista direttamente dal D.M. (Ministero Sviluppo Economico) "Attestazioni" del 3 agosto 2020, che ha stabilito nel dettaglio le procedure che dovranno essere seguite per accedere al "Superbonus"³⁷.

In buona sostanza, per gli interventi di efficientamento energetico sarà necessario il preliminare invio delle asseverazioni all'E.N.E.A. (Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile) che effettuerà un controllo automatico della completezza della documentazione fornita, salvo poi riservarsi la possibilità di controllarne il fondamento mediante successivi controlli a campione. Una volta inviata la documentazione, la detrazione verrà applicata (a norma dell'art. 1, l. 449/1997 come richiamato dal c. 348, l. 296/2006) sottraendo il suo ammontare dall'imposta lorda alla quale è tenuto il contribuente in sede di dichiarazione³⁸.

Qualora il contribuente abbia optato per lo sconto in fattura o per la cessione del credito, il cessionario potrà portare il credito di imposta in compensazione attraverso il modello F24.

Se, da un lato, il beneficio rientra nell'ambito delle agevolazioni, dall'altro il suo venire in essere nella fase di calcolo dell'imposta o di liquidazione della stessa impone di valutare il rapporto tra le menzionate fattispecie di frode e quelle tributarie che potrebbero rilevare.

In particolare, ci si deve confrontare al rapporto intercorrente tra le fattispecie di frode per la percezione di erogazioni pubbliche (artt. 316 ter e 640 bis c.p.) ed i reati tributari, individuabili, a seconda dei casi negli artt. 2, 3 e 10 quater del D. lgs. 74/2000.

Le due fattispecie di frode sono accomunate dalla descrizione di modalità realizzative pressoché sovrapponibili³⁹ intercorrendo tra loro un rapporto di sussidiarietà a beneficio della più grave ipotesi di truffa aggravata.

L'elaborazione, specie giurisprudenziale, volta a delimitare gli ambiti applicativi delle due norme giunse

ad individuarne l'elemento distintivo nella presenza o meno dell'induzione in errore della pubblica amministrazione⁴⁰. L'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato è, secondo questa consolidata tesi ermeneutica, una particolare forma di frode nella quale alla condotta mendace consegue l'erogazione di un contributo a condizioni agevolate senza, tuttavia, che l'atto di disposizione patrimoniale sia dipeso da un'induzione in errore dell'amministrazione. Si tratta di procedimenti amministrativi nei quali l'ente pubblico riconosce il beneficio in automatico, sulla base della sola dichiarazione, non avendo la possibilità di controllare *ex ante* in ordine alla fondatezza della richiesta⁴¹.

Ciò premesso, nel procedimento per l'ottenimento della detrazione, qualora la stessa sia frutto di un'attività fraudolenta, potenzialmente potrebbe trovare applicazione l'art. 316 ter c.p. La norma appare più confacente sotto il profilo strutturale in quanto le disposizioni applicabili non prevedono alcun controllo preventivo rispetto all'ottenimento del bonus fiscale essendo sufficiente l'invio della documentazione all'Enea e la presentazione della dichiarazione dei redditi senza che il primo ente o l'Erario possano preventivamente verificarne la veridicità⁴².

L'applicazione è solo potenziale. Ci troviamo, infatti, nel campo del diritto penale tributario per cui troveranno applicazione delle disposizioni di cui al D. lgs. 74/2000 e in particolare, in una ipotesi, l'art. 3 e, nell'altra, l'art. 10 quater.

Volgendo lo sguardo ai delitti di frode fiscale, visto il tenore delle disposizioni, appare applicabile l'art. 3, D. lgs. 74/2000.

La fattispecie, infatti, ha un tenore più esteso del precedente art. 2, in quanto punisce una serie di condotte aventi carattere fraudatorio e, in particolare, il compimento di "*operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente*" oppure l'uso "*di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria*" dalle quale deve discendere, mediante relazione causale, l'indicazione nella dichiarazione, tra gli altri, di elementi passivi e crediti fittizi.

Il contenuto testuale della norma consente di ricondurre a questa fattispecie delittuosa i casi sopra meglio descritti.

Il concetto di mezzo fraudolento, per come declinato dall'art. 1, D. lgs. 74/2000⁴³ ben si concilia con la predisposizione delle asseverazioni e degli attestati ideologicamente falsi o con le altre possibili azioni che potrebbero consentire di accedere al beneficio o di ottenerlo in misura superiore al dovuto.

Tuttavia, è in relazione alle modalità della condotta che passa la linea di discriminare. Difficilmente, a tal proposito, si potrebbe sostenere che l'ottenimento della detrazione sulla base di asseverazioni falsificate possa rientrare nell'ambito delle "*operazioni soggettivamente ed oggettivamente inesistenti*" per come declinate dall'art. 1⁴⁴ e dall'elaborazione giurisprudenziale⁴⁵. Nei casi presi in esame si è data per assodata la realizzazione effettiva dei lavori, con corrispondente emissione di fatture mentre la falsità ha riguardato la corrispondenza, tecnica e normativa, ai requisiti per l'accesso alla detrazione fiscale⁴⁶.

Una simile ipotesi non pare conciliabile con il dettato dell'art. 2, D. lgs. 74/2000 ma piuttosto con quella sussidiaria di cui all'art. 3 che, pur con l'indicazione di soglie di punibilità, è più ampia sotto il profilo oggettivo⁴⁷.

Chiaramente diversa sarebbe la conclusione laddove la condotta fraudolenta avesse ad oggetto opere mai realizzate o compiute solo in parte o, ancora, lavori sovrappuntati. In tutti questi casi dovrebbe trovare applicazione il delitto di cui all'art. 2, D. lgs. 74/2000. Quanto al profilo dell'elemento soggettivo, entrambi i delitti esigono la prova di un dolo specifico che avente come finalità l'evasione delle imposte sui redditi, considerata comprensiva, ai sensi dell'art. 1, lett. d), D. lgs. 74/2000, "*anche del fine di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta*". È evidente che in certi casi tale elemento sarà dirimente ai fini della dimostrazione della responsabilità del singolo⁴⁸.

Resta da capire come configurare il rapporto tra le frodi tributarie e le frodi "*ordinarie*" di cui agli artt. 640 bis e 316 ter c.p.

Sebbene il comun denominatore tra le diverse fattispecie sia nella presenza di condotte fraudolente, i delitti tributari esaminati si connotano per la natura di reati di pura condotta rispetto ai quali la soglia di punibilità è anticipata alla presentazione della dichiarazione mendace, pur soggettivamente circoscritta dal dolo specifico riferito all'effettivo ottenimento del beneficio rappresentato dall'evasione delle imposte.

Dall'altra parte, la truffa (aggravata e non) e l'indebita percezione di erogazioni sono reati d'evento che richiedono la necessaria realizzazione dell'evento di profitto che si realizza, in questi casi, nell'ottenimento dei contributi pubblici⁴⁹.

La descrizione fornita potrebbe far pensare ad un'ipotesi di specialità reciproca. Non pare essere questo l'orientamento della Suprema Corte.

Avendo riguardo al rapporto con la truffa aggravata, in passato aveva preso campo un'interpretazione escludente il rapporto di specialità tra i reati. Il fondamento di una simile affermazione era individuato nella differente oggettività giuridica degli stessi reati e nella diversità dei loro elementi costitutivi, difettando le frodi fiscali dell'elemento intermedio dell'induzione in errore dell'amministrazione e di quello finale del profitto⁵⁰.

Un diverso orientamento, riconoscendo la specialità delle frodi fiscali rispetto alla truffa, ne affermava l'applicazione⁵¹.

Tale tesi fu fatta propria dalle Sezioni Unite.

Il supremo consesso riconobbe, nella sentenza 28 ottobre 2010 (dep. 19 gennaio 2011), n. 1235⁵², il rapporto di specialità tra l'art. 2, D. lgs. 74/2000 e l'art. 640 c. 2. Secondo le Sezioni Unite la condotta di frode fiscale rappresenta un'ipotesi speciale di artificio. L'identità della condotta è sufficiente al riconoscimento dell'esistenza di quella medesima materia, rilevante ai sensi dell'art. 15 c.p., a nulla valendo l'assenza degli eventi del danno e profitto, *“giacché questi dati fattuali di evento non possono trasformare una tale situazione di identità ontologica dell'azione in totale diversità del fatto”*⁵³.

L'evento dannoso, seguendo il ragionamento della Corte, è incluso nell'oggetto del dolo specifico che risponde all'esigenza di anticipazione della soglia di punibilità realizzata dal legislatore attraverso la costruzione della fattispecie quale reato di pericolo, volta a sanzionare ipotesi connotate da un maggiore disvalore in cui, peraltro, il danno ed il profitto inevitabilmente si realizzano al momento del pagamento dei tributi.

Dunque, nessun concorso tra i delitti.

Invero, le motivazioni delle Sezioni Unite riconobbero la possibilità di un concorso tra la frode fiscale e la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, di cui all'art. 640 bis, quando ne fosse derivato: *“un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni. [...] L'ulteriore evento di danno che il soggetto agente si rappresenta non inerisce al rapporto fiscale, con la conseguenza che se l'attività fraudatoria sia diretta non solo all'evasione fiscale, ma anche a finalità ulteriori, non sussiste alcun problema di rapporto di specialità tra norme”*.

Il caso finora esaminato, molto peculiare, non sembra poter rientrare nel principio da ultimo esposto poiché l'azione posta in essere è unica come unico è il profitto ottenuto dall'azione. Il beneficio discendente dal bonus è di tipo fiscale e ivi si esaurisce.

Piuttosto, occorre domandarsi se non possa applicarsi il delitto di cui all'art. 316 ter (o 640 bis, seguendo il ragionamento della cassazione) di fronte ad un'ipotesi, astrattamente riconducibile all'art. 3, D. lgs. 74/2000, ma non punibile perché non integrante i limiti quantitativi ivi stabiliti.

La soluzione dipende dalla natura giuridica attribuita alle soglie di punibilità.

Il dibattito su quale debba essere la loro collocazione sistematica è tutt'altro che certo.

Le soglie quantitative vengono infatti alternativamente interpretate quali condizioni obiettive di punibilità (estrinseche o intrinseche)⁵⁴, o come elementi costitutivi della fattispecie⁵⁵.

Non è questa la sede per provare ad approfondire il tema, né per tentare di abbozzare qualsivoglia soluzione. È chiaro che laddove le soglie fossero considerate quali elementi costitutivi della fattispecie, il mancato superamento delle stesse, impedendo la configurazione del reato di cui all'art. 3 sotto il profilo oggettivo, permetterebbe l'applicazione dell'art. 316 ter c.p. (o, in alternativa, dell'art. 640 bis) una volta ottenuto il beneficio fiscale mediante pagamento di una imposta inferiore a quella dovuta.

Diversamente, concependo le soglie come condizioni obiettive di punibilità detto spazio applicativo non residuerebbe.

Resta, infine, da considerare se i reati di falso, nei quali il beneficiario del bonus verosimilmente potrebbe concorrere, possano o meno applicarsi congiuntamente ai delitti di frode fiscale.

Pur non essendovi precedenti sul punto, si potrebbe giungere ad una risposta attraverso l'analisi della giurisprudenza relativa ai rapporti tra truffa ed i menzionati delitti.

In questo campo si è prevalentemente sostenuto il concorso di reati per una ragione ontologica, connessa al diverso bene giuridico tutelato dalle disposizioni⁵⁶, e, soprattutto, per una motivazione strutturale: le due fattispecie divergono quanto ad elementi costitutivi a nulla valendo il fatto che occasionalmente una delle modalità realizzative della frode possa esplicarsi nella realizzazione di un atto falso⁵⁷. In questi casi, ai fini dell'assorbimento, sarebbe stato necessario che la truffa fosse stata costruita quale fattispecie complessa inglobante la condotta di falso che, in questo modo, si sarebbe manifestato come una modalità tipica di realizzazione del delitto.

Vista l'affermata sovrapposibilità tra la truffa e le frodi fiscali, ci si sente di affermare che nel caso di specie i delitti di falso e quelli tributari possano

concorrere tra loro difettando qualsivoglia identità strutturale tra gli stessi.

4. La responsabilità del terzo cessionario del credito di imposta ai sensi dell'art. 121, D. L. n. 34/2020.

Un ultimo sguardo deve posarsi sulle ipotesi nelle quali il soggetto terzo (fornitore dell'opera mediante sconto in fattura o terzo estraneo alle opere ai sensi dell'art. 121 c. 1 lett. a) D.l. 34/2020, consapevole della assenza dei requisiti per accedere del beneficio e delle azioni fraudolente sopra descritte (o partecipe alle stesse), sia divenuto titolare del credito di imposta e ne abbia fatto uso ai fini del calcolo dell'imposta netta⁵⁸.

Considerando che il credito di imposta viene utilizzato direttamente nella liquidazione dell'imposta attraverso la compilazione del modello F24⁵⁹ nella frazione spettante per ciascuna annualità di imposta⁶⁰, l'imputabilità del credito in compensazione dell'imposta lorda, rende necessario soffermarsi sull'art. 10 quater, D. lgs. 74/2000, onde valutarne l'applicabilità. La disposizione, che consta di due ipotesi autonome di reato, sanziona la presentazione, da parte del contribuente, di un modello di pagamento ove vengono esposti crediti non spettanti (art. 10 quater c. 1) o inesistenti (art. 10 quater c. 2) così da conseguire il pagamento di una imposta ridotta rispetto a quella che il soggetto agente avrebbe dovuto effettivamente versare⁶¹.

In altri termini, la condotta sanzionata dall'art. 10 quater si sostanzia nel pagamento di imposte per un importo inferiore al dovuto, derivante dalla indicazione nel modello di pagamento di un credito del quale il contribuente non è titolare e che funge da fraudolento giustificativo per l'ottenimento del risparmio di spesa.

Ciò è quel che accade nel caso qui esaminato.

Assodata la riconducibilità delle condotte descritte alla fattispecie di cui all'art. 10 quater, D. lgs. 74/2000, si pongono tre ordini di problemi connessi all'applicazione della predetta disposizione.

In primo luogo, occorre capire se l'azione realizzata sia riconducibile all'ipotesi prevista dal primo comma (che sanziona l'esposizione in compensazione di crediti non spettanti) o a quella di cui al secondo comma (crediti inesistenti). Tutto sta nel comprendere quale sia la differenza tra "credito non spettante" e "credito inesistente" divenuta rilevante a seguito delle modifiche apportate dal D. lgs. 158/2015.

Partendo dal profilo più semplice, per "credito inesistente" si può intendere quello per il quale "non

sussistono gli elementi costitutivi e giustificativi"⁶² o, facendo ricorso alla nozione, enunciata dall'art. 13 c. 5, D.lgs. 471/1997 (non richiamata dall'art. 10 quater), "il credito in relazione al quale manca, in tutto o in parte, il presupposto costitutivo e la cui inesistenza non sia riscontrabile mediante controlli di cui agli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e all'articolo 54-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633". Si tratta, in buona sostanza, di crediti che non hanno fondamento rispetto alla posizione del contribuente e che possono essere avvalorati dalla presenza di documentazione materialmente o ideologicamente falsa⁶³.

Il "credito non spettante" è, invece, quello che, pur fondato e determinato, non è indicabile in compensazione. Più precisamente, la nozione di "credito non spettante" "non può essere ricondotta solo al concetto di mera non spettanza soggettiva ovvero alla pendenza di una condizione al cui avveramento sia subordinata l'esistenza del credito, ma ricomprende pure qualunque credito che, pur certo nella sua esistenza ed ammontare sia, per qualsiasi ragione normativa, ancora non utilizzabile ovvero non più utilizzabile in operazioni finanziarie di compensazione nei rapporti fra il contribuente e l'erario"⁶⁴.

Escluse, dunque, le ipotesi di non spettanza che si sovrappongono con il concetto di inesistenza, assumono rilievo ai fini dell'applicazione del primo comma dell'art. 10 quater, quei crediti che pur sussistenti e legittimi non possono essere portati dal contribuente in detrazione per ragioni normative⁶⁵.

Alla luce di questo detto, non paiono esservi dubbi, anche prescindendo dall'ampiezza del concetto di "non spettanza", sul fatto che la compensazione di un credito fraudolentemente ottenuto sia riconducibile alla più grave ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 10 quater, D. lgs. 74/2000, in quanto rientrante nel concetto di "credito inesistente".

Una seconda questione concerne il momento consumativo del reato, considerando, da un lato, che i crediti d'imposta, come nel caso di specie, possono essere frazionati su più annualità e, dall'altro, che la disposizione prevede una soglia di punibilità di cinquantamila euro.

Il delitto si perfeziona all'atto della presentazione del modello di pagamento F24 nel quale sono indicate le compensazioni oggetto del reato. Qualora la presentazione del singolo modello non consenta il raggiungimento della soglia di punibilità, gli ulteriori modelli presentati nell'anno solare possono rilevare

per la consumazione del delitto⁶⁶. Il reato in questi casi si configura come a formazione progressiva. Sotto il profilo temporale, è lo stesso art. 10 quater a prevedere il limite dell'anno di imposta collegando lo stesso al raggiungimento della soglia di punibilità. Ultima questione concerne il rapporto con le ipotesi fraudolente.

Il discorso è parzialmente sovrapponibile a quello visto per i delitti di frode fiscale. L'approccio giurisprudenziale è, tuttavia, differente.

Si è detto che i reati di frode fiscale vengono considerati speciali rispetto alla truffa aggravata di cui all'art. 640 c. 2 c.p. e si sono evidenziate, seppur sinteticamente, le perplessità legate all'interpretazione giurisprudenziale in relazione alla struttura della truffa alla luce dei principi giurisprudenziali enunciati nel definire il rapporto con il delitto di cui all'art. 316 ter c.p.⁶⁷.

Correttamente, da questo punto di vista, la questione affrontata dalla Suprema Corte con riguardo all'art. 10 quater si è focalizzata sull'astratto rapporto col solo art. 316 ter c.p., individuato in ragione dei principi espressi dalla sentenza delle Sezioni Unite 16568/2007, Carchivi⁶⁸.

Nella soluzione della questione si distinguono due opposti orientamenti, rappresentati invero da poche pronunce, sostenente, il primo, la specialità dell'art. 10 quater rispetto all'art. 316 ter c.p.⁶⁹, e negandola, il secondo.

Quest'ultima ipotesi ermeneutica - che ci si sente di condividere - pur riconducendo astrattamente il delitto di indebita compensazione alla struttura del reato di cui all'art. 316 ter; nega la relazione di specialità in quanto evidenzia che il delitto di indebita percezione di erogazioni pubbliche presenta un elemento assente nella fattispecie di cui all'art. 10 quater. Il credito d'imposta - secondo il pensiero della Corte - non può essere ricondotto alla categoria delle agevolazioni poiché la restituzione dell'imposta non è qualificabile in questi termini⁷⁰.

Bisogna, tuttavia, rilevare che nel nostro caso siamo di fronte ad un'ipotesi particolare, nella quale il credito deriva dalla cessione (nelle forme viste) di una detrazione riconosciuta in misura superiore all'effettiva spesa sostenuta; ciò impone di configurare questa particolare categoria di crediti quali vere e proprie agevolazioni.

Tale connotato potrebbe portare a riconoscere anche in queste vicende un conflitto tra norme il cui probabile esito dovrebbe essere favorevole all'applicabilità di quella di cui all'art. 10 quater in quanto

speciale rispetto alla figura delittuosa di indebita percezione di erogazioni.

Riprendendo quanto già visto, l'art. 316 ter c.p. potrebbe tornare ad applicarsi laddove la soglia di punibilità dell'indebita compensazione venga interpretata quale elemento costitutivo del reato e non già come condizione obiettiva di punibilità.

5. Un ulteriore profilo di possibile rilevanza penale (spunto esegetico).

Nella parte introduttiva si è visto che il "Superbonus" si riferisce ad interventi che in molti casi concerneranno i condomini e le loro parti comuni.

Non è necessario spiegare come, benché il singolo condomino sia il diretto beneficiario della detrazione, difficilmente costui potrà utilizzare il bonus⁷¹, avendo più convenienza a cederlo all'impresa esecutrice, mediante lo sconto in fattura, o ad un soggetto terzo, di fatto il finanziatore dell'opera, attraverso la cessione del credito⁷².

Appare, pertanto, ragionevole pensare che il principale interesse economico legato all'esecuzione ricada su questi soggetti, nella prospettiva di un così rilevante beneficio.

Ciò rappresenta un chiaro motivo per ottenere l'appalto dei lavori la cui investitura potrebbe dipendere in molti casi dall'intermediazione dell'amministratore condominiale.

Senza ricadere in generalizzazioni non veritiere, vi sono stati casi, invero assai rari, nei quali è emerso un illecito rapporto sinallagmatico tra amministrazioni condominiali ed imprese, avente come oggetto la retribuzione per l'appalto ottenuto da queste ultime per il tramite dell'intervento del primo.

Il maggiore interesse connesso con questo beneficio fiscale potrebbe astrattamente creare la condizione per un aumento di questi episodi.

Questo aspetto impone di verificare sinteticamente se, di fronte a tali situazioni, l'amministratore ed il terzo possano rispondere penalmente.

Un percorso a suo modo interessante passa dalla possibile contestazione del delitto di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c.

Il fondamento di tale impostazione risiede nell'espressa inclusione, ad opera dell'art. 3, c. 1, lett. b), D. lgs. 38/2017 degli "enti privati" tra quelli nel cui ambito può avvenire l'ipotesi corruttiva rilevante ai sensi dell'art. 2635 c.c.,⁷³ con conseguente punibilità degli amministratori di queste organizzazioni in quanto soggetti attivi del delitto.

È evidente che la chiave per valutare l'applicabilità della norma sarà nella interpretazione di "ente

privato”, concetto tacciabile di scarsa determinatezza che potrebbe essere comprensivo del condominio laddove allo stesso venga riconosciuta una soggettività giuridica, sebbene attenuata⁷⁴.

Laddove si superasse questa problematica in senso positivo, la condotta potrebbe essere facilmente ricondotta a quella penalmente rilevante. Non possono esservi, infatti, dubbi in ordine alla riconducibilità, nell’ambito degli *“atti posti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà”*, delle condotte di assegnazione dell’appalto al corruttore senza previa valutazione di altre offerte o, comunque, in lesione dell’interesse del condominio stesso.

Si tratta, lo si diceva, di una suggestione che allo stato non sembra aver trovato riscontri interpretativi ed applicativi.

6. Conclusioni.

La tematica affrontata in questa riflessione non è certo nuova poiché il c.d. *“Superbonus 110%”* non introduce alcuna innovativa modalità di ottenimento del beneficio fiscale.

Diversamente, l’entità del beneficio rappresenta un *unicum* ed un incentivo che potrebbe spingere molti a cercare l’ottenimento attraverso strumenti illeciti, in modo da conseguire un’utilità superiore a quella che deriverebbe dall’ordinaria realizzazione di opere dello stesso tipo.

Benché fino ad ora il tema dell’intervento penale in materia è stato poco battuto, non si può negare che, di fronte ad una situazione così peculiare l’interesse pubblico alla corretta applicazione dell’istituto sarà certamente più accentuato conseguendone maggiori e più penetranti controlli (certamente non semplici vista la materia trattata) per reprimere i casi di abuso.

Meritoriamente il legislatore non ha creato una fattispecie delittuosa *ad hoc* per contrastare questi fenomeni, lasciando spazio all’applicazione di preesistenti fattispecie di reato che prevedono una risposta sanzionatoria che appare adeguata, tenendo conto delle pene previste, della applicabilità della confisca dei proventi illeciti, anche nella forma per equivalente, e dell’eseguibilità della confisca speciale *ex art. 240 bis c.p.* nei casi indicati dall’art. 12 *ter*, D.lgs. 74/2000.

Restano, tuttavia, alcuni profili che potrebbero dirsi critici.

Come si è visto, il tema dei controlli è demandato alla verifica a campione del rispetto dei requisiti stabiliti dalla normativa da parte di Enea e dell’Agenzia delle Entrate. Ciò, al di là delle ipotesi (pur plausibili) di soggetti che organizzano un sistema su larga scala per l’ottenimento di crediti di imposta inesistenti (situazioni che potrebbero essere ricondotte nell’alveo dell’art. 416 c.p. e, in ogni caso, maggiormente esposte alle verifiche), sebbene inevitabile sul piano pratico, rischia di non consentire l’emersione degli illeciti così rappresentando un indubbio incentivo alla commissione dei reati.

Altro profilo concerne il destino delle frodi sotto soglia per le quali sarà necessario capire se possano essere punite come indebita percezione ovvero essere sanzionate a titolo di illecito amministrativo. La risposta, come si è visto nel corpo del testo, sarà centrata sulla interpretazione della natura delle soglie di punibilità previste dagli artt. 3 e 10 *quater*, D.lgs. 74/2000.

Infine, aspetto non marginale concerne l’eventuale (ir)responsabilità degli enti ai sensi del D.lgs. 231/2001, i quali, salvi i casi di contestazione del reato associativo (delitto presupposto ai sensi dell’art. 24 *ter* del decreto), non risponderebbero amministrativamente per il delitto di indebita compensazione (non previsto dal nuovo art. 25 *quinquiesdecies*, D.lgs. 231/2001) né per i falsi, anch’essi non previsti. Paradossalmente, l’ente potrebbe rispondere nella remota ipotesi in cui uno dei soggetti allo stesso riconducibili avesse concorso nel reato di frode fiscale posto in essere dal privato⁷⁵.

Non resta, dunque, che attendere per capire se uno strumento che potrà rappresentare un indiscusso volano per un importante settore dell’economia, possa allo stesso tempo costituire un terreno fertile per attività illecite rispetto alle quali ci si dovrà interrogare se i controlli e le fattispecie criminali qui delineati possano efficacemente rappresentare un valido motivo di dissuasione e un efficace strumento di contrasto.

Riccardo Savi

Avvocato del Foro di Genova.

Dottore di ricerca in Diritto e Procedura penale presso l’Università degli Studi di Genova.

¹ La disposizioni sono integrate dalle seguenti disposizioni: D.M. (Min. Sviluppo Economico) del 6 agosto 2020 (non ancora pubblicato in G.U., disponibile sul sito del Mise al seguente [link](#)) che ha specificato i requisiti tecnici per accedere al bonus;

D.M. (Min. Sviluppo Economico) del 3 agosto 2020 (non ancora pubblicato in G.U., disponibile sul sito del Mise al seguente [link](#)) sulle caratteristiche delle asseverazioni; Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate dell'8 agosto 2020 per l'attuazione del D.I., disponibile al seguente [link](#).

Si veda, infine, per una indicazione puntuale sotto il profilo tecnico, la nota n. 24 dell'8 agosto 2020 dell'Agenzia delle Entrate, disponibile al seguente [link](#). Più schematiche della precedente, si segnalano anche le linee guida dell'Agenzia delle Entrate, disponibili al seguente [link](#).

² La stessa detrazione del 110%, viene riconosciuta, altresì, per l'installazione di impianti fotovoltaici, di infrastrutture per la ricarica dei veicoli elettrici negli edifici e, soprattutto, per opere concernenti l'adozione di misure antisismiche con particolare riguardo all'esecuzione di interventi per la messa in sicurezza statica, in particolare sulle parti strutturali, e per la realizzazione di sistemi di monitoraggio strutturale continuo a fini antisismici.

³ *“Decreti del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sono definiti i requisiti tecnici che devono soddisfare gli interventi che beneficiano delle agevolazioni di cui al presente articolo, ivi compresi i massimali di costo specifici per singola tipologia di intervento, nonché le procedure e le modalità di esecuzione di controlli a campione, sia documentali che in situ, eseguiti dall'ENEA e volti ad accertare il rispetto dei requisiti che determinano l'accesso al beneficio. Nelle more dell'emanazione dei decreti di cui al presente comma, continuano ad applicarsi il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 19 febbraio 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 47 del 26 febbraio 2007, e il decreto del Ministro dello sviluppo economico 11 marzo 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 66 del 18 marzo 2008. L'ENEA, ai fini di assicurare coerenza con la legislazione e la normativa vigente in materia di efficienza energetica, limitatamente ai relativi contenuti tecnici, adegua il portale attualmente in essere e la relativa modulistica per la trasmissione dei dati a cura dei soggetti beneficiari delle detrazioni di cui al presente articolo.”*

⁴ Questi devono essere parametrati ai prezzi che verranno adottati con decreto attuativo o, in assenza, a quelli predisposti dalle Regioni e dalle provincie autonome.

⁵ Per esempio, il costo massimo per i lavori detraibili previsti dall'art. 119 c. 1 lett. a) varia tra i 30.000 e i 50.000 euro per ogni unità abitativa e potrà essere suddivisa per cinque quote annuali di pari importo con decadenza dalla singola ove non se ne godesse anche solo in parte.

⁶ Per un approfondimento in ordine alle procedure per la cessione del credito, si veda il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, già indicato alla nota 1.

⁷ L'art. 119 c. 13, lett. a) e b) prevede delle asseverazioni, rilasciate al termine dei lavori, ed aventi ad oggetto l'attestazione che gli interventi di miglioramento energetico abbiano rispettato i requisiti normativamente previsti; la congruità delle spese sostenute in relazione agli interventi agevolati; l'efficacia degli interventi finalizzati alla riduzione del rischio sismico e la congruità delle spese sostenute.

⁸ I parametri per calcolare la classe di prestazione energetica di un immobile sono richiamati dal menzionato D.lgs. 192/2005 e dal decreto del Ministero dello sviluppo economico del 26 giugno 2015.

⁹ Il rapporto di controllo tecnico di cui all'articolo 7, la relazione tecnica, l'asseverazione di conformità e l'attestato di qualificazione energetica di cui all'articolo 8.

¹⁰ Rubricato *“Detrazioni fiscali per interventi di efficienza energetica”*. Si tratta di una disposizione che, mediante rinvio a decreti attuativi (mai emanati salvi quelli già in vigore ed ivi indicati), regola i requisiti tecnici che devono soddisfare gli interventi per beneficiare delle agevolazioni indicate dallo stesso articolo, ivi compresi i massimali di costo specifici per singola tipologia di intervento. I concreti requisiti sono ricavabili dai due decreti ministeriali ivi indicati, segnatamente il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 19 febbraio 2007 e il decreto del Ministro dello sviluppo economico 11 marzo 2008. La norma si inserisce in un provvedimento (il D.I. 63/2013, ampiamente modificativo del D. lgs. 192/2005).

¹¹ *“Disposizioni in materia di detrazioni per le spese di riqualificazione energetica del patrimonio edilizio esistente, ai sensi dell'articolo 1, comma 349, della legge 27 dicembre 2006, n. 296”*.

¹² Per il link al documento, si veda nota 1.

¹³ La scelta, probabilmente fondata sul disposto dell'art. 264, c.1, lett. a) del D.I. 34/2020 e pur comprensibile nei fini, oltre a porre dubbi di compatibilità vista la natura stessa della asseverazione, crea delle discrasie con altre asseverazioni contemplate dall'ordinamento, sempre in ambito edilizio, per le quali non è prevista questa specifica forma; si pensi alle attestazioni e asseverazioni contemplate dall'art. 20, D.P.R. 380/2001, poste a corredo della richiesta di permesso a costruire: a tutela della genuinità di queste asseverazioni, che devono attestare la *“conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, alle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, alle norme relative all'efficienza energetica”*, la stessa disposizione prevede (c. 13), in caso di falsità, un'autonoma ipotesi delittuosa.

¹⁴ Come si è visto, il D. lgs. 192/2005 menziona il *“professionista abilitato”* ma la sostanza non cambia.

¹⁵ Si tratta dei commercialisti, dei ragionieri e dei periti commerciali e dei consulenti del lavoro nonché di coloro che, alla data del 30 settembre 1993 erano iscritti nei ruoli di periti ed esperti tenuti dalle camere di commercio, industria, artigianato

e agricoltura per la sub-categoria tributi, in possesso di diploma di laurea in giurisprudenza o in economia e commercio o equipollenti o diploma di ragioneria.

¹⁶ Ruolo definito dall'art. 1, c. 6, D.M. Ministero dell'economia e delle finanze 19 febbraio 2007 quale "soggetto abilitato alla progettazione di edifici ed impianti nell'ambito delle competenze ad esso attribuite dalla legislazione vigente, iscritto agli specifici ordini e collegi professionali".

¹⁷ Tra le quali l'art. 8, D. lgs. 192/2005.

¹⁸ Adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, adottato ai sensi del comma 3-ter dell'articolo 14 del decreto legge 4 giugno 2013, n. 63.

¹⁹ Per il link al documento, si veda nota 1.

²⁰ Che all'art. 1, c. 3, lett. c) lo definisce quale "soggetto abilitato alla progettazione di edifici e impianti nell'ambito delle competenze ad esso attribuite dalla legislazione vigente iscritto agli specifici ordini e collegi professionali".

²¹ C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, I, 1, 2° ed. Padova, Cedam, 2013, p. 201; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Commentario Sistematico*, 4° ed., Milano, Giuffrè, 2015, p. 322.

²² Cass. Sez. V, 27 gennaio 2000, n. 209, Ricci, in *Guida Dir.*, 2000, n. 17, p. 99.

²³ La nozione qui abbozzata prova a rappresentare uno sviluppo di quelle indicate dalla dottrina nel corso del tempo. Un orientamento consolidato distingue, infatti, tra attività date in "concessione" dalla pubblica amministrazione, in relazione alle quali si trasmetterebbe la qualifica pubblicistica, e attività "autorizzate" dal soggetto pubblico, che sarebbero individuabili come servizi di pubblica necessità (a tal proposito si vedano G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Vol. I, 5° ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 181; A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 581). Parzialmente differente è altra ipotesi che, legandosi alla precedente, ritiene da solo non sufficiente il tipo di provvedimento che presiede al servizio, dovendosi fare riferimento anche alla ragione per la quale il servizio è necessario: nei casi di cui all'art. 358 c.p. ciò deriva dal tipo di servizio svolto, mentre con riferimento all'art. 359 c.p. questo deriva da un atto pubblico che lo dichiara (così, A. SEGRETO – G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 3° ed, Milano, Giuffrè, 1999, p. 69). In termini meno collegati al dato formale si veda M. ROMANO, *La "parificazione" tra operatori bancari pubblici e privati secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, p. 779, che definisce il servizio di pubblica necessità quale attività privata esercitata in proprio e per proprio conto, in quanto tale svincolata da ogni collegamento con la Pubblica Amministrazione, ma oggettivamente caratterizzata da un rilievo e da un interesse pubblico e, conseguentemente, sottoposta a controllo statale.

²⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, 5° ed., Torino, Utet, 1983, p. 911.

²⁵ F. CARNELUTTI, *Teoria del Falso*, Padova, Cedam, 1935, p. 145; A. MANNA, *sub art. 481 c.p.* in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. V, Torino, Utet, 2010, p. 356.

²⁶ Cfr. Cass. Sez. V, 27 aprile 1999, n. 69,12, Gallinelli, in Cass. Pen. 2000, p. 1592: "Al fine di qualificare come certificato amministrativo un atto proveniente da un pubblico ufficiale devono concorrere due condizioni: che l'atto non attesti i risultati di un accertamento compiuto dal pubblico ufficiale redigente, ma riproduca attestazioni già documentate; che l'atto, pur quando riproduca informazioni desunte da altri atti già documentati, non abbia una propria distinta e autonoma efficacia giuridica, ma si limiti a riprodurre anche gli effetti dell'atto preesistente.", più recentemente Cass. Sez. V, 28 maggio 2014, n. 44022, in CED 260770; Cass. Sez. V, 20 maggio 2019, n. 33498 (in motivazione) secondo cui i certificati sono "atti che riproducono in sintesi il contenuto di altri documenti e riguardano perciò fatti che, pur se noti al pubblico ufficiale per conoscenza diretta (come nel caso degli attestati), tuttavia ricollegano la loro forza probatoria al contenuto di altri atti preesistenti".

²⁷ G. CATELANI, *I delitti di falso*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 195. Cass. Sez. Un. 24 aprile 2002, n. 18056, Panarelli, per le quali "è certificato tutelabile a norma dell'art. 481 c.p., qualsiasi attestazione di fatti rilevanti nell'ambito del servizio di pubblica necessità esercitato dall'autore dell'atto. E perciò i certificati di esercenti un servizio di pubblica necessità non sono certificati in senso proprio, in quanto possono anche richiedere un accertamento di fatti direttamente percepiti dall'autore dell'atto".

²⁸ Cass. Sez. III, 31 gennaio 2017, n. 15228 (in motivazione).

²⁹ La giurisprudenza è sul punto sostanzialmente unanime. Si vedano da ultima Cass. Sez. V, 24 aprile 2019, n. 32859, P.M. in C.F., in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 10, p. 1387, e per un'ipotesi simile a quelle qui trattate, Cass. Sez. V, 26 novembre 2009, n. 2978 (depositata 22 gennaio 2010), P.G. in U.S.A., in *Foro it.*, 2011, 1, 2 p. 51.

³⁰ Norma da ultimo modificata dall' art. 264, comma 2, lett. a), n. 3), D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 luglio 2020, n. 77.

³¹ Invero, la disposizione prescrive che "la sanzione ordinariamente prevista dal codice penale è aumentata" per cui potrebbe sostenersi l'obbligatorietà dell'aumento di pena, ipotesi sulla quale ci sia permesso di dubitare.

³² Per le quali il D.M. (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) n. 58 del 28 febbraio 2017, non prevede la forma della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, come ricavabile dal tenore della legge e dal modello di dichiarazione allegato allo stesso decreto ("ALLEGATO B").

³³ Per quanto concerne i visti di conformità si veda l'art. 39, c. 1 lett. a), D.lgs. 241/1997 che stabilisce come “ai soggetti indicati nell'articolo 35 che rilasciano il visto di conformità, ovvero l'asseverazione, infedele si applica la sanzione amministrativa da euro 258 ad euro 2.582” tale disposizione, tuttavia, non trova applicazione nel caso in cui il fatto costituisca reato in forza della clausola di sussidiarietà espressa contenuta nel primo comma del medesimo articolo 39.

³⁴ Che così recita: “*Ferma restando l'applicazione di sanzioni penali ove il fatto costituisce reato, ai soggetti che rilasciano attestazioni e asseverazioni infedeli si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000 a euro 15.000 per ciascuna attestazione o asseverazione infedele resa*”.

³⁵ Si vedano, in proposito: M. PELISSERO, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 1991, 936; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, Giuffrè, 2016, p. 384.

³⁶ Si veda, con riferimento all'art. 316 ter c.p., da ultima Cass. Sez. VI, Sent., 26 novembre 2019 (dep. 27 febbraio 2020), n. 7963 in motivazione.

³⁷ Per il link al documento, si veda nota 1.

³⁸ Si veda la nota esplicativa dell'agenzia delle entrate di cui alla nota 1 ed il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate dell'8 agosto 2020 sempre indicato dalla menzionata nota.

³⁹ L'art. 640 bis è una ipotesi speciale (avente natura circostanziale) della truffa, la cui condotta rilevante è individuata negli artifici e raggiri; la fattispecie di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato prevede, invece, quale condotta rilevante “*l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero l'omissione di informazioni dovute*”. La differenza tra i comportamenti descritti è meramente apparente: l'interpretazione maggioritaria, specie in giurisprudenza ove l'indirizzo è sostanzialmente unanime, vede, sotto questo profilo nella condotta punita dall'art. 316 ter una *species* rientrante nel *genus* dei raggiri (a tale proposito si veda la pur risalente ma fondamentale Cass. Sez. Un. 19 aprile 2007, n. 16568, Carchivi, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 897. A commento della sentenza si vedano S. GRILLO, *Truffa aggravata e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato: intervengono le Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 908; N. MADIA, *I rapporti tra l'art. 316-ter c.p. e gli artt. 640 - 640-bis c.p.: al crocevia tra specialità e sussidiarietà*, in *Cass. pen.*, 3, 2007, p. 1098.

⁴⁰ Si veda la sentenza delle Sezioni Unite Carchivi richiamata nella nota precedente.

⁴¹ A titolo esemplificativo, si pensi alle procedure per ottenere l'esenzione dai ticket sanitari nelle quali è sufficiente la mera dichiarazione di possedere i requisiti reddituali per accedere al beneficio, o, ancora, il procedimento per accedere al reddito minimo di inserimento nel quale è sufficiente una dichiarazione sulle condizioni personali e familiari. In entrambi i casi l'amministrazione non verifica la veridicità delle dichiarazioni ma provvede al riconoscimento del beneficio. Eventuali controlli vengono effettuati successivamente.

⁴² Parte della giurisprudenza è di diverso avviso. In casi parzialmente sovrapponibili ha ravvisato, infatti, la potenziale applicabilità dell'art. 640 c. 2 c.p.; si tratta della sentenza Cass. Sez. Un. 28 ottobre 2010, (dep. 19 gennaio 2011) n. 1235, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 1210, con nota di L. DELLA RAGIONE, *Frode fiscale e truffa aggravata: le sezioni unite tornano sul concorso apparente di norme*, ivi, p. 1223. Si permetta di criticare tale provvedimento che, ad avviso dello scrivente, non tiene conto della sentenza Carchivi nella descrizione della struttura del delitto di truffa. Nella sentenza del 2010, le sezioni unite ritengono esistente un rapporto di specialità tra l'art. 640 c.p. e la frode fiscale concentrandosi esclusivamente sulla condotta fraudolenta ma tralasciando, al contempo, l'assenza nei delitti tributari dell'evento mediano della induzione in errore nell'accezione già descritta nelle note precedenti.

⁴³ Art. 1, lett. g-ter) g-ter). “*Per “mezzi fraudolenti” si intendono condotte artificiose attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, che determinano una falsa rappresentazione della realtà*”.

⁴⁴ Art. 1 lett. a) definisce le operazioni inesistenti quali “*operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte o che indicano i corrispettivi o l'imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale, ovvero che riferiscono l'operazione a soggetti diversi da quelli effettivi*”.

⁴⁵ Quanto alla definizione di operazione oggettivamente inesistente, è quella relativa alla diversità, totale o parziale, tra costi indicati e costi sostenuti (Cass. Sez. III, 24 gennaio 2019, n. 16768 (*inedita*). Le operazioni soggettivamente inesistenti vengono distinte dalla dottrina in operazioni la cui inesistenza oggettiva è assoluta, in quanto mai posta in essere nella realtà, e operazioni relativamente inesistenti, quando l'operazione, pur avvenuta, ha avuto costi inferiori a quelli esposti in fattura. A tal proposito si vedano A. D'AVIRRO – M. GIGLIOLI, *I reati tributari*, Milano, Ipsoa, 2012, p. 13 e ss. Le operazioni soggettivamente inesistenti sono quelle non realmente intercorse tra i soggetti che figurano quale emittente e percettore della fattura. La diversità può riguardare chi abbia emesso il documento ma non abbia in realtà effettuato alcuna prestazione, ovvero il caso in cui essa sia stata effettuata non in favore di colui che risulta destinatario del documento fiscale: in tal caso la diversità riguarda il destinatario della fattura, che quindi la utilizza pur non essendo committente, né beneficiario di alcuna prestazione. Cass. Sez. III, 12 novembre 2019, n. 10916 (dep. 2020) in www.giurisprudenzapenale.com, 7-8, 2020 con nota di C. ZACCAGNINI, *Dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture soggettivamente inesistenti: discrasia tra committente e effettivo beneficiario della prestazione*. In precedenza, Cass. Sez. III, 14 gennaio 2010 n. 10394, Gerotto, CED. 246327.

⁴⁶ Diversa sarebbe la situazione, pur plausibile, di lavori mai eseguiti o il cui importo sia stato artificialmente “*gonfiato*” per ottenere una detrazione economicamente più rilevante.

⁴⁷ Sulla differenza tra le fattispecie di frode di cui agli artt. 2 e 3 si veda la recente già menzionata sentenza, Cass. Sez. III, 12 novembre 2019, n. 10916 (dep. 2020). Secondo la suprema corte: “accanto ad un nucleo comune costituito dalla presentazione di una dichiarazione infedele, il primo presuppone l'utilizzazione di fatture o documenti analoghi relativi ad operazioni inesistenti, mentre il secondo, una falsa rappresentazione delle scritture contabili obbligatorie nonché l'impiego di altri mezzi fraudolenti idonei a ostacolare l'accertamento e il raggiungimento della soglia di punibilità”. Di conseguenza il discrimine tra i due reati previsti non è dato dalla natura dell'operazione, ma dal modo in cui essa è documentata, poiché alla particolare idoneità probatoria delle fatture corrisponde una maggiore capacità decettiva delle falsità commesse utilizzando proprio tali documenti. In precedenza, in senso conforme Cass. Sez. III, 23 ottobre 2019, n. 6360, Capobianco, CED 75698, Cass. Sez. III, 11 aprile 2017, n. 38185, Pozzi, CED 270692. Si veda, altresì, Corte Cost., Sent. 6 febbraio 2019, n. 95 in *Giur. Cost.*, 2, 2019, p. 1062, con nota di E. DELLA VALLE, *Dichiarazioni fraudolente: il mito del rilievo probatorio della fattura*.

⁴⁸ L'elemento soggettivo sarà determinante per escludere (o integrare) la responsabilità penale del contribuente in relazione a certe situazioni: si pensi agli interventi eseguiti sulle parti condominiali ed attestate falsamente come corrispondenti ai requisiti di legge. In casi simili sarà ovviamente necessario dimostrare la consapevolezza da parte del singolo contribuente in ordine all'infondatezza della detrazione indicata nella dichiarazione dei redditi.

⁴⁹ La truffa descritta dall'art. 640 c.p. prevede un duplice evento: il profitto con altrui danno. È evidente come nella fattispecie aggravata il concetto di danno sia insito nell'erogazione indebita di una somma di denaro a condizioni di favore o nel riconoscimento di altro analogo beneficio.

⁵⁰ Cass. Sez. III, 14 novembre 2007, n. 14707, CED 239659, Cass. Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 6825, CED 235632. Si veda per una più approfondita analisi G. FORTE, *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Vol. I, Torino, Utet, 2017, p. 720.

⁵¹ Le frodi fiscali prevedrebbero un artificio specifico. Inoltre, l'anticipazione della soglia di punibilità connoterebbero i delitti come reati di pericolo per cui il verificarsi degli eventi previsti dalla truffa sarebbe indifferente ai fini della sussistenza dei reati, essendo necessario solo il legame finalistico sotto il profilo dell'elemento volitivo. Cass. Sez. II, 2 luglio 2009, n. 30537, Simone; Cass. Sez. II, 5 giugno 2008, n. 28676, Puzella, CED 241110; Cass. Sez. II, 11 gennaio 2007, n. 5656, Perrozzi CED 236126.

⁵² Per i riferimenti si veda la nota 42.

⁵³ Punto 3 delle motivazioni.

⁵⁴ Considera le soglie nel diritto penale tributario come condizioni di punibilità estrinseche R. BRICCHETTI, *Sopra i 150.000 milioni l'omessa dichiarazione è reato*, in *Guida dir.*, 14, 2000, p. 70; a sostegno della tesi della natura intrinseca si vedano: G. SALCUNI, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2001, p. 153, A. MANNA, *Prime osservazioni sulla riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2000, p. 128. Inoltre, Cass. Sez. III, 26 maggio 2011, n. 2523, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 285.

⁵⁵ A sostegno della tesi della natura di elementi costitutivi del reato P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 279, S. PUTINATI, *Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Vol. I, Torino, Utet, 2017, p. 745.

Per una più approfondita ricognizione sul tema si vedano S. PUTINATI, op. cit., p. 744; C. RENZETTI, *La natura giuridica delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 286.

⁵⁶ L'uno attinente al patrimonio e l'altro la fede pubblica, cfr. Cass. Sez. III, 14 luglio 2016, n. 41167, CED 267918.

⁵⁷ Cass. Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 45965, CED 257946. Recentemente, Cass. Sez. V, 5 novembre 2018 (depositata 22 gennaio 2019) n. 2935, CED 274589-02. Discorso diverso vale per il rapporto tra i falsi ed il delitto di cui all'art. 316 ter c.p. in quanto quest'ultimo viene considerato assorbente. Il motivo è individuato nel fatto della previsione, quale condotta tipica, della utilizzazione o presentazione di documenti falsi o attestanti cose non vere. La giurisprudenza, in questi casi, si è assestata nel riconoscimento del concorso apparente di norme: Cass. Sez. II, 24 gennaio 2013, n. 17300, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; sul punto sono intervenute anche le Sezioni Unite: Cass. Sez. Un., 16 dicembre 2010, n. 7537 (depositata 25 febbraio 2011), in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2011, 1-2, p. 293.

⁵⁸ Diversa sarebbe l'ipotesi in cui il beneficiario del credito di imposta fosse inconsapevole della origine fraudolenta dello stesso. Al più, costui potrebbe essere considerato quale persona offesa di un delitto di truffa. In questi casi, peraltro, il cess in buona fedeionario non perderebbe il diritto ad utilizzare il credito di imposta. Si veda la Circolare n. 24 dell'Agenzia delle Entrate il cui link è indicato nella nota 1.

⁵⁹ Si vedano per approfondimenti specifici le linee guida dell'Agenzia delle Entrate il cui link è indicato nella nota 1.

⁶⁰ Il credito derivante dal c.d. “Superbonus 110%” può essere utilizzato per la compensazione sulla base delle disposizioni contenute negli artt. 8, L. 212/2000 (Statuto del contribuente) e 17, D.lgs. 241/1997 che formano la base giuridica del procedimento di compensazione.

⁶¹ Per una migliore analisi dell'art. 10 quater, D.lgs. 74/2000 si vedano P. BERNAZZANI, *Indebita compensazione*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Vol. I, Torino, Utet, 2017, p. 978 e ss.; E.

FRASSI, *Indebita compensazione ex art. 10-quater D.lg. n. 74/2000. Ricognizione degli elementi costitutivi della fattispecie ed estensione del concetto di profitto ascrivibile a tale tipologia di reato*, nota a Cass. Sez. III, 14 novembre 2017 (dep. 18 gennaio 2018), n. 1999, in *Cass. Pen.*, 5, 2018, p. 1737; Soana, *I reati tributari*, Giuffrè, 2013, p. 319 ss.; A. IORIO, *I nuovi reati tributari*, Milano, Ipsoa, 2015; A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, Cedam, 2017, p. 461 ss.; A. D'AVIRRO – M. GIGLIOLI, M. D'AVIRRO, *Reati tributari e sistema normativo europeo*, Padova, Cedam, 2017, p. 432 ss., D. BADODI, *Commento all'art. 10 quater*, in C. NOCERINO, S. PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del D.lgs. n. 158/2015*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 241.

