

GIURISPRUDENZA PENALE
TRIMESTRALE



4, 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, Vittorio Manes, Antonella Massaro, Antonia Menghini, Enrico Mezzetti, Bruno Nascimbene, Michele Panzavolta, Nicoletta Parisi, Daniele Piva, Maurizio Riverditi, Alessandra Rossi, Andrea Saccucci, Ciro Santoriello, Francesco Sbisà, Alessio Scarcella, Irene Scordamaglia, Nicola Selvaggi, Paola Spagnolo, Giorgio Spangher, Nicola Triggiani, Giuseppe Vaciago, Daniele Vicoli, Roberto Zannotti.

Codice Cineca

E255848

Contatti

redazione@giurisprudenzapenale.com

Fascicolo trimestrale n. **4, 2020** chiuso in data **27 gennaio 2021**.

Criteri di citazione dei contributi

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

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

Criteri di pubblicazione dei contributi

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

Due eredità dell'anno della pandemia: la modifica dell'abuso di ufficio e la riforma delle intercettazioni.

1. Il 2020 sarà certamente ricordato come l'anno della più grave pandemia dei tempi moderni.

Malgrado fosse un evento non proprio inatteso, tutti i Paesi del mondo si sono fatti trovare impreparati ed hanno dovuto improvvisare le risposte, per parare un problema sanitario manifestatosi come gravissimo.

Le soluzioni messe in campo dai singoli Stati non sono state affatto omogenee ma può individuarsi, comunque, un minimo comune denominatore nell'emanazione, ovunque, di regole speciali ora destinate a vietare comportamenti ritenuti idonei a far propagare il virus, ora finalizzate a rendere più efficace la lotta a questo male.

La pandemia ha, quindi, generato sostanzialmente in tutti gli Stati – oltre che morti, restrizioni delle libertà personali, il risorgere di paure ataviche e dimenticate – anche un diritto emergenziale.

L'Italia, ovviamente, non è stata da meno; si potrebbe dire, anzi, rispetto agli altri Paesi, che quello che è avvenuto con il Covid ha replicato, sia pure in scala maggiore, ciò che rappresenta quasi la regola per noi, affrontare cioè i problemi, contingenti o meno che siano, con un approccio emergenziale.

La produzione giuridica nazionale collegata all'evento è stata, fra l'altro, alluvionale; provvedimenti normativi del Governo (i famosi dPCM), del Parlamento, delle Regioni, dei Comuni si sono susseguiti (e ancora oggi si susseguono) con ritmi forsennati, creando nei cittadini una continua sensazione di incertezza.

È fin troppo semplice azzardare la previsione secondo cui il diritto dell'emergenza pandemica darà certamente tanto lavoro ai giuristi, sia teorici che pratici, per i prossimi anni ed in tutti gli ambiti; non c'è, infatti, settore del diritto che non è stato direttamente o indirettamente interessato dallo tsunami normativo.

Limitando l'attenzione al diritto penale, si è assistito, in primo luogo, alla creazione di un vero e proprio sottosistema punitivo speciale.

L'opzione originaria, della primissima fase della pandemia, per una sanzione penale già prevista dal codice penale (la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.), è stata, infatti, soppiantata da un apparato di pene pecuniarie, di importo significativo e di natura formalmente amministrativa (che rinvia in gran parte all'impianto della legge n. 689/81), per le violazioni delle disposizioni che impongono restrizioni alla libertà di movimento, accompagnato, però, da

sanzioni criminali in presenza di fatti ritenuti di maggiore gravità (ad esempio, la violazione della cd. quarantena sanitaria e/o fiduciaria).

Si sono poi anche introdotte fattispecie delittuose *ad hoc* per garantire la regolare erogazione e fruizione dei benefici concessi dallo Stato alle categorie di lavoratori svantaggiati dal virus.

Sul piano processuale, invece, è stata approntata una regolamentazione temporanea ed eccezionale per consentire comunque lo svolgersi, più o meno ordinato, dei processi penali. Lo si è fatto da un lato provando ad anticipare l'entrata in vigore di alcune disposizioni che avrebbero dovuto rappresentare l'ossatura del mai decollato processo penale cd. telematico, dall'altro costruendo riti speciali in cui la presenza personale delle parti è sostituita da quella virtuale, attraverso collegamenti a distanza, o consentendo procedure, pure sperimentate dinanzi ai giudici civili o amministrativi, con un contraddittorio puramente cartolare.

2. Non è su questi argomenti, però, che ci si intende soffermare sia pure brevemente in questo editoriale che chiude le pubblicazioni della rivista dell'anno 2020 ma guarda inevitabilmente al 2021; quello sopra brevemente descritto è, infatti, un flusso normativo che non si è ancora arrestato e che continua ad evolversi.

Le disposizioni processuali previste, ad esempio, per la prima fase della pandemia (d.l. n. 34/2020) sono state prima modificate dal decreto legge cd ristori (d.l. n. 137/2020) e poi successivamente hanno subito ulteriori e significative variazioni grazie al decreto legge cd ristori bis (d.l. n. 149/2020), per trovare un minimo di (provvisoria?) stabilizzazione, essendo state tutte convogliate nella legge di conversione del primo decreto "ristori" (l. n. 176/2020).

E non è da escludersi che sia l'impianto sanzionatorio approntato che le regole processuali possano ancora subire cambiamenti, atteso che la propagazione del virus non si è affatto bloccata.

Un giudizio, ovviamente provvisorio e superficiale, non potrebbe che essere caratterizzato da chiaroscuri.

Sostanzialmente positiva è la valutazione della scelta di sanzioni amministrative per le violazioni più frequenti; l'opzione di una sanzione penale per qualsivoglia tipo di infrazione avrebbe, per

l'ennesima volta, finito per scaricare sulla già malandata giustizia penale la soluzione dei problemi (comunque) di sicurezza ed ordine pubblico, anche se la modalità prescelta rende altrettanto probabile un pesante fardello che inciderà comunque sui giudici civili, soprattutto onorari.

Criticabile, invece, la tecnica utilizzata per la scrittura di alcune delle nuove fattispecie delittuose (ad esempio, il falso previsto dall'art. 25, comma 9, d.l. n. 34/2020) che, per la scarsa comprensibilità, appaiono entrare in chiara tensione con il principio di tassatività.

Forse inevitabili le opzioni sul piano processuale; a meno di non voler sospendere *sine die* la celebrazione delle attività sia di indagini che processuali vere e proprie era necessario ridurre i rischi connessi alla presenza personale delle parti processuali; le scelte adottate sono apparse, quindi, sostanzialmente equilibrate e comunque non contrastanti con i principi costituzionali di immediatezza ed oralità.

C'è anzi da augurarsi che alcune delle novità introdotte – ad esempio, quelle in materia di deposito telematico degli atti o di possibilità di effettuare atti istruttori da parte del p.m. attraverso strumenti telematici – possano diventare regole anche del processo ordinario della post pandemia.

Di seguito, invece, ci si soffermerà su due novità “di sistema” introdotte nel 2020, non strettamente collegate all'evento pandemico (ma neanche, come si dirà, del tutto avulse da esso) ed anzi attese da tempo e sulle quali si sta anche avviando, sia pure lentamente, un vivace dibattito, di cui anche la presente rivista è fervida testimone.

Mi riferisco alle riforme dell'abuso di ufficio e delle intercettazioni, sulle quali si proverà di seguito oltre che a proporre qualche rapida considerazione anche ad individuare le possibili ricadute sul piano pratico, alla luce pure delle esperienze maturate in questi primi mesi dalla loro approvazione.

3. Come si è in parte già accennato, della modifica dell'abuso di ufficio si discuteva da anni ed in varie sedi; erano, infatti, state istituite commissioni di studio da università, enti di ricerca ed associazioni private ma anche presentati, in parlamento, plurimi disegni di legge e svolte audizioni di “esperti”.

Il testo in passato vigente, come è noto frutto di una profonda riscrittura avvenuta nel 1997 dopo una prima riforma del 1990, era, infatti, destinatario di tantissime critiche.

La più ricorrente (e quella anche di maggior successo mediatico) si concentrava soprattutto sulle

conseguenze dell'interpretazione di essa proposta dalla ormai consolidata giurisprudenza.

Avendo quest'ultima ritenuto che fra le norme di legge o regolamento, la cui violazione costituiva uno dei presupposti del reato, potessero rientrare anche disposizioni non con contenuto esplicitamente precettivo ma di carattere più generale (quale, ad esempio, il principio costituzionale di imparzialità, di cui all'art. 97), si rimarcava come, in tal modo, divenisse possibile per il giudice penale il sindacato della discrezionalità amministrativa.

I decisori pubblici – aggiungevano i critici – erano, di conseguenza, esposti al continuo rischio di incriminazioni, in quanto le loro scelte potevano essere considerate illegittime (in quanto, ad esempio, “non imparziali”) e quindi penalmente rilevanti.

Questa situazione si considerava la causa principale di quel fenomeno definito, anche nel linguaggio giornalistico, come “fuga dalla firma”; il timore dell'intervento penale spingeva cioè i burocrati alla cautela e di fatto paralizzava l'azione amministrativa, danneggiando, infine, cittadini ed imprese.

Il *cahier de doléance* tipico si completava rimarcando lo iato esistente fra azioni penali avviate e condanne definitive in materia; fra archiviazioni, assoluzioni in primo grado ed in appello, la percentuale dei casi che giungeva ad una affermazione di responsabilità era molto ridotta, ma intanto lo *strepitus fori* aveva prodotto già il danno per il funzionario interessato e di conseguenza per l'azione amministrativa.

Sarebbe oggi inutile provare a confutare, almeno in parte, le affermazioni sopra riportate, dimostrando, anche con solidi argomenti, che esistevano (e persistono) ulteriori e ben più pregnanti cause della effettivamente esistente “fuga dalla firma”, quale, ad esempio, il disordine normativo, le stratificazioni di fonti eterogenee, la confusione di ruoli nella burocrazia, la scarsa meritocrazia esistente nell'amministrazione etc.; quelle affermazioni erano, infatti, diventate, attraverso il *mainstream*, assiomi indiscutibili.

Malgrado l'argomentare indicato avesse ormai una indiscussa presa sia fra i media sia nel mondo politico non si era riusciti ad intervenire sull'art. 323 del codice penale, con modifiche anche di minimo impatto; ciò era avvenuto perché, nella società civile ma anche in parlamento, aveva fatto argine uno “zoccolo duro giustizialista” che paventava il rischio che, attraverso la modifica della disposizione, si riducessero gli ambiti del controllo di legalità sull'amministrazione pubblica e si finisse per favorire la corruzione.

Il paradosso è che ciò che non era riuscito ai tanti (e, in molti casi, commendevoli) sforzi di intellettuali e studiosi, oltre che di esponenti politici e di lobbisti (intendendo questa parola senza alcuna accezione negativa), è divenuto possibile “grazie” al Covid.

In un decreto legge destinato, infatti, a rilanciare l'economia del Paese, attraverso la solita e logora ricetta della “riduzione dei lacci burocratici” (d.l. n. 76/2020, chiamato significativamente semplificazioni), quasi di soppiatto, si è introdotta una profonda revisione della fattispecie penale, poi ratificata, pari pari, senza opposizione alcuna, da entrambi i rami del parlamento.

Lo si è fatto attraverso un innesto ortopedico nella norma vigente; la condotta tipica, strutturata su un doppio presupposto (la violazione di legge o regolamento e sull'inosservanza dell'obbligo di astensione), mantiene formalmente l'identico impianto, ma il primo dei due presupposti si trasforma oggi radicalmente nella violazione di “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità”. In tal modo, nell'intenzione del riformatore, si sarebbe impedito per il futuro qualunque incursione del giudice penale sulla (sacra ed intoccabile) discrezionalità dell'amministrazione.

Quello che agli ottimisti potrebbe apparire uno dei pochissimi effetti positivi del virus, a ben vedere, non è, però, in nessun modo tale.

La migliore dottrina (Tullio Padovani, *Vita morte e miracoli dell'abuso di ufficio*, in questa Rivista) ha marchiato la nuova disposizione come un “ircocervo dalle fattezze mostruose”.

La fattispecie riscritta, infatti, da un lato ha sostanzialmente dato luogo ad una abrogazione della sua parte più applicata in passato (la norma vigente, sempre secondo Padovani, si attaglierà soltanto ad “una improbabile minutaglia” di casi, quelli in cui la legge predetermina il se, il cosa, ed il come dell'azione amministrativa), dall'altro ha lasciato inalterata, in modo irrazionale e persino forse in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza, quell'altra parte della condotta (l'inosservanza dell'obbligo di astensione) che pure si riferisce indiscutibilmente ad attività amministrative tipicamente discrezionali.

Non può essere questa la sede per un esame approfondito dell'infelice espressione “specifiche regole di condotta”, mentre si possono già osservare alcune delle ricadute concrete della novità.

Diventano lecite azioni di amministratori, frutto di scelte discrezionali, anche se poste con l'obiettivo,

nemmeno più celato, di favorire qualcuno (lo ricorda Padovani, ipotizzando il caso dell'amministratore locale che adotta un atto discrezionale, finalizzato platealmente ad agevolare i suoi sostenitori politici) e, in base all'art. 2 del c.p., il principio della retroattività favorevole comporterà quindi l'inevitabile caducazione di gran parte delle imputazioni di abuso di ufficio del passato, alcune giunte anche alla soglia dell'irrevocabilità.

D'altro canto, è, però, probabile che una modifica così parziale e limitata, avulsa da qualsiasi intervento di sistema, possa determinare nell'interpretazione giurisprudenziale, anche per l'esigenza di evitare “vuoti di tutela”, un effetto di “rimbalzo” su altre fattispecie rimaste intonse; ci si riferisce al possibile ritorno in scena del ritenuto superato peculato per distrazione o alla possibilità di leggere in modo più ampio l'omissione di atti di ufficio o queste stesse parti dell'art. 323 c.p. sopravvissute all'emenda.

Conseguenze del genere sono state già paventate dalla dottrina più avvertita e si intravedono anche in qualche prima decisione della Cassazione, come quella che ha, ad esempio, fatto rientrare nella violazione di legge da cui non residuano margini di discrezionalità il mancato rispetto degli strumenti urbanistici, in quanto gli obblighi da essi posti derivano (indirettamente) dal d.P.R. n. 380/01 (cfr. Cass. Sez. VI n. 31873/2020, ripresa da questa Rivista più oltre).

Resta, invece, solo formalmente sospesa la risposta più attesa dall'ambizioso legislatore e cioè se davvero la novità introdotta nell'anno della pandemia relegherà ad un lontano ricordo la “fuga dalla firma”; non credo, però, che qualcuno accetterà scommesse sul punto, apparendo l'esito (purtroppo) scontato!

4. Il 2020 è stato anche l'anno dell'entrata in vigore di una controversa e particolarmente discussa riforma delle intercettazioni.

Approvata nel 2017 (d.lgs n. 216 del 2017), a seguito di una legge delega oggetto di lungo dibattito parlamentare, per adeguarsi alle prescrizioni del Garante della Privacy del 2013, intendeva perseguire l'obiettivo di garantire una maggiore tutela della riservatezza dei soggetti a qualunque titolo coinvolti nelle attività di ascolto giudiziarie.

Il provvedimento legislativo, pur frutto di una lunga mediazione, era stato però accolto in modo critico da alcuni settori anche della magistratura che ne avevano rimarcato l'eccesso di adempimenti richiesti ed il conseguente possibile impatto negativo sull'efficienza delle indagini.

Con uno dei primi provvedimenti del governo insediatosi all'inizio dell'attuale legislatura era stata, quindi, rinviata la sua entrata in vigore e il termine è stato, poi, ulteriormente spostato in avanti, finché, con un decreto legge della fine del 2019 (d.l. n. 161 del 2019, conv. in l. n. 7 del 2020), il testo del 2017 è stato ampiamente riscritto.

Con la "riforma della riforma" sono stati eliminati alcuni degli aspetti qualificanti dell'impianto originario (ridimensionando, ad esempio, l'udienza filtro davanti al giudice, divenuta oggi decisamente residuale), si è consentito un utilizzo più ampio dei più recenti e sofisticati strumenti tecnologici destinati alla captazione di colloqui (ci si riferisce al captatore informatico, noto come *trojan horse*) e si è ampliato lo spettro delle intercettazioni utilizzabili in altri procedimenti (in particolare, intervenendo sull'art. 270 c.p.p., in modo da neutralizzare gli effetti "garantisti" della sentenza delle Sezioni unite "Cavallo" del 2019).

L'impianto normativo, frutto dell'interpolazione del 2019, avrebbe dovuto entrare in vigore il primo maggio del 2020 ma lo scoppio della pandemia ha giustificato un nuovo *dies a quo*, individuato nel primo settembre, cioè il giorno successivo alla fine del periodo feriale.

Avendo la possibilità di rinviare ad un più dettagliato commento della disciplina, contenuto in questo numero della Rivista (Maisano-Piazza, *Nota a commento sulla nuova disciplina delle intercettazioni*), qui ci si potrà davvero limitare a provare a rispondere ad un'unica domanda, se cioè con il nuovo sistema di regole è raggiungibile obiettivo prefissosi della tutela della riservatezza dei colloquianti, cui aveva fatto riferimento il Garante della privacy.

A ben vedere, le strade seguite dal legislatore per centrare il risultato sembrano essere state due; impedire la pubblicità/pubblicazione delle intercettazioni non utili per le indagini; limitare il più possibile la pubblicità/pubblicazione, soprattutto durante la fase investigativa, di tutti i colloqui intercettati, anche se anche utili per le indagini.

Nella prima prospettiva, la novità più significativa è rappresentata certamente dall'istituzione dell'Archivio digitale delle intercettazioni (ADI), un server contenuto in un ufficio della Procura, sotto la diretta responsabilità del Procuratore, in cui andranno riversate (attraverso il cd conferimento), alla conclusione delle indagini, tutte le tracce foniche ma anche tutti gli atti collegati alle intercettazioni (i decreti autorizzativi, le proroghe, i brogliacci, le annotazioni di p.g. a supporto delle richieste).

Avvenuto il conferimento, la polizia giudiziaria, ma anche le ditte titolari dei server, dovranno definitivamente spogliarsi di tutti gli atti in loro possesso, in modo che essi resteranno presenti solo nell'ADI.

Quest'ultimo – accessibile solo da soggetti specificamente individuati (p.m., p.g., giudice, avvocati, etc.) previa loro identificazione e videoregistrando la loro presenza nell'ufficio dove si trova – serve, quindi, a custodire il materiale non formalmente pubblico, perché non indicato dalle parti (p.m. e difesa) come utile per il processo.

Per consentire all'archivio di svolgere il suo ruolo, la normativa primaria e secondaria prevede una struttura, anche burocratica, particolarmente poderosa e numerosi adempimenti di carattere anche tecnico, con l'individuazione di una serie di figure intermedie, con compiti prestabiliti.

Gli oneri di implementazione gravano sul p.m. che deve gestire l'ADI e conferire tutti gli atti, ma indirette e non irrilevanti conseguenze finiscono per interessare anche i difensori delle parti processuali.

Questi ultimi, anzi, paiono paradossalmente pagare un prezzo molto alto all'altare della riforma, vedendo compressi i loro spazi di operatività; l'avvocato non avrà, infatti, a differenza del passato, diritto ad ottenere copie delle tracce foniche, se non limitatamente di quelle indicate come "utili" dal p.m. e, entro venti giorni dal deposito degli atti ex art. 415 bis c.p.p., avrà, invece, l'onere di indicare quelle ritenute di interesse della difesa, di cui all'esito di un complesso procedimento (accordo con il p.m. e/o "udienza filtro") potrà ottenere copia.

Un termine quest'ultimo oggettivamente limitato – soprattutto nei processi di criminalità organizzata, tutti fondati sulle intercettazioni – perché, per rispettarlo, gli avvocati dovranno restare ore ed ore ad ascoltare le fonie presenti in archivio, per individuare quelle di loro interesse, onere quest'ultimo asimmetrico rispetto al p.m. che può conoscere, grazie al rapporto continuo con la p.g., via via tutte le intercettazioni effettuate.

La seconda opzione viene, invece, perseguita dal legislatore attraverso una serie di prescrizioni normative che dovrebbero limitare l'eccessiva propalazione dei colloqui pur necessari per l'accertamento del fatto.

L'art. 268, comma 2 c.p.p. che già prevedeva che le intercettazioni vanno trascritte "sommariamente", rimane formalmente inalterato ma attraverso nuove disposizioni, *aliunde* innestate (comma 2 bis dell'art. 268 c.p.p., comma 1 ter dell'art. 291 c.p.p., comma 1 bis dell'art. 92 disp. att. c.p.p.), si cerca di evitare che

possano essere riportati negli atti processuali che si fondano su intercettazioni espressioni lesive della reputazione o che riguardano dati personali, anche limitando i casi in cui si possa procedere, anche da parte della p.g., alla trascrizione integrale dei colloqui.

Le disposizioni indicate, però, oltre a non essere assistite da alcuna sanzione processuale, in caso di inosservanza, prevedono comunque delle “clausole di salvezza” che consentono di riportare, ad esempio, se necessarie espressioni lesive o di procedere a trascrizioni integrali, finendo, di fatto, per diventare delle blande raccomandazioni, affidate al prudente apprezzamento del p.m. e della p.g..

Da quanto sia pure per estrema sintesi detto, pur premettendo che è davvero troppo presto per tirare somme definitive, una prima risposta al quesito sopra posto non sembra essere orientata al massimo dell’ottimismo.

Si è, infatti, messo in campo un sistema complesso ed articolato, che fra l’altro sta dando filo da torcere nella prima attuazione agli uffici inquirenti e che potrà darne ancor di più agli avvocati, con il rischio tutt’altro che teorico che il gioco non valga la candela; i conferimenti all’ADI non sembrano, infatti, in grado di sterilizzare del tutto il rischio di “fughe di notizie”, perché avvengono alla fine delle indagini, quando le fomie dei colloqui intercettati sono già passati per più “mani” (polizia giudiziaria, società gestori dei service, p.m.) e, inoltre, la riforma sembra scommettere troppo su un cambio di mentalità delle parti processuali (p.g., p.m. ma anche difensori) che richiede fisiologicamente tempo ma che oggi non si intravede ancora nemmeno da lontano.

Raffaele Cantone

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia.

INDICE

NOVITÀ

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	10
Corte di Giustizia dell'Unione Europea	11
Corte Costituzionale	11
Corte di Cassazione – Sezioni Unite	14
Corte di Cassazione – Sezioni semplici	16
Legislazione	39

CONTRIBUTI

M. RICCARDI – M. CHILOSI, Verso il diritto punitivo dell'ambiente, "tra chi fa il lavoro in modo onesto e i criminali". Le novità del disegno di legge "Terra mia"	42
F. A. MAISANO – C. M. PIAZZA, Note a commento sulla nuova disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni	65
S. DE BLASIS, Osservazioni sulla confisca allargata nei reati tributari	74
P. GRELLA – F. ZAMBRINI, La titolarità effettiva degli enti, tra evoluzione della normativa in materia antiriciclaggio e introduzione della sezione dedicata nel Registro delle Imprese	81
N. MAINIERI, La Cassazione penale esamina le valute virtuali sotto il profilo del Testo Unico della Finanza – le precedenti qualificazioni e i richiami della Direttiva penale sulla lotta al riciclaggio mediante l'uso del penale (n. 2018/1673 UE)	89
G. BARBATO, La responsabilità penale del sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società <i>in house</i> partecipata dal comune	99
G. GARUTI – C. TRABACE, Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al <i>probation</i>	122
F. BARBERO, La preclusione al rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo: la Consulta si pronuncia	126
N. MADIA, La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2020, salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19	137
M. S. MORI, A volte ritornano: Dan contro Moldavia e il cortocircuito della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, tra principi consolidati e nuove tentazioni cartolari	145
A. BARLETTA, Pubblico Ministero Europeo. Il nodo della competenza e le sfide per il diritto di difesa	151
L. CICCOSZI, 'A soul to be damned and a body to be kicked'. Past, present and future of white-collar crime and corporate criminal liability in England and the United States	156

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Articolo 6, CEDU – Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale – Nuovo esame dei testimoni decisivi – Giusto processo.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione seconda, Dan c. Moldavia (n. 2), ric. n. 57575/2014, 10 novembre 2020

Con la sentenza in epigrafe, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sezione seconda, ha condannato la Moldavia per violazione dell'art. 6 §1 della Convenzione EDU in tema di rinnovazione in appello della istruttoria dibattimentale.

La vicenda oggetto di giudizio aveva condotto ad una iniziale sentenza (Dan c. Moldavia, 5 luglio 2011), la quale aveva sancito il principio secondo cui nel caso di assoluzione in primo grado fondata solo o prevalentemente su prove dichiarative, il Giudice di appello, per poter riformare la sentenza, deve disporre un nuovo esame dei testi decisivi; diversamente, incorre il Giudice nella violazione del diritto al giusto processo ex art. 6 §1 CEDU, per l'ipotesi specificamente prevista all'art. 6 §3 lett. d), vale a dire la violazione del diritto dell'imputato ad "esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico".

La sentenza odierna, nel valutare l'applicazione di detto principio da parte della giurisdizione moldava, ha posto le seguenti ragioni a fondamento della nuova condanna.

- Nonostante il ricorrente non si fosse opposto alla lettura delle dichiarazioni dei testi assenti, la Corte di appello era comunque tenuta ad adottare misure positive per ascoltare nuovamente i predetti testi, anche in assenza di richieste delle parti.
- Alcuni dei testi esaminati, che avevano confermato le precedenti dichiarazioni, davano l'impressione di ricordare nel 2013 fatti che non ricordavano nel 2006, all'epoca della prima audizione; inoltre, confermando contemporaneamente le prime dichiarazioni, il risultato era una contraddizione tra le due serie di dichiarazioni e la Corte di appello non aveva precisato perché ritenesse una serie di dichiarazioni più credibile rispetto all'altra, incorrendo in un vizio motivazionale.

- Almeno uno dei testi non nuovamente esaminati aveva reso dichiarazioni che costituivano una prova decisiva a carico del ricorrente, e non risulta alla Corte che nel giudizio interno si fosse fatto tutto il possibile per garantirne la presenza in aula.
- Non si rilevavano elementi di bilanciamento sufficienti per compensare le problematiche connesse alla mancata nuova audizione di due testi decisivi.
- La Corte interna per condannare il ricorrente si era comunque basata su un video girato dalla polizia, non più disponibile e comunque privo già nel primo giudizio della parte di interesse.

Articolo 10, CEDU – Libertà di espressione – Occultamento di informazioni ottenute a seguito di violazione del segreto istruttorio.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, Sellami c. Francia, Ric. n. 61470/15, 17 dicembre 2020

Con la sentenza Sellami c. Francia, la Corte europea puntualizza nuovamente, nel solco di una giurisprudenza già consolidata, i limiti all'applicabilità della protezione garantita dall'art. 10 della Convenzione quando un giornalista si renda responsabile del reato di "revel" (letteralmente, "occultamento", una via di mezzo tra i nostri favoreggiamento reale e ricettazione) in relazione ad informazioni ottenute a seguito di violazione del segreto istruttorio.

Sul tema della base legale dell'ingerenza dello Stato, la Corte ha anzitutto escluso l'imprevedibilità dell'applicazione del delitto di *revel* a un giornalista, rigettando così la prima doglianza del ricorrente.

In secondo luogo, con riguardo alla sussistenza di un legittimo scopo dell'ingerenza, la sentenza ha individuato quest'ultimo nella necessità di tutelare la riservatezza delle informazioni relative allo svolgimento di un'indagine penale e, più in generale, di garantire l'autorità e l'imparzialità della magistratura.

Infine, con riguardo alla necessità dell'ingerenza, la Corte ha richiamato i criteri – individuati dalla propria precedente giurisprudenza – che dovrebbero guidare le autorità nazionali degli Stati parti della Convenzione nel temperare gli interessi in gioco e, quindi, nel valutare se sia "necessaria" un'ingerenza nei casi che riguardano la tutela della

segretezza delle indagini. Detti criteri sono: (i.) il modo in cui il ricorrente è venuto in possesso delle informazioni contestate; (ii.) il contenuto dell'articolo contestato; (iii.) il contributo dell'articolo contestato ad un dibattito di interesse pubblico; (iv.) l'influenza

dell'articolo contestato sullo svolgimento del procedimento penale e l'eventuale violazione della privacy dell'imputato; (v.) la proporzionalità della pena comminata.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Articoli 3, 5, Regolamento (CE) n. 715/2007 – Omologazione dei veicoli a motore – Elemento di progetto – Sistema di controllo delle emissioni – Impianto di manipolazione – Nozioni.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione seconda,

Causa C-693/18, Sentenza 17 dicembre 2020

Con sentenza del 17 dicembre 2020 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Seconda Sezione) è stata chiamata a chiarire il significato di alcune nozioni contenute nel Regolamento (CE) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo, ad esito di rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale di primo grado di Parigi.

Queste, in dettaglio, le questioni risolte.

1. L'articolo 3, punto 10, del regolamento (CE) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2007, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo, dev'essere interpretato nel senso che costituisce un «elemento di progetto», ai sensi di tale disposizione, un software integrato nella centralina di controllo del motore o che agisce su di essa, qualora agisca sul funzionamento del sistema di controllo delle emissioni e ne riduca l'efficacia.

2. L'articolo 3, punto 10, del regolamento n. 715/2007 dev'essere interpretato nel senso che rientrano nella nozione di «sistema di controllo delle

emissioni», ai sensi di tale disposizione, sia le tecnologie e la strategia cosiddetta «di post-trattamento dei gas di scarico», che riducono le emissioni a valle, ossia dopo la loro formazione, sia quelle che, al pari del sistema di ricircolo dei gas di scarico, riducono le emissioni a monte, ossia al momento della loro formazione.

3. L'articolo 3, punto 10, del regolamento n. 715/2007 dev'essere interpretato nel senso che costituisce un «impianto di manipolazione», ai sensi di tale disposizione, un dispositivo che rilevi qualsiasi parametro connesso allo svolgimento delle procedure di omologazione previste da tale regolamento, al fine di migliorare le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni durante le procedure stesse e, quindi, di conseguire l'omologazione del veicolo, sebbene tale miglioramento possa essere ottenuto, in maniera puntuale, anche in condizioni di normale utilizzo del veicolo.

4. L'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n.715/2007 dev'essere interpretato nel senso che un impianto di manipolazione, come quello oggetto del procedimento principale, che migliori sistematicamente, durante le procedure di omologazione, le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni dei veicoli al fine di rispettare i limiti di emissione fissati dal regolamento stesso e, quindi, di ottenere l'omologazione di tali veicoli, non può rientrare nell'eccezione al divieto di impianti di tal genere prevista da detta disposizione, relativa alla protezione del motore da danni o avarie e al funzionamento in tutta sicurezza del veicolo, anche laddove tale dispositivo contribuisca a prevenire l'invecchiamento o la formazione di incrostazioni nel motore.

CORTE COSTITUZIONALE

Questioni decise

Articoli 64, comma 3, lett. c, 371, comma 2, lett. b, 512 c.p.p. – Imputato in procedimento collegato – Dichiarazioni rese in sede di interrogatorio dinanzi al G.I.P. – Ripetizione

impossibile per impossibilità di natura oggettiva – Lettura – Mancata previsione – Illegittimità costituzionale – Fondatezza.

Corte cost., Sent. 20 ottobre 2020 (ud. 23 settembre 2020), n. 218

Presidente Morelli, Redattore Petitti

Con ordinanza del 27 giugno 2019 il Tribunale di Roma aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 512 c.p.p. nella parte in cui non prevede la possibilità di disporre la lettura delle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio dinanzi al giudice per le indagini preliminari, di cui non sia possibile la ripetizione per impossibilità di natura oggettiva, di imputato di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b) c.p.p., da escutersi quale testimone assistito, nell'ipotesi di cui all'art. 64, comma 3, lettera c) c.p.p.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 218 del 2020, ritenendo fondata la questione ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 512, comma 1, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che, alle condizioni ivi stabilite, sia data lettura delle dichiarazioni rese al giudice per le indagini preliminari in sede di interrogatorio di garanzia dall'imputato di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), che, avendo ricevuto l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), sia stato citato per essere sentito come testimone.

Articolo 318 octies D. lgs. n. 152/2016 – Cause estintive delle contravvenzioni in materia penale – Applicazione ratione temporis – Inapplicabilità ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge – Violazione del principio di uguaglianza – Infondatezza.

Corte cost., Sent. 13 novembre 2020 (ud. 21 ottobre 2020), n. 238

Presidente Morelli, Redattore Amoroso

Con ordinanza del 23 maggio 2016, il Giudice monocratico del Tribunale ordinario di Marsala, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 318 octies, d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente), nella parte in cui prevede che la causa estintiva del reato, contemplata nell'art. 318 septies cod. ambiente, non si applichi ai procedimenti penali in corso alla data di entrata in vigore della Parte Sesta-bis, introdotta nel cod. ambiente dall'art. 1, comma 9, della legge 22 maggio 2015, n. 68 (Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente). La Corte costituzionale, con sentenza 13 novembre 2020 n. 238, ha dichiarato infondata la questione, ritenendo legittima la scelta del legislatore di circoscrivere l'applicabilità della speciale procedura estintiva del reato ai soli processi pendenti alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, con

conseguente esclusione dei procedimenti penali per i quali, a quella data, sia stata esercitata l'azione penale.

Articolo 2 D.L. n. 29/2020 – Ammissione alla detenzione domiciliare per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19 – Rivalutazione dei presupposti di ammissione – Illegittimità costituzionale – Infondatezza.

Corte cost., Sent. 24 novembre 2020 (ud. 4 novembre 2020), sentenza n. 245

Presidente Morelli, Redattore Viganò

Il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, con ordinanza in data 26 maggio 2020, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. 10 maggio 2020 n. 29 ("Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19") "nella parte in cui prevede che proceda a rivalutazione del provvedimento di ammissione alla detenzione domiciliare o di differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19 il magistrato di sorveglianza che lo ha emesso, per violazione degli artt. 3, 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost."

La Corte, con ordinanza n. 185/2020 restituiva gli atti al Magistrato di sorveglianza di Spoleto per verificare se, alla luce delle modifiche introdotte con la successiva legge n. 70 del 2020, le questioni sollevate fossero ancora non manifestamente infondate. Il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, con ordinanza 18 agosto 2020, sollevava nuovamente la questione alla Corte, la quale ne ha definitivamente dichiarato la infondatezza con la sentenza in epigrafe.

Art. 438, comma 1 bis, c.p.p. – Giudizio abbreviato – Inapplicabilità ai reati puniti con la pena dell'ergastolo – Illegittimità costituzionale – Infondatezza.

Corte cost., Sent. 3 dicembre 2020 (ud. 18 novembre 2020), n. 260

Presidente Coraggio, Redattore Viganò

Con diverse ordinanze di rimessione, i Tribunali di La Spezia, Napoli e Piacenza avevano sollevato questioni di legittimità costituzionale - per contrasto con gli articoli 2, 3, 24, 27 co. 2, 111, co. 1 e 2, e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli articoli 6 e 7 CEDU - dell'art. 438, comma 1 bis, c.p.p., come inserito dalla Legge 12 aprile 2019, n. 33, la quale ha stabilito la inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

La Consulta ha dichiarato le questioni infondate. Ad avviso della Corte, le finalità perseguite dal legislatore nell'escludere il rito abbreviato per gli

imputati di reati punibili con l'ergastolo possono essere o meno condivise; ma né le finalità in sé né i mezzi individuati dal legislatore per raggiungerle sono apparse alla Corte connotabili in termini di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà.

La Corte ha, in particolare, preso atto che con la legge esaminata il legislatore ha voluto assicurare, per i reati più gravi previsti dall'ordinamento, la celebrazione di un processo pubblico davanti a una corte d'assise e non a un giudice monocratico, nel quale anche le vittime hanno la possibilità di essere ascoltate.