⁶² Cass. Sez. III, 26 giugno 2014, n. 3367, in *Boll. Trib.*, 2015, 11, p. 878.

⁶³ P. BERNAZZANI, op. cit. p. 987.

⁶⁴ Cass. Sez. III, 17 gennaio 2018, n. 41229, *inedita*; in precedenza Cass. 3367/2014, cit. e successivamente Cass. Sez. III, 7 luglio 2015, n. 36393.

⁶⁵ Si veda ancora P. BERNAZZANI, op.cit., p. 988. Per un'analisi più approfondita sul dibattito relativo alla nozione di "credito non spettante", si veda E. FRASSI, op. cit.

⁶⁶ M. DE SIENA, *La nuova fattispecie criminosa di indebita compensazione: fisiologia (sintetica) di una norma imperfetta*, in *Il Fisco*, 2006, p. 5648.

⁶⁷ Si veda nota 39.

⁶⁸ Che ha riconosciuto come il discrimine tra la truffa aggravata e il delitto di cui all'art. 316 ter dovesse essere individuato nell'assenza, nel secondo reato, della induzione in errore della pubblica amministrazione. Nel caso dell'indebita compensazione si è riconosciuto che la mera presentazione del modello riportante la compensazione indebita non possa indurre in errore l'Erario per via dell'assenza di controlli preventivi alla liquidazione dell'imposta (che infatti è autoliquidata dal contribuente stesso).

⁶⁹ Cass. Sez. III, 14 dicembre 2011 (dep. 28 febbraio 2012), n. 7662 in motivazione. In questo caso la Cassazione fu chiamata a verificare l'eventuale continuità normativa, ai sensi dell'art. 2 c.p., tra l'art. 316 ter c.p. e l'art. 10 quater, D. lgs. 74/2000, introdotto dal D.l. 223/2006, affermando la sussistenza sulla base di un rapporto di specialità tra le due ipotesi delittuose. In particolare, la Cassazione sostenne che la presentazione nel modello F24 di un credito non spettante in compensazione, rappresenterebbe un'ipotesi speciale della condotta di falsa dichiarazione il cui nucleo comune sarebbe nella falsità ideologica.

⁷⁰ Si tratta della sentenza Cass. Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859.

⁷¹ Si veda la nota 5.

⁷² In questo modo il condomino non dovrebbe anticipare le spese per la realizzazione dei lavori. Inoltre, nei contesti condominiali, la soluzione più semplice è quella di ipotizzare che tutti i condomini cedano la propria detrazione ad un terzo (esecutore o meno) con reciproco vantaggio per le parti.

⁷³ Per un commento alle modifiche apportate al delitto di corruzione tra privati si veda A. RUGANI, *Riforma della "corruzione tra privati" (D. lgs. n. 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. Pen.*, 12, 2017, p. 4638B.

⁷⁴ Sebbene si sia sempre negata la soggettività giuridica del condominio, negli ultimi anni vi sono state alcune aperture. Si vedano, in proposito, Cass., Sez. Unite Civ., 18 aprile 2019, n. 10934; Cass. Civ., Sez. VI, 29 marzo 2017, n.8150; Cass. Civ., Sez. Un. 18 settembre 2014, n. 19663. Si veda, altresì, Corte di Giustizia UE, Sez. I, sent. 2 aprile 2020, causa C-329/19 che ha riconosciuto al condominio la natura di consumatore. In dottrina, A. GALLUCCI, *La natura giuridica del condominio*, in *Arch. Loc. e Cond.*, 1, 2009.

⁷⁵ Responsabilità condizionata, ovviamente, dalla dimostrazione dell'esistenza di un interesse o di un vantaggio dell'ente derivante dall'illecito.

Il potere di annullare la decisione del giudice incompetente attraverso il contenimento del supremo valore libertario e le conseguenti ricadute pratiche.

di **M. Griffo**

Con sentenza n. 19214/2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: «sussiste l'interesse del pubblico ministero ad impugnare il provvedimento con il quale il tribunale del riesame, rilevata l'incompetenza del giudice per le indagini preliminari, annulli, per carenza delle condizioni di applicabilità, l'ordinanza con cui quello stesso giudice ha disposto la misura cautelare della custodia in carcere, se l'impugnazione è funzionale a garantire il tempestivo intervento del giudice competente».

La decisione adottata dal Supremo collegio appare ineccepibile da un punto di vista sistemico, tuttavia, essa sottende delle implicazioni pratiche che devono essere ben ponderate nel rapporto con i poteri ufficiosi attivabili da parte del tribunale del riesame.

Da un lato, dunque, bisogna accogliere con favore il "riconoscimento", in capo al tribunale adito ai sensi dell'art. 309 c.p.p., del potere di annullare il provvedimento cautelare anche in caso di incompetenza in nome del superiore valore della Libertà, dall'altro, bisogna essere accorti al cospetto di possibili "conferme implicite" derivanti dalla disamina dei "soli" profili di incompetenza.

Sommario. **1.** Premessa. – **2.** Una bussola sistemica per dirimere la problematica. – **3.** Segue. I poteri, concreti, del giudice del riesame. – **4.** La giuridica sostenibilità della soluzione adottata. – **5.** Una implicazione pratico-difensiva

1. Premessa.

Con sentenza n. 19214 del 23 aprile 2020¹, le Sezioni Unite della cassazione hanno affermato importanti principi.

Innanzitutto, hanno ribadito che le pronunzie sulla competenza sono sottratte al generale regime delle impugnazioni, in quanto affidate alla normativa in tema di conflitti, che individua quale giudice esclusivo la Corte di cassazione, deputata alla tutela di un interesse che è sottratto alla disponibilità delle parti e prescinde, dunque, dall'eventuale sussistenza di un interesse del pubblico ministero a contestare la statuizione negativa adottata nell'incidente cautelare.

Viepiù, hanno specificato che, attraverso un'interpretazione sistematica dell'art. 291, comma 2, c.p.p., spetta al giudice dell'impugnazione cautelare che rilevi l'incompetenza anche il potere di annullare o riformare l'ordinanza genetica: ed è questa la più significativa affermazione di diritto che si ricava dalla lettura del pronunciamento in disamina.

In tal modo, è stato risolto un annoso contrasto sorto in seno alle sezioni semplici: "sostenere che il giudice del riesame, una volta rilevata l'incompetenza, dovrebbe limitarsi a disporre la trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 27 cod. proc. pen., senza svolgere la richiesta verifica sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura; il che farebbe sottrarre al soggetto cautelato ogni possibilità di contraddittorio

in costanza della limitazione della sua libertà personale e riconoscere la sostanziale insindacabilità, nel merito, del provvedimento genetico.

A tal fine, in maniera del tutto corretta, è stata valorizzata la irragionevole disparità di trattamento che si determina rispetto alla ipotesi in cui l'incompetenza viene riconosciuta dallo stesso giudice che dispone la misura, atteso che in tal caso, "a quello del riesame viene riconosciuto il potere di valutare la sussistenza dei presupposti per la sua adozione, anche quando già la misura abbia perso efficacia o sia eventualmente intervenuto il provvedimento del giudice competente e la sua decisione, non essendo più in grado di incidere sullo *status libertatis* dell'indagato, rilevi agli esclusivi fini di cui all'art. 314 c.p.p.". La soluzione adottata impone di confrontarsi, *in primis*, con le peculiarità della giurisdizione cautelare, rispetto alle quali può trovare conforto il riconoscimento del "potere valutativo" – sebbene la incompetenza – dei giudici della Libertà.

2. Una bussola sistemica per dirimere la problematica.

Come è noto, due sono le dimensioni che, in concreto, può assumere l'esercizio della giurisdizione penale: l'una soggettiva e, l'altra, oggettiva.

Con ciò si vuole dimostrare che il tema della giurisdizione propone due livelli di approfondimento: l'uno, è relativo alla figura del titolare della funzione, il

giudice, al quale l'ordinamento assicura determinate prerogative, predisponendo anche rimedi per far sì che esse trovino completa esplicazione; l'altro, relativo al modo in cui il giudice esercita la funzione, riguarda lo studio delle regole di accertamento.

Ponendo attenzione al modo in cui il giudice esplica la sua funzione, se essa si realizza secondo regole che prevedono l'intervento di almeno due parti, l'una che richiede l'adozione di un provvedimento e, l'altra, che è posta in grado di manifestare il suo punto di vista sulle ragioni addotte dal richiedente, che intende contrastare o, al limite, anche condividere, la giurisdizione si esplicherà nella pienezza del suo contenuto di garanzia nella dialettica delle parti.

La giurisdizione oggettiva, allora, è rappresentata dalla garanzia dell'intervento del giudice nel contraddittorio delle parti laddove, invece, la giurisdizione soggettiva è la garanzia che si assicura con la presenza del giudice, chiamato a pronunciarsi *inaudita altera parte*².

Se si muove da tale assunto, si comprende come il procedimento di riesame, assicurando un contraddittorio – cartolare – successivo e, dunque, una rivalutazione postuma del provvedimento impositivo della cautela, realizzi l'oggettivazione della giurisdizione.

Questa, invero, l'istanza che conduceva, attraverso la l. 12 agosto 1982, n. 532, ad introdurre nell'ordinamento processuale penale un istituto inedito indicato come «richiesta di riesame», avente ad oggetto provvedimenti in materia di libertà personale e di sequestro che ideologicamente si richiamava, con le dovute differenze, all'*habeas corpus* del diritto anglosassone³.

E tale esperienza, felice, del 1982, viene ripresa dal legislatore del 1988 con l'introduzione del procedimento di riesame, capziosamente inserito dalla dottrina dominante tra i mezzi di impugnazione⁴. La conclusione scaturisce dalla petizione di principio secondo cui essendo il mezzo di impugnazione un rimedio giuridico attribuito alle parti per rimuovere un pregiudizio nascente da una decisione del giudice, avrebbe come suo presupposto lo svantaggio derivante da un provvedimento giurisdizionale e come finalità la sua rimozione, *ergo*, il riesame avrebbe natura di impugnazione.

Senonché gli elementi di maggiore discordanza con lo schema generale delle impugnazioni sono di notevole rilievo.

Il primo insiste sulla non necessità dei motivi come requisito di ammissibilità della richiesta e nel correlativo potere del giudice di decidere *extra petita*.

L'art. 309 c.p.p., infatti, non pretende, come l'art. 310 c.p.p., i motivi, la cui presentazione è solo facoltativa. Secondo, il procedimento di riesame ripete un rito camerale in cui le parti o i difensori e gli altri soggetti interessati sono sentiti solo se compaiono; per cui il contraddittorio è sempre e soltanto eventuale e l'*iter* procedurale è impostato in modo tale da consentire al giudice una decisione senza l'intervento delle parti interessate.

Infine, il comma 10 dell'art. 309 c.p.p. stabilisce che, se la decisione sulla richiesta di riesame non interviene entro i termini previsti, il provvedimento restrittivo cessa di avere efficacia.

Queste peculiarità rendono il riesame lontano dalla categoria delle impugnazioni, connotandolo come controllo "atipico" sull'ordinanza applicativa della misura.

Sicché, se il provvedimento del giudice procedente costituisce un momento provvisorio, anticipativo della misura, per assicurare a questa gli effetti propri, il riesame diventa l'ultimo atto — eventuale — di un provvedimento a formazione progressiva; in questo senso si può dire che il procedimento di riesame giurisdizionalizza, nel modo, il provvedimento impositivo della cautela.

3. Segue. I poteri, concreti, del giudice del riesame.

Stante tale natura del procedimento di riesame, è chiaro che esso dovrà necessariamente esplicitarsi — sul provvedimento *a quo* — attraverso l'immissione del collegio giudicante nei poteri spettanti al giudice emittente.

Scevro da condizionamenti connessi ai limiti cognitivi posti dalla devoluzione "parziale", il tribunale del riesame adotterà le proprie determinazioni secondo un angolo prospettico speculare a quello dal quale aveva tratto scaturigine il provvedimento limitativo della libertà personale.

La lettera del comma 5 dell'art. 309 c.p.p. è eloquente nel palesare come la verifica — di merito e di legittimità — del tribunale del riesame debba appuntarsi proprio su quel materiale che aveva determinato l'adozione dell'ordinanza cautelare.

Ed allora, i caratteri di singolarità che distinguono il riesame dalle impugnazioni ordinarie consentono di interpretare il primo periodo del comma 9 dell'art. 309 c.p.p. nel senso che è possibile addurre nuovi elementi a sostegno della domanda di riesame, a condizione che essi esprimano circostanze favorevoli all'imputato-indagato.

La considerazione discende, evidente, dal connotato di rimedio *ex post* riconosciuto al soggetto già sottoposto a restrizione cautelare.

Ebbene, la limitazione cautelare consegue ad un provvedimento adottato *inaudita altera parte* sulla scorta di una valutazione unilaterale sulle deduzioni formulate dal rappresentante della pubblica accusa, per cui il procedimento disciplinato dall'art. 309 c.p.p. costituisce un rimedio – e non un'impugnazione – riconosciuto al solo fine di consentire la realizzazione del controllo successivo – ed eventuale – in favore del soggetto sottoposto a limitazione cautelare. Dal che consegue che trattandosi di uno strumento predisposto per “sanare” il *deficit* di contraddittorio caratterizzante il provvedimento genetico applicativo della cautela, esso potrà esplicarsi, oltre che sugli elementi trasmessi con la richiesta di applicazione della misura cautelare *ex art.* 291 c.p.p., soltanto sulle integrazioni di segno positivo per l'imputato-indagato, a beneficio del quale il procedimento è congegnato.

In questa prospettiva, costituendo il riesame l'“occasione” fornita alla parte difesa per controdedurre in ordine alle statuizioni poste a sostegno della decisione cautelare, esso non ammetterà ulteriori acquisizioni *in damno*, appuntandosi sul quadro investigativo cristallizzato con la richiesta di applicazione di misura cautelare.

Se nel momento genetico del procedimento cautelare al pubblico ministero è concesso di selezionare la *discovery* degli atti di indagine, egli, in tal modo, condiziona la piattaforma decisoria precludendone il mutamento *in peius*; il soggetto attinto da misura cautelare, cioè, sarà l'unico legittimato ad introdurre elementi nuovi ed ulteriori.

Alla luce di tali premesse, il primo periodo del comma 9 dell'art. 309 c.p.p. va interpretato nel senso che in udienza non può essere addotto qualsiasi elemento idoneo a condizionare la decisione del tribunale ma soltanto quelli favorevoli al soggetto limitato nella libertà personale.

La sintesi del ragionamento può essere sviluppata nella constatazione secondo cui l'art. 309 c.p.p. esprime un mutamento di prospettiva del legislatore sul soggetto destinatario della misura cautelare. Mentre il rapporto – unidirezionale – giudice-pubblico ministero si esaurisce nella fase instaurativa del procedimento cautelare, *ex art.* 291 e segg. c.p.p., attraverso la richiesta di applicazione di misura cautelare rivolta al giudice funzionalmente competente, l'interferenza, effettiva, della difesa sulla vicenda si realizza soltanto attraverso la partecipazione all'udienza disciplinata dall'art. 309 c.p.p.

Sicché, allorquando il legislatore riconosce la possibilità di “annullamento” o di “riforma” dell'ordinanza cautelare, anche per motivi diversi rispetto a quelli adottati a sostegno della dichiarazione di riesame, esprime la necessità che il giudice del riesame, posto nelle stesse condizioni del giudice *a quo*, espliciti il controllo affidatogli, “ascoltando” le ragioni del soggetto sottoposto a cautela che possono essere manifestate anche attraverso la produzione di ulteriori e nuovi elementi a discarico.

In tal modo, si comprende la *ratio* della previsione di perdita di efficacia del provvedimento cautelare nell'evenienza il tribunale non adotti la sua decisione nell'arco temporale individuato dal combinato disposto di cui agli artt. 309 comma 5 e comma 10 c.p.p. La statuizione cautelare, infatti, dotata di legalità formale è suscettiva di decadenza ove non si completi il circuito disciplinato dagli artt. 291 e 309 c.p.p. che impone al giudice *ad quem* non soltanto di rivalutare il materiale posto a base del provvedimento impugnato ma anche l'ascolto “dell'altro”.

Su queste basi, può certo apprezzarsi la bontà della decisione adottata dalle Sezioni Unite: il tribunale del riesame essendo “immesso” negli stessi poteri del giudice emittente la misura non può non annullare la decisione cautelare allorquando essa difetti dei presupposti e delle condizioni di legge. E ciò anche perché la realizzazione di un contraddittorio pieno, ma “postumo”, obbliga alla ri-valutazione complessiva della vicenda cautelare vagliata, *ab origine*, solipsisticamente dal giudice attivato ai sensi dell'art. 291 c.p.p.

Sono queste constatazioni sulla funzione dell'istituto ad avallare la soluzione per la quale il tribunale del riesame, sebbene incompetente, conserva, pieni, i poteri del giudice emittente la misura cautelare.

4. La giuridica sostenibilità della soluzione adottata.

Al fine di saggiare la correttezza della soluzione prospettata, si muove da una provocazione: la deroga espressamente prevista dall'art. 291, comma 2, c.p.p. non si applica, nell'intenzione del legislatore, anche al giudice dell'impugnazione.

Da tanto la opponibilità della natura eccezionale di tale ultima disposizione e, dunque, l'impossibilità di fornirne interpretazione analogiche o anche solo estensive, atteso che inequivocabilmente il testo della norma farebbe riferimento al giudice che dispone la misura e contestualmente si dichiara incompetente, attribuendo esclusivamente a quest'ultimo

il dovere di verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura cautelare.

Non è dubbio che il dato testuale del comma 2 dell'art. 291 c.p.p., in astratto, potrebbe prestarsi ad una lettura in tal senso, ma dalla stessa discendono aporie che rischiano di compromettere la stessa compatibilità della norma con i principi costituzionali, a maggior ragione alla luce dell'evoluzione che l'interpretazione dell'art. 27 c.p.p. – il cui testo propone una trama sintattica non dissimile da quella della disposizione in esame – ha avuto quanto alla imposizione anche ad un giudice diverso da quello che ha disposto la misura del dovere di riconoscere l'impotenza non rilevata da quest'ultimo.

Lo stesso tenore letterale dell'art. 291, comma 2, c.p.p. peraltro, evidenzia l'esistenza di un inscindibile collegamento tra due disposizioni ed in particolare tra l'efficacia interinale della misura e la verifica del presupposto dell'urgenza, che la legittima.

Negare, di conseguenza, che tale disposizione trovi applicazione anche qualora l'incompetenza venga rilevata da un giudice diverso da quello che ha applicato la misura si pone in contraddizione con la stessa volontà legislativa, finendo per autorizzare quest'ultimo a prorogare la restrizione della libertà dell'indagato per il tempo indicato nell'art. 27 c.p.p. senza che venga accertato il presupposto che tale proroga giustifica.

Da tanto la conclusione: nell'incidente cautelare, il giudice dell'impugnazione che rileva l'incompetenza di quello che applicato la misura ha il dovere – nei limiti dei poteri cognitivi attribuitigli dalla legge processuale – di verificare, ai sensi dell'art. 291, comma 2, c.p.p. la sussistenza delle condizioni per l'adozione del provvedimento genetico, conservando il potere, nel caso in cui tale verifica abbia esito negativo, di annullare lo stesso ovvero, nel caso contrario, di provvedere ai sensi dell'art. 27 del codice di rito, laddove ravvisi la ricorrenza di anche solo una delle esigenze cautelari riscontrate.

A tali condizioni sussiste, certamente, l'interesse del pubblico ministero a ricorrere avverso il provvedimento del giudice del riesame nella misura in cui questi, annullando l'ordinanza genetica, sostanzialmente esclude l'applicazione dell'art. 27 c.p.p. pur avendo rilevato l'incompetenza.

Una volta attribuito al giudice dell'impugnazione cautelare il compito di verificare (anche in tal caso) la sussistenza delle condizioni che autorizzano l'adozione della misura, nonché il potere di annullare l'ordinanza genetica, è infatti inevitabile riconoscere il "pregiudizio" subito dalla parte pubblica che aveva

conseguito il titolo cautelare ed il suo interesse a perseguire, attraverso la rimozione del provvedimento caducatorio, il ripristino della misura, seppure nei limitati fini di cui all'art. 27 c.p.p.⁵.

5. Una implicazione pratico-difensiva.

In termini meramente ordinamentali – e sistemici – la soluzione adottata dal Supremo collegio è ineccepibile.

Tuttavia, bisogna guardare anche alle ricadute pratico-applicative dalla stessa derivanti.

Si pensi, in proposito, al caso in cui il Tribunale del Riesame si limiti a rilevare la incompetenza del Giudice emittente il titolo cautelare e nulla statuisca in ordine allo stesso, cioè ometta di adottare decisione di annullamento (diversamente dal caso trattato dalle Sezioni Unite).

Questo implica, all'evidenza, che i giudici della Libertà hanno ritenuto, pur in ragione dei poteri ufficiali loro riconosciuti a livello codicistico, che laddove non si fosse materializzata la ipotesi di incompetenza dagli stessi rilevata il provvedimento cautelare impugnato sarebbe stato (*recte*: lo è, di fatto) confermato *in toto*.

Detto altrimenti, ricorrerebbe nella occasione una chiara ipotesi di "conferma implicita" della ordinanza adottata ai sensi dell'art. 292 c.p.p.

Il che importa conseguenze di non poco momento. Emesso, nuovamente, il provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 27 c.p.p. si potrà, ovviamente, fare ricorso – per la seconda volta – al tribunale del riesame ma, in questo caso, con la zavorra di una precedente decisione di conferma, sia pure implicita, dello stesso.

Il profilo si riverbera, inevitabilmente, sulla articolazione delle opzioni difensive nella ponderazione delle – concrete – prerogative decisorie del Giudice del riesame.

A tal uopo, ben potrebbe il difensore, al cospetto di una chiara violazione delle disposizioni in tema di competenza, astenersi dal dedurre in prima istanza – nel merito – in ordine ai momenti attinenti ai gravi indizi di colpevolezza ovvero alle esigenze cautelari, (non) versando agli atti della procedura elementi "a discarico" nella sua disponibilità dirimenti, riservando la allegazione degli stessi in sede di "secondo" riesame.

In tal modo, si potrà avere contezza, pur nel contingentamento dei tempi necessari per il deposito della motivazione adottata in prima istanza, della presa di posizione del Tribunale del Riesame al cospetto degli

elementi cognitivi trasmessi ai sensi dell'art. 309 c.p.p. e valutati *ex officio*.

Nel caso, invece, oltre alle questioni sulla competenza dovessero essere affrontati ed esauriti gli argomenti fondanti la elaborazione della strategia difensiva, diventerà arduo conseguire una rivisitazione, in seconda istanza, della – sia pure implicita – valutazione effettuata dal tribunale del riesame in occasione della declaratoria di incompetenza, sebbene resa *rebus sic stantibus*.

Insomma, il “riconosciuto” potere del tribunale del riesame di penetrare, sempre e comunque, il merito

della regiudicanda, pur al cospetto di un vizio di competenza, può avere delle ripercussioni pratiche di non poco momento che impongono, inevitabilmente, una più accorta ponderazione delle scelte difensive al cospetto del nuovo scenario cognitivo disegnato dai giudici di piazza Cavour.

Mario Griffo

Docente di diritto e procedura penale nell'Università degli Studi del Sannio.

¹ In *Giur. it.*, 25 giugno 2020.

² In tal senso, DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2000, p. 48-49.

³ Tra le proposte sul tappeto vi era anche quella di condizionare la decisione sulla cautela alla decisione di un organo collegiale. La circostanza, tuttavia, pur potendo garantire una maggiore ponderazione nella valutazione concernente l'applicabilità di misure cautelari ne avrebbe potuto comunque determinare una inamovibilità vanificando, di fatto, le “ragioni” del controllo postumo.

⁴ Su tutti, ILLUMINATI, *Commento all'art. 7 l. 12 agosto 1982*, n. 532, in *Legisl. pen.*, 1983, p. 100.

⁵ Per queste ragioni non colgono nel segno le posizioni, nel tempo maggioritarie, a mente delle quali il giudice del riesame, una volta rilevata la incompetenza di quello che ha emesso la misura, non avrebbe il potere di annullare il titolo cautelare per la carenza dei presupposti che ne legittimano l'adozione, posto che in tal modo esproprierebbe il giudice di merito competente del suo potere, mentre l'obbligo di verificare le condizioni per l'emissione della misura sarebbe attribuito dall'art. 291 c.p.p. esclusivamente al giudice che disponga la misura dichiarandosi contestualmente incompetente. Conseguentemente, il pubblico ministero sarebbe legittimato a ricorrere avverso il provvedimento di annullamento, al fine di evitare la formazione di un giudicato cautelare in grado di condizionare, per l'appunto, il potere decisorio del giudice indicato come competente (tra le altre, Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2007, n. 6858 Capodiferro, in *C.E.D. Cass.*, n. 235629).

Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio.

di **T. Padovani**

L'art. 23 del Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76 (cd. Decreto Semplificazioni) è intervenuto a modificare l'art. 323 c.p., sostituendo le parole "di norme di legge o di regolamento," con le parole "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità". L'autore, partendo da una analisi storica della fattispecie, commenta la novella in chiave critica.

Sommario. **1.** Il decreto «semplificazioni» e l'ennesima riforma dell'art. 323 c.p.: introduzione. – **2.** L'abuso d'ufficio nella versione del codice Rocco. – **3.** La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. nel 1990. La riformulazione dell'art. 323 c.p. nel 1997. – **4.** Le vicende ermeneutiche del nuovo testo dell'abuso d'ufficio. Il recupero della forma originaria. – **5.** Analisi della variante interpolata dal d.l. 76/2020: un esempio di absurdità legislativa. – **6.** L'ircocervo normativo. – **7.** L'eterogenesi dei fini: il ritorno del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti d'ufficio. – **8.** I nodi al pettine. Conclusioni.

1. Il decreto «semplificazioni» e l'ennesima riforma dell'art. 323 c.p.: introduzione.

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, intestato alle «semplificazioni», modifica, all'art. 23, la fattispecie dell'art. 323, comma 1° c.p., già integralmente riformulata dall'art. 1, l. 16 luglio 1997, n. 234: un ennesimo intervento «riformatore» seguito a quello, di più ampio respiro sistematico, compiuto con la l. 26 aprile 1990, n. 86, e condotto – ancora una volta, vien fatto di dire – all'insegna del principio di tassatività e di determinatezza; che sinora, evidentemente, e nonostante gli sforzi profusi, il legislatore non sarebbe stato in grado di assicurare. Il proposito perseguito è di liberare amministratori e politici dalle ambasce che ogni scelta discrezionale, compiuta nell'esercizio del potere corrispondente all'esercizio delle loro funzioni, provocherebbe loro, in quanto connessa alla minacciosa prospettiva di un'indagine penale e di una successiva incriminazione. L'*incipit* di un ipotetico *cahier de doléances* redatto dai pubblici agenti perplessi e tremebondi sonerebbe a un dipresso in questi termini: uno spettro s'aggira per gli enti e per gli organi della Repubblica; lo spettro dell'abuso d'ufficio.

Il timore che turba i sonni e agita le menti – va pur riconosciuto – non è privo di fondamento. Del resto, la riformulazione introdotta con la l. 234/1997, a distanza di soli sette anni da una vasta e articolata riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. (tra cui, non ultimo, anche l'art. 323), prese avvio dal 'grido di dolore' lanciato dall'ANCI, che lamentava l'incontrollabilità del rischio penale sotteso alla dimensione tipica e alla latitudine applicativa del

nuovo abuso d'ufficio. Il Ministro della giustizia nominò, nel 1996, una commissione di studio presieduta da Giuseppe Morbidelli, che, dopo un intenso lavoro, propose lo «spacchettamento» dell'onnivora fattispecie di abuso in tre distinte ipotesi criminose: prevaricazione; favoritismo affaristico; sfruttamento privato dell'ufficio, definite in termini tipici consentanei al contenuto offensivo in ciascuna identificato¹. La proposta non ebbe tuttavia alcun seguito, e fu viceversa introdotto – piuttosto in fretta e per ragioni affidate all'oracolo (*infra*, 2) – il testo vigente sino al d.l. 76/2020.

L'insofferenza verso le maglie lasche dell'art. 323 è dunque risalente, e poggia, indubitabilmente, su di un iato vistoso tra la legalità «offerta» dalla norma quale selettore dell'iniziativa di indagine, e la legalità «raggiunta» all'esito del procedimento, quando sulla base della norma si definiscono i limiti concreti di rilevanza di questa o quella condotta contestata. Basta considerare il numero dei procedimenti avviati per abuso d'ufficio e quelli conclusi con una condanna, per rilevare tra i numeri un divario apparentemente paradossale: da uno a cento, all'incirca². La prescrizione può certamente giocare la sua parte, come è stato rilevato, ma non può, da sola, dar ragione di una tale asimmetria, le cui radici affondano piuttosto nella straordinaria facilità con cui può essere avviata un'indagine per abuso d'ufficio³: un atto investito dal sospetto, più o meno qualificato, di una finalità privata, autorizza (o, come talvolta dicono compuntamente i pubblici ministeri, «impon» lo svolgimento di indagini; che si snodano, va da sé, rispettando i

tempi della giustizia, notoriamente biblici, nel mentre però gli effetti esiziali delle indagini in corso determinano la punizione effettiva del presunto reo, «senza legge, senza verità, senza colpa», come icasticamente recita il sottotitolo del «*Diritto penale totale*» di Filippo Sgubbi⁴.

Fermo restando dunque che questo genere di preoccupazioni sono, in linea di principio, tutt'altro che peregrine, la domanda che sorge prepotente è come mai il problema si ripresenti periodicamente, periodicamente venga affrontato con la pretesa di risolverlo, e di poi lo si ritrovi di bel nuovo come una pietra d'inciampo resistente ad ogni livella. Per comprendere le ragioni per cui ci ritroviamo (apparentemente immemori) sempre allo stesso punto di partenza, occorre uno sguardo retrospettivo: per stabilire di che pasta siamo fatti, dobbiamo in qualche modo recuperare le origini.

2. L'abuso d'ufficio nella versione del codice Rocco.

L'art. 323 riprende, nel codice Rocco, una vetusta tradizione normativa risalente alla Leopoldina del 1786⁵. Collocandosi, per così dire, all'estrema periferia dei delitti contro la pubblica amministrazione, esso esprime all'origine una tutela sussidiaria nella sua forma estrema, imposta dalla clausola di riserva assolutamente indeterminata: l'art. 323 c.p. nel testo del 1930 poteva essere applicato soltanto in difetto di una qualsiasi altra norma incriminatrice, anche se meno gravemente sanzionata.

La struttura del fatto tipico era semplice, ma al tempo stesso estremamente comprensiva: la commissione, con abuso dei poteri inerenti alle funzioni di pubblico ufficiale, di «qualsiasi fatto» allo scopo di «recare ad altri un danno» o di «procurargli un vantaggio»: tutela anticipata e generica, dolo specifico, qualificazione di illiceità interamente dipendente dalla natura abusiva della condotta costituivano i capisaldi attorno a cui rotava la fattispecie, sanzionata peraltro con pena assai modesta, proprio perché destinata ad una fortuna applicativa di basso livello.

In effetti, essa si trovava rinserrata fra due giganti normativi che la facevano, per così dire, da padrone nell'esercizio del controllo di legalità sull'attività amministrativa. Si trattava, da un lato, del peculato per distrazione (art. 314 c.p.) e, dall'altro, dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.): due contrafforti poderosi dai quali si potevano lanciare sguardi intensi e penetranti sull'attività della pubblica amministrazione; sin troppo penetranti, in non pochi casi.

Sotto le bandiere del peculato per distrazione si denunciavano incursioni giudiziali anche su aspetti della potestà amministrativa concernenti la selezione degli interessi pubblici da realizzare, postulando vincoli incompatibili con la discrezionalità propria della funzione. Quanto all'interesse privato in atti d'ufficio, si trattava di una figura proteiforme, dalla tipicità pressoché 'inafferrabile', dipendente da una formulazione (il «prendere un interesse privato in un atto d'ufficio» da parte del pubblico ufficiale) intrinsecamente destinata a suscitare pesanti ambiguità interpretative. La condotta così delineata consentiva infatti di ritenere rilevanti anche una presa di interesse in un atto legittimo della pubblica amministrazione. In seguito, si tenterà di precisare, tuttavia, che, per integrare il fatto, occorreva uno 'sfruttamento prevaricatore' idoneo a caratterizzare il disvalore della condotta. Dal canto suo, anche il peculato per distrazione fu investito da un processo di ridimensionamento ermeneutico, esigendo che la diversa finalità cui il danaro pubblico veniva destinato in luogo di quella stabilita fosse di natura strettamente privata. Ma questi atteggiamenti ermeneutici, manifestatisi intorno agli anni Ottanta del secolo scorso, non valsero a modificare il destino delle due fattispecie incriminatrici, ormai colpite da interdetto: la riforma del 1990 le seppellirà⁶.

Fin tanto che i due giganti, peculato per distrazione e interesse privato, furono vigenti, l'abuso «innominato» d'ufficio vide quindi la propria sfera applicativa confinata in un ambito marginale: minute prevaricazioni per un verso, favoritismi indebiti, per l'altro, costituivano la materia che usualmente rifluiva nella fattispecie tipica. Non mancarono, tuttavia, in taluni casi, lanci da protagonista anche per questa figura criminosa 'ancillare'. Nel 1965 il celebre «scandalo delle banane» (una vicenda connessa al rilascio delle concessioni per il lucroso commercio di questi frutti) vide come protagonista proprio l'art. 323 c.p., contestato addirittura ad un ex ministro. La difesa per il diniego dell'autorizzazione a procedere fu sostenuta dal grande Giuseppe Bettiol, che contro l'art. 323 c.p. svolse una severa requisitoria additandolo come un relitto borbonico incompatibile con il principio di legalità⁷. Per verità, l'abuso innominato vantava umili ma tenaci predecessori lungo tutto l'arco della legislazione penale italiana, preunitaria e unitaria, e, per quanto formulato in termini non precisamente determinati, avrebbe, di lì a poco, superato anche il vaglio di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale ritenne, infatti, che il concetto di abuso dei poteri inerenti le funzioni pubbliche fosse sufficientemente

definito, essenzialmente perché basato sull'identificazione di un vizio di legittimità dell'atto compiuto dal pubblico ufficiale e su una finalità privata idonea a caratterizzare la direzione illecita del potere⁸.

La sentenza della Corte costituzionale identificava quindi la tipicità dell'abuso nel compimento di un atto amministrativo illegittimo, viziato cioè da violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere: una prospettiva seguita peraltro da molta parte della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca, che si sforzavano di tracciare un confine definito tra giurisdizione penale e attività amministrativa, seguendo la traccia segnata dall'art. 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248⁹. In questo senso, la cognizione del giudice penale rispetto all'atto amministrativo veniva concepita in termini incidentali e circoscritta ad una sorta di 'disapplicazione' dell'atto riscontrato illegittimo. Oltre le barriere del sindacato incidentale si stendeva l'insondabile latitudine del merito amministrativo.

In realtà, l'art. 5, l. 2243/1865 nulla aveva a che vedere con l'accertamento di un abuso di potere funzionale. La presenza di un atto illegittimo poteva certo costituire il sintomo di un'attività penalmente rilevante, ma non ne condizionava, e, soprattutto, non ne limitava, il riscontro¹⁰. La giurisprudenza si assestò in effetti sulla massima (ricorrente e consolidata nell'ultima stagione di vigenza dell'art. 323 c.p. nella versione originaria), secondo cui l'abuso di potere sussiste allorquando il pubblico ufficiale, pur agendo nelle condizioni formali previste dalla legge per l'esercizio del suo potere, ordina e compie un fatto per uno scopo diverso da quello per cui il potere gli è affidato¹¹. Una massima - destinata, come si vedrà, a persistere - che identifica l'abuso nella distorsione funzionale del potere, la cui presenza esclude un 'merito' amministrativo, quali che siano le «condizioni formali» in cui il potere viene esercitato.

3. La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. nel 1990. La riformulazione dell'art. 323 c.p. nel 1997.

La riforma del 1990 (l. 89/1990) rivoluzionò l'assetto originario, coinvolgendo la fattispecie dell'art. 323 c.p. non propriamente come causa o come scopo dell'intervento legislativo, quanto piuttosto per gli effetti di ripercussione che su di essa si determinarono in conseguenza delle modifiche apportate, da un lato, alla fattispecie di peculato, da cui fu espunta la forma per distrazione e dell'abrogazione, dall'altro, dell'interesse privato in atti d'ufficio. L'art. 323 venne riformulato essenzialmente allo scopo di poter

fungere da «legatario» di una parte delle condotte originariamente sussumibili all'art. 314 e nell'art. 324 c.p., assicurando (almeno secondo le intenzioni) un filtro selettivo più adeguato a definire la loro offensività. Si stabiliva che l'abuso di ufficio (esteso anche agli incaricati di un pubblico servizio) dovesse essere finalizzato ad un vantaggio, proprio od altrui, «ingiusto», o a un danno altrui del pari «ingiusto», prevedendo un titolo di maggiore responsabilità qualora il vantaggio fosse «patrimoniale». La previsione della «doppia illiceità» avrebbe dovuto assicurare una ancor più congrua delimitazione del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, che, per quanto illegittima, non poteva assumere connotati di illiceità penale se l'evento perseguito non fosse stato di per sé contrario a diritto¹².

La prospettiva era intrinsecamente illusoria. In linea di principio, il giudice penale non sindacava affatto un'attività amministrativa; valuta se sussista una condotta criminosa secondo i requisiti tipici stabiliti da una norma incriminatrice; e, se essa sussiste, di "merito" amministrativo non è neppure il caso di parlare. Merito amministrativo e 'merito' criminoso sono presenze alternativamente incompatibili nello stesso spazio giuridico: dove c'è l'uno, non può esserci l'altro, e viceversa.

Se questo è vero secondo i principi, è altrettanto vero, però, che il nitore del loro enunciato postula una 'sincronia' atemporale ignota alla realtà, che si esprime invece in una dimensione diacronica in cui il merito amministrativo è posto in discussione proprio per accertarne la sussistenza. Per consentire la soluzione dell'alternativa problematica occorre dar corso ad indagini, effettuare perquisizioni, sequestri, interrogatori, con tutto quel che ciò implica e trae seco. La forbice tra la legalità offerta dalla norma (e praticata dal pubblico ministero sulla base di una notizia di reato) e quella raggiunta all'esito di un faticoso e tormentato *iter* processuale (lungo il quale si contano i feriti e i caduti) può risultare, - come si è già osservato - assai ampia, temibilmente ampia per ogni amministratore inquisito.

La formulazione dell'art. 323 c.p. secondo la l. 86/1990 suscitò quindi - come si è già accennato (*retro*, 1) - viva perplessità, anche se talora si confondeva il dito con la luna: la lentezza dei processi non dipendeva certo dal testo della norma. Parve comunque che la portata selettiva del testo elaborato nel 1990 fosse insufficiente ad assicurare un pronto vaglio di rilevanza penale, inducendo, per verificare abuso e vantaggio, ad accertamenti non solo lunghi, ma precari: l'abuso di ufficio sembrava, una volta

ancora, non sufficientemente determinato. L'antica accusa già rivolta (invano) alla fattispecie originaria si riproponeva per la nuova, fresca di conio.

Avviato un percorso di riforma (*retro*, 1), spuntò poi, ad opera della l. 234/1997, una riformulazione che rappresenta il testo sino a ieri vigente. Per verità, l'estemporanea sollecitudine fu attribuita (maliziosamente) alle vicende processuali di un insigne personaggio, che, con il nuovo testo, beneficiò in effetti di un proscioglimento che, con ogni probabilità, sarebbe stato assai problematico in base alla formulazione precedente.

4. Le vicende ermeneutiche del nuovo testo dell'abuso d'ufficio. Il recupero della forma originaria.

Il volto dell'art. 323, rimodellato dalla l. 234/1997, risulta caratterizzato dalla necessaria violazione di legge o di regolamento (o, in alternativa dall'inosservanza di un obbligo di astensione) e dalla illiceità 'intrinseca' del danno o del vantaggio patrimoniale (quello non patrimoniale perde rilevanza); presenta così due filtri selettivi di particolare rigidità. L'intento è percepito ed attuato nelle prime applicazioni giurisprudenziali: per ritenere integrata la fattispecie occorre che la norma vieti o prescriva puntualmente il comportamento del pubblico ufficiale, e che, per giunta, non risulti semplicemente strumentale alla regolarità del servizio o sia genericamente diretta ad assicurare imparzialità, efficienza e buon andamento dall'amministrazione¹³. In pratica, l'abuso postula una norma imperativa (di natura legislativa o regolamentare) diretta al pubblico agente e riferita specificamente al tipo di attività svolta in concreto. Dal punto di vista della razionalità legislativa l'intento perseguito era però ispirato ad una sorta di follia. Si compiva, in effetti, una selezione 'inversa': colpendo attività tanto vincolate da rendere *ictu oculi* evidente l'illegittimità, si calava una cortina impenetrabile proprio sulle distorsioni funzionali più gravi, compiute nell'ambito dell'attività discrezionale più ampiamente intesa.

L'evidente asimmetria logica della nuova formulazione ha finito con il determinare una vera e propria «riconversione ermeneutica» sfociata in una sostanziale «riscrittura» del testo legislativo, il cui ambito viene, alla fine, ricondotto alle origini. Il percorso si sviluppa in molte tappe, e non è evidentemente possibile analizzarle, o anche solo segnalarle, tutte; basterà indicare le più significative.

All'area della violazione di legge vengono «recuperate» le norme di carattere procedimentale (relative

a pareri, o ad attività istruttorie), qualora esse siano destinate ad incidere sulla decisione (e quando mai potrebbero non incidere?)¹⁴. Anche le norme di principio riassumono la loro rilevanza: in particolare, l'art. 97, comma 1° Cost. viene identificato quale cardine di un dovere di imparzialità onnicomprensivo la cui violazione è sufficiente a qualificare la condotta come abusiva¹⁵. Le norme anche solo di «indiretta» rilevanza legislativa risultano, dal canto loro, idonee ad integrare il requisito della violazione di legge: così, ad es., per l'inosservanza delle prescrizioni del piano regolatore, dato che la legge vieta il rilascio di concessioni illegittime, e tali sono, senza dubbio, quelle in contrasto con lo strumento urbanistico.

Si assiste, infine, al recupero degli atti viziati da eccesso di potere nella forma dello sviamento, cioè quando il comportamento dell'agente, pur formalmente corrispondente alla norma che regola l'esercizio dei suoi poteri, sia tenuto in assenza delle ragioni che lo legittimerebbero. L'approdo cui si giunge è la definizione tradizionale dell'abuso di potere, quale è stata storicamente ritenuta e praticata.

Il cerchio si chiude con la sentenza delle SS.UU. del 2011¹⁶ che, affrontando la definizione del requisito della violazione di legge, la assume «non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione». Si tratta di una massima che potrebbe essere stata scritta (come fu in effetti scritta) sessanta o settant'anni fa.

L'interpretazione 'finale' dell'art. 323 c.p. ha dunque finito col frustrare, sul versante della condotta, le intenzioni legislative, che procedevano in tutt'altra direzione. Il rilievo è formalmente corretto; ma non meno corretto è il rilievo che le intenzioni legislative, piuttosto che delineare una *mens legis* su cui edificare un'ermeneutica razionale, si abbandonavano (come spesso purtroppo accade) ad una vera e propria *amentia legis*, da cui ogni interprete finisce – piaccia o non piaccia – col rifuggire. In tempo di «formante giudiziario», che plasma la legalità, è illusorio pensare ancora che la legge possa *equiparare quadrata rotundis* o fare *de albo nigrum*: anzi, più pre-tende di farlo, più ottiene l'effetto contrario

5. Analisi della variante interpolata dal d.l. 76/2020: un esempio di assurdit  legislativa.

Inesausto, il legislatore ribatte tuttavia lo stesso chiodo impiantato nel 1997 e, dichiarando l'intento di meglio precisare e definire il contenuto della fattispecie¹⁷, la snatura e la trasforma – come si vedr  – in un ircocervo dalle fattezze mostruose.

Ancorando la condotta tipica alla violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalit », si   inteso proclamare con irta tassativit  che l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell'attivit : per l'appunto, senza «margini di discrezionalit » in alcuno dei momenti qualificanti il comportamento definito dalla legge e dall'atto ad essa equiparato. Un tempo una tale identificazione si sarebbe risolta in un reato legislativamente 'impossibile': in presenza di una clausola di riserva assolutamente indeterminata (qual era prevista dall'art. 323 nel testo originario), infatti, l'inosservanza di un dovere vincolato costituiva necessariamente un diverso reato: l'omissione d'atti d'ufficio in caso di condotta omissiva, il falso conseguente al compimento di un atto in difetto dei presupposti necessari (ad es. l'iscrizione ad un albo), o un diverso abuso di autorit  specificamente previsto (ad es. l'arresto illegale).

Oggi, in presenza di una clausola di riserva solo relativamente indeterminata, non si pu  – in linea di principio – escludere che la fattispecie tipica dell'art. 323 c.p. si prospetti anche in forma puramente omissiva (ad es. astenendosi dal procedere ad una iscrizione, di cui sussistono tutti i presupposti necessari, allo scopo di recare danno all'interessato). L'art. 328 c.p. non   infatti pi  legittimato ad 'accogliere' violazioni omissive (pur realizzata in forma di rifiuto) che siano rilevanti a norma dell'art. 323, in quanto la pena comminata risulta inferiore rispetto a quella dell'abuso. Ma certo, non potr  trattarsi che di ipotesi men che marginali, destinate a sollecitare l'acribia dei giureconsulti, ma non l'impegno della giurisprudenza: un po' com'era la prospettiva di una fattispecie di furto «semplice», immune dal nugolo di circostanze speciali e comune che assediano la fattispecie dell'art. 624 c.p., oggetto di amabile disfida tra i giovani penalisti d'antan.

In realt , i casi in cui la legge determina il se, il cosa e il come di una condotta imposta ad un agente pubblico sono non solo rari, ma attinenti ad una sfera minuta dell'attivit  amministrativa: quella di mera esecuzione. Cos  rilevava meno di un secolo fa

Massimo Severo Giannini, e non sembrano esservi ragioni per ritenere che il rilievo possa aver perso valore¹⁸. In pratica, dunque, il legislatore ha riservato ad una improbabile minutaglia il destino dei sommersi e gli strali della sanzione penale (per giunta piuttosto consistente), mentre ha assunto nell'empireo dei salvati coloro che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente se, come, quando o cosa decidere, sono - secondo la natura delle cose - nella condizione «ontologica» per abusarne, e recare i vantaggi e i danni ingiusti in cui si esprime l'evento lesivo.

L'idea di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalit  amministrativa rappresenta, di per s , una flagrante violazione del principio di uguaglianza. Si tratta, n  pi  n  meno, di attribuire all'agente pubblico un potere dispositivo assoluto sottratto al vaglio giudiziale: il sindaco potrebbe, ad es., proclamare orgogliosamente di avere disposto, discrezionalmente, una certa autorizzazione al solo ed esclusivo scopo di favorire un proprio clan elettorale, con la spavalda sicurezza che il cancello dell'immunit  non potr  essere infranto.

In effetti, il requisito inserito nella fattispecie («... dalle quali non residuino margini di discrezionalit ») si configura dogmaticamente come un vero e proprio elemento negativo del fatto, la cui sussistenza viene in radice meno se tale elemento (il potere discrezionale) ricorre. Sono evidentemente remoti i tempi in cui Vittorio Emanuele Orlando poteva scrivere: "un privato qualsiasi quando uniforma le sue azioni al diritto, anche rispettandolo solo formalmente   giuridicamente incensurabile [...]. Diversamente avviene per la pubblica amministrazione. Un ben ordinato funzionamento di essa non deve limitarsi a rispettare pi  o meno farisaicamente i principi del diritto, calpestando quelli della convenienza. L'amministrazione dello Stato non deve dare ai cittadini l'esempio tristo di disprezzare i principi della moralit  e della giustizia, purch  siano mantenuti formalmente i limiti della legge"¹⁹. Ma proprio questo ha inteso in pratica fare il legislatore: equiparare il pubblico agente ad un privato, ponendo in sostanza sullo stesso piano il potere discrezionale attribuito al primo e la facolt  di disposizione riconosciuta al secondo rispetto ad una cosa di cui sia proprietario. L'assimilazione trova significativa ascendenze nel diritto feudale: evidentemente inteso come l'unico in grado di esprimere la dimensione istituzionale della nostra societ .

6. L'ircocervo normativo.

Ma non è con questa geremiade che può chiudersi il lamento. La nuova formulazione dell'art. 323, comma 1° investe la modalità alternativa più frequente nella pratica applicativa, quella, per l'appunto, della violazione di norme di legge o di regolamento; ma non tocca l'altra modalità, costituita – com'è noto – dall'inosservanza dell'obbligo di astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». Continua quindi a sussistere, invariata, una fattispecie di abuso consistente nel procurare l'evento ingiusto omettendo di astenersi rispetto ad un atto o ad un'attività che, ovviamente, possono essere meramente discrezionali; anzi, *debbono* essere discrezionali, perché, se si trattasse di condotta assolutamente vincolata, l'obbligo risulterebbe privo di senso: sarebbe assurdo che un amministratore dovesse essere tenuto a non rilasciare ad un parente un atto che la legge gli impone di rilasciare a chiunque nelle stesse tassative condizioni, prive, per dirla col linguaggio utilizzato sull'altro versante della fattispecie, di «margini di discrezionalità».

Si prospetta così una 'curiosa' configurazione "normativa" che giustifica l'attributo denotativo di «ricercivo». Se ricorre un interesse «proprio» dell'agente pubblico o di un suo congiunto, od un altro caso di astensione, il pubblico ministero varca i cancelli della discrezionalità amministrativa e rovista dove è necessario rovistare; se si tratta invece del compimento di un'attività interamente vincolata, l'agente pubblico, che si prospetti o meno l'interesse proprio o di un suo congiunto, avrà semplicemente adempiuto il proprio dovere a norma dell'art. 51 comma 1 c.p. Tutta una serie di bizzarre e sconclusionate ipotesi combinatorie si potrebbero prospettare sfruttando il salto della quaglia suggerito dalle due forme alternative di «abuso»; ma non è davvero il caso: la pena che il testo reca è più forte della polemica che suscita.