Quest'obiettivo comporta certamente, spiega la sentenza, una dilatazione dei tempi di definizione dei processi per i reati punibili con l'ergastolo, e in particolare per gli omicidi aggravati. Tuttavia, l'individuazione delle soluzioni più idonee ad assicurare un processo in grado di raggiungere, in tempi ragionevoli, il suo scopo naturale – l'accertamento del fatto e delle relative responsabilità, nel rispetto dei diritti della difesa – rientra nella discrezionalità del legislatore, cui non può essere sovrapposta una diversa autonoma valutazione da parte della Corte costituzionale.

La Consulta ha inoltre affermato che la disciplina esaminata non viola il diritto costituzionale di difesa, ben potendo il legislatore escludere l'accesso a determinati riti alternativi agli imputati di reati particolarmente gravi, come quelli puniti con l'ergastolo.

D'altra parte, la Corte ha osservato che non esiste un diritto dell'imputato a ottenere la celebrazione del processo a porte chiuse a tutela della sua dignità e riservatezza. Il principio della pubblicità del processo, specialmente per i reati più gravi, costituisce infatti non solo una garanzia soggettiva per l'imputato, ma anche un connotato identitario dello Stato di diritto, a tutela dell'imparzialità e obiettività dell'amministrazione della giustizia, sotto il controllo dell'opinione pubblica.

Infine, la sentenza sottolinea che la riforma non comporta necessariamente l'effettiva condanna all'ergastolo dell'imputato giudicato colpevole in esito al dibattimento, dal momento che la corte d'assise ha sempre la possibilità di riconoscere in suo favore l'esistenza di circostanze attenuanti che possono comportare l'applicazione di una pena inferiore.

Articolo 83, comma 4, d.l. n. 18/2020 – Emergenza sanitaria derivante da Covid-19 – Sospensione della prescrizione per il tempo in cui è pendente la sospensione della attività giudiziaria – Applicabilità della sospensione ai

fatti commessi prima della entrata in vigore della norma – Contrarietà all'art. 25, comma 2, Cost. – Infondatezza.

Corte cost., Sent. 23 dicembre 2020 (ud. 18 novembre 2020), n. 278

Presidente Coraggio, Relatore Amoroso

Con diverse ordinanze i Tribunali di Siena, Spoleto e Roma avevano sollevato questioni di legittimità in merito alla disciplina della sospensione della prescrizione introdotta dell'art. 83, comma 4, d.l. n. 18/2020 (cd. Decreto Cura Italia), nella parte in cui prevede che lo stabilito periodo di sospensione della prescrizione debba applicarsi anche ai fatti di reato commessi anteriormente alla sua entrata in vigore.

Con la sentenza in epigrafe, la Corte ha dichiarato le questioni infondate. Secondo la Consulta, la sospensione della prescrizione disposta dai decreti legge n. 18 e n. 23 del 2020, emanati per contrastare l'emergenza COVID-19, non è costituzionalmente illegittima in quanto è ancorata alla sospensione dei processi dal 9 marzo all'11 maggio 2020, prevista per fronteggiare l'emergenza sanitaria. La cosiddetta "sospensione COVID" rientra infatti nella causa generale di sospensione della prescrizione stabilita dall'articolo 159 del Codice penale – che prevede, appunto, che il corso della prescrizione rimanga sospeso ogniqualvolta la sospensione del procedimento o del processo penale sia imposta da una particolare disposizione di legge – e quindi non contrasta con il principio costituzionale di irretroattività della legge penale più sfavorevole.

Infatti, in tema di sospensione della prescrizione, l'articolo 159 del Codice penale ha una funzione di cerniera, perché contiene, da un lato, una causa generale di sospensione che scatta quando la sospensione del procedimento o del processo è imposta da una particolare disposizione di legge, e, dall'altro lato, un elenco di casi particolari.

Nelle vicende da cui sono nate le questioni portate all'esame della Corte, opera proprio tale causa generale di sospensione.

La temporanea stasi *ex lege* del procedimento o del processo determina, in via generale, una parentesi del decorso del tempo della prescrizione, le cui conseguenze investono tutte le parti: la pubblica accusa, la persona offesa costituita parte civile e l'imputato. Così come l'azione penale e la pretesa risarcitoria hanno un temporaneo arresto, per tutelare l'equilibrio dei valori in gioco è sospeso anche il termine per l'indagato o per l'imputato.

Infine, la breve durata della sospensione dei processi, e quindi del decorso della prescrizione, è pienamente compatibile con il canone della ragionevole durata del processo. Inoltre, sul piano della ragionevolezza

e della proporzionalità, la norma è giustificata dalla tutela del bene della salute collettiva per contenere

il rischio di contagio da COVID-19 in un momento di eccezionale emergenza sanitaria.

Questioni sollevate

Articolo 41 bis, L. n. 354/1975 – Sospensione delle normali regole di trattamento nei confronti degli internati assoggettati a misura di sicurezza detentiva – Illegittimità costituzionale.

Cass. pen., Sez. I, Ord. 2 novembre 2020 (ud. 10 settembre 2020), n. 30408

Presidente Di Tomassi, Relatore Renoldi

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di Cassazione, Sezione prima, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 25, 27, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 7 e 4, prot. n. 7, Cedu, questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 bis, commi 2 e 2 quater, della legge del 26 luglio 1975, n. 354 (ordinamento penitenziario), nella parte in cui prevedono la facoltà di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla stessa legge, con adozione obbligatoria delle misure enunciate nel comma 2 quater, nei confronti degli internati, assoggettati a misura di sicurezza detentiva.

Articolo 578 c.p.p. – Condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno – Dichiarazione di

estinzione del reato per prescrizione – Decisione ai soli effetti civili – Illegittimità costituzionale.

Corte di appello di Lecce, Sez. pen., Ord. 6 novembre 2020

Presidente Scardia, Relatore Biondi

In tema di decisione sugli effetti civili nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione (art. 578 c.p.p.), la Corte di Appello di Lecce, con ordinanza del 6 novembre 2020, ha sollevato, di ufficio, questione di legittimità costituzionale - in relazione all'art. 6, comma 2, CEDU, quale parametro interposto dell'art. 117, comma 1, Cost., e in relazione agli articoli 3 e 4 della direttiva 2016/UE/343 e art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., quali parametri interposti degli articoli 11 e 117, comma 1, Cost. – dell'art. 578 c.p.p., nella parte in cui stabilisce che, quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello, nel dichiarare estinto il reato per prescrizione, decide sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli effetti civili.

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE

Questioni decise

Articolo 609 bis c.p. – Violenza sessuale – Abuso di autorità – Nozione – Posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 1° ottobre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 27326

Presidente Fumu, Relatore Ramacci

Con ordinanza n. 2888 del 2020, la Corte di cassazione, Sezione terza, aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto in tema di violenza sessuale con abuso di autorità: "se l'abuso di autorità di cui all'art. 609 bis comma primo cod. pen. presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o se, invece, si riferisca anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali".

Con la sentenza n. 27326, depositata il 1° ottobre 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "l'abuso di autorità di cui si riferisce l'art. 609-bis, comma primo, c.p., presuppone

una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali".

Articoli 392, 393, 629 c.p. – Estorsione – Esercizio arbitrario delle proprie ragioni – Natura dei reati – Differenze – Elemento psicologico – Concorso del terzo – Configurabilità.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 23 ottobre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 29451

Presidente Fumu, Relatore Beltrani

Con ordinanza n. 50696 del 2019, la Corte di cassazione, Sezione seconda, aveva rimesso alle Sezioni Unite le seguenti questioni di diritto relativamente ai rapporti tra estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni:

"1. se i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e quello di estorsione siano differenziabili sotto il profilo dell'elemento materiale ovvero

dell'elemento psicologico; in caso si ritenga che l'elemento che li differenzia debba essere rinvenuto in quello psicologico, se sia sufficiente accertare, ai fini della sussumibilità nell'uno o nell'altro reato, che la condotta sia caratterizzata da una particolare violenza o minaccia, ovvero se occorra accertare quale sia lo scopo perseguito dall'agente;

2. se il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, debba essere qualificato come reato comune o di "mano propria" e, quindi, se e in che termini sia ammissibile il concorso del terzo non titolare della pretesa giuridicamente tutelabile".

Con sentenza n. 29451, depositata il 23 ottobre 2020, le Sezioni unite hanno affermato i seguenti principi di diritto.

"1. I reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni hanno natura di reato proprio non esclusivo;

2. il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all'elemento psicologico, da accertarsi secondo le ordinarie regole probatorie;

3. il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui il terzo si limiti ad offrire un contributo alla pretesa di chi abusa

Questioni rimesse

Articolo 622 c.p.p. – Appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione – Mancata rinnovazione di prove dichiarative ritenute decisive – Accoglimento dell'appello – Annullamento della sentenza di appello ai soli effetti civili – Autorità competente a decidere sul giudizio di rinvio.

Cass. pen., Sez. IV, Ord. 5 novembre 2020 (ud. 20 ottobre 2020), n. 30858

Presidente Izzo, Relatore Ferranti

In tema di annullamento della sentenza ai soli effetti civili (art. 622 c.p.p.), la Corte di cassazione, Sezione quarta, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se, in caso annullamento, ai soli effetti civili, da parte della Corte di cassazione, per la mancata rinnovazione in appello di prove dichiarative ritenute decisive, della sentenza di secondo grado che, in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento del danno, il rinvio vada disposto dinanzi al giudice civile competente per valore in grado di appello ovvero dinanzi al giudice penale".

delle proprie ragioni senza perseguire alcuna diversa e ulteriore finalità".

Articoli 37, 41, 42, 178, 429 – Giudice per l'udienza preliminare – Ricusazione – Decreto che dispone il giudizio emesso in pendenza della decisione – Nullità.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 23 dicembre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 37207

Presidente Fumu, Relatore De Amicis

Con ordinanza n. 10818 del 2020, a Corte di cassazione, Sezione prima, aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se, in caso di accoglimento della istanza di ricusazione del G.U.P., il decreto che dispone il giudizio – emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione – possa o meno mantenere efficacia".

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 37207 depositata in data 23 dicembre 2020, hanno adottato la seguente soluzione: "negativa; in caso di accoglimento della istanza di ricusazione del G.U.P., il decreto che dispone il giudizio – emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione – non conserva efficacia ed è affetto da nullità ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), c.p.p.".

Articolo 240 bis c.p. – Confisca allargata – Oggetto – Beni esistenti fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna – Beni esistenti alla emissione della sentenza di condanna.

Cass. pen., Sez. I, Ord. 9 novembre 2020 (ud. 18 settembre 2020), n. 31209

Presidente Santalucia, Relatore Magi

Con ordinanza n. 31209, depositata in data 9 novembre 2020, la Corte di cassazione, Sezione prima, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto, in merito alla individuazione del limite temporale delle acquisizioni patrimoniali "rilevanti" nell'ambito del procedimento esecutivo di confisca: "in tema di confisca estesa (art. 240-bis cod. pen.) disposta in fase esecutiva, se il potere di emettere la statuizione ablatoria possa essere esercitato in riferimento ai beni esistenti, e riferibili al condannato, sino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna o se, invece, debba limitarsi a quelli esistenti al momento della emissione della indicata sentenza, salva l'esistenza in tale seconda ipotesi, di evidente reimpiego di disponibilità

finanziarie esistenti al momento della emissione della sentenza”.

Articolo 114 disp. att. c.p.p. – Avviso della facoltà di nominare un difensore – Prova – Deposizione del verbalizzante – Ammissibilità.

Cass. pen., Sez. IV, Ord. 3 dicembre 2020 (ud. 13 ottobre 2020), n. 34337

Presidente Fumu, Relatore Menichetti

Con ordinanza n. 34337, depositata in data 3 dicembre 2020, la Corte di cassazione, Sezione quarta, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione: “*Se la prova dell'intervenuto avviso previsto dall'art. 114 disp. att. c.p.p. possa essere acquisita in dibattimento attraverso la deposizione del verbalizzante, in assenza di riscontro scritto*”.

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI SEMPLICI

Articoli 40, 43, 589, c.p. – Omicidio colposo sul luogo di lavoro – Datore di lavoro – Omesso impedimento dell'evento – Violazione della regola cautelare – Causalità della colpa.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 1° ottobre 2020 (ud. 16 settembre 2020), n. 27242

Presidente Piccialli, Relatore Pezzella

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione quarta della Corte di cassazione, in tema di responsabilità colposa del datore di lavoro per infortuni del lavoratore, ha fatto applicazione del principio di causalità della colpa, secondo cui “*il rimprovero colposo deve riguardare la realizzazione di un fatto di reato che poteva essere evitato mediante l'esigibile osservanza delle norme cautelari violate. Dal che si profila il versante più oggettivo della colpa, nel senso che, per potere affermare una responsabilità colposa, non è sufficiente che il risultato offensivo tipico si sia prodotto come conseguenza di una condotta inosservante di una determinata regola cautelare ... ma occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata intendeva fronteggiare. Occorre, cioè, che il risultato offensivo sia la concretizzazione del pericolo preso in considerazione dalla norma cautelare; ovvero, in altri termini, che l'evento lesivo rientri nella classe di eventi alla cui prevenzione era destinata la norma cautelare. Si evidenzia così la cd. causalità della colpa e cioè il principio secondo cui il mancato rispetto della regola cautelare di comportamento da parte di uno dei soggetti coinvolti in una fattispecie colposa non è di per sé sufficiente per affermare la responsabilità di questo per l'evento dannoso verificatosi, se non si dimostri l'esistenza in concreto del nesso causale tra la condotta violatrice e l'evento*”.

Nel caso di specie la Corte ha ritenuto applicabile il suddetto principio, così confermando la responsabilità del datore cui erano state contestate (i.) l'omessa indicazione, nel documento di valutazione dei rischi lavorativi, delle idonee misure di prevenzione e protezione; (ii.) l'omessa fornitura al lavoratore delle necessarie informazioni e della

adeguata formazione in merito ai rischi e alle procedure da adottare relativamente alla propria mansione.

Infatti, ha in primo luogo riconosciuto il Collegio come “*l'infortunio sia avvenuto, in primis, proprio in conseguenza di una non corretta analisi dei rischi connessi all'esercizio della rischiosa attività di abbattimento delle piante e di una non corretta formazione del lavoratore, che svolgeva funzioni di capo squadra ed era incaricato del taglio degli alberi e non ha operato in sicurezza*”.

In secondo luogo la Corte ha ritenuto “*decisivo (...) il rilievo (...) che il lavoratore deceduto (...), nonostante avesse una lunga esperienza lavorativa, non era stato avvisato e formato circa la necessità di allontanarsi dalla zona del taglio quando il collega procedeva a tirare con il verricello la pianta, ma si fermava sul posto, per ultimare il taglio nel momento in cui la pianta si trovava adeguatamente tirata verso il semovente (...). In altre parole [il lavoratore] non aveva ricevuto alcuna istruzione e formazione sul punto e aveva adottato una tecnica operativa rischiosa che l'azienda per cui lavorava non aveva curato in alcun modo di modificare*”.

Articolo 18, comma 2, d. lgs. n. 74/2000 – Reati fiscali dichiarativi – Competenza per territorio – Persone giuridiche.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 6 ottobre 2020 (ud. 14 settembre 2020), n. 27606

Presidente Di Nicola, Relatore Socci

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione terza della Corte di cassazione ha ribadito la propria interpretazione dell'art. 18, comma 2, d. lgs. n. 74/2000, che - come è noto - stabilisce la competenza per territorio per l'accertamento dei reati tributari cd. dichiarativi (Titolo II, Capo I, d. lgs. cit.).

Sul punto, la Corte ha ricordato che “*In tema di reati tributari, la competenza territoriale per i delitti in materia di dichiarazione riguardanti le imposte relative alle persone giuridiche, si determina con*

riferimento al luogo in cui queste ultime hanno il domicilio fiscale, e che, di regola, coincide con quello della sede legale, ma che, qualora questa risulta avere carattere meramente fittizio, corrisponde al luogo in cui si trova la sede effettiva dell'ente".

Tale impostazione, peraltro, è del tutto conforme alla *intentio legis*. Ricorda infatti la Corte che "la stessa relazione governativa di accompagnamento al d. lgs. n. 74 del 2000, evidenzia come il comma 2 dell'art. 18 detta 'disposizioni specifiche, intese a risolvere in via normativa i problemi connessi all'individuazione del giudice competente in ordine a determinate ipotesi di reato [...]. Relativamente ai delitti in materia di dichiarazione, tali problemi si connettono al nuovo sistema di trasmissione dei dati in via telematica attraverso soggetti abilitati: sistema che, ove si abbia riguardo al luogo dal quale la trasmissione parte, consentirebbe, in pratica, all'autore dell'illecito di 'scegliersi' il giudice competente con il semplice accorgimento di incaricare della trasmissione stessa un soggetto abilitato che operi nel luogo ritenuto più conveniente; mentre, ove si abbia riguardo al luogo in cui i dati confluiscono, porterebbe all'inaccettabile risultato di concentrare la competenza per tutti i reati presso il Tribunale di Roma, stante la gestione centralizzata del materiale informatico. A fronte di ciò, si è dunque stabilito che i reati in questione debbano considerarsi consumati nel luogo in cui il contribuente ha il domicilio fiscale, salva l'applicabilità del criterio suppletivo del luogo dell'accertamento laddove detto domicilio risulti ubicato all'estero".

"Sulla base di ciò" - conclude la Corte - "con riferimento ai delitti previsti nel capo I, e cioè i delitti in dichiarazione, il reato si considera consumato nel luogo in cui il soggetto ha domicilio fiscale che costituisce il criterio principale attributivo della competenza per territorio".

Articoli 355, 356 c.p. – Inadempimento di contratti di pubbliche forniture – Frode nelle pubbliche forniture – Fornitura – Nozione.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 8 ottobre 2020 (ud. 18 settembre 2020), n. 28130

Presidente e Relatore Costanzo

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata in tema di inadempimento di contratti di pubbliche forniture (art. 355 c.p.) e di frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.), nell'ambito di una vicenda relativa alla somministrazione di personale paramedico interinale.

La Corte ha affermato che il termine "fornitura" si riferisce sia alle cose che alle opere, e quindi anche al "facere" costituito dalle prestazioni di materiali e

attività tecniche e lavorative di un'impresa volte ad assicurare il soddisfacimento delle finalità sottese al servizio pubblico.

Articoli 45, c.p., 10 bis, d. lgs. n. 74/2000 – Omesso versamento di ritenute dovute o certificate – Momento consumativo del reato – Operatività della forza maggiore.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 15 ottobre 2020 (ud. 9 settembre 2020), n. 28667

Presidente Aceto, Relatore Liberati

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione terza della Corte di cassazione ha consolidato alcuni principi relativi alla fattispecie di omesso versamento di ritenute dovute o certificate ex art. 10 bis d. lgs. n. 74 del 2000.

In primo luogo la Corte si è pronunciata con riguardo al momento consumativo del reato, ricordando che "il delitto di omesso versamento di ritenute dovute o certificate di cui all'art. 10 bis d.lgs. 74/2000 si consuma al momento della scadenza del termine fissato per il versamento delle somme trattenute dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei propri dipendenti per le imposte dagli stessi dovute, cioè quando scade il termine utile per il pagamento, previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta relativa all'anno precedente (...). Ne consegue che l'eventuale riduzione dell'imposta non versata, successivamente alla consumazione del reato, per effetto di pagamenti eseguiti dal debitore o da terzi, risulta priva di rilievo quanto alla verifica del superamento della soglia di rilevanza penale dell'omissione, per la quale occorre avere riguardo al momento di consumazione del reato, successivamente alla quale la riduzione del debito al di sotto di detta soglia non ne esclude la rilevanza penale".

In secondo luogo, il Supremo Collegio ha definito le condizioni di operatività della scusante della forza maggiore, configurabile in ragione della crisi dell'impresa preesistente ai termini per il versamento delle somme dovute. Sul punto - rammenta la Corte va "ricordato il consolidato orientamento interpretativo di questa Corte in proposito, secondo cui, al fine della dimostrazione della assoluta impossibilità di provvedere ai pagamenti omessi, occorre l'allegazione e la prova della non addebitabilità all'imputato della crisi economica che ha investito l'impresa e della impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità che ne sia conseguita tramite il ricorso a misure idonee da valutarsi in concreto (...). Per escludere la volontarietà della condotta è, dunque, necessaria la dimostrazione della riconducibilità dell'inadempimento alla obbligazione

verso l'Erario a fatti non imputabili all'imprenditore, che non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico (...)

Articoli 40, 41, 590 c.p. – Infortuni sul luogo di lavoro – Condotta omissiva del datore di lavoro – Lesioni – Comportamento imprudente del lavoratore – Interruzione del nesso di causa – Condizioni di applicabilità.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 16 ottobre 2020 (ud. 22 settembre 2020), n. 28726

Presidente Dovere, Relatore Ferranti

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione quarta della Cassazione si è pronunciata in tema di infortuni sul lavoro, con riguardo al nesso di causa tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo e alla possibilità che esso sia interrotto dal comportamento imprudente del lavoratore infortunato.

Sul punto la Cassazione ha ribadito la propria consolidata giurisprudenza, secondo cui *“la interruzione del nesso di condizionamento, a causa del comportamento imprudente del lavoratore, da solo sufficiente a determinare l'evento, secondo i principi giuridici enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza (...) richiede che la condotta si collochi in qualche guisa al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso. Tale comportamento è «interruttivo» non perché «eccezionale» ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare (...). La giurisprudenza di legittimità è ferma nel sostenere che non possa discutersi di responsabilità (o anche solo di corresponsabilità) del lavoratore per l'infortunio quando il sistema della sicurezza approntato dal datore di lavoro presenti delle criticità (...). Le disposizioni antinfortunistiche perseguono, infatti, il fine di tutelare il lavoratore anche dagli infortuni derivanti da sua colpa, onde l'area di rischio da gestire include il rispetto della normativa prevenzionale che si impone ai lavoratori, dovendo il datore di lavoro dominare ed evitare l'instaurarsi, da parte degli stessi destinatari delle direttive di sicurezza, di prassi di lavoro non corrette e per tale ragione foriere di pericoli”*.

Articolo 314, comma 2, c.p. – Peculato d'uso – Utilizzo per ragioni personali dell'automobile di servizio – Configurabilità.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 16 ottobre 2010 (ud. 30 settembre 2020), n. 28822

Presidente Bricchetti, Relatore Ricciarelli

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione si è pronunciata in tema di peculato d'uso, ex art. 314,

comma 2, c.p., nel caso di utilizzo per ragioni personali dell'automobile di servizio.

Per quanto riguarda la configurabilità di tale fattispecie - ha statuito la Corte - *“il reato va correlato al tipo di utilizzo del mezzo e alla possibilità di individuare nella condotta una appropriazione seppur temporanea del bene, tale da escludere, in parte qua, la sfera di dominio facente capo all'ente proprietario, ciò che peraltro implica un confronto con la fisiologica destinazione del bene e con la funzione di esso”*.

Viceversa, nel caso di specie *“non è stato invero dimostrato né prospettato che il veicolo fosse stato distolto dall'effettiva finalità di servizio in relazione al mero fatto che il ricorrente si fosse recato al bar o in panetteria o in un centro commerciale: in particolare non è stato dato conto del fatto che il ricorrente non potesse trovarsi di passaggio nei luoghi venuti in rilievo e che dunque corrispondentemente il mezzo fosse stato distolto dal servizio previsto, con aggravio connesso ad un suo improprio utilizzo; ma nel contempo non è stato prospettato, se non in termini meramente astratti, che nelle fasi della permanenza del ricorrente negli esercizi commerciali indicati, il veicolo fosse destinato a diverso servizio con conseguente aggravio sul piano funzionale”*.

In secondo luogo, ha ricordato la Corte, *“ai fini della configurabilità del reato occorre verificare che la condotta abbia prodotto un danno apprezzabile al patrimonio della P.A. o di terzi o una lesione concreta alla funzionalità dell'ufficio”*, mentre, nella fattispecie, *“i Giudici di merito hanno escluso che siffatti presupposti siano configurabili (dovendosi aver riguardo anche al consumo di carburante e all'usura del mezzo...) e non risultano dedotti elementi idonei a sovvertire tale valutazione”*.

Articoli 698, 705, c.p.p., 3, 6 CEDU – Estradizione verso l'Ucraina – Motivi di rifiuto – Trattamenti inumani e degradanti – Processo iniquo.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 16 ottobre 2020 (ud. 1° ottobre 2020), n. 28831

Presidente Bricchetti, Relatore Calvanese

Con la pronuncia in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha affrontato un caso di estradizione verso l'Ucraina. Il ricorrente - cittadino ucraino richiesto dal proprio paese - lamentava la violazione degli articoli 698 e 705 c.p.p., 27 e 111 Cost., 3 e 6 CEDU, e 12 Convenzione europea di estradizione del 1957, con riguardo alla mancata indagine, ad opera della Corte di appello, in merito alla eventuale sottoposizione dell'estradando - da parte dello stato richiedente - ad un processo iniquo e ad una detenzione in condizioni inumane o degradanti.

La Corte ha accolto il motivo e annullato la sentenza con rinvio per nuova valutazione sul punto, fondando la propria decisione sulle indicazioni fornite dalla sentenza CEDU Sukachov c. Ucraina, la quale ha rilevato che (i.) secondo un certo numero di rapporti internazionali e nazionali, molte persone sono state detenute in tale Stato in condizioni di sovraffollamento e altrimenti inadeguate, senza disporre di rimedi efficaci che consentissero loro di ottenere un miglioramento della loro situazione; (ii.) il Comitato dei Ministri ha riconosciuto la natura strutturale del problema delle condizioni di detenzione in Ucraina, adottando nel dicembre 2018 una risoluzione provvisoria, in cui ha sottolineato ancora una volta la natura strutturale del problema e che in decisioni precedenti lo stesso Comitato ha ripetutamente invitato le autorità ucraine ad intraprendere un'azione decisiva per stabilire rimedi preventivi e compensativi al fine di affrontare tale problema; (iii.) il Comitato per la prevenzione della tortura ha riconosciuto ripetutamente la natura persistente dei problemi delle condizioni di detenzione in Ucraina e che, nella sua relazione più recente sull'Ucraina (2018), ha accolto con favore la riforma in corso del sistema carcerario e le misure adottate per ridurre il sovraffollamento, ma ha sottolineato che la riforma non ha avuto alcun impatto sulla situazione delle persone detenute in custodia cautelare e ha esortato le autorità a proseguire per ridurre il loro numero.

A giudizio della Corte di cassazione, questa ricostruzione *“dimostra plasticamente che il problema delle condizioni carcerarie in Ucraina sia ancora esistente e che quindi era necessario adottare, in vista della estradizione in esame, il regime di protezione già da tempo delineato da questa Corte (...). Si è affermato invero che, ove si abbia motivo di ritenere che l'estradando verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona, è necessario che la Corte di appello acquisisca informazioni circa il regime di detenzione riservato all'estradando, così da verificare in concreto, con una indagine mirata, se l'interessato alla consegna sarà sottoposto, o meno, ad un trattamento inumano o degradante”*.

Nel caso in esame, a giudizio del Supremo Collegio, tale indagine *“doveva riguardare anche il trattamento carcerario con riferimento specifico all'etnia russa di appartenenza del ricorrente, alla luce del conflitto russo-ucraino”*. Rilevata l'assenza di siffatto giudizio, la Corte ha assunto la citata decisione annullatoria.

Articolo 640, comma 2, c.p. – Truffa ai danni dello Stato – Artifici e raggiri – Ingiusto profitto – Nozioni.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 20 ottobre 2020 (ud. 22 settembre 2020), n. 28957

Presidente Di Stefano, Relatore Villoni

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione sesta della Corte di cassazione si è pronunciata in merito al reato di truffa ai danni dello Stato ex art. 640, comma 2, n. 1, c.p., contestato all'imputato nella sua qualità di medico legale operante presso la ASL.

La contestazione al vaglio della Corte era duplice. Per un verso, si era contestato all'imputato di essersi procurato un ingiusto profitto, previo raggirò della ASL competente, consistito nel sottoscrivere una clausola d'impegno a non esercitare attività libero professionale *extra moenia*, ma esclusivamente attività intra muraria, laddove le indagini avevano accertato la violazione della clausola stessa, esercitando Astore attività professionale al di là dei limiti delle prestazioni *intra moenia*.

Per altro verso, gli si è contestato di avere presentato presso la struttura economico-finanziaria della ASL fatture da emettere in relazione alla procedura di rinnovo della patente a carico di soggetti che in realtà mai si erano presentati a effettuare la regolare visita medico-legale, costituendo questo l'espedito per legalizzare procedure totalmente abusive in favore di richiedenti il rinnovo del titolo di guida privi dei requisiti per conseguirlo.

Così ricostruiti i fatti, la Corte ha ritenuto *“evidente il difetto in entrambi casi degli elementi costitutivi del delitto di truffa e cioè il raggirò o l'artificio in danno della parte offesa, l'induzione in errore ed infine la disposizione patrimoniale eseguita da quest'ultima”*.

“Nel primo caso difetta non solo una condotta fraudolenta - dal momento che la mera violazione della clausola pattuita non può integrare raggirò o artificio ma solo un illecito di natura civilistica derivante dal mancato rispetto di una delle condizioni convenute tra le parti contrattuali - ma anche qualsivoglia disposizione patrimoniale da parte della ASL”.

“Nel secondo caso (...) sussiste dissociazione tra l'ente pubblico che si assume raggirato (la ASL competente) e i soggetti che avrebbero subito la depauperazione patrimoniale, vale a dire i richiedenti il rinnovo della patente privi dei requisiti per conseguirla (per la necessità dell'identità soggettiva tra il soggetto che, indotto in errore dall'autore del reato, compie l'atto di disposizione patrimoniale e il soggetto passivo del danno si veda l'innovativa e condivisibile Sez. 5, sent. n. 18968/2017)”.

“In tale ultimo caso, poi, è dubbio pure che vi sia stata effettiva depauperazione patrimoniale, atteso che l'emissione della fattura da parte della ASL costituiva in realtà l'espedito per legalizzare pratiche gestite dall'imputato in maniera completamente abusiva e anche a voler dare per assodato che i privati gli abbiano effettivamente corrisposto l'importo delle fatture emesse a loro carico, ciò avrebbero fatto in corrispettivo di un servizio realmente loro fornito, per quanto nell'ambito di un negozio avente causa illecita (art. 1343 cod. civ.)”.

Conseguentemente, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non sussiste.

Articoli 4, d. lgs. n. 74/2000, 2, d.p.r. n. 917/1986 – Omessa dichiarazione – Redditi percepiti all'estero – Configurabilità.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 21 ottobre 2020 (ud. 21 luglio 2020), n. 29095

Presidente Di Nicola, Relatore Socci

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione terza della Corte di cassazione si è pronunciata sulla vicenda di un professionista sportivo, cui è stata contestata la violazione dell'art. 4, d. lgs. n. 74/2000, per l'omessa dichiarazione di redditi percepiti all'estero. Questi, infatti, dopo aver prestato la propria attività in Italia, si era trasferito negli Emirati Arabi Uniti, ed oggetto di discussione era se egli avesse o meno ivi stabilito il centro primario dei propri interessi e delle proprie relazioni, ciò che in ipotesi positiva avrebbe escluso i propri obblighi dichiarativi nei confronti dello stato italiano.

Sul punto, la Corte ha ritenuto priva di vizi l'ordinanza con cui il competente Tribunale del riesame aveva applicato la misura del sequestro preventivo delle somme asseritamente evase, il quale a sua volta aveva ritenuto sussistente il *fumus commissi delicti*, vale a dire la circostanza che l'indagato avesse mantenuto residenza fiscale effettiva ai sensi dell'art. 2, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte dirette), con conseguente omessa dichiarazione dei redditi percepiti all'estero.

Secondo il Giudice della cautela, infatti, l'indagato aveva mantenuto in Italia il centro dei propri interessi, in virtù di una serie di *“indici che legavano il ricorrente al territorio italiano, con particolare riguardo al versamento di contributi per collaboratori domestici, ai numerosi rapporti finanziari correnti, alla proprietà di autoveicoli e motoveicoli, alla titolarità di immobili ed utenze in Lecce ed a Roma, alle rilevanti spese sostenute (ammontanti sempre a numerose centinaia di migliaia di euro), alla stipula di*

contratti immobiliari (e senza poter valutare la possibile firma preventiva evocata nel ricorso). Ancora, il Tribunale ha esaminato la frequentazione degli istituti scolastici da parte dei figli del ricorrente, verificandone i periodi effettivi e controllando al riguardo anche i timbri di ingresso ed uscita dagli Emirati Arabi; analoga dettagliata verifica, inoltre, è contenuta nell'ordinanza quanto ai periodi di formale residenza all'estero degli stessi familiari”.

Un complesso ed articolato percorso motivazionale, quello del Giudice del riesame, ritenuto dalla Corte *“frutto di una diffusa verifica del materiale istruttorio in atti, ed all'esito della quale il Tribunale - con argomento non censurabile - ha concluso per il fumus del delitto contestato (...) sì da doversi confermare l'ipotesi accusatoria di cui all'art. 4, d. lgs. n. 74 del 2000, nei termini dell'omessa dichiarazione dei redditi percepiti negli Emirati Arabi Uniti”.*

Articoli 40, 41, 590, c.p. – Infortuni sul lavoro – Responsabilità del datore di lavoro – Pluralità di posizioni di garanzia – Condotta omissiva – Concorso di cause.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 23 ottobre 2020 (ud. 6 ottobre 2010), n. 29442

Presidente Ciampi, Relatore Ferranti

Con la sentenza in epigrafe la Sezione quarta della Corte di cassazione si è confrontata con un caso di infortunio sul lavoro, nel quale la responsabilità era stata contestata ad una pluralità di soggetti, datori di lavoro.

Agli imputati si contestava la violazione dell'art. 26, comma 2, lett. a e b) e dell'art. 55, comma 5, lett. d), D. lgs. n. 81/2008 in quanto ciascuno, nella propria qualità aveva ommesso di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dei rischi sul lavoro, di provvedere ad un'opportuna e necessaria dettagliata informazione reciproca riguardante gli specifici rischi dell'ambiente di lavoro, nonché a porre in essere un sistema coordinato di misure di protezione, omettendo di realizzare una dovuta azione di coordinamento e di vigilanza tra le imprese al fine di eliminare i rischi interferenziali e di adottare le misure tecniche organizzative volte a evitare che i lavoratori.

La Corte ha ricordato che *“se sono più i titolari della posizione di garanzia (...), ciascun garante risulta per intero destinatario dell'obbligo di impedire l'evento fino a che non si esaurisca il rapporto che ha originato la singola posizione di garanzia”.* Infatti, *“quando l'obbligo di impedire un evento ricade su più persone che debbano intervenire o intervengano in momenti diversi, il nesso di causalità tra la condotta omissiva o commissiva del titolare di una posizione di garanzia*

non viene meno per effetto del successivo mancato intervento da parte di altro soggetto, parimenti destinatario dell'obbligo di impedire l'evento, configurandosi un concorso di cause ex art. 41 comma primo cod. pen.”.

Articoli 5, 25 septies, d. lgs. n. 231/2001 – Responsabilità dell’ente – Reati colposi – Interesse e vantaggio dell’ente – Nozioni – Illecito ex art. 25 septies – Sistematicità delle violazioni delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro – Irrilevanza.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 26 ottobre 2020 (ud. 22 settembre 2020), n. 29584

Presidente Dovere, Relatore Cappello

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione quarta della Corte di cassazione ha ribadito alcuni principi in materia di responsabilità amministrativa da reato dell’ente ex d. lgs. n. 231/2001, con specifico riferimento ai criteri di imputazione oggettiva stabiliti dall’art. 5 d. lgs. cit. per gli illeciti discendenti da reati colposi (nella fattispecie, segnatamente, i reati di lesioni e omicidio colposi commessi sul luogo di lavoro, di cui all’art. 25 septies d. lgs. cit.).