7. L'eterogenesi dei fini: il ritorno del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti d'ufficio.

Nel dar vita (se di vita si tratta) a questa improbabile creatura, il legislatore nemmeno ha tenuto conto che i morti dovrebbero poter riposare in pace. I defunti della metafora funerea sono ovviamente rappresentati dal peculato per distrazione e dall'interesse privato in atti di ufficio, per i quali il d.l. 76/2020 finirà col rappresentare una sorta di risveglio pasquale: un'eterogenesi dei fini degna dell'ingenuità che l'ha prodotta.

Come si è già rilevato (*retro*, 2), l'art. 323, nella forma dell'abuso per finalità patrimoniali a vantaggio altrui, era destinato a 'sostituire', restringendolo, l'ambito applicativo del peculato per distrazione; la cui espressa previsione veniva contestualmente espunta dall'art. 314 c.p. Per verità, non era mancato chi, autorevolmente, aveva sostenuto che l'eliminazione del peculato per distrazione non poteva, di per sé, incidere sul significato semantico della «appropriazione» che costituiva (e continua a costituire), la condotta tipica del peculato. Come osservò Antonio Paggiaro, «poiché il soggetto che devia la cosa da una finalità a un'altra certo si comporta, per un momento, sulla cosa stessa, come se ne fosse il proprietario, quelle forme di peculato che prima erano considerate peculato per distrazione sono divenute ora peculato per appropriazione»²⁰. In pratica, la portata abrogativa della «distrazione» sarebbe stata circoscritta alle sole ipotesi concernenti l'arbitraria destinazione di un bene pubblico ad una finalità diversa da quella stabilita, ma pur sempre pubblica; la quale non poteva intendersi propriamente come «appropriazione», ma, in precedenza, era stata spesso rigoristicamente riportata nell'alveo dell'incriminazione, sollevando le polemiche da cui era poi scaturita la riforma.

La prassi applicativa, tuttavia, si orientò diversamente, e non senza qualche fondamento, visto che con la riforma soppressiva del peculato per distrazione era stato introdotto un abuso d'ufficio caratterizzato dalla finalità patrimoniale di vantaggio ingiusto a favore di terzi, che sembrava corrispondere puntualmente all'offesa già ricompresa nell'art. 314 c.p. La nuova fattispecie fu così ritenuta erede legittimo di una quota parte dell'ambito applicativo proprio del peculato per distrazione. Ma appare evidente che, una volta venuto meno il collettore dell'art. 323 c.p., si dovrà optare ora per l'ingresso pervio, e cioè quello del peculato, per lo meno ogni qual volta sia in bazzica il maneggio discrezionale di denaro o la destinazione pure discrezionale di risorse pubbliche a favore di terzi. Così l'abuso patrimoniale, sfrattato dal *pied à terre* che il legislatore del 1990 aveva predisposto e la prassi applicativa mantenuto anche dopo la riforma del 1997, farà ritorno, da figliol prodigo, alla magione avita. Gli amministratori ed i politici alle prese con la pecunia pubblica non avranno più i sonni turbati dall'incubo della reclusione da uno a quattro anni minacciata dall'art. 328 c.p., ma da quello della reclusione da quattro a dieci anni, comminata dall'art. 314 e s., con il ricco *cotillon*

dell'art. 4 bis ord. penit. in malaugurato caso di condanna.

Ma il negromante legislativo, con i propri esorcismi, riesce ad alitare vita financo in una mummia rinsecchita: quella dell'interesse privato in atti d'ufficio, sepolto dalla riforma del 1990. L'inumazione avvenne allora senza rimpianti: prendere un interesse privato in un atto dell'ufficio era condotta tanto controversa e controvertibile da legittimare esiti applicativi di incontrollabile varietà. Si trattava di assumere il "prendere" come "abbinare" o "congiungere", oppure come "sfruttare" o "prevaricare"; il "privato" come "non pubblico" (con tutte le possibili variazioni sul tema) oppure come "personale" (con deriva verso il "personalizzato" e l'"indirettamente personale"). Fiumi di giurisprudenza e mari di dottrina non consentivano navigazioni tranquille; anche se, da ultimo, e pressoché *in articulo mortis*, l'art. 324 sembrava essere approdato ad un porto almeno relativamente sicuro: quello dell'ingerenza profittatrice a vantaggio proprio dell'agente o di persone a lui direttamente riconducibili. Ma l'assetto assunto dalla navicella era oramai definitivamente compromesso, e si preferì affondarla, sostituendola con l'agile scafo dell'abuso, la cui nozione – si ritenne – aveva assunto una consistenza ermeneutica più saldamente ancorata ad un'offesa tipicamente definita, e perciò stesso più selettiva nell'identificazione delle condotte penalmente rilevanti.

Ma ora l'abuso è oppresso da requisiti che ne determinano il soffocamento applicativo: una tecnica che il legislatore mostra di saper utilizzare con perizia degna di miglior causa, quando si prospettano situazioni politicamente tanto conflittuali da suggerire un'uscita, per così dire, «all'inglese». È il recente caso del delitto di tortura, inflitto da requisiti non già propriamente 'costitutivi', quanto piuttosto paralizzanti; affinché si possa proclamare un adempimento ad obblighi internazionali che è in effetti smentito dal modo stesso con cui esso si esprime.

Ma nel caso dell'abuso il gioco è più complicato, per il fatto che – come si diceva (*retro*, 5) – la fattispecie alternativa, costituita dalla violazione dell'obbligo di astensione, non è mutata né punto né poco, e continua placidamente a investire anche (e soprattutto!) l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Allora basta considerare che è pur sempre punito il fatto di procurare i vantaggi o il danno ingiusti «omettendo di astenersi in presenza di un intervento *proprio*». Quale sarà mai – ci si chiede – questo "interesse proprio"? La nozione è vasta, molto comprensiva, duttile come la plastilina: suscettibile, ad es., di colpire anche

il sindaco di cui si prospettava la protervia nel proclamare di aver agito per favorire un proprio clan elettorale (*retro*,5). In pratica, è la ricomparsa, sotto mentite spoglie, dell'interesse privato di funerea memoria.

Ma non è ancora tutto. Persino nell'*hortus conclusus* in cui l'improvvido legislatore ha rinserrato l'abuso per violazione di legge se ne vedranno delle belle. In presenza di un dovere vincolato, la condotta commissiva inosservante si tradurrà facilmente nella redazione di un qualche atto ideologicamente falso, magari di fede privilegiata (circostanza che la giurisprudenza dei tempi nostri tende a non negare ad alcun falso pubblico), con quel che ne segue in punto di responsabilità. Sia consentito in proposito richiamare la preveggenza di una corte toscana del 26 agosto 1854, la quale nonostante la dizione assai lata dell'art. 196 cod. pen. toscano del 1853, che reprimereva ogni violazione dolosa dei propri doveri da parte del pubblico ufficiale, sentenziò che «l'usciera che emette un falso referto di avere eseguito una notificazione [obbligatoria], non è colpevole di violazione dolosa dei suoi doveri d'ufficio, ma di falsità instrumentale»²¹. Ovviamente, oggi l'abuso può concorrere con il falso; niente di nuovo, dunque. Ma il punto non è questo. Si tratta piuttosto di rilevare come l'implicito messaggio contenuto nella modifica legislativa, teso a tranquillizzare «chi fa» dissuadendo dal «non fare», è ingannevole: chi fa come insegna il proverbio, può fallare; e fallare comunque.

8. I nodi al pettine. Conclusioni.

Non è certo pasticciando maldestramente questo o quel brandello di fattispecie che si può seriamente pensare di assicurare agli amministratori ed ai politici la serenità dipendente da un'offerta di legalità compiutamente definita sin dai prodromi dell'indagine, nell'identificazione stessa della notizia di reato. Qualcosa di meglio si potrebbe fare assumendo un orizzonte politico criminale meno asfittico e una consapevolezza sistematica meno opaca; rispolverando, ad es., i risultati raggiunti dalla commissione Morbidelli (*retro*,1 e 3). Ma alla fine i veri nodi da sciogliere stanno, al solito, fuori dal diritto penale, che è chiamato a scioglierli come un *deus ex machina* tanto incongruo quanto fasullo.

Questi nodi sono fondamentalmente due. Per un verso, l'apparato amministrativo versa in una situazione di crisi a tutti nota e ripetutamente segnalata come uno dei problemi cruciali sia sul piano dello sviluppo economico, sia su quello delle garanzie che uno stato di diritto deve assicurare. Non è questo

l'autore, né questa la sede per analizzare e approfondire tali tematiche. Il rilievo cruciale, per chi si occupa di diritto penale, è che il sistema dei controlli amministrativi interni si è da tempo affievolito ed è addirittura scomparso. Quella che dovrebbe essere l'ultima Thule del controllo di legalità – e cioè l'intervento del giudice penale – è così divenuto, in realtà, la sua prima (e talvolta unica) istanza. In questo contesto suona stridula la denuncia, ricorrente e reiterata, che addebita agli interventi giudiziali un'arbitraria ingerenza nella discrezionalità amministrativa, per la quale si rivendica una franchigia dal sindacato del giudice. Ma – come si già notato – il merito amministrativo, rispetto ai delitti dei pubblici ufficiali tra la P.A., non è, e non può mai essere una zona franca sottratta al vaglio giurisdizionale

Il giudice penale non può e non deve arrestare l'indagine di fronte a nessuna barriera più o meno artificialmente frapposta, né circoscriverla entro i limiti della mera legittimità secondo i canoni del diritto amministrativo; è tenuto anzi esattamente al contrario, ad investire cioè con estrema pregnanza ogni singolo aspetto, ogni momento contenutistico, ogni profilo di scelta dell'attività svolta. Ciò vale per qualsiasi fattispecie del Titolo II del Libro II c.p., ma tanto più vale per l'abuso d'ufficio, rispetto al quale proprio di questo si tratta e si discute: se sussista un «merito amministrativo». È evidente infatti che, quando si riscontri la strumentalizzazione del potere d'ufficio a fini di utilità personale, si finisce con l'accertare come un «merito amministrativo», propriamente, non ricorra affatto, e ricorra invece un «merito privato» di consistenza criminosa. In questa prospettiva, l'illegittimità dell'atto, se emerge *a priori*, rappresenta un sintomo dell'abuso, ma non ne esaurisce la sostanza: non è la violazione di legge a determinare l'abuso, ma è piuttosto la distorsione del potere dal suo scopo istituzionale e la sua finalizzazione ad un'utilità privata. Per contro, anche quando l'atto appare, di per sé, legalmente formato ed emanato, l'accertamento che le scelte discrezionali rimesse alla valutazione del p.u. sono state orientate e determinate da un intento di profitto personale, o di favore o di danno per un terzo, finisce col dimostrare che l'atto è il risultato di uno sviamento di potere, penalmente qualificato nella forma dell'abuso: l'indagine penale evidenzia allora necessariamente che l'atto è viziato da un eccesso di potere.

In questa prospettiva non si può dunque negare che la deriva ermeneutica cui il testo dell'art. 323 c.p. è stato sottoposto corrisponda alla logica di sistema e alla natura delle cose che non possono essere

cancellate con un tratto di penna. Le norme devono vivere nella realtà, non nei desideri (o nelle pie illusioni) di chi le confeziona, spesso senza criterio né ragione.

D'altro canto, non è men vero che il discorso poc'anzi accennato ha un senso ed una validità pratica ad una precisa condizione: che i parametri di riferimento normativo siano sufficientemente determinati da consentire una separazione effettiva del grano dal loglio, e da impedire perciò che la valutazione giudiziale si svolga sovrapponendo alla discrezionalità amministrativa semplicemente un diverso modo di intenderla e di apprezzarne l'esercizio. A questo fine non basta peraltro procedere ad una riforma delle fattispecie incriminatrici. Per quanto importante, la loro ristrutturazione non può da sola soddisfare le esigenze di tassatività espresse da questo delicato settore della repressione penale, perché esse si correlano inevitabilmente al sostrato delle disposizioni amministrative che attribuiscono poteri o impongono doveri funzionali. Per stabilire se ricorre un abuso di potere, è necessario definire lo scopo istituzionale per cui il potere stesso è conferito; per accertare l'appropriazione, occorre precisare i limiti del vincolo di destinazione, e così via dicendo. Ciò significa che, per quanto si possa (e si debba) assicurare alla fattispecie incriminatrice un contenuto rigorosamente determinato, la garanzia così attuata resterà fatalmente incompleta, se non si provvederà nel contempo a definire modi, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno contorta, confusa e slabbrata di quanto non sia sinora accaduto, lungo la china di un processo di disgregazione, di atomizzazione e di scoordinamento che ha portato il diritto amministrativo a rappresentare in forma paradigmatica la patologia dell'ordinamento giuridico.

La prima, e più efficace difesa dell'amministratore e del politico deve quindi potersi rinvenire nelle norme ch'essi applicano: nitide e precise. Solo a queste condizioni le indagini troveranno un argine naturale e un percorso meno ondivago e periclitante. L'«invadenza» attribuita alle procure scaturisce invero dalla facilità con cui ogni scelta amministrativa di qualche rilievo può essere attaccata, censurata e investita dal sospetto di favoritismo, prevaricazione o indebito profitto. E il fenomeno trova, la propria origine – come si accennava – nel sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo, nel tumultuoso accavallarsi delle competenze, nel viluppo inestricabile delle procedure, nell'aleatorietà degli

strumenti normativi, della formidabile carenza di efficaci controlli interni.

In questa palude infetta, il rischio di essere contaminato da una denuncia incombe anche sul più scrupoloso ed onesto degli amministratori pubblici, proprio perché la sua attività si svolge in una dimensione precaria, labile, fumosa, dove ogni scelta, ogni decisione può essere contestata e censurata. In un simile contesto, che svilisce e mortifica gli onesti, prosperano peraltro i malfattori; e per snidarli, il magistrato penale non può che accingersi al compito di percorrere le impervie strade dell'amministrazione ogni

qual volta una *notitia criminis* ne prospetti la necessità. Pretendere di arginare e circoscrivere questo intervento ricorrendo a penosi *escamotages* sulla struttura delle fattispecie incriminatrici, è opera destinata a rilevarsi vana, e a tradursi in un rinnovato *Lamento di Federico*: «È la solita storia del pastore.../ Il povero ragazzo voleva raccontarla/ E s'addormì».

Tullio Padovani

Già Professore Ordinario di Diritto Penale presso la Scuola Superiore "Sant'Anna" di Pisa.

¹ Per un riscontro v. POZZI, *Piace la riforma dell'abuso di ufficio*, in *Italia Oggi* 18.6.1996, n. 148, p. 27.

² Per questi dati v. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto – semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema Penale*, scheda 17 luglio 2020, p. 5; ANTONUCCI, *Semplificare l'abuso d'ufficio. "Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei pm"* Parla Manes, in *Il Foglio* 16 luglio 2020.

³ Cfr. GATTA, *op. loc. cit.*

⁴ Cfr. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019.

⁵ L'art. LXIV della *Riforma della legislazione criminale toscana* (in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1973, p. 281) puniva il fatto di un agente pubblico «*trascendendo i limiti o altrimenti abusando del pubblico ministero, ufficio o impiego per fare a chichessia qualsivoglia specie d'ingiustizia e di torto, e massimamente a vedove, pupilli ed altre miserabili persone, come ancora per favorire un reo conosciuto*».

⁶ In argomento v. per tutti, DI VETTA, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Criminalia* 2016, p. 457 s.

⁷ Cfr. BETTIOL, *Intervento*, in *Camera dei Deputati – Senato della Repubblica*, IV legislatura, VI seduta comune dal 16 al 20 luglio 1965, Roma 1966, p. 209 s.

⁸ Cfr. Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 7, in *Giur. Cost.* 1965, p. 50 (con nota di GRASSO P. G., *ibidem*, p. 496 s. e di BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it.* 1966, p. 985 s.).

⁹ È questa l'opinione della stessa *Relazione ministeriale sul progetto di codice penale*, II, Roma 1930, p. 132 s. In dottrina v., per tutti, GRISPIGNI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Roma 1953, p. 175.

¹⁰ Sul punto sia consentito rinviare a PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano 1991, p. 595 s. e bibliografia ivi cit.

¹¹ Cfr., ad es., Cass. VI. 9 novembre 1977, in *Giust. Pen.* 1978, II, c. 324; Cass. VI, 19 gennaio 1976, in *Cass. Pen.* 1977, p. 1090.

¹² In proposito, v., per tutti, DI VETTA, *op. cit.*, p. 473 s.

¹³ Cfr. Cass. II, 4 dicembre 1997, in *Foro it.* 1998, II, c. 258 s.

¹⁴ Cfr. Cass. VI, 18 novembre 1997, in *Riv. pen.* 1998, p. 515 s.

¹⁵ Cfr. Cass. VI, 12 febbraio 2008, CED 239892.

¹⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. Pen.* 2012, p. 2140 s. 258 s.

¹⁷ Sul punto, v. GATTA, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ Cfr. GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 207.

¹⁹ Cfr. ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, III, parte II, Milano 1923², p. 58.

²⁰ Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte speciale*, I, Milano 2000, p. 41.

²¹ Cit. in MARINI, *Manuale di giurisprudenza del codice penale vigente nelle provincie toscane*, Pisa 1887, p. 121.

Trattamento inumano o degradante nella detenzione: calcolo dello spazio minimo *pro capite* e fattori compensativi della *strong presumption* di violazione dell'art. 3 CEDU. La parola alle Sezioni Unite.

di **L. Frabboni**

Il contributo commenta l'ordinanza n. 14260 del 2020 con la quale la prima Sezione penale della Corte di cassazione ha rimesso alle sezioni unite alcune questioni relative alla corretta individuazione dei criteri di computo dello spazio minimo disponibile pro capite nella camera di detenzione nonché dei criteri compensativi stabiliti dalla Corte EDU.

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il fatto concreto. – 3. Lo strumento di tutela rilevante. – 4. La lettura dell'art. 3 CEDU da parte della Corte di Strasburgo. – 5. Il contrasto giurisprudenziale interno. – 6. La forza vincolante dell'esegesi sovranazionale. – 7. Criteri di computo dello spazio minimo disponibile. – 8. L'incidenza dei cd. fattori compensativi. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione.

Con l'ordinanza n. 14260 del 2020, la prima Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione interroga le Sezioni Unite su talune questioni controverse in giurisprudenza – nonché foriere di possibili contrasti giurisprudenziali in futuro – in punto di criteri di computo dello spazio minimo disponibile *pro capite* nella camera di detenzione e ambito di operatività dei cd. criteri compensativi enucleati dalla Corte EDU nella fondamentale pronuncia in materia, resa dalla Grande Camera in data 20/10/2016 nel caso *Muršić*. c. *Croazia*.

All'esito della rassegna dei diversi indirizzi registrati in seno alla giurisprudenza di legittimità, la Sezione rimettente ha formulato le seguenti questioni:

a) *se i criteri di computo dello spazio minimo disponibile per ciascun detenuto – fissato in tre metri quadrati dalla Corte EDU e dagli orientamenti costanti della giurisprudenza della Corte di legittimità – debbano essere definiti considerando la superficie netta della stanza e detraendo, pertanto, lo spazio occupato da mobili e strutture tendenzialmente fisse ovvero includendo gli arredi necessari allo svolgimento delle attività quotidiane di vita;*
 b) *se assuma rilievo, in particolare, lo spazio occupato dal letto o dai letti nelle camere a più posti, indipendentemente dalla struttura di letto "a castello" o di letto "singolo" ovvero se debba essere detratto, per il suo maggiore ingombro e minore fruibilità, solo il letto a castello e non quello singolo;*

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

2. Il fatto concreto.

Innanzitutto, giova un breve richiamo al fatto sottoposto all'attenzione della Suprema Corte nel caso di specie. Il ricorso del Ministero della Giustizia - Dipartimento della Amministrazione penitenziaria traeva origine da un'istanza risarcitoria ex art. 35-ter legge 26 luglio 1975, n. 354 (ord. penit.) presentata nell'interesse di un detenuto, dapprima, parzialmente accolta con ordinanza del 26/09/2018 dal Magistrato di sorveglianza de L'Aquila – stante il riconoscimento di una detenzione non conforme all'art. 3 CEDU – e, in seguito, confermata dal Tribunale di sorveglianza per il distretto della Corte d'Appello de L'Aquila, con ordinanza del 02/04/2019, all'esito del rigetto del reclamo del DAP avverso la decisione del primo Giudice.

La Pubblica Amministrazione ricorrente lamentava la ritenuta erroneità del criterio di calcolo dello spazio *pro capite*, come applicato dai Giudici di merito –

segnatamente, al netto della superficie occupata dai servizi igienici e dagli arredi fissi (*id est*, letti e armadi) – ravvisandovi una duplice violazione del parametro fissato dall'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla pertinente giurisprudenza della Corte EDU: a) a causa dell'esclusione dal computo, ritenuta erronea, del letto situato nella camera di detenzione; b) per l'inserimento, nel calcolo della superficie, degli arredi fissi e di quelli non facilmente rimuovibili, viceversa reputati non rilevanti a tali fini. L'applicazione del corretto criterio di calcolo, unitamente alla valorizzazione degli altri fattori positivi della complessiva condizione detentiva, avrebbe comportato l'insussistenza di un trattamento contrario alla dignità umana.

3. Lo strumento di tutela rilevante.

Il punto di partenza per l'analisi delle questioni giuridiche poste all'attenzione del Supremo organo nomofilattico va individuato nella *ratio* giustificativa della norma di cui all'art. 35-ter ord. penit., introdotta all'indomani della nota sentenza-pilota¹ resa dalla Corte di Strasburgo in data 08/01/2013, nel caso *Torreggiani e al. c. Italia*. Con essa, i Giudici alsaziani accertavano il carattere strutturale della problematica del sovraffollamento penitenziario nel nostro Paese – definita quale “*malfunzionamento cronico [...] incompatibile con la Convenzione*”² – e stimolavano l'introduzione di strumenti preventivi e compensativi, da parte dello Stato, al fine di porvi rimedio.

In seguito, il legislatore nazionale è intervenuto su entrambi i fronti indicati dalla Corte di Strasburgo, in un primo momento, con il d.l. 146/2013 (conv. in L. 10/2014), introducendo nell'ordinamento penitenziario il reclamo *ex art. 35-bis*, volto al riconoscimento di una tutela inibitoria di una violazione in corso, ove il detenuto ritenga di poter usufruire di uno spazio inferiore alla dimensione minima – sancita dal diritto vivente sovranazionale – della camera di detenzione (rimedio preventivo). A breve distanza, a mezzo del successivo d.l. 92/2014, conv. in L. 117/2014, sono stati altresì introdotti gli strumenti di natura compensativa confluiti nell'art. 35-ter ord. penit., rilevanti nel caso in oggetto.

L'ambito di operatività di tale norma è espressamente circoscritto all'ipotesi di grave pregiudizio cagionato dall'inottemperanza, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, delle disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario ovvero dal Regolamento di attuazione (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), consistente nella sottoposizione del ristretto a condizioni detentive non conformi all'art. 3 CEDU, come

interpretato dalla Corte EDU. Nella specie, la tutela si articola in modalità differenti, a seconda della specifica situazione concreta: in primo luogo, si prescrive la ridicibilità della pena detentiva ancora da espiare dal ricorrente – pari a un giorno ogni dieci di pregiudizio sofferto – in ipotesi di violazione attuale e persistente, di durata minima pari a quindici giorni. qualora il periodo di pena detentiva residuo non sia tale da consentire la suddetta sottrazione percentuale ovvero la lesione accertata sia di durata inferiore alla soglia temporale prefissata, il ricorrente può ottenere un risarcimento monetario quantificato *ex lege* in otto euro per ciascun giorno di violazione (art. 35-ter cit., co. 1 e 2). Infine, il successivo comma 3, in un'ottica di chiusura del sistema, sancisce la facoltà – in capo a chi si trovava in stato di custodia cautelare in carcere e a coloro che abbiano già terminato l'espiazione della pena detentiva – di promuovere un'azione in sede civile nel termine decadenziale di sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della misura cautelare inframuraria.

4. La lettura dell'art. 3 CEDU da parte della Corte di Strasburgo.

Nell'ambito della disposizione penitenziaria oggetto di scrutinio, è presente un rinvio mobile alla regolamentazione vigente nell'ordinamento europeo, ai fini della disciplina della materia. Ciò significa che il contenuto della norma va modellato sulla lettura della garanzia *ex art. 3 CEDU*³ – orientata all'affermazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti – fornita dalla Corte EDU, che “*diviene, pertanto, il nucleo centrale dell'indicato precetto normativo*”, come osservato dall'ordinanza in commento (§ 1, pag. 4).

Tale diritto fondamentale, corrispondente nell'ordinamento nazionale all'art. 27 co. 3 Cost., impone l'osservanza del valore della dignità umana nell'esecuzione della sanzione detentiva, sulla scorta del principio per cui quest'ultima non deve consistere in una privazione assoluta e totale della libertà per il suo destinatario, il quale “*ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale*”⁴. I diritti fondamentali riguardano infatti la persona umana in quanto tale, potendosi anzi talvolta rendere necessaria una protezione maggiore del detenuto, in qualità di soggetto vulnerabile. Ai fini dell'integrazione della violazione prevista dall'art. 3 CEDU occorre che le modalità di esecuzione del trattamento penitenziario provochino sofferenze inutili e più intense di quelle connaturate alla

condizione di detenzione medesima e, al contempo, raggiungano un livello minimo di gravità.

Uno dei principali indizi ai fini della lesione della prerogativa fondamentale *de qua* è rappresentato tradizionalmente – nella prassi applicativa della Corte EDU – dal sovraffollamento carcerario⁵, che ha posto la necessità di introdurre il concetto di spazio vitale minimo disponibile per ciascun detenuto all'interno della cella, consistente in una soglia di superficie minima, la cui assenza è indice di una “*strong presumption*” di trattamento inumano o degradante. La giurisprudenza europea sul punto ha fissato la suddetta soglia minima in tre metri quadrati *pro capite*, calcolati in base al metodo elaborato dal CPT, all'esito di una rielaborazione delle coordinate spaziali da quest'ultimo proposte⁶. Tale misura superficaria minima ha costituito il punto di partenza per la Grande Camera nella sentenza *Muršić c. Croazia*⁷ ai fini della definizione del relativo criterio di calcolo.

Tale arresto è stato richiamato anche dall'ordinanza di remissione e viene riconosciuto come centrale nella giurisprudenza europea, come attestato dall'adeguamento ad esso anche da parte della giurisprudenza successiva, da ultimo con la sentenza *Petrescu c. Portogallo*, in data 03/12/2019⁸.

Invero, quanto ai fattori idonei a fondare la richiamata *strong presumption* di trattamento non conforme alle garanzie convenzionali, la Grande Camera, a sua volta, ha fatto riferimento ai parametri già elaborati dalla medesima Corte di Strasburgo nella sentenza-pilota in materia⁹, presunzione non assoluta ma superabile dal Governo dello Stato convenuto mediante la prova positiva della presenza di altre circostanze attestanti il rispetto della dignità umana nell'esecuzione della sanzione inframuraria. In particolare, il forte indizio di violazione dell'art. 3 CEDU è fondato sull'esito negativo del cd. “*Ananyev test*”, consistente nella verifica della sussistenza di ciascuno dei seguenti elementi durante l'esecuzione penale: a) disponibilità di un posto letto individuale; b) fruibilità di almeno tre metri quadrati di superficie *pro capite*; c) possibilità di spostarsi liberamente tra gli arredi della cella (*Muršić c. Croazia*, cit., § 119).

Nella trama motivazionale della pronuncia della Grande Camera si rinviene altresì l'indicazione dei cd. fattori compensativi, vale a dire degli elementi caratterizzanti la condizione detentiva complessiva, la cui presenza cumulativa può essere valorizzata dal giudice per il superamento della predetta presunzione, in quanto idonei ad escludere il raggiungimento del livello minimo di gravità del trattamento, richiesto per aversi la violazione: a) la restrizione dello spazio

personale rispetto al minimo di tre metri quadrati è breve, occasionale e minore; b) sufficiente libertà di movimento fuori dalla cella con attività adeguate; c) detenzione dignitosa, in assenza di altri elementi aggravatori delle condizioni restrittive (*Muršić c. Croazia*, cit., § 138).

Infine, limitatamente alla detenzione svolta in uno spazio individuale compreso tra i tre e i quattro metri quadrati, la sentenza enuclea una serie di condizioni integranti una detenzione gravemente inadeguata, perciò parimenti idonea ad integrare una violazione dell'art. 3 CEDU, da valutare congiuntamente all'elemento spaziale critico: a) mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale; b) cattiva aereazione; c) temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali; d) assenza di riservatezza nelle toilette o cattive condizioni sanitarie e igieniche (*Muršić c. Croazia*, cit., § 139).

In definitiva, l'approdo dei Giudici europei in materia – dal quale si sviluppano i diversi indirizzi giurisprudenziali nella prospettiva nazionale – è sintetizzabile nell'affermazione per cui il fattore della superficie disponibile per ciascun detenuto all'interno della cella riveste particolare importanza nella valutazione effettuata ex art. 3 CEDU, da considerare però unitamente a tutti gli elementi qualificanti l'esperienza detentiva del soggetto, nell'ottica di un esame del trattamento penitenziario complessivo. Il criterio di calcolo applicato dalla Grande Camera non tiene conto della superficie dei servizi sanitari, mentre vi include quella occupata dai mobili, senza alcuna distinzione in ordine agli arredi.

5. Il contrasto giurisprudenziale interno.

In un siffatto contesto, la Sezione remittente evidenzia l'esistenza di taluni indirizzi contrapposti in seno alla Corte di Cassazione, ordinatamente distinti senza aderire all'uno o all'altro, da una parte, in ordine al decisivo criterio di calcolo della superficie (al netto o al lordo degli arredi tendenzialmente fissi) e, dall'altra parte, in punto di campo applicativo dei cd. fattori compensativi enucleati dalla Corte EDU.

Con riguardo al primo contrasto, fermo il risultato condiviso dell'operazione aritmetica pari a tre metri quadri, l'atrito ermeneutico è stato ravvisato nella diversa definizione del concetto di spazio *pro capite*, secondo il primo indirizzo da intendere come “superficie materialmente calpestabile”, mentre per l'altro avente la connotazione di “superficie che assicuri il normale movimento all'interno della cella”. Ne discende, inevitabilmente, il diverso ruolo rivestito dagli arredi, in specie da quelli tendenzialmente fissi. Di

regola, la presenza di mobili di vario genere all'interno della camera detentiva costituisce un fattore migliorativo della qualità della vita nell'istituto penitenziario, senonché può anche assumere, all'opposto, una valenza negativa nell'ipotesi in cui risulti – a causa, ad esempio, della condivisione della cella con numerose persone – sostanzialmente preclusivo dei movimenti, se non accuratamente coordinati con quelli degli altri.

Di conseguenza, l'orientamento che inquadra la soglia minima in termini di superficie calpestabile dal singolo detenuto, scomputa dalla metratura totale della camera detentiva, per l'appunto, quella occupata da arredi aventi caratteristiche tali da costituire un ostacolo alla libertà di movimento – aventi strutture tendenzialmente fisse – rimanendo non detraibili le sole superfici occupate da mobili di facile spostamento (e.g. sgabelli e tavolini). Nell'ambito del suddetto indirizzo, è stata poi attribuita una connotazione del tutto peculiare al letto del ricorrente, determinandosi un ulteriore distinguo. Per talune pronunce tale elemento sarebbe sempre da sottrarre dal calcolo della superficie lorda, mentre secondo altre solamente nel caso di letto "a castello", stante la minore versatilità di utilizzo di quest'ultimo rispetto al letto singolo (utile non solo al riposo, ma anche in varie attività quotidiane come leggere, guardare la televisione, e così via) e la struttura ingombrante.

L'orientamento contrapposto, a partire dalla diversa concezione dello spazio detentivo richiamata *supra* – che appare, si può notare a prima vista, strettamente aderente all'attuale giurisprudenza sovranazionale – non reca alcuna distinzione in ordine alla tipologia di arredi presenti nella cella, poiché esclude *tout court* la possibilità di misurare la superficie al netto della mobilia, qualora venga assicurata al detenuto la possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella.

Il secondo contrasto ravvisato dalla Suprema Corte dipende dal differente ambito di applicazione dei fattori compensativi, individuati dalla giurisprudenza europea alla stregua di elementi di segno positivo della complessiva condizione detentiva – avuto riguardo ai concreti caratteri logistici e trattamentali dello specifico istituto penitenziario –, in grado di bilanciare il fattore dello scarso spazio disponibile. La concezione maggiormente restrittiva, che considera l'area disponibile in funzione della superficie calpestabile, riconoscendo grande importanza al mancato rispetto della soglia spaziale minima nel giudizio di conformità alla garanzia *ex art. 3 CEDU*, reputa tali

fattori applicabili unicamente all'ipotesi di superficie compresa tra i tre e i quattro metri quadrati.

Di contro, altre pronunce ne sanciscono un'applicabilità generalizzata, dunque anche in ipotesi di detenzione sofferta in spazi (di poco) inferiori alla soglia di tre metri quadrati, in specie ove si tratti di un'esecuzione di pena svolta in regime trattamentale *cd. semiaperto*.

6. La forza vincolante dell'esegesi sovranazionale.

Entrambe le questioni di diritto rimesse all'attenzione del Supremo Collegio si misurano, dunque, con la differente importanza attribuita all'elemento della metratura della camera di detenzione, talvolta del tutto preminente nella valutazione del trattamento, talaltra concorrente a quei fattori ulteriori che possano venire in rilievo, all'esito di una ponderazione approfondita delle condizioni detentive.

Il rinvio espresso, a norma dell'art. 35-*ter* ord. penit., all'esegesi del diritto di cui all'art. 3 CEDU espressa dalla Corte EDU impone una breve riflessione in ordine al grado di vincolatività, nel nostro ordinamento, dell'interpretazione giurisprudenziale di matrice sovranazionale, al di là del predetto richiamo normativo. Quanto al rapporto intercorrente tra il diritto vivente europeo, espresso attraverso le pronunce della Corte EDU, e la sua applicazione da parte dei giudici comuni, occorre far riferimento all'insegnamento della giurisprudenza costituzionale sul punto¹⁰. In un'ottica tanto di certezza e stabilità del diritto quanto di cooperazione e dialogo tra le Corti, il giudice interno è dunque tenuto a porre a fondamento del proprio processo decisionale solamente il "diritto consolidato" europeo – concetto che trova espresso richiamo nell'art. 28 CEDU – e le sentenze-pilota in senso stretto. Da tale principio discende – secondo il Giudice delle leggi – il riconoscimento di un diverso livello di persuasività che possono assumere le pronunce della Corte di Strasburgo, "*fino a quando non emerga un «well-established case-law» che «normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber», salvo il caso eccezionale su questione di principio, «particularly when the Grand Chamber has rendered it» (così le spiegazioni all'art. 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l'art. 28 della CEDU)*" (Corte Cost., 49/2015, § 7). Peraltro, una siffatta impostazione è stata fatta propria anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in una recente pronuncia, sebbene al fine di escludere – nel caso posto alla loro attenzione – la possibilità di estendere l'applicazione dei principi contenuti in una sentenza della Corte EDU anche nei

confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovavano in una posizione analoga a quella dell'altra ricorrente in sede europea¹¹.

Nella materia in esame, deve ritenersi consolidata l'interpretazione della garanzia fondamentale di cui all'art. 3 CEDU, come formulata nella decisione *Muršič. c. Croazia* poiché, oltre a costituire una questione di principio affermata dalla Grande Camera, ha altresì acquisito la necessaria stabilità nelle successive applicazioni della norma da parte delle singole Camere (a tal proposito, si può considerare la già richiamata sentenza del 03/12/2019, *Petrescu c. Portogallo*).

7. Criteri di computo dello spazio minimo disponibile.

Per quanto concerne, dunque, la questione inerente l'adeguamento – da parte degli indirizzi di legittimità passati in rassegna – alla predetta giurisprudenza sovranazionale, si è già accennato alla sicura aderenza da parte del secondo orientamento richiamato all'interpretazione convenzionalmente orientata, che prescrive un criterio di computo dello spazio all'interno della camera di detenzione al netto della sola superficie occupata dai servizi igienici, includendovi al contrario tutti gli arredi, compreso il letto del detenuto ricorrente (anche se recante struttura “a castello”). Tale lettura restrittiva riproduce infatti lo stesso calcolo effettuato dalla Grande Camera, al fine di ottenere la “superficie che assicuri il normale movimento all'interno della camera di detenzione”.

Ciò nondimeno, va osservato come il contrapposto orientamento, nella misura in cui considera lo spazio individuale disponibile alla stregua della superficie calpestabile e, di conseguenza, prescrive lo scomputo anche del mobilio fisso – ferma restando la non assolutezza della *strong presumption* di violazione –, proponga una rinnovata lettura del terzo requisito del cd. “*Ananyev test*” – segnatamente, quello inerente alla verifica circa la “possibilità di movimento normale all'interno della cella” (*Muršič c. Croazia*, cit., §114) – in senso conforme a quanto affermato dalla stessa Corte EDU in diverse occasioni, fra le quali anche nella sentenza-pilota pronunciata contro l'Italia¹². Tale criterio viene in tal modo concepito come avente carattere generale, e non limitato alle sole ipotesi più “estreme” talvolta riscontrate dalla Corte di Strasburgo. Casi, cioè, in cui la libertà di movimento all'interno della camera detentiva risultava del tutto esclusa, stante la sua conformazione anomala o la presenza di arredi sovrabbondanti e

sproporzionati rispetto alle sue dimensioni, nonostante il formale adeguamento ai limiti superficiali minimi¹³.

Si tratta di una concezione dello spazio rilevante, inteso come superficie funzionale al movimento della persona, che nonostante finisca per rielaborare, di fatto, in un unico parametro di valutazione due indici tenuti invece distinti dalla Corte di Strasburgo nell'ambito del “*Ananyev test*” – vale a dire quello relativo alla misurazione dello spazio minimo personale (non inferiore a tre metri quadrati) e quello concernente la possibilità di movimento degli occupanti la camera di detenzione – sembra potersi comunque ricondurre alla lettura consolidata dell'art. 3 CEDU fornita dalla giurisprudenza europea.

Ciò nella misura in cui lo scomputo di taluni arredi appaia giustificato dalla peculiare conformazione della cella, come derivante anche dalla disposizione dei mobili al suo interno, e non tanto a causa del loro ingombro superficiale astratto, in quanto la pronuncia della Grande Camera fa infatti riferimento espresso ad un movimento “normale” all'interno della cella (§ 114), quindi naturale. In tal guisa, il giudice comune è tenuto ad effettuare le stesse verifiche operate in sede sovranazionale ai fini dell'accertamento della *strong presumption*: in quest'ottica, al di là della verifica in ordine alla disponibilità per il ricorrente di un posto letto personale, il primo riscontro riguarda la sussistenza dello spazio personale minimo per ciascun detenuto (al netto dei servizi igienici, utilizzabili solo per la funzione loro propria, e non altrimenti “vivibili”) e, qualora il suddetto requisito metrico sia rispettato, la seconda verifica attiene al fattore della concreta possibilità per il detenuto di muoversi liberamente tra gli arredi della cella. Da ultimo, viene fatta salva l'eventuale possibilità per lo Stato convenuto di vincere la forte presunzione di violazione dettata dall'esito negativo di una o più delle suddette verifiche, in ragione della sussistenza dei fattori compensativi indicati dalla Corte EDU.

In via esemplificativa, nella casistica concreta è emersa l'ipotesi delle “colonne” di letti a castello strettamente accostate, che rendono estremamente difficile – quando non impossibile – lo spostamento del singolo detenuto, senza coordinare in via preventiva i propri movimenti con quelli degli altri compagni di cella, sovente numerosi¹⁴. Ciò implica una valutazione inerente lo spazio concretamente “vivibile” dal ristretto, in base alla consistenza e alla disposizione degli arredi all'interno della cella, parimenti idonea a determinare – in ipotesi di esito negativo – la sussistenza della forte presunzione, in tal caso per

manca del terzo requisito del “*Ananyev test*”. Alla luce di suddette considerazioni, si può evidenziare la necessità di un approccio sostanzialistico alla problematica, nel senso di non potersi prescrivere, in via assoluta e astratta, lo scomputo di determinate tipologie di arredi o mobili specifici, ma occorra compiere un’accurata verifica della documentazione disponibile per accertare l’effettiva possibilità di movimento e di vivibilità dello spazio, nel senso ampio descritto.

8. L’incidenza dei cd. fattori compensativi.

Per quanto concerne il secondo contrasto, riguardante l’ambito di operatività dei fattori compensativi, la Grande Camera se ne è occupata espressamente, nel momento in cui ha individuato i caratteri che, a fronte di una detenzione sofferta in una condizione tale da determinare la *strong presumption* di trattamento degradante, ne permettono il superamento attraverso una valutazione complessiva dell’esperienza detentiva. Si tratta dell’ipotesi in cui “*le riduzioni dello spazio personale in rapporto al minimo obbligatorio sono brevi, occasionali e [di] minor [rilevanza]*” (*Muršič c. Croazia*, cit., § 138).

In altri termini, se da un lato va confermato il profilo della non assolutezza della presunzione di violazione – coerentemente con la *ratio* fondata sulla considerazione di tutti gli elementi rilevanti ai fini dell’integrazione del divieto ex art. 3 CEDU, da non ridurre ad un mero riscontro della metratura delle camere detentive – dall’altro lato, in tal modo pare essere stato introdotto un argine difficilmente superabile nelle situazioni di sovraffollamento grave e prolungato. La volontà di svincolare tale giudizio dal solo valore numerico della camera di detenzione giunge anche dalla puntualizzazione – nell’ambito della medesima pronuncia – della circostanza che, anche quando il detenuto disponga di uno spazio personale compreso tra i tre e i quattro metri quadrati o anche superiore, la violazione dell’art. 3 CEDU non possa ritenersi esclusa a priori, potendo infatti venire in rilievo ulteriori aspetti di inadeguatezza materiale del trattamento detentivo rispetto allo *standard* convenzionale (*Muršič c. Croazia*, cit., § 139-140). Si ritiene, dunque, in relazione all’ultimo quesito formulato dalla Sezione remittente, che lo spazio applicativo dei predetti fattori compensativi appaia particolarmente limitato in ipotesi di detenzione in cella con superficie inferiore ai tre metri quadrati, da valutare comunque congiuntamente a tutti gli elementi caratterizzanti l’esperienza detentiva concreta.

9. Conclusioni.

La parola, dunque, spetta alle Sezioni Unite al fine di portare chiarezza in suddetta disciplina mediante la definizione di un’univoca chiave di lettura, a livello di ordinamento nazionale, delle questioni controverse. Ciò premesso, *de iure condendo*, va auspicato altresì un intervento chiarificatore definitivo ad opera del legislatore, non potendosi rimettere alle (sole) elaborazioni della Corte EDU la disciplina di una materia così delicata – anche alla luce del carattere ontologicamente casistico dell’approccio che contraddistingue la Corte sovranazionale –, riguardante i diritti e le libertà fondamentali del detenuto che, in quanto persona umana, è destinatario delle garanzie costituzionali e convenzionali (pur con le necessarie restrizioni connaturate al suo *status*).

Un’opportunità, peraltro, si era presentata con la recente riforma penitenziaria promulgata dal legislatore delegato nel 2018, la cui *ratio* ispiratrice era proprio ravvisabile nell’esigenza di un intervento sistematico volto alla riduzione del sovraffollamento nelle nostre carceri, non più procrastinabile¹⁵. A tal proposito, tuttavia, si è da più parti parlato di un’occasione mancata¹⁶, in quanto la portata innovativa della riforma è apparsa ridotta al minimo, come emerge, per quanto qui interessa, dalla lettura delle norme sull’edilizia penitenziaria interessate dalla riforma¹⁷. Nella specie, il riformulato art. 6 co. 1 ord. penit. ha mantenuto il generico concetto di “*ampiezza sufficiente*”, in relazione alle dimensioni dei locali di soggiorno e di pernottamento. Non è stata, dunque, accolta nella novella la proposta proveniente da una delle Commissioni istituite per la riforma, in cui veniva individuato un preciso coefficiente dimensionale minimo della camera di detenzione (con indicazione del relativo criterio di calcolo), in grado di conferire adeguata certezza nella materia della tutela ex art. 35-ter della legge penitenziaria¹⁸.

Da ultimo, com’è evidente, non si può non evidenziare come, negli ultimi mesi, l’insorgenza (anche) nel nostro Paese dell’emergenza epidemiologica connessa al nuovo Covid-19 abbia inevitabilmente portato con sé un aggravio delle criticità connesse all’altra patologia già presente nel nostro sistema penitenziario, consistente nel sovraffollamento delle strutture. Pur non potendo in questa sede soffermarsi sull’analisi delle misure che hanno interessato la materia penitenziaria, messe sul campo dal legislatore dell’emergenza¹⁹, ci si limita ad osservare come tale evento pandemico, del tutto anomalo e imprevedibile, abbia messo in luce un limite di carattere strutturale nel nostro ordinamento, in tutta la sua concretezza. Infatti, il cd. “distanziamento sociale” –

consistente nel mantenimento di una distanza pari ad almeno un metro o un metro e mezzo tra le persone – viene individuato all'unanimità come la misura preventiva più efficace (oltre ad essere la più intuitiva) per prevenire il diffondersi del contagio.

Lorenzo Frabboni
Dottore in Giurisprudenza.

¹ La suddetta procedura, come è noto, è volta ad ottenere una soluzione effettiva, da parte dello Stato contraente, ad una carenza strutturale riscontrata dalla Corte EDU, in ordine alla tutela di un diritto protetto dalla Convenzione. In particolare, i Giudici di Strasburgo suggeriscono le misure o le azioni reputate necessarie per rimediare alla problematica sistemica, mentre spetta al Comitato dei Ministri, ai sensi dell'art. 46 § 2 CEDU, valutare l'efficacia delle misure adottate in concreto nell'ordinamento interno in esecuzione della sentenza.

² Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 08/01/2013, *Torreggiani e al. c. Italia*, § 88. Più diffusamente, sulla giustificazione della scelta della procedura di condanna con sentenza-pilota, si vedano anche i precedenti §§ 84-87.

³ L'art. 3 CEDU è ricompreso nel novero dei cd. "*inviolable core rights*", aventi particolare forza applicativa, in quanto: assoluti, per cui opera un divieto di bilanciamento con altri diritti affermati nel sistema convenzionale; e inderogabili, anche in presenza delle situazioni di emergenza tipizzate dall'art. 15 CEDU, vale a dire in caso di guerra o di altro pericolo pubblico per la vita della nazione.

⁴ Cfr. Corte Cost. 349/1993, § 4.2. Nello stesso senso, si veda anche la recente Corte Cost. 97/2020 (§ 8), in tema di regime differenziato ex art. 41-bis ord. penit., declaratoria dell'illegittimità costituzionale del divieto di scambio di oggetti (di modico valore) di cui al co. 2-*quater*, lett. f), limitatamente ai detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità.

⁵ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 08/01/2013, *Torreggiani e al. c. Italia*, § 67-68, di cui si riporta il testo (trad. ita): "*Quando il sovraffollamento carcerario raggiunge un certo livello, la mancanza di spazio in un istituto penitenziario può costituire l'elemento centrale da prendere in considerazione nella valutazione della conformità di una data situazione all'articolo 3 (si veda, in questo senso, Karalevičius c. Lituania, n. 53254/99, 7 aprile 2005). Così, quando si è dovuta occupare di casi di sovraffollamento grave, la Corte ha giudicato che tale elemento, da solo, basta a concludere per la violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Di norma, sebbene lo spazio ritenuto auspicabile dal CPT per le celle collettive sia di 4 m², si tratta di casi emblematici in cui lo spazio personale concesso ad un ricorrente era inferiore a 3 m²*".

⁶ Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa, che promuove uno "*standard auspicabile*" più ampio: 6 mq nelle celle singole, cui aggiungere 4 mq per ogni ulteriore persona, nell'ambito delle celle collettive. Tali coefficienti sono poi intesi in senso relativo, richiedendosi infatti una modulazione in relazione al sistema penitenziario di riferimento, in specie tenendo conto del tempo effettivo trascorso dai ristretti all'interno della camera detentiva nel corso dell'esecuzione della pena. Nell'ottica di una valorizzazione dei predetti *standard* fissati dal CPT e da altri organismi sovranazionali, si veda la *dissenting opinion* del Giudice Pinto de Albuquerque allegata alla sentenza *Muršić c. Croazia*, in cui il Giudice critica l'approccio multifattoriale e cumulativo adottato dalla maggioranza, in forza di una valorizzazione dei predetti strumenti di *soft law* in materia di sovraffollamento carcerario, e sottolinea l'inadeguatezza dei fattori compensativi elaborati dal Collegio, a fronte di una siffatta carenza di spazio vitale (v. § 53 *dissenting opinion*).

Da ultimo, appare poi di particolare rilevanza il documento del CPT, rilasciato in data 20/03/2020, intitolato "*Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic*", consultabile sul sito del Consiglio d'Europa: <https://www.coe.int/en/web/cpt/-/covid-19-cpt-issues-follow-up-statement>. Si tratta di un decalogo di principi indirizzati agli Stati membri, realizzato al fine di ribadire il divieto assoluto di trattamenti inumani e degradanti nei confronti delle persone private della libertà ai sensi dell'art. 3 CEDU, anche nell'ambito della pandemia da Covid-19. Il principio di base – enunciato al pt. 1 – diretto agli Stati contraenti consiste nella generica sollecitazione a fare ricorso a tutte le misure attuabili per salvaguardare la salute e la sicurezza delle persone nei diversi luoghi di privazione della libertà personale, con la finalità di preservare anche la salute degli operatori delle varie strutture interessate. La raccomandazione più prettamente attinente, in questa sede, è quella contenuta al pt. 5 (che si riporta in lingua inglese): "*As close personal contact encourages the spread of the virus, concerted efforts should be made by all relevant authorities to resort to alternatives to deprivation of liberty. Such an approach is imperative, in particular, in situations of overcrowding. Further, authorities should make greater use of alternatives to pre-trial detention; commutation of sentences, early release and probation; reassess the need to continue involuntary placement of psychiatric patients; discharge or release to community care, wherever appropriate, residents of social care homes; and refrain, to the maximum extent possible, from detaining migrants*".