Anzitutto, la Corte ha inquadrato la natura della responsabilità dell’ente: *“trattasi di un modello di responsabilità che, coniugando i tratti dell’ordinamento penale e di quello amministrativo, ha finito con il configurare un tertium genus di responsabilità, compatibile con i principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza (...)”.*

In seconda battuta, con riguardo ai criteri d’imputazione oggettiva della responsabilità dell’ente - l’interesse o il vantaggio di cui all’art. 5 - *“essi sono alternativi e concorrenti tra loro, in quanto il primo esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile ex ante, cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo; il secondo ha, invece, una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile ex post, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell’illecito (...)”.*

Sul punto, inoltre, ricorda la Corte che *“per non svuotare di contenuto la previsione normativa che ha inserito nel novero di quelli che fondano una responsabilità dell’ente anche i reati colposi, posti in essere in violazione della normativa antinfortunistica (...), la giurisprudenza ha elaborato un criterio di compatibilità, affermando in via interpretativa che i criteri di imputazione oggettiva di che trattasi vanno riferiti alla condotta del soggetto agente e non all’evento, coerentemente alla diversa conformazione*

dell’illecito, essendo possibile che l’agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l’evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per rispondere a istanze funzionali a strategie dell’ente (...). Si è così salvaguardato il principio di colpevolezza, con la previsione della sanzione del soggetto meta-individuale che si è giovato della violazione (...)”.

In concreto, *“la casistica ha offerto, poi, alla giurisprudenza di legittimità l’occasione per calibrare, di volta in volta, il significato dei due concetti alternativamente espressivi del criterio d’imputazione oggettiva di cui si discute: si è così affermato, per esempio, che esso può essere ravvisato nel risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dei procedimenti e dei presidi di sicurezza; nell’incremento economico conseguente all’incremento della produttività non ostacolata dal rispetto della normativa prevenzionale (...); nel risparmio sui costi di consulenza, sugli interventi strumentali, sulle attività di formazione e informazione del personale (...); o, ancora, nella velocizzazione degli interventi di manutenzione e di risparmio sul materiale”.*

Sotto altro profilo, *“la sistematicità della violazione non rileva quale elemento della fattispecie tipica dell’illecito dell’ente: l’art. 25-septies cit. non richiede la natura sistematica delle violazioni alla normativa antinfortunistica per la configurabilità della responsabilità dell’ente derivante dai reati colposi ivi contemplati. Tale connotato, inoltre, non è imposto dalla necessità, sopra già tratteggiata, di rinvenire un collegamento tra l’azione umana e la responsabilità dell’ente che renda questa compatibile con il principio di colpevolezza e consenta, quindi, di escludere correttamente dal novero delle condotte a tal fine rilevanti quelle sì sostenute da coscienza e volontà, ma non anche dall’elemento della “intenzionalità”, come sopra definita (...)”.*

Infatti, *“se il criterio di imputazione di cui si discute ha lo scopo di assicurare che l’ente non risponda in virtù del mero rapporto di immedesimazione organica, assicurando che la persona fisica abbia agito nel suo interesse e non solo approfittando della posizione in esso ricoperta, è eccentrico rispetto allo spirito della legge ritenere irrilevanti tutte quelle condotte, pur sorrette dalla intenzionalità, ma, in quanto episodiche e occasionali, non espressive di una politica aziendale di sistematica violazione delle regole cautelari”.*

Articoli 40, 41, 589 c.p. – Infortuni sul luogo di lavoro – Condotta omissiva del datore di lavoro – Omicidio – Comportamento imprudente del lavoratore – Interruzione del nesso di causa –

Condizioni di applicabilità – Standard probatorio per l'accertamento del fatto.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 26 ottobre 2020 (ud. 23 settembre 2020), n. 29585

Presidente Piccialli, Relatore Menichetti

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è confrontata con un infortunio sul lavoro per il quale al datore imputato era contestata la violazione dell'art. 111, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 81/2008 (rubricato "Obblighi del datore di lavoro nell'uso di attrezzature per lavori in quota").

La Corte ha ribadito e applicato due importanti principi in materia.

In primo luogo, con riguardo alla efficacia causale della condotta colposa del lavoratore, eventualmente idonea ad escludere la responsabilità datoriale, la Corte ha ricordato che *"in linea di principio, la condotta colposa del lavoratore infortunato non assurge a causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento quando sia comunque riconducibile all'area di rischio proprio della lavorazione svolta e di conseguenza il datore di lavoro è esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del lavoratore e le sue conseguenze presentino i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive di organizzazione ricevute (...)".*

Il comportamento abnorme e imprevedibile del lavoratore deve necessariamente consistere *"in qualcosa di radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro (...)".* Più in particolare, *"partendo dal presupposto che ciò che viene rimproverato al datore di lavoro è la mancata adozione di condotte atte a prevenire il rischio di infortuni, la condotta esorbitante ed imprevedibilmente colposa del lavoratore, idonea ad escludere il nesso causale, non è solo quella che esorbita dalle mansioni affidate al lavoratore, ma anche quella che, nell'ambito delle stesse, attiva un rischio eccentrico od esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia (...)".*

In secondo luogo, con riguardo allo standard probatorio necessario per accertare la condotta colposa del datore di lavoro, la Corte ha ricordato che *"la regola di giudizio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, ex art. 533, comma 1, cod. proc. pen., consente di pronunciare sentenza di condanna a condizione che il dato probatorio acquisito lasci fuori soltanto ricostruzioni alternative costituenti eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili 'in rerum natura' ma la cui*

effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana (...). Il procedimento logico conforme a tale canone legislativo - ispirato alla regola b.a.r.d. (beyond any reasonable doubt) di derivazione anglosassone - deve condurre dunque ad una conclusione caratterizzata da un alto grado di credibilità razionale e, quindi, alla 'certezza processuale' che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta sia attribuibile all'agente come fatto proprio (...)".

Sulla base di tali considerazioni, nel caso di specie ha concluso la Corte che, *"mancando la prova certa di una pericolosa prassi invalsa in azienda (...) per effettuare in quota il taglio della siepe, e non potendosi escludere - per altro verso - una iniziativa estemporanea dei lavoratori, imprevedibile da parte datoriale, e dunque non essendo superato 'ogni ragionevole dubbio' nel rapporto di causalità tra le omissioni contestate in imputazione e l'evento mortale, la sentenza impugnata va annullata senza rinvio perché il fatto non sussiste".*

Articoli 40, 41, 589 c.p. – Infortuni sul luogo di lavoro – Condotta omissiva del datore di lavoro – Omicidio – Comportamento imprudente del lavoratore – Interruzione del nesso di causa.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 26 ottobre 2020 (ud. 13 ottobre 2020), n. 29609

Presidente Fumu, Relatore Menichetti

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione quarta della Corte di cassazione ha affrontato il tema della efficacia causale della condotta colposa del lavoratore, eventualmente idonea ad escludere la rilevanza penale della condotta del datore, in materia di infortuni sul luogo di lavoro.

La Corte ha ricordato che *"il datore di lavoro, destinatario delle norme antinfortunistiche, è esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del dipendente sia abnorme, dovendo definirsi tale il comportamento imprudente del lavoratore che sia stato posto in essere del tutto autonomamente ed in un ambito estraneo alle mansioni affidategli - e, pertanto, al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro - ovvero rientri nelle mansioni che gli sono proprie ma sia consistito in qualcosa di radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro".*

Più in dettaglio, con riguardo alla condotta del lavoratore e alla sua idoneità ad escludere l'efficienza

causale della condotta datoriale, la Corte ha ricordato la necessità che essa sia *“oltre che imprevedibile, tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governato dal soggetto titolare della posizione di garanzia”*. Pertanto, si legge in sentenza, *“solo una volta che il datore di lavoro abbia compiutamente adempiuto all'obbligo di informazione e formazione del lavoratore, mettendolo a conoscenza dei rischi connessi alle mansioni a lui affidate ed educandolo al corretto svolgimento delle medesime, potrà essere affrontata la questione di una condotta del lavoratore conforme a quanto appreso dal datore di lavoro ed all'attività a lui demandata, ovvero del tutto eccentrica rispetto ad essa, sì da comportare una situazione di rischio nuovo ed imprevedibile, come tale non governabile dal titolare della posizione di garanzia”*.

Nel caso di specie, al contrario, è stato dimostrato che il lavoratore stava operando con il trattore nello svolgimento del lavoro affidatogli dal datore *“utilizzando un mezzo agricolo non sicuro, senza che fosse stato formato ed informato su come fermarlo in caso di necessità tenuto conto del mancato funzionamento del freno di stazionamento: di qui la giuridica irrilevanza dell'imprudenza del lavoratore, che ha costituito mera occasione dell'infortunio e non comportamento interruttivo del nesso di causalità”*.

Articolo 274 c.p.p. – Esigenze cautelari – Pericolo di reiterazione del reato – Concretezza e attualità del pericolo – Nozioni.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 26 ottobre 2020 (ud. 29 settembre 2020), n. 29684

Presidente Fidelbo, Relatore Bassi

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione sesta della Corte di cassazione si è pronunciata in tema di esigenze cautelari, con specifico riferimento al pericolo di reiterazione del reato. Ad uno degli indagati ricorrenti, membro di una giunta regionale e vice segretario regionale di un partito politico, era stata applicata la misura del divieto di dimora in relazione ad una contestazione di turbata degli incanti (art. 353 c.p.).

Il Supremo Collegio ha rammentato come *“con la legge 16 aprile 2015 n. 47, il legislatore abbia prescritto che, ai fini della sussistenza dell'esigenza di natura special preventiva, il pericolo non debba essere più soltanto ‘concreto’, ma anche ‘attuale’ al momento in cui si procede all'adozione della misura cautelare, e come non possa desumersi ‘dalla gravità del titolo di reato per il quale si procede’, in linea con i principi già peraltro reiteratamente espressi dalla giurisprudenza più rigorosa ed attenta alla*

salvaguardia del bene costituzionalmente garantito della libertà personale ante iudicium (...). Ne discende che la valutazione sul rischio di reiterazione criminosa non può atteggiarsi in termini di mera potenzialità del pericolo, in ipotesi desumibile da circostanze distanti nel tempo o dalla gravità del reato posto a base del titolo restrittivo, ma deve fondarsi su dati concreti ed oggettivi (cioè non meramente congetturali), attinenti al caso di specie, che rendano siffatta esigenza reale ed attuale, cioè effettiva nel momento in cui si procede all'applicazione della misura cautelare”.

Nella fattispecie, al contrario, la Corte ha ritenuto che *“a tale cristallina indicazione normativa non si è adeguatamente conformato il Giudice del riesame là dove ha ancorato la sussistenza nell'attualità del pericolo di reiterazione criminosa a circostanze indubbiamente significative - quali il potere decisorio esplicito dall'indagato, la fitta rete di relazioni sociali, la caratura politica e la personale capacità di imporre soluzioni difficilmente raggiungibili in una logica di libero dialogo politico -, ma la cui rilevanza non è stata adeguatamente contestualizzata alla luce della decadenza del ricorrente dalla carica di Assessore della Giunta regionale (...) e delle dimissioni dal ruolo di vice segretario regionale del [partito di appartenenza, ndr]”*.

In altri termini, ha proseguito la Corte, *“il Collegio distrettuale ha ommesso di tenere conto dell'insegnamento di questa Corte che, in diverse occasioni, ha avuto modo di chiarire che, in caso di dimissioni dall'incarico pubblico - sebbene non operi nessun automatismo - il giudice può ritenere persistenti le esigenze cautelari soltanto qualora evidenzi che l'agente mantiene una posizione soggettiva che gli consenta, pur nell'ambito di funzioni o incarichi pubblici diversi, di continuare a commettere condotte antigiuridiche aventi lo stesso rilievo ed offensive della stessa categoria di beni e valori di appartenenza del reato commesso (...). Il decidente è dunque tenuto ad una valutazione attenta del caso concreto ed all'adempimento di un adeguato onere motivazionale che dia conto dell'influenza personale del prevenuto indipendentemente dall'ufficio ricoperto e dunque della concretezza e dell'attualità del rischio di recidivanza (...)”*.

In buona sostanza, nel caso di specie il Tribunale del riesame *“avrebbe dunque dovuto indicare gli elementi specifici e le ragioni per le quali [l'indagato, ndr], pur decaduto dalla posizione di primazia politica che rendeva possibile o comunque favoriva il suo contributo alla realizzazione della condotta criminosa, possa essere ancora in grado di reiterare condotte offensive dei medesimi beni giuridici”*.

Per queste ragioni, la Corte ha annullato l'ordinanza con rinvio in punto di esigenze cautelari, da rivalutare alla luce delle coordinate ermeneutiche più sopra richiamate.

Articolo 253 c.p.p. – Sequestro probatorio – Presupposti – Nesso di pertinenzialità con il bene sequestrato – Individuazione di un fatto costituente reato.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 30 ottobre 2020 (ud. 15 settembre 2020), n. 30225

Presidente Bricchetti, Relatore Ricciarelli

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata in tema di sequestro probatorio, nell'ambito di un procedimento per reati contro la Pubblica Amministrazione.

I giudici di legittimità hanno annullato l'ordinanza del Tribunale di Firenze in sede di Riesame, nonché il precedente decreto di perquisizione e sequestro, ribadendo *“l'illegittimità di un sequestro avente primari fini esplorativi volto ad acquisire la notizia di reato in ordine ad un illecito non individuato nella sua specificità fattuale”*.

Il sequestro probatorio – si legge nel provvedimento – *“presuppone l'individuazione di un fatto costituente reato, individuato nei suoi tratti essenziali di tempo, luogo e azione, e, in relazione ad esso, la prospettazione a pena di nullità della condotta incriminata, la riconduzione ad una fattispecie di reato e l'indicazione della relazione intercorrente tra i beni sottoposti a vincolo e l'ipotesi criminosa; in altre parole, la necessità di delineare i tratti della condotta e della fattispecie di reato è strettamente correlata all'esigenza di dar conto del nesso di pertinenzialità con il bene”*.

In questo caso – conclude la Corte – *“non sono definiti in alcun modo i contorni essenziali della vicenda, che dovrebbe ricondursi ad un traffico di influenze, in assenza del riferimento al tipo di mediazione richiesta o all'individuazione della controprestazione da remunerare e soprattutto in relazione alla determinabilità dei pubblici ufficiali, temi cui sarebbero poi da ricondurre le attività investigative di ricerca della prova, che nel caso di specie risultano invece volte non tanto a trarre conferme di ipotesi ragionevolmente formulate, bensì ad acquisire la vera e propria notizia di reato”*.

Ne è conseguito l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata e del decreto di sequestro, con restituzione all'avente diritto dei beni sequestrati.

Articoli 314 c.p., 180 d.l. n. 34/2020 – Omesso versamento dell'imposta di soggiorno – Decreto

Rilancio – Successione di norme extra penali – Irretroattività della novella.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 30 ottobre 2020 (ud. 29 settembre 2020), n. 30227

Presidente Mogini, Relatore Villoni

Con la pronuncia in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, in tema di omesso versamento dell'imposta di soggiorno, ha affermato che, *“a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 180 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (cd. decreto rilancio), convertito nella legge n. 77 del 20 luglio 2020, non è configurabile il delitto di peculato nella condotta del gestore della struttura ricettiva che ometta di versare al Comune le somme riscosse a titolo di imposta di soggiorno”*.

Quanto alle conseguenze della novella in relazione alle condotte antecedenti, in mancanza di norme di diritto intertemporale – prosegue la Corte – *“siamo in presenza di una modifica delle attribuzioni di un soggetto (il titolare della struttura ricettiva – alberghiera) che opera solamente dall'entrata in vigore della novella e non per il passato”*.

Sul piano dogmatico – si legge nel provvedimento – *“si è al cospetto di una successione nel tempo di norme extrapenali in cui, per i fatti anteriori alla novella legislativa, è rimasto inalterato non solo il precetto (art. 314 cod. pen.), ma anche la qualifica soggettiva (art. 358 cod. pen.) la cui sussistenza è richiesta ai fini della punibilità a titolo di peculato”*; ne deriva che *“si deve escludere che la modifica del quadro di riferimento normativo di natura extra penale che regola il versamento dell'imposta di soggiorno abbia comportato un fenomeno di abolitio criminis, poiché tale effetto si determina solo quando la modifica abbia riguardato norme realmente integratrici della legge penale, come quelle di riempimento di norme penali in bianco o le norme definitorie, ma non anche le norme richiamate da elementi normativi della fattispecie penale, nessuna di tali tra loro differenti situazioni essendosi, peraltro, determinata nella vicenda normativa in esame”*.

In conclusione, *“deve ribadirsi la rilevanza penale a titolo di peculato delle condotte, tra cui quella ascritta alla ricorrente, commesse in epoca anteriore alla novatio legis di cui all'art. 180, comma 4 del d. l. n. 34 del 19 maggio 2020 convertito nella legge n. 77 del 20 luglio 2020”*.

Articolo 163, c.p. – Sanzioni ex d. lgs. n. 231/2001 – Sospensione della pena – Inapplicabilità.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 2 novembre 2020 (ud. 23 settembre 2020), n. 30305

Presidente Izzo, Relatore Noviello

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione ha ribadito l'orientamento secondo cui *“l'istituto della sospensione condizionale della pena non è applicabile alle sanzioni inflitte agli enti a seguito dell'accertamento della relativa responsabilità da reato ai sensi della L. 231/01, la cui natura amministrativa non consente l'applicabilità di istituti giuridici specificamente previsti per le sanzioni di natura penale”*.

Articolo 216, comma 3, r.d. n. 267/1942 – Bancarotta fraudolenta – Pene accessorie – Parziale declaratoria di illegittimità costituzionale – Regime intertemporale di applicabilità della norma riformulata.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 2 novembre 2020 (ud. 7 ottobre 2020), n. 30442

Presidente Zaza, Relatore Belmonte

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata in tema di pene accessorie per il reato di bancarotta fraudolenta, ex art. 216, comma 3, Legge fallimentare, in seguito alle recenti sentenze, intervenute sulla materia, della Corte Costituzionale (n. 222/2018) e della Corte di cassazione a Sezioni Unite (n. 28910/2019), che hanno inciso sulla norma, la quale oggi prevede che tali pene possano essere irrogate per una durata fino (e non più pari) a dieci anni.

Nel caso di specie il Supremo Collegio ha rilevato d'ufficio la illegalità delle pene accessorie irrogate dal Giudice territoriale con sentenza del giugno 2018 per fatti di bancarotta distrattiva e documentale commesse dai ricorrenti nella loro qualità di amministratori di una Srl.

Sul punto, ha precisato la Corte, *“la sostituzione della cornice edittale operata dalla citata pronuncia, determina la illegalità delle pene accessorie irrogate in base al criterio dichiarato illegittimo, indipendentemente dal fatto che quelle concretamente applicate rientrino comunque nel ‘nuovo’ parametro, posto che il procedimento di commisurazione si è basato su una norma dichiarata incostituzionale”*.

Nel solco della propria giurisprudenza (Sez. Un. n. 33040/2015, Jazouli), la Corte ha ritenuto che *“deve escludersi che possa essere conservata, in quanto legittima, sotto il profilo del principio costituzionale di proporzione tra offesa e pena, la pena determinata in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma dichiarata incostituzionale e, quindi, inesistente sin dalla sua origine”*.

Sulla base di tali principi, la Corte ha statuito che *“l'illegalità sopravvenuta della previsione della durata delle pene accessorie impone l'annullamento con*

rinvio della sentenza impugnata in punto di trattamento sanzionatorio, al fine di consentire al giudice di merito di stabilire la durata delle pene accessorie; giudizio che implicando valutazioni discrezionali, è sottratto al giudice di legittimità. Nella necessità di dovere individuare un criterio al quale il giudice del rinvio dovrà attenersi nella rideterminazione della durata della pena accessoria, non più fissa, ma indicata solo nel massimo, si osserva che, le Sezioni Unite, successive alla predetta declaratoria di incostituzionalità, hanno affermato che le pene accessorie previste dall'art. 216 legge fallimentare, nel testo riformulato dalla sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 della Corte Costituzionale, così come le altre pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen. (Sez. Un. n. 28910 del 2019)”.

Articoli 321 c.p.p., 11, comma 1, d. lgs. n. 74/2000 – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca – Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte – Elemento soggettivo – Profitto del reato.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 4 novembre 2020 (ud. 1° ottobre 2020), n. 30723

Presidente Marini, Relatore Corbetta

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione terza della Corte di cassazione si è pronunciata in merito ad una ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente fondata sulla contestazione del reato ex art. 11, comma 1, d. lgs. n. 74/2000 (sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte), elevata all'indagato, nella sua qualità di socio, poi di amministratore e infine di liquidatore di una Srl.

Anzitutto, per la configurazione del reato in questione, ha rilevato la Corte, è *“sufficiente che l'azione sia idonea a rendere inefficace l'esecuzione esattoriale, configurandosi dunque l'illecito penale in termini di reato di pericolo concreto (...), integrato dal compimento di atti simulati o fraudolenti volti a occultare i propri o altrui beni, idonei - secondo un giudizio ex ante che valuti la sufficienza della consistenza patrimoniale del contribuente rispetto alla pretesa dell'Erario - a pregiudicare l'attività recuperatoria dell'amministrazione finanziaria (...)*. Ciò evidentemente significa che il bene, oggetto degli atti simulati o fraudolenti, deve essere riconducibile al patrimonio del soggetto debitore verso l'Erario, perché solo in questo caso il compimento dell'atto può rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva”.

Ha inoltre osservato il Supremo Collegio, che *“il reato in esame è connotato dal dolo specifico, che ricorre*

quando l'alienazione simulata o il compimento di altri atti fraudolenti, idonei a rendere inefficace la procedura di riscossione coattiva, siano finalizzati alla sottrazione 'al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrativi relativi a dette imposte' (...). Il dolo specifico, pertanto, presuppone logicamente la sussistenza di una pretesa creditoria da parte dell'Erario, dovendo l'azione posta in essere dall'agente orientata verso il conseguimento di quel fine, che evidentemente non è configurabile ove manchi un debito verso il fisco”.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che il Giudice della cautela “avrebbe dovuto esplicitare i presupposti, giuridici e di fatto, in forza dei quali, nei confronti del ricorrente, sia configurabile - e in che misura - una responsabilità per il debito tributario della società di cui è stato socio, legale rappresentante e liquidatore, e, conseguentemente, se fosse azionabile a [suo] carico (...) una procedura di riscossione coattiva: accertamento indispensabile perché si sia in presenza di una vendita simulata di un bene del debitore (...) che possa rendere in tutto o in parte inefficace, nei suoi confronti, la procedura di riscossione coattiva da parte dell'Erario”.

Articoli 648 bis c.p., 2-5 d. lgs. n. 74/2000 – Riciclaggio di proventi di reato fiscale dichiarativo – Configurabilità – Consumazione del reato presupposto.

Cass. pen., Sez. II, Sent. 5 novembre 2020 (ud. 9 settembre 2020), n. 30889

Presidente Rago, Relatore Pardo

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, ha affrontato il tema della configurabilità del reato di riciclaggio ex art. 648 bis c.p., ove il reato presupposto consista in un reato fiscale dichiarativo (articoli 2-ss., d. lgs. n. 74/2000). In primo luogo, la Corte ha analizzato la configurabilità, su un piano astratto e generale, del reato di riciclaggio di proventi di reti fiscali dichiarativi.

Sul punto, la Corte ha anzitutto ricordato che “soltanto le contravvenzioni ed i delitti colposi non possono costituire il presupposto di quello di riciclaggio; ne consegue che tutti i delitti dolosi, e quindi anche quello di frode fiscale, sono idonei a fungere da reato presupposto del riciclaggio”. Infatti “il riferimento dell'art. 648-bis cod. pen. alle 'altre utilità' ben può ricomprendere il risparmio di spesa che l'agente ottiene evitando di pagare le imposte dovute, poiché esso produce un mancato decremento del patrimonio che si concretizza in una utilità di natura economica”.

Analizzando la struttura della fattispecie ex art. 648 bis c.p. - ha osservato la Corte - “è del tutto evidente che il legislatore ha inteso colpire, con il delitto di riciclaggio, ogni vantaggio derivante dal compimento del reato presupposto, tant'è che ha adoperato la locuzione 'altre utilità' come una sorta di clausola di chiusura rispetto al 'denaro e beni', proprio per evitare che potessero sfuggire dalle maglie della repressione penale utilità (qualunque esse fossero) derivanti dal reato presupposto e delle quali l'agente, grazie all'attività di riciclaggio posto in essere da un terzo, potesse usufruirne. In altri termini, la locuzione 'altre utilità' è talmente ampia che in esse devono farsi rientrare tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile. Così interpretata la locuzione 'altre utilità', è chiaro che in esse devono farsi rientrare non solo quegli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente ma anche tutto ciò che costituisca il frutto di quelle attività fraudolente a seguito delle quali si impedisce che il patrimonio s'impoverisca: il che è quanto accade quando viene perpetrato un reato fiscale a seguito del quale l'agente, evitando di pagare le imposte dovute, consegue un risparmio di spesa che si traduce, in pratica, in un mancato decremento del patrimonio e, quindi, in una evidente utilità di natura economica”. Su questo punto la Corte ha dunque concluso che “rientra fra i reati presupposto anche il reato di dichiarazione fraudolenta (frode fiscale) a seguito del quale l'agente, evitando di pagare le imposte, consegue un risparmio di spesa che si traduce in un mancato decremento del patrimonio e, quindi, in una evidente utilità di natura economica”.

In secondo luogo, la Corte ha trattato del momento consumativo dei reati fiscali dichiarativi e segnatamente la fattispecie ex art. 2, d. lgs. n. 74/2000. Costituisce orientamento consolidato in seno alla giurisprudenza della Corte, quello secondo cui “il delitto, di tipo commissivo e di mera condotta, seppure teleologicamente diretta al risultato dell'evasione d'imposta (...) ha natura istantanea e si consuma con la presentazione della dichiarazione annuale, non rilevando le dichiarazioni periodiche e quelle relative ad imposte diverse. Con la conseguenza che il comportamento di utilizzazione [delle fatture o altri documenti, ndr] si configura come ante factum meramente strumentale e prodromico per la realizzazione dell'illecito, e perciò non punibile. In forza del disposto dell'art. 6, il delitto di dichiarazione fraudolenta previsto dall'art. 2 non è comunque punibile a titolo di tentativo”.

Alla luce dei principi suesposti, la Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: “il delitto di riciclaggio

non è configurabile nelle attività di sostituzione di somme sottratte al pagamento delle imposte mediante delitti in materia di dichiarazione se il termine di presentazione della dichiarazione non è ancora decorso e la stessa non è stata ancora presentata”.

Articoli 116, 127, 309, 310, 324, c.p.p. – Procedimento cautelare – Diritto ad estrarre copia degli atti – Insussistenza – Diritto a prendere visione degli atti – Sussistenza.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 9 novembre 2020 (ud. 16 settembre 2020), n. 31196

Presidente Di Nicola, Relatore Corbetta

Nella vicenda sottoposta all'esame della Corte, avente ad oggetto il riesame di un provvedimento di sequestro probatorio, il ricorrente doleva del fatto che, sia personalmente, sia quale delegato del difensore, gli fosse stata *“negata la possibilità di estrarre copia degli atti del procedimento, e ciò in contrasto con il disposto dell'art. 116 cod. proc. pen., secondo cui chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio, a proprie spese, di copie degli atti, con conseguente violazione dei diritti di difesa ex art. 178, comma 1, lett. c) cod. proc. pen.”.*

La Corte di cassazione, Sezione terza, ha rigettato il ricorso, ritenendolo inammissibile.

Ha rilevato in particolare il Supremo Collegio che *“il ricorrente avrebbe dovuto puntualmente indicare in che misura e per quale motivo l'impossibilità per l'indagato di estrarre personalmente copia degli atti del procedimento abbia concretamente nuociuto all'esercizio dei diritti di difesa”.*

Infatti - ha osservato la Corte - *“sin dal 1995, le Sezioni Unite di questa Corte di legittimità, mai sconfessate sul punto (...), hanno affermato che nelle procedure ex artt. 309 e 310 cod. proc. pen. non sussiste un diritto della parte interessata ad ottenere de plano copia degli atti di indagine (...)”,* poiché *“i diritti della difesa risultano comunque tutelati adeguatamente dalla possibilità di esaminare gli atti depositati in cancelleria e, quindi, di estrarne copia informale, mentre il riconoscimento di un diritto in senso tecnico ad ottenere copia degli atti del procedimento, oltre ad essere escluso dalla lettera della legge, urterebbe contro lo stesso interesse dell'indagato a una rapida decisione in ordine al suo status libertatis”.*

Nonostante il citato orientamento sia consolidato con riguardo alle misure cautelari personali, *“esso può estendersi, per identità di ratio, anche alle misure cautelari reali, pure caratterizzate dalla rapidità di decisione, come emerge dal rinvio, operato dall'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. ai commi 9, 9-bis e 10*

dell'art. 309 cod. proc. pen., e non contenendo l'art. 127 cod. proc. pen. alcuna disposizione che autorizzi il rilascio di copie degli atti, essendo unicamente prevista la possibilità per le parti di depositare memorie in cancelleria fino a cinque giorni prima dell'udienza”.

Articoli 188, 266 c.p.p. – Intercettazioni ambientali – Captatore informatico – Metodi o le tecniche idonei ad influire sulla libertà di determinazione del soggetto – Non inquadrabilità.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 11 novembre 2020 (ud. 30 settembre 2020), n. 31604

Presidente Vessicchelli, Relatore Morosini

In tema di captatore informatico (cd. *“trojan horse”*), la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata sulla inquadrabilità di tale strumento all'interno dei *“metodi o le tecniche idonei ad influire sulla libertà di determinazione del soggetto”* vietati dall'art. 188 c.p.p.

Per quel che riguarda l'eventualità che lo strumento captativo in argomento possa consentire l'intercettazione di conversazioni di cui è vietata la captazione (come quelle tra imputato e suo difensore) o produrre, in casi estremi, esiti lesivi della dignità umana *“va osservato che tali situazioni non possono incidere ‘a monte’ sulla legittimità del decreto – poiché altrimenti si imporrebbe un requisito non previsto dalla legge – ma si riverberano, ‘a valle’, sulla inutilizzabilità delle risultanze di ‘specifiche’ intercettazioni che abbiano violato precisi divieti di legge o che, nelle loro modalità di attuazione e/o nei loro esiti, abbiano acquisito ‘in concreto’ connotati direttamente lesivi della persona e della sua dignità”.* Il captatore informatico – si legge nella sentenza – *“non è altro che uno strumento messo a disposizione dalla moderna tecnologia, attraverso il quale è possibile effettuare una intercettazione ambientale. Dunque non viene in rilievo una ‘prova atipica’, né un aggiramento delle regole della ‘prova tipica’, poiché, già prima della entrata in vigore della specifica disciplina contenuta nel d. lgs. n. 216 del 2017 (che invece ne estende l'applicabilità, a determinate condizioni, anche ai reati comuni), l'impiego del trojan horse, quale mezzo per eseguire la captazione di conversazioni tra presenti, era regolamentato dagli artt. 266, 267 e 271 cod. proc. pen. – interpretati in senso restrittivo dalle Sezioni Unite Scurato, che hanno bandito tale strumento per tutti i reati comuni, al fine di scongiurare in radice il pericolo di una incontrollabile intrusione nella sfera privata delle persone – con la speciale deroga, nella specie operante, di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991”.*

Di conseguenza “*va escluso che il captatore informatico possa inquadarsi tra ‘i metodi o le tecniche’ idonei ad influire sulla libertà di determinazione del soggetto, come tali vietati dall’art. 188 cod. proc. pen.*” dal momento che lo stesso “*non esercita alcuna pressione sulla libertà fisica e morale della persona, non mira a manipolare o forzare un apporto dichiarativo, ma, nei rigorosi limiti in cui sono consentite le intercettazioni, capta le comunicazioni tra terze persone, nella loro genuinità e spontaneità*”.

Articoli 473, 474 c.p. – Contraffazione – Prodotto che reca l’indicazione di non originalità – Configurabilità della fattispecie.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 12 novembre 2020 (ud. 20 luglio 2020), n. 31836

Presidente Catena, Relatore Belmonte

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata in merito alle fattispecie di “*Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni*” (art. 473 c.p.) e “*Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi*” (art. 474 c.p.). La vicenda *sub iudice* riguardava prodotti recanti marchi di aziende note e, al tempo stesso, la dicitura “prodotto non originale”.

La *quaestio iuris* posta all’attenzione della Corte era se la natura meramente descrittiva, e non distintiva, del logo apposto sul prodotto, avente riguardo alla sua natura non originale ma assimilabile, potesse escludere la consapevole induzione a istituire un collegamento tra i prodotti e servizi del titolare del marchio e quelli del terzo fornitore.

La Corte ha rilevato che, “*in considerazione della speciale tutela al marchio registrato accordata dalla legge, essa non può essere aggirata attraverso diciture artatamente ‘attestative’ circa l’indebito uso del marchio, quali ‘prodotto non originale’ o simili, giacché la contraffazione è, in sé, sufficiente e decisiva per la violazione del bene tutelato*”.

Infatti, “*la dicitura ‘prodotto non originale’ non svuota (...) di valenza penale la contraffazione restando la fattispecie integrata dalla (ontologicamente ingannevole) riproduzione illecita del marchio registrato, senza che l’impiego improprio della dicitura ‘prodotto non originale’ (ovviamente riportata sul prodotto in una posizione non immediatamente percepibile agli osservatori terzi diversi dall’acquirente), eccentrica rispetto alla tutela giuridica del marchio, assuma una qualche portata legittimante, posto che - come si è detto - la mera riproduzione è da sola sufficiente ad integrare l’ipotesi delittuosa*”.

Tali considerazioni appaiono fondate su una interpretazione della fattispecie, consolidata in seno alla Corte, secondo cui:

- da un lato, “*l’interesse giuridico tutelato dagli artt. 473 e 474 c.p., è la pubblica fede in senso oggettivo, intesa come affidamento dei cittadini nei marchi o segni distintivi che individuano le opere dell’ingegno o i prodotti industriali e ne garantiscono la circolazione, e non l’affidamento del singolo, sicché, ai fini dell’integrazione dei reati non è necessaria la realizzazione di una situazione tale da indurre il cliente in errore sulla genuinità del prodotto; al contrario, in presenza di una contraffazione, i reati sono configurabili anche se il compratore sia stato messo a conoscenza dallo stesso venditore della non autenticità del marchio*”;

- dall’altro lato, “*la confusione che la norma vuole scongiurare è tra i marchi e non tra prodotti, cioè tra quello registrato e quello illecitamente commercializzato in forma dichiaratamente decettiva, dal momento che ciò che la legge punisce è la riproduzione - senza averne titolo - del marchio registrato su di un prodotto industriale; il prodotto è quindi il veicolo attraverso il quale si manifestano i marchi e la legge impone che non vengano riprodotti (in modo pedissequo o con modifiche che non ne alterino i caratteri principali che lo connotano) illecitamente, su prodotti industriali*”.

Articolo 323 c.p. – Abuso di ufficio – Elemento soggettivo – Prova del dolo – Violazione di legge – Nozione.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020 (ud. 17 settembre 2020), n. 31873

Presidente Mogini, Relatore Calvanese

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione, Sezione sesta, ha svolto alcune interessanti riflessioni sulla fattispecie di abuso di ufficio, la quale – come è noto – è stata recentemente oggetto di riforma, nella misura in cui il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, all’art. 323 c.p., primo comma, ha sostituito le parole “*di norme di legge o di regolamento,*” con quelle “*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*”.