⁷ Per un commento, si veda in questa Rivista, F. Cappelletti, *Penelope disfa la tela: ma è, davvero, il caso di farne una tragedia? I fattori qualificanti i trattamenti inumani e degradanti nel sovraffollamento carcerario (ri)visti con approccio cumulativo da Strasburgo e le, evitabili, ricadute interne*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 4.

⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. III, 03/12/2019, *Petrescu c. Portogallo*, § 97-100, di cui si riporta parte del testo (disponibile in lingua francese): “*La Cour a réitéré les principes pertinents concernant la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants et la protection des personnes privées de liberté contre des traitements contraires à l’article 3 de la Convention dans l’arrêt Muršić (précité, §§ 96-100), et plus récemment dans l’arrêt Rezmiveş et autres c. Roumanie. [...] La Cour a confirmé que l’exigence de 3 m² de surface au sol par détenu (incluant l’espace occupé par les meubles, mais non celui occupé par les sanitaires) dans une cellule collective doit demeurer la norme minimale pertinente aux fins de l’appréciation des conditions de détention au regard de l’article 3 de la Convention (Muršić, précité, §§ 110 et 114). Elle a également précisé qu’un espace personnel inférieur à 3 m² dans une cellule collective fait naître une présomption, forte mais non irréfutable, de violation de cette disposition. La présomption en question peut notamment être réfutée par les effets cumulés des autres aspects des conditions de détention, de nature à compenser de manière adéquate le manque d’espace personnel; [...] (Muršić, précité, §§ 122-138, et Rezmiveş et autres, précité, § 77)”.*

⁹ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 10/01/2012, *Ananyev et al. c. Russia*, § 147-148. Paramenti, in seguito, ripresi anche da Corte eur. dir. uomo, sez. III, 17/10/2013, *Belyayev c. Russia*, § 34.

¹⁰ Come è noto, il percorso della giurisprudenza costituzionale è brevemente riassumibile nei seguenti termini: riconosciuto il rango sub-costituzionale delle disposizioni della CEDU, in quanto rientranti nella categoria degli obblighi internazionali che fungono da parametro interposto ai sensi dell’art. 117 co. 1 Cost. (Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007), è stata esclusa la possibilità di rinvenire un potere-dovere di disapplicazione delle norme interne contrastanti con i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU da parte del giudice comune, come avviene per la normativa di diritto unionale (Corte Cost. 236/2011), nonostante l’espressa qualificazione degli stessi quali principi generali del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 6 § 3 TUE. Da ultimo, è stato sancito l’obbligo di adeguamento all’interpretazione delle garanzie convenzionali da parte della Corte EDU solamente in presenza di un orientamento consolidato o di una sentenza-pilota in senso stretto. Contestualmente, la Consulta ha enucleato i parametri in presenza dei quali il giudice interno possa discostarsi dall’interpretazione fornita dalla Corte EDU, fatte salve le peculiarità del caso concreto (cfr. Corte Cost. 49/2015, § 7).

¹¹ Cfr. Cass., SS.UU., sent. 24/10/2019 (dep. 03/03/2020), n. 8544, Pres. Carcano, rel. Boni, ove è stato escluso il riconoscimento di effetti *erga omnes* ai principi espressi dalla pronuncia Corte eur. dir. uomo, sez. III, 14/04/2015, *Contrada c. Italia*, non trattandosi né di sentenza-pilota, né potendosi essa considerare espressiva di una giurisprudenza europea consolidata. Per un approfondimento, si veda il commento di F. Cappelletti, *Per le Sezioni Unite la sentenza Contrada c. Italia (n. 3) della Corte EDU non dispiega i suoi effetti erga omnes: i “fratelli minori” restano in attesa di riconoscimento da Strasburgo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4.

¹² Nella richiamata pronuncia, si legge infatti: “*Essa [la Corte, ndr] osserva che tale spazio era peraltro ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio nelle celle. Alla luce di quanto precede, la Corte ritiene che i ricorrenti non abbiano beneficiato di uno spazio vitale conforme ai criteri da essa ritenuti accettabili con la sua giurisprudenza*” (Corte EDU, sez. II, 08/01/2013, *Torreggiani e al. c. Italia*, § 75-76).

¹³ Più diffusamente, sul punto, si veda A. Albano e F. Picozzi, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfosi della sentenza “Muršić”*, in *Cassazione penale*, n° 07/08, luglio/agosto 2017, Giuffrè, p. 2884. Gli Autori richiamano, quale esempio paradigmatico, Corte eur. dir. uomo, 12/03/2009, *Makarov c. Russia*, § 94, ove si afferma (trad. in lingua inglese): “*the Court is particularly mindful of the fact that since 27 September 2007 he has been afforded less than four square metres of living space. Furthermore, part of the cell surface was occupied by one or two metal two-tier bunks serving as beds for the occupants. The rest of the space was taken up by a wooden desk and bench (in a smaller cell), a tap and a cubicle in which a lavatory pan was situated. As it appears from the black and white photos of the cells submitted by the Government, that arrangement left inmates with literally no free space in which they could move*”.

¹⁴ Si può fare riferimento al caso attenzionato in F. Fiorentin, *Risarcimenti per la detenzione in condizioni inumane e degradanti: il giudice italiano guarda alla giurisprudenza Mursic (e oltre) per il bilanciamento dei criteri di accertamento*, in *Archivio Penale web*, n. 2, 2017. L’Autore prende le mosse da un’interessante pronuncia di merito del 2017 (Tribunale di sorveglianza di Ancona), aderente all’indirizzo della Suprema Corte che considera lo spazio minimo vitale quale superficie atta al movimento del recluso, per cui scomputa anche lo spazio occupato dagli arredi fissi e non agevolmente rimovibili, oltre alla superficie occupata dai servizi igienici. Un elemento di novità rispetto all’indirizzo tradizionale, evidenziato dall’Autore, è rappresentato dalla valorizzazione – nell’ambito della decisione relativa allo scomputo della superficie occupata dai letti a castello, a causa del loro ingombro – della duplice circostanza della durata consistente del pregiudizio sofferto dal detenuto (pari a circa due anni e mezzo) nonché dell’elevato numero di compagni di cella (tra sei e otto persone), in questo caso ai fini della conferma della *strong presumption* di violazione dell’art. 3 CEDU scaturente da una superficie inferiore alla soglia di tre mq. Ciò in quanto si tratta di una “*circostanza che senza dubbio sacrifica in modo esponenzialmente maggiore le aspettative del singolo di riservatezza, tranquillità e distensione durante le ore di convivenza forzata in cella, [...] un ambiente particolarmente affollato nel quale occorre necessariamente addivenire a continue e spesso sfibranti soluzioni di compromesso fra le esigenze di molti in ordine a numerosi e qualificanti aspetti di vita*” (pag. 4). La condizione ambientale ristretta e affollata della cella ha indotto il Giudice di sorveglianza, nel caso in esame, ad attribuire valore dirimente alla molteplicità

di persone costrette a condividere la camera di detenzione, idonea a produrre conseguenze pregiudizievoli cumulative, la cui intensità aumenta con il loro protrarsi per un lungo lasso di tempo.

¹⁵ Il richiamo è alla Riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nei d. lgs. 02 ottobre 2018 nn. 121, 123 e 124, di attuazione della l. delega 23 giugno 2017, n. 103, volta a modificare – rispettivamente – sia la disciplina dell'esecuzione penitenziaria per gli adulti (d. lgs. 123 e 124), sia quella concernente i minorenni e giovani adulti (d. lgs. 121). Il progetto riformatore era stato sollecitato proprio dalle ripetute condanne in sede sovranazionale nei confronti dell'Italia in materia di sovraffollamento penitenziario, in particolare: Corte eur. dir. uomo, sez. II, 16/07/2009, *Sulejmanovic c. Italia*; e Corte eur. dir. uomo, sez. II, 08/01/2013, *Torreggiani e al. c. Italia*.

¹⁶ Per un commento dell'intera riforma penitenziaria, si veda P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, G. Giappichelli ed., Torino, 2019. Per quanto concerne lo specifico settore che rileva in questa sede, ha inciso soprattutto la mancata attuazione della parte di delega volta alla semplificazione dell'accesso alle misure alternative alla detenzione e all'eliminazione degli automatismi preclusivi delle stesse. La novella è risultata, più in generale, poco convincente in particolar modo se confrontata alle proposte emerse nell'ambito degli Stati Generali sull'esecuzione penale e delle tre Commissioni di studio istituite, con d.m. 17 luglio 2017, in seguito all'emanazione della l. delega.

¹⁷ Più diffusamente, sul punto, si veda A. Monacelli, *L'edilizia penitenziaria* (pp. 63-72), in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 71.

¹⁸ L'art. 6 ord. penit., come da proposta elaborata dalla Commissione di riforma presieduta dal Prof. G. Giostra, avrebbe recitato: "*Le camere a più posti devono garantire uno spazio individuale minimo di tre metri quadrati al netto degli arredi, mobili e fissi, nonché dei servizi igienici. Non sono ammesse deroghe se non per esigenze eccezionali e per un tempo non superiore a dieci giorni*".

¹⁹ In relazione alle quali si rinvia ai plurimi commenti, presenti nella Rivista, di seguito richiamati: G. Murone, *Osservazioni a prima lettura in tema di decreto "cura Italia" e nuova detenzione domiciliare*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3; M. Brucale, *Coronavirus. Rivolte in carcere: dalla violenza, la violenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3; P. Gentilucci, *La longa manus del Coronavirus sulla giustizia penale e sulle carceri*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3; S. Romice, *Dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur. A proposito di carcere e covid-19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4; F. Gianfilippi, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5; A. Dolci, *Covid-19 e art. 41-bis Ord. Pen.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5; L. Cesaris, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5.

Due diligence delle imprese e diritti umani: profili penalistici dell'esportazione di armamenti.

di **L. Duarte, G. Sambataro, S. Trevisan** ¹

Il contributo indaga la possibile rilevanza penale dell'attività di esportazione di armamenti, qualora gli stessi vengano in seguito impiegati illecitamente contro obiettivi civili.

La tematica è di particolarmente interesse per il nostro Paese, nono esportatore mondiale di armi, ed è stata recentemente portata all'attenzione dell'autorità giudiziaria. Nell'aprile del 2018, è stata infatti presentata una denuncia presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Roma, avente ad oggetto, tra l'altro, l'attività di esportazione di una nota impresa produttrice di armi operante in Italia. Per i medesimi fatti – e per casi analoghi riguardanti altre imprese europee – è stata inoltre depositata una comunicazione presso la Corte Penale Internazionale nel dicembre 2019.

La trattazione si divide in due parti: la prima esamina le fonti internazionali di human rights due diligence elaborate dalle Nazioni Unite. La seconda si sofferma sul concetto penalistico di colpa generica, calandolo nel settore specifico dell'export di armamenti. Il contributo mira a delineare lo standard comportamentale a cui l'esportatore di armamenti deve attenersi, traendo da norme di derivazione internazionalistica precetti che possono trovare diretta applicazione nel giudizio di responsabilità penale.

Sommario. **1.** Introduzione. – **2.** *Due diligence* a tutela dei diritti umani. – **2.1.** La Risoluzione n. 17/4 del 2011 del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite. – **2.2.** *Due diligence* a tutela dei diritti umani nell'ordinamento italiano. – **2.3.** Prassi comune della *due diligence* a tutela dei diritti umani nel settore della difesa. – **3.** Profili di diritto penale interno. – **3.1.** Autorizzazioni statali e rischio consentito. – **3.2.** Le fonti di *due diligence* come regole cautelari? – **3.3.** La costruzione dell'agente modello. – **3.4.** La rilevanza delle eventuali conoscenze ulteriori dell'agente concreto. – **4.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Nei moderni conflitti armati, sempre più frequentemente gli attacchi militari sono sferrati in modo sistematico contro la popolazione e le infrastrutture civili. I più recenti teatri di guerra in Yemen, Siria, Sud Sudan e Libia hanno visto ospedali, scuole, edifici religiosi e mercati bersagli delle ostilità, in chiara violazione del principio di distinzione.²

In tale scenario, va osservato che anche i soggetti terzi estranei al conflitto sono tenuti a precisi obblighi di condotta. In particolare, secondo le norme previste dal Trattato Internazionale sul Commercio di Armi e dalla Posizione Comune dell'Unione Europea 2008/944, gli Stati devono vietare l'esportazione di armamenti qualora esista un rischio evidente che questi possano essere utilizzati per commettere gravi violazioni del diritto umanitario internazionale e dei diritti umani. Analogamente, la Legge n. 185/1990 vieta l'esportazione di armi verso Paesi i cui governi "sono responsabili di accertate violazioni delle convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo" (Art. 1 co. 6).

Ciononostante, le autorità nazionali preposte al controllo delle esportazioni di armi sembrano, ad oggi, essere restie ad attuare con rigore i divieti previsti per legge.³ Nell'inosservanza della normativa applicabile, assume particolare rilievo la condotta adottata dagli operatori privati che realizzano tali operazioni economiche.

Il presente contributo mira a esaminare quali siano i doveri e le eventuali responsabilità penali degli amministratori delle imprese che esportano armamenti utilizzati illecitamente contro i civili. Il tema, di particolare attualità nel nostro Paese, nono esportatore mondiale di armamenti,⁴ ha di recente interessato anche le autorità giudiziarie nazionali ed internazionali. Si ricorda, infatti, che nell'aprile del 2018 alcune organizzazioni promotrici dei diritti umani hanno depositato presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Roma una denuncia a nome dei parenti delle vittime coinvolte in un attacco militare svoltosi in Yemen nel 2016, in cui persero la vita sei civili, tra cui quattro minori e una donna incinta.⁵ Secondo quanto rappresentato nella denuncia, infatti,

l'attacco militare sarebbe stato sferrato con armamenti prodotti ed illecitamente esportati da una nota industria bellica avente sede in Italia. Va aggiunto inoltre che, per i medesimi fatti – e per casi analoghi riguardanti altre imprese europee – è stata recentemente depositata una comunicazione presso la Corte Penale Internazionale.⁶ Entrambi i procedimenti rimangono, ad oggi, all'attenzione degli inquirenti.

La presente analisi esamina dunque l'ipotesi nella quale un soggetto civile venga illegittimamente ucciso nel corso di un conflitto armato per mezzo di materiale bellico prodotto in Italia ed esportato in virtù di un'autorizzazione amministrativa statale. Ci si chiede, in altri termini, se l'esportazione di armamenti possa costituire un contributo concorsuale penalmente rilevante nel reato di omicidio commesso ai danni di vittime civili.

A tal fine, la trattazione si svolgerà in due capitoli. Il primo capitolo prenderà in esame il contenuto delle norme di diritti umani e *due diligence*, ed in particolare i Principi Guida su Imprese e Diritti Umani adottati dalla Risoluzione n. 17/4 del 2011 del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite. Verranno evidenziati quali strumenti attuativi sono stati predisposti dal legislatore italiano, nonché la prassi delle maggiori imprese europee operanti nel settore bellico. Il secondo capitolo indagherà la rilevanza degli standard internazionali di *due diligence* nella configurazione della responsabilità penale in capo agli amministratori di imprese coinvolte nell'export di armamenti. Nello specifico, dapprima si analizzerà il ruolo delle autorizzazioni statali all'esportazione. In seguito, ci si concentrerà sulla costruzione dell'agente modello grazie a cui individuare lo standard di diligenza richiesto.

A parere di chi scrive, il presente contributo consente di delineare lo standard comportamentale a cui deve attenersi l'esportatore di armamenti diligente, traendo da norme di derivazione internazionalistica precetti direttamente applicabili nel giudizio di responsabilità penale.

2. *Due diligence* a tutela dei diritti umani.

2.1. La Risoluzione n. 17/4 del 2011 del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite.

Letteralmente, il termine anglosassone "*due diligence*" può tradursi come "*l'attenzione che una persona ragionevole deve esercitare per evitare danni ad altre persone o ai loro beni*".⁷ Analogamente a quanto già concepito in epoca romana in tema di *diligentia*, *due diligence* implica perciò un canone normativo di

comportamento prudente, accurato, oculato, attento a non ledere i diritti altrui, in funzione del quale è possibile valutare la colpevolezza del soggetto agente.⁸

Di recente, la poliedricità del concetto di *due diligence* ha offerto importanti innovazioni anche nell'ambito della tutela internazionale dei diritti umani. Negli ultimi anni si è infatti sviluppata una dottrina giuridica secondo la quale anche le imprese e gli imprenditori – in aggiunta agli Stati, secondo l'orientamento tradizionale – sarebbero tenute a rispettare i diritti umani, attenendosi ad un comportamento diligente nello svolgimento della propria attività economica. All'esito di un processo di consultazione globale, nel 2011 il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite ha approvato con la Risoluzione n. 17/4 i "Principi Guida su Imprese e Diritti Umani". Grazie a tale approdo, nel settore dei diritti umani, il concetto di *due diligence* indica oggi uno standard di condotta "*comprendente di un processo di gestione continuativo che un'impresa ragionevole e prudente deve intraprendere, alla luce delle sue caratteristiche (compreso il settore, il contesto operativo, le dimensioni e fattori simili) per far fronte alla sua responsabilità di rispettare i diritti umani*".⁹

In tal senso, i Principi Guida stabiliscono che le imprese hanno la responsabilità di rispettare i diritti umani ovunque esse operino, indipendentemente dalla capacità e/o dalla volontà degli Stati di appartenenza e/o di sede di adempiere ai propri obblighi in tal senso.¹⁰ Ai fini dell'adempimento di questo standard di condotta, è richiesto alle imprese di adottare un processo aziendale interno che assicuri un'adeguata identificazione, prevenzione e mitigazione dell'eventuale impatto negativo della propria attività sui diritti umani.¹¹ Ciò include, *inter alia*, la capacità di riferire come l'impresa gestisca il proprio impatto negativo sui diritti umani, nonché la messa in atto di procedure mirate a rimediare tale impatto.¹²

La natura della *due diligence* è dinamica e continua. Essa infatti può variare, adattandosi ai diversi gradi di complessità e dimensioni dell'impresa, al rischio di gravi impatti sui diritti umani, alla natura e al contesto delle sue operazioni.¹³ In alcuni casi, l'adempimento dell'obbligo di *due diligence* potrebbe suggerire ad un'impresa di interrompere le operazioni o i rapporti commerciali con un particolare cliente. Questa misura risulterebbe adeguata ove il rischio di violazione dei diritti umani nel Paese destinatario dell'attività d'impresa fosse troppo alto o nel caso in cui gli sforzi di mitigazione non avessero successo.¹⁴

Le imprese debbono attenersi agli standard di *due diligence* senza soluzione di continuità, poiché i rischi derivanti possono cambiare nel tempo, con l'evolversi delle attività e del contesto operativo dell'impresa.¹⁵ In breve, senza *due diligence*, le aziende non possono né sapere né dimostrare di rispettare i diritti umani e, pertanto, non possono affermare in modo credibile che lo facciano.¹⁶ È opportuno notare che le imprese si espongono non solo al rischio di danni reputazionali, ma anche a potenziali responsabilità legali qualora non adottino misure adeguate per gestire l'impatto negativo sui diritti umani sia delle proprie attività che di quelle collegate a esse attraverso rapporti commerciali.¹⁷

A riguardo, i Principi Guida stabiliscono che in certi casi *“possono emergere questioni di complicità quando un'impresa contribuisce, o si ritiene che contribuisca, a impatti negativi sui diritti umani causati da altre parti”*.¹⁸ La predetta complicità può determinare una vera e propria responsabilità legale in relazione alla commissione di reati ove questa sia prevista dai diversi ordinamenti giuridici nazionali.¹⁹ Per tale motivo, nei casi in cui è in questione l'impatto negativo delle imprese sui diritti umani, l'esistenza di *due diligence* sarà rilevante per determinare se un'impresa soddisfi o meno gli standard di controllo, per stabilirne la responsabilità.²⁰

Ciononostante, in base a quanto previsto dal Principio 17 ed il suo commentario, le imprese che conducono la propria attività seguendo canoni di *due diligence* non devono presumere che essa sia, da sola, sufficiente ad esonerarle completamente dalla responsabilità per aver causato, o contribuito a causare, violazioni di diritti umani.²¹ Ciò vale in particolare per contesti operativi, quali le aree affette da conflitto, le cui caratteristiche aumentano il rischio che le imprese si rendano complici di gravi violazioni dei diritti umani o di diritto internazionale umanitario perpetrate da terzi attori.²²

2.2. *Due diligence* a tutela dei diritti umani nell'ordinamento italiano.

Come sopra esposto, il 16 giugno 2011 il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite ha approvato con la Risoluzione 17/4 i “Principi Guida ONU su Imprese e Diritti Umani”,²³ elaborati dal Rappresentante Speciale ONU John Ruggie. Va ricordato che il Consiglio dei Diritti Umani è un organo sussidiario dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il cui mandato è quello di supervisionare e promuovere il rispetto dei diritti umani negli Stati membri. Le Risoluzioni del Consiglio non sono giuridicamente

vincolanti: tali strumenti devono intendersi, piuttosto, quali espressione di un indirizzo politico condiviso. Di conseguenza, la predetta Risoluzione 17/4 che approva i Principi Guida ONU non ha forza di legge nell'ordinamento giuridico italiano. Come evidenziato dal Rappresentante Speciale ONU, il contributo normativo dei Principi Guida risiede, infatti, nell'aver cristallizzato in un unico documento i preventivi standard di diligenza e le preesistenti prassi comportamentali riscontrate nella materia.²⁴

Nel 2011, il Gruppo di Lavoro ONU su Imprese e Diritti Umani²⁵ e la Commissione Europea²⁶ hanno formalmente invitato tutti gli Stati Membri a predisporre un “Piano d'Azione Nazionale”, al fine di individuare le strategie politiche più adeguate al recepimento dei Principi Guida negli ordinamenti nazionali.²⁷

In conformità a tali raccomandazioni, ad oggi ventitré Stati hanno adottato “*Piani D'azione Nazionali*”, tra cui quindici Stati soltanto nell'Unione Europea.²⁸ In Italia, il Governo italiano ha conferito al Comitato Interministeriale Diritti Umani (CIDU) il compito di predisporre un Piano d'Azione. Questo è stato presentato il 15 dicembre 2016 dall'allora Ministro degli Esteri Paolo Gentiloni.

Il Piano d'Azione Nazionale Impresa e Diritti Umani 2016-2021 è un documento governativo privo di forza di legge che descrive il preesistente quadro normativo ed individua un elenco di misure che il Governo prevede di adottare per dare attuazione ai Principi Guida. Il Piano dovrebbe pertanto assicurare *“l'impegno del Governo verso l'adozione di misure politiche e legislative a livello nazionale, regionale ed internazionale, con il fine di garantire il rispetto dei diritti umani in tutte le attività di natura economica”*.²⁹ Con particolare riferimento all'oggetto della presente analisi, risulta opportuno evidenziare che il Piano italiano include una sezione che elenca le c.d. “*aspettative*” che il Governo italiano ripone nei confronti del proprio settore privato in relazione alla tutela dei diritti umani. Nello specifico, alle imprese, viene “*richiesto*” di: a) “*definire una propria politica in materia di diritti umani*”; b) “*creare e rendere operativi meccanismi aziendali di due diligence per identificare, misurare e prevenire ogni potenziale rischio di violazione dei diritti umani nello svolgimento delle loro operazioni ed attività, anche da parte di partner o dei fornitori*”; c) “*prevedere i necessari meccanismi di reclamo che consentano di rimediare all'impatto negativo sui diritti umani che esse abbiano cagionato, o che abbiano contribuito a causare, o che sia collegato alle loro operazioni economiche*”.³⁰

Detto altrimenti, il Governo in tal modo delinea, sotto forma di *“aspettativa”* non vincolante, un canone comportamentale di diligenza per le imprese. Va inoltre osservato che nell’ambito dell’attività di *due diligence*, il Piano invita le imprese a far riferimento agli *“standard internazionali in materia”*, fra cui vengono citati anche le disposizioni del *“diritto internazionale umanitario in situazioni di conflitto o altri trattati delle Nazioni Unite vigenti in materia di diritti umani”*.³¹ Sul punto, va rimarcato che il Piano non manca di evidenziare le peculiarità riguardanti le imprese che, come le aziende produttrici ed esportatrici di armamenti, operano in un contesto caratterizzato da un conflitto armato. Tale circostanza, all’evidenza, non è irrilevante: il Principio n. 7 dei Principi Guida prevede che gli Stati debbano garantire che le imprese che operano in quei contesti non siano coinvolte in *“gravi violazioni dei diritti umani”*. A commento del predetto principio, si evidenzia che il Piano d’Azione Nazionale espressamente afferma che *“l’Italia riconosce l’importanza di rispettare i diritti umani specialmente nelle aree di conflitto, laddove la promozione dei diritti umani può infatti rappresentare uno strumento essenziale per garantire la pace e la sicurezza”*.³²

D’altra parte, il provvedimento governativo in esame sancisce in modo cristallino il dovere delle imprese di rispettare i diritti umani: *“Le imprese legalmente collocate e/o operanti sul territorio italiano devono rispettare i diritti umani nello svolgimento delle proprie attività: il rispetto dei diritti umani è a fondamento delle attività economiche condotte da imprese pubbliche o private”*.³³ Il Piano chiarisce, inoltre, che l’obbligo di *due diligence* trova nell’ordinamento giuridico nazionale una specifica copertura costituzionale. In tal senso viene espressamente citato l’art. 41 della Carta Costituzionale, a mente del quale l’attività economica non può essere condotta in contrasto con il conseguimento dei fini sociali o in modo tale da mettere in pericolo o violare i diritti e le libertà fondamentali e la sicurezza umana.³⁴

Inoltre, al fine di *“valutare l’adeguatezza delle leggi nazionali”* ai Principi Guida ONU, il Governo si impegna a *“condurre uno studio omnicomprensivo del Decreto n. 231/2001 per valutarne l’ampliamento in termini di obiettivi e di applicazione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche”*.³⁵ Sul punto, sembra opportuno fornire un chiarimento. Il D. Lgs. n. 231/2001 ha introdotto, per la prima volta in Italia, la responsabilità degli enti per i reati commessi nell’interesse o a vantaggio degli stessi. La novella richiede alle imprese di intraprendere un processo di

autoregolamentazione interno volto ad identificare, prevenire, mitigare e porre rimedio ai reati presupposto potenzialmente o effettivamente commessi dai soggetti indicati dall’art. 5 del Decreto.

Tale processo di *compliance* interna presenta significative analogie con il sistema di *due diligence* cristallizzato dai Principi Guida ONU. Tuttavia, va osservato che l’ambito di applicazione del D. Lgs. n. 231/2001, e quindi il relativo obbligo di *compliance* interno alle imprese, è limitato ai soli reati presupposto tassativamente individuati (cfr. artt. 24 e ss. del D. Lgs. n. 231/2001). Se è pur vero che alcuni dei reati presupposto coprono alcune gravi violazioni dei diritti umani, quali ad esempio la riduzione in schiavitù, la tratta di esseri umani, il lavoro forzato, la prostituzione e la pornografia minorile, le mutilazioni genitali femminili e i reati ambientali, ciononostante non si può non rilevare come l’ambito di applicazione dei Principi Guida ONU sia ben più ampio, ricomprendendo quest’ultimo le Convenzioni dei Diritti Umani siglate in seno all’ONU nonché la Dichiarazione sui Principi e i Diritti Fondamentali sul Luogo di Lavoro promossa dall’Organizzazione Internazionale del Lavoro. In definitiva, tra i reati presupposto individuati dal D. Lgs. 231/2001 vi è un grande assente, di particolare rilievo per i presenti fini: non vi è infatti una fattispecie incriminatrice che tuteli in modo diretto il bene giuridico primario della vita dell’essere umano. Nonostante le successive modifiche, l’ambito di applicazione del D. Lgs. 231/2001 risulta, pertanto, allo stato non coincidente con la tutela dei diritti umani. Deve, inoltre, osservarsi che il D. Lgs. 231/2001 configura una responsabilità amministrativa dell’impresa-persona giuridica per i reati posti in essere dagli amministratori. La predetta normativa esula pertanto dall’analisi del presente contributo, posto che lo stesso si concentra sulla responsabilità penale (personale) degli amministratori per il reato di concorso in omicidio colposo.

A conclusione del presente paragrafo ci si domanda se, al di là del su esposto Piano d’Azione Nazionale, possano rintracciarsi nell’ordinamento giuridico italiano disposizioni vincolanti che facciano riferimento, anche indiretto, ai Principi Guida ONU. La risposta è, inaspettatamente, positiva. Sul punto risulta opportuno prendere in esame le norme derivanti dall’ordinamento giuridico europeo, ed in particolare la Direttiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio.³⁶ Ebbene, tale disposizione introduce particolari obblighi di informazioni in capo a talune imprese. Tali informazioni presentano la peculiarità di avere carattere c.d. *“non finanziario”*: esse cioè non

illustrano l'andamento economico dell'impresa, bensì ne descrivono l'impatto nella comunità e nell'ambiente di riferimento. Più nel dettaglio, le imprese individuate dalla norma sono tenute a divulgare al termine dell'anno finanziario alcune informazioni vertenti il loro "rispetto dei diritti umani" (art. 1). In una successiva comunicazione non vincolante,³⁷ la Commissione Europea ha chiarito che "Le imprese dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di effettuare divulgazioni rilevanti in materia di dovuta diligenza in relazione ai diritti umani, nonché sui processi e sulle modalità attuati per prevenire le violazioni dei diritti umani. (...) Tali divulgazioni rilevanti possono fornire una rappresentazione del modo in cui un'impresa si appropria, tra l'altro, allo standard sancito dal documento *Guiding Principles on Business and Human Rights implementing the UN «Protect, Respect and Remedy» Framework*".³⁸

Il D. Lgs. n. 254/2016, in vigore dal 2017, ha recepito la predetta Direttiva 2014/95/UE, disponendo che le imprese individuate divulgano una dichiarazione non finanziaria che descriva "il rispetto dei diritti umani, le misure adottate per prevenirne le violazioni, nonché le azioni poste in essere per impedire atteggiamenti ed azioni comunque discriminatori" (art. 3 co. 2 lett. E). Non sfugga un passaggio di particolare rilievo: la normativa richiamata logicamente presuppone – e implicitamente dispone – il dovere delle imprese di rispettare i diritti umani e di adottare delle procedure di *due diligence* a tutela degli stessi. Diversamente ragionando, non si comprenderebbe come un'impresa possa essere obbligata a divulgare tali informazioni relative al rispetto dei diritti umani. In definitiva può dunque sostenersi che anche nell'ordinamento giuridico italiano sussista un obbligo generale di diligenza in capo agli operatori economici di tutela dei diritti umani, previsto (quanto meno indirettamente) per legge. Ciò conferma quanto si viene affermando da più parti, ovvero sia che, in seguito alla loro adozione, "i Principi ONU sono diventati il principale parametro di riferimento internazionale in materia di imprese e diritti umani e sono stati progressivamente riconosciuti come tali da Stati, organizzazioni internazionali, aziende, associazioni di categoria, ordini forensi e società civile".³⁹

2.3. Prassi comune della *due diligence* a tutela dei diritti umani nel settore della difesa.

Come indicato in precedenza, la natura della *due diligence* a tutela dei diritti umani è di carattere dinamico e continuativo. Va inoltre osservato che i suindicati Principi Guida delle Nazioni Unite non

sanciscono uno standard comportamentale unico, preciso e generalizzato su come attuare l'obbligo di *due diligence*. Quest'ultimo dovrà giocoforza parametrarsi al singolo caso di specie. Nell'ambito dell'export di armamenti, il rischio di abusi dei diritti umani è particolarmente evidente, posto che tali beni sono intrinsecamente pericolosi per la vita umana. Di conseguenza, le imprese che operano nel settore delle armi devono rendere i processi di *due diligence* particolarmente rigorosi, posto che tali merci possono determinare un'incidenza significativa nel rispetto dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario da parte del soggetto acquirente-importatore.⁴⁰

Come affermato dai Principi Guida, "quanto più complessa è la situazione e le sue implicazioni sui diritti umani, tanto maggiore sarà la necessità che l'impresa ricorra alla consulenza di un esperto indipendente nel decidere le modalità di risposta".⁴¹ Le valutazioni dei rischi in contesti di conflitto armato dovrebbero essere continuamente aggiornate al fine di determinare la consistenza dei rischi legati al rispetto dei diritti umani nel tempo, a seconda della evoluzione dei conflitti.⁴² Inoltre, le imprese dovrebbero includere anche una valutazione del rischio che le armi esportate vengano successivamente utilizzate da un soggetto diverso dall'importatore (c.d. "risk of diversion").

Va rimarcato che nell'ultimo decennio le più importanti imprese produttrici ed esportatrici di armi hanno adottato dei c.d. "codici etici aziendali" e "accordi quadro". Tali disposizioni individuano standard di condotta che espressamente fanno riferimento all'obbligo di rispettare i diritti umani e rendono esplicita l'adesione dell'impresa alle principali leggi e norme internazionali, quali ad esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.⁴³ Ad esempio, nel 2018 il gruppo aziendale Rheinmetall ha firmato un accordo quadro internazionale con il Comitato Aziendale Europeo e l'Unione Globale IndustriALL.⁴⁴ Pur non essendo giuridicamente vincolante, tale Accordo Quadro include una serie di impegni in materia di diritti umani, impegnando l'azienda a rispettare "la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite con tutti i mezzi a disposizione".⁴⁵ Altre importanti imprese del settore, come ad esempio BAE Systems,⁴⁶ Leonardo Spa,⁴⁷ e RWM Italia S.p.A.,⁴⁸ prevedono nei rispettivi report aziendali la valutazione di rischi sistemici come l'instabilità regionale e le situazioni di conflitto nei paesi importatori, in ossequio agli standard di *due diligence*. Va inoltre evidenziato che nel 2017 l'azienda tedesca Heckler &

Koch GmbH ha deciso di esportare solo verso “paesi verdi” (“green countries”), definiti secondo tre criteri: l'appartenenza alla NATO o “NATO-equivalente” (Giappone, Svizzera, Australia e Nuova Zelanda); l'indice di percezione della corruzione di Transparency International e l'indice di democrazia dell'Economist Intelligence Unit.⁴⁹ Di recente, alcuni operatori del settore dell'industria bellica hanno costituito associazioni di categoria con il fine, tra gli altri, di promuovere standard di *due diligence* e codici di condotta in linea con la tutela dei diritti umani.

È per esempio il caso del Forum Internazionale sulla Condotta Etica Aziendale Per L'industria Aerospaziale E Della Difesa (IFBEC). Costituitosi nel 2010, ad oggi ha visto l'adesione di più di 30 gruppi industriali leaders nel settore. Il Codice di Condotta del Forum prescrive che i suoi membri e i subfornitori “*si astengano dal violare i diritti umani*”.⁵⁰

Allo stesso modo, anche l'AeroSpace and Defence Industries Association of Europe (ASD) ha sancito un chiaro impegno dei propri membri nella tutela dei diritti internazionalmente riconosciuti. In quanto associazione rappresentante oltre 3.000 aziende nel settore europeo della difesa, nel 2014 l'ASD ha sostenuto l'esigenza di adottare il Trattato sul Commercio delle Armi, dichiarando che “*è importante stabilire delle norme che mirino a prevenire il traffico illecito o la diversione di armi convenzionali. In tal modo il commercio di armi non potrà essere intaccato da pratiche illegittime, quali per esempio l'esportazione verso paesi in cui vi è un chiaro rischio che possano essere utilizzati in violazione del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani*”.⁵¹

Anche il gruppo britannico Aerospace, Defence, Security and Space (ADS), che riunisce oltre 1000 imprese del settore, si è impegnato a “*garantire che i prodotti bellici prodotti dai suoi membri non siano utilizzati a fini di terrorismo, di repressione interna o per l'abuso dei diritti umani*”.⁵²

Lo standard di condotta degli esportatori di armi è stato altresì definito in via giurisprudenziale da alcune importanti pronunce adottate da tribunali sia internazionali che nazionali. Si cita, ad esempio, il caso dell'imprenditore olandese Frans Van Anraat, condannato in via definitiva dalla Corte d'Appello dell'Aja per aver fornito al governo iracheno armamenti utilizzati contro la popolazione curda.⁵³ Nella sentenza, la Corte ha stabilito che “*le persone e le imprese coinvolte nel commercio internazionale – più specificamente nel commercio internazionale di armamenti – devono essere pienamente consapevoli che il mancato esercizio della massima vigilanza può*

implicare il loro coinvolgimento in reati molto gravi”.⁵⁴ In questo modo la corte olandese ha stabilito lo standard di “massima vigilanza” come principio guida per le aziende del settore della difesa nell'adempiimento ai loro obblighi di *due diligence*.

Come appena visto, le regole di *due diligence* non si limitano ad enunciare principi astratti, bensì contribuiscono a delineare lo standard di comportamento a cui ogni impresa deve attenersi nello svolgimento della propria attività. Nel prossimo capitolo si indagherà come tali regole possano rilevare nell'eventuale giudizio di responsabilità penale a carico dell'amministratore di società esportatrice di armamenti.

3. Profili di diritto penale interno.

A questo punto della trattazione, ci si interroga sulle possibili conseguenze penali derivanti dalla violazione dei suindicati standard di *due diligence*. A tal proposito, i già citati Principi Guida delle Nazioni Unite suggeriscono la possibilità che un'impresa possa essere chiamata a rispondere penalmente qualora concorra a violare i diritti umani di soggetti terzi.⁵⁵ Com'è evidente, tale responsabilità sarà diversamente configurata a seconda degli strumenti giuridici disponibili nei diversi ordinamenti nazionali.⁵⁶ Si è già sottolineato come il sistema delineato dalle disposizioni di *due diligence* abbia delle significative assonanze con la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti di cui al D. Lgs. n. 231/2001, la quale tuttavia esula dall'oggetto della presente indagine. Nei prossimi paragrafi si indagherà quale rilevanza possano assumere gli standard di *due diligence* in un eventuale giudizio di responsabilità penale a carico degli amministratori che decidano di esportare armamenti in contesti di conflitto armato nel caso – invero non infrequente nella prassi – in cui attraverso tale condotta si faciliti l'illegale uccisione di soggetti civili.

3.1. Autorizzazioni statali e rischio consentito.

In via preliminare, si impone un chiarimento in merito alla possibile rilevanza penale delle autorizzazioni statali alla esportazione di materiale di armamento. La L. n. 185/1990, infatti, stabilisce che l'export di armamenti è vietato se è destinato a “*Paesi in stato di conflitto armato, in contrasto con i principi dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite*”, oppure quando i Paesi importatori “*sono responsabili di accertate violazioni delle convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo*”. L'organismo statale competente, vale a dire l'Unità per le Autorizzazioni

dei Materiali di Armamento (UAMA), è tenuto a rilasciare una licenza di autorizzazione all'export solo qualora i suddetti requisiti siano stati riscontrati nel caso di specie.

Orbene, è evidente come tale valutazione sia astrattamente sovrapponibile a quella che, in base ai generali doveri di diligenza e alle citate fonti di *due diligence*, è richiesta alle aziende esportatrici. Ci si chiede pertanto se la valutazione compiuta a monte dallo Stato, al fine di rilasciare l'autorizzazione, possa in qualche modo incidere sulla responsabilità del soggetto esportatore. In altri termini, si tratta di stabilire se tali provvedimenti statali, individuando preventivamente un'area di *rischio consentito* all'impresa, valgano ad escludere qualsiasi tipo di rilevanza penale alle condotte da questa poste in essere. A ben vedere, la risposta a tale quesito parrebbe essere negativa. Diversamente argomentando, infatti, si ammetterebbe un'inaccettabile deresponsabilizzazione di soggetti che – come le imprese esportatrici – hanno la possibilità di aver accesso agli strumenti informativi necessari per poter *prevedere* ed *evitare* la verifica di eventi antigiuridici potenzialmente derivanti dalle loro condotte.⁵⁷ In altri termini, la valutazione compiuta dallo Stato in merito alla sussistenza delle condizioni per la vendita si aggiunge, senza mai sostituirsi, a quella richiesta alle imprese. Dal punto di vista dogmatico, peraltro, difficilmente si potrebbe sostenere che la presenza di un'autorizzazione all'export possa incidere sulla configurazione dell'elemento oggettivo dell'ipotizzato reato di concorso in omicidio colposo. Diversa soluzione si avrebbe, invece, qualora si discutesse di disposizioni incriminatrici tese a punire condotte il cui disvalore si concentra proprio sull'assenza di autorizzazione o sulla presenza di un'autorizzazione illegittima. In casi siffatti, la responsabilità penale è infatti esclusa qualora un'autorizzazione vi sia o non sia manifestamente illegittima.⁵⁸ A ben vedere, rispetto al reato eventualmente ascrivibile all'esportatore, la presenza di un atto autorizzativo potrebbe rilevare sul solo piano soggettivo. L'affidamento riposto nell'autorizzazione statale potrebbe infatti astrattamente valere ad escludere la colpevolezza dell'azienda. Tuttavia, tale prospettazione appare difficilmente sostenibile qualora l'atto autorizzativo sia manifestamente illegittimo, ad esempio perché rilasciato in palese violazione delle relative disposizioni di legge. Come visto, infatti, il Parlamento Europeo ha più volte lamentato una sistematica violazione da parte degli Stati membri delle norme regolanti l'esportazione di armi.⁵⁹ Nell'ambito nazionale, diverse organizzazioni della

società civile ed esperti del settore hanno più volte denunciato come, ogni anno, nuove autorizzazioni all'esportazioni di armi vengano rilasciate verso Paesi responsabili di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, quali Arabia Saudita, Emirati Arabi ed Egitto.⁶⁰

Si consideri inoltre che, spesso, tra la concessione dell'autorizzazione e l'effettiva esportazione delle armi, possono trascorrere anche diversi anni. In tale eventualità, la valutazione inizialmente effettuata dallo Stato sul contesto in cui le armi sono esportate può essere superata da una situazione di fatto nel frattempo mutata, così vanificando la funzione di tale controllo. In definitiva, il perfezionamento dell'iter amministrativo che conduce al rilascio dell'autorizzazione non garantisce che vi sia stato un controllo effettivo circa i rischi potenziali derivanti dall'attività di esportazione. Per tale motivo, il dovere di diligenza delle imprese esportatrici dovrà essere particolarmente stringente, al punto da dover talvolta persino superare quanto previsto dalle leggi dello Stato, come sancito dai Principi Guida su Imprese e Diritti Umani adottati dalle Nazioni Unite.⁶¹

3.2. Le fonti di *due diligence* come regole cautelari?

La presente sezione si propone dunque di indagare il ruolo delle regole di *due diligence* nell'eventuale configurazione di responsabilità penale dei soggetti esportatori di armi. Prendendo come oggetto di studio la responsabilità *colposa* del venditore, dovrà individuarsi la *regola cautelare* che si assume violata.⁶² L'addebito per colpa si sostanzia infatti nel contrasto tra la condotta concreta posta in essere dal soggetto agente e lo standard di diligenza imposto dalle norme cautelari di riferimento.⁶³

Tali norme tendono a scongiurare i pericoli derivanti dallo svolgimento di attività umane, esplicando così le conoscenze diffuse nel settore di riferimento. In altri termini, il contenuto tipico delle norme di diligenza corrisponde al risultato di "*giudizi ripetuti nel tempo sulla pericolosità di determinati comportamenti e sui mezzi più adatti ad evitarne le conseguenze*", rappresentando "*la cristallizzazione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento ripetuti nel tempo*".⁶⁴ Si ricorda inoltre che le regole di condotta possono trovare la loro origine nell'esperienza comune o in quella tecnico-scientifica, oppure essere esplicitamente individuate da fonti positive, pubbliche o private. Qualora ad essere violate sono le regole cautelari non scritte del primo tipo, si parlerà convenzionalmente di "*colpa generica*"; nel caso in

cui vengano violate le norme scritte, invece, si parlerà di “colpa specifica”.

Ciò detto, resta da capire se le fonti di *due diligence* già richiamate possano contribuire a delineare il dovere di diligenza a cui sono tenuti i soggetti che realizzano esportazioni di armi. A giudizio di scrive, pare preferibile esaminarne la rilevanza sotto il profilo della colpa generica. Come visto, infatti, gli standard internazionali di *due diligence* promossi dalle Nazioni Unite si risolvono, allo stato attuale, in mere raccomandazioni rivolte alla generalità delle imprese, non essendo state positivizzate in normative giuridicamente vincolanti. Tali formulazioni appaiono pertanto talmente ampie ed indeterminate da necessitare comunque di essere integrate per il tramite dei tradizionali criteri propri della colpa generica.⁶⁵

Chiarito il campo d’indagine, si richiami l’insegnamento di consolidata dottrina, secondo cui la regola cautelare non scritta scaturisce da una *valutazione di prevedibilità ed evitabilità* di un determinato evento in una determinata situazione.⁶⁶ In altri termini, sussiste un dovere di diligenza ogniqualvolta sia *ricognoscibile* il pericolo di verificazione di un fatto antiggiuridico che si sarebbe in grado, adottando una particolare condotta, di *prevenire*.⁶⁷ Come noto, la valutazione di prevedibilità ed evitabilità andrà effettuata dal punto di vista di un c.d. *agente modello* dotato di competenze e specialistiche differenziate in base al tipo di attività concrete svolta dal soggetto del caso di specie. È proprio nell’individuazione di tale parametro che le regole di *due diligence* potrebbero, dunque, acquistare rilievo.

3.3. La costruzione dell’agente modello.

Come sopra ricordato, l’agente modello varia a seconda della natura del pericolo affrontato nel caso di specie.⁶⁸ Quanto al procedimento da seguire per individuare tale parametro, si dovranno innanzitutto selezionare le *note distintive* dell’agente concreto, grazie a cui individuare il *circolo di rapporti* di riferimento, vale a dire il gruppo dei soggetti a cui questo appartiene. A venire in rilievo sarà, ad esempio, la professione svolta dal soggetto. All’interno del gruppo di soggetti che svolgono la stessa professione, sarà poi possibile distinguere ulteriori sottogruppi specializzati, approdando ad un grado di selezione del circolo di rapporti ancor più prossimo all’agente concreto.⁶⁹

Individuato il gruppo di riferimento, andrà infine selezionato come modello l’agente che adotti le misure preventive “*tecnologicamente più evolute ed efficaci disponibili al momento, anche se si tratta di misure*

economicamente costose e non ancora generalmente diffuse nel settore di attività in questione”. Si deve pertanto respingere il riferimento ad una “misura media” di diligenza, seppur differenziata in base al tipo di attività svolta, onde evitare che il normale venga promosso a norma, “*con conseguente soffocamento della vocazione dell’ordinamento giuridico di pretendere dai consociati (uomo medio compreso) determinati comportamenti finalizzati alla tutela dei beni giuridici*”.⁷⁰

Tornando al caso in esame, potrà ipotizzarsi come gruppo di riferimento quello degli amministratori di imprese operanti nel commercio di armi. All’interno di questo, andrà selezionato quale *modello di diligenza* un agente particolarmente esperto e accorto, il quale faccia proprie le più avanzate misure di prevenzione del rischio. È a questo proposito che si ritiene possano venire in rilievo le fonti di *due diligence* di derivazione internazionale.⁷¹ Infatti, pur rivolgendosi queste, come visto, alla generalità delle imprese, è cionondimeno possibile enucleare al loro interno dei precisi doveri di diligenza senza dubbio applicabili anche al settore che qui interessa. In particolare, tali disposizioni richiedono agli amministratori di impresa una costante valutazione del rischio derivante dalla vendita di armi, che tenga conto delle circostanze concrete del contesto in cui queste verranno utilizzate. Qualora sussista un serio rischio per i diritti di terzi, derivante da un utilizzo illegittimo degli armamenti,⁷² l’impresa esportatrice potrebbe vedersi costretta ad interrompere i rapporti commerciali in essere.

In definitiva, può sostenersi che in capo all’amministratore di impresa operante nel settore degli armamenti sussista un dovere di preventiva valutazione del rischio derivante dalle operazioni di esportazione, consistente nella raccolta di informazioni in merito al conflitto in cui sia eventualmente coinvolto l’acquirente-importatore, oltre che in una valutazione circa la legittimità delle operazioni da questo già poste in essere.⁷³ La pretesa che il soggetto acquisti informazioni specifiche, di tipo socio-politico oltre che tecnico-giuridico, non deve ritenersi eccessiva. Si ricordi a tal proposito come a fondamento della responsabilità colposa stia proprio la necessità di adeguare il livello di diligenza richiesta al tipo di rischio assunto dall’agente concreto. Se così è, appare ragionevole richiedere uno standard particolarmente elevato di diligenza ad un soggetto che esporta prodotti potenzialmente idonei a mettere – illegittimamente – a repentaglio beni giuridici primari, quali la vita e l’integrità fisica. Al punto che,

qualora l'agente si impegnasse in un'operazione di esportazione senza possedere le conoscenze adeguate per valutare il rischio connesso – e tale difetto di conoscenze gli fosse noto o conoscibile – potrebbe venire in gioco la figura della c.d. *colpa per assunzione*.⁷⁴

A sua volta, tale dovere dovrà essere adempiuto secondo il parametro di un agente particolarmente diligente, il quale, facendo proprie le raccomandazioni di *due diligence*, sia informato in merito al contesto in cui le armi potrebbero essere utilizzate ed alla condotta tenuta in tale contesto dal potenziale acquirente-importatore.

3.4. La rilevanza delle eventuali conoscenze ulteriori dell'agente concreto.

Si concluda questa disamina con una considerazione sul rilievo da accordare alle eventuali conoscenze superiori dell'agente concreto in merito al contesto in cui saranno utilizzate le armi vendute. Invero, come affermato da autorevole dottrina, l'utilizzazione di un tipo oggettivo di agente modello non impedisce in certi casi di individualizzare ulteriormente la misura della diligenza imposta – in altri termini, nella base del giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento "*rientra non solo il conoscibile, ma anche il concretamente ed attualmente conosciuto*".⁷⁵ Così, qualora l'agente reale possedesse conoscenze superiori rispetto a quelle proprie del tipo di appartenenza, queste dovrebbero essere tenute in debito conto al momento di ricostruire l'obbligo di diligenza da osservare.⁷⁶ Sarebbe questo, ad esempio, il caso del dirigente a conoscenza di particolari e ulteriori fattori di rischio esistenti nel contesto in cui le armi devono essere vendute. Tale conoscenza potrebbe essere ad esempio desumibile dalla documentazione periodica di valutazione del rischio in uso presso tali imprese. In via generale, si può ritenere che sarà più facile dimostrare la prevedibilità dell'evento anti-giuridico – e quindi la responsabilità, perlomeno colposa, dell'esportatore – qualora le armi siano vendute ad un soggetto responsabile di violazioni sistematiche e documentate.⁷⁷

Prendendo un esempio concreto, nel già citato caso dello Yemen, l'illegittimità delle operazioni belliche poste in essere dalla coalizione guidata dall'Arabia Saudita era manifesta sin dal 2015, perché – come denunciato a più riprese da autorevoli organi sovranazionali – le operazioni erano rivolte illecitamente e sistematicamente contro obiettivi civili.⁷⁸ Ciononostante, la già citata autorità nazionale italiana per le autorizzazioni dei materiali di armamento (UAMA) ha

continuato a concedere licenze valide per l'esportazione di armamenti verso tali Paesi, e le imprese produttrici hanno continuato ad esportare i propri armamenti.

4. Conclusioni.

Il presente contributo ha inteso valutare se la violazione delle regole di *due diligence* in tema di imprese e diritti umani possa assumere rilevanza ai fini della configurazione della responsabilità penale degli amministratori di imprese esportatrici di armamenti.

A tal fine, è stato esaminato il canone comportamentale cristallizzato dalla Risoluzione n. 17/4 del 2011 del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite recante "Principi Guida su Imprese e Diritti Umani". La predetta Risoluzione individua uno standard di diligenza a cui le imprese devono attenersi al fine di identificare, prevenire e mitigare l'eventualità di un impatto negativo del proprio operato sui diritti umani. Tale standard risulta particolarmente stringente qualora una determinata impresa operi nel contesto di un conflitto armato, ove sono maggiori i rischi di commissione di gravi reati.

Negli ultimi decenni, numerose imprese operanti nell'ambito della produzione ed esportazione di armamenti si sono adeguate agli standard di *due diligence* riconosciuti a livello internazionale e nazionale. La presente analisi ha infatti evidenziato i molti c.d. "codici etici aziendali" e "accordi quadro", siglati dalle più importanti imprese del settore, che espressamente fanno riferimento all'obbligo di rispettare il diritto internazionale dei diritti umani nello svolgimento delle proprie attività. Le imprese più virtuose hanno persino individuato paesi "a rischio", verso i quali hanno deliberato di non esportare armamenti, indipendentemente dalle valutazioni rese dalle competenti autorità nazionali di controllo dell'export.

Come si è potuto osservare, l'insieme di tali canoni comportamentali, lungi dal rimanere relegato alla mera dimensione della *soft law*, può fornire coordinate utili per individuare lo *standard di diligenza* applicabile alle imprese esportatrici di armi. Tale standard si concreta nella condotta dell'amministratore, il quale – in applicazione delle fonti di *due diligence* richiamate – pone in essere un'attività informativa completa ed esaustiva in merito al contesto in cui le armi sono vendute. Qualora detto contesto fosse caratterizzato da violazioni sistematiche del diritto internazionale, tali da rendere prevedibile l'impiego illecito delle armi esportate, l'amministratore modello sarebbe tenuto a interrompere il rapporto commerciale in essere. La tesi sostenuta dal presente

contributo si basa sulla considerazione che, se questo è il livello di diligenza richiesto, ogni condotta colpevolmente al di sotto dello stesso potrebbe assumere rilevanza penale.

Mentre tale conclusione pare coerente con i principi generali in tema di colpa, devono nondimeno rilevarsi alcuni profili di criticità. In primo luogo, il presente contributo si è limitato ad analizzare uno specifico aspetto della responsabilità colposa, vale a dire l'individuazione delle regole cautelari sulla cui violazione fondare l'addebito. Com'è evidente, al fine di accertare la responsabilità penale in casi simili, dovranno sussistere ulteriori elementi, alcuni dei quali particolarmente problematici, la cui analisi esula dallo scopo della presente trattazione. Ci si riferisce, in particolare, al tipo di contributo concorsuale ravvisabile in capo all'impresa che colposamente facilita la commissione di omicidi da parte del soggetto compratore. L'analisi di questo profilo rappresenta senz'altro un valido percorso di indagine futura.

In secondo luogo, deve rilevarsi come il fatto di basare la costruzione della regola cautelare, da cui far derivare la responsabilità colposa, su delle fonti così indeterminate come le raccomandazioni di *due*

diligence, rischi di entrare in conflitto con le rigide garanzie di cui dev'essere invece circondato il giudizio di responsabilità penale. Ad avviso di chi scrive, per superare questa obiezione sarebbe auspicabile una positivizzazione di tali fonti, tesa a fornire prescrizioni chiare e differenziate agli attori coinvolti. In altri termini, una maggior determinatezza della disciplina, frutto di prese di posizione e bilanciamenti effettuati dal legislatore così come preteso dall'art. 41 co. 3 Cost., assicurerebbe una miglior conoscibilità di regole cautelari la cui violazione può determinare l'insorgere di responsabilità penale⁷⁹.

Laura Duarte

Bertha Justice Fellow presso lo European Center for Constitutional and Human Rights.

Giuseppe Sambaturo

Avvocato del foro di Rovereto.

Stefano Trevisan

Avvocato del Foro di Venezia.

¹ Gli Autori desiderano ringraziare Sarah Lupi (LL.M., Leiden University) per la revisione del presente contributo.

² Art. 48, Protocollo I, Convenzione di Ginevra del 1977 "Allo scopo di assicurare il rispetto e la protezione della popolazione civile e dei beni di carattere civile, le Parti in conflitto dovranno fare, in ogni momento, distinzione fra la popolazione civile e i combattenti, nonché fra i beni di carattere civile e gli obiettivi militari, e, di conseguenza, dirigere le operazioni soltanto contro obiettivi militari".

³ Il Parlamento europeo, con la Risoluzione del 14 novembre 2018 (accessibile [qui](#)), ha denunciato che gli Stati europei mancano sistematicamente di applicare le norme che regolano l'esportazione delle armi.

⁴ Cfr gli ultimi dati divulgati da Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), accessibili [qui](#).

⁵ Disponibile [qui](#).

⁶ Cfr. maggiori informazioni sulla comunicazione sono disponibili [qui](#).

⁷ Dizionario Merriam-Webster, 2020, accessibile [qui](#).

⁸ *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Tomo XII, pp. 517 ss.

⁹ "The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide", Ginevra, 2012, p. 4.

¹⁰ "Principi Guida delle Nazioni Unite sulle Imprese e i Diritti Umani", Principio 11.

¹¹ *Ibid.*, Principio 13(a).

¹² *Ibid.*, Principi 14-15.

¹³ *Ibid.*, Principio 13(b).

¹⁴ *Ibid.*, Principio 19. Il commentario recita "Nel caso in cui un'impresa contribuisca o possa contribuire ad un impatto negativo sui diritti umani, essa dovrebbe adottare le misure per far cessare o prevenire il suo contributo, ricorrendo alla propria influenza per mitigare l'impatto residuo nella massima misura possibile. Tale influenza è considerata sussistente laddove un'impresa disponga della capacità di imprimere un cambiamento alle pratiche illegittime di un ente che causa il danno".

¹⁵ *Ibid.*, Principio 17(c).

¹⁶ John RUGGIE, John SHERMAN, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Reply to Professors Bonnitcha and Mccorquodale", in *European Journal of International Law*, 2017.

¹⁷ Amnesty International, "Outsourcing Responsibility", 2019, p. 6. Secondo il commentario al Principio 17 dei Principi Guida, "questioni di complicità possono sorgere quando una impresa contribuisce, o sembra contribuire, ad impatti negative sui diritti umani causati da alter parti [...] la maggior parte delle giurisdizioni nazionali proibisce la complicità nella commissione di un crimine, e per tali casi un gran numero di giurisdizioni prevede la responsabilità penale delle imprese".

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, “Report on improving accountability & access to remedy for victims of business-related human rights abuse”, 2018, disponibile [qui](#); Principi Guida, commentario al Principio 17, statuisce che “*L’opinione maggioritaria esistente nella prassi giurisprudenziale di diritto penale internazionale è che per potersi avere complicità occorre che vi sia la consapevole assistenza pratica o l’incoraggiamento che comportino un effetto sostanziale nella commissione del reato*”.

²¹ Principi Guida, commentario al Principio 23.

²² Ibid.

²³ Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, “Risoluzione 17/4. Human rights and transnational corporations and other business enterprises”, UN Doc. A/HRC/RES/17/4.

²⁴ Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, “Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises”, UN Doc. A/HRC/17/31, par. 14.

²⁵ Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, “Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises”, UN Doc. A/HRC/26/25, par. 11.

²⁶ Commissione Europea, Comunicazione 681/2011, punto 4.8.

²⁷ Cfr. UN Working Group on Business and Human Rights, “Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights”, 2016.

²⁸ Cfr. la lista degli Stati e i relativi Piani Nazionali d’Azione disponibile [qui](#).

²⁹ Piano d’Azione Nazionale Impresa e Diritti Umani 2016-2021, p. 4.

³⁰ Id., p. 9.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Id., p. 11.

³⁴ Costituzione della Repubblica Italiana, art. 41.

³⁵ Piano d’Azione Nazionale Impresa e Diritti Umani 2016-2021, p. 16.

³⁶ Parlamento Europeo, Direttiva 2014/95/UE.

³⁷ Commissione Europea, “Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario (Metodologia per la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario)” (2017/C 215/01).

³⁸ Id., punto 4.6, lett. (c).

³⁹ Marco FASCIGLIONE, “Il Piano d’azione nazionale italiano su impresa e diritti umani e l’attuazione dei Principi guida ONU del 2011”, 2017, p. 2.

⁴⁰ Il commentario al Principio 12 dei Principi Guida, prevede che, in situazioni di conflitto armato, le imprese debbano rispettare le norme del diritto umanitario internazionale. “*Nella pratica, alcuni diritti umani possono essere esposti a rischi maggiori di altri in particolari settori industriali o contesti e devono quindi essere oggetto di un’attenzione maggiore. (...) Inoltre, nelle situazioni di conflitto armato le imprese dovrebbero rispettare gli standard del diritto internazionale umanitario*”. In tal senso si veda anche OECD Guideline, commentario 40 sui Diritti Umani e GRAF, A., & IFF, A. (2017). Respecting Human Rights in Conflict Regions: How to Avoid the ‘Conflict Spiral’. *Business and Human Rights Journal*, 2(1), 109-133. doi:10.1017/bhj.2016.9

⁴¹ Principi Guida, Principio 11.

⁴² Amnesty International, “Outsourcing Responsibility”, *supra* nota 18, p. 36.

⁴³ Ibid., p. 23. “*These are variously called “Human Rights Policy” (Northrop Grumman, Rolls-Royce); “Code of Basic Working Conditions and Human Rights” (Boeing); “Code of Conduct” (Raytheon, BAE Systems); “Standards of Business Conduct” (Airbus); or “Code of Ethics and Business Conduct” (Lockheed Martin)*”.

⁴⁴ “Fair2all Global Framework Agreement On Principles Of Social Responsibility Of The Rheinmetall Group”, disponibile [qui](#).

⁴⁵ Ibid., p. 6.

⁴⁶ Nel suo Report Annuale 2018, BAE Systems riconosce l’instabilità della Regione del Golfo come un rischio per le operazioni della azienda. Report disponibile [qui](#), p. 11.

⁴⁷ Per tre anni consecutivi (2016, 2017 e 2018), l’azienda Leonardo Spa ha incluso nei suoi Report Annuali sotto la sezione “*Leonardo and the commercial scenario*”, importanti considerazioni sulla situazione sociopolitica dei paesi di interesse per le operazioni della azienda, come, ad esempio Arabia Saudita, Yemen, Siria e Turchia. Leonardo Relazione Finanziaria Annuale 2016 (p. 52); Relazione 2017 (p. 53) e Relazione 2018 p. 37. Disponibile [qui](#).

⁴⁸ Nella sua Relazione Finanziaria Annuale del anno 2015, l’azienda RWM ha elencato il conflitto nello Yemen come uno dei principali rischi e incertezze della società: “*A causa dei conflitti in corso in Medio Oriente, in particolare in Siria e Yemen,*

in cui sono coinvolti, tra gli altri, l'Arabia Saudita e gli Emirati Arabi, esiste il rischio che (...) le licenze di esportazione verso questi paesi possano essere ritardate o eventualmente arrestate in base alle posizioni politiche che il Governo italiano e l'Unione Europea dovranno assumere". Relazione Finanziaria Annuale RWM Italia S.p.A. 2015, p. 65. Disponibile nel registro della Camera di Commercio di Brescia.

⁴⁹ Nel suo rapporto finanziario del 2017, Heckler & Koch GmbH ha annunciato che l'azienda esporterà solo verso "paesi verdi" ("green countries"), definiti secondo tre criteri: l'appartenenza alla NATO o "NATO-equivalente" (Giappone, Svizzera, Australia e Nuova Zelanda); l'indice di percezione della corruzione di Transparency International e l'indice di democrazia dell'Economist Intelligence Unit. Tuttavia, va notato che questa decisione non riguarda le licenze già rilasciate. Report disponibile [qui](#), p. 3.

⁵⁰ Cfr. IFBEC, "IFBEC Model Supplier Code of Conduct", disponibile [qui](#).

⁵¹ ASD Group, "ASD Supports the Role of Industry in the U.N. Arms Trade Treaty Process", 2017, disponibile [qui](#).

⁵² ADS Group, "Business Ethics: a toolkit", disponibile [qui](#), p. 61.

⁵³ Harmen VAN DER WILT, "Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case" in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 239.

⁵⁴ Marten ZWANENBURG, Guido DEN DEKKER, "Prosecutor v. Frans van Anraat-Case No. 07/10742.2009 Nederlandse Jurisprudentie 481" in *American Journal of International Law*, 2010, p. 86. "People and companies involved in international trade—more specifically the international trade of weapons or materials, which may be used for weapons—must be fully aware that failure to exercise utter vigilance may implicate their involvement in very serious crimes".

⁵⁵ Principi Guida, commentario al Principio 17.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Tali strumenti comprendono non solo le procedure di *due diligence* stabilite dai Principi Guida, ma dal D. L. n. 254/2016. In più in casi di conflitto armato sono solitamente presenti organismi dell'ONU che seguono i conflitti. Si veda inoltre Principi Guida, Principio 11, laddove è specificato che "Come affermato dai Principi Guida, 'quanto più complessa è la situazione e le sue implicazioni sui diritti umani, tanto maggiore sarà la necessità che l'impresa ricorra alla consulenza di un esperto indipendente nel decidere le modalità di risposta'".

⁵⁸ È questo, ad esempio, il caso dei reati in materia edilizia, rispetto ai quali la giurisprudenza ha ritenuto che il giudice penale possa conoscere dell'invalidità dell'atto amministrativo autorizzativo, considerandolo *tamquam non esset* sotto il profilo sostanziale, poiché è la stessa fattispecie incriminatrice ad esigere tale controllo (si veda, su tutte, Cass. pen. S. U. 3/1987).

⁵⁹ Si veda *supra* nota 38.

⁶⁰ Si veda ad esempio le inchieste svolte dall'Associazione per la Pace - Rete Italiana per il Disarmo, a cui fanno parte diverse realtà, quali ACLI - Archivio Disarmo - ARCI - ARCI Servizio Civile - Associazione Obiettori Nonviolenti - Associazione Papa Giovanni XXIII - Associazione per la Pace - Beati i costruttori di Pace - Campagna Italiana contro le Mine - Centro Studi Difesa Civile - Commissione globalizzazione e ambiente (GLAM) della FCEI - Conferenza degli Istituti Missionari in Italia - Coordinamento Comasco per la Pace - FIM-Cisl - FIOM-Cgil - Fondazione Finanza Etica - Gruppo Abele - Libera - Movimento Internazionale della Riconciliazione - Movimento Nonviolento - Noi Siamo Chiesa - Pax Christi Italia - Un ponte per.... Secondo le analisi svolte da Rete Italiana per il Disarmo, "nonostante da luglio 2019 sia attiva la sospensione delle vendite di bombe d'aereo e missili verso Arabia Saudita ed Emirati Arabi Uniti per il coinvolgimento nel conflitto in Yemen, lo scorso anno sono state rilasciate nuove autorizzazioni per quasi 200 milioni di euro e le consegne definitive certificate dalle Dogane hanno raggiunto i 190 milioni di euro verso i due Paesi. Circa 95 milioni di euro consegnati agli altri membri della coalizione a guida saudita. Quasi 25 milioni di euro di controvalore per centinaia di bombe sono stati sicuramente esportati da RWM Italia verso l'Arabia Saudita" (accessibile [qui](#)).

⁶¹ Si veda in tal senso il commentario al Principio 11, p. 13 del Report delle Nazioni Unite A/HRC/17/31.

⁶² Rispetto a tale elemento, si parla di "essenza" della colpa in Karl ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlino, 1930, pp. 226 ss.

⁶³ Sul punto, si rinvia a dottrina pressoché unanime; *ex multis*, Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, 2017, pp. 328 ss.; Mario ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, pp. 60 ss.; Paolo VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, CEDAM, 2003, p. 3.

⁶⁴ Giovanni FIANDACA, Enzo MUSCO, *Diritto penale*, Zanichelli, 2018, p. 569.

⁶⁵ "In tema di responsabilità colposa, ai fini dell'individuazione della regola cautelare alla stregua della quale valutare la condotta dell'agente, non è sufficiente fare riferimento a norme che attribuiscono compiti, senza impartire prescrizioni modali, essendo necessario pervenire all'identificazione del modello comportamentale che – secondo le diverse fonti previste dall'art. 43 c.p. – è funzionale alla prevenzione dell'evento pregiudizievole. In assenza di simile connotazione la norma di dovere deve essere integrata dalle prescrizioni cautelari rinvenibili in leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa

specifica) ovvero in regole di matrice esperienziale o tecnico-scientifica (colpa generica)” (Cass. pen., Sez. IV, 19/11/2015, n. 12478). Giur. It., 2016, 5, 1227 nota di RISCATO. Peraltro, anche a volere ritenere le fonti di *due diligence* come regole cautelari positivizzate, si ricordi che “*occorre di volta in volta verificare se le norme scritte esauriscono la misura di diligenza richiesta all’agente nelle situazioni considerate: solo in questo caso l’osservanza di dette norme esclude la responsabilità penale. In caso contrario, ove residui cioè uno spazio di esigenze preventive non coperte dalla disposizione scritta, il giudizio di colpa può tornare a basarsi sulla inosservanza di una generica misura precauzionale*”, FIANDACA, MUSCO, *supra* nota 64, p. 577.

⁶⁶ Cfr. tra gli altri, Giorgio MARINUCCI, *La colpa*, Giuffrè, 2013, pp. 177 ss.; MANTOVANI, *supra* nota 63, p. 328; Domenico PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2007, p. 351.

⁶⁷ “*Violare una regola di cautela non significa nient’altro che tenere un comportamento che rende prevedibile la verifica di un evento evitabile*” così in Fabio BASILE, *Fisionomia e ruolo dell’agente-modello ai fini dell’accertamento processuale della colpa generica*, *Scritti in onore di Mario Pisani*, vol. III, La Tribuna, 2011, pp. 209 ss.

⁶⁸ *Ibid.* Una parte della dottrina – in adesione alla teoria della c.d. “doppia misura” della colpa – parrebbe giungere a conclusioni diverse da quelle appena esposte, laddove afferma che la regola cautelare c.d. “oggettiva” debba scaturire da una valutazione di prevedibilità ed evitabilità effettuata in base alla “migliore scienza ed esperienza” riferibile alle situazioni in cui opera l’agente. A ben guardare, tuttavia, anche questi Autori non basano il rimprovero di colpa esclusivamente su una valutazione di prevedibilità ed evitabilità effettuata dal punto di vista di un soggetto supercompetente e superesperto, perché – dopo aver ricostruito la regola cautelare. ‘oggettiva’ in sede di tipicità utilizzando tale punto di vista – poi richiedono comunque, in sede di colpevolezza, di verificare l’esigibilità dell’osservanza di tale regola da parte del concreto soggetto agente (c.d. misura ‘soggettiva’ della colpa): i ‘materiali’ con cui si costruisce il rimprovero di colpa finiscono, quindi, per essere gli stessi tanto per i sostenitori della ‘doppia misura’, quanto per i sostenitori della ‘misura unica’ della colpa. Ciò che cambia è solo il momento in cui tali materiali – nel corso del procedimento di accertamento della colpa – vengono impiegati dagli uni e dagli altri, senza che l’esito di tale procedimento ne risulti sostanzialmente influenzato.

⁶⁹ Già in tal senso MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 45. Più di recente, cfr. MARINUCCI, *supra* nota 67, pp. 194 ss.; Manfred BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974, p. 57; Gennaro Vittorio DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, 1978, pp. 300 ss.; Gabrio FORTI, *Colpa ed evento*, Giuffrè, 1990, p. 240; Stefano CANESTRARI, *L’illecito penale preterintenzionale*, CEDAM, 1989, p. 126; MANTOVANI, *supra* nota 64, p. 337; tutti citati da BASILE, *supra* nota 67.

⁷⁰ BASILE, *supra* nota 67, secondo cui “*la media (è) spesso sciatta, superficiale ed indifferente alle istanze solidaristiche cui è ispirato il nostro ordinamento, reclamanti un continuo aggiornamento e miglioramento delle modalità comportamentali che consentano di prevenire le offese ai beni giuridici*”, il quale a sua volta richiama: MARINUCCI, *supra* nota 66, p. 187; BURGSTALLER, *supra* nota 70, p. 55 e p. 66; FORTI, *supra* nota 69, p. 237, nota 207; conforme, in ambito civilistico, Pietro TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, 1991, p. 143. Di recente, è tornato sull’argomento Giorgio MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, 2003, p. 816 ss., il quale, all’esito di un’ampia indagine sulla dottrina e sulla giurisprudenza di lingua inglese, tedesca e italiana, conclude nei seguenti termini: “*la diligenza doverosa è ciò che deve essere fatto da un uomo accorto e ragionevole, non ciò che usualmente viene fatto*”. Hermann ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau*, Berlino, 1969: “*l’obiettivo misura di diligenza non si orienta sul normale uomo medio*”, p. 52, perché “*le abitudini estesamente diffuse della ‘media’ degli uomini potrebbero essere anche pericolose, perfino apertamente illecite*”, p. 52, nota 17; Reinhart MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A.T., 1958, p. 440: “*propri dell’uomo medio potrebbero essere anche usanze e comportamenti abituali pericolosi, se non apertamente illeciti*” (traiamo entrambe le surriferite citazione da MARINUCCI, *supra* nota 72, pp. 814 ss.

⁷¹ Si ricordi quanto affermato dal redattore dei “Principi Guida ONU su Imprese e Diritti Umani”, per cui addirittura tali fonti si sarebbero limitate a positivizzare “*previgenti standard di diligenza e preesistenti prassi comportamentali riscontrate*”.

⁷² In un contesto bellico, un’operazione armata è *illegittima* qualora sia contraria alle norme internazionali di diritto umanitario che regolano il conflitto.

Si ricordi come le fonti di *due diligence* raccomandano l’interruzione dei rapporti commerciali anche qualora la società abbia un ruolo anche solo indiretto nella causazione del rischio, favorendo le violazioni commesse da soggetti terzi.

⁷³ “*Il dovere di diligenza potrà avere a contenuto anche un obbligo di preventiva informazione: l’automobilista, che intende compiere un viaggio all’estero, deve prendere conoscenza delle norme del codice della strada vigenti nei paesi stranieri; oppure, l’imprenditore, che si accinge a svolgere una determinata attività produttiva, deve prendere preventiva cognizione di tutte le norme di sicurezza prescritte al fine di evitare che da quella attività derivino conseguenze dannose a carico degli operai o di terzi*” ecc. FIANDACA, MUSCO, *supra* nota 65, p. 578.

⁷⁴ BASILE, *supra* nota 67.

⁷⁵ Cfr. Cass., Sez. IV, 22 maggio 2008, Ottonello, in CED Cass., n. 240859.

⁷⁶ FIANDACA, MUSCO, *supra* nota 64, p. 580.



⁷⁷ Nel giudizio di “prevedibilità”, richiesto per la configurazione della colpa, va considerata anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni, sia pure indistinta, potenzialmente derivante dalla sua condotta, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad adottare più sicure regole di prevenzione (C., Sez. IV, 19.6.2008, n. 40785; C., Sez. IV, 22.5.2008, n. 25648, che definisce la prevedibilità come “la possibilità di riconoscere il pericolo che ad una data condotta potesse conseguire la realizzazione di un fatto”).

⁷⁸ Cfr. Ufficio delle Nazioni Unite per il Coordinamento degli Affari Umanitari, “Yemen, Humanitarian Needs Overview”, 4 dicembre 2017, disponibile [qui](#); cfr. anche “Report del Panel di esperti sullo Yemen dell’ONU”, 27 gennaio 2017; “Panel of Experts on Yemen before the UN, S/2017/81”; Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, “Situation on human rights in Yemen”, UN Doc. A/HRC/30/31; Parlamento Europeo, Risoluzione 2016/2515(RSP) sulla situazione umanitaria nello Yemen.

⁷⁹ Si veda Francesco PALAZZO, “Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale”, in *Diritto penale e processo* 12/2016.

Esclusa la responsabilità 231 di società unipersonale priva di un autonomo centro di interessi.

di **R. Lugli**

Il Presidente dell'Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano, accogliendo la tesi proposta dalla difesa e con il parere favorevole del Pubblico Ministero, ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere nei confronti di una Società Unipersonale, imputata quale ente ex D.Lgs. 231/01, in quanto priva di un autonomo e distinto centro di interessi.

In tali casi, secondo il Giudice, l'applicazione della normativa 231 pregiudicherebbe "la ratio di fondo della normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche, la quale immagina contegni penalmente devianti tenuti da persone fisiche nell'interesse di strutture organizzative di un certo rilievo di complessità quale centro autonomi di imputazioni di rapporti giuridici distinto da chi ha materialmente operato".

La pronuncia in commento segna quindi un punto molto importante e una svolta nell'interpretazione corretta e razionale della normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. 231/01, di cui si sentiva da tempo l'esigenza.

Deve infatti rilevarsi come il D.Lgs. 231/01 punisca la c.d. "colpa di organizzazione" dell'ente, per cui dove non esiste -e non può esistere- alcuna organizzazione dell'ente, come nelle società unipersonali, non esiste - e non può esistere - la colpa della società ma soltanto, semmai, la condotta della persona fisica (o delle persone fisiche) che hanno commesso il reato presupposto.

Sommario. 1. La vicenda e l'ente. – 2. La tesi difensiva. – 3. I riscontri alla tesi difensiva. – 3.1. Le Relazioni al Decreto Legislativo – 3.2. La Giurisprudenza in tema di imprese individuali. – 3.3. La possibile applicazione dei principi suesposti anche alle società unipersonali. – 4. La decisione del Giudice dell'Udienza Preliminare. – 5. Conclusioni.

1. La vicenda e l'ente.

Con sentenza n. 971/20 del 16.7.2020, il Presidente dell'Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano, dott. Aurelio Barazzetta, accogliendo la tesi proposta dalla difesa e con il parere favorevole del Pubblico Ministero, ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere nei confronti di una Società Unipersonale, imputata quale ente ex D.Lgs. 231/01, in quanto priva di un autonomo e distinto centro di interessi.

Nel procedimento penale di cui alla sentenza in commento veniva contestato ai signori A.V. e L.V., in qualità di amministratori della società "V.A. S.r.l.s." il reato di truffa ai danni dello Stato ex art. 640, comma 2, c.p.

Secondo il capo d'imputazione gli stessi "a fronte dell'occupazione di spazio pubblico per la quale è previsto il pagamento di un tributo al Comune... falsificavano le ricevute dei bollettini postali facendo apparire come adempiuto il pagamento richiesto e procurandosi così un ingiusto profitto con danno dell'Ente".

A fronte di tale imputazione, il Pubblico Ministero contestava alla società "V.A. S.r.l.s." l'illecito amministrativo dipendente da reato ai sensi dell'art. 24 D.Lgs. 231/01, "per non aver adottato ed efficacemente attuato il Modello di Gestione, Organizzazione e Controllo, prima della commissione dei fatti ascritti... idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi".

Nel caso in esame la difesa ha prodotto una visura a riprova che la "V.A. S.r.l.s." fosse una società a responsabilità limitata semplificata ex art. 2463 bis c.c., a socio unico, con capitale sociale pari ad 1,00 euro.

Alla sua costituzione, la società si era dotata di un Consiglio di Amministrazione composto da: A.V., socio unico, in qualità di Presidente con pieni poteri, e da L.V., fratello di questo, nel ruolo di Consigliere non esecutivo.

A circa cinque anni dalla sua costituzione, la società veniva posta in liquidazione ed il socio unico, già Presidente del Consiglio di Amministrazione, veniva nominato liquidatore.

Al momento del rinvio a giudizio e della celebrazione dell'udienza preliminare la società si trovava ancora in fase di liquidazione.

2. La tesi difensiva.

Con memoria ex art. 121 c.p.p. la difesa eccepiva, nel corso dell'udienza preliminare, l'inapplicabilità al caso di specie della normativa sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti.

La società "V.A. S.r.l.s." unipersonale coincideva, di fatto, con le persone fisiche imputate nel procedimento penale, le quali altro non erano che il socio (con qualifica di Presidente del Consiglio di Amministrazione) ed il fratello, amministratore senza deleghe.

La difesa evidenziava come mancasse, pertanto, nel caso di specie, il presupposto essenziale per l'applicazione della normativa ex D.Lgs. 231/2001: ovvero la sussistenza di due centri di interessi autonomi e distinti. Uno, facente capo alla persona giuridica e, l'altro, riconducibile alle persone fisiche imputate del reato presupposto.

La normativa 231 - argomentava la difesa - subordina la responsabilità dell'ente alla circostanza che il reato sia stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio.

Al contrario, ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. 231/01, l'ente non risponde qualora la persona fisica abbia agito nell'interesse esclusivo, proprio o di terzi.

Ebbene, nel caso in cui vi fosse coincidenza tra la persona fisica che ha agito e l'ente, l'interesse (o vantaggio) perseguito sarebbe unico e identico, sia per l'ente che per la persona fisica.

Di conseguenza, sarebbe irragionevole e inammissibile lo schema previsto per questa particolare forma di responsabilità per cui è richiesto espressamente, come detto, che il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

A ciò si accosta un evidente paradosso: nella normativa in esame l'ente non risponde del reato commesso dalla persona fisica, ma risponde per non aver fatto quanto era possibile per evitare la realizzazione di illeciti. Per cui, se si ritenesse applicabile la normativa 231 alle società in cui l'ente coincide con la persona che ne detiene le quote e che è anche colui che ha commesso il reato presupposto, sostanzialmente si chiederebbe a tale persona fisica di vigilare (e impedire) l'attività svolta da sé stesso: il ché appare impraticabile se non impossibile.

Peraltro, in tali casi, l'applicazione della normativa 231 determinerebbe anche la violazione del principio del ne bis in idem con la celebrazione di un processo penale a carico di persone fisiche, che verrebbero processate, sia come imputati del reato presupposto, sia come società imputata quale ente 231.

Concludendo, tale situazione pregiudicherebbe, ad avviso della difesa, la stessa ratio della normativa, finalizzata a reprimere fenomeni complessi in cui le attività illecite sono commesse nell'ambito dell'attività di impresa da soggetti che agiscono nell'interesse della stessa (e ove il reato "*costituisce anche la conseguenza di precise scelte di politica d'impresa*"¹).

Per cui, la normativa sulla responsabilità amministrativa da reato trova applicazione solamente nei confronti degli enti collettivi.

3. I riscontri alla tesi difensiva.

La tesi difensiva muove dall'analisi delle linee guida tracciate nelle Relazioni che hanno accompagnato l'adozione del D.Lgs. 231/01², ma anche dall'ipotesi di possibile applicazione - in taluni casi - dei principi sanciti da una parte della giurisprudenza in relazione all'inapplicabilità della normativa 231 alle imprese individuali, in quanto prive di un autonomo centro di interessi.

3.1. Le Relazioni al Decreto Legislativo.

Anzitutto rileva la Relazione della Commissione presieduta dal prof. Federico Grosso, sul progetto preliminare di riforma del codice penale del 12 settembre 2000, in cui - con riferimento proprio alla necessità di dare attuazione alla disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche - si individua la necessità di elaborare "*un modello di disciplina di tipo penalistico, rivolto alla persona giuridica*", in cui la stessa deve essere considerata "*indipendentemente da schemi di astratta dogmatica giuridica*" ma solo in quanto "*autonomo centro d'interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura*".

Per cui, ai fini dell'applicabilità della disciplina, ciò che rileva è la sussistenza di un autonomo centro di interessi in capo all'ente, piuttosto che la forma giuridica (societaria) assunta dallo stesso.

E ciò in quanto, come precisato nella stessa Relazione, "*L'esperienza ha evidenziato le potenzialità 'criminogene' di strutture organizzate, rispetto all'agire di chi vi sia implicato. Spesso l'illecito è frutto di condizionamenti sull'agire del singolo, connessi all'operare*

per l'organizzazione: condizionamenti che possono derivare, e di regola derivano, da vincoli organizzativi, stili di comportamento, 'politiche' imposte o additate ai portatori di determinati ruoli”.

Perciò si conclude che l'introduzione di forme di responsabilità “dell'ente” - che va segnalato nelle Relazioni è sempre indicato come “ente collettivo” - è dettata dalla consapevolezza di “*pericolose manifestazioni di reato poste in essere da soggetti a struttura organizzata e complessa*”.

Rileva poi, che le considerazioni della Relazione c.d. Grosso, siano state richiamate testualmente anche dalla Relazione al decreto legislativo n. 231.

È chiaro quindi che il destinatario della “nuova” forma di responsabilità è solo l'ente, strutturato e organizzato, con un centro di interessi autonomo e distinto dalle persone fisiche che lo compongono.

3.2. La Giurisprudenza in tema di imprese individuali.

Si tratta di principi ribaditi anche da quella parte di giurisprudenza che si è espressa per l'inapplicabilità della disciplina 231 alle imprese individuali e, più in generale, sulla necessità che l'ente costituisca un autonomo centro di interessi.

Nel 2004 la Corte di Cassazione ha, difatti, escluso l'applicabilità della disciplina in esame alle imprese individuali.

In motivazione i Giudici di Legittimità hanno spiegato proprio che “*Quale che sia la natura giuridica di questa responsabilità 'da reato' è certo che in tutta la normativa (convenzioni internazionali; legge di delegazione; decreto delegato) e, segnatamente, nell'art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 231 del 2001 essa è riferita unicamente agli 'enti', termine che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali*”.

Aggiungendo anche che tale interpretazione fonda le proprie radici nella “Relazione al decreto legislativo n. 231” e nella “relazione della commissione Grosso sul progetto preliminare di riforma del codice penale” - già sopra richiamate - nelle quali l'ente collettivo è considerato “*quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura, e matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'Ente*”³.

Per cui, prosegue la Corte, alla responsabilità penale delle persone fisiche si affianca, in aggiunta - e non in sostituzione - quella propria dell'ente collettivo.

Inoltre, il rispetto del principio del divieto di analogia in malam partem impedisce che - stante la mancata indicazione nell'art. 1 D.Lgs. 231/01 delle imprese individuali - le disposizioni della normativa possano estendersi a tali enti.

Si tratta di un orientamento seguito anche dai Giudici di merito, ad esempio dal Tribunale di Roma, secondo cui “*Il presupposto logico cui è necessariamente subordinata tale responsabilità è, infatti, la possibilità di una distinzione soggettiva fra l'Ente e l'autore del reato, mentre non può essere individuata a carico della ditta o dell'impresa individuale una soggettività giuridica che, per quanto in modo elementare e non tale da assurgere alla personalità giuridica, sia comunque autonoma da quella dell'imprenditore che ne è titolare*”⁴.

Ed infine, accolto e condiviso anche da una più recente sentenza della Corte di Cassazione⁵.

Sebbene si siano registrate alcune sentenze di segno opposto, in cui si è dichiarata l'applicabilità della normativa 231 anche alle imprese individuali e alle società unipersonali, non può ignorarsi come in queste residui uno spazio per una valutazione del Giudice sull'esistenza di due soggetti con centri di interessi autonomi e distinti.

Ad esempio, laddove si precisa che “*spesso [tali società] ricorrono ad un'organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare della impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore ma che operano nell'interesse della stessa impresa individuale*”⁶.

Consegue che, in realtà, anche secondo queste pronunce, la disciplina troverebbe applicazione solo nel caso in cui vi fosse l'intervento e la responsabilità di soggetti ulteriori rispetto all'imprenditore - e quindi - sostanzialmente nel caso in cui non ci fosse identità tra l'ente e le persone fisiche che lo compongono e che avrebbero commesso il reato presupposto.

3.3. La possibile applicazione dei principi suesposti anche alle società unipersonali.

Ebbene, con una tesi che è stata accolta e condivisa dal Pubblico Ministero e dal Giudice, la difesa ha rilevato l'applicabilità al caso di specie dei principi

testé richiamati e ciò, nonostante si fosse in presenza di una società unipersonale e non di una impresa individuale.

Si ricorda che i due termini descrivono forme giuridiche del tutto differenti: l'impresa individuale è una forma giuridica che fa riferimento a un solo titolare, l'imprenditore, il quale è l'unico responsabile e anche l'unico promotore della sua iniziativa imprenditoriale.

La società unipersonale (che può essere anche una s.r.l. ovvero una s.p.a.) è caratterizzata solo dalla circostanza che le quote sociali sono detenute da un unico socio (sia esso una persona fisica ovvero una persona giuridica).

Nel caso che ci riguarda, si è in presenza di una società "formalmente" unipersonale ma che possiede tuttavia i tratti tipici dell'impresa individuale.

Il socio unico è difatti la persona fisica che ha svolto la funzione di amministratore (con deleghe) della società. Perciò, egli è anche l'unico promotore della sua iniziativa imprenditoriale. La presenza del fratello, amministratore privo di deleghe, non comporta sostanziali differenze. Entrambi, sono soggetti già imputati del reato presupposto.

Ebbene, in tali casi, analogamente a quanto accade nelle imprese individuali, la società non costituisce un autonomo centro di interessi, diverso rispetto al socio/amministratore/persona fisica imputata nel reato presupposto, ma coincide con questo.

Per cui è impossibile individuare un interesse o un vantaggio dell'ente diverso da quello che ha animato la persona fisica imputata del reato, con conseguente non configurabilità a carico della società dell'illecito amministrativo descritto dalla normativa di cui al D.Lgs. 231/01.

Invero, la sentenza in commento appare in parte divergente da un precedente orientamento della Corte di Cassazione, che ha ritenuto applicabile la disciplina sulla responsabilità degli enti alle società unipersonali in quanto trattasi di "soggetto di diritto distinto dalla persona fisica che ne detiene le quote" e perciò "autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici"⁷.

Tuttavia, a ben vedere, tale pronuncia riguarda un caso del tutto differente da quello di specie, in cui la società era sì unipersonale, ma il socio unico non era una persona fisica, ma a sua volta una società di capitali, con una propria struttura complessa e organizzata.

Di conseguenza in tale contesto era ragionevole individuare due autonomi centri di interessi corrispondenti, uno, alla società unipersonale - con una propria struttura - e, l'altro, al socio unico società di capitali - anch'esso dotato di una propria struttura.

4. La decisione del Giudice dell'Udienza Preliminare.

Con la sentenza fortemente innovativa in commento, il Giudice dell'udienza preliminare ha accolto i principi richiamati dalla difesa, ed ha affermato che nel caso di specie non è possibile individuare nella società imputata quale ente 231 un autonomo centro di interessi, che solo avrebbe giustificato l'applicazione della normativa di cui al D.Lgs. 231/01.

Il Giudice ha statuito in primo luogo che "*Pare davvero (in questo condividendosi le valutazioni della difesa della persona giuridica) si sia trattato di una società sostanzialmente unipersonale senza alcuna reale distinzione tra i soggetti fisici e la persona giuridica*".

Per cui, prosegue, "*in relazione ai tratti specifici che ricorrono nel presente contesto processuale, davvero non si riesce a scorgere un centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici nella V. A. s.r.l. che possa distinguersi dagli interessi della persona fisica del già Presidente del CdA ed ora Liquidatore*".

Ebbene, ad avviso del Giudice, tale situazione frustra inevitabilmente "*la ratio di fondo della normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche, la quale immagina contegni penalmente devianti tenuti da persone fisiche nell'interesse di strutture organizzative di un certo rilievo di complessità quale centro autonomi di imputazioni di rapporti giuridici distinto da chi ha materialmente operato*".

Infine, sempre secondo il Giudice, nel caso di specie, assume altresì rilevanza che per la commissione del reato le persone fisiche non avevano alcuna necessità di utilizzare (o essere inserite) in una struttura complessa, potendo ben realizzare il reato in completa autonomia.

Nello specifico, in sentenza afferma che "*l'Ente giuridico, in relazione al reato presupposto fondante la responsabilità amministrativa della persona giuridica, non era davvero necessario ed infungibile trattandosi di contegno pacificamente riferibile a persone fisiche che lo avrebbero potuto realizzare senza alcuno schermo societario*".

5. Conclusioni.

La sentenza in argomento segna un punto molto importante e una svolta nell'interpretazione corretta e razionale della normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. 231/01, di cui si sentiva da tempo l'esigenza.

Il D.Lgs. 231/01 punisce infatti la c.d. "colpa di organizzazione" dell'ente, per cui dove non esiste -e non può esistere- alcuna organizzazione dell'ente, come

nelle società unipersonali, non esiste - e non può esistere - la colpa della società ma soltanto, semmai, la condotta della persona fisica (o delle persone fisiche) che hanno commesso il reato presupposto.

Rossana Lugli

Avvocato del Foro di Milano.

¹ Fiandaca-Musco, in "Diritto Penale-Parte Generale", Ottava Edizione, Zanichelli Editore, p. 176.

² Si ricorda che il Decreto Legislativo è attuativo della Convenzione dell'OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, che ha imposto agli Stati aderenti di prevedere forme di responsabilità a carico delle giuridiche il fatto per i fatti di corruzione commessi per ottenere indebiti vantaggi nel commercio internazionale).

³ Cass. pen., Sez. VI, 22 aprile 2004 (ud. 3 marzo 2004), n. 18941.

⁴ Trib. Roma, 30 maggio 2003, in Merito, 2004, 57.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2020, n. 30085 CED 252995.

⁶ Cass. pen., Sez. III, n.15657/11 e Cass. pen., Sez. VI, n. 40956/17.

⁷ Cass. pen., Sez. VI, 25 ottobre 2017 n. 49056.

Confisca urbanistica e prescrizione del reato. Alcune considerazioni fuori dal coro sulla pervicace applicazione di una sanzione sostanzialmente penale a reato prescritto.

di **A. Trimboli**

Il controverso tema dell'applicabilità della c.d. confisca urbanistica a reato prescritto è stato oggetto negli ultimi anni di un serrato confronto fra Corti nazionali e sovranazionali, il quale non si è mai sopito tanto da essere stato recentemente oggetto della decisione n. 13539 del 2020 della Corte di cassazione a sezioni unite. Sebbene il cuore di quest'ultima decisione riguardi l'estensione dell'art. 578 bis c.p.p. alla confisca lottizzatoria, il punto volutamente attenzionato dall'autore investe la sempre verde questione del rapporto fra confisca e prescrizione. La Corte conferma il proprio precedente quadro interpretativo, secondo cui il proscioglimento per intervenuta prescrizione maturato nel corso del processo non osta alla confisca del bene oggetto della lottizzazione abusiva, purché il reato venga comunque accertato in tutti i suoi elementi secondo gli standard probatori e le garanzie proprie delle pronunce formali di condanna, dovendo, però, il giudice di primo grado prendere atto della prescrizione hic et nunc, senza cioè disattendere l'obbligo ex art. 129 c.p.p. e proseguire nel giudizio, cosicché la confisca possa trovare applicazione solo se in quel momento risulta già accertato il reato.

A parte il revirement sull'art. 129 c.p.p., la Corte di legittimità si mantiene, quindi, ben piantata nel solco ermeneutico secondo cui alla prescrizione del reato di lottizzazione può seguire l'applicazione della confisca, che si continua ad etichettare come sanzione amministrativa, ma della cui natura penale non pare possa più dubitarsi visto anche la sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018.

Il contributo evidenzia come un tale riconoscimento dall'alto della natura penale della confisca avrebbe dovuto però tradursi in un momento di riflessione sull'attuale compatibilità del perorato quadro interpretativo con questa visione sostanzialistica della misura ablatoria, guardando ai principi fondanti il nostro ordinamento penale e malgrado la Grande Camera della Corte EDU avalli la regola della compatibilità tra sanzione penale e sentenza di proscioglimento per prescrizione.

Viceversa nulla di tutto ciò è stato fatto, limitandosi la Corte suprema nel suo massimo consesso a compiere un atto di fede rispetto alla pronuncia di Strasburgo, con l'evidente rischio di inoculare nel nostro ordinamento penale una regola che, presto o tardi per ragioni legate all'inefficienza del sistema a garantire la tutela effettiva di determinati beni giuridici, potrebbe essere estesa ad altre sanzioni penali.

L'autore, perciò, dopo aver ripercorso le principali tappe giurisprudenziali del problematico rapporto intercorrente tra la confisca urbanistica e la sentenza di proscioglimento per prescrizione, indica gli errori dell'indirizzo seguito dalla giurisprudenza di legittimità, segnalando in conclusione i rischi di una tale deriva e le possibili soluzioni destinate a tutelare sia i beni giuridici rappresentati dall'ambiente e dal territorio, sia i diritti fondamentali dell'imputato.

Sommario. 1. La confisca urbanistica a reato prescritto: una questione ancora aperta. – 2. La natura della confisca urbanistica e i presupposti processuali per la sua applicazione: un breve excursus storico sulla posizione della giurisprudenza interna e le influenze della Corte EDU. – 3. Le legittime ragioni di dissenso. – 4. Rischi e possibili soluzioni a una deriva pericolosa.

1. La confisca urbanistica a reato prescritto: una questione ancora aperta.

La recente sentenza delle sezioni unite n. 13539 del 30 gennaio 2020¹ offre l'occasione per una prosecuzione delle discussioni intorno al tema della applicazione della confisca urbanistica a reato prescritto, ritenuto per certi versi chiuso con la sentenza della

Grande Camera del 28 giugno 2018², la quale ha statuito come, ai fini della confisca *de qua*, fosse solo necessaria la sussistenza della penale responsabilità dell'imputato in ordine al reato di lottizzazione abusiva, senza che ciò si sostanziasse in una vera e propria sentenza di condanna, ben potendo tale

accertamento essere contenuto anche in una sentenza di proscioglimento per prescrizione.

La ragione di una nuova linfa al dibattito deriva dall'aver la Corte suprema recepito nel prologo il *dictum* di Strasburgo, affermando al paragrafo 4.3: *“Può dunque dirsi che, nella “lettura” data da questa Corte, l’art. 44 cit., là dove ricollega la confisca lottizzatoria all’accertamento del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna “formale” permettendo di fondare la “legittimità” del provvedimento ablatorio su un accertamento del fatto che, pur assumendo le forme esteriori di una pronuncia di proscioglimento, equivale, in forza della sua necessaria latitudine (estesa alla verifica, oltre che dell’elemento oggettivo, anche dell’esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l’aspetto dell’imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) e delle sue modalità di formazione (caratterizzate da un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati), ad una pronuncia di condanna come tale rispettosa ad un tempo dei principi del giusto processo e dei principi convenzionali, proprio come riconosciuto, da ultimo, anche dalla Corte EDU”*.

In tutto questo non va però dimenticato che la natura della confisca lottizzatoria è sostanzialmente penale e che questo principio, vista la pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, costituisca ora *“diritto consolidato”*, per cui la reiterata qualifica di sanzione amministrativa della confisca non è più giustificabile.

Proprio tale punto porta a ritenere come il diplomatico *dictum* di Strasburgo sia stato recepito con passività disarmante da parte della Corte di legittimità, laddove la stessa non si è in alcun modo interrogata sulla tenuta dell’assunto: reato prescritto sopravvivenza della pena, rispetto al nostro statuto penale ed in specie con riguardo al principio di legalità interna (art. 25 Cost.), il quale non ammette né deroghe né recuperi di legalità in sede processuale.

E’ probabile che il motivo di un tale atteggiamento si annidi - ancora una volta - nell’atavica insofferenza verso la capacità erosiva della prescrizione, la quale non permette di realizzare una effettiva tutela penale, ma al contrario una vera e propria zona franca in cui per effetto del decorso temporale il crimine paghi.

Già in altra occasione, infatti, la giurisprudenza di legittimità³ non aveva fatto mistero di queste sue ragioni di giustizia sostanziale, ammonendo come un

indirizzo che negasse la possibilità di operare la confisca senza una sentenza di condanna, in particolare nel caso di estinzione del reato per prescrizione, presentasse elementi di forte aporia e rischi di negative ricadute sul piano della effettività della tutela penale ed evocando a tal fine una dottrina⁴ autorevole, ma non certo moderata, secondo cui è *“antigiuridico e immorale che il corrotto, non punibile per qualsiasi causa possa godersi il denaro che egli ebbe per commettere il fatto obiettivamente delittuoso”*.

Si tratta di ragioni che non hanno lasciato impassibile nemmeno la Corte EDU, la quale proprio nella sentenza sopra richiamata ha affermato al punto 260 come sia rilevante *“la lotta contro l’impunità che deriva dal fatto che, per effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di questi reati sfuggirebbero sistematicamente all’azione penale e, soprattutto, alle conseguenze dei loro misfatti”*.

Questo non deve però bastare a legittimare una pericolosa deroga al principio di legalità interna, potenzialmente gravida di conseguenze negative rispetto ad altri istituti qualificati come sanzioni penali (es. la confisca per equivalente), che così potrebbero trovare applicazione anche a reato prescritto e senza una preventiva sentenza di condanna.