Il primo aspetto di interesse riguarda l’elemento soggettivo. Ad avviso della Corte, “*la prova del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie di cui all’articolo 323 cod. pen., prescinde (...) dall’accertamento dell’accordo collusivo con la persona che si intende favorire, potendo essere desunta anche dalla macroscopica illegittimità dell’atto, sempre che tale valutazione non discenda in*

modo apodittico e parziale dal comportamento 'non jure' dell'agente, ma risulti anche da elementi ulteriori concordemente dimostrativi dell'intento di conseguire un vantaggio patrimoniale o di cagionare un danno ingiusto".

Il secondo aspetto riguarda, invece, la interpretazione della nozione di "violazione di legge" – che rende penalmente illecita la condotta anche ai sensi della novella – e la rilevanza della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici.

Sul punto, il Supremo Collegio ha rilevato che *"come più volte affermato da questa Corte, il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi - ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001 - alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente'. Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una 'violazione di legge', rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 cod. pen."*

"Seguendo questa elaborazione giurisprudenziale" ha quindi concluso la Corte "deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001) (...), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la 'violazione di legge', quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa".

Da ultimo, ha rilevato il Collegio che *"la normativa in questione integra inoltre l'ulteriore requisito richiesto dalla modifica normativa, in quanto si tratta di norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità: l'art. 12 cit. detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire e il successivo art 13 cit. detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire"*.

Articolo 323 c.p. – Abuso di ufficio – Fattispecie di omessa astensione – Riforma 2020 – Ininfluenza.

Cass. pen., Sez. fer., Sent. 17 novembre 2020 (ud. 25 agosto 2020), n. 32174

Presidente Lapalorcia, Relatore Amoroso

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione, Sezione feriale, si è pronunciata in merito alla nuova formulazione della fattispecie di abuso di ufficio ad opera del Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, poi convertito dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, il quale all'art. 323 c.p., primo comma, ha sostituito le parole *"di norme di legge o di regolamento,"* con quelle *"di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità"*.

In particolare, la Corte ha rilevato che la riforma non ha inciso sulla seconda condotta punita dalla norma, la quale è rimasta invariata, vale a dire quella del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto.

Si riporta di seguito il ragionamento della Corte sul punto.

"(...) deve farsi un breve cenno alla modifica normativa dell'art. 323 cod. pen. introdotta di recente dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, (...) unicamente e solo per quanto serve ad evidenziarne la totale ininfluenza rispetto al caso qui in decisione (...).

Si tratta di una modifica che investe solo uno dei due segmenti di condotta che sono considerati rilevanti ai fini dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio che punisce con lo stesso trattamento sanzionatorio, accomunandone il relativo disvalore, sia la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio viola le norme di legge che ne disciplinano l'esercizio e sia quella, del medesimo soggetto qualificato, che ometta di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un proprio congiunto o negli altri casi prescritti.

Per effetto di tale modifica l'abuso di ufficio nella prima opzione, ovvero quello della violazione delle norme di legge che disciplinano lo svolgimento delle funzioni o del servizio, può essere ora integrato solo dalla violazione di 'regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge', cioè da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa.

Ma siffatta modifica, seppure di grande impatto ove non dovessero intervenire ulteriori modifiche in sede di conversione, e sebbene medio tempore abbia

notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2 cod. pen., non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione”.

Articoli 40, 590 c.p. – Infortuni sul luogo di lavoro – Obblighi di formazione e informazione del lavoratore – Responsabilità del datore di lavoro – Condotta omissiva – Nesso di causa.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 17 novembre 2020 (ud. 27 ottobre 2020), n. 32194

Presidente Piccialli, Relatore Pezzella

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, è tornata a pronunciarsi in tema di responsabilità penale del datore di lavoro per infortuni occorsi ai propri dipendenti.

Oggetto di disamina è stato in questo caso la condotta omissiva del datore in violazione degli obblighi di informazione, istruzione, formazione e addestramento del lavoratore stabiliti dall'art. 73, d. lgs. n. 81/2008.

Anzitutto, la Corte ha ricordato che *“la violazione degli obblighi inerenti alla formazione e l'informazione dei lavoratori integra un reato permanente, in quanto il pericolo per l'incolumità dei lavoratori permane nel tempo e l'obbligo in capo al datore di lavoro continua nel corso dello svolgimento del rapporto lavorativo fino al momento della concreta formazione impartita o della cessazione del rapporto (...). Il datore di lavoro deve non solo predisporre le idonee misure di sicurezza ed impartire le direttive da seguire a tale scopo, ma anche, e soprattutto, controllarne costantemente il rispetto da parte dei lavoratori, di guisa che sia evitata la superficiale tentazione di trascurarle (...).”*

Ove a tale condotta omissiva consegua un evento lesivo, *“il datore di lavoro risponde dell'infortunio occorso al lavoratore, in caso di violazione degli obblighi, di portata generale, relativi alla valutazione dei rischi presenti nei luoghi di lavoro nei quali siano*

chiamati ad operare i dipendenti, e della formazione dei lavoratori in ordine ai rischi connessi alle mansioni, anche in correlazione al luogo in cui devono essere svolte (...). È infatti tramite l'adempimento di tale obbligo che il datore di lavoro rende edotti i lavoratori dei rischi specifici cui sono esposti (...). Ove egli non adempia a tale fondamentale obbligo, sarà chiamato a rispondere dell'infortunio occorso al lavoratore, laddove l'omessa formazione possa dirsi causalmente legata alla verifica dell'evento”.

Né, ha rilevato la Corte *“può venire in soccorso del datore di lavoro (...) il comportamento imprudente posto in essere dai lavoratori non adeguatamente formati. Il datore di lavoro che non adempie agli obblighi di informazione e formazione gravanti su di lui e sui suoi delegati risponde, infatti, a titolo di colpa specifica, dell'infortunio dipeso dalla negligenza del lavoratore il quale, nell'espletamento delle proprie mansioni, pone in essere condotte imprudenti, trattandosi di conseguenza diretta e prevedibile della inadempienza degli obblighi formativi (...).”*

Sul punto, ha in ultimo ricordato il Collegio che *“l'obbligo di informazione e formazione dei dipendenti, gravante sul datore di lavoro, non è escluso né è surrogabile dal personale bagaglio di conoscenza del lavoratore, formatosi per effetto di una lunga esperienza operativa, o per il travaso di conoscenza che comunemente si realizza nella collaborazione tra lavoratori, anche posti in relazione gerarchica tra di loro (...). Ciò in quanto l'apprendimento insorgente da fatto del lavoratore medesimo e la socializzazione delle esperienze e della prassi di lavoro non si identificano e tanto meno valgono a surrogare le attività di informazione e di formazione prevista dalla legge e gravanti sul datore di lavoro (...).”*

Una volta accertata la condotta omissiva, ha precisato la Corte, *“è evidentemente necessario che tale omessa formazione ed informazione risulti causalmente rilevante per la verifica dell'evento lesivo, secondo il ben noto paradigma enucleabile dalla sentenza delle SSUU Franzese del 2002. La giurisprudenza di questa Corte di legittimità, ormai univoca sul punto, ritiene infatti che, in tema di causalità omissiva, nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non possa ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma debba essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo*

ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”.

Articoli 322, 568 c.p.p. – Sequestro preventivo – Beni sociali – Riesame – Legittimazione – Socio – Carenza di interesse – Inammissibilità dell’impugnazione.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 20 novembre 2020 (ud. 16 ottobre 2020), n. 32587

Presidente Liberati, Relatore Scarcella

Con la pronuncia in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in un procedimento per reati edilizi, nell’ambito del quale era stato sottoposto a sequestro preventivo un cantiere. Il soggetto sottoposto ad indagini ricopriva le qualifiche di socio della società titolare del cantiere, nonché di tecnico incaricato della redazione del progetto edilizio.

La Corte ha dichiarato inammissibile – per carenza di interesse – il ricorso proposto dall’indagato avverso il suddetto provvedimento cautelare.

Nel motivare tale decisione, il Collegio ha anzitutto ricordato che *“l’art. 322 c.p.p., attribuisce la legittimazione alla proposizione dell’impugnazione contro il decreto in materia di sequestro preventivo, all’imputato (e al suo difensore), alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione. Tale previsione deve essere letta alla luce del principio generale sancito dall’art. 568 c.p.p., comma 4, secondo cui, ai fini della proposizione dell’impugnazione, è necessario avervi interesse”*.

Pertanto, *“al pari delle altre impugnazioni (...) anche il ricorso al Tribunale del riesame avverso i provvedimenti in materia di sequestro deve essere sorretto da un interesse concreto ed attuale. Sotto tale profilo, quindi, l’indagato, ovvero un terzo, è legittimato a presentare richiesta di riesame del titolo cautelare purché vanti un interesse concreto ed attuale alla proposizione del gravame che, dovendo corrispondere al risultato tipizzato dall’ordinamento per lo specifico schema procedimentale, va individuato in quello alla restituzione della cosa come effetto del dissequestro, non rilevando nella procedura cautelare incidentale ulteriori e solo eventuali interessi (...)”*.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha rilevato la mancanza di interesse ad impugnare dell’indagato, che non avrebbe avuto diritto alla restituzione né in quanto responsabile del progetto, né in qualità di socio della società proprietaria.

Con specifico riguardo a questa seconda qualifica, il Collegio ha ricordato che *“il singolo socio non è*

legittimato ad impugnare i provvedimenti in materia di sequestro preventivo di beni di proprietà di una società (...), attesa la carenza di un interesse concreto ed attuale, non vantando egli un diritto alla restituzione della cosa o di parte della somma equivalente al valore delle quote di sua proprietà, quale effetto immediato e diretto del dissequestro”. La Corte ha comunque precisato che *“nel caso in cui il legale rappresentante sia rimasto inerte e la società possa subire un danno dal mancato dissequestro, il socio ha il potere di sollecitare gli organi sociali ad agire nell’interesse di quest’ultima”*.

Articoli 416 bis, 416 bis.1 c.p. – Associazione per delinquere di tipo mafioso – Aggravante del metodo mafioso – Rapporti.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 19 novembre 2020 (ud. 27 ottobre 2020), n. 32533

Presidente Palla, Relatore Pistorelli

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata sui presupposti per il riconoscimento della aggravante cd. del metodo mafioso, prevista dall’art. 416 bis.1 c.p., e sui rapporti tra quest’ultima e il reato di associazione mafiosa punito dall’art. 416 bis c.p.

In particolare, il Collegio, dando seguito al proprio prevalente orientamento, ha affermato che *“l’aggravante dell’utilizzo del metodo mafioso non presuppone necessariamente l’esistenza di un’associazione riconducibile all’art.416-bis c.p., essendo sufficiente, ai fini della sua configurabilità, il ricorso a modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell’agire mafioso. La stessa è pertanto configurabile con riferimento tanto ai reati-fine commessi nell’ambito di un’associazione criminale, comune, quanto nel caso di reati posti in essere anche da soggetti estranei al contesto associativo (...). In altri termini per la sussistenza dell’aggravante nella forma evocata è sufficiente che la condotta assuma veste tipicamente mafiosa e cioè che l’agente ponga in essere, nella commissione del fatto a lui addebitato, un comportamento minaccioso tale da richiamare alla mente ed alla sensibilità del soggetto passivo quello comunemente ritenuto proprio di chi appartenga ad un sodalizio del genere anzidetto”*.

Articolo 11, d. lgs. n. 74/2000 – Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte – Atti dispositivi – Natura fraudolenta – Idoneità ad impedire il soddisfacimento del fisco – Reato di pericolo.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 20 novembre 2020 (ud. 16 ottobre 2020), n. 32588

Presidente Liberati, Relatore Scarcella

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata sulla natura e sugli elementi costitutivi del reato previsto e punito dall'art. 11, D. lgs. n. 74/2000.

In particolare, la Corte ha chiarito che *“ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 11, d. lgs. n. 74 del 2000, non è necessario che sussista una procedura di riscossione in atto: ai fini del suo perfezionamento è richiesto soltanto che l'atto simulato di alienazione o gli altri atti fraudolenti sui beni siano idonei ad impedire il soddisfacimento, totale o parziale del fisco (...)”*.

Il Collegio ha ulteriormente precisato che *“ai fini della configurabilità del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposta di cui all'art. 11 del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, la natura fraudolenta degli atti dispositivi presuppone non soltanto la lesione di un diritto altrui, per effetto della riduzione del patrimonio del debitore che rende più difficoltosa l'azione di recupero dell'erario, ma anche che il pregiudizio arrecato non sia immediatamente percepibile (...)”*.

Infine, i Giudici hanno concluso che *“il reato previsto dall'art. 11 del D. lgs. 10 marzo 2000, n. 74 è un reato di pericolo che richiede il compimento di atti simulati o fraudolenti per occultare i propri o altrui beni, al fine di sottrarsi al pagamento del debito tributario, che siano in concreto idonei - in base ad un giudizio “ex ante” che valuti la sufficienza della consistenza del patrimonio del contribuente in rapporto alla pretesa dell'Erario - a rendere inefficace, in tutto o in parte, l'attività recuperatoria dell'Amministrazione finanziaria, a prescindere dalla sussistenza di un'esecuzione esattoriale in atto (...)”*.

Articolo 316 c.p.p. – Sequestro conservativo – Richiesta – Legittimazione attiva.

Cass. pen., Sez. II, Sent. 30 novembre 2020 (ud. 14 ottobre 2020), n. 33846

Presidente Verga, Relatore Pardo

Con la pronuncia in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, si è pronunciata in tema di legittimazione alla richiesta della misura del sequestro conservativo ex art. 316 c.p.p. Il soggetto legittimato, infatti, varia a seconda del fine per il quale è richiesta la misura.

Ha anzitutto chiarito la Corte che *“il pubblico ministero è legittimato a chiedere il sequestro conservativo solo a garanzia del pagamento della pena pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario, ma non anche a tutela di interessi civili (...)”*.

Infatti, secondo propria costante giurisprudenza, *“il pubblico ministero (...) non può sostituirsi ai soggetti interessati e chiedere il sequestro conservativo a tutela di interessi civili, nemmeno nel caso in cui un primo provvedimento di sequestro sia stato in precedenza disposto su domanda della parte privata e sia stato dichiarato inefficace per motivi processuali”*.

Questa affermazione si fonda sul principio, secondo cui *“poiché la richiesta di sequestro conservativo costituisce esplicazione dell'azione civile esercitata nel giudizio penale la legittimazione alla medesima è riservata a coloro cui il reato ha recato danno ovvero ai loro eredi che possono agire per le restituzioni ed il risarcimento: né la circostanza che detta azione possa essere esercitata nel processo penale comporta delega di esercizio alla parte pubblica”*.

In tema, ha ulteriormente precisato la Corte che *“al P.M. quindi in considerazione della sua natura di organo giurisdizionale portatore della pretesa punitiva, compete unicamente la domanda cautelare volta a garantire la conservazione delle ragioni del c.d. ‘Stato-ordinamento’, consistenti nelle spese sostenute per l'espletamento del processo, ovvero nelle pene pecuniarie, o anche nelle spese di mantenimento in carcere degli altri crediti statali di natura endoprocessuale (...)”*.

In ultimo, ha chiarito il Collegio che *“la formula contenuta nell'art. 316 co. 3 (il sequestro disposto a richiesta del P.M. giova anche alla parte civile) sta a significare che sui beni sottoposti a vincolo di indisponibilità a seguito di sequestro richiesto dal P.M., la parte civile può chiedere la misura cautelare conservativa per il soddisfacimento, subordinatamente a quello dell'erario dello Stato, delle proprie ragioni creditorie civili derivanti dal reato”*.

Articoli 2, 8, d. lgs. n. 74/2000 – Utilizzazione ed emissione di fatture per operazioni inesistenti – Elemento soggettivo.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 24 novembre 2020 (ud. 18 settembre 2020), n. 32734

Presidente Andreatza, Relatore Gentili

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata nell'ambito del procedimento cautelare penale relativo alle vicende di una nota squadra calcistica ed ha enunciato alcuni principi giuridici con riguardo ai reati fiscali previsti agli articoli 2 e 8, d. lgs. n. 74/2000 (rispettivamente, utilizzazione ed emissione di fatture per operazioni inesistenti).

La imputazione provvisoriamente contestata all'indagato, connessa alla sua qualità di Presidente del Consiglio di amministrazione della società

sportiva, riguardava (a.) la utilizzazione di fatture relative ad operazioni inesistenti nelle dichiarazioni fiscali presentate nella qualità di Presidente del Consiglio di amministrazione di una nota società calcistica negli anni di imposta dal 2014 al 2018, (b.) la emissione nel corso dei medesimi anni di fatture aventi ad oggetto prestazioni inesistenti, (c.) la redazione di false comunicazioni sociali per avere indicato nei bilanci della società sportiva le plusvalenze rivenienti da alcune di tali operazioni inesistenti.

In particolare si contestava all'indagato, in concorso con alcuni dirigenti di altre società sportive, di avere fittiziamente acquistato e ceduto i diritti sulle prestazioni sportive di taluni giovani calciatori, apparentemente per importi molto elevati, al fine di realizzare utili fittizi, legati alla valorizzazione sportiva di costoro, tali da far apparire il conseguimento di cospicue plusvalenze da iscrivere in tal modo in bilancio.

Fra i motivi di ricorso avverso la cautela del divieto temporaneo di rivestire cariche direttive in persone giuridiche e di esercitare imprese, l'indagato aveva segnalato che la reciprocità delle operazioni commerciali indicate come fittizie (si parla a tal riguardo significativamente di "operazioni a specchio"), sarebbe stata tale da annullare qualsivoglia vantaggio fiscale e comunque avrebbe escluso il dolo specifico che deve caratterizzare i reati tributari contestati.

La Corte ha disatteso il motivo, argomentando che, *"per un verso, ai fini della sussistenza dei reati fiscali contestati, non vi è la necessità che il fine di evasione delle imposte ovvero di consentire a terzi l'evasione di imposta - operazione questa nel primo caso riferita al dichiarante fraudolento e nell'altro al soggetto che si avvale delle fatture relative ad operazioni inesistenti compiacentemente emesse dal reo - sia né l'unico scopo perseguito dal soggetto agente né il principale, potendo esso concorrere, sebbene in ipotesi statisticamente marginali, con altre finalità - così come si verifica nel presente caso in cui la finalità principale perseguita dalle parti era, con tutta verosimiglianza, quella di compiere un'operazione di maquillage contabile onde far risultare delle apparenti plusvalenze, legate alla valorizzazione di giovani calciatori, da esporre di fronte agli Ispettori della Federazione Italiana Giuoco Calcio - e, per altro verso, che proprio la reciprocità del meccanismo delle fittizie cessioni consentiva ai soggetti che se ne giovavano di realizzare le plusvalenze, le quali diversamente sarebbero state foriere di imposizione tributaria, neutralizzandole sul medesimo piano*

fiscale con i costi connessi alle avvenute acquisizioni del diritto alle prestazioni sportive di altri calciatori".

Articolo 735 bis c.p.p. – Sentenze straniere – Confisca per equivalente – Riconoscimento.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 2 dicembre 2020 (ud. 26 ottobre 2020), n. 34277

Presidente Di Stefano, Relatore Calvanese

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha affrontato alcune questioni giuridiche relative al riconoscimento e alla esecuzione delle sentenze penali straniere.

Nel caso di specie, la Corte di appello procedente aveva disposto, su richiesta dello Stato di San Marino, il riconoscimento a fini esecutivi della sentenza del Tribunale di San Marino che aveva ordinato nei confronti degli imputati la confisca per equivalente di beni nella loro disponibilità.

In particolare, la Corte territoriale aveva dato atto che i predetti erano stati condannati in via definitiva con la citata sentenza per il reato di riciclaggio e che venivano, dunque, in applicazione la Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, ratificata in Italia con l. n. 328 del 1993, nonché l'art. 735 bis c.p.p., quest'ultimo introdotto proprio al fine di dare esecuzione agli obblighi nascenti da tale accordo internazionale.

Il punto in questa sede rilevante consiste nella enunciazione del principio, secondo cui *"il riconoscimento della sentenza straniera che dispone la confisca per equivalente opera anche laddove tale misura non fosse stata, al momento della commissione del fatto, prevista dalla legge italiana"*.

Infatti, ha ricordato la Corte, *"nel sistema di cooperazione giudiziaria a fini di confisca, introdotto dalla Convenzione di Strasburgo del 1990, l'obbligo assunto dall'Italia con la sua ratifica prevedeva la esecuzione nello Stato di provvedimenti di confisca per equivalente anche se non previsti dall'ordinamento per casi nazionali. A tal fine è stata introdotta la disposizione contenuta nell'art. 735 bis cod. proc. pen., che costituisce una espressa eccezione alla regola generale in tema di riconoscimento di un ordine straniero di confisca della cosiddetta 'doppia confiscabilità'"*.

Articoli 40, 589 c.p. – Infortuni sul luogo di lavoro – Mesotelioma pleurico – Condotta omissiva del datore di lavoro – Plurima successione di posizioni di garanzia – Nesso di causa – Accertamento.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 3 dicembre 2020 (ud. 29 ottobre 2020), n. 34341

Presidente Di Salvo, Relatore Pavich

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è pronunciata sulle vicende della Fibronit, azienda produttrice di manufatti in amianto sita in Broni (PV).

La pronuncia ha disposto l'annullamento della condanna pronunciata dalla Corte di appello di Milano, facendo applicazione dei consolidati principi giuridici in tema di nesso di causa tra la condotta del datore di lavoro ed il fatale insorgere del mesotelioma pleurico.

Anzitutto, giova riportare la ricostruzione operata dal Collegio in merito al sapere scientifico oggi raggiunto con riguardo alla patogenesi di tale malattia. Sul punto, ha rilevato la Corte che *“sul piano della causalità generale dell'esposizione all'amianto, la teoria dose-correlata, prescelta e accreditata in particolare dalla III Consensus Conference (...), indica il susseguirsi di due fasi distinte: quella della c.d. induzione (a sua volta distinta in iniziazione e promozione) in cui ogni successiva esposizione è rilevante sul piano causale ai fini del prodursi del mesotelioma pleurico maligno; e la fase della c.d. progressione, o latenza in cui il processo carcinogenetico è irreversibile e ogni successiva esposizione all'amianto è ormai irrilevante. Lo spartiacque fra le due fasi - ossia il momento in cui termina la fase dell'induzione e quello dopo il quale si colloca la fase della progressione o latenza clinica - è costituito dal c.d. failure time, che segna il momento a partire dal quale le ulteriori esposizioni all'amianto sono prive di rilevanza causale”*.

Alla luce di tali approdi scientifici, la Corte ha rilevato che *“nel caso in cui (...) le vittime siano state esposte all'amianto per periodi assai prolungati in cui si siano succeduti più titolari di posizioni di garanzia, all'interno dei quali si colloca quello in cui gli imputati avevano assunto la qualità di garanti, occorre stabilire se sia possibile affermare che quest'ultimo periodo fosse sovrapponibile in tutto o in parte con la fase dell'induzione: quesito alla cui risposta è legata, sul piano logico, la possibilità di attribuire rilievo eziologico alle condotte commissive od omissive attribuite agli imputati in quella fase. Per dare una risposta certa a tale quesito occorrerebbe in sostanza stabilire con ragionevole certezza che il failure time si sarebbe collocato o nel corso del periodo in cui [gli imputati] esercitarono funzioni di garanti, o successivamente a tale periodo”*.

A questo punto, la Corte ha richiamato i principi generali in tema di valutazione della prova scientifica, secondo cui *“il giudice di merito, tramite una documentata analisi della letteratura scientifica in materia, con l'ausilio di esperti qualificati ed indipendenti, è tenuto a valutare l'attendibilità di una*

determinata teoria attraverso la rigorosa verifica di una serie di parametri oggettivi, tra cui la validità degli studi che la sorreggono, le basi fattuali su cui gli stessi sono stati condotti, l'ampiezza e la serietà della ricerca, le sue finalità, il grado di consenso che raccoglie nella comunità scientifica e l'autorevolezza e l'indipendenza di chi ha elaborato detta tesi (...)”.

Il Collegio ha, conseguentemente, ripreso i principi in tema di nesso causale, enunciati:

- dalla sentenza Franzese (Sez. Un., n. 30328/2002), secondo la quale *“il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio contro fattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica -, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata (...) la condotta doverosa impeditiva dell'evento "hic et nunc", questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”*;

- dalla sentenza Cozzini (Sez. IV, n. 43786/2010), secondo la quale *“l'affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa, all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescamento del processo carcinogenetico”*;

- dalla sentenza Cirocco (Sez. IV, n. 16715/2018), secondo la quale *“in tema di accertamento del rapporto di causalità tra esposizione ad amianto e morte del lavoratore, per affermare la responsabilità dell'imputato fondata sull'effetto acceleratore sul mesotelioma della esposizione ad amianto anche nella fase successiva a quella dell'insorgenza della malattia, il giudice, avendo la relativa legge scientifica*

di copertura natura probabilistica, deve verificare se l'abbreviazione della latenza della malattia si sia verificata effettivamente nei singoli casi al suo esame, essendo a tal fine necessarie informazioni cronologiche che consentano di affermare che il processo patogenetico si è sviluppato in un periodo significativamente più breve rispetto a quello richiesto nei casi in cui all'iniziazione non segua un'ulteriore esposizione e dovendo altresì essere noti e presenti nella concreta vicenda processuale i fattori che nell'esposizione protratta accelerano il processo".

Sulla base di tali consolidati principi, la Corte ha delineato il compito del Giudice, che consiste nell'acquisire *"processualmente la certezza (dandone poi adeguatamente conto in motivazione) che, nel periodo di assunzione della posizione di garanzia da parte del soggetto chiamato a rispondere degli esiti letali dell'esposizione, quest'ultima fosse causalmente idonea ai fini della patogenesi e dell'accelerazione del decorso infausto della malattia"*.

Nel caso di specie i Giudici del merito non sembrano aver fatto buon governo degli enunciati principi. Essi sono infatti pervenuti ad una sentenza di condanna, sebbene, *"dando per scontato che tutte le vittime abbiano contratto il mesotelioma pleurico a causa delle polveri di amianto disperse nello (o dallo) stabilimento di Broni (con conseguente esclusione di decorsi causali alternativi), si rileva che l'arco temporale all'interno del quale si colloca, nei singoli casi, l'esposizione all'amianto è in tutti i casi assai ampio, e non è dato determinare con univoca certezza se il periodo 1981/1985 (in cui (...) gli imputati ricoprirono posizioni di garanzia) abbia o meno trovato collocazione all'interno della fase di induzione delle singole cancerogenesi"*.

Articoli 34, comma 2, 61, comma 1, n. 11 quinquies, 572 c.p. – Maltrattamenti in famiglia – Violenza assistita – Sospensione della responsabilità genitoriale – Applicabilità.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 3 dicembre 2020 (ud. 12 ottobre 2020), n. 34504

Presidente Palla, Relatore Brancaccio

In tema di maltrattamenti in famiglia, la quinta sezione penale della Corte di Cassazione ha affermato che è applicabile la pena accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale, prevista dall'art. 34 comma 2 c.p., anche quando le condotte di reato, colpendo l'altro genitore, siano indirettamente rivolte contro i figli minori, costringendoli ad assistere, secondo i parametri normativi di cui all'art. 61, comma primo, n. 11 quinquies c.p., ad atti di violenza e sopraffazione

destinati ad avere inevitabili conseguenze sulla loro crescita ed evoluzione psico-fisica.

Articolo 159 c.p.p. – Decreto di irreperibilità – Luoghi di ricerca – Nozione.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 9 dicembre 2020 (ud. 9 ottobre 2020), n. 34993

Presidente De Gregorio, Relatore Riccardi

In tema di notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità (art. 159 c.p.p.), la quinta Sezione penale della Corte di cassazione si è pronunciata sulla questione relativa alla necessità o meno dell'utilizzazione del numero di utenza di telefonia mobile del destinatario della notifica (nei casi, ovviamente, in cui questo sia conosciuto dall'autorità competente) ai fini della legittimità del decreto di irreperibilità.

La Corte, uniformandosi alla propria più recente giurisprudenza, ha affermato che *"ai fini della rituale emissione del decreto di irreperibilità e della conseguente notifica dell'atto giudiziario presso il difensore di ufficio, secondo quanto prescritto dall'art. 159 c.p.p. le ricerche dell'indagato o imputato, destinatario dell'atto, non devono essere limitate ai luoghi espressamente indicati da detto articolo, in quanto l'avverbio 'particolarmente' – alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata che valorizzi il principio di effettività delle ricerche e la conoscenza del processo da parte dell'imputato – indica che a quei luoghi specificamente menzionati dalla norma deve essere accordata preferenza, ma non che ad essi solo debba essere circoscritta la ricerca del destinatario della notifica, rimanendo salva la possibilità di estenderla altrove e con altri mezzi"*.

La ratio della norma *"è infatti quella di assicurare un'effettiva ed efficace ricerca dell'indagato o imputato in tutti i posti dove, per conoscenze o informazioni acquisite, si presuma possa trovarsi, prima di emettere il decreto di irreperibilità, utilizzando nei modi più efficaci notizie ed informazioni in possesso dell'autorità procedente, prescindendo da rigorosi formalismi, in considerazione del rilievo costituzionale degli interessi tutelati"*.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha affermato il seguente principio di diritto: *"qualora l'autorità procedente sia in possesso del numero cellulare dell'accusato e non lo utilizzi nelle ricerche, incorre in una negligente omissione che si traduce nella incompletezza dell'attività di ricerca, inficiando il successivo decreto di irreperibilità ed ogni atto processuale ad esso connesso"*.

Articoli 321 c.p.p., 10 quater, comma 2, d. lgs. n. 74/2000 – compensazione di debiti fiscali con crediti inesistenti – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto – Rottamazione – Decadenza del profitto.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 10 dicembre 2020 (ud. 22 settembre), n. 35175

Presidente Ramacci, Relatore Socci

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, sezione terza, si è pronunciata in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto di reati tributari.

Nel caso di specie, era stata disposta la cautela reale all'indagato, cui era contestato il reato di cui all'art. 10 quater, comma 2, d. lgs. n. 74/2000 (compensazione di debiti fiscali con crediti inesistenti). La Procura ricorreva per Cassazione avverso l'ordinanza con cui il Tribunale del riesame aveva rigettato l'appello del P.M. avverso l'ordinanza con cui il G.I.P. aveva revocato la misura.

La Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso, così confermando la revoca del sequestro, rilevando che il contribuente indagato *“ha effettuato la rottamazione delle cartelle di cui al debito fiscale (...). Con la rottamazione per il Tribunale del riesame, unitamente al Giudice per le indagini preliminari, viene meno il profitto del reato e, quindi, l'oggetto del sequestro preventivo. Il Tribunale del riesame, poi, rileva come dalla documentazione in atti emerge il pagamento dell'intera somma (...) con la rottamazione, con la contestuale rinuncia dell'Agenzia delle Entrate della pretesa fiscale, con gli interessi e le sanzioni”*.

Articoli 314 c.p., 180 d.l. n. 34/2020 – Omesso versamento dell'imposta di soggiorno – Decreto Rilancio – Successione di norme extra penali – Irretroattività della novella.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 17 dicembre 2020 (ud. 28 ottobre 2020), n. 36317

Presidente Bricchetti, Relatore Calvanese

In merito alla questione relativa alla configurabilità del peculato nel caso di omesso versamento dell'imposta di soggiorno a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 180 del Decreto Rilancio, con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione, Sezione sesta, ha ritenuto di *“escludere che la modifica del quadro di riferimento normativo di natura extrapenale che regola il versamento dell'imposta di soggiorno abbia comportato un fenomeno di abolitio criminis delle condotte di peculato commesse in precedenza”* e ha, di conseguenza, ribadito *“la rilevanza penale a titolo di peculato delle condotte commesse in epoca anteriore alla citata novatio legis”*.

Articoli 40, 589 c.p. – Infortuni sul lavoro – Omicidio colposo – Prassi elusive delle prescrizioni a tutela della sicurezza – Culpa in vigilando – Responsabilità del datore di lavoro – Presupposti.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 21 dicembre 2020 (ud. 2 dicembre 2020) n. 36778

Presidente Piccialli, Relatore Pavich

In tema di reati colposi commessi con violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, la quarta Sezione penale della Corte di cassazione è tornata ad affrontare il tema della conoscenza, o conoscibilità, da parte del datore di lavoro di prassi elusive delle prescrizioni volte alla tutela della sicurezza diffuse all'interno del singolo stabilimento.

Con la pronuncia in epigrafe, i giudici di legittimità hanno aderito all'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“non può essere ascritta al datore di lavoro la responsabilità di un evento lesivo o letale per culpa in vigilando qualora non venga raggiunta la certezza della conoscenza o della conoscibilità, da parte sua, di prassi incaute, neppure sul piano inferenziale (ossia sulla base di una finalizzazione di tali prassi a una maggiore produttività), dalle quali sia scaturito l'evento”*.

In altro recente arresto – infatti – la giurisprudenza ha chiarito che *“in tema di infortuni sul lavoro, in presenza di una prassi dei lavoratori elusiva delle prescrizioni volte alla tutela della sicurezza, non è ravvisabile la colpa del datore di lavoro, sotto il profilo dell'esigibilità del comportamento dovuto omesso, ove non vi sia prova della sua conoscenza, o della sua colpevole ignoranza”*.

Nel caso di specie – conclude la Corte – *“neppure è stata argomentata nella sentenza impugnata la prova dell'esistenza di una prassi in tal senso; ma, quand'anche tale prova fosse emersa in giudizio, sarebbe stato comunque necessario accertare ulteriormente – quanto meno in via logica, e non certo sulla sola base dell'astratta posizione di garanzia – che il datore di lavoro fosse, o dovesse necessariamente essere, a conoscenza della prassi incauta”*.

Art. 501 bis c.p. – Manovre speculative su merci – Natura del reato – Elementi costitutivi della fattispecie.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 22 dicembre 2020 (ud. 16 ottobre 2020), n. 36929

Presidente Liberati, Relatore Gentili

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito al reato di manovre speculative su merci (art. 501 bis, c.p.).

Ad avviso della Corte *“si tratta (...) di un ‘reato proprio’; infatti, pur a dispetto della possibile attribuzione della condotta delittuosa a ‘chiunque’, così come indicato nel testo normativo, questa, per come successivamente specificato nella stessa norma precettiva, deve essere stata posta in essere da un soggetto che abbia operato ‘nell’esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale’ (...). Un siffatto costruito linguistico, attraverso l’uso del sostantivo ‘esercizio’ (espressione questa che nel suo significato richiama una condotta di tipo sistematico o, comunque, metodicamente ripetuta), appare riferirsi non allo svolgimento del tutto occasionale ed estemporaneo dell’attività in discorso ma al fatto che questa sia praticata da parte di chi ad essa sia addetto con una certa stabile continuità. Si è, pertanto, di fronte ad un ‘reato proprio’ in quanto lo stesso potrà essere commesso solo da chi rivesta, dal punto di vista operativo, la qualifica soggettiva di esercente, nell’accezione dianzi delimitata, un’attività produttiva ovvero commerciale avente oggetto determinati beni o servizi”*.

Per ciò che riguarda la condotta, ha osservato il Collegio che *“essa può presentarsi sotto due forme, rispettivamente disciplinate, pur con identità di sanzione, nel primo e nel secondo comma dell’articolo di codice in questione. Essa, infatti, può consistere, secondo la previsione di cui al primo comma della disposizione in esame, nella realizzazione di manovre speculative ovvero nell’occultamento, accaparramento od incetta di materia prime, generi alimentari di largo consumo o di prodotti di prima necessità, in modo atto a determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno, oppure, e questa è la previsione contenuta nel comma secondo dell’art. 501-bis cod. pen., nella condotta di chi, consapevole della esistenza delle condizioni di rarefazione o di rincaro sul mercato interno dei prodotti di cui sopra, ne sottragga all’utilizzazione o al consumo rilevanti quantità”*.

La Corte ha preso posizione anche in merito alla natura delle due fattispecie. Con riguardo alla natura del reato di cui al primo comma, ne ha affermato la natura di reato di pericolo concreto. Il Supremo Collegio ha infatti affermato che *“la prima fattispecie parrebbe riconducibile ad una ipotesi di reato di pericolo, sebbene di pericolo concreto, in quanto la locuzione ‘atta a determinare...’ evidenzia chiaramente la mera attitudine di una determinata condotta alla produzione di un effetto, ma non impone anche, ai fini*

della integrazione del reato, che questo si sia realizzato”. Diversamente, ha ritenuto il Collegio che il secondo comma *“individua una fattispecie di pura condotta in quanto, presupposta la situazione di ‘crisi del mercato’, il reato è perfezionato sulla base della semplice sottrazione, all’utilizzazione od al consumo di rilevanti quantità di un determinato prodotto, in relazione al quale si era manifestata rarefazione o rincaro sul mercato”*.

Più in dettaglio, *“mentre i concetti di occultamento, accaparramento ed incetta, corrispondendo a fenomeni naturalistici sono facilmente identificabili nella condotta di chi, avendoli prodotti, sottragga, tenendoli nascosti e negandone la disponibilità, in via primaria al mercato determinati beni, ovvero li accumuli, acquisendoli presso altri soggetti, in misura ampiamente superiore ai propri bisogni imprenditoriali, senza riversarli sul mercato, più complessa è l’attribuzione di significato alle parole ‘compie manovre speculative’, dovendosi comunque, in prima approssimazione, ritenere che l’espressione valga a descrivere la condotta di chi intenda – peraltro attraverso il compimento di azioni per lo più riconducibili, appunto, all’occultamento, l’accaparramento o l’incetta – conseguire un guadagno parassitario attraverso lo stravolgimento consapevole e voluto del bilanciamento fra la domanda e l’offerta di un bene avente le caratteristiche descritte dalla norma incriminatrice, onde renderne così artatamente più elevato il prezzo di cessione”*.

Per ciò che riguarda l’oggetto materiale della condotta, *“ai fini della integrazione del reato le merci debbono avere la natura o di materie prime (e ciò è logico ove si rifletta sulla descritta genesi della norma) ovvero di generi alimentari di largo consumo (beni questi che, per lunga tradizione storica, in caso di crisi, sono i primi in relazione ai quali si dubita del corretto funzionamento del mercato; basti, al proposito, rileggere le prime pagine del Capitolo XII de “I promessi sposi” laddove si rileva come, in caso di penuria di disponibilità, i generi alimentari siano immediatamente soggetti a tensioni economiche) o i ‘prodotti di prima necessità’, dovendosi per tali intendere quelle merci, di vario genere, la cui disponibilità è indispensabile per lo svolgimento di una vita libera e dignitosa”*.

In relazione alla fattispecie di cui al primo comma, *“l’evento da cui dipende l’esistenza del reato è identificabile nella possibile rarefazione o rincaro sul mercato interno delle merci oggetto della condotta dell’agente; è evidente che il rincaro o la rarefazione debbono assumere della forme, per intensità e durata, di assoluta eccezionalità, posto che, diversamente,*

qualunque momentanea penuria di merci, essendo questa fisiologicamente idonea a comportare, per la stessa dinamica del punto di equilibrio fra la domanda e l'offerta, un aumento dei prezzi del genere in questione, potrebbe costituire il fomite per la contestazione del reato in questione”.

Con riferimento alla nozione di “mercato interno”, “questo, sebbene non debba essere inteso come tale da esaurire l'intero mercato nazionale, deve tuttavia intendersi evocabile solamente ove di tratti di fenomeni atti a implicare – stante le dimensioni dell'impresa interessata dalla manovra speculativa, la notevole quantità delle merci oggetto di essa e la probabile influenza che la manovra potrebbe avere sui comportamenti di altri operatori del mercato – il coinvolgimento nel meccanismo di ingiustificato aumento dei prezzi non di una fetta solamente marginale del mercato, avente, pertanto, una rilevanza solo microeconomica, ma di una, se non generalizzata, significativa parte di esso. La diffusa influenza del fenomeno sull'andamento dei prezzi, in particolare su quelli al consumo, deve essere, infatti, tale da comportare un serio pericolo per la situazione economica generale, tale cioè da determinare i suoi effetti non esclusivamente su di un ambito meramente locale di mercato, ma su una zona sufficientemente ampia del territorio nazionale sì da integrare una situazione di pericolo e di possibile nocimento per la economia pubblica generale”.

Articolo 22, comma 2, d. lgs. n. 231/2001 – Prescrizione dell'illecito amministrativo – Atti interruttivi – Emissione della richiesta di rinvio a giudizio.

Cass. pen., Sez. II, Sent. 23 dicembre 2020 (ud. 18 novembre 2020), n. 37381

Presidente Rago, Relatore Sgadari

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, si è pronunciata in tema di atti interruttivi della prescrizione degli illeciti amministrativi discendenti da reato, ex art. 22, comma 2, D. lgs. n. 231/2001.

In particolare, la Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: “*In tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dell'ente, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe, per il solo fatto della sua emissione, la prescrizione e ne sospende il decorso dei termini fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio, ai sensi degli artt. 59 e 22, commi 2 e 4, del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231”.* Il

medesimo principio era stato precedentemente enunciato da Cass., Sez. II, n. 41012/2018.

Giova segnalare che a questo orientamento, pur recente e consolidato, se ne contrappone uno opposto, secondo cui “*In tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica interrompe il corso della prescrizione, in quanto atto di contestazione dell'illecito, solo se, oltre che emessa, sia stata anche notificata entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, dovendo trovare applicazione, ai sensi dell'art. 11, primo comma, lett. r), L. 29 settembre 2000, n. 300, le norme del cod. civ. che regolano l'operatività dell'interruzione della prescrizione”* (Cass., Sez. VI, n. 18257/2015).

Art. 628 c.p. – Rapina – Cosa mobile – Nozione – Ovociti – Riconducibilità.

Cass. pen., Sez. II, Sent. 30 dicembre 2020 (ud. 25 novembre 2020), n. 37818

Presidente Imperiali, Relatore Messini D'Agostini

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione seconda, nei confronti di un noto medico italiano con riferimento, tra le altre contestazioni, anche a quella di prelievo non consensuale di ovociti (qualificato come rapina ai sensi dell'art. 628 c.p.).

In punto di diritto, la Corte ha evidenziato come sia “*possibile parlare di ‘reificazione’ anche a proposito degli ovociti, che fanno parte del circuito biologico della donna fino a quando sono parte del suo corpo, ma divengono ‘cosa’ nel momento in cui vengono distaccati. In ragione della particolarità del caso in esame, trattandosi di distacco da un corpo umano e non da un immobile, è a quel momento che viene ricondotta la detenzione degli ovociti, e non a quello precedente in cui gli stessi erano mobilizzabili ma non ancora mobili”.*

“*La peculiarità dell'intervento di ‘pick up’ (che comporta l'aspirazione del liquido follicolare contenente gli ovociti attraverso un sottile ago e il trasferimento del liquido in laboratorio, ove viene esaminato al microscopio per recuperare gli ovociti, poi posti in speciali terreni di coltura) non è di ostacolo alla configurabilità in capo alla donna della detenzione dei gameti femminili, che la stessa può anche donare a coppie con problemi di fertilità, in presenza di determinati presupposti”.*

“*Non vi è dubbio*” – conclude la Corte – “*che gli ovociti, una volta distaccati, siano passibili di sottrazione e impossessamento”.*

LEGISLAZIONE

Decreto-Legge 21 ottobre 2020, n. 130 convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173 – *“Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale”*.

In data 5 ottobre, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Giuseppe Conte e del Ministro dell'interno Luciana Lamorgese, ha approvato un decreto-legge che introduce disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifica agli articoli 131-bis e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento e di contrasto all'utilizzo distorto del web.

Il provvedimento apporta modifiche alla disciplina vigente, tra l'altro, in materia di requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per esigenze di protezione del cittadino straniero, di limiti all'ingresso e transito di unità navali in acque territoriali italiane e di inapplicabilità della causa di non punibilità per “particolare tenuità del fatto” ad alcune fattispecie di reato.

Il testo interviene poi sulle sanzioni relative al divieto di transito delle navi nel mare territoriale. Si prevede che, nel caso in cui ricorrano i motivi di ordine e sicurezza pubblica o di violazione delle norme sul traffico di migranti via mare, il provvedimento di divieto sia adottato, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture, previa informazione al Presidente del Consiglio. Per le operazioni di soccorso, la disciplina di divieto non si applicherà nell'ipotesi in cui vi sia stata la comunicazione al centro di coordinamento ed allo Stato di bandiera e siano rispettate le indicazioni della competente autorità per la ricerca ed il soccorso in mare. In caso di violazione del divieto, si richiama la disciplina vigente del Codice della navigazione, che prevede la reclusione fino a due anni e una multa da 10.000 a 50.000 euro. Sono pertanto eliminate le sanzioni amministrative introdotte in precedenza.

Ancora, il decreto introduce norme che rafforzano i dispositivi a garanzia della sicurezza pubblica, implementando le misure del divieto di ingresso nei pubblici esercizi e nei locali di pubblico trattenimento o nelle loro adiacenze, nonché le misure di contrasto al fenomeno dello spaccio di stupefacenti attraverso siti web.

Nel primo caso, si rafforza il cosiddetto “Daspo urbano”, rendendo possibile per il Questore l'applicazione del divieto di accesso nei locali pubblici anche nei confronti dei soggetti che abbiano riportato una o più denunce o una condanna non definitiva, nel corso degli ultimi tre anni, relativamente alla vendita o cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope. Inoltre, si interviene sul trattamento sanzionatorio conseguente alla violazione del divieto, prevedendo, in particolare, la pena della reclusione da sei mesi a due anni e la multa da 8.000 a 20.000 euro. Con il secondo intervento, si estende il meccanismo dell'oscuramento, già utilizzato per il contrasto alla pedopornografia online, a quei siti che, sulla base di elementi oggettivi, devono ritenersi utilizzati per la commissione di reati in materia di stupefacenti.

Inoltre, si inaspriscono le pene per i soggetti coinvolti in risse, prevedendo che, qualora qualcuno resti ucciso o riporti lesioni personali, il solo fatto della partecipazione alla stessa sia punibile con la reclusione da sei mesi a sei anni.

Sono previste, infine, disposizioni per rendere più efficace l'esercizio delle attività del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale. Si stabilisce, infine, un rafforzamento delle sanzioni applicate in caso di comunicazioni dei detenuti sottoposti alle restrizioni di cui all'articolo 41-bis della legge n. 354 del 1975 e si prevede una nuova fattispecie di reato che sanziona chi introduce o detiene all'interno di istituti penitenziari telefoni cellulari o dispositivi mobili di comunicazione.

Decreto-Legge 28 ottobre 2020, n. 137 (convertito con modificazioni dalla Legge 18 dicembre 2020, n. 176); Decreto-Legge 9 novembre 2020, n. 149 – *Misure temporanee sulla giustizia penale per fronteggiare l'emergenza sanitaria*.

Il ritorno dell'emergenza sanitaria dopo l'estate ha visto un duplice intervento del Governo sulla giustizia penale, in occasione dei due decreti legge cosiddetti Ristori e Ristori Bis.

Le misure adottate, di cui più sotto si da sinteticamente conto, resteranno in vigore fino allo scadere dello stato di emergenza.

Il Decreto Ristori (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, in vigore dal 29 ottobre 2020) ha introdotto disposizioni in materia di **(i.)** svolgimento delle indagini preliminari e delle udienze da remoto, **(ii.)** celebrazione dei procedimenti presso la Corte di cassazione, **(iii.)** deposito di atti per via telematica o via PEC, **(iv.)** concessione di licenze e permessi premio ai detenuti, esecuzione della pena detentiva presso il domicilio.

Il Decreto Ristori Bis (d.l. 9 novembre 2020, n. 149, in vigore dal 9 novembre 2020) ha, invece, introdotto norme con riguardo a **(i.)** la celebrazione dei giudizi di appello, **(ii.)** le ipotesi di sospensione del procedimento per effetto di obblighi di quaranta o isolamento fiduciario, **(iii.)** le conseguenti ipotesi di sospensione dei termini di prescrizione e di custodia cautelare.

Spicca, rispetto alla normativa prevista per la cd. prima ondata, l'assenza, allo stato, di una ipotesi di temporanea sospensione generale delle attività di udienza. Sicché, nel rispetto delle più specifiche norme stabilite dai due citati decreti, la giustizia penale prosegue.

Di seguito, si offre una sintesi delle disposizioni applicabili alla giustizia penale.

Decreto Ristori

Art. 23 – Disposizioni per l'esercizio dell'attività giurisdizionale nella vigenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 Comma 1 – Durata delle presenti disposizioni pari alla durata dello stato di emergenza.

Comma 2 – Compimento da remoto di atti di indagine che richiedono la partecipazione della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa, del difensore, di consulenti, di esperti o di altre persone, salvo che il difensore della persona sottoposta alle indagini si opponga, quando l'atto richiede la sua presenza.

Comma 3 – Possibilità di celebrazione delle udienze a porte chiuse ex art. 472, comma 3, c.p.p. Comma 4 – Partecipazione all'udienza dell'indagato-imputato detenuto tramite video conferenza.

Comma 5 – Possibilità di celebrazione delle udienze da remoto, ad eccezione delle udienze istruttorie e di discussione, per le quali è richiesto il consenso delle parti.

Comma 8 – Decisione dei ricorsi per Cassazione senza l'intervento delle parti, salva richiesta delle parti.

Comma 9 – Disciplina della camera di consiglio da remoto.

Art. 24 – Disposizioni per la semplificazione delle attività di deposito di atti, documenti e istanze nella vigenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 Comma 1 – Deposito atti ex art. 415 bis, comma 3, c.p.p. mediante il portale del processo penale telematico.

Comma 2 – Deposito di ulteriori atti individuati con Decreto del Ministero della Giustizia mediante il portale del processo penale telematico.

Comma 3 – Deposito di ulteriori atti mediante PEC.

Comma 6 – Inefficacia del deposito di atti ex art. 415 bis mediante PEC.

Art. 28 – Licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà fino al 31 dicembre 2020

Art. 29 – Durata straordinaria dei permessi premio

Comma 1 – Concessione di permessi premio anche oltre i limiti temporali ordinari.

Comma 2 – Deroga alla concessione per detenuti per particolari tipi di reati.

Art. 30 – Disposizioni in materia di detenzione domiciliare Comma 1 – Esecuzione, su istanza di parte, della pena detentiva presso il domicilio se non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, salve deroghe.

Comma 2 – Concessione dell'esecuzione della pena presso il domicilio, salvi gravi motivi ostativi.

Comma 3 – Applicazione della procedura di controllo mediante mezzi elettronici (cd. braccialetto elettronico), salvo si tratti di detenuti minorenni.

Comma 4 – Disattivazione della procedura di controllo elettronico sotto la soglia dei sei mesi di detenzione residua.

Comma 6 – Deroga all'obbligo di redazione della relazione sulla condotta tenuta durante la detenzione ex art. 1, comma 4, legge 26 novembre 2010, n. 199.

Decreto Ristori Bis

Art. 23 – Disposizioni per la decisione dei giudizi penali di appello nel periodo di emergenza epidemiologica da COVID-19 Comma 1 – Celebrazione del rito di appello in camera di consiglio senza intervento delle parti, salva richiesta di discussione orale, ad eccezione delle udienze di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Comma 2 – Presentazione delle conclusioni per via telematica ex art. 24, d.l. n. 137/2020.

Comma 3 – Deliberazione della Corte di appello con le modalità previste dall'art. 23, comma 9, d.l. n. 137/2020.

Comma 4 – Presentazione della richiesta di discussione orale.

Art. 24 – Disposizioni sulla sospensione del corso della prescrizione e dei termini di custodia cautelare nei procedimenti penali, nonché sulla sospensione dei termini nel procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati, nel periodo di emergenza epidemiologica da COVID-19
Comma 1 – Sospensione dei giudizi penali in caso di obbligo di quarantena o di sottoposizione a isolamento fiduciario del testimone, del consulente tecnico, del perito o dell'imputato in procedimento connesso i quali siano stati citati a comparire.

Comma 2 – Rinvio delle udienze dei procedimenti sospesi ex comma 1 entro sessanta giorni alla prevedibile cessazione dell'impedimento del soggetto citato; in alternativa, sospensione della prescrizione e dei termini di durata massima della custodia cautelare.

Comma 3 – Effetti della sospensione di cui al comma 1 sulla sospensione dei termini di durata complessiva della custodia cautelare (art. 304, comma 6, c.p.p.).

Comma 4 – Sospensione dei procedimenti disciplinari in caso di obbligo di quarantena o di sottoposizione ad isolamento fiduciario del testimone, del consulente tecnico, del perito o di altra persona citata a comparire per esigenze di acquisizione della prova.

Legge 30 dicembre 2020, n. 178 – “*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*”.

Lo scorso 20 dicembre la Commissione Giustizia della Camera ha approvato un emendamento in tema di rimborso delle spese legali nel caso di assoluzione.

L'emendamento, proposto dal deputato Enrico Costa, è confluito nei commi da 1.015 a 1.022 dell'art. 1 della Legge di Bilancio 2021, approvato alla Camera il 27 dicembre e ora all'esame del Senato.

1015. Nel processo penale, all'imputato assolto, con sentenza divenuta irrevocabile, perché il fatto non sussiste, perché non ha commesso il fatto o perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla

legge come reato, è riconosciuto il rimborso delle spese legali nel limite massimo di euro 10.500.

1016. Il rimborso di cui al comma 1015 è ripartito in tre quote annuali di pari importo, a partire dall'anno successivo a quello in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, e non concorre alla formazione del reddito ai sensi del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

1017. Il rimborso di cui al comma 1015 è riconosciuto dietro presentazione di fattura del difensore, con espressa indicazione della causale e dell'avvenuto pagamento, corredata di parere di congruità del competente Consiglio dell'ordine degli avvocati, nonché di copia della sentenza di assoluzione con attestazione di cancelleria della sua irrevocabilità.

1018. Il rimborso di cui al comma 1015 non è riconosciuto nei seguenti casi: a) assoluzione da uno o più capi di imputazione e condanna per altri reati; b) estinzione del reato per avvenuta amnistia o prescrizione; c) sopravvenuta depenalizzazione dei fatti oggetto di imputazione.

1019. Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definiti i criteri e le modalità di erogazione dei rimborsi di cui al comma 1015, nonché le ulteriori disposizioni ai fini del contenimento della spesa nei limiti di cui al comma 1020, attribuendo rilievo al numero di gradi di giudizio cui l'assolto è stato sottoposto e alla durata del giudizio.

1020. Per la finalità dei commi da 1015 a 1019, nello stato di previsione del Ministero della giustizia è istituito il Fondo per il rimborso delle spese legali agli imputati assolti, con la dotazione di euro 8 milioni annui a decorrere dall'anno 2021, che costituisce limite complessivo di spesa per l'erogazione dei rimborsi di cui al comma 1015.

1021. Il Ministero della giustizia provvede agli adempimenti di cui ai commi da 1015 a 1020 con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

1022. Le disposizioni dei commi da 1015 a 1021 si applicano nei casi di sentenze di assoluzione divenute irrevocabili successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge.

CONTRIBUTI

Verso il diritto punitivo dell'ambiente, "tra chi fa il lavoro in modo onesto e i criminali". Le novità del disegno di legge "Terra mia".

di **M. Riccardi** e **M. Chilosi**

Gli Autori esaminano le rilevanti novità contenute nella bozza del disegno di legge "Terra mia", che si propone di apportare incisive modifiche alla disciplina del diritto penale dell'ambiente.

Nell'ambito del tradizionale approccio "multilivello" del legislatore in materia ambientale, il disegno di legge interviene anzitutto sul comparto dei reati ambientali del d.lgs. 152/2006, anche attraverso una decisa rimodulazione dello statuto delle confische e una profonda rivisitazione della disciplina sull'oblazione ambientale della Parte Sesta-bis.

Altrettanto importanti sono le proposte di modifica della disciplina in tema di responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001 e degli "ecodelitti" del Codice penale, che si accompagnano a un'apertura verso l'applicazione delle misure di prevenzione antimafia nei confronti della criminalità ambientale.

Il commento, a fronte del chiaro intento repressivo del legislatore (espresso anche nella Relazione illustrativa del disegno di legge), formula altresì alcune osservazioni critiche sull'articolato normativo, avanzando talune proposte di miglioramento e razionalizzazione del testo.

Sommario. **1.** Premessa. – **2.** Le modifiche ai reati previsti dal d.lgs. 152/2006 (Capo I). – **2.1.** Confisca ambientale e tutela del terzo incolpevole. – **2.2.** Le modifiche alla disciplina sulla procedura di estinzione delle contravvenzioni ambientali della Parte Sesta-bis d.lgs. 152/2006. – **3.** Le modifiche al Codice antimafia (Capo II). – **4.** Le modifiche al d.lgs. 231/2001 (Capo IV) – **5.** Le modifiche al Codice penale (Capo VI) – **6.** Le altre modifiche in materia sostanziale e processuale (Capo I, Capo III e Capo V).

1. Premessa.

È recente la notizia dell'imminente presentazione al Parlamento di un disegno di legge (emblematicamente denominato "Terra mia")¹, di iniziativa del Ministro dell'Ambiente e del Ministro della Giustizia, recante rilevanti modifiche al sistema sanzionatorio del diritto penale dell'ambiente, anche sotto il versante della responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001 e nella prospettiva *ante delictum* delle misure di prevenzione.

Il testo del disegno di legge, annunciato fin dal novembre 2018 e a più riprese reclamizzato nel corso del 2019, nella versione aggiornata alla data del 22 settembre 2020 propone alcuni interventi di particolare incisività sulla disciplina penalistica in materia ambientale, secondo diverse direttrici di riforma e nella comune ottica di attuare un deciso inasprimento del già afflittivo e composito arsenale sanzionatorio previsto, in relazione alla commissione di illeciti ambientali, dalla disciplina di settore (d.lgs. 152/2006, Codice penale, leggi speciali) ed

extrapenale (d.lgs. 159/2011, Codice antimafia; d.lgs. 50/2016, Codice dei contratti pubblici)².

Non mancano, peraltro, punti di "apertura" in relazione all'applicazione di istituti deflattivi per le fattispecie di più limitata gravità – quale è la procedura di oblazione "condizionata" ambientale – a favore degli enti, pur secondo opzione legislativa non del tutto scevra da problematiche interpretative e, in ogni caso, in vista di una piena reintegrazione del bene giuridico leso e della soddisfazione delle pretese punitive dell'ordinamento.

Si analizzano di seguito, a una prima lettura, le modifiche proposte dal disegno di legge e commentate nella Relazione illustrativa, nell'ordine dell'articolato normativo, svolgendo preliminari osservazioni esplicative e, ove opportuno, alcune notazioni critiche in una prospettiva *de iure condendo*.

2. Le modifiche ai reati previsti dal d.lgs. 152/2006 (Capo I).

Il disegno di legge interviene in modo particolarmente incisivo su alcune fattispecie

incriminatrici previste dal d.lgs. 152/2006, anche in vista – come oltre si vedrà – del loro inserimento nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti, rivedendo contestualmente l’approccio del legislatore ambientale al tema delle confische e alla tutela dei terzi.

La prima modifica concerne i reati in materia di autorizzazione integrata ambientale (AIA), già disciplinati dall’articolo 29-*quattordices* d.lgs. 152/2006, disposizione che, al di là di un mero aggiustamento nominale (nella rubrica è introdotto l’aggettivo numerale «*quaterdecies*»), assiste a un notevole aggravamento sanzionatorio in termini qualitativi e quantitativi.

In particolare, in ragione del disvalore autonomo associato alla condotta, è costituita *ex novo* una fattispecie criminosa concernente l’esercizio abusivo di una discarica in assenza dell’AIA o con AIA sospesa o revocata (articolo 29-*quaterdecies*, comma 1, terzo periodo), richiesta in via generale allorché l’installazione, ai sensi dell’articolo 6, comma 13 d.lgs. 152/2006, ricada nell’elenco dell’Allegato VIII alla Parte Seconda d.lgs. 152/2006 (il riferimento è, nello specifico, al punto «5.4. *Discariche, che ricevono più di 10 Mg di rifiuti al giorno o con una capacità totale di oltre 25000 Mg, ad esclusione delle discariche per i rifiuti inerti*»).

Mentre tale fattispecie è attualmente considerata dal legislatore ai soli fini della confisca dell’area su cui insiste la discarica abusiva, il disegno di legge – al cospetto di un impianto sanzionatorio di natura tendenzialmente contravvenzionale (solo il comma 9 prevede un’ipotesi delittuosa per la comunicazione di dati delle emissioni falsi) – introduce una autonoma fattispecie delittuosa punita con pena congiunta, la quale, «*quando la discarica è anche in parte destinata allo smaltimento di rifiuti pericolosi*», subisce un vero e proprio “scatto” sanzionatorio (reclusione da tre a sei anni e multa da venticinquemila a centomila euro) in forza del quale i minimi edittali della fattispecie aggravata corrispondono con i massimi dell’ipotesi base.

Come oltre si vedrà, la cornice edittale del reato appare in tal modo allineata a quella prevista per la fattispecie “generale” di discarica non autorizzata (articolo 256, comma 3 d.lgs. 152/2006), che è contestualmente oggetto di revisione nella stessa bozza di proposta legislativa.

A livello di scelta legislativa, al di là della ricorrente notazione circa la responsabilizzazione del proprietario dell’area (*infra*, §.2.1), si porrà

sicuramente la tematica interpretativa concernente il rilievo da ascrivere alle condotte che si pongono “a monte” della filiera dei rifiuti, in particolare per quanto attiene alla responsabilità del produttore o del detentore che conferisca i rifiuti a soggetti non autorizzati o in contesti di “incauto affidamento”, in relazione al tema controverso del concorso colposo in delitto doloso ovvero del dolo eventuale rispetto all’esercizio della discarica; ciò anche considerando che l’articolo 188, comma 4 d.lgs. 152/2006, come rinnovato dal recente d.lgs. 116/2020, ha riformulato la descrizione della responsabilità per la gestione dei rifiuti in capo a tali soggetti, apparentemente affievolendo il principio della corresponsabilità lungo tutta la filiera attraverso la previsione che «*la consegna dei rifiuti, ai fini del trattamento, dal produttore iniziale o dal detentore ad uno dei soggetti di cui al comma 1, non costituisce esclusione automatica della responsabilità rispetto alle operazioni di effettivo recupero o smaltimento*», pur facendo salvi i casi di concorso di persone nel fatto illecito.

Allo stesso tempo, l’*upgrade* della fattispecie da contravvenzione a delitto importa che, sotto il profilo soggettivo, l’agente potrà essere chiamato a rispondere solo a titolo di dolo anche in relazione all’elemento costitutivo della pericolosità del rifiuto, aspetto che involge annose problematiche di natura tecnica che – com’è noto – hanno addirittura chiamato in causa gli organi giurisdizionali sovranazionali e che non paiono tuttavia allo stato definitivamente sopite.

Ancora, la netta diversificazione sanzionatoria tra le due ipotesi delittuose in ragione della caratteristica di pericolosità dei rifiuti espone i relativi procedimenti penali al rischio di un accanito e ricorrente contenzioso tra le parti in sede di consulenza tecnica, con tutto ciò che ne segue in termini di aggravio dei tempi e dei costi del processo. Resta comunque associata al nuovo delitto, per il caso di condanna o di patteggiamento, la confisca dell’area sulla quale è realizzata la discarica abusiva, con una duplice clausola di salvezza concernente, da un lato, la necessaria tutela della «*persona estranea al reato*» cui l’area appartenga, ossia il terzo c.d. incolpevole (sul tema della confisca, *infra*, §.2.1.), e, dall’altro, gli obblighi di bonifica dell’area o di ripristino dello stato dei luoghi, indipendentemente e al di là dell’esecuzione della confisca.

Tale seconda clausola di salvezza riguardante gli obblighi di bonifica e di ripristino deve essere

correttamente interpretata nel senso che, sia disposta o meno l'ablazione patrimoniale ai danni del soggetto agente ovvero del proprietario dell'area, detti soggetti sono tenuti comunque, in base alla normativa sostanziale e nei casi ivi previsti, a tali adempimenti.

Più nel dettaglio, in base all'articolo 192, comma 3 d.lgs. 152/2006 sono tenuti, fra gli altri, al ripristino dello stato dei luoghi il responsabile dell'abbandono o del deposito incontrollato di rifiuti, nonché il proprietario cui l'abbandono o il deposito siano rimproverabili a titolo di dolo o colpa (secondo l'approccio estensivo sui cui in tempi recenti si sta assestando la giurisprudenza amministrativa); nell'ambito della disciplina sulle bonifiche, l'articolo 242 pone in capo al responsabile dell'inquinamento diversi adempimenti procedurali sino all'esecuzione degli interventi di bonifica, laddove il proprietario incolpevole è gravato dell'obbligo di attivare le misure di prevenzione (nonché, secondo la giurisprudenza più recente, anche le misure di messa in sicurezza d'emergenza) e dell'onere reale (articolo 253 d.lgs. 152/2006), ossia di una responsabilità patrimoniale nei limiti del valore del fondo; infine, la disciplina della Parte Sesta d.lgs. 152/2006 sul danno ambientale prevede ulteriori obblighi di ripristino ambientale a carico degli operatori interessati, che in taluni casi potrebbero ricomprendere anche il proprietario dell'area.

Si osserva, per completezza, che l'inadempimento di tali obblighi a propria volta risulta già presidiato penalmente attraverso le fattispecie di omessa bonifica "secondo progetto" (articolo 257, comma 1 d.lgs. 152/2006) e di omessa bonifica-ripristino (articolo 452-*terdecies* c.p.), all'insegna di una sovrabbondanza degli strumenti sanzionatori posti a corredo degli adempimenti di matrice ambientale.

La confisca opera per entrambe le fattispecie («*Nei casi previsti dal periodo precedente*») – ipotesi base e ipotesi aggravata in caso di discarica destinata allo smaltimento di rifiuti pericolosi – recidendo il dubbio interpretativo che in passato si era posto circa il reale campo di applicabilità della misura ablatoria, atteso che l'attuale terzo periodo della disposizione non fa nessun riferimento espresso alla natura dei rifiuti, laddove il periodo precedente prevede un aumento di pena nel caso in cui l'attività comporti lo «*smaltimento di rifiuti pericolosi*» (operazione di gestione dei rifiuti in cui rientra l'attività della discarica).

In materia di rifiuti, in relazione ai divieti dell'articolo 192, commi 1 e 2 d.lgs. 152/2006, è prevista anzitutto la criminalizzazione a titolo di contravvenzione della condotta di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti commesso da privati (articolo 255, comma 1 d.lgs. 152/2006) – ad oggi sanzionata in via amministrativa, per differenza rispetto al fatto commesso da titolari di imprese e responsabili di enti (punito dall'articolo 256, comma 2 d.lgs. 152/2006) – ma soltanto se le condotte poste in essere in violazione dei divieti di legge riguardano rifiuti pericolosi.

È senz'altro degna di nota la scelta legislativa di parziale graduazione della pena rispetto all'omologa fattispecie incriminatrice propria già prevista dal citato articolo 256, comma 2 d.lgs. 152/2006, che, com'è noto, commina la pena alternativa o congiunta, per rinvio al comma 1, lett. *a*) e *b*), in ragione della natura dei rifiuti.

La nuova ipotesi di reato a carico del privato limitatamente ai rifiuti pericolosi prevede la pena alternativa (a fronte della pena congiunta a carico del soggetto "qualificato"), con arresto pari esattamente alla metà (da tre mesi a un anno, a fronte dell'arresto da sei mesi a due anni per il titolare di impresa o responsabile di società) ovvero con ammenda di pari ammontare.

Si tratta di opzione sanzionatoria che attua una gradazione "obliqua" tra le due fattispecie, comune e propria, posto che dinanzi a un abbandono o deposito incontrollato realizzato dal privato il trattamento complessivo sarà chiaramente più tenue, in ragione della comminatoria alternativa, che apre la strada a soluzioni di definizione alternativa del procedimento (in particolare, l'oblazione codicistica "ordinaria" e quella "amministrativa" condizionata della Parte Sesta-*bis* d.lgs. 152/2006).

Tuttavia, le fattispecie non sono congegnate in rapporto di perfetta proporzionalità sanzionatoria, poiché, ove il giudice propenda per la pena detentiva, lo "sconto" di pena della metà associato alla fattispecie comune è evidente e giustificato dal minor disvalore associato alla condotta del *quisque de populo*; mentre, dinanzi a ipotesi concrete che giustificano il ricorso alla pena pecuniaria, la cornice edittale è identica, risiedendo qui il "beneficio" nell'obliterazione totale del carico detentivo.

Non pare, tuttavia, che la criminalizzazione delle condotte del privato rappresenti l'unica soluzione idonea a fronteggiare abusive pratiche di abbandono dei rifiuti (ad esempio, si sarebbe potuto

provvedere un incremento, anche cospicuo, delle sanzioni amministrative pecuniarie, anche in considerazione dei profili di valutazione eminentemente tecnica che involge il riferimento alle caratteristiche di pericolosità dei rifiuti), rispetto a cui evidentemente il legislatore ha in mente ben determinati contesti territoriali, che tuttavia non possono assurgere a paradigma descrittivo di una fattispecie generale e astratta.

Uno dei fronti principali dell'intervento legislativo concerne il reato di discarica non autorizzata (articolo 256, comma 3 d.lgs. 152/2006), di cui si propone la "conversione" da contravvenzione a delitto, comminando una pena congiunta differenziata tra il primo e il secondo periodo che – come già accade oggi – prevede un aggravamento nel caso la discarica sia destinata anche in parte allo smaltimento di rifiuti pericolosi.

Da un punto di vista generale, il passaggio dall'ipotesi contravvenzionale all'illecito di natura delittuosa comporta, evidentemente, la restrizione dell'area penalmente rilevante alle sole condotte abbracciate dal dolo, controbilanciata, come si vedrà, da un più rigido regime di responsabilità per la confisca.

Le pene – che, come poc'anzi illustrato, risultano allineate all'omologa fattispecie incriminatrice in materia di AIA – mostrano un atteggiamento di particolare rigore del legislatore, il quale, oltre a optare per la natura delittuosa della fattispecie, si propone di irrobustire notevolmente i limiti edittali attualmente definiti.

Così, rispetto alle comminatorie vigenti, se per la fattispecie "base" relativa ai rifiuti non pericolosi le pene sono duplicate nel minimo (reclusione da un anno e ammenda da cinquemila euro) e aumentate nel massimo detentivo (tre anni di reclusione; la pena pecuniaria scende da ventiseimila euro a venticinquemila euro), l'approccio legislativo è draconiano nel caso di discarica abusiva per lo smaltimento di rifiuti pericolosi, per cui la pena detentiva nel suo complesso è di fatto duplicata (reclusione da tre a sei anni, a fronte dell'attuale arresto da uno a tre anni) e la pena pecuniaria congiunta è drasticamente innalzata nel minimo (venticinquemila euro di multa, a fronte degli attuali cinquemila euro di ammenda) e nel massimo (centomila euro di multa, a fronte degli attuali cinquantamila euro di ammenda).

Altrettanto e forse ancor più rilevante – in quanto realmente indicativa della politica perseguita dal

legislatore penale in materia ambientale – è la proposta di modifica della disciplina relativa alla confisca obbligatoria dell'area in cui è realizzata la discarica non autorizzata (articolo 256, comma 3, terzo periodo d.lgs. 152/2006) che consegue alla pronuncia di condanna o di patteggiamento (*infra*, §.2.1.).

Massiccio si prospetta anche l'intervento sul delitto di combustione illecita di rifiuti (articolo 256-*bis* d.lgs. 152/2006), che trova la propria giustificazione di politica criminale negli episodi, purtroppo ricorrenti negli ultimi anni, di roghi consumatisi all'interno di impianti di trattamento di rifiuti o comunque in aree, abusive o meno, adibite allo stoccaggio degli stessi e talora costituenti "terminali" di più complesse filiere illecite, spesso permeabili alle infiltrazioni della criminalità organizzata, che trovano nell'abbruciamento dei rifiuti la modalità più semplice e profittevole di smaltimento.