2. La natura della confisca urbanistica e i presupposti processuali per la sua applicazione: un breve excursus sulla posizione della giurisprudenza interna e le influenze della Corte EDU.

La confisca in generale, a causa del suo carattere multiforme, della sua continua proliferazione anche in leggi speciali e della varietà di opinioni (dottrinarie e giurisprudenziali)⁵ circa la natura, rappresenta più di ogni altro istituto la cartina tornasole di un diritto penale ormai lontano dalla coerenza interna di un tempo, la quale era sinonimo di certezza circa le conseguenze di un dato comportamento vietato dalla legge.

Tra le problematiche di questo istituto figurano proprio quelle relative alla natura e alla sua applicazione. Più precisamente su quest’ultima, ci si è interrogati se e quando possa essere disposta in caso di proscioglimento dell’imputato.

Se si guarda al dato normativo contenuto nel codice la risposta sembra semplice: esisterebbe solo un caso in cui il legislatore consente l’esercizio dei poteri ablativi da parte del giudice anche in presenza di proscioglimento dell’imputato, ossia nell’ipotesi di

cose assolutamente vietate prevista dall'art. 240 comma 2, n. 2 c.p., lasciando per il resto l'operatività della confisca alla pronuncia di una sentenza di condanna.

Viceversa, la giurisprudenza ritiene che il giudice a date condizioni disponga di poteri ablativi anche in caso di proscioglimento dell'imputato, tanto che in alcuni settori del diritto penale speciale, come nel caso dei reati edilizi, la confisca avviene in modo sistematico e in una logica di supplenza rispetto alla inerzia della P.A., cui spetta anche poteri di confisca e/o demolizione delle opere abusive.

Proprio la norma sulla confisca urbanistica aveva dato vita ad un formante giurisprudenziale interno⁶ per cui la stessa trovava applicazione anche: 1) in assenza di condanna, bastando il semplice accertamento del reato contenuto in una sentenza di proscioglimento, 2) in forza del solo accertamento del fatto di lottizzazione nella sua materialità, prescindendo dall'elemento soggettivo, 3) nei confronti dei terzi in buona fede.

Tale orientamento riposava su ragioni di carattere ermeneutico, quali: a) l'art. 44 comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 utilizza la locuzione "sentenza definitiva del giudice penale" diversamente dall'art. 31 comma 9 che subordina l'ordine di demolizione delle opere abusive da parte del giudice penale alla sentenza di condanna, b) la confisca dell'art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001 è istituito ontologicamente diverso da quello di cui all'art. 240 c.p., poiché la prima configura una espropriazione a favore dell'autorità comunale, mentre la seconda a favore dell'autorità statale; perciò non è una misura di sicurezza, ma, al pari dell'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive ex art 31 comma 9, è una sanzione amministrativa applicata dal giudice penale con funzione di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del comune ai sensi dell'art. 30 commi 7 e 8 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Un meccanismo così congegnato era chiaro che travolgesse i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, laddove ignorava la complessità delle questioni e il grado di responsabilità soggettiva dei soggetti coinvolti.

Pertanto, detto indirizzo si pensava potesse iniziare a vacillare sotto i colpi della giurisprudenza di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Sud Fondi contro Italia*⁷, la quale ha affermato la riconducibilità della confisca urbanistica alla sanzione penale, chiarendone la

natura di pena alla luce dei criteri di valutazione sviluppati a partire dalla sentenza *Engel*⁸ e ribaditi in quella *Welch*⁹, con tutto il carico di garanzie ex artt. 6 e 7 CEDU che questo comportava.

Nel caso di specie, le ragioni per qualificare come sostanzialmente penale la misura ablatoria sono state: 1) la circostanza che fosse conseguente a un reato, 2) l'irrogabilità da parte del giudice penale, c) il carattere particolarmente afflittivo e punitivo, piuttosto che ripristinatorio, laddove colpisce sia i manufatti abusivi che i terreni ineditati.

La Corte EDU ha chiarito quindi quale fosse la condizione necessaria per disporre la confisca, ossia un'imputazione soggettiva (dolo o colpa) del fatto.

Queste affermazioni sono state poi ribadite dalla stessa Corte nella successiva sentenza *Varvara*¹⁰, la quale ha posto un ulteriore paletto alla possibilità di disporre la confisca urbanistica, vale a dire una formale condanna, escludendone l'applicazione nei casi di proscioglimento per prescrizione del reato.

Ciò nonostante, il giudice interno¹¹ ha continuato a tenere fermo il punto sulla natura amministrativa della confisca, così da consentire l'applicazione della misura anche in caso di prescrizione del reato, ed aprendosi solo con riguardo alla ritenuta necessità di un pieno accertamento sulla sussistenza del reato in tutti i suoi elementi, tanto da spingersi al punto di ritenere inoperante l'obbligo di cui all'art 129 c.p.p.

A spalleggiarlo è stata anche la Corte costituzionale, che con la sentenza n. 49 del 2015¹² - dopo aver preliminarmente stabilito come solo il diritto consolidato della Corte EDU (es. quello accreditato dalla Grande Camera) rappresenta un vincolo interpretativo per il giudice interno - ha fornito una propria lettura al provvedimento *Varvara*, rilevando come il concetto europeo di condanna a una "sanzione criminale" debba essere inteso in chiave sostanziale e non formale, ergo la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non è né logicamente né giuridicamente incompatibile con un pieno accertamento di responsabilità cui segua la confisca urbanistica.

La posizione della Consulta si presentava ambigua, perché pur continuando a considerare la confisca urbanistica come una sanzione amministrativa, imponeva comunque lo *standard* di garanzie processuali delle pronunce sanzionatorie di tipo penale; atteggiamento questo che apriva però ad una involuzione sostanziale del principio di legalità non più circoscritto ai confini della riserva di legge.

Autorevole dottrina¹³ evidenziava il timore che la tesi propugnata dalla Consulta avesse potuto portare a un “*corto circuito garantistico*” e ad una concezione della legalità debole, nascosti dietro dicotomie che contrappongono forma e sostanza, diritto e giustizia, specie al cospetto dell’idolo polemico della prescrizione.

In tale scenario interveniva, infine, la Grande Camera della Corte EDU¹⁴, che - ponendosi in rapporto di discontinuità con la sentenza *Varvara* – affermava ciò che prima sembrava una eresia, ovvero che una pena, quale è la confisca urbanistica, potesse trovare applicazione anche a reato prescritto, purché l’illecito sia comunque accertato secondo un giusto processo. La Corte di cassazione a sezioni unite, infine, non si confronta sulla tenuta interna di un tale principio, aggirando la problematica attraverso la ormai stantia qualificazione della confisca come sanzione amministrativa, nonostante il riconoscimento della natura penale della confisca urbanistica costituisca, a seguito della sentenza GIEM srl e altri c. Italia, “*diritto consolidato*”.

Stando così le cose, lo stato dell’arte a livello nazionale appare ora essere il seguente: la confisca urbanistica, benché costituisca nella sostanza una sanzione penale, resta applicabile anche a reato prescritto, purché vi sia un accertamento pieno del fatto illecito.

3. Le legittime ragioni di un dissenso.

Quanto sopra porta a interrogarsi sulla legittimità del *modus procedendi* adottato nel tempo dalla nostra giurisprudenza riguardo all’applicazione della confisca urbanistica.

Su tale ultimo aspetto, in particolare, la domanda da porsi è se la sopravvivenza di detta sanzione (la cui natura penale non pare possa più ignorarsi) all’estinzione del reato per prescrizione - anche ad ammettere la compatibilità (*sic!*) con gli artt. 6 e 7 CEDU – sia altrettanto tollerabile dalla nostra Costituzione ed in particolare dall’art. 25.

Ma andiamo per gradi e muoviamo dalla teorica originaria della natura amministrativa di detta confisca. Innanzitutto, la strada esegetica percorsa dalla giurisprudenza per giustificare la confisca urbanistica in caso di proscioglimento non convince, poiché si mostra distonica rispetto alla disciplina di cui all’art. 240 c.p., con ciò volendo rilevare che se mai il legislatore avesse voluto discostarsi dai principi generali della

confisca, lo avrebbe fatto rinunciando espressamente al requisito della condanna.

Lo stesso dicasi per la tesi dell’accertamento incidentale con contestuale disapplicazione dell’art. 129 c.p.p., la quale è stata correttamente abbandonata solo con il recente intervento delle sezioni unite.

Queste ultime nel pronunciarsi in senso contrario hanno, infatti, evidenziato come si oppone alla disapplicazione della norma sia l’assenza di specifiche disposizioni di legge che lo consentano espressamente, sia la natura amministrativa della sanzione.

Il maturare della prescrizione indica il momento in cui dovrà verificarsi se sia o meno provato il reato di lottizzazione abusiva, così da potere nel caso applicare la confisca.

Il tema può essere lumeggiato anche attraverso ulteriori argomenti rispetto a quelli sviluppati dalla Corte di Cassazione.

E invero, il giudice giacché applica la confisca urbanistica in via di supplenza rispetto alla PA (nel caso il Comune), qualora si astenga dal pronunciare immediatamente il proscioglimento per prescrizione del reato ai sensi dell’art. 129 c.p.p., iniziando o completando l’istruttoria dibattimentale, verrebbe ad esercitare, oltre a una attività processuale in violazione ai limiti della norma processuale prima richiamata, soprattutto una potestà riservata dalla legge ad altro organo dello Stato/PA, ossia al Comune ex art. 30 del d. P.R. n. 380 del 2001.

La prosecuzione dell’istruttoria a reato prescritto non sarebbe conforme alla competenza funzionale del giudice penale, che esercita la propria giurisdizione ex artt. 6 e 33 *ter* c.p.p. ai fini dell’accertamento dei reati e giammai ai soli fini della irrogazione delle sanzioni amministrative, le quali possono essere irrogate dal giudice penale in caso di connessione obiettiva tra infrazione amministrativa e reato e solo con sentenza di condanna, tornando gli atti all’autorità amministrativa in caso di estinzione del reato (art. 24 l. n. 689 del 1981).

Diversamente opinando, si finirebbe per riconoscere in capo al giudice una potestà di natura amministrativa non più consentita, con un conseguente *vulnus* al principio di separazione dei poteri.

A nulla varrebbe invocare poi in senso contrario l’annotazione processuale contenuta nella sentenza delle Sezioni unite De Maio, secondo cui la legge processuale prevederebbe diversi casi in cui il giudice conserva i poteri di accertamento anche a reato prescritto, indicando allo scopo gli artt. 578 e 425, co.

4 c.p.p. a cui oggi si andrebbe ad aggregare l'art. 578 bis c.p.p.

Si tratta, infatti, di disposizioni a carattere eccezionale, le quali si riferiscono ad ipotesi specifiche con proprie peculiarità, ad esempio l'udienza preliminare è strutturalmente concepita come filtro di verifica della fondatezza dell'ipotesi accusatoria¹⁵ e non già come sede di accertamento di merito; le ipotesi di accertamento incidentale da parte del giudice di appello, invece, richiedono entrambe, quale *condicio sine qua non*, che vi sia già stata in primo grado una sentenza di condanna¹⁶; pertanto non possono avere alcuna portata generale, ma essere limitate ai soli casi in esse considerate ai sensi dell'art. 14 disp. prel c.c.

Il discorso svolto vale a maggior ragione laddove la confisca urbanistica abbia natura penale, dovendosi nel caso aggiungere la preclusione che una tale interpretazione verrebbe a ricevere dal principio di legalità penale.

Già all'indomani della sentenza della Grande Camera, un'attenta dottrina¹⁷ aveva segnalato come l'affermazione fatta dai giudici europei, circa la possibilità di applicazione di una sanzione penale, quale la confisca urbanistica, anche a reato prescritto, fosse in contrasto *“con la natura e la ratio della prescrizione del reato, con il principio di legalità penale, con la presunzione di non colpevolezza, e con lo stesso corpus delle norme processuali vigenti (in Italia), nessuna delle quali...autorizza a giungere alla conclusione cui è pervenuta la Corte di Strasburgo”*.

Difatti osta a tale interpretazione il principio di stretta legalità in materia penale garantito dall'art. 25 comma 2 della Cost., a cui è assoggettata nel nostro ordinamento la prescrizione, la quale determina l'estinzione del reato e, con esso, delle pene¹⁸.

La qualifica di norma di carattere sostanziale della prescrizione attribuisce un livello di protezione più elevato di quello riconosciuto dall'art. 7 CEDU.

La Costituzione italiana, infatti, conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalla CEDU, perché non limitato alla descrizione del fatto reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità¹⁹.

Pertanto, anche se l'art. 7 CEDU – avendo fuori dal suo perimetro le cause di estinzione del reato - riconosce la possibilità di accertare il reato e di applicare la pena anche a seguito della prescrizione, lo stesso deve arretrare ex art. 53 CEDU in presenza del nostro

art. 25 Cost., il quale garantisce alla medesima situazione una tutela più elevata.

Né lo sbarramento potrebbe essere superato attraverso un recupero della legalità in sede processuale - come avviene invece in ambito amministrativo nei settori regolati dalle Autorità indipendenti - dove le disposizioni, nel conferire i poteri all'amministrazione, si limitano a stabilire le finalità per il cui raggiungimento sono stati assegnati, ma non precisandone il contenuto (c.d. poteri impliciti)²⁰, cosicché la caduta del valore della legalità c.d. forte viene compensata con la legalità procedurale, sotto forma di garanzia del contraddittorio - venendo in gioco sul piano penale il bene della libertà della persona.

4. Rischi e possibili soluzioni a una deriva pericolosa.

L'applicazione della confisca urbanistica a reato prescritto nasconde probabilmente l'esigenza della magistratura di reprimere fenomeni ambientali e paesaggistici rispetto ai quali le amministrazioni pubbliche spesso rimangono inermi.

In tal senso possono, altresì, richiamarsi le considerazioni critiche formulate dal giudice portoghese Pinto de Albuquerque²¹ il quale, esprimendo la propria posizione contraria all'interno della Grande Camera nella sentenza *G.I.E.M. e altri contro Italia*, ha affermato: *“il giudice non dovrebbe impegnarsi in tali calcoli, comportandosi come un ausiliario soggetto agli interessi e alle scelte politiche del Governo, soprattutto non in un settore giuridico così sensibile come il diritto penale. Il punto fondamentale è che il giudice non deve far pesare sulle persone in questione le carenze di una politica penale irrazionale dello Stato, e in particolare di una politica che induce l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi”*.

Una tale visione non solo trasforma il giudice penale in un organo di supplenza dell'amministrazione in aperto contrasto con il principio di separazione dei poteri, ma offre un concetto di legalità in chiave sostanziale.

Sul punto è stato acutamente osservato²² come lo sforzo di trovare un compromesso fra garanzie individuali e repressione dei fenomeni di lottizzazione abusiva sembra schiacciato dall'impossibilità di armonizzare l'inconciliabile, se non al prezzo di una vistosa lesione dei principi generali: un prezzo che rappresenta il frutto dell'illusione pangiustizialista secondo cui il diritto e il processo penale sono gli unici

rimedi all'infrazione dell'ordine sociale, a causa dell'inefficienza dei controlli e delle sanzioni non penali.

Il rischio è che nel lungo periodo il principio possa estendersi oltre la confisca urbanistica ed interessare tutte le altre pene, principali e accessorie, non solo di matrice patrimoniale ma anche incidenti sulla libertà personale²³.

Invero, una volta inoculato nel sistema il principio del superamento della prescrizione in primo grado ai fini dell'applicazione di una pena, non si vede perché distinguere tra le diverse sanzioni penali, laddove tutte presentino lo stesso minimo comune denominatore, ossia l'afflittività.

Tale pericolo deve essere avvertito come particolarmente vicino specie laddove si consideri l'introduzione nel 2017 dell'art. 578 *bis* c.p.p. e il suo ampliamento nel 2019, la quale è stata voluta per evitare che la prescrizione del reato sopraggiunta in grado di appello o di cassazione, a fronte di un'affermazione di responsabilità che resta immutata nella sostanza, vanifichi la confisca penale (artt. 240 *bis* e 322 *ter* c.p.).

Orbene la necessità di tutelare beni comuni come ambiente e territorio non può portare a una "bulimia sanzionatoria", destinata a sacrificare le garanzie previste nel nostro sistema penale, mettendone in dubbio alcuni dei capisaldi.

Un autore²⁴ suggerisce - come possibile soluzione per arginare il pericolo - un intervento del legislatore o volto a rimodulare la confisca urbanistica in modo da ricondurla nell'alveo del diritto amministrativo ovvero ad agire sul regime prescrizione di tali reati.

In attesa dell'intervento di un legislatore - cosa ancor più rara - illuminato e buon conoscitore dei principi generali del nostro ordinamento, una reazione a

questo stato di cose e al rischio di un loro aggravamento, potrebbe passare dalla proposizione di eccezioni di incostituzionalità, le quali investano l'attuale tenuta dell'art. 44 comma 2 del d. P.R. n. 380 del 2001 ma rispetto all'art. 25 Cost. e non più all'art. 7 CEDU, a suo tempo preso a riferimento dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di Teramo nel rimettere la questione da cui la sentenza della Consulta n. 49 del 2015.

La portata più ampia del principio di legalità interno dovrebbe far protendere per un *favor constitutionis*, mettendo al riparo da una nuova dichiarazione di inammissibilità della questione.

E invero, la Consulta ha guardato in quella sede alla possibilità di un accertamento *post* prescrizione, nulla dicendo sulla funzione ricoperta nel nostro ordinamento dall'istituto; punto quest'ultimo su cui, invece, la stessa si è spesa parecchio con la successiva ordinanza n. 24 del 2017²⁵ sul caso *Taricco* (prescrizione e reati fiscali in materia d'IVA), ribadendone il carattere sostanziale, la sua sottoposizione al principio di legalità, così da escludere modifiche del penalmente rilevante ad opera della giurisprudenza con o senza l'influsso delle fonti sovranazionali.

Appare, pertanto, altamente improbabile che la Corte costituzionale cambi idea sul punto, contraddicendo sé stessa ed assumendo così riguardo alla perimetrazione della punibilità una sorta di "doppia personalità".

Antonio Trimboli

Avvocato penalista del Foro di Roma.

Docente a contratto di diritto penale presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università di Perugia.

¹ Cfr. Sez. un. 30 gennaio 2020, Perroni, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4

² Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*, in www.archiviopenale.it.

³ Cfr. Sez. un., 10 luglio 2008, De Maio, in *CED Cass.* n. 240565.

⁴ Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, Utet, 1961, p. 369.

⁵ Cfr. a titolo esemplificativo sul tema generale della confisca, in dottrina: NICOSIA, *La confisca, le confisce*, Giappichelli, 2012; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1672; FUZIO, *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da Lattanzi - Lupo, *sub* art. 240 c.p., Giuffrè, 2000, p. 860; ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Utet, 1989, p. 39; in giurisprudenza: Sez. un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), Lucci, in *CED Cass.* n. 264437; Sez. un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Spinelli, in *CED Cass.* n. 262604; Sez. un., 31 gennaio 2013 (dep. 23 aprile 2013), Adami, in *CED Cass.* n. 255037; Sez. un., 10 luglio 2008, De Maio, *cit.*; Sez. un., 25 marzo 1993 (dep. 23 aprile 1993), Carlea, in *CED Cass.* n. 193119.

⁶ Cfr. *ex multis*: sez. III, 21 novembre 2007 (dep. 5 marzo 2008), Quattrone, in *CED Cass.* n. 238984; sez. III, 12 novembre 1990 (dep. 18 dicembre 1990), Licastro, in *CED Cass.* n. 186011. Tale approccio esegetico si mostrava però poco in linea con la rubrica dello stesso art 44 del testo unico dell'edilizia recante la dizione "sanzioni penali".

⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, in www.archiviopenale.it.

⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*.

⁹ Cfr. C. eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

¹⁰ Cfr. C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in www.archiviopenale.it. In dottrina cfr.: BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *questa rivista*, 2014, p. 1396; MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹¹ Cfr. sez. III, 25 giugno 2018 (dep. 3 ottobre 2018), Tammaro, in *CED Cass.* n. 274196; sez. III, 8 aprile 2015 (dep. 22 aprile 2015), Boezi, in *CED Cass.* n. 263585; sez. III, 30 aprile 2009 (dep. 20 maggio 2009), Casasanta, in *CED Cass.* n. 243630. Secondo le ultime pronunce la disapplicazione dell'art. 129 c.p.p. sarebbe imposta dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale.

¹² Cfr. C. cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, p. 391. Secondo la Consulta – paragrafi 6, 6.1 e 6.2 - esigere la condanna penale per l'applicazione di una sanzione di carattere amministrativo determinerebbe l'assorbimento della stessa nella sfera penale, con un *vulnus* al principio di sussidiarietà per il quale la criminalizzazione costituendo *extrema ratio* deve intervenire solo quando non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire. Allo stesso tempo, in senso antitetico, riconosce la validità di una lettura sostanziale e non necessariamente formale della condanna quale presupposto per l'applicazione di una sanzione criminale. In dottrina cfr.: VIGANO', *La consulta e la tela di Penelope*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 421; MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2206.

¹³ Cfr. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., p. 2227.

¹⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*, cit. In dottrina cfr.: CIVIELLO, *La sentenza GIEM srl e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in www.archiviopenale.it; CIVIELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le resistenze italiane alla sentenza GIEM srl e altri c. Italia*, *ivi*; RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2018.

¹⁵ Cfr. sez. II, 6 novembre 2012 (dep. 22 gennaio 2013), Furlan, in *CED Cass.* n. 254465. Il punto non cambia anche qualora si segua l'orientamento secondo cui il giudice dell'udienza preliminare deve fare una rigorosa valutazione di effettiva consistenza del materiale probatorio posto a fondamento dell'accusa, ovvero verificare se gli elementi a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio siano idonei a dimostrare la sussistenza di una minima probabilità che, all'esito del dibattimento, possa essere affermata la colpevolezza dell'imputato. In tal senso cfr.. sez. VI, 24 febbraio 2016 (dep. 27 aprile 2016), Tali, in *CED Cass.* n. 267074.

¹⁶ Cfr. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (cd spazzacorrotti) trasforma gli artt. 578 e 578 bis in una disciplina a termine*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

¹⁷ Cfr. CIVIELLO, *La sentenza GIEM srl e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"?* cit., p. 11 e ss.

¹⁸ Cfr. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., p. 2218 e ss. L'autore – sebbene con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 - ha posto invece il problema non già nella prospettiva del principio di legalità sostanziale, bensì del giusto processo ex art. 6 CEDU.

¹⁹ Cfr. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem "a meno che" non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 114 ss. L'autore si sofferma ampiamente sul modello della legalità penale italiano, eurounitario e convenzionale, evidenziandone le differenze.

²⁰ Cfr. *ex multis*: C. Stato, sez. VI, sentenza n. 1532 del 20 marzo 2015, in www.neldiritto.it.

²¹ Cfr. Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente, paragrafo II, lett. B, sub. I), punto 29, riportata in calce alla sentenza della Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*.

²² Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1996, p. 573, richiamato da MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit. p. 2227.

²³ In tal senso sebbene per le sole pene pecuniarie cfr. CIVIELLO, *La sentenza GIEM srl e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"?* cit., p. 12.

²⁴ Cfr. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti*, in *Dir. pen. contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 4/2017, p. 266 ss. Interessanti sono i rimandi alla recente giurisprudenza amministrativa e alla tendenza di questa di far applicazione della misura ablatoria di cui all'art. 31 del d. P.R. n. 380 del 2001.

²⁵ Cfr. C. cost., 26 gennaio 2017, n. 24, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1342 con nota di GAMBARDELLA, *Irretroattività e determinatezza della regola Taricco: la valutazione, nel rispetto del primato del diritto dell'Unione, spetta alla Corte costituzionale*.

Impegno a versare e non operatività della confisca ex art. 12-bis comma 2 D. Lgs. 74/2000.

di **L. Gucciardo**

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14738/2020, ha escluso l'applicabilità dell'art. 85 disp. att. c.p.p. al sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria ex art. 12-bis del D.Lgs. 74/2000, precludendo alla possibilità di richiedere la restituzione di somme di denaro in sequestro subordinata all'esecuzione, entro un termine prefissato, di specifiche prescrizioni, al fine di estinguere, mediante versamento alle casse erariali, il debito d'imposta.

I giudici hanno infatti ritenuto che l'art. 85 disp. att. c.p.p. sia esclusivamente applicabile all'ambito del sequestro probatorio, in quanto con la riforma dell'art. 104 delle disp. att. c.p.p., rubricato «Esecuzione del sequestro preventivo», è stato eliminato dalla norma il riferimento alle disposizioni relative al sequestro probatorio contenute nel capo VI.

L'art. 85 disp. att. c.p.p., inoltre, prevede che la compiuta ottemperanza delle prescrizioni costituisce condizione risolutiva del vincolo processuale, sicché il bene, solo materialmente traslato al privato, fino al suo avverarsi non è nella disponibilità giuridica di quest'ultimo, ma solo nella sua disponibilità materiale: il denaro, perciò, non potrebbe essere restituito previa esecuzione di specifiche prescrizioni se tali prescrizioni consistono nel suo impiego e quindi nella sua piena disponibilità di fatto e di diritto.

Sommario. 1. Introduzione – 2. Il caso. – 3. La ratio dell'art. 12-bis, comma 2, del D.Lgs. 74/2000. - 4. Impegno a versare all'erario e applicazione dell'art. 12-bis, comma 2, del D.Lgs. 74/2000. - 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

Il ruolo sistematico dell'art. 12-bis, comma 2, del D.Lgs. 74/2000 appare particolarmente importante. La disposizione individua nel pagamento del tributo il momento in cui ha luogo il coordinamento tra procedimento tributario e penale, producendo un effetto impeditivo alla confisca in ragione dell'impegno assunto dal contribuente a versare le somme che sono oggetto del debito tributario e che costituiscono, dunque, imposta evasa ai sensi dell'art. 1, lett. f), del D.Lgs. 74/2000.

Il tema concernente l'applicazione della disposizione è certamente attuale e presenta profili di incertezza che sono costantemente oggetto di dibattito, soprattutto alla luce degli spazi interpretativi che la disciplina offre e che ha offerto sin dalla sua entrata in vigore. È infatti centrale assumere che, al di là del significato letterale desumibile della norma, la sua applicazione appare complessa e non priva di interrogativi.

Infatti, ferma restando l'autonomia al giudice penale rispetto alle determinazioni degli uffici dell'Amministrazione finanziaria e del giudice tributario, è indubbio che, in conformità al dettato normativo di cui all'art. 12-bis, comma 2, del D.Lgs. 74/2000, il procedimento penale può subire significative rifluenze

dall'assunzione dell'impegno del contribuente a versare il *quantum* dovuto, definito secondo le procedure proprie della disciplina tributaria.

In virtù di quanto appena evidenziato, la giurisprudenza di legittimità, dall'entrata in vigore del D.Lgs. 158/2015, con cui è stato aggiunto al D.Lgs. 74/2000 l'art. 12-bis, ha dovuto elaborare taluni principi che oggi costituiscono un indispensabile strumento per orientare gli interpreti nel ginepraio applicativo della peculiare norma.

La pronuncia in commento rappresenta una pronuncia essenziale e unica in tale panorama ermeneutico. Per comprendere la rilevanza della sentenza in rassegna occorre preliminarmente muovere dalla disamina del caso da cui è originata la controversia, per poi cercare di tratteggiare i lineamenti della disciplina e, dunque, i principi di matrice giurisprudenziale consolidatisi sul tema che ci occupa; infine si porrà attenzione al principio di diritto enunciato dagli ermellini, che rappresenta un'inversione di tendenza rispetto ai precedenti di legittimità esistenti.

2. Il caso.

La sentenza in esame, resa dal III Sezione penale della Corte di Cassazione, offre lo spunto per formulare alcune riflessioni in ordine all'applicazione dell'art. 12-

bis, comma 2, del D.Lgs. 74/2000, a norma del quale è esclusa l'operatività della confisca per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario, che nel caso di condanna o di applicazione su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. per uno dei delitti previsti dalla disciplina dei reati tributari deve essere sempre ordinata per i beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo.

Il caso in oggetto riguarda un'ordinanza del Tribunale di Verona, a cui era stato proposto appello avverso il rigetto della richiesta di restituzione di somme di danaro, valori finanziari e immobili sequestrati in esecuzione di un decreto del GIP, emesso per i reati di cui agli artt. 2 e 8 del D.Lgs. 74/2000, 648-ter.1, 512-*bis* c.p.. Il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, fino alla concorrenza di un valore pari ad € 17.368.821,00, includeva € 567.328,27, corrispondenti all'imposta complessivamente evasa in conseguenza dei reati tributari provvisoriamente ascritti. Di quest'ultima specifica somma il giudice aveva disposto il sequestro ai fini della confisca di cui all'art. 12-*bis* del D.Lgs. 74/2000, ordinandolo nei confronti delle società direttamente coinvolte, amministrate di fatto dal ricorrente, ovvero, in caso di impossibilità, nei confronti di quest'ultimo per un valore ad esso corrispondente.

Con una successiva ordinanza, il GIP di Verona aveva rigettato la richiesta di revoca parziale del sequestro mediante restituzione della somma di € 2.708.469,04, necessaria per aderire alla procedura di definizione agevolata delle controversie tributarie a norma dell'art. 6 del D.L. 119/2018, convertito con modificazioni dalla L. 136/2018, e poter fruire dei benefici di cui agli artt. 13-*bis* e 14 del D.Lgs. 74/2000. Il ricorrente, nello specifico, aveva chiesto che il giudice autorizzasse direttamente il Fondo Unico Giustizia, depositario della somma, a pagare direttamente l'importo richiesto in restituzione, pena la perdita definitiva dei benefici di legge.

Contro il rigetto della richiesta di revoca parziale del sequestro preventivo, il ricorrente aveva proposto appello al tribunale di Verona, che con ordinanza di rigetto motivava che (i) la somma chiesta in restituzione, pari ad € 2.708.469,04, è superiore al profitto dei reati tributari, calcolato in € 567.328,27, con conseguente impossibilità di utilizzarla, in quanto profitto di altri reati, per definire le pendenti controversie tributarie; (ii) la definizione agevolata delle controversie tributarie disciplinata dall'art. 6 del D.L. 119/2018 (cd. "pace fiscale"), non comporta il pagamento delle sanzioni e degli interessi con conseguente impossibilità di fruire dei benefici di cui agli

artt. 13-*bis* e 14 del D.Lgs. 74/2000; (iii) la cd. "pace fiscale" non è assimilabile alle speciali procedure conciliative di cui all'art. 13-*bis* del D.Lgs. 74/2000; (iv) le controversie tributarie che il richiedente aveva intenzione di definire non erano nemmeno tutte riconducibili alle vicende oggetto di cautela, posto che il profitto sequestrato riguarda, per la parte tributaria, solo i fatti commessi dagli anni 2011 in poi, laddove le pendenze tributarie delle quali si chiedeva la definizione agevolata riguardavano annualità di imposta dal 2006 in poi; (v) il fatto che, sino a confisca irrevocabilmente disposta, le somme siano di proprietà del soggetto al quale sono state sequestrate non comporta in capo a quest'ultimo il diritto alla restituzione o a disporne come meglio ritiene; (vi) con memoria difensiva il ricorrente ha ridotto l'importo chiesto in restituzione (determinandolo in € 1.231.817,24, somma necessaria per completare il pagamento in forma rateale – 19 rate trimestrali da € 61.590,88 l'una – per la definizione agevolata delle residue pendenze tributarie) ed ha indicato un ulteriore titolo della richiesta di restituzione individuandolo nell'art. 12-*bis* D.Lgs. 74/2000; (vii) il diverso titolo della richiesta nulla toglie al fatto che le somme richieste in restituzione riguardano per la gran parte i diversi delitti di autoriciclaggio e trasferimento fraudolento di valori; (viii) nemmeno la subordinata richiesta di restituzione della somma corrispondente al profitto dei reati tributari può trovare accoglimento in assenza di materiale versamento all'erario della somma stessa; (ix) la domanda di restituzione della somma di € 61.590,88, utilizzata per il pagamento della prima rata della definizione agevolata, costituisce domanda nuova ed in ogni caso la richiesta di revoca parziale del sequestro preventivo segue percorsi procedurali diversi.

La persona alla quale sono stati sequestrate le somme costituenti profitto dei reati, dunque, proponeva ricorso per cassazione contro la predetta decisione.

Per quanto di precipuo interesse, il ricorrente deduceva l'erronea applicazione dell'art. 12-*bis*, comma 2, del D.Lgs. 74/2000, nella parte in cui si esclude che il pagamento del debito tributario possa essere effettuato con le somme sottoposte a sequestro. Il ricorrente, in particolare, affermava che la richiesta di restituzione formulata al GIP di Verona – che lamentava non essere stata nemmeno presa in considerazione dal tribunale – era volta a trasferire la somma sequestrata direttamente dal Fondo Unico Giustizia alle casse erariali mediante compilazione del modello F24 ad opera del ricorrente stesso ovvero

mediante restituzione "vincolata" della somma, ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p..

La Corte di Cassazione rigettava il ricorso, ritenendo il motivo d'impugnazione infondato.

Gli ermellini – dopo avere diffusamente illustrato la disciplina concernente la gestione del Fondo Unico Giustizia – argomentavano che le somme di danaro sequestrate vengono materialmente e giuridicamente sottratte alla disponibilità del titolare, cui viene riconosciuto il solo diritto a ottenere, in caso di provvedimento di restituzione, il *tantundem eiusdem generis*, maggiorato dei relativi interessi, secondo lo schema civilistico tipico del deposito irregolare di cui all'art. 1782 c.c., in conseguenza del quale il danaro passa in proprietà del depositario (artt. 1782, comma 2, 1813 e 1814 c.c.). In conseguenza di tale circostanza, veniva sicché asserito che (i) delle somme sequestrate il depositario può farne l'uso che ritiene, esercitando le facoltà e le prerogative tipiche del proprietario; (ii) 1a natura pubblicistica della "causa/titolo" del deposito (il sequestro penale) giustifica limitazioni all'uso del *tantundem* o comunque ne comporta usi vincolati anche al fine di garantire al depositante il soddisfacimento del diritto alla (eventuale) restituzione; (iii) il riconoscimento di tale diritto esclude la natura irreversibile del trasferimento della proprietà del denaro sequestrato a favore del depositario.

Secondo la ricostruzione sistematica dei giudici, la normativa che disciplina l'uso delle somme sequestrate presuppone la proprietà da parte dell'ente pubblico depositario/gestore, acquisita in virtù del sequestro penale, che rende solo eventuale, senza escluderlo, l'obbligo della restituzione. Risulterebbe dunque pacifico che la natura pubblicistica della gestione delle somme sequestrate debba escludere che il giudice o il pubblico ministero possano disporre con provvedimenti atipici o per finalità non previste dalla legge come nel caso di specie, cioè imponendo il trasferimento della somma in sequestro direttamente dal FUG alle casse erariali, previa compilazione degli F24 da parte del soggetto titolare delle somme. La disposizione di cui all'art. 85 delle disp. att. c.p.p. – che disciplina la restituzione subordinata alla esecuzione, entro un termine prefissato, di specifiche prescrizioni, il cui adempimento deve essere garantito con l'imposizione di una cauzione – non dovrebbe quindi ritenersi applicabile alle somme di denaro oggetto di sequestro preventivo¹.

L'argomentazione dei giudici approdava alla conclusione che il denaro non può essere restituito «*previa esecuzione di specifiche prescrizioni*», se tali

prescrizioni consistono nel suo impiego e cioè nella sua piena disponibilità di fatto e di diritto, sul rilievo che l'utilizzo del denaro per effettuare dei pagamenti presuppone l'effettiva restituzione del denaro stesso prima ancora dell'avverarsi della condizione, ossia il pagamento.

Veniva infine chiarito che la modificazione dell'art. 104 delle disp. att. c.p.p., rubricato «*Esecuzione del sequestro preventivo*», avvenuta a seguito dell'entrata in vigore della L. 94/2009, e la contestuale eliminazione del riferimento dal corpo della norma all'art. 85 delle disp. att. c.p.p.², non può che indurre ad escludere l'applicazione di quest'ultima disposizione al sequestro preventivo³.

Per cogliere il senso delle motivazioni sottese alla decisione in esame, si ritiene utile esporre alcune considerazioni sulla controversa disciplina contenuta all'art. 12-bis, comma 2, del D.Lgs. 74/2000, muovendo preliminarmente dalla sua genesi e, in specie, sullo scopo perseguito dal legislatore.

3. La ratio dell'art. 12-bis, comma 2, del D.Lgs. 74/2000.

L'art. 12-bis, comma 2, del D.Lgs. 74/2000 stabilisce che «*La confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta*».

La norma è stata introdotta con l'art. 10, comma 1, del D.Lgs. 158/2015 e rientra nel disegno riformatore definito del diritto penale della riscossione⁴. Il ruolo sistematico della previsione appare particolarmente importante, perché esprime il principio di alternatività tra misura confiscatoria e recupero del tributo, che sino alla riforma del 2015 non aveva trovato una base normativa⁵. Tale alternatività è costruita riconoscendo priorità all'estinzione del tributo secondo le modalità proprie del procedimento tributario, così da collocare la confisca in una posizione sussidiaria e *post-riparatoria*⁶. In sostanza, la confisca del profitto o del prodotto del reato tributario risulta essere direttamente condizionata dall'attività *extra*-penale di riscossione e comunque subordinata ed eventuale al mancato versamento del *quantum* dovuto⁷.

L'intervento riformatore del 2015 appare dunque proiettato verso lo scopo di interdire la misura ablatoria allorché il contribuente s'impegna a pagare, in tutto o in parte, il debito tributario, utilizzando le somme potenzialmente confiscabili ovvero liquidità provenienti dalla disponibilità di beni diversi dal denaro, emergendo così la volontà di far prevalere le pretese creditorie dell'Amministrazione finanziaria su

quelle ablatorie conseguenti alla confisca, derivandone, dunque, l'incentivo al pagamento spontaneo, sebbene tardivo, da parte del contribuente resosi responsabile di una dei delitti di cui al D.Lgs. 74/2000⁸. È peraltro pacifico che il pagamento del debito tributario, totale o parziale, deve azzerare o ridurre il profitto del reato, con conseguente esclusione o diminuzione della misura della confisca⁹. Siffatto principio, già affermato dalla giurisprudenza di legittimità¹⁰, è fondato sull'assunto che in caso di pagamento delle somme evase costituenti reato, il sequestro o la confisca vanno riproporzionati al debito ancora dovuto. In caso contrario, ossia qualora dovessero coesistere il versamento spontaneo delle imposte dovute e la confisca *ex art. 12-bis*, comma 1, del D.Lgs. 74/2000, avrebbe luogo una duplicazione esattiva, cioè discendente dalla congiunta applicazione delle procedure riscossive proprie della disciplina tributaria e della misura confiscatoria¹¹, con conseguenze lesione del principio di proporzionalità¹².

Quest'ultima considerazione, in particolare, trova fondamento nella nozione di profitto del reato¹³, valevole per il precipuo comparto penale tributario, costituito dal vantaggio economico effettivamente conseguito tramite un risparmio di spesa in grado di diminuire o pregiudicare il flusso delle entrate tributarie¹⁴. Il profitto del reato, propriamente inteso per la disciplina dei delitti tributari, è infatti coincidente con la nozione di imposta evasa¹⁵, espressamente definita dall'art. 1, comma 1, lett. f), del D.Lgs. 74/2000¹⁶, a norma del quale l'imposta evasa viene individuata nella differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero nell'intera imposta dovuta in caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine. In sostanza, l'imposta evasa perimetra il reale risparmio, prevedendo, in particolare, che non si considera imposta evasa quella teorica. La Corte di cassazione¹⁷ ha in proposito chiarito che in sede penale debba darsi prevalenza al dato fattuale reale rispetto ai criteri formali che caratterizzano la determinazione dell'imposta ai fini tributari¹⁸.

È dunque solo mediante l'identificazione dell'incremento economico che può stabilirsi se l'illecito sia stato realizzato, che va vagliato alla luce delle singole fattispecie racchiuse nel D.Lgs. 74/2000 e del modulo di attuazione dell'obbligazione tributaria¹⁹. Ed è nella

misura dell'incremento economico che deve essere pertanto ordinata la confisca di cui all'art. 12-*bis*, comma 1, del D.Lgs. 74/2000. Risulta sicché logica conseguenza che le eventuali eccedenze travalicherebbero la funzione propria della misura ablativa, diretta a privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa (e non oltre). L'art. 12-*bis*, comma 2, del D.Lgs. 74/2000, in sostanza, sembrerebbe prevedere una meccanica e ovvia riduzione dell'ammontare del profitto confiscabile in conseguenza dell'adempimento, anche parziale, del debito tributario, approntando l'inoperatività della confisca quale effetto dell'impegno del contribuente ad eseguire il pagamento²⁰.

Ebbene, è di tutta evidenza che la norma, apparentemente chiara sotto il profilo sistematico, presenta diversi nodi: il primo riguarda il significato di impegno a versare; il secondo, assai più complesso da sciogliere, è chiarire come debba applicarsi la norma, al fine di stabilire se l'impegno del contribuente determini il venir meno dei presupposti per ordinare la confisca ovvero, come parrebbe, soltanto per la sua operatività.

Per procedere alla disamina della sentenza in commento, a questo punto, è necessario affrontare tali due ulteriori questioni, avendo cura di attingere dalla giurisprudenza i principi che più si attagliano alla risoluzione delle problematiche sul tappeto.

4. Impegno a versare all'erario e applicazione dell'art. 12-*bis*, comma 2, del D.Lgs. 74/2000.

In ordine al significato di impegno a versare, sebbene la norma sia caratterizzata da una formulazione normativa atecnica e corriva²¹, sembra corretto ritenere che, pur operando il principio del libero convincimento, con la conseguente assenza di una prova legale cui possa ritenersi subordinata la dimostrazione dell'impegno, quest'ultimo possa e debba essere valorizzato solo se si sostanzia in un impegno formale e tipico che il contribuente abbia assunto con l'Amministrazione finanziaria, attraverso soprattutto il ricorso alle speciali procedure previste dalle norme tributarie²².

Posto, dunque, che deve del tutto escludersi che sia sufficiente una promessa a versare, tecnicamente con una mera dichiarazione di intenti²³, dovendosi ritenere validamente accettabili solamente gli obblighi assunti formalmente, occorre chiarire quali siano le procedure previste dalle norme tributarie a cui si possa fare ricorso.

La giurisprudenza di legittimità²⁴ ritiene – condivisibilmente – che tra le procedure previste dalle norme

tributarie possano certamente rientrare le ipotesi di accertamento con adesione, di conciliazione giudiziale, di transazione fiscale, ma anche quelle di attivazione di procedure di rateizzazione, automatica o a domanda. E non potrebbe essere altrimenti. Qualora venisse ritenuta sufficiente la mera esternazione unilaterale del proposito di adempiere al pagamento, una mera promessa ad adempiere, svincolata da ogni scadenza e da ogni obbligo formale nei confronti della controparte, il contribuente potrebbe infatti godere dei vantaggi di non subire alcuna misura ex art. 12-bis del D.Lgs. 74/2000 e, al contempo, non onorare affatto l'impegno a versare all'erario. Non si vede infatti perché il condannato che, fino a quel momento non ha mai adempiuto all'obbligazione tributaria, vi debba provvedere dopo la pronuncia di condanna solo sulla base di una promessa²⁵. È più facile immaginare che il condannato tenda ad utilizzare gli effetti della norma a proprio vantaggio, evitando, da una parte, l'applicazione della confisca, assumendo un mero impegno a versare il *quantum* dovuto, e, dall'altra, rendendosi ancora inadempiente nei confronti dell'erario.

Orbene, chiarito in via interpretativa la nozione di impegno, è ora necessario approfondire in quali termini l'impegno del contribuente – che, come precisato, deve discendere da obblighi formalmente assunti – determini il venir meno dell'operatività della confisca.

È innanzitutto da rilevare l'impiego di un termine il cui contenuto non appare, a prima lettura, cristallino, vale a dire l'"operatività" della confisca.

Una interpretazione compatibile con la formulazione testuale della norma potrebbe indurre a ritenere che il giudice non possa disporre, con la sentenza di condanna, la confisca per la parte che il contribuente si fosse impegnato a versare, salva la possibilità, in caso di mancato versamento della somma dovuta, di adottare il provvedimento ablativo ai sensi dell'art. 12-bis del D.Lgs. 74/2000, eventualmente anche nella fase dell'esecuzione della pena, secondo quanto contemplato dall'art. 676 c.p.p.²⁶. È tuttavia evidente – ove si ritenesse che al giudice sia vietato, a fronte dell'impegno di pagamento assunto dal contribuente, di procedere all'applicazione della confisca – che, da un lato, dovrebbe escludersi che dopo l'assunzione dell'impegno possa procedersi all'adozione del sequestro preventivo e, dall'altro lato, dovrebbe concludersi nel senso della perdita di efficacia del sequestro ove esso fosse stato disposto anteriormente alla dichiarazione di impegno del contribuente. E ciò per la fondamentale considerazione che, data la

natura strumentale del sequestro preventivo rispetto alla confisca del bene sottoposto alla cautela reale, nel caso in cui la definitiva ablazione dello stesso fosse giuridicamente preclusa, l'adozione del sequestro sarebbe sfornita di qualunque ragione giustificativa²⁷. Appare dunque evidente che, ove non potesse procedersi all'applicazione di una misura cautelare reale, i beni astrattamente sottoponibili a confisca permarrebbero nella disponibilità dell'avente titolo, il quale potrebbe conseguentemente alienarli o compiere su di essi atti idonei a pregiudicare definitivamente, o comunque a rendere meno agevole, il soddisfacimento della pretesa creditoria, ivi compresa quella facente capo all'erario.

La giurisprudenza, di fronte alla necessità di fornire un'interpretazione plausibile, ha sicché ritenuto attribuire alla locuzione "non opera" un significato che consenta di far coesistere l'interesse erariale a non vedere disperdere o pregiudicare la sua legittima pretesa e l'interesse del contribuente a potere accedere alle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie²⁸.

La Cassazione²⁹ ha infatti chiarito che "non opera" non va inteso nel senso che la confisca, a fronte dell'accordo con l'Amministrazione finanziaria, non possa essere adottata, quanto piuttosto che la stessa non divenga efficace con riguardo alla parte "coperta" da tale impegno³⁰. Insomma, la confisca «"non operativa", dunque, sarebbe una confisca applicata ma non eseguibile perché non (ancora) produttiva di effetti, la cui produzione sarebbe subordinata (condizionata) al verificarsi di un evento futuro ed incerto, costituito dal mancato pagamento del debito. Fermo restando che, come recita il comma 2 dell'art. 12-bis, essa dovrà, comunque, essere "disposta", *rectius* diventare efficace, allorquando l'impegno non sia stato rispettato e il versamento "promesso" non si sia verificato»³¹.

Laddove non dovesse avere luogo il versamento del dovuto, la confisca, dunque, sarà pienamente produttiva di effetti³².

Il tema invero più controverso attiene, invece, ad un ulteriore profilo applicativo della norma. Se è pur vero che la confisca in caso di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti va sempre ordinata e, qualora sussistente un impegno formale al versamento dell'imposta evasa, non è produttiva di effetti, occorre parimenti rilevare che il contribuente potrebbe trovarsi nella particolare condizione, non infrequente, in cui, intenzionato a versare l'imposta evasa, abbia i beni di cui disponeva sottoposti a misura.

In siffatta ipotesi, se il contribuente è nelle condizioni di versare il *quantum* dovuto con altri e diversi beni rispetto a quelli sottoposti a misura³³, può richiedere la progressiva e contestuale restituzione per la parte che dimostri di avere versato, ex art. 321, comma 3, c.p.p.³⁴. E tanto non potrebbe negarsi in quanto la confisca non può estendersi a ciò che è già stato versato³⁵: come visto, si verrebbe a verificare la lesione del principio di proporzionalità, cioè una duplicazione degli effetti riscossivi.

Nell'ipotesi in cui, al contrario, il contribuente non abbia nella disponibilità altri e diversi beni per adempiere all'impegno formalmente assunto con l'Amministrazione finanziaria, si verrebbe incontro ad una *impasse*.

La Sezione III della Suprema Corte, per addivenire ad una soluzione, aveva ammesso che si potesse invocare l'applicazione dell'art. 85 disp. att. c.p.p.³⁶, a norma del quale «*Quando sono state sequestrate cose che possono essere restituite previa esecuzione di specifiche prescrizioni, l'autorità giudiziaria, se l'interessato consente, ne ordina la restituzione impartendo le prescrizioni del caso e imponendo una idonea cauzione a garanzia della esecuzione delle prescrizioni nel termine stabilito*»³⁷. L'applicazione di detta disposizione, secondo la ricostruzione sistematica degli ermellini, consentirebbe la restituzione delle cose sequestrate previa esecuzione di specifiche prescrizioni, che consistono nella loro destinazione a favore dell'erario a titolo di pagamento del debito. Qualora siano stati sequestrati beni mobili ed immobili, la Cassazione ha evidenziato che il contribuente-indagato possa procedere versando all'erario la somma di valore corrispondente.

L'orientamento consolidatosi in tal senso aveva in concreto fornito una soluzione ad un problema di ordine pratico, apparentemente confacente all'applicazione dell'art. 12-*bis*, comma 2, del D.Lgs. 74/2000. Ciononostante, la Suprema Corte con la sentenza in commento ha imposto un *revirement* certamente rilevante, precludendo alla possibilità di richiedere la restituzione di somme di denaro in sequestro subordinata all'esecuzione, entro un termine prefissato, di specifiche prescrizioni.

I giudici hanno infatti ritenuto non applicabile l'art. 85 disp. att. c.p.p. perché – in virtù della norma stessa – la compiuta ottemperanza delle prescrizioni costituisce condizione risolutiva del vincolo processuale, sicché il bene, solo materialmente traslato al privato, fino al suo avverarsi non è nella disponibilità giuridica di quest'ultimo, ma solo nella sua disponibilità materiale. Il denaro, perciò, non può essere restituito

previa esecuzione di specifiche prescrizioni se tali prescrizioni consistono nel suo impiego e quindi nella sua piena disponibilità di fatto e di diritto.