La disposizione incriminatrice, com'è noto introdotta con il d.l. 136/2013, conv. in l. 6/2014 per fronteggiare il fenomeno della c.d. terra dei fuochi, è interpolata anzitutto nel comma 1, ove è arricchita e ampliata la descrizione del tipo penalmente rilevante in modo da ricomprendere tra i rifiuti oggetto di doloso abbruciamento non solo quelli abbandonati o depositati in maniera incontrollata, ma anche quelli presenti in «*aree, impianti o contenitori a ciò dedicati*», indicazione che secondo la stessa Relazione illustrativa (p. 4) allude ai rifiuti depositati in aree o impianti autorizzati e ivi gestiti in un quadro di liceità ovvero nei c.d. cassonetti.

Una novità di rilevante importanza, anche a livello di pratica ricorrenza della relativa fattispecie, riguarda l'introduzione del comma 1-*bis*, recante l'incriminazione a titolo colposo dei fatti di cui al comma 1, descritti attraverso il riferimento all'evento di «*combustione*», termine utilizzato forse per marcare il diverso coefficiente soggettivo rispetto all'ipotesi dolosa primigenia (in cui è sanzionata la condotta dell'agente che «*appicca il fuoco*»). Le pene per la combustione illecita colposa, a seconda che riguardi rifiuti pericolosi o non pericolosi, sono individuate per rinvio a quelle del comma 1, diminuite da un terzo a due terzi.

La nuova fattispecie colposa reca in esordio una clausola di sussidiarietà, che potrà essere riferita, ad esempio, alle ipotesi in cui all'iniziale combustione dei rifiuti segua il divampare di un fuoco di più vaste proporzioni, tale da esporre a pericolo un numero

indeterminato di persone, integrando il delitto di incendio colposo di cui all'articolo 449 c.p.

Sotto il profilo della proporzionalità e della graduazione sanzionatoria, lascia peraltro perplessi la costruzione di una fattispecie delittuosa di tipo colposo in termini "assoluti", ossia prescindendo totalmente dalle dimensioni minime dell'evento, dal quantitativo dei rifiuti interessati dal fenomeno combustivo e dalla rispondenza dell'attività di stoccaggio alle autorizzazioni previste dalla normativa di settore, nonché, anche soltanto in chiave attenuante, alle modalità di risposta all'emergenza verificatesi.

A tal proposito, con riferimento alle realtà imprenditoriali autorizzate, sarebbe forse più opportuno tipizzare la fattispecie come reato di evento assistito da una causa di non punibilità sopravvenuta – sullo stile del reato di omessa bonifica "secondo progetto" – in relazione alle modalità di gestione dell'emergenza (ad esempio, con ottemperanza al Piano di emergenza interno); o, in alternativa, da una esimente – sulla falsariga della disciplina sulla responsabilità medica – in relazione al rispetto delle norme tecniche e delle autorizzazioni rilasciate dalle autorità competenti sotto il profilo della gestione del rischio incendio *ex ante*.

La presenza di una duplice fattispecie, diversamente connotata sotto il profilo soggettivo, ha portato il legislatore a sopprimere l'ultimo periodo del comma 1, trasponendone il contenuto nel nuovo comma 1-ter e così riferendo a entrambe le ipotesi delittuose l'obbligazione accessoria in capo al responsabile dell'evento di procedere «*al ripristino dello stato dei luoghi, al risarcimento del danno ambientale e al pagamento, anche in via di regresso, delle spese per la bonifica*».

Una precisazione è aggiunta, poi, nell'altra fattispecie posta dall'articolo 256-bis, comma 2 d.lgs. 152/2006 – che punisce in via anticipata le condotte di abbandono, deposito incontrollato, gestione abusiva e spedizione illegale di rifiuti in funzione della successiva combustione illecita – ove il trattamento sanzionatorio rimane di fatto inalterato, ma opportunamente esplicitando, onde evitare difetti di coordinamento, che il rinvio *quoad poenam* deve intendersi alle sanzioni del solo comma 1, previste cioè per la fattispecie dolosa e non per quella colposa neointrodotta; non vi sarebbero comunque margini di equivoco circa la criminalizzazione dei soli fatti "prodromici" commessi con coefficiente doloso, anche considerati gli indici di volontarietà contenuti

nella disposizione, la quale punisce l'agente che «*tiene le condotte*» e propone una finalizzazione delle stesse («*in funzione della successiva combustione illecita di rifiuti*») incompatibile con un atteggiamento meramente colposo.

Allo stesso modo le fattispecie aggravate del comma 3 – riservata ai fatti commessi «*nell'ambito di un'attività di impresa o comunque di un'attività organizzata*» – e del comma 4 – recante l'aggravante "emergenziale" – in origine previste per l'ipotesi dolosa del comma 1, sono integrate con il riferimento anche al delitto colposo del comma 1-bis, pur rimanendo inalterata l'entità degli aumenti di pena associati alla circostanza aggravante.

Analoga interpolazione è effettuata nel comma 6, così confermando come non trovino applicazione le più gravi fattispecie dell'articolo 256-bis, commi 1 e 1-bis d.lgs. 152/2006 in caso di abbruciamento di rifiuti vegetali derivanti dai luoghi indicati dall'articolo 184, comma 2, lett. e) d.lgs. 152/2006 (ossia aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali) costituenti rifiuti urbani, punito come illecito amministrativo attraverso il richiamo delle sanzioni dell'articolo 255 d.lgs. 152/2006.

Si noti, peraltro, che il rinvio alla disposizione dell'articolo 184, comma 2, lett. e) d.lgs. 152/2006 non risulta più attuale, stante le modifiche introdotte dal recente d.lgs. 116/2020 all'interno della Parte Quarta in materia di rifiuti, tra cui la stessa definizione di rifiuti urbani che, ai sensi del nuovo articolo 184, comma 2 d.lgs. 152/2006, sono identificati soltanto come «*i rifiuti di cui all'articolo 183, comma 1, lettera b-ter*».

La disposizione definitoria ivi richiamata, in ogni caso, nulla muta sotto il profilo sostanziale, poiché propone un nuovo elenco dei rifiuti urbani che ricomprende, tra gli altri, anche i «*rifiuti domestici indifferenziati e da raccolta differenziata, ivi compresi: carta e cartone, vetro, metalli, plastica, rifiuti organici [...]*» (n. 1) – questi ultimi costituiti anche da «*rifiuti biodegradabili di giardini e parchi [...]*» (articolo 183, comma 1, lett. d) – nonché i «*rifiuti derivanti da aree cimiteriali*» (n. 6).

Parimenti, restando sul punto invariata la disciplina del comma 6, la disposizione dell'articolo 256-bis d.lgs. 152/2006 non entra in gioco in caso di abbruciamento di materiale agricolo o forestale naturale, il quale per legge non è soggetto alla disciplina dei rifiuti qualora siano rispettate le condizioni dettate dall'articolo 185, comma 1, lett. f) d.lgs. 152/2006 (che menziona la paglia, gli sfalci, le

potature e altro materiale agricolo e forestale naturale *non pericoloso*, effettuati nell'ambito delle *buone pratiche colturali*, nonché *gli sfalci e le potature derivanti dalla manutenzione del verde pubblico dei comuni, utilizzati in agricoltura o silvicoltura o per la produzione di energia*); condizioni in assenza delle quali, in ogni caso, restano applicabili le sanzioni previste dall'articolo 256, comma 1 d.lgs. 152/2006 per l'illecita gestione.

La citata riforma del d.lgs. 116/2020, peraltro, ha riscritto la disciplina degli sfalci e delle potature derivanti dalla manutenzione del verde pubblico dei comuni, che ora non compaiono più nella norma in tema di "esclusioni" dalla disciplina dei rifiuti, ma sono compresi a pieno titolo nella categoria dei rifiuti urbani

Sempre in relazione all'articolo 256-*bis*, comma 6 d.lgs. 152/2006, è invariata infine la clausola che esclude la sussistenza di un'attività di gestione coperta dal precetto penale, qualora per l'abbruciamento di detti materiali siano osservati i limiti previsti dall'articolo 182, comma 6-*bis* d.lgs. 152/2006, nel senso che rientrano nel novero delle "normali pratiche agricole" le attività di raggruppamento e di abbruciamento che abbiano a oggetto piccoli cumuli e in quantità giornaliere non superiori a tre metri steri per ettaro di tali materiali vegetali, effettuate nel luogo di produzione.

Per il resto, nel comma 3, secondo periodo rimane confermata e non meglio specificata l'ambigua "posizione di garanzia" a carico del vertice aziendale per omessa vigilanza sul fatto dei dipendenti, nonché permane immutato l'inestricabile richiamo alle sanzioni del d.lgs. 231/2001 quale sanzione "accessoria" a carico della persona fisica³.

Pure le due ipotesi di confisca previste dal comma 5 – aventi a oggetto, rispettivamente, i mezzi utilizzati per il trasporto dei rifiuti inceneriti e l'area sulla quale è realizzato l'abbruciamento – sono conformate alla "linea guida" della riforma, volte a richiamare i doveri di vigilanza dei soggetti pur estranei al reato ma comunque dotati di poteri di vigilanza sulle *res* strumentali alla commissione dello stesso, rendendo meno agevole il percorso che conduce alla restituzione dei beni sequestrati o confiscati (*infra*, §.2.1.).

Sempre in relazione alla confisca dei mezzi di trasporto è specificato, infine, che la misura ablatoria trova applicazione anche in relazione alla fattispecie "teleologica" del comma 2, così colmando una lacuna normativa che ad oggi limita l'ambito di apprensione

dei beni utilizzati in funzione della successiva ed eventuale combustione dei rifiuti.

2.1. Confisca ambientale e tutela del terzo incolpevole.

Un versante molto sensibile, in relazione ai procedimenti penali per reati ambientali, attiene alle ipotesi di confisca obbligatoria prevista in caso di pronuncia di condanna o di patteggiamento (e alle eventuali misure anticipatorie in fase cautelare), rispetto alle quali, anche considerata la giurisprudenza ambientale sulla posizione di garanzia del proprietario dell'area e sui margini di "estraneità" dello stesso rispetto al fatto di reato, si palesano ricorrentemente le istanze di tutela del terzo "incolpevole" che chieda la restituzione totale o parziale del bene o dell'area sequestrata⁴.

Sul punto, il legislatore, dinanzi a un quadro normativo in materia ambientale tutt'altro che omogeneo già a livello testuale e perciò esposto alle perduranti oscillazioni del formante giurisprudenziale, invece che procedere a una razionalizzazione della disciplina sui rapporti tra confisca e terzi interessati – magari in linea con i principi convenzionali e con le logiche della proporzionalità – apertamente imbrocca la via della repressione incondizionata e indifferenziata, dichiarando che «*di fronte al dilagare – soprattutto in certe zone del territorio nazionale – del fenomeno criminoso in questione, risulti indispensabile approntare misure normative (anche di carattere sanzionatorio) maggiormente incisive, e cioè idonee non solo a prevenire e scongiurare la predisposizione di pratiche elusive attraverso le quali gli autori dei reati possano agevolmente sottrarsi alle conseguenze patrimoniali degli illeciti, ma altresì responsabilizzare – quantomeno in relazione a dette conseguenze – i proprietari dei fondi su cui le discariche vengono realizzate*» (Relazione illustrativa, p. 2).

Lo strumento giuridico funzionale a soddisfare tale esigenza consiste nell'omogeneizzare la clausola normativa in tema di confisca in tutte le fattispecie incriminatrici oggetto di futura riforma, adottando la formula già positivizzata in relazione ad altri reati ambientali del d.lgs. 152/2006 e ai delitti contro l'ambiente del Codice penale e in più occasioni "recuperata" dalla giurisprudenza di legittimità al fine di adeguare il regime delle confische ambientali ai danni dei terzi.

Ambito di elezione per detta operazione di chirurgia normativa – come confermato dalla stessa Relazione

illustrativa – è il terreno della fattispecie di discarica abusiva, per cui si procede all'eliminazione dell'inciso contenuto nel terzo periodo dell'articolo 256, comma 3 d.lgs. 152/2006 (ove attualmente si specifica che l'area su cui è realizzata la discarica abusiva è confiscata «*se di proprietà dell'autore o del compartecipe al reato*») e alla sua contestuale sostituzione con la formula «*salvo che appartenga a persona estranea al reato*».

La modifica, secondo le intenzioni espresse dallo stesso legislatore, mira a conseguire un duplice scopo: da un lato, disinnescare *per tabulas* l'orientamento giurisprudenziale più garantista che oggi ammette la confisca a carico dell'autore o del concorrente nel reato soltanto ove l'area sia di loro proprietà e non meramente "appartenente", circostanza ritenuta dalla stessa Relazione propedeutica ad agevoli operazioni di stampo elusivo dell'ablazione patrimoniale; dall'altro, recepire la giurisprudenza che vincola la restituzione del bene spettante al terzo a una rigorosa prova circa l'estraneità di quest'ultimo alla vicenda criminosa, sotto il profilo oggettivo e soggettivo.

Si intende dunque riproporre in tema di discarica abusiva lo statuto della confisca già cristallizzato in altre fattispecie ambientali (da ultimo, l'articolo 452-*undecies* c.p. per alcuni delitti contro l'ambiente) e contestualmente estendere detto *restyling* anche alle fattispecie del d.lgs. 152/2006 oggetto del disegno di legge, in particolare per la confisca dell'area in caso di esercizio della discarica in assenza di AIA (articolo 29-*quaterdecies*, comma 1, quarto periodo d.lgs. 152/2006), per la confisca dei mezzi utilizzati per il trasporto di rifiuti inceneriti e dell'area in caso di combustione illecita di rifiuti (articolo 256-*bis*, comma 5, primo e secondo periodo d.lgs. 152/2006) e per la confisca del mezzo di trasporto per i reati di traffico illecito di rifiuti, trasporto abusivo di rifiuti, trasporto di rifiuti pericolosi senza formulario o con formulario recanti dati incompleti o inesatti ovvero con certificato analitico falso (tutti richiamati dall'articolo 259, comma 2 d.lgs. 152/2006).

Sul punto, peraltro, si rileva un'apparente contraddizione tra la previsione del confisca del mezzo utilizzato per il trasporto nei casi dell'articolo 258, comma 4 d.lgs. 152/2006 da ultimo menzionati e la contestuale limitazione di responsabilità del trasportatore per la compilazione del formulario prevista nell'articolo 193, comma 17 d.lgs. 152/2006, come riformato dal recente d.lgs. 116/2020, per cui egli «*non è responsabile per quanto indicato nel*

formulario di identificazione dal produttore o dal detentore dei rifiuti e per le eventuali difformità tra la descrizione dei rifiuti e la loro effettiva natura e consistenza, fatta eccezione per le difformità riscontrabili in base alla comune diligenza»; il trasportatore potrà dunque rispondere in relazione alla compilazione del formulario soltanto per le parti di «propria competenza» (quali percorso, orario, targa del veicolo, nome del trasportatore, peso e tara, nonché per i casi di macroscopica incoerenza tra quanto descritto nel formulario e quanto trasportato).

Sempre in tema di formulari, potrebbe cogliersi l'occasione per recuperare il significato della clausola dell'articolo 258, comma 5 d.lgs. 152/2006 – che già dispone una riduzione della sanzione amministrativa pecuniaria per i casi di sostanziale inoffensività dei fatti in materia di formulari (nonché di comunicazioni e di registri di carico e scarico), in quanto i dati omessi, incompleti o inesatti siano rinvenibili *aliunde* – nel senso di ipotizzare una simile graduazione della sanzione anche per le ipotesi di rilievo penale aventi a oggetto rifiuti pericolosi.

In ogni caso, in tema di confisca, se da un lato l'esplicitazione della clausola di salvaguardia del terzo ha un'opportuna valenza chiarificatrice – pur se la giurisprudenza, in assenza della stessa, l'aveva parimenti riconosciuta in forza di un'interpretazione *in bonam partem* dell'articolo 240, comma 3 c.p. – il richiamo alla nozione di "estraneità" del terzo implica che questi, al fine di sottrarsi alla "scure" della confisca, dovrà fornire la prova circa il suo stato di "buona fede", declinato dalla corrente giurisprudenza nei termini della assenza sia di collegamenti, diretti o indiretti, ancorché non punibili, con la consumazione del reato, sia delle condizioni che rendano probabile a suo carico un qualsivoglia addebito di negligenza da cui sia derivata la possibilità dell'uso illecito della cosa.

2.2. Le modifiche alla disciplina sulla procedura di estinzione delle contravvenzioni ambientali della Parte Sesta-*bis* d.lgs. 152/2006.

Il disegno di legge si propone di intervenire in maniera consistente anche sull'istituto della procedura di estinzione delle contravvenzioni ambientali (c.d. oblazione ambientale) disciplinata dalla Parte Sesta-*bis* d.lgs. 152/2006.

È noto che la normativa in questione, fin dalla sua introduzione avvenuta con la l. 68/2015, abbia destato numerose perplessità e rilievi in ordine tanto

al suo perimetro applicativo, quanto alle sue concrete modalità esecutive nella prassi giudiziaria, dando origine a un vero e proprio profluvio di documenti di orientamento e linee guida da parte delle Procure della Repubblica e dagli stessi enti di controllo (ARPA e SNPA), nel tentativo di conferire una fisionomia più definita alla suddetta procedura estintiva⁵.

Il legislatore, dunque, muove anche su tale direttrice di riforma, nell'ottica di fornire nuova linfa vitale all'istituto in esame, operando una rimodulazione dei suoi presupposti normativi e un contestuale allargamento della platea dei soggetti destinatari della procedura di estinzione agevolata.

Sotto il primo profilo, sono radicalmente modificati i presupposti oggettivi di applicabilità, anzitutto specificando il novero dei reati estinguibili con la procedura di oblazione condizionata, che – ai sensi del nuovo articolo 318-*bis* d.lgs. 152/2006 – sono le contravvenzioni ambientali (non più le «*ipotesi contravvenzionali*») previste dal d.lgs. 152/2006, nonché le fattispecie contravvenzionali previste da alcune leggi speciali – non a caso già costituenti presupposto della responsabilità amministrativa degli enti “da reato” ambientale – in materia di commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione (l. 150/1992), di tutela dell'ozono (l. 549/1993) e di inquinamento provocato dalle navi (d.lgs. 202/2007).

Tutto ciò a fronte di una rubrica della Parte Sesta-*bis* d.lgs. 152/2006 che sorprendentemente allude ancora alla disciplina sanzionatoria, tra l'altro, degli «*illeciti amministrativi*», rispetto ai quali il legislatore pare non voler imboccare la strada dell'estinzione agevolata già intrapresa, invece, dal d.lgs. 81/2008 in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (il cui articolo 301-*bis* ammette il trasgressore al «*pagamento di una somma pari alla misura minima prevista dalla legge qualora provveda a regolarizzare la propria posizione non oltre il termine assegnato dall'organo di vigilanza mediante verbale di primo accesso ispettivo*»).

La vera e propria “svolta”, tuttavia, si registra in ordine al requisito qualitativo-sostanziale della assenza di «*danno o pericolo concreto e attuale di danno alle matrici ambientali, urbanistiche e paesaggistiche protette*», che ad oggi ha costituito il punto senz'altro più controverso nella prassi applicativa in relazione alla corretta delimitazione delle conseguenze offensive suscettibili di operare quale “sbarramento” all'applicazione dell'oblazione

condizionata; questione rispetto alla quale i vari documenti operativi (tra gli altri, le linee guida del SNPA) si erano prodigati per individuare una soglia di “tolleranza minima”, soprattutto in riferimento alle ipotesi criminose per la gran parte di pericolo astratto previste dal d.lgs. 152/2006, al di sotto della quale, pur in costanza di alcuni effetti materiali prodotti dalla condotta, l'oblazione avrebbe dovuto ritenersi ammessa.

Il disegno di legge “Terra mia” con un solo tratto di penna oblitera tale problematica, eliminando *tout court* detto presupposto dal corpo dell'articolo 318-*bis* d.lgs. 152/2006, e così “alleggerisce” notevolmente l'accesso all'oblazione ambientale, aprendo la strada all'applicazione generalizzata della Parte Sesta-*bis* a tutte le contravvenzioni ambientali del d.lgs. 152/2006, naturalmente sempre nei limiti dell'altro criterio “edittale” pur sempre vigente, come definito in via interpretativa.

A tal proposito, al netto del predetto condivisibile intervento di “liberalizzazione”, il legislatore non entra nella disputa concernente la tipologia delle contravvenzioni estinguibili in riferimento alle relative comminatorie edittali (pena detentiva congiunta a pena pecuniaria o alternativa alla stessa); tema che aveva ingenerato una vera e propria “battaglia” dottrinale, all'esito della quale è sembrato prevalere, nonostante talune sporadiche applicazioni estensive nella prassi, l'orientamento che, in forza di diversi argomenti sistematici, riconosce l'estinguibilità delle sole contravvenzioni punite, oltre che con la sola pena pecuniaria, con la pena alternativa.

Tale versante di riforma, all'insegna di un bilanciamento tra esigenze di deflazione del carico giudiziario e di premialità verso il contravventore “virtuoso”, trova legittimazione nella stessa Relazione illustrativa al disegno di legge (p. 5) per cui la semplificazione dei presupposti normativi dell'oblazione ambientale si pone «*nella prospettiva, da un lato, di favorire l'accesso all'istituto anche per ulteriori fatti-reato connotati da una sostanziale omogeneità lesiva, dall'altro di renderne più agevole la concreta applicazione, anche perché vengono eliminate in radice talune incertezze emerse nella prassi di frequente riconducibili ad obiettive difficoltà nel riscontro dei caratteri di «concretezza» e «attualità» del pericolo di danno, eretti dalla formulazione originaria della norma a fattori interdittivi dell'attivazione del meccanismo estintivo*».

Altro punto focale della riforma in tema di oblazione ambientale è l'ampliamento della platea dei destinatari delle prescrizioni della polizia giudiziaria e degli organi di vigilanza, attuato mediante l'espresso riconoscimento dell'applicabilità della disciplina in esame anche nei confronti degli enti passibili di responsabilità ai sensi del d.lgs. 231/2001. La Relazione illustrativa (p. 5 ss.) riconosce come tale intervento *«pone rimedio anche ad un profilo di inefficienza del sistema, apparendo poco ragionevole impegnare le risorse della giustizia per l'instaurazione di un procedimento penale nei confronti del solo ente a fronte di reati minori (ormai estinti per il contravventore persona fisica), come – del resto – dimostrato dalla rarità d'una simile evenienza nella concreta esperienza applicativa»*.

Si noti, in proposito, come nella prassi l'ente talora abbia fatto già comparsa nei verbali di prescrizioni emessi nei confronti del contravventore persona fisica, sotto la peculiare veste, invero non codificata dalla disciplina della Parte Sesta-bis d.lgs. 152/2006, di obbligato in solido ai sensi dell'articolo 6, comma 3 l. 689/1981 e, comunque, pur sempre in relazione a un fatto di reato attribuibile all'individuo che abbia agito funzionalmente per l'ente, giammai all'illecito amministrativo del d.lgs. 231/2001.

Sotto tale profilo, l'articolo 318-ter, comma 1 d.lgs. 152/2006 vede l'inserimento di un nuovo periodo, in forza del quale, allorché *«sussistono i presupposti per la responsabilità amministrativa dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente dalla contravvenzione»*, l'organo accertatore detta *«altresì all'ente»* una prescrizione, avente a oggetto, in ragione della peculiare struttura dell'illecito "da reato", l'eliminazione della *«carenza organizzativa riscontrata»* (in luogo della *«violazione»* di cui, fino ad oggi, è prescritta la *«regolarizzazione»* nei confronti della persona fisica).

La prescrizione nei confronti dell'ente ha tuttavia un contenuto, seppur eventuale, più specifico, dal momento che è facoltà dell'organo accertatore – formula già utilizzata nel successivo articolo 318-quater d.lgs. 152/2006 per ricomprendere tanto la polizia giudiziaria, quanto l'organo di vigilanza (generalmente l'ARPA) nell'esercizio delle funzioni dell'articolo 55 c.p.p. – di impartire *«specifiche disposizioni in merito alle misure correttive da adottare»*, previa loro asseverazione tecnica da parte dell'Agenzia regionale territorialmente competente. Non poche perplessità, tuttavia, desta la riproposizione dello strumento dell'asseverazione

tecnica, oggi già prevista per la prescrizione a carico della persona fisica e allo stato posta in capo all'*«ente specializzato competente nella materia trattata»*.

I dubbi non riguardano tanto l'oggetto di tale adempimento – che per l'ente non è riferito alla prescrizione "principale" (avente sempre un contenuto negativo, consistente nell'eliminazione della carenza organizzativa), ma alle eventuali misure correttive indicate dall'organo accertatore – quanto l'attribuzione funzionale dell'asseverazione, in maniera indefettibile, all'ARPA territorialmente competente.

Ebbene, non sfugge che gli ufficiali di ARPA che accertino la violazione ambientale potrebbero non possedere, sempre e comunque, in relazione a qualsivoglia profilo di carenza organizzativa rilevata, una specifica competenza tecnica ai fini dell'asseverazione; ciò soprattutto allorché vengano in considerazione lacune che involgono aspetti di natura organizzativa e gestionale, che solo indirettamente possono riguardare la materia ambientale.

Per tali motivi, sembrerebbe appropriato attribuire la competenza per le asseverazioni tecniche "231", anche per ragioni di omogeneità prescrittiva, alle strutture specializzate in materia (quantomeno) di sistemi di gestione ambientale, operanti, possibilmente, sotto il coordinamento centralizzato di ISPRA o del SNPA, mancando allo stato una espressa previsione di legge analoga a quella in materia di sicurezza sul lavoro, ove è da tempo tipizzato lo strumento della asseverazione del Modello di organizzazione da parte delle commissioni paritetiche tecnicamente competenti (nel dettaglio, l'articolo 51, comma 3-bis d.lgs. 81/2008, prevede che gli organismi paritetici costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale *«su richiesta delle imprese, rilasciano una attestazione dello svolgimento delle attività e dei servizi di supporto al sistema delle imprese, tra cui l'asseverazione della adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'articolo 30»*).

Per riflesso all'estensione a favore dell'ente del meccanismo prescrittivo, è altresì modificata la disposizione che ammette la proroga del termine per l'adempimento della prescrizione, per un periodo massimo di sei mesi e su istanza di parte (ente

compreso), in presenza di specifiche e documentate circostanze non imputabili al contravventore (o all'ente medesimo, in relazione alle attività necessarie per rimuovere la carenza organizzativa).

Si specifica inoltre – evidentemente onde evitare adempimenti ridondanti – come la notifica “aggiuntiva” del verbale di prescrizioni, prevista dall'articolo 318-*ter*, comma 2 d.lgs. 152/2006 nei confronti del legale rappresentante dell'ente cui è funzionalmente riferibile la violazione ambientale, sia riferita alle sole prescrizioni rivolte alla persona fisica. È naturalmente confermato l'obbligo per l'organo accertatore precedente di trasmettere al Pubblico ministero la comunicazione di notizia di reato attribuita alla persona fisica, nonché la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato ai fini della sua annotazione nel registro ai sensi dell'articolo 55 d.lgs. 231/2001.

L'ultima modifica riguardante l'articolo 318-*ter* d.lgs. 152/2006 è invece strettamente collegata all'eliminazione del presupposto (negativo) di offensività, circostanza che, come ricordato, consentirebbe di rendere prescrivibili pure le contravvenzioni recanti un profilo di danno ai beni giuridici tutelati (funzioni di vigilanza e controllo e/o ambiente). Ebbene, venendo meno tale limite applicativo della procedura di oblazione ambientale, si conferma che l'organo accertatore, all'atto dell'emanazione della prescrizione, possa imporre specifiche misure “impeditive” volte a fronteggiare il *periculum in mora*, atte cioè a far cessare la situazione di pericolo o la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose, e si riconosce testualmente che dette misure – non parendo più incompatibile con i presupposti logici della procedura – possano essere finalizzate anche a «rimuovere il danno».

La normativa dell'oblazione ambientale è modificata anche in punto di adempimenti esecutivi, essendosi previsto anzitutto di integrare la disciplina dei termini di cui all'articolo 318-*quater* d.lgs. 152/2006 con il riferimento anche alla posizione dell'ente indagato ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Così, il nuovo comma 1 pone a carico degli accertatori il dovere di procedere, sempre entro l'attuale termine (ordinatorio) di sessanta giorni dalla scadenza del termine per l'adempimento delle prescrizioni, alla verifica circa il conforme e tempestivo adempimento anche per quanto concerne la posizione della *societas*, rispetto a cui l'organo accertatore valuterà «se è stata eliminata la

carenza organizzativa riscontrata ai soli fini dell'estinzione del procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente».

Il comma successivo, concernente la fase di ammissione alla procedura di estinzione agevolata, è riformulato nella forma e nella sostanza, atteso che, in caso di riscontro positivo della condotta riparatoria/ripristinatoria prescritta, la persona fisica «adempiente» – è abbandonato in questo frangente il riferimento al “contravventore”, quasi nell'ottica di un effettivo riconoscimento del contributo prestato alla reintegrazione dello stato di fatto e giuridico modificato dalla violazione commessa – è ammessa a pagare non più «*in via amministrativa*», ma «*a titolo di sanzione amministrativa*», nel termine perentorio di trenta giorni, una somma pari al quarto dell'ammenda prevista in via editale.

Allo stesso modo – e qui si pongono le maggiori criticità applicative – l'ente che nel termine indicato abbia virtuosamente “colmato” la carenza organizzativa riscontrata dagli accertatori è ammesso a pagare nel medesimo termine perentorio di trenta giorni, parrebbe sempre a titolo di “sanzione amministrativa”, una somma pari a «*un quarto del massimo della sanzione pecuniaria prevista per l'illecito amministrativo dipendente dalla contravvenzione commessa*».

A tal proposito, si rileva una grave carenza del testo di riforma, nella parte in cui l'estensore della proposta legislativa, alquanto superficialmente, si prodiga in un mero “copia e incolla” del meccanismo premiale previsto per la persona fisica, replicando senza esitazioni lo sconto associato all'oblazione ambientale, che resta parimenti calibrato sul massimo della sanzione pecuniaria previsto in via editale; dimenticando, tuttavia, che la commisurazione della sanzione pecuniaria a carico dell'ente avviene secondo il modello bifasico, applicando il sistema “per quote” degli articoli 10 e 11 d.lgs. 231/2001.

In altri termini, laddove per la persona fisica la pena pecuniaria massima su cui effettuare lo scomputo e calcolare la sanzione amministrativa “agevolata” per la contravvenzione implica la semplice lettura della comminatoria contenuta nella fattispecie incriminatrice, per l'ente tale operazione non è così agevole e immediata, poiché di regola il giudice determina la sanzione congrua rispetto al caso concreto combinando la comminatoria delle quote contenuta nella fattispecie del “catalogo 231” con il

valore della singola quota che egli ritenga pertinente, alla luce dei criteri dell'articolo 11 d.lgs. 231/2001.

Ebbene, tirando le somme, la previsione “secca” che, all'esito dell'adempimento della prescrizione, l'ente sia ammesso a pagare in forma amministrativa un quarto del massimo della sanzione pecuniaria prevista – se interpretata alla lettera – potrebbe condurre a un risultato del tutto disincentivante verso la procedura di oblazione condizionata.

Non pare peregrino ipotizzare, infatti, che qualche ufficio di Procura – o forse lo stesso legislatore – nell'ammettere l'ente al pagamento dell'oblazione prenda a riferimento il «*massimo della sanzione pecuniaria prevista per l'illecito amministrativo*» tanto in relazione al numero di quote edittalmente previsto nella norma di parte speciale, quanto per il valore della quota (euro 1.549, giusta la previsione dell'articolo 10, comma 3 d.lgs. 152/2006).

L'esito sarebbe francamente paradossale, sol considerando che, ad esempio, per estinguere l'illecito dell'articolo 25-*undecies* d.lgs. 231/2001 dipendente dalla contravvenzione di gestione abusiva di rifiuti non pericolosi (articolo 256, comma 1, lett. a) d.lgs. 152/2006) – ipotesi comunemente contestata, spesso a titolo colposo, nei procedimenti in materia ambientale – l'ente sarebbe chiamato a pagare una somma vicina ai centomila euro.

Insomma, pur riconoscendo che la novità proposta è destinata a operare *in bonam partem* per l'ente, sarebbe stata auspicabile una proposta più attenta e accorta nel riconoscere il beneficio estintivo a fronte dell'adempimento del catalogo prescrizionale, nei confronti di un soggetto che tra l'altro, in molti casi concreti, di fatto si sarà già accollato i costi connessi all'oblazione condizionata della persona fisica autrice della contravvenzione, in quanto comunque legati all'attività d'impresa.

Resta immutato il successivo termine di centoventi giorni (decorrente dalla scadenza del termine per l'adempimento delle prescrizioni) entro il quale l'organo accertatore comunica al Pubblico ministero l'adempimento e l'eventuale pagamento ai fini estintivi.

Diversamente, qualora il catalogo prescrizionale non risulti adempiuto o adempiuto tardivamente o con modalità non corrispondenti al verbale di polizia giudiziaria, l'organo accertatore provvederà entro i novanta giorni successivi (sempre decorrenti dalla scadenza del termine per l'adempimento delle prescrizioni) a comunicare al Pubblico ministero, nonché alla persona fisica e all'ente – nella veste di

«*soggetto inadempiente*» – l'esito negativo della procedura.

L'inclusione dell'ente tra i beneficiari del meccanismo estintivo ha imposto, conseguentemente, un intervento anche sulle disposizioni di matrice processuale che, nell'ambito della Parte Sesta-*bis* d.lgs. 152/2006, regolano lo sviluppo delle indagini preliminari in ragione dell'inserimento della parentesi “amministrativa” finalizzata alla definizione anticipata del procedimento penale per la contravvenzione ambientale.

A tal fine, all'articolo 318-*sexies*, comma 1 d.lgs. 152/2006 – disposizione che impone la sospensione del procedimento penale per la contravvenzione ambientale dal momento dell'iscrizione della notizia di reato nel registro dell'articolo 335 c.p.p. fino al momento della ricezione di una delle comunicazioni alternative dell'articolo 318-*quater* d.lgs. 152/2006 circa l'esito del “procedimento delle prescrizioni” – è posposta analogo previsione concernente la sospensione del procedimento a carico dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001 dal momento dell'annotazione dell'illecito nel registro agli effetti dell'articolo 55 d.lgs. 231/2001 fino a una delle predette comunicazioni.

È ulteriormente precisata, inoltre, la norma “di garanzia” del comma 3, nella parte in cui detta ipotesi legale di sospensione del procedimento penale non preclude che il Pubblico ministero, alla luce degli elementi nel frattempo acquisiti dagli organi investigativi ovvero allegati dalla difesa, formuli richiesta di archiviazione nei confronti della persona fisica e/o emetta decreto di archiviazione, giusta la disposizione dell'articolo 58 d.lgs. 231/2001, nei confronti dell'ente indagato per l'illecito amministrativo.

Da ultimo, al fine di colmare una lacuna spesso verificata nella pratica nei raccordi operativi tra Procura e organi di controllo procedenti, si prevede che la richiesta di archiviazione e/o il decreto di archiviazione siano comunicati all'organo accertatore.

Nessuna interpolazione specificamente dedicata all'ente è invece apportata nella disposizione concernente gli atti “urgenti” che possono essere compiuti nella fase di “stasi legalizzata” delle indagini preliminari, tra cui – si rammenta – l'articolo 318-*sexies* d.lgs. 152/2006 menziona anche il sequestro preventivo (che nella forma impeditiva è peraltro dubbio e dibattuto possa applicarsi nei confronti dell'ente).