È infine essenziale rilevare – come può cogliersi dalla lettura della sentenza in nota – che la riforma dell'art. 104 delle disp. att. c.p.p., a seguito dell'entrata in vigore della L. 94/2009, e l'eliminazione del riferimento alle disposizioni relative al sequestro probatorio contenute nel capo VI e, dunque, anche all'art. 85 delle disp. att. c.p.p., non può che confermare l'inapplicabilità di quest'ultima disposizione, riferita esclusivamente al sequestro probatorio e non già a quello preventivo.

5. Osservazioni conclusive.

Al momento dell'entrata in vigore dell'art. 12-*bis*, comma 2, del D.Lgs. 74/2000 certa dottrina aveva evidenziato come la norma, nella sua formulazione, ancorché volta ad introdurre un beneficio per il contribuente da salutare con favore, risultasse adombrata da taluni interrogativi che tutt'oggi permangono³⁸.

Il *vulnus* della disciplina, limpido colto dalla sentenza in commento, che, secondo una prima ricostruzione, risultava superabile dall'applicazione dell'art. 85 disp. att. cp.p., pare oggi segnare una inaccettabile disparità tra chi, trovandosi con i beni sottoposti a misura cautelare, può adempiere all'obbligazione tributaria con altre e diverse risorse disponibili e chi, di converso, non può perché ne è privo. Si tratta – come evidente – di un problema di ordine puramente pratico, ma che determina conseguenze rilevantissime e affatto trascurabili.

I giudici hanno dunque evidenziato che un eventuale provvedimento di restituzione vincolata a specifiche prescrizioni dei beni oggetto di misura preventiva, in assenza di un'espressa norma, costituirebbe atto atipico non previsto dalla legge: il provvedimento, insomma, sarebbe abnorme perché emesso in totale carenza di potere.

Il rilievo degli ermellini non può che essere condiviso, sebbene – come visto – apre a prospettive assai poco appaganti.

La ricostruzione sistematica proposta dalla Suprema Corte muove dall'assunto che l'art. 104 disp. att. c.p.p., nella sua nuova formulazione, non fa più riferimento al capo VI (concernente le disposizioni relative al sequestro probatorio) e, in conseguenza, le disposizioni relative al sequestro preventivo non possono più valersi dell'applicazione dell'art. 85 disp. att. c.p.p., norma che avrebbe permesso la restituzione dei beni per destinarli alle pretese erariali.

Appare perciò opportuno auspicare una modifica della disciplina di cui all'art. 12-*bis*, comma 2, del D.Lgs. 74/2000, diretta a chiarire i criteri applicativi e, in definitiva, che attribuisca al giudice la facoltà di autorizzare la restituzione dei beni soggetti a misura per soddisfare le pretese erariali, anche accedendo alle speciali procedure conciliative e di adesione contemplate dalle norme tributarie, indubbiamente più

favorevoli se messe a confronto alla confisca del profitto del reato in conseguenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Livio Gucciardo

Maresciallo Ordinario in forza al Nucleo di Polizia Economico Finanziaria.

¹ In particolare, gli ermellini hanno chiarito che «*a compiuta ottemperanza delle prescrizioni costituisce condizione risolutiva del vincolo processuale sicché il bene, solo materialmente traslato al privato, fino al suo avverarsi non è nella disponibilità giuridica di quest'ultimo, ma solo nella sua disponibilità materiale*»

² Prima che intervenisse la riforma di cui alla L. 94/2009, l'art. 104 disp. att. c.p.p. stabiliva che «*Per il sequestro preventivo si applicano le disposizioni relative al sequestro probatorio contenute nel capo VI. Si applica altresì la disposizione dell'articolo 92*». Nel capo VI è contenuto l'art. 85, rubricato «*Restituzione con imposizione di prescrizioni*».

³ La stessa L. 94/2009 aveva inserito l'art. 104-*bis*, poi sottoposto ad ulteriori modifiche ad opera della L. 161/2017 e della L. 21/2018, che disciplina l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari, ad esclusione dei beni destinati ad affluire al Fondo Unico Giustizia.

⁴ R. CREPALDI, *Le recenti modifiche del diritto penale tributario: continua la strada verso il diritto penale della riscossione*, Relazione al convegno "I reati tributari dopo la riforma del processo penale e delle sentenze delle Corti europee UE ed EDU" – Milano, 19 ottobre 2017, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, 10, p. 3

⁵ T. TASSANI, *Confisca e recupero dell'imposta evasa: profili procedurali e processuali*, in *Rass. Trib.*, 2015, 6, p. 1388.

⁶ *Ibidem*.

⁷ O. MAZZA, *I controversi rapporti tra procedimento penale e tributario*, in *Rass. Trib.*, 2020, 1, p. 242.

⁸ L. D'AGOSTINO, *L'operatività della confisca e le sorti del sequestro preventivo in presenza di impegno al pagamento del debito tributario: in dubio pro reo?*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2017, 2, p. 368.

⁹ A. TOPPAN – L. TOSI, *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2018, p. 319.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. III, 9 settembre 2015, n. 36370.

¹¹ A. IORIO, *I reati tributari*, Assago, 2017, p. 178.

¹² F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2019, p. 343.

¹³ A. TOPPAN – L. TOSI, *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 318 ss..

¹⁴ Cfr. *ex multis* Cass., Sez. III, 1° febbraio 2016, n. 4097.

¹⁵ Costituiscono eccezione alla regola per cui il profitto del reato va commisurato all'imposta evasa (i) il delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 D.Lgs. 74/2000), per cui il profitto conseguito dall'emittente corrisponde all'utilità effettivamente conseguita dallo stesso e non all'imposta evasa, che costituisce il profitto dell'utilizzatore (cfr. Cass., Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 43952); (ii) il delitto di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10 D.Lgs. 74/2000), in ordine al quale va individuato il profitto in concreto conseguito; (iii) il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 D.Lgs. 74/2000), relativamente al quale il profitto va commisurato nel valore dei beni sottratti alla riscossione coattiva che fungevano da garanzia alla pretesa erariale (cfr. Cass., Sez. III, 9 ottobre 2015, n. 40534. A tal proposito vgs. A. TOPPAN – L. TOSI, *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 318 ss..

¹⁶ Mi sia consentito richiamare G. DELL'ANNA – L. GUCCIARDO, *Criteri per la determinazione dell'imposta evasa nell'ambito dei delitti tributari*, in *Cammino Diritto*, 2020, 5, ove è compiuta la disamina della nozione di imposta evasa. Cfr. anche S. DI LERNIA, *Reati tributari e sequestro finalizzato alla confisca per equivalente: gli obblighi del P.M.*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2016, 11, pp. 1490 ss.; E. MANONI, *L'annullamento (anche non definitivo) della cartella priva di ragione il sequestro funzionale alla confisca per equivalente – commento*, in *Il Fisco*, 2019, 5, pp. 468 ss.; O. MAZZA, *Sequestro e confisca*, in *Rass. Trib.*, 2016, 4, pp. 1012 ss.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. III, 22 settembre 2016, n. 39379.

¹⁸ G. ANTICO – M. CONIGLIARO, *La guardia di finanza nel contrasto alle frodi iva: i percorsi operativi alla luce delle novità normative*, in *Il Fisco*, 2018, 12, p. 1148.

¹⁹ E. MANONI, *Confisca per equivalente dei beni della società per reati commessi dagli amministratori: questione aperta*, in *Il Fisco*, 2018, 15, p. 1455.

²⁰ R. CREPALDI, *Le recenti modifiche del diritto penale tributario: continua la strada verso il diritto penale della riscossione*, cit., p. 15.

²¹ A tal proposito si richiama T. TASSANI, *Confisca e recupero dell'imposta evasa: profili procedurali e processuali*, cit., 2015, 6, p. 1388, secondo cui «*Una disposizione così importante avrebbe però meritato una formulazione letterale più appropriata, se si considera che il concetto di "impegno a versare" all'erario risulta estremamente vago, tanto da richiedere di essere meglio definito in via interpretativa, alla luce del sistema di attuazione del tributo*»

²² In merito a tale considerazione vgs. il documento di indirizzo illustrativo del Procuratore della Repubblica di Trento, datato 8 ottobre 2015, recante in oggetto *La revisione del sistema sanzionatorio penale tributario in attuazione della legge 11 marzo 2014 n. 23: decreto legislativo 24 settembre 2015 n. 158*, pubblicato in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 ottobre 2015, p. 14.

²³ G. BONANNO, *Brevi considerazioni in tema di confisca tributaria*, in *Riv. dell'Osservatorio Permanente di Giustizia Tributaria*, 2017, 1, p. 5.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 6 ottobre 2016, n. 42087; Cass., Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 28225; Cass., Sez. III, 14 gennaio 2016, n. 5728.

²⁵ C. SANTORIELLO, *Provvedimenti di confisca e sequestro non revocabili sulla base del solo accordo con l'erario*, in *Il Fisco*, 2019, 23, p. 2264.

²⁶ Cass., Sez. III, 6 ottobre 2016, n. 42087, cit.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ A tal proposito è opportuno evidenziare che la possibilità di accedere alle speciali procedure conciliative o di adesione può costituire un significativo vantaggio per il contribuente e determinare una divergenza nella quantificazione dell'imposta evasa in ambito amministrativo e penale. La Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, n. 6249, ha perciò affermato il principio secondo cui «*il giudice, nella determinazione del profitto confiscabile, non è vincolato all'imposta risultante a seguito dell'accertamento con adesione o del concordato fiscale tra l'amministrazione finanziaria ed il contribuente; e tuttavia, per potersi discostare dal dato quantitativo convenzionalmente accertato e tener invece conto dell'iniziale pretesa tributaria dell'Erario, occorre che risultino concreti elementi di fatto che rendano maggiormente attendibile l'originaria quantificazione dell'imposta dovuta*». I concreti elementi di fatto potrebbero, tra gli altri, discendere da una diversa piattaforma probatoria acquisita nel procedimento penale, che può risultare diversa e più ampia da quella valutata in sede tributaria (cfr. al riguardo Cass., Sez. III, 14 aprile 2020, n. 12050).

²⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 2 maggio 2019, n. 18034, secondo cui la confisca va sempre applicata, ancorché la produzione di effetti deve essere condizionata al mancato ottemperamento dell'impegno formalmente assunto, quindi ad un evento futuro ed incerto, ferma restando la possibilità di disporla anche successivamente al suo verificarsi. Ne discende inoltre la conservazione della legittimità del sequestro preventivo prodromico alla confisca, permanendo sino all'integrale pagamento del debito, almeno per un *quantum* corrispondente ai versamenti mancanti. In senso conforme cfr. Cass., Sez. III, 24 aprile 2020, n. 12875; Cass., Sez. III, 21 giugno 2018, n. 28745; Cass., Sez. III, 27 maggio 2015, n. 25339; Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887; Cass., Sez. III, 11 febbraio 2015, n. 11497.

³⁰ Per una compiuta disamina dell'argomento M. D'AVIRRO, *Confisca – impegno al pagamento rateale non conduce alla inoperatività della confisca*, in *Giur. It.*, 2016, 7, pp. 1741 ss.; E. MANONI, *Possibile la confisca per equivalente di beni futuri con efficacia sospesa all'impegno ad adempiere*, in *Il Fisco*, 2016, 36, pp. 3437 ss.

³¹ Cfr. Cass., Sez. III, 6 ottobre 2016, n. 42087, cit..

³² *Ibidem*. In particolare, «*il Pubblico ministero, ricevuta la comunicazione di inadempimento da parte dell'Amministrazione finanziaria, potrà mettere in esecuzione alla misura, con facoltà dell'interessato di ricorrere al giudice della cautela nel corso delle indagini preliminari o del processo, ovvero al giudice dell'esecuzione nelle forme dell'incidente previsto dall'art. 666 del codice di rito*».

³³ Su tale considerazione G. BONANNO, *Brevi considerazioni in tema di confisca tributaria*, cit., p. 7.

³⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 18 luglio 2018, n. 33389.

³⁵ C. SANTORIELLO, *Provvedimenti di confisca e sequestro non revocabili sulla base del solo accordo con l'erario*, cit., p. 2264; C. SANTORIELLO, *Riduzione delle somme confiscate a seguito di pagamento del debito tributario – commento*, in *Il Fisco*, 2018, 32-33, pp. 3176 ss.

³⁶ Cfr. Cass., Sez. III, 2 maggio 2019, n. 18034; Cass., Sez. III 27 luglio 2017, n. 37439; Cass., Sez. III, 15 luglio 2015, n. 30484.

³⁷ In dottrina tale possibilità è implicitamente ammessa da O. MAZZA, *Sequestro e confisca*, cit., p. 1018.

³⁸ A tal proposito C. SANVITO, *La nuova confisca obbligatoria in caso di reati tributari trova collocazione sistematica*, in *Il Fisco*, 2015, 32-33, p. 3148.

Scienza giuridica e scelte di fine vita. Dal teologico al metafisico, in attesa dell'età positiva.

di **M. Zincani**

Nel 1822, Auguste Comte dava alle stampe l'opera che avrebbe fondato il "Piano dei lavori scientifici necessari per riorganizzare la società", nel quale il celebre filosofo scandiva tre momenti di sviluppo della società: l'epoca teologica, fondata sul potere spirituale; l'epoca metafisica, caratterizzata da uno stato di transizione e l'epoca positiva, affidata agli scienziati, i quali rifuggono dalla ricerca di un aprioristico significato ultimo delle cose, ricorrendo alla sperimentazione e alla prova della realtà, accettando i limiti connaturati alla relatività della conoscenza.

La conoscenza umana non può occuparsi delle essenze conclusive della metafisica ma solo della realtà; non deve essere finalizzata all'astratta speculazione dogmatica, ma al miglioramento delle condizioni umane (utilità), deve essere certa e salda entro i propri limiti, in opposizione ai dubbi esistenziali tipici dell'ideologia e deve essere precisa, in contrasto con la vaghezza del linguaggio metafisico che caratterizza il barocco e l'oscuro. Su tutto, il pensiero positivo deve essere costruttivo: senza limitarsi alla critica, deve fornire (quantomeno) una proposta concreta, inedita, sia pur nei limiti dell'umana contingenza. Ne consegue la fondazione di un pensiero giuridico attento alle esigenze della vita, libero da radici ideologiche, capace di individuare criticità nei modelli vigenti e di offrire soluzioni concrete a problemi pratici.

Muovendo da queste premesse, la scienza giuridica non può essere chiamata a fornire una risposta al significato ultimo della vita umana, o alle condizioni in presenza delle quali quest'ultima meriti di essere portata avanti, né può limitarsi alla sterile classificazione, nell'ambito della categoria della "non punibilità" delle possibili azioni od obiezioni concretamente rilevanti. Essa, se veramente ambisce alla scientificità che tanto proclama, deve recepire costruttivamente le istanze sociali, definendo pragmaticamente la migliore azione di adattamento nei confronti di comportamenti soggettivi che violano le regole vigenti della società civile.

Il punto di partenza dell'osservatore-scienziato non può che essere libero e neutrale. L'imposizione cogente di un precetto penale e la definizione del suo ambito operativo, infatti, pone ordinariamente i consociati nella condizione di impedire ad alcune persone di rivendicare qualche cosa che ritengono un proprio diritto. In quest'ottica, la definizione di ciò che è reato si affranca dalla comune accezione negativa, di divulgazione paraetimologica, per ricondursi alla propria definizione originaria e neutra di "condizione di imputato"¹, rappresentando semplicemente la scelta di un doppio giudizio: all'uomo e, al tempo stesso, alle norme con esso chiamate in gioco.

"C'è un solo problema filosofico veramente serio: il suicidio. Giudicare se la vita valga o non valga la pena di essere vissuta equivale a rispondere alla domanda fondamentale dell'intera filosofia".

A. Camus

Sommario. **1.** Il Caso "Dj Fabo", nuove luci sull'art. 580 c.p. - **2.** Le statuizioni della Corte Costituzionale: dall'ordinanza n. 207 del 2018 alla sentenza n.242 del 2019. - **3.** Dal rifiuto delle cure al diritto a morire. Principi costituzionali e autodeterminazione del malato nelle scelte di fine vita. - **4.** Il concetto di "agevolazione": l'occasione persa dalla Corte d'Assise di Milano. - **5.** L'insussistenza del fatto nell'aiuto al suicidio, una proposta. - **6.** Scienza giuridica ed istanze sociali. Stato di necessità e diritto a non soffrire.

1. Il Caso "Dj Fabo", nuove luci sull'art. 580 c.p.

Il 27 febbraio 2017, all'età di quarant'anni, Dj Fabo - all'anagrafe Fabiano Antoniani - interrompeva la

propria esistenza mordendo con il labbro uno stantuffo che gli permetteva di iniettarsi un liquido mortale².

Fabiano era divenuto cieco e tetraplegico in seguito ad un incidente stradale avvenuto nella notte del 13 giugno 2014. In conseguenza del sinistro egli aveva mantenuto intatte le facoltà intellettive ma era afflitto da spasmi muscolari che gli arrecavano atroci sofferenze, non lenibili con le terapie farmacologiche. Egli non era autonomo nell'alimentazione, nell'evacuazione e, parzialmente, nella respirazione, necessitando dell'ausilio non continuativo di un respiratore. La situazione non era migliorata con le terapie tradizionali, né ricorrendo al miracolistico trattamento stamina in India, per cui Fabiano si determinava a porre fine alla propria vita. Manifestava tale volontà alla madre Carmen, all'infermiere curante Johnny e alla compagna Valeria, intraprendendo persino uno sciopero della fame per dimostrare la propria determinazione. Dopo un appello rivolto al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, rimasto inascoltato, la compagna Valeria entrava in contatto con una clinica Svizzera per il suicidio assistito, che dava luce verde dopo avere esaminato la documentazione attestante le condizioni di salute e la piena capacità di intendere e volere. Contestualmente, Valeria si metteva in contatto con Marco Cappato, esponente dei radicali italiani e tesoriere dell'Associazione Luca Coscioni; ente, quest'ultimo, che annovera tra i propri scopi l'informazione sul fine vita e l'assistenza delle persone affette da patologie irreversibili.

Il 25 Febbraio 2017 Cappato, con un veicolo appositamente predisposto, trasportava Fabiano in Svizzera, presso la clinica che aveva accettato di accompagnarlo nel suicidio e, dopo soli due giorni, Fabiano muoveva la propria decisione. Al rientro Cappato, conscio del divieto di aiuto al suicidio vigente nel nostro ordinamento, si autodenunciava presso la caserma dei Carabinieri di Milano.

A fronte della richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica di Milano³, il G.I.P. ordinava l'imputazione coatta per il reato di istigazione e aiuto al suicidio, di cui all'art. 580 c.p., sul presupposto che Cappato avesse contribuito a rafforzare il proposito suicidario dell'Antoniani, ritenendo che il desiderio di porre fine alla propria esistenza, inizialmente privo di effettività, fosse divenuto una possibilità concreta soltanto in seguito al colloquio con l'ex presidente dei radicali.

L'art.580 c.p. incrimina tre tipologie alternative di istigazione o aiuto al suicidio: la determinazione e il rafforzamento del proposito suicidario da parte di chi fa sorgere in altri un proposito suicida prima inesistente, ovvero influenza e rafforza una simile

intenzione già manifestatasi; l'agevolazione sul piano materiale del già formatosi proposito di darsi la morte, seppur non influente sulla formazione del proposito di togliersi la vita. L'istigazione al suicidio deve intendersi come una forma di violenza morale, giacché l'istigazione rappresenta una forma subdola di coartazione della volontà, idonea a sopraffare (o comunque a condizionare) l'istinto di conservazione della persona⁴.

Quale conseguenza di una delle condotte sopra richiamate è necessario che si realizzi concretamente il suicidio o, quantomeno, un tentativo da cui sia derivata una lesione grave o gravissima.

Nel punire i contegni ora descritti, l'art. 580 c.p. deve essere tenuto distinto dall'art. 579 c.p., che incrimina la diversa ipotesi dell'omicidio del consenziente. Ambedue le fattispecie rispondono ad una concezione della vita quale diritto indisponibile e si differenziano per le modalità di realizzazione dell'evento: nell'aiuto al suicidio, la signoria sull'azione esecutiva permane nella sfera del soggetto che vuole privarsi dell'esistenza ed è quindi allo stesso che deve essere imputato l'evento; nell'omicidio del consenziente, invece, l'evento morte è conseguenza, almeno in parte, dell'azione di un soggetto terzo, distinto dal consenziente, che dovrà comunque manifestare un consenso serio, esplicito, non equivoco e perdurante sino alla commissione del fatto⁵. Si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca all'aspirante suicida, con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria.

Sebbene gli articoli richiamati consacrino legislativamente l'indisponibilità del bene della vita anche da parte del titolare del relativo diritto, il consenso della persona offesa risulta determinante ai fini della configurazione delle rispettive ipotesi di reato. Il consenso dell'avente diritto, che ha generalmente valore scriminante in relazione a diritti disponibili (50 c.p.), in queste ipotesi ha invece la funzione di degradare la tipicità dell'omicidio (575 c.p.), configurando speciali fattispecie autonome di minore gravità. Ne è conferma quando indicato al terzo comma dell'art.579 c.p., che ripristina le disposizioni relative all'omicidio ogniqualvolta la manifestazione di

volontà del consenziente debba ritenersi viziata in conseguenza di presunzione legale o di accertamenti di fatto⁶.

Su richiesta dei legali di Cappato, veniva disposto rito immediato dinnanzi alla Prima sezione della Corte d'Assise di Milano, la quale escludeva da subito l'accusa di rafforzamento del proposito suicidario, ritenendo che la volontà di Fabiano, più volte manifestata alle persone a lui vicine, non fosse stata influenzata da Cappato. Quest'ultimo aveva rappresentato da subito la possibilità di ricorrere alla sedazione profonda, interrompendo i trattamenti di ventilazione ed alimentazione artificiale in corso; inoltre, raggiunta la Svizzera, egli aveva ripetuto a Fabiano che lo avrebbe potuto ricondurre in Italia in qualsiasi momento. Tali possibilità erano state respinte radicalmente da Fabiano, il quale non intendeva prolungare le proprie sofferenze, ricorrendo a soluzioni che lo avrebbero privato di un contatto con il mondo esterno sino all'ultimo istante di vita.

In relazione all'accusa di avere agevolato materialmente il suicidio, invece, il primo Giudice, con ordinanza del 14 febbraio 2018, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art.580 c.p.⁷:

a) «*nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio*», per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 13, primo comma, e 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848». Ad avviso del rimettente, la vita non potrebbe essere concepita in funzione di un fine eteronomo rispetto al suo titolare nella scelta di come e quando porre fine alla propria vita (art. 32 Cost., diritto all'autodeterminazione). Ne deriverebbe una revisione critica dello stesso bene giuridico tutelato dall'art. 580, il quale non abbraccerebbe la sacralità e l'indisponibilità della vita quale presupposto di ogni altro diritto e in correlazione agli obblighi sociali dell'individuo, bensì la libertà e consapevolezza della decisione del soggetto passivo di porvi fine, scongiurando influssi che alterino la sua scelta.

L'impostazione dei giudici milanesi si fondava principalmente sull'avvenuta positivizzazione, ad opera della legge n. 219 del 2017, di un diritto a rifiutare le cure e a lasciarsi a morire, quale «diritto di ciascuno ad autodeterminarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza».

Con specifico riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU, la Corte meneghina dà atto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in relazione al diritto di autodeterminazione rispetto alle scelte di fine vita: dall'iniziale esclusione del *diritto di scegliere di morire* (Corte EDU, *Pretty v. Regno Unito*, 29 aprile 2002), ad una affermazione più ampia del concetto di autodeterminazione, che, se esercitata da persona consapevole, comprende anche il *diritto di scegliere come porre termine alla vita* (Corte EDU, *Haas v. Svizzera*, 20 gennaio 2011; *Gross v. Svizzera*, 14 maggio 2013). b) «*Nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 [recte: 12] anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione*», per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost.».

Tale profilo emergerebbe in quanto risulta evidente il maggior disvalore delle condotte di istigazione rispetto a quelle di agevolazione: sul piano causale, in quanto la vittima nel reato di agevolazione si determina autonomamente a darsi la morte, così come in relazione alla volontà alla personalità dell'agente, il quale non inciderebbe sul processo motivazionale dell'aspirante suicida, ma si limiterebbe ad assisterlo per finalità compassionevoli.

2. Le statuizioni della Corte Costituzionale: dall'ordinanza n. 207 del 2018 alla sentenza n. 242 del 2019.

«*Si parla di libertà come espansione della possibilità.*

Si può parlare di diritto al nulla?

A me pare una mostruosità»

G. Zagrebelsky

Nell'ottobre del 2018, la Corte Costituzionale si riuniva per vagliare le questioni sollevate dalla Corte d'Assise di Milano in relazione alla punibilità dell'aiuto al suicidio (580 c.p.) di chi si sia già determinato a togliersi la vita. Con ordinanza 207 del 2018, la Corte sostanzialmente riconosceva la compatibilità costituzionale dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, in un'ottica «*funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio*».

Al di fuori del necessario dialogo medico - paziente, nel quale il consenso informato rappresenta il punto

d'incontro tra l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico (art.1, co.2, l. 219 del 2017)⁸, persone in condizione di fragilità potrebbero essere facilmente indotte a concludere prematuramente la loro vita, «*qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragione di personale tornaconto*». La Corte, tuttavia, ha riconosciuto specifiche ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla vita può presentarsi come l'unica possibilità. Si tratta dei casi in cui il malato sia: (a) affetto da una patologia irreversibile (soggetto sul confine della vita, ma non necessariamente terminale); (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche⁹, che trova assolutamente intollerabili; (c) sia tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale¹⁰; (d) ma resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In presenza di queste condizioni, il divieto indiscriminato di aiuto al suicidio finirebbe per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze «*imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza ed uguaglianza*».

La Consulta, tuttavia, non ha ritenuto di poter porre rimedio immediato, dichiarando l'illegittimità parziale dell'art.580 c.p. in relazione all'aiuto al suicidio prestato nei confronti di chi si trova in tale situazione, per non lasciare priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni «*in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi*». Una compiuta regolazione della materia, ad avviso della Corte, avrebbe implicato necessariamente l'intervento del legislatore. A tal fine, per dar modo al Parlamento di assumere le necessarie decisioni in conformità alle segnalate esigenze di tutela, veniva fissata nuova discussione delle questioni all'udienza del 24 settembre 2019¹¹.

Nell'inerzia del legislatore si giungeva alla pronuncia n. 242 del 22 novembre 2019, la quale ricalca ampiamente la linea tratteggiata nell'ordinanza del 2018, con riferimento alle ipotesi in cui l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non collima con la Carta fondamentale.

Nel confermare la tenuta complessiva dell'incriminazione di cui all'art.580 c.p., la Suprema Corte ha

dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.580, per violazione degli artt.2, 13 e 32 II, Cost., nella circoscritta e specifica situazione in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt.1 e 2 l. 219 de 2017, agevoli l'esecuzione del proposito suicidario, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, la quale è causa di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, a dispetto delle quali resta comunque capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Nei casi considerati, la richiesta di morire da parte del malato, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi (personale sanitario), risulta essere conforme alla legislazione vigente, in relazione a quanto previsto dalla legge 219 del 2017. Quest'ultima, nel disciplinare le disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.), consente al malato che versi nelle condizioni sopra richiamate di domandare la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale e la pratica della sedazione profonda continua, con conseguente stato di incoscienza sino al sopraggiungere della morte. Sono considerati trattamenti sanitari rinunciabili anche l'idratazione e la nutrizione artificiale: il medico è tenuto a sospenderli, per volontà del paziente, anche quando questi non integrino gli estremi dell'accanimento terapeutico¹².

La richiamata disciplina si prefigge di tutelare la dignità della persona che decida di porre fine al dolore causato da una malattia con prognosi infausta, consentendo di scegliere in anticipo i trattamenti sanitari ai quali il paziente vorrà o non vorrà sottoporsi, nell'eventualità di una futura incapacità. Il medico è tenuto a garantire, in ogni caso, un'adeguata terapia del dolore e l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore, anche quando il degente decida di rifiutare la nutrizione e l'idratazione artificiale (l.38 del 2010).

Il secondo comma dell'art.1 della legge del 2017 configura il consenso informato quale diritto fondamentale della persona (ex artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, nonché artt. 1, 2, 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, v. sentt. 253 del 2009 e 438 del 2008), connesso alla tutela della vita, della salute, della dignità della persona e all'autodeterminazione nelle scelte sanitarie. Il consenso deve essere *libero, personale, determinato e validamente prestato* e funge da *presupposto di liceità* e del trattamento medico-chirurgico e di ogni altra attività diagnostica e terapeutica¹³. Nel regolamentare il diritto del paziente ad autodeterminarsi in relazione alla fine della propria esistenza, la novella si limita a prevedere

l'esenzione da responsabilità civile e penale (580 c.p.) del medico il quale osservi la volontà espressa dal malato, equiparando, in tal senso, l'omessa pratica di un trattamento alla revoca di uno in atto. Conseguentemente, non potrà muoversi alcun addebito al medico che si astenga dal somministrare trattamenti vitali al paziente che abbia consciamente manifestato il proprio diritto a non essere curato, anche qualora ciò ne determini la morte¹⁴.

La pronuncia n. 242 del 2019, muovendo dalla disciplina sancita dalla l.219 del 2017, delinea una scriminante procedurale a soggettività ristretta. Al fine di scongiurare abusi per le persone in situazione di vulnerabilità, vengono scanditi alcuni criteri operativi, funzionali alla rigorosa verifica da parte del medico, delle condizioni che rendono lecita la condotta, in analogia a quanto stabilito dalla stessa Corte Costituzionale in materia di aborto (sent. 27 del 1975, in relazione all'art. 546 c.p., nella parte in cui quest'ultimo non prevedeva l'interruzione della gravidanza in presenza di un danno o pericolo grava, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre), di procreazione medicalmente assistita (sent. n. 96 e 229 del 2015, che hanno dichiarato illegittime le disposizioni che negavano l'accesso alle relative tecniche alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche, trasmissibili al nascituro e accertate da apposite strutture pubbliche, così come la disposizione che puniva ogni selezione eugenetica degli embrioni, senza escludere le condotte dirette ad evitare che fosse impiantato nell'utero della donna un embrione affetto da gravi malattie generiche), di sperimentazione medica e trapianto degli organi.

La procedura, ovviamente, non ha in sé valore scriminante, né esprime l'approvazione dell'ordinamento per determinati fatti, ma si fonda sul riconoscimento di diritti preesistenti, quali l'autodeterminazione rispetto al rifiuto delle cure e la dignità del malato, dal quale scaturisce un provvedimento costitutivo di doveri in capo a terzi, così da attribuire la necessaria tutela al diritto oggetto di riconoscimento. La verifica delle condizioni che rendono proceduralmente lecito l'aiuto al suicidio è stata affidata esclusivamente a strutture del servizio sanitario nazionale. Specificamente il medico, avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica, dovrà prospettare al paziente le conseguenze della decisione e le possibili alternative (ben attenti alle modalità con le quali il medico dovrà veicolare informazioni che investono l'aspettativa di vita e di guarigione del paziente, stante l'evidente incidenza di queste ultime sulla stessa salute

psicofisica del malato), promuovendo azioni di sostegno per far fronte alle sofferenze di quest'ultimo, comprensive delle terapie del dolore (incluse le cure palliative, ex l.38 del 2010); il consenso informato del paziente rispetto alle scelte di fine vita dovrà essere acquisito con gli strumenti più consoni alle sue condizioni e, in ogni caso, dovrà essere documentato in forma scritta, o attraverso registrazioni o altri dispositivi atti a comunicare. Sino all'ultimo istante è richiesto che la persona mantenga una capacità di agire sufficiente a modificare, ove lo ritenga, la propria volontà.

Si impone, ulteriormente, l'intervento di un organo collegiale terzo con funzione consultiva. Tale compito è stato affidato ai comitati etici territorialmente competenti (ex art.12, c.10, lett. c), d.l. 158 del 2012, art.1 Decreto Ministero della Salute 8 febbraio 2013). La Corte, peraltro, prende atto del tema dell'obiezione di coscienza, escludendo che possa configurarsi in capo ai medici, soggetti deputati in via esclusiva a fornire l'aiuto a porre fine all'esistenza del malato, un dovere di procedere all'aiuto "*resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, ad esaudire la richiesta del malato*".

3. Dal rifiuto delle cure al diritto a morire. Principi costituzionali e autodeterminazione del malato nelle scelte di fine vita.

La problematicità è il dovere di chi si accosta al tema del diritto a morire. La scelta consapevole di una persona di interrompere trattamenti di sostegno artificiale o di astenersi dall'adottare misure capaci di allungare la sopravvivenza, alla quale si accompagnano i trattamenti necessari ad eliminarne le sofferenze (anche quando ciò richieda una condotta attiva da parte di terzi, quale lo spegnimento di un macchinario, accompagnato da sedazione profonda o da terapia del dolore), deve essere tenuta ben distinta dalla legittimazione di condotte attive dirette a determinarne la morte.

La tutela del diritto alla vita, presupposto per l'esercizio degli altri diritti riconosciuto espressamente dall'art. 2 CEDU ed implicitamente dallo stesso art. 2 Cost. quale diritto inviolabile dell'uomo, si pone su un piano di radicale incompatibilità con l'affermazione di un vero e proprio diritto a morire o a rinunciare a vivere. La stessa libertà di autodeterminazione in ordine alla fine della propria esistenza, scegliendo quando e come debba avere luogo in nome dell'invulnerabilità della libertà personale (art. 13, I, Cost.), deve essere temperata con l'esigenza di tutela di soggetti particolarmente vulnerabili, i quali

attraversano difficoltà e sofferenze “*per scongiurare il rischio che subiscano interferenze di ogni genere*”.

È il valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico, che trova fondamento nei principi espressi dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. (Corte cost., n. 253 del 2009 e 438 del 2008), ad imporre di tutelare la decisione del malato di accogliere la morte. Nel quadro complessivo della protezione dei diritti fondamentali del malato, il riconoscimento del diritto a rifiutare le cure sino ad un esito terminale (artt. 32 Cost. e 1, co.5, l.219 del 2017) si traduce in un diritto ad una liberazione con effetti letali: mediante tecniche di sedazione profonda continua, anche laddove queste accelerino l'esito (art.2, co. 2, l. 219 del 2017), o fornendo un aiuto al malato a darsi la morte per mano propria (Corte Cost. n. 242 del 2019). La legge n. 219 del 2017 riconosce espressamente al paziente tenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale, a certe condizioni, la facoltà di eliminare le proprie sofferenze rifiutando ed interrompendo i trattamenti sanitari. Esigenze di uguaglianza sostanziale impongono di fornire adeguate alternative a chi, non essendo indipendente e padrone delle proprie facoltà fisiche, versa indubbiamente in una condizione differente rispetto ad un soggetto capace di agire direttamente per porre fine alla propria esistenza. Ambedue meritano eguale facoltà di ricorrere a procedure che comportino la fine della vita e della sofferenza, ove le stesse siano il frutto di una reale volontà e di una decisione ponderata, anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte dei terzi. Ad avviso della Corte, il divieto assoluto di aiuto al suicidio si porrebbe in contrasto con la libertà di autodeterminazione del malato (2, 13, l e 32 Cost.) nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalla vita.

Ciò che risulta di difficile comprensione, determinando ricadute di sistema che saranno meglio esaminate nel prosieguo (§VI) è per quale ragione la Corte non abbia ritenuto ragionevole percorrere una diversa strada, data dall'estensione della sedazione profonda prevista dall'art.2, co.2 e 3, l. 219 del 2017 anche ai malati non terminali, che non beneficiano di trattamenti di sostegno vitale immediatamente salvifici. Nel riconoscere l'aiuto al suicidio a date condizioni, si afferma che sarebbe irragionevole equiparare la situazione del paziente che, una volta sedato, potrebbe vivere ancora settimane a quella di chi, sedato e staccato dalle macchine, abbraccerebbe

morte immediata. Nei confronti di chi non beneficia di un trattamento di salvataggio immediato, la prima soluzione, pur in relazione ad una breve e temporanea sedazione, risulterebbe troppo gravosa e lesiva della dignità individuale.

Tale indicazione, tuttavia, pur nell'espresso rifiuto di un diritto a morire, finisce per andare ben oltre il mero rifiuto delle cure, nella logica del consenso informato, imponendo il diritto del malato (e il corrispettivo dovere in capo al personale sanitario) ad una morte immediata, senza sofferenze.

Dietro all'apparente indifferenza dell'ordinamento, che rinuncia ad ogni ingerenza nella sfera individuale, secondo il paradigma del consenso dell'avente diritto, si cela invece la dicotomia diritto e dovere, nel quale si legittima la pretesa individuale del “come” morire, riconoscendo la piena libertà di scelta del malato rispetto a tre modalità: l'interruzione di terapie (si pensi al rifiuto di emotrasfusione), la sedazione terminale e l'aiuto al suicidio. Quest'ultimo potrà richiedersi in ogni caso quando il distacco dai macchinari non sia idoneo a determinare una morte immediata, così come, per piena ragionevolezza, purché sussistano le condizioni legittimanti indicati dalla Corte, anche quando il distacco dal trattamento vitale determinerebbe una morte immediata.

Tutte queste forme di aiuto a morire sono espressione del principio del consenso informato, che impone di rispettare la decisione presa dal malato, con una differenza non secondaria: nel rifiutare l'intervento altrui, il malato non è tenuto a motivare la propria scelta, mentre quando richiede una condotta attiva di aiuto al suicidio, i motivi che determinano la scelta si pongono quale causa dell'intervento, ricadendo nella procedura autorizzativa.

L'affermazione del pluralismo etico garantito dall'art. 3 Cost. si atteggia diversamente nel rapporto con l'art. 3, comma 2, Cost. a seconda che vi sia aiuto *a* morire o soltanto *nel* morire. Nel primo caso, il rispetto delle concezioni individuali deve essere adeguatamente bilanciato con le esigenze di tutela del malato, soggetto vulnerabile, escluso dalle interazioni sociali, nodo di impegno collettivo motivato dal sistema stesso a fare un passo indietro, nei cui confronti il solo silenzio è abuso.

Il diritto infelice del malato ad essere liberato dal dolore, nel rispetto della sua dignità e della sua visione del mondo, non si pone come diritto soggettivo nei confronti della classe medica, bensì quale diritto autorizzato e condizionato.

4. Il concetto di "agevolazione": l'occasione persa dalla Corte d'Assise di Milano.

Rispetto ai fatti commessi anteriormente alla pronuncia del 2019, la Corte Costituzionale aveva riconosciuto la non punibilità delle condotte di agevolazione prestate con modalità anche diverse da quelle indicate, purché comunque idonee ad offrire garanzie sostanzialmente equivalenti.

Forte dei principi sanciti dal giudice delle leggi, il 23 dicembre 2019 (sent. n.8 dep. 30.1.2020) si pronunciava la Corte d'assise di Milano, che offre, senza altri pregi, una puntuale ricostruzione della vicenda.

Alla luce delle testimonianze e delle certificazioni mediche acquisite nel corso del giudizio, la Corte riteneva che Fabiano Antoniani fosse giunto alla propria decisione a causa di una patologia irreversibile (tetraplegia e cecità bilaterale permanente), fonte di sofferenze intollerabili che non potevano essere risolte farmacologicamente (50/70 contrazioni al giorno che lo facevano saltare sul letto) ed era vincolato a trattamenti di sostegno vitale (necessitava, seppur non continuamente, di un respiratore, di aspirazioni del muco e di nutrizione intraparietale, inoltre non era autonomo nell'evacuazione). Tale situazione era stata oggetto di accertamento in ambito medico e Fabiano era stato ripetutamente informato della possibilità di ricorrere alle cure palliative ed alla sedazione profonda. La sussistenza della sua capacità di prendere decisioni libere e consapevoli era stata oggetto di verifica e di certificazione medica, in quanto presupposto necessario per attivare la richiesta di suicidio assistito presso le associazioni svizzere che lo praticano.

L'aiuto a morire fornito da Cappato, dunque, si innestava su una decisione autonoma e consapevole, oggetto di adeguata informativa, nella quale erano state fornite e Fabiano garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle cui la Corte costituzionale ha subordinato l'esclusione dell'illiceità.

La volontà di Fabiano era stata espressa in modo univoco, in una situazione corredata da ampia documentazione clinica, nella quale erano state ampiamente prospettate le possibili alternative offerte dall'ordinamento italiano per porre fine alla propria vita.

Per l'effetto, la Corte d'Assise ha assolto Marco Cappato "perché il fatto non sussiste". Tenendo conto della circoscritta area di non conformità costituzionale dell'art.580 c.p. individuata dalla Corte Costituzionale, i giudici meneghini hanno escluso che la condotta di agevolazione della morte di Fabiano potesse configurare un fatto di reato. In tal senso,

ritiene la Corte, la pronuncia di illegittimità costituzionale avrebbe ridotto sotto il profilo oggettivo la fattispecie di aiuto al suicidio, escludendo dalla stessa tipicità del reato ogni condotta di agevolazione con le caratteristiche sopra descritte ("è il meccanismo di riduzione dell'area di sanzionabilità penale che non opera come scriminante ma incide sulla struttura oggettiva della fattispecie").

L'intervento della Corte, invero, non ha certamente inciso sulla tipicità dell'aiuto al suicidio, che resta penalmente illecito e scriminato nelle sole ipotesi in cui si impone il riconoscimento del diritto fondamentale del malato. Il tema non interessa soltanto gli studiosi del diritto penale, insieme, peraltro, di difficile distinzione rispetto a quello dei pratici del settore (pubblici ministeri, avvocati e giudici), in quanto è noto che la definizione della natura giuridica determini significative ricadute anche sul piano della disciplina concretamente applicabile. La confusione dogmatica della Corte risulta palese nelle ultime righe della motivazione, laddove si sostiene che la "non punibilità è elemento che incide in ogni caso sul piano oggettivo, anche con riguardo alle cause di giustificazione ... tanto è vero che, secondo l'orientamento tripartito della fattispecie penale, la formula assolutoria da adottare anche in presenza di una scriminante, è di insussistenza del fatto" (fuorviando il lettore sull'effettiva portata delle formule assolutorie secondo la tripartizione del reato, rispetto alla quale, in presenza di una scriminante, "il fatto non costituirebbe reato").

5. L'insussistenza del fatto nell'aiuto al suicidio, una proposta.

La libertà è un'astrazione strettamente correlata ai rapporti che intercorrono tra cittadino e istituzioni, nonché i rapporti di civile convivenza che contraddistinguono la società. La libertà della persona, salve le deroghe normative dettate da rilevanti interessi collettivi, non si traduce nel fallace convincimento di poter convertire qualsiasi proprio desiderio in diritto, bensì nella rinuncia dello Stato ad indagare le scelte della persona al di fuori degli ambiti espressamente vietati.

L'apparente contraddittorietà dell'ordinamento - il quale considera lecito il suicidio ma reprime, contestualmente, colui che assiste chi da solo non può procurarselo - si risolve cogliendo la netta distinzione tra una decisione suicidaria che attiene alla sfera individuale ed esistenziale della persona (il suicidio come fatto privato), in quanto tale inviolabile, e un aiuto esterno alla stessa, che si pone quale fatto sociale e fuoriesce dalla sfera personalissima,

rendendosi rilevante per l'intera collettività (suicidio socialmente organizzato). In tal caso, è incumbente il rischio di deresponsabilizzare proprio coloro che hanno il dovere di garantire le migliori condizioni per la persona che versi in uno stato di sofferenza fisica o psicologica, nei cui confronti la prima opzione deve orientarsi alla cura, o, quantomeno, ad alleviare le sofferenze.

Superando l'angusto fossato di conformità costituzionale, che delinea indubbiamente una scriminante procedurale (causa di giustificazione), possono essere individuati alcuni parametri oggettivi, in mancanza dei quali può affermarsi l'irrilevanza della condotta di aiuto, in quanto priva di un contenuto (non causale, bensì) di concreta e prossima agevolazione, con conseguente declaratoria di insussistenza del fatto (carenza di tipicità).

Sul versante oggettivo, ferma la rilevanza di condotte palesemente causali, o di agevolazione sincrona, occorre infatti interrogarsi sulla rilevanza delle condotte di mera agevolazione diacronica, che si pongano quale antecedente (solo) remoto dell'evento suicidario. In tal caso, a venire meno è proprio la richiamata distinzione tra il suicidio come fatto privato e il suicidio organizzato come fatto penalmente rilevante.

L'indirizzo a lungo prevalente ricomprendeva nell'agevolazione ogni attività finalizzata ad offrire ad altri un aiuto nella realizzazione del proposito suicidario e, dunque, anche contegni distanti rispetto ad un'attività esecutiva dell'atto mortale (Cass. pen., I, n.3147 del 1998). Tale ricostruzione è stata contestata inizialmente da parte della giurisprudenza di merito (caso Tedde, G.U.P. Tribunale di Vicenza 14 ottobre 2015; Corte Appello Venezia 9/2017) e, in ultimo, da parte della stessa Pubblica Accusa nel caso Cappato. Nella recente vicenda giudiziaria, è stato evidenziato - nell'ottica di un'interpretazione restrittiva dell'art. 580 c.p. - come non dovrebbero essere puniti tutti gli atti materialmente consentanei a fornire aiuto al suicidio, ma esclusivamente quelli più vicini all'atto stesso, cioè che *“a prescindere dal dato meramente temporale, risultino, comunque, in necessaria relazione con il momento esecutivo del suicidio, ovvero direttamente e strumentalmente connessi a tale atto”*.

In tale ottica, la condotta di Cappato, concretizzatasi nel mero accompagnamento in auto in Svizzera di Fabiano e nella residuale partecipazione alle prove del procedimento finalizzato ad ottenere aiuto medico alla morte volontaria, risulterebbe estranea ai confini tracciati dalla fattispecie tipica, ponendosi quale antecedente remoto dell'evento. Una simile

lettura della norma si allinea con la necessità di impedire che venga lesa il principio di offensività e, dunque, che vengano punite condotte non concretamente lesive del diritto primigenio alla vita.

Tale assunto consente di ovviare alla complessa gestione del dolo sorpassante della vittima e al fatto che, in un contesto doloso di base, senza una stretta relazione oggettiva tra la condotta e l'evento, si finirebbe per esigere dal terzo l'attenzione a condotte remote che, sul piano oggettivo, non potrebbero assumere rilevanza neppure nell'ambito di una cooperazione colposa, in deroga al principio fondamentale secondo cui *“cogitationis poenam nemo patitur”*.

6. Scienza giuridica ed istanze sociali. Stato di necessità e diritto a non soffrire.

Come osservato, il principio consensualistico sancito dall'art. 32 Cost non può porsi a fondamento di un diritto a chiedere la morte; bensì del diritto del malato, senza vincoli, di accettare o rifiutare i trattamenti sanitari. Sostenere il contrario dimostrerebbe che un simile precetto è *inutiliter dato*, in forza dell'esistenza di un precetto superiore, non codificato ma solo soggettivamente ricavabile, che lo negherebbe.

L'essenza della scelta di “come morire” si pone quale espressione fondamentale dell'individuo, nei termini di un diritto fondamentale emergente del singolo, non già della collettività, per la quale esiste soltanto un legittimo interesse a che la persona conservi la propria salute, con lo scopo di adempiere ai doveri e alle responsabilità sociali della persona.

Può facilmente immaginarsi che nelle condizioni sopra descritte, caratterizzate da decorsi patologici gravi e irreversibili e da indicibili sofferenze, l'iter delineato dalla Corte Costituzionale a garanzia dei soggetti più fragili - concertazione collegiale, sostegno psicologico, prospettazione delle possibili alternative, nell'ambito di un rigoroso accertamento clinico - potrebbe rivelarsi tardivo.

A ciò deve aggiungersi che preconizzabili profili di contrasto con il giuramento del maestro di Kos, che da oltre due millenni si pone a fondamento dell'arte medica (*“Non somministrerò ad alcuno, neppure se richiesto, un farmaco mortale, né suggerirò un tale consiglio; similmente a nessuna donna io darò un medicinale abortivo”*), inducono a prefigurare una diffusione massiva dell'obiezione di coscienza.

Se è vero che in Italia, anche prima dell'intervento della Corte Costituzionale, la legge 219 del 2017 riconosceva al paziente la possibilità di porre fine alle proprie sofferenze con la morte, mediante rinuncia al

trattamento sanitario e sedazione palliativa profonda e continua, si è rilevato in casi simili la morte potrebbe prodursi secondo tempi e modalità non corrispondenti alla visione della dignità propria del moriente, che potrebbe non accettare di sottoporre se stesso e i propri familiari ad un processo lungo e straziante, richiedendo modalità idonee a dare seguito con immediatezza alla propria decisione.

Si tratta di profili che inducono a riflettere sin d'ora in ordine alla possibile applicazione dello stato di necessità rispetto a situazione nelle quali, con certezza, il ricorso al procedimento delineato dalla Corte Costituzionale vanificherebbe il diritto fondamentale della persona alla scelta o al rifiuto delle cure, nel rispetto della decisione individuale di "come morire".

La scriminante procedurale del consenso dell'avente diritto delineata dalla Corte Costituzionale disinnescata, in un rapporto di specialità, l'operatività dello stato di necessità (54 c.p.), disciplinando ipotesi nelle quali il pericolo di un danno grave per la persona, da quest'ultima non volontariamente causato, risulta "altrimenti" evitabile, in quanto è offerta alla persona un'opzione che, escludendo ogni sofferenza, ne rispetta la volontà.

Laddove tale procedura non sia "attualmente" percorribile per comprovate cause esterne occorre valutare se il pericolo di cui all'art.54 c.p. possa essere integrato anche dalla violazione del diritto fondamentale del malato rispetto alle scelte del fine vita. Chiaramente, il pericolo necessitante, per essere definito "attuale" dovrà essere adeguatamente individuato e circoscritto, delineato nel suo contenuto, nell'oggetto e negli effetti.

Si pensi a chi, nell'ambito delle relative procedure e in relazione ad un quadro clinico certificato nei termini indicati dalla Corte Costituzionale, a fronte di un improvviso aggravamento del quadro clinico che rende oramai imminente il ricorso a pratiche di sedazione profonda, trovandosi impossibilitato ad attendere la decisione del comitato etico, o certo della mancanza di adeguati presidi nella struttura sanitaria territoriale competente, ferma restando la natura suicidaria e non omicida del gesto finale, si trovi a richiedere aiuto ad un parente o ad un amico per vedere garantita la propria scelta individuale. L'affermazione di un diritto fondamentale emergente rende necessaria la definizione di un nuovo parametro relativo all'inevitabilità "altrimenti" di cui all'art. 54 c.p.: in tal caso, essa non potrebbe rapportarsi all'astratta possibilità di ottenere una procedura assistita dalla struttura sanitaria, bensì alla concreta esigenza di scongiurare l'irreparabile sacrificio del

diritto fondamentale della persona, rispetto ad una gestione consapevole "sino all'ultimo" della propria esistenza.