L'epilogo estintivo della fattispecie complessa in cui si compendia la procedura di oblazione ambientale – imperniata sulle prescrizioni, sull'adempimento e sul pagamento di una somma in forma (*rectius*, a titolo di sanzione) amministrativa – trova compiuta disciplina nell'articolo 318-*septies*, commi 1 e 2 d.lgs. 152/2006, alla luce del disegno di legge, anche in relazione all'illecito amministrativo “da contravvenzione” addebitato in via provvisoria all'ente.

È previsto che a conclusione del sub-procedimento fondato sull'impartizione delle prescrizioni – questo pare uno dei punti più rilevanti della riforma in cantiere e maggiormente atteso dagli operatori di settore – l'illecito amministrativo iscritto ai sensi del d.lgs. 231/2001 si estingue «*se le prescrizioni impartite all'ente sono adempiute nel termine fissato dall'organo accertatore ed è effettuato il pagamento*», nel termine perentorio previsto, della sanzione amministrativa ridotta nell'ammontare edittalmente definito dalla legge.

Dinanzi al perfezionamento di tale inedita causa di estinzione dell'illecito amministrativo “da reato”, è giocoforza prevedere in capo al Pubblico ministero il dovere di disporre l'archiviazione *de plano*, secondo il regime di stampo amministrativistico codificato all'interno della disciplina processuale del d.lgs. 231/2001, laddove invece per la persona fisica l'ordinario *iter* di archiviazione continua a richiedere l'intervento del giudice per le indagini preliminari a fronte della richiesta dell'ufficio requirente.

Si noti, in proposito, come l'ente, al fine di conseguire l'estinzione dell'illecito amministrativo, nell'attuale formulazione della proposta non sia chiamato ad attuare nessuna forma di restituzione del profitto del reato, nemmeno per la parte eccedente i costi della avvenuta regolarizzazione, mentre – come poco oltre si vedrà – tale condotta è sempre richiesta per eliminare le sanzioni interdittive a fronte di un adempimento “imperfetto”.

Pure l'adempimento “imperfetto” dell'ente trova adeguata valorizzazione nel nuovo comma 3-*bis*, in un rapporto di parallelismo con il riconoscimento che il precedente comma 3 opera in favore dell'adempimento delle prescrizioni da parte del contravventore persona fisica in un tempo superiore a quello fissato (ma che risulti comunque congruo) ovvero della riparazione effettuata con modalità diverse da quelle indicate nel verbale di prescrizioni. Naturalmente, mentre il comma 3 prevede che tali ipotesi possano eventualmente rilevare ai fini di una

richiesta di oblazione discrezionale ai sensi dell'articolo 162-*bis* c.p. da parte della persona fisica (con conseguente attenuazione del beneficio premiale in termini di sconto di pena, che in caso di accoglimento sarà ridotta alla metà del massimo edittale), non essendo prevista né ammessa nel procedimento a carico dell'ente tale forma di definizione alternativa del procedimento penale, si dispone che un eventuale «*adempimento tardivo*» – non si richiede che sia anche congruo – ovvero «*con modalità diverse da quelle indicate dall'organo accertatore*», se del caso anche rispetto alle «*misure correttive*» indicate ai sensi dell'articolo 318-*ter* d.lgs. 152/2006, sia valutato nella prospettiva delle “condotte riparatorie” degli articoli 12 e 17 d.lgs. 231/2001.

Peraltro, la valenza surrogatrice dell'adempimento “imperfetto” dell'ente sembrerebbe non assorbire tutte le condotte riparatorie richiesta dalla legge, rispettivamente, in funzione attenuante della sanzione pecuniaria ovvero escludente delle sanzioni interdittive, ma si atteggia soltanto quale “indicatore legale” che «*l'ente ha risarcito il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso*» (articolo 12, comma 2, lett. *a*) d.lgs. 231/2001) e che «*ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*» (articolo 17, comma 1, lett. *b*) d.lgs. 231/2001).

La norma è piuttosto ambigua, giacché non è chiaro – ma si propende per una soluzione affermativa – se il richiamo delle due condotte riparatorie debba essere letto in maniera cumulativa o meno: ossia se il riferimento alla condotta riparatoria relativa all'attuazione di un modello organizzativo dell'articolo 17 d.lgs. 231/2001 “valga” a ritenere contestualmente integrata anche l'omologa condotta dell'articolo 12, comma 1, lett. *b*) d.lgs. 231/2001, per il vero non richiamata; e, viceversa, se il riferimento alla condotta riparatoria del risarcimento del danno e dell'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato di cui all'articolo 12 d.lgs. 231/2001 soddisfi pure l'omologa condotta dell'articolo 17, comma 1, lett. *a*) d.lgs. 231/2001 (difetterebbe comunque, per elidere le sanzioni interdittive, la messa a disposizione del profitto ai fini della confisca).

Ciò che invece risalta, volendo anche in un'ottica *de iure condendo*, è la palese difformità di trattamento

tra ente e persona fisica, nella misura in cui quest'ultima anche in presenza di un adempimento "imperfetto" ha una *chance* ulteriore di conseguire l'estinzione del reato, pur a condizioni monetarie più gravose, mentre all'ente non è perdonata nessuna forma di "trasgressione" al programma prescrizionale; circostanza che potrebbe indurre a dubitare della legittimità costituzionale della disciplina sul punto specifico, quantomeno in relazione al parametro dell'articolo 3 Cost. e, ammettendo che l'ente goda delle garanzie di stampo penalistico, dell'articolo 27, comma 3 Cost., attesa la frustrazione delle sue prospettive rieducative.

3. Le modifiche al Codice antimafia (Capo II).

La rinnovata strategia legislativa di "attacco" alla criminalità ambientale si manifesta, all'interno del disegno di legge, anche attraverso la definitiva apertura dell'universo delle misure di prevenzione antimafia alle violazioni ambientali ritenute più gravi ed espressive di un disvalore tale da consentire l'adozione di eventuali misure *praeter delictum*, condensate nell'espressione marcatamente atecnica ma giornalmisticamente efficace e suggestiva del "Daspo ambientale".

Lungo tale linea di contrasto, si interviene anzitutto attraverso un'estensione dell'area della pericolosità c.d. generica, dettata dall'articolo 1 d.lgs. 159/2011, integrando la categoria soggettiva di «*coloro che per il loro comportamento debba ritenersi [...] che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica*» (lett. c) con il riferimento, quale bene giuridico rilevante in chiave preventiva, all'ambiente. La modifica – come rilevato dalla stessa Relazione illustrativa (p. 6 ss.) – comporta l'applicabilità nei confronti dei soggetti "dediti" alla commissione di illeciti penali ambientali sia delle misure di prevenzione di competenza del Questore – tra cui il foglio di via obbligatorio, «*grazie al quale sarà possibile disporre l'allontanamento dai luoghi ove si ritiene che pongano in essere le attività illecite suddette*» – sia, in ragione del richiamo contenuto dall'articolo 4, comma 1, lett. c) d.lgs. 159/2011, delle misure di prevenzione di competenza dell'Autorità giudiziaria – in particolare, la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con prescrizioni accessorie del caso – sia infine, giusta il rinvio a cascata dell'articolo 16, comma 1, lett. a) d.lgs. 159/2011, delle misure di

prevenzione patrimoniali (sequestro e confisca di prevenzione).

Da notare, tra l'altro, come l'interpolazione proprio della lett. c) dell'articolo 1 d.lgs. 159/2011 – che esplicitamente si riferisce a soggetti dediti alla commissione di "reati", senza il più specifico riferimento alla loro tipologia delittuosa, come nelle precedenti lett. a) e b) – finisca per attribuire rilevanza in ottica preventiva anche alle fattispecie contravvenzionali largamente ricorrenti in materia ambientale e su cui si basa per la gran parte l'impianto penalistico del d.lgs. 152/2006, anche se espressive di un minor disvalore sostanziale (in quanto fattispecie prevalentemente di pericolo astratto) ma evidentemente ritenute propedeutiche e strumentali alla realizzazione di altri e più gravi reati.

Il secondo profilo di riforma riguarda il versante della pericolosità c.d. qualificata, attraverso l'aggiunta all'articolo 4 d.lgs. 159/2011 di una nuova lettera *i*-*quater*), che consentirebbe di applicare le misure di prevenzione di competenza dell'autorità giudiziaria (oltre che quelle patrimoniali) alla categoria degli indiziati di alcune fattispecie di "ecodelitto" considerate particolarmente significative nella prospettiva preventiva e, in particolare, dei delitti di inquinamento ambientale (articolo 452-*bis* c.p.), morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (articolo 452-*ter* c.p.), disastro ambientale (articolo 452-*quater* c.p.), traffico e abbandono di materiali ad alta radioattività (articolo 452-*sexies* c.p.) e attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (articolo 452-*quaterdecies* c.p.).

La Relazione illustrativa (p. 7) evidenzia, anzitutto, come l'inclusione del delitto di morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale nel novero dei reati indici di pericolosità qualificata – unitamente ad altre modifiche che interessano la fattispecie in esame – «*ne valorizza la natura di fattispecie autonoma di reato, fugando i dubbi talora espressi circa una qualificazione in termini di mera circostanza aggravante del delitto di inquinamento*», conclusione la cui tenuta dovrà essere naturalmente saggiata in sede di applicazione giurisprudenziale.

Apparentemente incomprensibile è il successivo passaggio della Relazione illustrativa, nella misura in cui rileva che l'espressa menzione del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (articolo 452-*quaterdecies* c.p.) tra quelli elencati dall'articolo 4 d.lgs. 159/2011 rafforzerebbe il quadro

della tutela preventiva, assumendo portata parzialmente innovativa.

Stando all'interpretazione propugnata in detta sede, infatti, il delitto in esame risulterebbe già contemplato tra i reati suscettibili di determinare l'applicazione di una misura di prevenzione in ragione del richiamo "interno" dell'articolo 4, comma 1, lett. b) d.lgs. 159/2011 ai reati del catalogo dell'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p., ma soltanto qualora esso figuri «tra i reati fine delle associazioni previste» dalla disposizione sulle attribuzioni della Procura distrettuale.

Seguendo tale opzione di analisi, le modifiche che il disegno di legge si propone di apportare – ossia l'inserimento "nominativo" della fattispecie dell'articolo 452-*quaterdecies* c.p. nell'elenco della nuova lettera *i-quater*) – «rendono le misure di prevenzione utilizzabili nei confronti dei soggetti indiziati del delitto in questione, anche se commesso al di fuori di contesti delinquenziali strutturati in forma associativa», ossia quand'anche il reato ambientale non rientri nel programma delittuoso cui è preordinata la *societas sceleris*.

Detta affermazione, a ben vedere, poggia su un malinteso di fondo, che parrebbe innescato dalla recente opera di "codicizzazione" del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, che – com'è noto – con il d.lgs. 21/2018 in tema di riserva di codice è stato trasposto inalterato dalla sede "naturale" (articolo 260 d.lgs. 152/2006) a quella "sopravvenuta" dei delitti contro l'ambiente (articolo 452-*quaterdecies* c.p.).

Il citato d.lgs. 21/2018, a *latere* di tale modifica, era intervenuto contestualmente anche sulla normativa processuale, coordinando l'avvenuta traslazione del delitto ambientale nel Codice penale con la disciplina "derogatoria" dell'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p., il cui testo formalmente richiamava ancora il reato punito dall'articolo 260 d.lgs. 152/2006; intervento non necessario, a rigore, atteso il tenore della disposizione di coordinamento dell'articolo 8 d.lgs. 21/2018, per cui dalla data di entrata in vigore del decreto i richiami alle disposizioni abrogate dal precedente articolo 7 (inclusa quello in discorso), ovunque presenti, devono intendersi riferiti alle corrispondenti disposizioni codicistiche, come indicato dalla tabella di raffronto allegata al medesimo decreto.

In tal senso, l'articolo 3, comma 2 d.lgs. 21/2018 sopprimeva il non più attuale riferimento alla disposizione dell'articolo 260 d.lgs. 152/2006 e

inseriva nel catalogo dell'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p. – dopo il reato dell'articolo 416-*ter* c.p. – il richiamo al nuovo articolo 452-*quaterdecies* c.p., in tal modo realizzando anche un'esigenza di riordino "numerico" delle fattispecie richiamate ai fini della competenza distrettuale.

Il testo dell'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p., tuttavia, così come risultante dall'interpolazione anzidetta, si è prestato evidentemente all'equivoco del legislatore, che ha inteso la lunga serie di delitti ivi richiamati come delitti-fine dell'associazione per delinquere («delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli [...] 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416 bis, 416 ter, 452 quaterdecies e 630 del codice penale»), laddove la locuzione incriminatrice riferita all'articolo 416 c.p. si "chiude" invece chiaramente con i reati-fine degli articoli 473 e 474 c.p. e non investe le successive fattispecie.

Ne è prova il fatto che, da un lato, il legislatore utilizza la coordinativa «e» tra i reati degli articoli 473 e 474 c.p. in funzione di "chiusura" della locuzione (in caso opposto, avrebbe presumibilmente interposto la virgola, dando "continuità" all'elencazione dei delitti-fine) e, dall'altro, non avrebbe senso includere tra i delitti-fine anche l'ipotesi dell'associazione di tipo mafioso, che precede nell'enumerazione quella di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e dunque interrompe senz'altro la predetta "continuità"; ancora, il rinvio ai delitti degli articoli 600, 601 e 602 c.p.p., che parimenti precedono il delitto ambientale in esame, avrebbe poco senso qualora essi fossero intesi quale oggetto del programma criminoso dell'associazione, posto che l'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p. già richiama in principio la fattispecie aggravata dell'articolo 416, comma 6 c.p. (associazione per delinquere finalizzata alla commissione, tra gli altri, di tali delitti contro la personalità individuale) e che tali previsioni sono state introdotte, rispettivamente, nel Codice di procedura penale e nel Codice penale dalla medesima l. 228/2003.

Deve ritenersi, in definitiva, che la Relazione illustrativa sia incorsa in una svista lessicale e che, invece, il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti sia richiamato quale fattispecie autonoma nel catalogo dell'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p. – come del resto confermato dalla più recente giurisprudenza di legittimità sullo spinoso tema della competenza per territorio determinata dalla connessione, in presenza di reati "distrettuali" – e

dunque, per suo tramite, già costituisca reato idoneo a fondare l'applicazione di una misura di prevenzione ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lett. b) d.lgs. 159/2011.

4. Le modifiche al d.lgs. 231/2001 (Capo IV).

Un punto di grande rilievo, lungo la proposta linea di intervento legislativo, riguarda senza dubbio l'implementazione – e l'ulteriore rafforzamento – del catalogo dei reati ambientali che fungono da presupposto della responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001.

L'articolo 25-*undecies* d.lgs. 231/2001 è integrato innanzitutto sul versante delle fattispecie codicistiche del comma 1, nell'intento dichiarato dalla Relazione illustrativa (p. 8) di «*estendere l'ambito della responsabilità amministrativa degli enti a rilevanti figure criminose poste a tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*».

La disposizione in esame, dopo il corposo innesto di alcuni dei c.d. ecodefitti realizzato dalla l. 68/2015, vede la comparsa dei delitti contro l'incolumità pubblica tra i *predicate crime* dell'ente e, in particolare, l'introduzione dei delitti di incendio boschivo (articolo 423-*bis* c.p., rispettivamente, commi 1 e 2), effettuando una graduazione sanzionatoria a seconda che il delitto sia commesso nella forma dolosa (lett. 0a) ovvero nella forma colposa (lett. 0b) e disponendo in entrambe le ipotesi un aggravamento della sanzione pecuniaria per il caso di ricorrenza dell'aggravante del comma 4 prevista in presenza di «*un danno grave, esteso e persistente all'ambiente*» causalmente connesso all'incendio.

Si rileva, sul punto, come non sia previsto il contestuale inserimento – già in passato richiesto a gran voce – del delitto di disastro innominato (articolo 434 c.p.), nella sua versione “ambientale” pacificamente legittimata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, quale fattispecie tipicamente correlata – come attestato dall'ampia e nota casistica giurisprudenziale – allo svolgimento dell'attività di impresa e astrattamente compatibile con il riscontro di una politica aziendale volta al perseguimento di indebiti profitti (anche sotto il profilo del risparmio di spesa).

Si assiste poi a un “rinfoltimento” del catalogo in relazione ai delitti contro l'ambiente del Titolo VI-*bis* del Codice penale, mediante l'inserimento, rispettivamente alle lettere e-*bis*), e-*ter*) ed e-*quater*, delle fattispecie di impedimento del controllo

(articolo 452-*septies* c.p., fino ad oggi, invero, scarsamente impiegata nella prassi, anche in ragioni di alcune incertezze interpretative connesse all'ambiguità del dato testuale), di omessa bonifica-ripristinazione (articolo 452-*terdecies* c.p., a lungo “acclamata” onde colmare disparità sanzionatorie rispetto all'omologa fattispecie contravvenzionale di omessa bonifica dell'articolo 257 d.lgs. 152/2006) e del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, invero già previsto come reato presupposto fin dal 2011 nell'articolo 25-*undecies*, comma 2, lett. f) d.lgs. 231/2001, con riferimento all'articolo 260 d.lgs. 152/2006, e ora traslato per ordine sistematico direttamente nel catalogo “codicistico” con riferimento all'articolo 452-*quaterdecies* c.p.

Un punto senz'altro degno di nota, sempre in tema di “ecoreati”, è l'inserimento tra i reati presupposto del delitto morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (lett. a-*bis*), che rinvia all'articolo 452-*ter* c.p.), già invocato fin dagli albori della riforma del 2015.

Contestualmente all'impianto di tali nuove *figurae criminis* nel catalogo, si procede a un complessivo aggravamento del carico sanzionatorio per i reati ambientali presupposto del Codice penale sotto il profilo delle sanzioni interdittive, fino ad oggi previste solo per le fattispecie “madre” di inquinamento ambientale (nei limiti di un anno) e di disastro ambientale, all'insegna di una rinnovata strategia di aggressione al crimine ambientale di matrice societaria.

Il disegno di legge propone un'integrale riscrittura del comma 1-*bis*, giungendo a presidiare quasi tutto il panorama della responsabilità ambientale degli enti con l'affittivo comparto delle sanzioni interdittive (che comunque, resta inteso, potranno essere applicate solo in costanza dei presupposti di “parte generale”): da un lato confermando le sanzioni interdittive per i predetti delitti (ma erodendo il limite annuale attualmente previsto per l'inquinamento ambientale), dall'altro prevedendone l'applicabilità sia per i “vecchi” delitti di inquinamento e disastro ambientale colposi (articolo 452-*quinquies* c.p.) e di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (articolo 452-*sexies* c.p.), sia per le illustrate *new entry* del catalogo ambientale (riferendo ora il limite di durata annuale al delitto di impedimento del controllo).

Rimane sfornita del presidio interdittivo soltanto la contravvenzione codicistica in tema di specie animali o vegetali selvatiche protette (articolo 727-*bis* c.p.),

mentre i fatti di distruzione o deterioramento di *habitat* all'interno di un sito protetto (articolo 733-*bis* c.p.) sono destinati a fuoriuscire dal novero delle fattispecie rilevanti ai fini del d.lgs. 231/2001 in ragione della contestuale abrogazione della relativa contravvenzione, ove non assorbiti dalla più grave fattispecie di inquinamento ambientale (*infra*, §.5).

La strategia repressiva del legislatore si manifesta anche in relazione all'elenco delle fattispecie ambientali, prevalentemente contravvenzionali, del d.lgs. 152/2006, contenuto nell'ambito dell'articolo 25-*undecies*, comma 2 d.lgs. 231/2001.

In tale sede, una novità di assoluto rilievo – già evidenziata in passato come una delle principali lacune della “231” ambientale – è l'introduzione dei reati in materia di AIA, come emendati dallo stesso disegno di legge, quali reati presupposto della responsabilità dell'ente.

All'interno del citato comma 2 è infatti introdotta una nuova lettera *0a*), che richiama talune delle ipotesi punite dall'articolo 29-*quaterdecies* d.lgs. 152/2006: esercizio di un'attività soggetta ad AIA senza autorizzazione o con autorizzazione sospesa o revocata (comma 1, primo periodo); esercizio non autorizzato di attività soggetta ad AIA, con scarico di sostanze pericolose delle tabelle 5 e 3/A dell'Allegato 5 alla Parte Terza ovvero la raccolta, il trasporto, il recupero o lo smaltimento di rifiuti pericolosi, nonché esercizio dell'attività dopo l'ordine di chiusura dell'installazione (comma 1, secondo periodo); la nuova e autonoma fattispecie delittuosa di esercizio abusivo di una discarica in assenza dell'AIA o con AIA sospesa o revocata (comma 1, terzo periodo), con aggravamento pecuniario nel caso in cui la discarica sia anche in parte destinata allo smaltimento di rifiuti pericolosi; violazione delle prescrizioni dettate dall'AIA o imposte dall'autorità competente, concernenti le ipotesi aggravate della gestione di rifiuti pericolosi non autorizzati, dello scarico di sostanze pericolose delle tabelle 5 e 3/A dell'Allegato 5 alla Parte Terza, del superamento dei valori limite di emissione con superamento dei valori limite di qualità dell'aria previste dalla legge e di utilizzo di combustibili non autorizzati (comma 4); modifica sostanziale dell'installazione senza autorizzazione (comma 5).

Un altro punto di decisa svolta in senso repressivo, sempre nell'ambito dell'articolo 25-*undecies*, comma 2 d.lgs. 231/2001, attiene alla configurazione come reato presupposto delle contravvenzioni di abbandono di rifiuti e di deposito incontrollato di

rifiuti (articolo 256, comma 2 d.lgs. 152/2006), fino ad oggi espunte dall'elencazione normativa e ora ricomprese nella lettera *b*) ai nuovi numeri 2-*bis*) e 2-*ter*), recanti un trattamento sanzionatorio diversificato, a seconda che il reato abbia a oggetto rifiuti non pericolosi o pericolosi; la sanzione pecuniaria per l'ente è la stessa prevista per l'illecito amministrativo dipendente dal reato di gestione abusiva di rifiuti non pericolosi o pericolosi, in evidente allineamento con la posizione della persona fisica (per cui l'articolo 256, comma 2 d.lgs. 152/2006 effettua un rinvio *quoad poenam* alle disposizioni sanzionatorie del comma 1).

Alcuni aggiustamenti parimenti degni di nota, dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, sono previsti in relazione all'ipotesi di responsabilità dell'ente dipendente dal reato di discarica abusiva – che, come illustrato, costituirebbe delitto e non più contravvenzione – sempre nel senso di una recrudescenza sanzionatoria dell'illecito: per un verso, confermando la diversificazione della sanzione pecuniaria a seconda che la discarica sia destinata o meno allo smaltimento di rifiuti pericolosi; per l'altro, attraverso un intervento di chirurgia normativa, associando l'attuale sanzione pecuniaria prevista per la fattispecie aggravata (rifiuti pericolosi; da duecento a trecento quote) alla fattispecie “base” per i rifiuti non pericolosi e, contestualmente, introducendo un'autonoma previsione sanzionatoria “a catena” per l'ipotesi aggravata (da trecento a cinquecento quote).

Il deciso *restyling* previsto per la fattispecie di combustione illecita di rifiuti (articolo 256-*bis* d.lgs. 152/2006) trova un riflesso diretto anche nel sottosistema della responsabilità “da reato” degli enti, entrando le ipotesi delittuose ivi previste – compresa la nuova ipotesi di combustione colposa – nel novero dei reati che fanno scattare la contestazione per l'illecito collettivo (lett. *b-bis*).

Particolarmente gravoso, a tal proposito, è il trattamento sanzionatorio pecuniario riservato, oltre che alle ipotesi in cui ricorra l'aggravante “emergenziale” (comma 4), alla responsabilità dell'ente per fatti commessi in ambito aziendale – siano essi parimenti dolosi o colposi (il comma 3 infatti, nella versione prospettata, rinvierebbe anche al comma 1-*bis*) – puniti con la sanzione pecuniaria da quattrocento a settecento quote; circostanza che, proprio in ragione dell'unificazione sanzionatoria operata, porrebbe certamente penetranti dubbi di

proporzionalità del trattamento sanzionatorio ideato dal legislatore.

Il comparto delle sanzioni interdittive trova un parziale ampliamento in riferimento pure a tale categoria di reati ambientali presupposto, ricomprendendo la comminatoria del comma 7 anche tutti i reati in materia di AIA neointrodotti, entrambe le ipotesi di discarica abusiva – conformemente all'impostazione legislativa di frontale contrasto ai fenomeni di abbandono di ingenti quantitativi di rifiuti (laddove, allo stato, solo la fattispecie relativa ai rifiuti pericolosi è richiamata) – nonché il delitto di combustione illecita, anche colposo.

In merito, appare senz'altro poco oculata la scelta di optare anche per il carico interdittivo in relazione ad alcune fattispecie di reato in materia di AIA, tra l'altro anche alla luce delle previsioni della legge delega che, in attuazione della direttiva 2008/99/CE, aveva portato nel 2011 all'introduzione dei reati ambientali all'interno del d.lgs. 231/2001; si rammenta, infatti, come la l. 96/2010 (Legge comunitaria 2009) disponesse che per i reati ambientali commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente fossero previste *«adeguate e proporzionate sanzioni amministrative pecuniarie, di confisca, di pubblicazione della sentenza ed eventualmente anche interdittive, nell'osservanza dei principi di omogeneità ed equivalenza rispetto alle sanzioni già previste per fattispecie simili»*.

Ebbene, il disegno di legge non sembra del tutto allineato a detto canone di omogeneità ed equivalenza, sol considerando, ad esempio, che il disegno di legge prevede le sanzioni interdittive per l'illecito amministrativo dipendente dalla contravvenzione di esercizio di attività senza AIA o con AIA sospesa o revocata (articolo 29-*quaterdecies*, comma 1, primo periodo d.lgs. 152/2006), fattispecie che a livello individuale punisce l'esercizio abusivo di un'attività soggetta ad AIA, in quanto privo del necessario provvedimento autorizzativo, con la pena alternativa (arresto fino ad un anno o ammenda da duemilacinquecento euro a ventiseimila euro); laddove il legislatore non ha previsto analogo trattamento interdittivo nel caso in cui il reato presupposto sia la contravvenzione di gestione abusiva di rifiuti non pericolosi (articolo 256, comma 1, lett. a) d.lgs. 152/2006), alla prima equiparabile sotto il profilo della tipicità, oltre che per la cornice edittale prevista a carico della persona fisica (arresto

da tre mesi a un anno o ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro).

L'ultima disposizione che interessa l'articolo 25-*undecies* d.lgs. 231/2001 si pone in rapporto di stretta connessione con la fisionomia degli illeciti ambientali che costituiscono presupposto della responsabilità dell'ente e con gli effetti che tipicamente ne derivano.

Sotto questo profilo, il nuovo comma 7-*bis* – in diretta analogia con la disposizione dell'articolo 452-*duodecies* c.p. nel contesto della disciplina dei delitti contro l'ambiente – dispone che nei casi di condanna e di sentenza di patteggiamento in relazione agli illeciti amministrativi dei commi 1 (Codice penale), 2 (d.lgs. 152/2006) e 5 (d.lgs. 202/2007, recante i reati presupposto di inquinamento navale doloso e colposo) il giudice debba ordinare e porre a carico dell'ente il ripristino dello stato dei luoghi, secondo le disposizioni del Titolo II della Parte Sesta del d.lgs. 152/2006 in materia di ripristino ambientale.

Tale misura riparatoria, peraltro, non è prevista "a tappeto", giacché non trova applicazione in relazione ai reati presupposto, espressamente richiamati, di impedimento del controllo (comma 1, lett. e-*bis*), di traffico illecito di rifiuti (comma 2, lett. e), nonché – con rinvii francamente incomprensibili, salvo pensare a un difetto di coordinamento nella bozza iniziale del testo – ai reati del comma 2, lett. f) (di cui è tuttavia prevista poco prima l'abrogazione, stante l'inserimento delle attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti nella sede "propria" degli ecodelitti) e lett. g) (che fa ancora riferimento ai reati in materia di SISTRI, sistema di tracciabilità che, com'è noto, è stato abrogato dall'articolo 6 d.l. 135/2018, c.d. decreto semplificazioni, conv. in l. 12/1019).

La Relazione illustrativa (p. 10) inquadra tale istituto come una *«conseguenza accessoria della condanna (e non, ovviamente, di una nuova autonoma sanzione a carattere precettivo) [...] con cui si mira a favorire la rimozione degli effetti pregiudizievoli cagionati all'ambiente dalla condotta criminosa»*.

Si noti, peraltro, come simile disposizione non sia di fatto coordinata con quella già prevista dal citato articolo 452-*duodecies* c.p., creando una potenziale duplicazione di strumenti ripristinatori, diretti una volta all'ente quale "civilmente obbligato per il ripristino" ai sensi dell'articolo 197 c.p., un'altra quale diretto responsabile dell'illecito amministrativo dipendente da reato.

A chiusura delle novità inserite nell'articolo 25-*undecies* d.lgs. 231/2001, si evidenzia come tuttavia,

ancora una volta, la proposta legislativa sembra perdere l'occasione di inserire nel catalogo dei reati ambientali altre fattispecie criminose che pur rientrerebbero nel campo di applicazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, anche in relazione alla responsabilità degli enti.

Tra gli "esclusi" del disegno di legge, in particolare, si segnalano le fattispecie di reato previste dalla disciplina in tema di rischi di incidenti rilevanti, c.d. Seveso (articolo 28 d.lgs. 105/2015), così come pure altre ipotesi previste in leggi speciali, quali la disciplina in materia di discariche (articolo 16 d.lgs. 36/2003, così come modificato dal recente d.lgs. 121/2020), di veicoli fuori uso (articolo 13 d.lgs. 209/2003), di smaltimento dei PCB (articolo 10, commi 4 e 5 d.lgs. 209/1999) e di incenerimento dei rifiuti (articolo 19 d.lgs. 133/2005).

Un tema che esula parzialmente dall'oggetto della presente trattazione – ma pare comunque opportuno segnalarlo attesa la "contiguità" sostanziale tra i beni giuridici tutelati – riguarda l'introduzione in coda ai reati ambientali, nel nuovo articolo 25-*undecies*.1 d.lgs. 231/2001, di una nuova ipotesi di responsabilità degli enti in relazione al reato di lottizzazione abusiva (articolo 44, comma 1, lett. c) d.P.R. 380/2001, Testo unico edilizia).

L'introduzione dei reati edilizi nel catalogo "231" costituisce una novità senz'altro significativa, che pare certamente ben attagliarsi alle logiche dell'interesse o vantaggio dell'ente, ma che, per la complessità dell'incriminazione e per le tormentate vicende interpretative che l'hanno interessata anche sotto il profilo sanzionatorio, merita un approfondimento e una riflessione che non è possibile in questa sede per ragioni di spazio espositivo.

5. Le modifiche al Codice penale (Capo VI).

Le modifiche introdotte nel tessuto del Codice penale ne interessano tanto la parte "generale", che la parte "speciale", mirando a rendere ancora più afflittivo il complessivo pacchetto punitivo associato alle più gravi manifestazioni dei reati ambientali.

La parte "generale" è toccata dalle modifiche del disegno di legge in punto di pene accessorie e, più specificamente, in relazione alla pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la cui applicabilità (articolo 32-*quater* c.p.), già prevista per gli ecodelitti più gravi (inquinamento ambientale, disastro ambientale,

traffico e abbandono di materiali ad alta radioattività e impedimento del controllo), è estesa ai casi di condanna anche per i delitti di morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (articolo 452-*ter* c.p.) e di omessa bonifica-ripristino (articolo 452-*terdecies* c.p.).

Pure la disciplina della confisca "allargata" o "per sproporzione" (articolo 240-*bis* c.p.) è ritenuta sensibile ai fini di contrasto al crimine ambientale – evidentemente nella prospettiva di aggredire patrimoni illecitamente accumulati da parte di soggetti gravati da imputazioni particolarmente significative – essendo per tali ragioni previsto un ampliamento del catalogo dei reati ambientali che ne consentono l'applicazione.

Già applicabile per il delitto di disastro ambientale, si propone di estendere la confisca "in casi particolari" ai casi di condanna o di patteggiamento per inquinamento ambientale (articolo 452-*bis* c.p.), morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (articolo 452-*ter* c.p.), traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (articolo 452-*sexies* c.p.) e, *expressis verbis*, per il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (richiamo a rigore non necessario, rientrando già la fattispecie nell'elenco delle fattispecie dell'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p., prima tra le disposizioni richiamate dall'articolo 240-*bis* c.p.; non si esclude, peraltro, la ricorrenza dell'equivoco interpretativo del legislatore, per cui v. *retro*, §.3).

La parte "speciale" del Codice penale assiste a numerose modifiche, tutte riguardanti le norme sui delitti contro l'ambiente, nell'ottica di razionalizzarne la disciplina e di apportare alcuni correttivi ritenuti opportuni nella prospettiva di contrasto alla criminalità ambientale.

Innanzitutto, il legislatore fa "un passo indietro" rispetto alla riforma del 2015 sull'inserimento nel Titolo VI-*bis* delle aggravanti speciali previste in caso di associazioni (per delinquere o mafiosa) "ambientali" e originariamente collocate nell'articolo 452-*octies* c.p.

Tale disposizione è oggetto di abrogazione, con contestuale inserimento delle suddette circostanze aggravanti nella sede "propria" delle rispettive fattispecie di riferimento, nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico.

Così, l'aggravante dell'articolo 452-*octies*, comma 1 c.p. è trasferita quasi del tutto inalterata nel corpo dell'articolo 416, comma 6 c.p., salvo due modifiche di tutto rilievo: da un lato, non è più precisato che

l'associazione per delinquere è aggravata se diretta «*in via esclusiva o concorrente*» a commettere un ecodelitto; dall'altro, è opportunamente puntualizzato che, anche per ragioni strutturali, tra gli ecodelitti-fine di cui al Titolo VI-*bis* non rilevano quelli colposi.

L'assorbimento di tale aggravante nel corpo dell'articolo 416 c.p. determina, anzitutto, una modificazione *in peius* del trattamento sanzionatorio dell'associato a cui sia contestata, dal momento che l'articolo 452-*octies* c.p. la configura attualmente come una circostanza a effetto comune, con un aumento fino a un terzo; l'articolo 416, comma 6 c.p., invece, prevede una circostanza a effetto speciale, con aumenti sulle pene superiori al terzo, nei minimi e nei massimi (ad esempio, per il semplice partecipe del comma 2, si passa dalla reclusione da uno a cinque anni alla reclusione da quattro a nove anni). Identico intervento è effettuato in relazione all'aggravante dell'articolo 452-*octies*, comma 2 c.p., traslata all'interno dell'articolo 416-*bis*, comma 4 c.p., con la sola esclusione dei delitti contro l'ambiente colposi dal novero dei delitti fine e mantenendo inalterata l'ipotesi alternativa in cui l'associazione mafiosa sia finalizzata «*all'acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale*»; anche in questo caso, si assiste a un complessivo consolidamento del trattamento sanzionatorio portato dalla circostanza aggravante, i cui aumenti nel minimo e nel massimo sono cristallizzati dal legislatore nelle cornici edittali aggravate previste dalla disposizione.

La formale abrogazione delle due fattispecie aggravate presenti nella disciplina del Titolo VI-*bis* del Codice penale e il loro contestuale spostamento nelle fattispecie associative di rispettiva pertinenza determina altresì, come effetto diretto, una ricaduta sul catalogo dei reati presupposto; posto che, infatti, è parimenti disposta l'abrogazione dell'articolo 25-*undecies*, comma 1, lett. d) d.lgs. 231/2001 che oggi richiama il suddetto articolo 452-*octies* c.p., la commissione di tali ipotesi criminose condurrà comunque alla contestazione della responsabilità "da reato" degli enti, seppur ai sensi del diverso articolo 24-*ter* d.lgs. 231/2001 in tema di delitti di criminalità organizzata.