Ciò pone, ulteriormente, il tema dell'aiuto rivolto al soggetto che mantiene piena autonomia motoria, non potendosi trascurare che, anche rispetto a questi soggetti, potrebbe esistere analoga "urgenza" d'intervento. In tal caso, seguendo la lettera normativa dell'art. 54 c.p., ma in evidente frizione con esigenze di tutela della dignità umana, si imporrebbe ai terzi "agevolatori" un dovere di astensione, in quanto l'aspirante suicida potrebbe determinarsi autonomamente senza alcun aiuto esterno (si pensi alla situazione di chi, pur potendosi lanciare nel vuoto dalla finestra dell'ospedale, nella certezza della morte, preferisca richiedere ad un parente un elevato dosaggio di farmaci letali).

Gli esaminati profili rendono evidente l'urgenza di una risposta legislativa. Senza accontentarsi dell'indicazione fornita dalla Corte Costituzionale infatti, dovrà essere definito un quadro capillare sul piano procedurale, scandito da rigorose tempistiche di intervento e da presidi di garanzia delle scelte del malato in tutte le strutture sanitarie.

Si aggiunga che sarà compito del legislatore ridefinire il delicato rapporto con lo stato di necessità, valorizzando, a date condizioni e nel solo ambito delle condotte di aiuto al suicidio (non certamente rispetto al rafforzamento o alla determinazione) il legame affettivo con il suicida ben oltre la mera proposta di una diminuzione ad effetto speciale o di una riformulazione edittale (il disegno di legge "Cirinnà", n. 1494 del 16 ottobre 2019, nell'estendere quanto indicato dalla Corte Costituzionale anche ai pazienti che non sono tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, si limita ad una riformulazione edittale le condotte di agevolazione la riformulazione edittale da uno a quattro anni, in luogo della pena da cinque a dodici anni per le condotte di rafforzamento e determinazione; si noti che la ridefinizione edittale, rispetto ai fatti commessi all'estero da un cittadino italiano, determinerebbe la condizione procedibilità di cui all'art. 9, II, c.p.).

È indubbio che determinate condizioni della vita umana travalicano la semplice anomalia del processo motivazionale.

È quanto accade laddove la violazione dell'urgenza sanitaria sia tale da rendere cogente la condotta di assistenza da parte dei soggetti più prossimi al suicida, rendendo la condotta alternativa di astensione e di rifiuto di aiuto radicalmente inesigibile. In tal caso verrebbe a configurarsi propriamente una

scusante, che elide la stessa rimproverabilità della condotta dolosa.

Si pensi al caso limite, del figlio amorevole che assiste il padre in una situazione riconducibile al quadro delineato dalla Corte Costituzionale e, a fronte dell'inerzia della struttura, che mantiene contingentato l'ausilio farmacologico per evitare il collasso del paziente, per evitare dolori intollerabili decide di aiutare il padre a somministrarsi una dose elevata, nella certezza della morte di quest'ultimo. Il conflitto tra morale e regole è evidenziato sul piano soggettivo, stante la configurazione di un dolo diretto, nel quale l'obiettivo che si pone l'agente non è la morte, bensì la liberazione dalle sofferenze, nel rispetto dell'autodeterminazione del genitore, mentre la morte si pone quale (certa) conseguenza dell'azione.

Chi scrive, peraltro, non è contrario all'introduzione generalizzata delle pene naturali nel nostro ordinamento, delegando il giudice, ferma la rilevanza oggettiva e soggettiva del fatto, alla valutazione delle

conseguenze pregiudizievoli del fatto per l'autore, nell'ottica della risocializzazione di quest'ultimo (si pensi a chi, in seguito ad un incidente, nel commettere un omicidio stradale resta lui stesso tetraplegico; o al genitore che, senza adottare i dispositivi di legge, dimentica il neonato nel veicolo causandone la morte per asfissia).

In tutte le ipotesi in cui il fatto determina, oltre ogni ragionevole dubbio, conseguenze pregiudizievoli per l'autore, il cui sacrificio supera largamente ogni possibile afflizione data dall'intervento dello Stato, la rinuncia punitiva deve porsi quale opzione concreta, in conformità al dettato di cui all'art. 27 Cost., scongiurati i rischi di ritorsione e di stigma sociale connessi al fatto (limite inferiore di prevenzione generale "ne cives ad arma ruant").

Marco Zincani

Avvocato del Foro di Bologna.

¹ Il termine nasce dal latino con un semplice cambio di desinenza, ma come frutto di un errore. Nelle fonti giuridiche romane, infatti, il vocabolo non vuol dire "illecito", ma "condizione dell'imputato". Lo slittamento di significato è avvenuto per un errore compiuto nel XIII secolo da uno dei giuristi più celebri del Medioevo, l'Accursio (1184- 1263) che la nel comporre una raccolta di circa 97.000 glosse - la cosiddetta Magna Glossa - al testo del *Corpus Iuris Civilis*, opera voluta dall'imperatore Giustiniano I (527-565), interpreta il *reatus* di una fonte giustiniana come se fosse il "fatto criminoso". E siccome quel giurista era tra i più famosi e, a ragione, tra i più seguiti e citati quell'uso e quel significato cominciano a diffondersi; e alla fine, nonostante la resistenza di parte della dottrina, reato conquista il primato della scienza penalistica, vincendo i diretti concorrenti come *delitto*, *crimine*, *maleficio*, *eccesso*. E dal XIX secolo diventa per antonomasia il nome di genere del "fatto criminoso", con la sanzione dell'art. 1 del Codice penale Zanardelli (1890): "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite. I reati, si distinguono in delitti e contravvenzioni". v. F. BAMBI, *L'italiano. Conoscere e usare una lingua formidabile. 12. Leggi, contratti, bilanci. Un italiano a norma?*, Accademia della Crusca, 2016.

² La bibliografia sul c.d. caso Dj Fabo è amplissima. Per approfondimenti S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: La richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, III, 2019. C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *sistemapenale.it*, 6 febbraio 2020; M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2017; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *sistemapenale.it*, 10 febbraio 2020; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2017 della Corte Costituzionale*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2019; G. LEO, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 241 e ss.; F. LOMBARDI, *Omicidio pietatis causa ed attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, I; A. MASSARO, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*, in *Giurisprudenza penale*, 10, 2018; A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *Legislazione penale*, 24 settembre 2019; L. RISCATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *Legislazione penale*, 16 marzo 2020; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte Costituzionale)*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020;

³ Sul contenuto della richiesta di archiviazione v. P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: La procura di milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, V, 2017;

⁴ Cass. pen., V, 17 settembre 2018, n. 48360, *Tartaglia*.

⁵ Cass. pen., I, 23851 del 2008; Cass. pen., I, 8128 del 1991.

⁶ Cass. pen., I., 2501 del 1990.

⁷ Per una disamina analitica dell'ordinanza in parola, v. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, II, pp. 415 e ss.

⁸ Per approfondimenti v. L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2017 della Corte Costituzionale*, cit.

⁹ Preme, peraltro precisare che l'assimilazione delle due condotte, alla prova dei fatti, dovrà comunque riferirsi ad una situazione "intollerabile" per la prosecuzione della vita, rispetto alla quale risulta difficile ipotizzare situazioni nelle quali la prostrazione dell'agente sia prettamente spirituale.

¹⁰ Rileva M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *sistema penale.it*, 10 febbraio 2020, p. 16, come i trattamenti di sostegno vitale (TSV), nella comunità scientifica, siano individuabili nei trattamenti che sono in grado di prolungare la vita, senza necessariamente guarire la malattia. Si tratta di trattamenti di sostegno delle funzioni organiche, quali, ad esempio, la rianimazione, la ventilazione meccanica, il pacemaker. La disciplina delle DAT, invece, si riferisce ai "trattamenti necessari alla sopravvivenza", che includono quei trattamenti la cui interruzione potrebbe avere effetti velocemente letali. Tra questi rilevano anche l'idratazione e l'alimentazione artificiale. Ad avviso dell'Autore, la Corte si sarebbe confusa, in quanto avrebbe inteso stabilire un nesso concausale del trattamento con le indicate patologie gravi e irreversibili, laddove, invece, il trattamento non può essere di per sé avvilente. Parimenti, risulterebbe illogico delimitare la categoria dei TSV ai casi nei quali il malato in assenza di trattamento morirebbe all'istante (si pensi al malato di sclerosi multipla o di Alzheimer, prigioniero di un corpo torturatore, ma capace di alimentarsi e di respirare autonomamente). L'Autore propone di allargare la casistica a tutti i trattamenti salvavita: che da un lato compromettono, ma dall'altro salvano la vita; terapie la cui assenza condurrebbe ad un rapido peggioramento delle condizioni, sino ad un esito letale o a una compromissione importante delle complicità invalidante. Di riflesso, l'indicazione fornita dalla Corte andrebbe a riferirsi a "malattie mortali non temporanee, ma permanenti, con effetti ulteriormente devastanti e non umanamente liberatori".

¹¹ Con riguardo alle peculiarità dell'ordinanza in oggetto e allo spirito di leale collaborazione istituzionale che la anima, si veda S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: La richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, III, 2019, p. 9, e, altresì, L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2017 della Corte Costituzionale*, cit., p. 5, ove l'autore ne sottolinea le differenze rispetto alle decisioni di incompatibilità tipiche della giurisprudenza costituzionale tedesca (*Unvereinbarkeitserklärungen*), attraverso le quali la Corte costituzionale offre indicazioni al Parlamento senza, tuttavia, tenere aperto, nelle more, il giudizio di incostituzionalità su una data norma.

¹² Mette conto un inciso. Non deve infatti ingannare la qualificazione impropria di testamento biologico (o biotestamento) con la quale spesso ci si riferisce alle disposizioni anticipate di trattamento, dal momento che tale espressione è utilizzata in modo atecnico. Difatti, è ben vero che nelle DAT il soggetto esprime la propria volontà che costituisce elemento imprescindibile per la validità del negozio. Pur tuttavia, non può sottacersi come la differenza tra il primo e le seconde sia ben definita: il testamento ex art. 587 c.c. è un atto *mortis causa* mentre le DAT si occupano del c.d. fine-vita. Inoltre, il testamento ha efficacia al momento dell'apertura della successione mentre, al contrario, l'efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento è riconducibile ad un momento che precede la morte, rientrando così nella categoria degli atti *inter vivos*. Ebbene, si precisi ancora che mentre il testamento produce inevitabilmente i suoi effetti (salvo che non venga revocato ovvero risulti viziato), le DAT possono rimanere quiescenti per tutta la vita del dichiarante senza mai diventare efficaci. In aggiunta, i due atti potranno avere profili comuni per quel che attiene la forma ma si esclude la possibilità di assoggettare le norme contenute nel libro II, titolo III, capo I, rubricate "Delle successioni testamentarie", anche alle DAT. L'inevitabile conseguenza sarà dunque che ove le DAT siano redatte per mezzo di atto pubblico non verrà richiesta la presenza di due testimoni. Quanto alla loro natura, l'orientamento maggioritario inquadra le disposizioni in parola come atti negoziali a contenuto non patrimoniale. Difatti, i singoli sono titolari di un vero e proprio diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario, che deve essere esaminato alla luce dei principi costituzionali. Tra gli effetti da queste prodotti vi rientrano dunque sia quelli voluti, come un determinato trattamento sanitario ovvero il rifiuto dello stesso oltretutto quelli non propriamente desiderati ma comunque rientranti nella complessità dell'atto e da questi dipendenti, come l'esonero della responsabilità del medico. Per approfondimenti, v. T. PASQUINO, *Sul contenuto delle DAT tra autodeterminazione del paziente e decisioni di altri: profili civilistici*, *Rivista di Biodiritto*, I, 2019, p. 253 e ss.

¹³ Il consenso informato non deve essere confuso né con il consenso scriminante ex art. 50 c.p., giacché in questo caso non si è in presenza di un fatto penalmente tipico poi divenuto lecito in assenza di anti giuridicità, né con il consenso che costituisce elemento essenziale di alcuni reati, come nel caso dell'omicidio del consenziente ex art. 579 c.p., in cui la presenza di consenso rappresenta un distinguo in relazione al reato di omicidio volontario di cui all'art. 575 c.p. In ordine all'attività medico-chirurgica è opportuno fare delle precisazioni. Seppur tradizionalmente ricondotta all'alveo delle scriminanti tacite, è possibile ravvisare un collegamento tra l'attività in parola e le cause di giustificazione codificate. Più nel dettaglio, le teorie che si contendono il campo sono due: da un lato vi è chi fa ricorso al consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), purché "informato, esplicito, libero, autentico ed immune da vizi" (così A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955); dall'altro chi fonda l'attività del medico nella previsione di cui all'art. 51 c.p. (in tal senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2017, p. 287 e ss.). Per dirimere la controversia è intervenuta

la Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha colto l'occasione per spostare la questione dal piano dell'antigiuridicità a quello della tipicità. Nello specifico, la Suprema Corte ha individuato il fondamento della liceità dell'attività del medico nel combinato disposto degli articoli 2, 13, 32 Cost., in relazione al consenso libero e consapevole del paziente all'atto terapeutico (Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437, *Giulini*). Sul tema si segnala P. PIRAS, *L'atto medico senza il consenso del paziente. A dieci anni dalle Sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017*, in *Sistema penale*, XI, 2019.

¹⁴ Il medico che dovesse proseguire un trattamento sanitario contro la volontà espressa del paziente, salvi i casi in cui venga disposto trattamento sanitario obbligatorio, potrà essere perseguito per i reati di violenza privata (610 c.p.) o lesioni personali (582 c.p.), purché ne ricorrano i relativi presupposti. In assenza di indicazioni contrarie da parte del paziente, è invece esclusa la responsabilità penale del medico che abbia eseguito con esito fausto un trattamento sanitario nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, benché in assenza di consenso informato del paziente, ovvero in caso di prestazione del consenso da parte del medesimo per un trattamento diverso da quello eseguito (SS.UU. n. 2437 del 21 gennaio 2009). L'esenzione da qualsivoglia ipotesi di responsabilità a carico del medico, è riconducibile alla sola liceità delle redatte disposizioni anticipate di trattamento: il medico non potrà essere obbligato da una DAT contraria a norme di legge, o alla deontologia professionale, o alle buone pratiche clinico-assistenziali. In una simile circostanza, il medico che non rilevi la contrarietà della DAT alla legge o alla deontologia professionale, ovvero alle buone pratiche clinico assistenziali, e asseconi la volontà in essa manifestata, sarà esposto alla responsabilità per colpa prevista dalla legge n. 24 del 2017 c.d. Gelli-Bianco. Ulteriormente, l'esercente la professione sanitaria potrà disattendere il contenuto delle DAT, in tutto o in parte, laddove appaiano palesemente inappropriate o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili o non conosciute all'atto di sottoscrizione da parte del disponente, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Tale statuizione secondo alcuni renderebbe però facilmente disapplicabile la volontà del paziente, ove questa risulti passibile di diverse interpretazioni. Pur tuttavia, tale osservazione può essere agevolmente smentita rilevando che, in caso di contrasto tra il medico e la volontà del malato, è sempre possibile fare ricorso al giudice tutelare. In mancanza di disposizioni anticipate di trattamento, l'orientamento maggioritario vincola il mancato rimprovero civile e penale a carico del medico, alla ricerca della migliore strategia terapeutica in collaborazione con il paziente o il fiduciario in modo da soddisfare il *best interest* del malato, ponendosi altresì in linea con il suo sentire etico e religioso. In argomento, per approfondimenti v. C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, XII, 2017.

La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridecrizione o *interpretatio abrogans*?

di **A. Massaro**

La Corte d'Assise di Massa, con la sentenza del 27 luglio 2020, ha assolto Marco Cappato e Mina Welby dal reato di cui all'art. 580 c.p., per aver aiutato materialmente Davide Trentini, malato di sclerosi multipla, ad attuare il suo proposito di darsi la morte presso una clinica svizzera che pone in essere pratiche di suicidio assistito. Gli imputati sono stati assolti con la formula terminativa "il fatto non costituisce reato".

La sentenza si confronta con la necessità di precisare i contorni di quella "dipendenza da trattamenti di sostegno vitale" che la Corte costituzionale ha collocato tra gli elementi costitutivi della nuova causa di non punibilità introdotta per l'aiuto al suicidio. Il requisito in questione, che non può esaurirsi nel solo sostegno mediante macchinari, è però oggetto di una "ridecrizione" talmente ampia da condurre, qualora risultasse confermata dalla giurisprudenza, a una sostanziale interpretatio abrogans dello stesso.

Gli scenari che si aprono a partire dal caso Trentini devono fare i conti anche (e soprattutto) con gli altri requisiti individuati dalla Consulta che, non riferibili a fatti commessi prima della sentenza n. 242 del 2019, sono invece chiamati a operare per il futuro. La sfida aperta, sembrerebbe, è verificare tanto se il servizio sanitario nazionale si riveli all'altezza del compito affidatogli in materia di suicidio medicalmente assistito quanto se una possibile levata di scudi da parte dell'esercito degli obiettori di coscienza si traduca o meno in un ostacolo insormontabile per il cammino faticosamente, e coraggiosamente, intrapreso.

Sommario. **1.** Il "nuovo" art. 580 c.p. sul banco di prova del caso *Trentini*. – **2.** Le condizioni di Davide Trentini. – **2.1.** La "non autosufficienza" di Davide Trentini: la consulenza tecnica del dottor Mario Riccio. – **3.** Le motivazioni del Corte d'Assise di Massa: tra presente, passato e futuro. – **3.1.** Il presente: la causa di non punibilità introdotta dalla Corte costituzionale come causa di giustificazione e l'assoluzione perché il fatto non sussiste. – **3.2.** Il passato: il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale. – **3.3.** Il futuro: le cure palliative, il servizio sanitario nazionale e l'obiezione di coscienza

1. Il "nuovo" art. 580 c.p. sul banco di prova del caso *Trentini*.

La Corte d'Assise di Massa, con la sentenza del 27 luglio 2020, ha assolto Marco Cappato e Mina Welby dal reato di cui all'art. 580 c.p., per aver aiutato materialmente Davide Trentini, malato di sclerosi multipla, ad attuare il suo proposito di darsi la morte presso una clinica svizzera che pone in essere pratiche di suicidio assistito. Gli imputati sono stati assolti con la formula terminativa "il fatto non costituisce reato".

Il processo relativo alla morte di Trentini era stato sospeso in attesa che la Corte costituzionale risolvesse la questione di legittimità sollevata, in riferimento all'art. 580 c.p., nell'ambito del caso *Cappato*. La Corte, come ampiamente noto, è intervenuta con una doppia pronuncia. Con l'ordinanza n. 207 del 2018, evidenziando (non l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 580 c.p., ma) le criticità che l'incondizionata rilevanza penale dell'aiuto materiale al suicidio poneva rispetto a pazienti che versassero in condizioni analoghe a quelle di Fabiano Antoniani, la Corte "metteva in mora" il Parlamento, assegnando

un termine entro il quale modificare, per via legislativa, un quadro normativo anacronistico e inadeguato. Prendendo atto della perdurante inerzia del legislatore, la sentenza n. 242 del 2019 ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: l'impianto della precedente ordinanza risulta confermato, specificando però ulteriormente gli elementi costitutivi della causa di non punibilità introdotta in riferimento all'aiuto al suicidio. L'art. 580 c.p., più esattamente, è stato dichiarato parzialmente illegittimo «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente

capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»¹.

2. Le condizioni di Davide Trentini.

Nelle questioni di fine vita, è cosa nota, il “fatto” tende a prevalere sul “diritto”, almeno nel senso che le peculiarità dei singoli casi giunti all’attenzione della giurisprudenza, da cui escono delineate vicende umane prima ancora che giudiziarie, finiscono inevitabilmente per assumere un peso specifico significativo e, per certi aspetti, assorbente. La dichiarazione di parziale illegittimità dell’art. 580 c.p., del resto, è apparsa fin da subito un abito cucito prendendo le misure sul caso di Fabiano Antoniani, il quale ha rappresentato anche la lente attraverso cui, spesso, si è filtrata l’interpretazione delle “condizioni” poste dalla Corte costituzionale.

L’interesse per il caso *Trentini*, dunque, stava essenzialmente in questo: verificare se e fino a che punto la causa di non punibilità introdotta in riferimento all’aiuto al suicidio fosse in grado di “emanciparsi” dalla potente vicenda che ne aveva determinato e, in qualche misura, condizionato la formulazione, applicandosi, in particolare, anche a soggetti che, pur affetti da patologie gravi e dolorose, non necessitavano di una macchina che ne assicurasse le più basilari funzioni vitali.

Muovendo da queste premesse e ripercorrendo la sentenza della Corte d’Assise di Massa, il primo passo obbligato sembra quello di ricostruire la “storia” di Davide Trentini e le ragioni che lo hanno convinto a ricorrere a una pratica di suicidio assistito in Svizzera. Davide Trentini è malato di sclerosi multipla, manifestatasi nel 1993. Se nei primi anni riesce a tenerla sotto controllo, gradualmente la malattia diviene progressiva e non remittente: avanza lentamente ma inesorabilmente, rendendo impossibile ogni recupero e determinando delle condizioni sempre più dolorose. Trentini ha bisogno di aiuto per alzarsi dal letto o fare la doccia, la sua marcia diviene progressivamente atassica e paraparetica costringendolo a servirsi di un deambulatore, cade spesso (una volta fratturandosi le costole e la clavicola) e inizia a soffrire di dolori che assumono con il tempo una intensità tale da risultargli insopportabili. Le più potenti terapie del dolore non riescono a procurargli alcun sollievo, sia pur momentaneo: “sei ridotto a un punto che se ti copri con il lenzuolo senti dolore”, osserva

un medico constatando la sua impotenza di fronte a quelle sofferenze.

Davide Trentini, nel 2015, inizia a maturare l’ipotesi del suicidio. Ne parla con i suoi familiari e con la sua ex compagna, mostrandosi fermo nel proposito di porre fine a quelle sofferenze mediante una morte procurata. Sebbene si tratti di una soluzione materialmente praticabile, non vuole però suicidarsi buttandosi dalla finestra della propria abitazione, non solo perché, data l’altezza poco considerevole, non è sicuro di riuscire nel proprio intento, ma anche (e forse soprattutto) perché ritiene di meritare una morte dignitosa, senza doversi sottoporre a ulteriori e intollerabili sofferenze.

Per queste ragioni Trentini, dopo aver preso informazioni attraverso dei siti Internet, decide di rivolgersi a strutture sanitarie operanti in Svizzera, presso le quali si pongono in essere pratiche di suicidio assistito. Entra anche in contatto con l’associazione Soccorso Civile, di cui fanno parte Marco Cappato e Mina Welby, che ha come scopo proprio quello di aiutare coloro che intendano recarsi all’estero per ottenere l’assistenza a una morte volontaria. Trentini contatta una prima struttura, sebbene Cappato la consideri poco affidabile. Cappato, in ogni caso, indice una raccolta pubblica di fondi per aiutare Davide a coprire, sia pur in minima parte, le spese del suicidio assistito. Quando le autorità svizzere ordinano la sospensione delle attività di quella struttura, Trentini, di nuovo, pensa di procurarsi la morte da solo qualora non riesca a trovare una alternativa in tempi ragionevolmente brevi. Cappato e Welby contattano allora la clinica Lifecircle, riuscendo ad accelerare la procedura e procurando parte della documentazione necessaria. Welby, poi, lo accompagna nel viaggio in ambulanza verso la Svizzera e fa da traduttrice (dall’italiano al tedesco e viceversa) degli atti e dei colloqui tra Trentini e i medici.

Cappato, pur avendo constatato personalmente le condizioni di sofferenza e di dolore di Trentini, tenta in più occasioni di distoglierlo dai propri propositi di suicidarsi, anche coinvolgendolo in attività politiche volte a diffondere sull’intero territorio nazionale quella cannabis terapeutica dalla quale, ormai, Davide non riesce più a trarre sufficiente sollievo.

Welby racconta di fronte alla Corte la vicenda che ha visto protagonista suo marito Piergiorgio, spiegando che aver aiutato Trentini era stato come “risarcire il dolore” che Piergiorgio stesso aveva provato: solo dopo il distacco del respiratore artificiale Mina era stata davvero consapevole degli atroci dolori che avevano trafitto il corpo del marito, rimproverandosi

di non aver anticipato, anche solo di qualche giorno, quella morte che lui implorava da tempo². Ciò nonostante, Mina Welby aveva provato più volte, anche la mattina della partenza per la Svizzera, a convincere Trentini a desistere dal suo intento.

Il 13 aprile 2017, dopo aver nuovamente verificato la fermezza del suo proposito, viene applicata la flebo che, attraverso un meccanismo azionato dallo stesso Trentini, inietta il farmaco necessario a causarne la morte.

2.1. La “non autosufficienza” di Davide Trentini: la consulenza tecnica del dottor Mario Riccio.

L’aspetto più controverso del caso *Trentini* e, al tempo stesso, la circostanza che rendeva particolarmente attesa la pronuncia della Corte d’Assise di Massa, era certamente rappresentato dalla configurabilità (o meno) di quel requisito della “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale” individuato dalla Corte costituzionale come uno degli elementi costitutivi della causa di non punibilità introdotta in riferimento all’art. 580 c.p.

Trentini non era collegato a macchinari per alimentarsi, respirare, assumere i farmaci.

Il consulente tecnico della difesa, il dottor Mario Riccio, precisa però che Trentini, negli ultimi anni della sua vita, ben poteva dirsi dipendente da due forme di sostegno vitale: la prima di carattere farmacologico, la seconda di tipo meccanico.

Anzitutto, Davide assumeva una terapia farmacologica, mirata essenzialmente al contenimento del dolore, che aveva raggiunto dei dosaggi limite: un suo incremento, richiesto più volte dal paziente, avrebbe procurato una *overdose* da farmaco, mentre una sua riduzione avrebbe determinato, oltre a un intollerabile riacutizzarsi del dolore, un peggioramento dell’insufficienza respiratoria e, quindi, una accelerazione del decorso causale che avrebbe condotto alla morte.

In secondo luogo, Trentini non era più autonomo per la funzione della defecazione: la paralisi della sua muscolatura intestinale rendeva necessarie delle evacuazioni manuali, prima effettuate da operatori sanitari e poi, dopo aver imparato la tecnica di svuotamento, dalla madre di Davide. Senza le manovre in questione, l’esito necessario sarebbe stato quello di una perforazione dell’intestino, con conseguente morte del paziente.

3. Le motivazioni della Corte d’Assise di Massa: tra presente, passato e futuro.

3.1. Il presente: la causa di non punibilità introdotta dalla Corte costituzionale come causa di giustificazione e l’assoluzione perché il fatto non sussiste.

Esclusa senza particolare difficoltà una responsabilità di Marco Cappato e di Mina Welby per il rafforzamento del proposito suicidario di Davide Trentini, già sufficientemente stabilizzatosi prima dell’intervento degli imputati, resta aperta la questione dell’aiuto materiale al suicidio, inequivocabilmente verificatosi sul piano oggettivo e “ammesso” da entrambi.

I giudici ritengono che debba trovare applicazione la causa di non punibilità, esplicitamente e ripetutamente qualificata come “*scriminante*”, introdotta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019. Non sembra sussistano particolari dubbi, quindi, sulla natura giuridica della causa di non punibilità in questione, che anche in dottrina è stata inquadrata in maniera (per ora) prevalente affidandosi allo schema delle scriminanti procedurali³. Quest’ultima categoria, pare opportuno precisarlo, presenta una propria utilità capace di andare oltre l’*appel* descrittivo-classificatorio nella misura in cui alla stessa si applichi, in funzione di disciplina, lo statuto previsto legislativamente per le cause di giustificazione. Alcuni aspetti problematici, per esempio, potrebbero porsi sul versante dell’elemento soggettivo del reato e, quindi, dell’errore che esclude il dolo⁴.

Muovendo dalla configurazione della causa di non punibilità come scriminante e conformemente alle indicazioni offerte dalla giurisprudenza prevalente⁵, la Corte assolve gli imputati “perché il fatto non costituisce reato”.

Ad esiti differenti è pervenuta la Corte d’assise di Milano che, dopo l’intervento della Corte costituzionale, ha ritenuto di assolvere Marco Cappato con la formula “perché il fatto non sussiste”⁶. I giudici milanesi, pur premurandosi di precisare che la natura giuridica della causa di non punibilità introdotta dalla Corte costituzionale interessa più gli studiosi del diritto penale che gli operatori del diritto, finiscono in realtà per testimoniare quanto di “concreto” si celi dietro quella disputa. Si precisa anzitutto che la Corte costituzionale non ha chiarito esplicitamente se la non punibilità debba intendersi «come riduzione dell’ambito oggettivo della fattispecie incriminatrice [...] ovvero se le circostanze definite nei quattro requisiti configurino una scriminante». Tra i due poli dell’alternativa, i giudici milanesi ritengono che la pronuncia della Consulta abbia comportato una «riduzione dell’area di sanzionabilità penale che non opera come scriminante ma incide sulla struttura

oggettiva della fattispecie», anche perché «l'affermazione di non punibilità» inciderebbe in ogni caso sul piano oggettivo, posto che le cause di giustificazione operano come «elementi negativi della fattispecie nel suo profilo oggettivo». Anche se i giudici evitano accuratamente ogni riferimento terminologico ai concetti di “tipicità” e di “antigiuridicità”, utilizzando altresì (impropriamente) il concetto di “fattispecie” come sinonimo di “fatto”, i passaggi argomentativi in questione si avvicinano significativamente alle cadenze della bipartizione quando si regala una seconda giovinezza all'anacronistica (ma convincente) categoria degli elementi negativi. Il vero punto debole della motivazione sta nella conclusione, dove si afferma che anche secondo la teoria tripartita la formula di assoluzione da adottare in presenza di una scriminante sarebbe quella di insussistenza del fatto. In realtà, in presenza di una scriminante, e *a fortiori* muovendosi nell'ottica della tripartizione, la formula assolutoria tradizionale e ormai sufficientemente consolidata in giurisprudenza è “il fatto non costituisce reato”.

Al di là delle questioni di carattere più strettamente ricostruttivo-sistematico, l'impressione è quella per cui la partita della formula di assoluzione sia rimasta in qualche modo aperta da quando il dottor Mario Riccio, per aver praticato il distacco del ventilatore artificiale che teneva in vita Piergiorgio Welby, era stato assolto “solo” perché il fatto non costituisse reato (anche in quel caso, tra l'altro, ritenendo che l'omicidio del consenziente fosse scriminato)⁷.

Le sentenze di proscioglimento, come precisato dalla giurisprudenza costituzionale, non individuano un *genus* unitario, riferendosi per contro a ipotesi eterogenee «quanto all'attitudine lesiva degli interessi morali e giuridici del prosciolto»⁸. A Milano, forse, gli “interessi morali” hanno pesato più di quanto sia avvenuto a Massa.

3.2. Il passato: il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

La patologia da cui era affetto Davide Trentini ben poteva definirsi *irreversibile* e fonte di *sofferenze fisiche o psicologiche*, che, come dimostrava la fermezza del suo proposito di togliersi la vita, lo stesso riteneva assolutamente *intollerabili*. Nemmeno risultava troppo complicato accertare che, malgrado quelle sofferenze, Trentini restasse capace di *prendere decisioni libere e consapevoli*. *Nulla quaestio*, detto altrimenti, su buona parte dei requisiti individuati dalla Corte costituzionale (e senza dubbio valevoli per i “fatti pregressi” rispetto alla pronuncia).

L'autentico *punctum pruriens* è rappresentato dalla necessaria *dipendenza da trattamenti di sostegno vitale*, di cui fin da subito, del resto, sono state chiaramente messe in luce le criticità⁹.

La motivazione della sentenza di Massa, a questo punto, sembra voler “gettare il cuore oltre l'ostacolo”, andando oltre la soluzione proposta dalla Corte costituzionale. L'impressione, più esattamente, è che i giudici mirassero a un ulteriore ampliamento della nuova causa di non punibilità introdotta dal Giudice delle Leggi, perseguendo questo obiettivo anzitutto affrancando il nuovo art. 580 c.p. da quel legame troppo stretto e, forse asfittico, creatosi tra la soluzione di carattere generale offerta dalla Corte e le specificità della vicenda che aveva interessato Fabiano Antoniani.

La Corte d'Assise segue in effetti due percorsi argomentativi: uno “decisivo”, l'altro “non strettamente necessario”.

Il percorso decisivo è quello che valorizza le dichiarazioni del dottor Riccio, ritenute utilizzabili e attendibili: la duplice e “importante” dipendenza, farmacologica e meccanica, che caratterizzava la condizione di Trentini, valeva a integrare il requisito in questione.

A questo punto, tuttavia, i giudici di merito avvertono l'esigenza di precisare che, anche in assenza delle dichiarazioni del dottor Riccio, si sarebbe pervenuti al medesimo risultando, cogliendo così l'occasione per una più ampia ridefinizione del concetto di “trattamento di sostegno vitale”.

La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, precisano i giudici, *non si risolve necessariamente ed esclusivamente nella dipendenza da una macchina*, come avveniva per Fabiano Antoniani: «*non si deve confondere il caso concreto da cui è originata la pronuncia della Corte costituzionale con la regola iuris che la Consulta ha codificato*».

Anche attraverso il riferimento alla legge n. 219 del 2017 e, in particolare, ai trattamenti che la stessa consente al malato di rifiutare¹⁰, il requisito indicato dalla Corte costituzionale sarebbe comprensivo di «*qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici*». Il trattamento di sostegno vitale, in conclusione, si identifica con «*qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida*»: questa definizione si presta a comprendere i casi in cui la possibilità di continuare a vivere dipenda non solo dal funzionamento di un macchinario medico, ma

anche dalla prosecuzione di una terapia farmacologica o, più in generale, dalla necessità di assistenza sanitaria.

Il requisito individuato dalla Corte costituzionale, allora, è ravvisabile nel caso Trentini (o, almeno, hanno cura di precisare i giudici di Massa, sussiste il dubbio sulla sua sussistenza), anche prescindendo dalle informazioni acquisite tramite la consulenza del dottor Riccio.

Trentini non era autonomo nei suoi bisogni vitali: la sua situazione era quella di chi, per continuare a vivere, «*dipendeva da un'altra persona*» che lo aiutasse a muoversi, a mangiare, ad andare in bagno. Se una persona dipende «*da altri (siano essi persone o cose)*» per il soddisfacimento dei propri bisogni vitali, allora il requisito richiesto dalla Corte costituzionale può considerarsi integrato.

Per supportare queste conclusioni, i giudici di Massa attingono però allo strumentario messo a disposizione dall'*estensione analogica*. Trattandosi di una causa di giustificazione, infatti, non sussisterebbero particolari dubbi sulla possibilità di estenderla *in bonam partem* sulla base della identità di *ratio*.

Sembrerebbe che il ragionamento seguito dai giudici di merito possa così riassumersi.

Il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, pur interpretato in senso ampio e, dunque, emancipato dalla specifica vicenda che aveva visto protagonista Fabiano Antoniani, può ritenersi sussistente quando il paziente dipenda da *farmaci*, dall'*assistenza sanitaria* o da *dispositivi medici* e questa dipendenza sia direttamente funzionale alla sua sopravvivenza. Qualora il soggetto, per la sua sopravvivenza, dipenda da *un'altra persona*, non potrebbe considerarsi integrato il requisito del "trattamento", ma, nondimeno, si determinerebbe una situazione analoga alle precedenti, tale da legittimare un'estensione *in bonam partem* della causa di non punibilità.

Si tratta, indubbiamente, dello snodo argomentativo più problematico della pronuncia, soprattutto perché non indispensabile per pervenire all'esito assoluto che i giudici intendono motivare. Nel caso di Davide Trentini, in effetti, la "generosa" terapia farmacologica alla quale lo stesso risultava sottoposto, con dosaggi al limite della umana tollerabilità, sarebbe bastata a ritenere integrato il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale per via "fisiologicamente interpretativa", senza cioè ricorrere alla forzatura dell'estensione analogica.

Il riferimento alla mera dipendenza da un'altra persona che, a questo punto, potrebbe valere a

integrare l'elemento costitutivo della causa di non punibilità anche in assenza (non solo di macchinari, ma anche) di una terapia farmacologica così invasiva come quella somministrata a Davide Trentini, offrirebbe una definizione del requisito in questione talmente slabbrata da risultare pressoché onnicomprensiva.

Muovendo da queste premesse, quella proposta dal Corte d'Assise di Massa sembra assumere la consistenza non tanto di una "lettura ampia", quanto piuttosto di una sostanziale *interpretatio abrogans* di uno dei requisiti individuati dalla Corte costituzionale. In presenza di una patologia irreversibile, che cagioni al malato una grave sofferenza fisica o psicologica che lo stesso considera intollerabili, è giocoforza ritenere sussistente una generica dipendenza da "persone o cose", qualora si accedesse alla definizione così "estesa" suggerita dai giudici del caso *Trentini*.

Potrebbe osservarsi che una cosa è un paziente per il quale l'evacuazione manuale è il solo modo per evitare una ischemia e una perforazione intestinale, cosa diversa è necessitare di un deambulatore per spostarsi o di un aiuto per entrare nella doccia. Se, tuttavia, si rinuncia (perché in effetti è pressoché impossibile individuarli) a requisiti che consentano di graduare, in via preventiva e astratta, il concetto di dipendenza, tutto si riduce a un generico bisogno di cose o persone per i propri bisogni quotidiani.

Il requisito della dipendenza da un trattamento di sostegno vitale, altrimenti detto, perde ogni capacità di "filtro selettivo": la descrizione della causa di non punibilità ex art. 580 c.p. resta affidata agli altri requisiti che compongono la "tetralogia" individuata dalla Corte costituzionale, con particolare riguardo al carattere irreversibile della malattia e alle sofferenze intollerabili che la stessa procura al malato. Se sussistono questi elementi, come già precisato, la "dipendenza da persone o cose" deve considerarsi sostanzialmente in re ipsa, risultando assai complesso ipotizzare casi in cui, in presenza di condizioni patologiche caratterizzate da un così elevato grado di intensità, ai fini della permanenza in vita del soggetto non si renda necessario un aiuto materiale derivante da "cose o persone".

La finalità ultima del ricorso all'argomento analogico, in definitiva, pare non tanto quello di una "emancipazione" dei trattamenti di sostegno vitale dalla dipendenza da macchinari, quanto piuttosto quello di un suo sostanziale "svuotamento".

3.3. Il futuro: le cure palliative, il servizio sanitario nazionale e l'obiezione di coscienza.

Il caso *Trentini*, di indubbio interesse perché ha rappresentato il primo concreto banco di prova dopo la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, guarda però al passato, riferendosi a fatti commessi prima della sentenza in questione. La Consulta ha avvertito l'esigenza di disciplinare gli effetti intertemporali della propria pronuncia: questa circostanza, oltre a far riflettere sul ruolo "autenticamente legislativo" che la stessa si attribuisce ormai esplicitamente, rende necessario volgere lo sguardo alle possibili applicazioni di quel dispositivo a fatti per i quali lo stesso sarà chiamato a operare nella sua versione "tutto compreso".

Rispetto al processo per la morte di Davide Trentini, l'ostacolo da superare era senza dubbio rappresentata dalla dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

Qualora la giurisprudenza successiva dovesse confermare l'impressione che, più che a una sua progressiva ridefinizione, l'elemento in questione sia destinato a un'inevitabile *interpretatio abrogans*, la possibile messa a sistema del suicidio assistito nel nostro ordinamento passerà soprattutto per gli altri elementi, quelli dettati *pro futuro*, che compaiono nella sentenza n. 242 del 2019.

La Corte costituzionale, nell'intento di sottolineare il carattere di *extrema ratio* che si stava attribuendo alle pratiche di suicidio assistito, ha ribadito con la sentenza n. 242 del 2019 che le cure palliative rappresentino il necessario "passaggio preliminare" o, in ogni caso, il pre-requisito di una scelta che possa considerarsi realmente consapevole¹¹. La disponibilità di cure palliative agevolmente accessibili e, più in generale, l'efficienza di un servizio sanitario nazionale capace di andare oltre le contingenze geografiche e/o economiche che caratterizzano la condizione del singolo malato, costituiscono il solo presupposto in grado di "legittimare" delle opzioni in chiave paternalistica che l'ordinamento, nel rispetto della Costituzione, scelga di privilegiare: uno Stato che "per il mio bene, mi impedisca di farmi del male", ma che non riesca ad assicurare una assistenza sanitaria efficiente e dignitosa a chi alle cure non intenda rinunciare, si nasconderebbe dietro un'ipocrisia troppo spudorata perché possa considerarsi tollerabile.

Si tratta di un aspetto di recente messo a fuoco, con straordinaria nitidezza, dalla pronuncia con cui la Corte costituzionale tedesca è pervenuta alla parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie che puniva l'aiuto "commerciale" al suicidio¹². Senza l'aiuto "commerciale", osserva il *Bundesverfassungsgericht*, le possibilità del singolo di

accedere a pratiche di suicidio assistito sono rimesse alla discrezionalità dei singoli medici, che tra l'altro non hanno alcun obbligo di procedere in tal senso. I dati statistici mostrano chiaramente come la maggior parte dei sanitari tedeschi neghi la propria disponibilità ad assistere medicalmente il paziente che richieda di porre fine alla propria vita. Anche tra i medici che si occupano di medicina palliativa, pur registrandosi una sostanziale eterogeneità di opinioni, sono molto ampie le sacche di resistenza nei confronti del suicidio assistito¹³. A fronte di questa situazione, al singolo non rimane altro che tollerare il rifiuto opposto dal sanitario, visto che dal diritto a una morte autodeterminata non deriva alcuna pretesa nei confronti di terzi ad essere assistito nel proprio suicidio¹⁴. L'aiuto al suicidio "senza aiuto esterno" è dunque una possibilità poco più che teorica, oltretutto legata a un'irragionevole casualità geografica: le regole cui i medici fanno riferimento, in effetti, sono di competenza dei singoli *Länder*¹⁵. Fino a quando questo stato di cose resta inalterato, l'opera di strutture organizzate è fondamentale per assicurare l'effettività del diritto al suicidio assistito¹⁶ e, vista l'impossibilità di offrire una lettura costituzionalmente conforme del § 217 StGB¹⁷, la conclusione obbligata è stata quella di ritenere lo stesso illegittimo. Guardando oltre il caso *Trentini*, si rende necessario ragionare non in riferimento a soggetti che decidano di recarsi in Svizzera, dove sono certi di trovare strutture disposte, al verificarsi di certe condizioni, ad assisterli nella scelta di morire, ma a soggetti che si rivolgano al servizio sanitario nazionale italiano. Quest'ultimo, in effetti, è stato individuato come autentico *dominus* della procedura da cui deriva la non punibilità *ex art. 580 c.p.*, la quale, a sua volta, non potrebbe più applicarsi, per il futuro, a fatti commessi all'estero.

Restando nel perimetro disegnato dai confini nazionali, ha destato (e desta ancora) qualche perplessità l'estrema enfasi con la quale la Corte costituzionale, nelle motivazioni della sentenza n. 242 del 2019, ha "fatto salva" l'obiezione di coscienza da parte del singolo medico. La declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., hanno cura di precisare i giudici di Palazzo della Consulta, «si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere in tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»¹⁸. Quella che sembra una mera "puntualizzazione", suona in realtà come lo strumento in grado di

disinnescare buona parte della carica esplosiva della sentenza¹⁹.

La situazione italiana non sembra così distante da quella tratteggiata dal *Bundesverfassungsgericht*, con la differenza che nel nostro ordinamento non sussiste alcun “aiuto commerciale al suicidio” di cui ripristinare la legittimità costituzionale.

La partita, forse, si giocherà integralmente su questo campo: o la sanità nazionale si mostrerà all'altezza del compito che le è stato affidato dalla Corte costituzionale o, forse,

i soggetti dotati di sufficienti disponibilità economiche potrebbero scegliere di continuare a seguire le rotte europee o straniere, tanto per accedere a cure palliative più “efficienti” quanto, e soprattutto, per aggirare l'ostacolo di una possibile levata di scudi da parte dell'esercito degli obiettori di coscienza.

Recandosi all'estero, le forme di aiuto materiale non rientrerebbero nella causa di non punibilità delineata dal nuovo art. 580 c.p.: la minaccia di una responsabilità penale non varrebbe certo a scoraggiare il “turismo della morte”, ma potrebbe determinare un incremento della cifra oscura di queste pratiche: se si

scegliesse la via delle cliniche svizzere, per esempio, è ragionevole ipotizzare una attenzione particolare ad agire nell'ombra, per evitare conseguenze penali a carico della cerchia ristretta di amici e parenti che, come avviene di regola, forniscano l'aiuto materiale necessario a dar seguito alla propria decisione.

Il rischio, altrimenti detto, è quello di una poco auspicabile eterogenesi dei fini: la battaglia di civiltà condotta per accendere i riflettori sul buio soffocante di un paternalismo (spesso solo) di facciata, potrebbe tradursi in un potente fattore di moltiplicazione di zone d'ombra che una sentenza della Corte costituzionale, per quanto “coraggiosa”, non può pretendere di rischiarare senza il supporto di un intervento organico da parte del Parlamento.

Si tratta per ora solo di ipotesi. La speranza è che, in un prossimo futuro, si rivelino il fuorviante vaticinare di un falso profeta, anziché la poco auspicabile catastrofe vaticinata da un'inascoltata Cassandra.

Antonella Massaro

Professore associato di diritto penale nell'Università degli Studi “Roma Tre”.

¹ Per ampi e strutturati commenti relativi a entrambe le pronunce è sufficiente, in questa sede, rinviare ai contributi raccolti nei due volumi *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, ESI, 2019 e *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Giappichelli, 2020.

² Sul caso *Welby*, *amplius*, A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Giappichelli, 2020, 17 ss.

³ V. in particolare M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Il caso Cappato*, cit., 126 ss.; A. SESSA, *Il processo all'art. 580 c.p. nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in *Leg. pen.*, 11 ottobre 2019, 20 ss. Dopo la sentenza n. 242 del 2020, tra gli altri, M. DONINI *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 208 e 221 ss.; A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *DisCrimen*, 26 maggio 2020, 5. Il passaggio dall'incriminazione alla giustificazione è anche l'impostazione valorizzata da F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1/2019 spec. 120 ss.

⁴ Per più ampie considerazioni sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, cit., 59 ss.

⁵ V. in particolare Cass., sez. un. pen., 29 maggio 2008, n. 40049, spec. punto 7 del *Considerato in diritto*, citata anche nelle motivazioni della Corte d'Assise di Massa.

⁶ Ass. Milano, 20 gennaio 2020, n. 8, in *Giurisprudenza penale web*, 30 gennaio 2020.

⁷ Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, 59 ss., con nota di A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. In argomento v. anche M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 902 ss.; F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2008, 1594 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2007, 1561 ss.; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 5/2008, 1791 ss.; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, cit., 9 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, 25 ss.

⁸ Corte cost., 31 marzo 2008, n. 85, punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁹ M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 224-225: «il richiamo a trattamenti di sostegno vitale quali presupposti per la richiesta di aiuto appare un limite arbitrario perché anche se legato a una soglia minima di impegno costituzionale, soglia sopra la quale è ben possibile una legislazione più liberalizzante, nondimeno presenta una ratio di difficile giustificazione per la

forte capacità escludente rispetto a importanti patologie analogamente atroci. La prima osservazione che pare ovvia è che non ha certo senso che il malato sia “attaccato a una macchina”. Il trattamento di sostegno vitale potrebbe essere anche chirurgico, ma in tal caso sarebbe sicuramente terapeutico. E quindi perché non potrebbe provenire anche da terapie farmacologiche come la chemioterapia? Ma allora la terapia o lo strumento medico non presenta di per sé valore indiziante le buone ragioni o l’impellenza della richiesta di congedo. I confini si fanno incerti. Occorre dunque andare oltre. Se ci si fermasse a trattamenti senza i quali si “muore subito” non ci sarebbe bisogno di suicidarsi, bastando la loro rinuncia».

¹⁰ Sulla diversità di *ratio* delle disposizioni contenute nella legge n. 219 del 2017 rispetto alle questioni poste dal suicidio assistito, v., ancora, M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 223.

¹¹ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, punto 2.4 del *Considerato in diritto*, ribadendo quanto già affermato nell’ordinanza n. 207 del 2018.

¹² Per le necessarie precisazioni sulla traduzione italiana, G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft, antipaternalismo nella disciplina penale dell’aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sist. pen.*, 11 giugno 2020, 3. V. anche, per un commento della sentenza in questione e per il suo confronto con la pronuncia della Corte costituzionale italiana, L. EUSEBI, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG, 26 febbraio 2020*, in *Discrimen*, 4 maggio 2020, 3; A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *DisCrimen*, 26 maggio 2020; M.B. MAGRO, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 1/2020, 5 ss.

¹³ BVerfGe, 2 BvR 2347/15, 2 febbraio 2020, 284 ss.

¹⁴ BVerfGe, 2 BvR 2347/15, 2 febbraio 2020, 289.

¹⁵ BVerfGe, 2 BvR 2347/15, 2 febbraio 2020, 290 ss.

¹⁶ BVerfGe, 2 BvR 2347/15, 2 febbraio 2020, 297.

¹⁷ BVerfGe, 2 BvR 2347/15, 2 febbraio 2020, 334.

¹⁸ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ Cfr. L. RISICATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l’autodeterminazione “timida” fuga il rischio di chine scivolose*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020, spec. 8, la quale, anche prendendo in considerazione l’ampia libertà di coscienza riconosciuta in capo al medico, conclude che il pericolo di una *china scivolosa* a seguito della sentenza della Corte costituzionale appaia allo stato altamente improbabile, visto che la stessa, anziché attuare pienamente il principio di autodeterminazione responsabile, ne condiziona il riconoscimento a presupposti molto rigorosi e a procedure che il legislatore dovrà necessariamente ridefinire.