Come messo anche in luce dalla Relazione illustrativa (p. 13), la proposta portata dal disegno di legge determinerebbe l'ingresso di tali ipotesi delittuose nel circuito della disciplina processuale in tema di

criminalità organizzata (articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p.) e così, a cascata, tutta una serie di conseguenze di notevole spessore: l'attribuzione funzionale dei relativi procedimenti alla competenza delle Procure distrettuali; l'aumento dei relativi termini di prescrizione (che peraltro risultano già oggi raddoppiati, alla luce dell'inclusione dei delitti contro l'ambiente nella disciplina dell'articolo 157, comma 6 c.p.); l'ampliamento della platea dei destinatari delle misure di prevenzione applicate dall'autorità giudiziaria e delle misure di prevenzione patrimoniali, che diverrebbero applicabili anche agli indiziati di tali delitti (giusta il richiamo dell'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p. nell'articolo 4, comma 1, lett. b) d.lgs. 159/2011); il possibile ricorso, per dette ipotesi, a strumenti particolarmente invasivi, quali le intercettazioni preventive (articolo 226 disp. att. c.p.p.; articolo 78 d.lgs. 159/2011), le intercettazioni e il captatore informatico (articolo 266, comma 2-*bis* c.p.p.).

Altri interventi, taluni dei quali di portata sostanziale, riguardano le singole fattispecie incriminatrici dei delitti contro l'ambiente.

Per quanto riguarda il delitto di inquinamento ambientale (articolo 452-*bis* c.p.), la circostanza aggravante del comma 2, relativa agli eventi di inquinamento cagionati in aree protette o "vincolate" o in danno di specie animali o vegetali protette, è trasformata da circostanza a effetto comune a circostanza a effetto speciale, disponendo che l'aumento di pena sia «*da un terzo alla metà*».

È introdotta, inoltre, una nuova circostanza aggravante al comma 3, sempre a effetto speciale (con aumento «*da un terzo a due terzi*»), per l'ipotesi in cui la condotta incriminata cagioni un evento di «*deterioramento, compromissione o distruzione di un habitat all'interno di un sito protetto*», novità che, nelle intenzioni del legislatore, fa da *pendant* all'abrogazione della contravvenzione dell'articolo 733-*bis* c.p.

La Relazione illustrativa (p. 14) osserva come, in tal modo, «*nella più generale previsione codicistica in tema di inquinamento ambientale viene riassorbita la fattispecie contravvenzionale*», così presuntamente anticipando eventuali «*problematiche prospettabili in relazione all'operare del principio di specialità*» e, comunque, nella prospettiva di «*delineare una cornice sanzionatoria maggiormente adeguata all'oggettiva gravità dei fatti*».

Inutile segnalare, in proposito, come il tema dei rapporti tra norme sembri affrontato troppo

frettolosamente, senza cioè ponderare a fondo i reali effetti di un simile intervento alla luce dei caratteri strutturali tra le due fattispecie e del supposto rapporto di continenza (laddove, a ben vedere, i fatti incriminati non sono in tutto sovrapponibili), circostanza che porrà in sede di applicazione giudiziaria inevitabili controversie interpretative.

Seppur non attinta da modifiche incidenti direttamente sul testo della fattispecie, occorre segnalare come il delitto di morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale, punito dall'articolo 452-ter c.p., sia stato oggetto di una decisa valorizzazione e di un proposito di "rivitalizzazione" nel contesto della novella, anzitutto riconoscendo al reato – come ritenuto in più momenti della stessa Relazione illustrativa – natura di fattispecie autonoma e non di circostanza aggravante, dunque non suscettibile di entrare nel giudizio di comparazione e in quanto tale idoneo a fondare l'applicazione dello strumentario repressivo variamente predisposto dal disegno di legge (misure di prevenzione, responsabilità dell'ente, pene accessorie, confisca "allargata", confisca speciale).

Il delitto di disastro ambientale (articolo 452-*quater* c.p.) subisce modifica analoga a quella dell'inquinamento ambientale in punto di incremento sanzionatorio per la circostanza aggravante del comma 2, ma soprattutto vede l'obliterazione della clausola di sussidiarietà («*Fuori dai casi previsti dall'articolo 43*») posta in esordio della norma, che tanti dubbi ha fatto e fa tuttora sorgere in merito ai rapporti tra disastro nominato e disastro innominato.

Si ricorda, brevemente, che la clausola di sussidiarietà espressa era stata introdotta dal legislatore del 2015 con l'intento, senz'altro apprezzabile, di garantire la perdurante applicazione in sede giudiziaria del delitto dell'articolo 434 c.p., tuttavia utilizzando una tecnica fortemente discutibile già dal punto di vista dogmatico (la sussidiarietà regola le ipotesi di concorso apparente tra norme e non la successione intertemporale tra fattispecie) e fonte di un *caos* interpretativo, dottrinale e giurisprudenziale, già a livello di fattispecie astratta.

L'eliminazione dell'*incipit* della norma – che la Relazione illustrativa (p. 14) bolla come «*certamente superfluo quan[t]o addirittura foriero di incertezze ermeneutiche e applicative*» – pur se non definitivamente risolutiva del vero e proprio rompicapo interpretativo creato dal legislatore del

2015, almeno consentirà di ricomporre la discussione circa i rapporti tra i "disastri" lungo i binari di un corretto approccio dogmatico.

L'atteggiamento di rigore del legislatore nei confronti della materia penale ambientale si intravede, in controluce, nella modifica che abbatte la riduzione sanzionatoria associata al coefficiente soggettivo colposo posto a sostegno dei fatti di inquinamento ambientale e disastro ambientale (articolo 452-*quinquies* c.p.), disponendo che le pene rispettivamente previste per i corrispondenti fatti dolosi siano diminuite da un terzo «*alla metà*» (non più a due terzi).

In questa sede, peraltro, si è forse persa l'occasione per puntualizzare, tanto a livello testuale quanto a livello sistematico, l'accidentata fattispecie di pericolo del comma 2, ad esempio introducendo un riferimento alle "condotte" (e non ai «*fatti*» come accade attualmente) e magari riformulando la disposizione al fine di delucidare l'interprete circa la natura circostanziale o di fattispecie autonoma del fatto ivi descritto.

Il delitto di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (articolo 452-*sexies* c.p.) è oggetto di una più attenta tipizzazione delle condotte incriminate, nella parte in cui, accanto all'elenco già piuttosto cospicuo presente nell'odierna versione della norma, si aggiunge la condotta di colui che «*usa, trasforma*» ovvero «*disperde*» il suddetto materiale.

L'intervento additivo è motivato dalla Relazione illustrativa (p. 15) dalla necessità di realizzare «*un più compiuto allineamento della disposizione alle previsioni della Direttiva 2008/99 [...] che, all'art. 3, lett. e), elenca uno spettro estremamente ampio di condotte da sottoporre a sanzione*», nonché di omogeneizzare la disposizione incriminatrice alla fattispecie "madre" della l. 704/1982 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Vienna del 1980 sulla protezione fisica dei materiali nucleari); ciò sebbene, a ben vedere, le condotte di uso e trasformazione potrebbero già essere assorbite dalla condotta di detenzione del materiale, che tali fatti presuppongono in capo all'agente, mentre quella di dispersione potrebbe ritenersi sufficientemente presidiata dalla condotta di abbandono.

Non è invece chiaro – essendo forse frutto di un refuso ovvero probabilmente riferito a precedente bozza del disegno di legge – il rilievo che la Relazione illustrativa svolge circa l'eliminazione dell'avverbio «*illegittimamente*», ritenuto ridondante

e «*pleonastico alla luce della generale connotazione in termini di «abusività» già richiesta per tutte le condotte oggetto di incriminazione»*, laddove nell'articolato di riforma tale proposta di intervento non è rinvenibile.

Mentre non si pone rimedio alle incertezze emerse in sede di analisi del delitto di impedimento del controllo (articolo 452-*septies* c.p.) circa la forma libera o vincolata, e dunque della sua latitudine applicativa, della condotta di "compromissione" degli esiti dell'attività di vigilanza, è apportata un'integrazione puntuale alla circostanza aggravante ambientale "teleologica" dell'articolo 452-*novies* c.p., che, per ragioni di coerenza rispetto all'omologa circostanza comune dell'articolo 61, n. 2 c.p., viene a determinare un incremento sanzionatorio quando un fatto di reato è commesso non solo per eseguire, ma anche per «*occultare»* uno o più delitti previsti dal Titolo VI-*bis* del Codice penale, dal d.lgs. 152/2006 o da altra disposizione di legge a tutela dell'ambiente ovvero «*per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo o la impunità di un altro reato»*.

Viceversa, sul versante delle circostanze attenuanti integranti il ravvedimento operoso (articolo 452-*decies* c.p.), è operato un semplice coordinamento normativo, sostituendo, per quanto attiene all'applicazione delle circostanze suddette al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, l'attuale riferimento al "vecchio" articolo 260 d.lgs. 152/2006 con il rinvio al "nuovo" articolo 452-*quaterdecies* c.p., ritocco affatto necessario dal momento che la stessa disposizione esordisce riferendosi proprio ai «*delitti di cui al presente titolo»*, che certamente ricomprende anche la fattispecie menzionata.

Sarebbe stato opportuno, invece, per ragioni di coordinamento, eliminare la menzione del reato associativo «*aggravato ai sensi dell'articolo 452-*octies*»* e interporre il riferimento all'articolo 416, comma 6, nella parte relativa ai delitti-fine ambientali.

È ampliato lo spettro applicativo della disposizione dell'articolo 452-*undecies* c.p., concernente la confisca speciale, ora prevista anche in caso di condanna o di patteggiamento per il delitto di morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (articolo 452-*ter* c.p.); se incomprensibile appare ancora una volta il richiamo all'abrogato articolo 452-*octies* c.p. – ma in ogni caso la confiscabilità del prezzo, del profitto e degli

strumenti del reato è comunque garantita dalla disposizione dell'articolo 416-*bis*, comma 7 c.p. per l'associazione mafiosa "ambientale" (per l'associazione per delinquere è noto invece il contrasto circa l'autonoma ascrivibilità di un profitto in via diretta e immediata al reato associativo) – desiderabile appare, per ragioni di ordine sistematico, l'inserimento in detta sede del richiamo al delitto dell'articolo 452-*quaterdecies* c.p. (che, com'è noto parimenti prevede la confisca obbligatoria al comma 4, disposizione di cui si dispone la contestuale abrogazione).

Infine, si propone l'introduzione di una forma di interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, speciale rispetto a quella prevista dall'articolo 32-*bis* c.p., mediante l'aggiunta di un nuovo articolo 452-*quinquiesdecies* c.p. che dispone l'applicazione di detta pena accessoria «*per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni»* in caso di condanna – senza limiti di sorta – per i delitti di inquinamento ambientale (articolo 452-*bis* c.p.), morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (articolo 452-*ter* c.p.), disastro ambientale (articolo 452-*quater* c.p.) e traffico e abbandono di materiali ad alta radioattività (articolo 452-*sexies* c.p.).

6. Le altre modifiche in materia sostanziale e processuale (Capo I, Capo III e Capo V).

Il disegno di legge in esame, da ultimo, introduce alcune modifiche di dettaglio alla normativa sostanziale, nonché sul versante processuale penale. In riferimento alla disciplina ambientale, nell'ambito del Capo I del disegno di legge, è proposta una modifica alle disposizioni degli articoli 262 e 263 d.lgs. 152/2006 sotto il profilo dell'irrogazione e riscossione delle sanzioni pecuniarie relative alla rimozione dei rifiuti oggetto di abbandono o deposito incontrollato da parte di privati, ai sensi dell'articolo 255, comma 1, primo periodo d.lgs. 152/2006.

Mentre allo stato attuale detta competenza spetta alla Provincia, attraverso la modifica dell'inciso derogatorio dell'articolo 262, comma 1 d.lgs. 152/2006 (oggi riferito alle sanzioni in materia di imballaggi), si decide di attribuire il relativo potere ai Comuni, cui in passato già l'articolo 55 d.lgs. 22/1997 riconosceva tale prerogativa sempre in via eccezionale.

Allo stesso modo, si interviene sul disposto dell'articolo 263, comma 1 d.lgs. 152/2006 in tema di

destinazione delle somme pagate a titolo di sanzioni amministrative, prevedendo che i relativi proventi siano destinati ai Comuni medesimi, sul presupposto esplicitato dalla Relazione illustrativa (p. 4) che su tali enti territoriali «hanno continuato a gravare i costi di rimozione dei rifiuti abbandonati e di ripristino dello stato dei luoghi in caso di mancata individuazione dei soggetti responsabili».

Nell'ambito della disciplina sull'immigrazione, alcuni degli ecodelitti del Titolo VI-bis del Codice penale, evidentemente ritenuti espressivi di un disvalore particolarmente pregnante – si tratta delle ipotesi di inquinamento ambientale (articolo 452-bis c.p.), morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (articolo 452-ter c.p.), disastro ambientale (articolo 452-quater c.p.), traffico e abbandono di materiali ad alta radioattività (articolo 452-sexies c.p.) e attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (articolo 452-quaterdecies c.p.) – sono introdotti quali “reati ostativi” nel catalogo dell'articolo 4, comma 3, terzo periodo d.lgs. 286/1998 (Testo unico immigrazione), per cui una condanna anche patteggiata e non definitiva, secondo valutazione effettuata *ex ante* dal legislatore senza lasciare margini di discrezionalità residui all'Amministrazione, impedisce il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno, giusta la previsione del successivo articolo 5, comma 5.

La normativa processuale penale è oggetto di una interpolazione, nell'ambito delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura penale, per quanto concerne l'affidamento e l'assegnazione agli organi di polizia giudiziaria di taluni beni sequestrati e confiscati.

In particolare, si rammenta che l'articolo 86-bis disp. att. c.p.p. già prevede, in materia di criminalità informatica, la possibile destinazione, a titolo d'uso temporaneo (comma 1) o in via definitiva (comma 2), dei beni utilizzati per commettere determinati reati ivi elencati e oggetto di sequestro e/o confisca a favore degli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta ovvero alle amministrazioni, sulla scorta tra l'altro di analoghe previsioni contenute nelle leggi di settore (così, in materia di contrabbando l'articolo 301-bis d.P.R. 43/1973; in materia di stupefacenti, l'articolo 100 d.P.R. 309/1990; in materia di immigrazione l'articolo 12, comma 8 d.lgs. 286/1998).

Il disegno di legge propone un'estensione di detta disciplina anche ai reati ambientali espressamente indicati e in relazione alle categorie di beni

individuati, apportando gli opportuni correttivi richiesti dalla specificità della materia e contestualmente ottimizzando la disciplina generale relativa al subprocedimento di assegnazione.

Così, sotto quest'ultimo profilo, è previsto, per le ipotesi di assegnazione “informatica” e “ambientale”, che, qualora esigenze di natura processuale ostino all'accoglimento della richiesta di affidamento dei beni in via temporanea, la decisione di rigetto sia adottata dall'Autorità giudiziaria procedente con decreto motivato.

Emergono in tale contesto pure le innegabili esigenze di tutela dei terzi proprietari dei beni oggetto di affidamento temporaneo con facoltà d'uso, nella parte in cui si tipizzano le modalità di intervento del terzo (comma 1-bis), il quale dovrà essere appositamente convocato dall'autorità giudiziaria al fine di svolgere le proprie deduzioni e richieste di acquisizione – finalizzate a ottenere la restituzione dei beni sequestrati o quantomeno, ma la norma tace sul punto, a impedirne l'utilizzo temporaneo – se del caso mediante l'assistenza di un difensore, nell'ambito di un contraddittorio regolato dalle norme del Codice di procedura penale in quanto compatibili.

Con specifico riferimento al settore dei reati ambientali, il nuovo comma 3 prevede anzitutto l'applicabilità della disciplina sull'affidamento temporaneo dei precedenti commi 1 e 1-bis nei procedimenti per i reati di combustione illecita (in entrambe le ipotesi punite dall'articolo 256-bis, commi 1 e 2 d.lgs. 152/2006) e traffico illecito di rifiuti (articolo 259, comma 1 d.lgs. 152/2006), nonché per i delitti di inquinamento ambientale (articolo 452-bis c.p.), morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale (articolo 452-ter c.p.), disastro ambientale (articolo 452-quater c.p.), traffico e abbandono di materiali ad alta radioattività (articolo 452-sexies c.p.), impedimento del controllo (articolo 452-septies c.p.) e attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (articolo 452-quaterdecies c.p.).

I beni suscettibili di affidamento temporaneo con facoltà d'uso sono individuati nei beni mobili iscritti in pubblici registri, navi, imbarcazioni, natanti e aeromobili oggetto di provvedimenti di sequestro (probatorio; per il sequestro preventivo, in astratto non incompatibile, si pone il problema di consentirne l'applicazione in via analogica, atteso che l'articolo 104 disp. att. c.p.p. non rinvia più, a partire dal 2009, alle «disposizioni relative al sequestro probatorio

contenute nel capo VI» in cui è collocato l'articolo 86-bis disp. att. c.p.p.) e «utilizzati» per la commissione dei reati ambientali poc'anzi illustrati.

Gli adattamenti rispetto alla disciplina generale sono realizzati, intanto, in relazione ai soggetti destinatari dell'assegnazione temporanea, individuati nei soli organi di polizia giudiziaria che ne abbiano fatto richiesta «per l'impiego in attività di prevenzione e repressione di illeciti in materia ambientale» (si pensi, ad esempio, alle attività di osservazione, controllo e pedinamento ricorrenti nelle indagini in materia ambientale e spesso richiedenti il dispiegamento di svariati mezzi di polizia).

A tal proposito, si ha la cura di specificare, data la natura dei beni in questione e il regime cui soggiace la loro circolazione, che «gli oneri relativi alla gestione, ivi inclusa l'assicurazione obbligatoria dei veicoli, dei natanti e degli aeromobili, sono a carico dell'ufficio o comando usuario».

Infine, nell'ipotesi in cui sia disposta la confisca in via definitiva del bene, si prevede che la richiesta di assegnazione possa essere avanzata non solo dall'Amministrazione di appartenenza degli organi di polizia che ne abbiano avuto l'uso, ma anche dalle «associazioni, comunità od enti che si occupino di attività finalizzata alla tutela dell'ambiente», all'insegna di una sorta di risarcimento in forma specifica per la frustrazione delle finalità statutarie (che già ne legittimano l'inserimento della pretesa civilistica in sede processuale).

Matteo Riccardi

Avvocato del Foro di Milano.

Mara Chilosi

Avvocato del Foro di Milano.

¹ Per un sintetico quadro delle novità, si veda già E. NAPOLETANO, *Riforma dei delitti ambientali: prime riflessioni in merito alle novità proposte nel disegno di legge "Terra Mia"*, in questa Rivista, 26 ottobre 2020.

² Nel corso del *question time* svoltosi in data 7 ottobre 2020 avanti alla Camera dei Deputati, il Ministro dell'Ambiente, Sergio Costa, ha fornito un saggio esaustivo delle linee di intervento del Governo in materia penale ambientale, dando atto anzitutto che «nel 2018, in questa legislatura, quindi, il Parlamento ha votato la legge n. 132, che consente i piani di emergenza interna dei siti di stoccaggio piuttosto che di lavorazione dei rifiuti, con particolare riferimento agli incendi, e quelli esterni», in vista dell'ambizioso e forse utopico obiettivo del "rischio zero", giacché – prosegue il Ministro – «noi vogliamo zero incendi di rifiuti, specialmente in quei siti dove i roghi partono, diciamo così, dove si stoccano i rifiuti, piuttosto che dove si lavorano i rifiuti o altro». Nel dettaglio del provvedimento in esame, il Ministro ha affermato, senza mezzi termini, che il disegno di legge "Terra mia" si propone di «fare un salto di qualità per contrastare i criminali, cioè per aiutare l'imprenditoria sana, ma contrastando i criminali. In quel caso noi parliamo di criminalità e criminalità non vuol dire necessariamente criminalità organizzata, ma è criminalità in ogni caso, che aggredisce le vite delle persone, oltre che ovviamente l'ambiente nel quale viviamo». A chiusura dell'interrogazione, il Ministro ha precisato emblematicamente che «Non si tratta di essere "manettari", si tratta invece semplicemente di distinguere tra chi fa il lavoro in modo onesto e i criminali».

³ Sulla clausola "231" contenuta nell'articolo 256-bis, comma 3 d.lgs. 231/2001, cfr. recentemente M. CHILOSI-M. RICCARDI, *Illeciti ambientali e forme "occulte" di responsabilità ai sensi del D.Lgs. 231/2001. Un quantum genus all'orizzonte?* in AODV231.it, 30 settembre 2020.

⁴ Per una disamina delle condizioni cui soggiace la tutela dei terzi in materia penale ambientale, cfr. M. RICCARDI, *Gestione abusiva di rifiuti, occasionalità della condotta e confisca del mezzo ai danni del terzo estraneo*, in questa Rivista, 2019, 10, 13 ss.

⁵ Per un'analisi delle problematiche afferenti alla disciplina della Parte Sesta-bis d.lgs. 152/2006, cfr. recentemente P. FIMIANI, *Gli aspetti problematici nel sistema di estinzione dei reati ambientali previsto dal titolo VI-bis del T.U.A.*, in *Lexamb. – Riv. Trim.*, 2019, 4, 22 ss. Più ampiamente, sul contesto di riforma in cui si è inserita la procedura di estinzione delle contravvenzioni ambientali, si vedano i vari contributi inseriti in C. RUGA RIVA (a cura di), *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, tra cui volendo M. CHILOSI, *Estinzione delle contravvenzioni ambientali*.

Note a commento sulla nuova disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

di **F. A. Maisano** e **C. M. Piazza**

Il Decreto Legge 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con Legge 28 febbraio 2020, n. 7, è intervenuto sulla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, apportando modifiche sostanziali alla c.d. Riforma Orlando (D. Lgs. n. 216/2017) che ha acquistato efficacia, così come modificata, a far data dal 1° settembre 2020 (data aggiornata dall'art. 1 D.L. 30 aprile 2020, n. 28, convertito in Legge n. 70 del 25 giugno 2020).

Va rilevato che il presente Decreto Legge si pone in una posizione intermedia rispetto al regime codicistico del 1988 e quanto il legislatore del 2017 intendeva introdurre, rappresentando così una sorta di crocevia tra il vecchio e il nuovo. Nel suo complesso la riforma sulle intercettazioni risente molto dell'impronta del passato, pur tuttavia introducendo spunti di attualità, quali ad esempio l'istituzione di un archivio digitalizzato ed informatizzato idoneo al deposito di verbali e registrazioni (art. 89-*bis* disp. att. C.p.p.), o ancora sostituendo un lessico anacronistico in favore di una terminologia certamente più moderna, così come evidenzia la nuova rubrica dell'art. 242 C.p.p. "Traduzione di documenti. Trascrizione di *registrazioni*".

Sommario. **1.** L'individuazione della data di iscrizione del procedimento penale. – **2.** Il D. L. n. 161/2019: la *discovery* degli atti di intercettazione. – **2.1.** Il novellato articolo 268, comma 6, C.p.p. – **2.2.** La *discovery* degli atti di intercettazione a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari – **2.3.** La *discovery* degli atti di intercettazione nel caso di giudizio immediato. – **2.4.** La *discovery* dei verbali di intercettazione a seguito del procedimento applicativo di una misura cautelare. – **3.** La c.d. Udienza di stralcio. – **4.** La riforma sulle intercettazioni con riferimento all'articolo 270 C.p.p. – **4.1.** L'utilizzabilità delle intercettazioni "tradizionali" in procedimenti diversi. – **4.2.** L'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni operate mediante il *trojan horse* in procedimenti diversi. – **5.** Il controllo sulla legittimità delle intercettazioni operate mediante captatore informatico. – **6.** La tutela della riservatezza quale obiettivo dichiaratamente perseguito dal D. L. n. 161/2019. – **7.** Il divieto di trascrizione delle conversazioni o comunicazioni con il difensore.

1. L'individuazione della data di iscrizione del procedimento penale.

Il Decreto Legislativo 30 dicembre 2019, n. 161, rubricato « *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni* », convertito con Legge 28 febbraio 2020, n. 7, interviene sulla disciplina delle intercettazioni modificando sia alcune delle disposizioni di cui al Decreto Legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 (c.d. Riforma Orlando), sia altre disposizioni del codice di procedura penale e disposizioni attuative, sempre con riferimento alla materia delle intercettazioni.

Le disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 della c.d. Riforma Orlando, così come le disposizioni introdotte dal Decreto Legge n. 161/2019 acquistano efficacia nei procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020, data questa aggiornata in conseguenza dell'emergenza pandemica da Covid-19.

Emergenza sanitaria a parte, la disposizione transitoria di cui all'art. 1 D.L. n. 161/2019 era già stata emendata in sede di conversione sulla scorta delle preoccupazioni manifestate anche dal CSM, ed era già stata così posticipata la data di "confine" tra il "vecchio" regime ed il nuovo, inizialmente fissata nel 1° marzo 2020¹. La *ratio* sottesa al differimento dell'efficacia delle nuove disposizioni era essenzialmente riconducibile alla necessità di garantire alle procure della Repubblica un tempo sufficiente all'installazione delle apparecchiature informatiche e digitali richieste dalla riforma². Inoltre, va rilevato che l'adeguamento degli uffici delle procure alle nuove tecnologie era già stato posto alla base delle ben quattro proroghe di differimento dell'efficacia delle disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 del D. Lgs. n. 216/2017, essendo i soli articoli 1 e 6 già entrati in vigore.

Entrando nel "vivo" della novella, va segnalato che contrariamente a quanto prevedeva la c.d. Riforma

Orlando³, l'art. 1 D.L. n. 161/2019 impone che l'efficacia della riforma sia subordinata alla data in cui è stato iscritto il procedimento penale; la scelta operata dal legislatore del 2019 chiarisce e semplifica il regime a cui devono sottostare le intercettazioni che viene ora determinato dal giorno di iscrizione del reato nel registro della Procura ai sensi dell'art. 335 C.p.p., e non già dal giorno in cui interviene il decreto autorizzativo. Grazie al nuovo dettame normativo vengono quantomeno arginate le problematiche che sarebbero sorte in caso di commistione di due differenti discipline all'interno di un medesimo procedimento penale come inizialmente previsto dal D. Lgs. n. 216/2017⁴; per fare un esempio, a differenza di quanto era stabilito nella c.d. Riforma Orlando, la disciplina odierna prevede che qualora vengano autorizzate le intercettazioni in un procedimento penale iscritto fino al 31 agosto 2020 – compreso –, anche il decreto di proroga è subordinato alla disciplina ante-riforma seppur postumo a tale data. Nonostante l'apprezzabile modifica apportata all'articolo 9 D. Lgs. n. 216/2017, non possono ritenersi esaurite tutte le questioni e le incertezze che potrebbero comunque sorgere in conseguenza dei due diversi regimi di intercettazioni; si pensi, ad esempio, al caso di intercettazioni relative a due procedimenti penali iscritti l'uno prima del 1° settembre 2020 e l'altro poi, ed in seguito riuniti. Come suggerisce il Parere del CSM sul Disegno di Legge, sarà compito della giurisprudenza elaborare le risoluzioni adeguate alle diverse problematiche che potrebbero verificarsi soprattutto nella prima fase applicativa della riforma.

2. Il D. L. n. 161/2019: la *discovery* degli atti di intercettazione.

Secondo quanto stabilito dal combinato disposto dei novellati artt. 268 comma 4, 269 C.p.p. e 89-*bis* disp. att. C.p.p., i verbali e le intercettazioni, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato le stesse, sono conservati presso il recentemente introdotto archivio digitale tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica.

Proprio a seguito del deposito dei summenzionati atti presso l'archivio digitale, il codice di procedura penale fa sorgere in capo al pubblico ministero l'obbligo di *discovery* dei risultati delle intercettazioni; sono in particolare gli articoli 268, 415-*bis*, 454 e 293 C.p.p. a regolare i differenti e alternativi meccanismi che consentono ai difensori di

esaminare quanto depositato nell'archivio di cui all'articolo 89-*bis* disp. att. C.p.p.

2.1. Il novellato articolo 268, comma 6, C.p.p.

L'articolo 268 comma 6 C.p.p. primo periodo, così come novellato dal D.L. n. 161/2019, regola uno dei possibili meccanismi di *discovery* degli atti, laddove prevede che, salvo il grave pregiudizio delle indagini, in seguito al deposito deve essere dato avviso ai difensori delle parti della facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni, ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche entro il termine fissato dal pubblico ministero.

Rispetto a quanto stabilito ante-riforma, la disposizione in questione presenta un unico aspetto di novità, legato sostanzialmente alla necessità di adattare le previsioni del codice all'avanzamento tecnologico dei tempi; com'è logico aspettarsi, coerentemente con l'istituzione dell'archivio *digitale*, le facoltà date ai difensori delle parti dovranno essere esperite «per via telematica».

Se da un lato risulta certamente apprezzabile l'emendamento attuato in sede di conversione del D.L. n. 161/2019 volto ad ampliare i soggetti legittimati all'avviso, originariamente individuati nei soli «difensori dell'imputato», per altro verso non si può che prendere mestamente coscienza della mancata previsione della facoltà per i difensori di estrarre copia degli atti visionati, confermata anche dalla Legge di conversione n. 7/2020. A parere di chi scrive, una tale menomazione del diritto di difesa non appare in alcun modo condivisibile. Neppure una eventuale *ratio* fondata sulla tutela della *privacy* dei soggetti coinvolti nelle operazioni di intercettazione giustificerebbe la scelta del legislatore del 2019 di non colmare il *vulnus* normativo già presente nel codice del 1988, quale è la mancata previsione del diritto per i difensori di ottenere copia dei *files* visionati (*rectius*: ascoltati); risulterebbe fortemente pregiudizievole nei confronti dei difensori il timore che questi ultimi possano illecitamente diffondere le copie contenenti informazioni riservate dei soggetti intercettati, senza considerare il fatto che tale preoccupazione potrebbe essere arginata, se non addirittura elisa, da meccanismi alternativi rispetto a quelli che comprimono il diritto di difesa. A tal riguardo, vi soccorre ad esempio il recentemente introdotto comma 2-*bis* art. 114 C.p.p. che, vietando la pubblicazione, anche parziale, delle intercettazioni

non acquisite, impedisce la diffusione a mezzo stampa delle informazioni riservate e custodite presso l'archivio digitale di cui all'art. 269 C.p.p. Soprattutto in considerazione della facoltà per i difensori di indicare ulteriori registrazioni ritenute rilevanti nella c.d. Udienza Stralcio di cui si tratterà in seguito, a nostro parere appare fortemente pregiudizievole del diritto di difesa limitare il diritto di copia degli atti esaminati solo quando questi siano stati trascritti (ex art. 268 comma 8 C.p.p.), ovvero acquisiti (ex art. 89-bis comma 4 disp. att. C.p.p.); per le ragioni sovra esposte non rimane che auspicare una lettura costituzionalmente orientata della norma, se non addirittura una riforma che preveda in maniera espressa tale facoltà.

2.2. La *discovery* degli atti di intercettazione a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

La seconda disposizione che si occupa di disciplinare il primo contatto della difesa con gli atti delle intercettazioni è contenuta nel recentemente introdotto comma 2-bis art. 415-bis C.p.p.; secondo questo nuovo comma infatti, qualora non si sia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6, l'avviso di conclusione delle indagini per reati iscritti a partire dal 1 settembre 2020 dovrà contenere l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno la facoltà di esaminare per via telematica gli atti depositati presso l'archivio delle intercettazioni ed estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Entro 20 giorni dalla notifica dell'avviso di cui all'art. 415-bis C.p.p., il difensore può inoltre depositare l'elenco di ulteriori registrazioni ritenute rilevanti all'ufficio di procura e, qualora il Pubblico Ministero dovesse rigettare tale istanza⁵, il difensore è legittimato a richiedere al Giudice di procedere nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 C.p.p.

Com'è stato evidenziato dal Parere del CSM sul D.L. n. 161/2019, sorgono non poche perplessità in relazione alla ristrettezza dei termini stabiliti dal Legislatore; soprattutto laddove il materiale delle intercettazioni dovesse essere cospicuo, appare irrisorio il termine di 20 giorni entro cui il difensore è vincolato ad esaminare gli atti ed eventualmente poi produrre l'elenco delle ulteriori intercettazioni.

Ci si domanda infine quale sia la soluzione nel caso in cui il Pubblico Ministero ometta di depositare formalmente gli atti di intercettazione nell'archivio a seguito dell'avviso di cui all'art. 415-bis; l'Ufficio del

Massimario della Suprema Corte con la Relazione n. 35/2020⁶, al fine di rispondere al presente quesito, ha enunciato i due principali e antitetici orientamenti in tema di intempestivo deposito di elementi di prova. Secondo una prima tesi più risalente nel tempo⁷, il mancato deposito tempestivo di un elemento di prova determinerebbe non già la nullità del rinvio a giudizio e del conseguente decreto che dispone il giudizio, quanto l'inutilizzabilità del singolo atto, tranne nei casi di acquisizione dell'atto in un momento successivo all'avviso di conclusione delle indagini preliminari e prima del rinvio a giudizio, ovvero di indagine integrativa ex art. 419, comma 2 C.p.p., e suppletiva ex art. 430 C.p.p.; a questo orientamento se ne contrappone uno più recente⁸, secondo cui l'omesso deposito degli atti di indagine contestualmente alla notifica dell'avviso di cui all'art. 415-bis C.p.p. determina una nullità di ordine generale a regime intermedio per violazione delle prerogative difensive (ex art. 178, lett. c) C.p.p.). L'assunto su cui si fonda la seconda tesi è costituito dal fatto che in tale ipotesi non si verifica alcuna delle cause di inutilizzabilità di cui all'art. 271 C.p.p., essendo state le operazioni di intercettazioni legittimamente eseguite, ma si assiste piuttosto ad una violazione del procedimento dovuta all'omessa selezione e acquisizione delle stesse al fascicolo del dibattimento, eccezionale a richiesta di parte.

2.3. La *discovery* degli atti di intercettazione nel caso di giudizio immediato.

Il legislatore del 2019 si è altresì premurato di disciplinare la *discovery* degli atti di intercettazione anche nel caso di giudizio immediato; all'articolo 454 C.p.p. è stato infatti introdotto il comma 2-bis che prevede l'obbligo in capo al pubblico ministero di depositare l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei flussi unitamente alla richiesta di giudizio immediato nel caso in cui non abbia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6 C.p.p. Il nuovo comma affida al difensore le stesse facoltà garantite dall'art. 415-bis comma 2-bis; la difesa può dunque depositare al Pubblico Ministero l'elenco delle ulteriori intercettazioni ritenute rilevanti e di cui si chiede copia, e presentare altresì, in caso di rigetto o contestazioni dell'organo dell'accusa, istanza al Giudice affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268 comma 6 C.p.p.

Giova rilevare l'aggiunta al comma 2-bis, attuata in sede di conversione del D.L. n. 161/2019, del quarto periodo che legittima il difensore a richiedere una

proroga di 10 giorni, oltre ai 15 canonici, entro cui poter esercitare le facoltà summenzionate. In estrema sintesi quindi, in caso di giudizio immediato, il termine finale entro cui la difesa può depositare l'elenco delle ulteriori intercettazioni ritenute rilevanti, ovvero richiedere il procedersi nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6 C.p.p., è di 25 giorni dalla notifica di cui all'articolo 456, comma 4 C.p.p.; a parere di chi scrive, risulta incomprensibile la scelta operata dal legislatore in sede di conversione del D. L. n. 161/2019 di non prevedere la facoltà per il difensore di richiedere la proroga anche nel caso di cui all'art. 415-*bis* comma 2-*bis* C.p.p., lasciando così inalterato il termine di 20 giorni, paradossalmente più compresso rispetto a quello previsto nel caso di giudizio immediato.

2.4. La *discovery* dei verbali di intercettazione a seguito del procedimento applicativo di una misura cautelare.

In tema di applicazione di una misura cautelare, gli aspetti di novità relativi alle intercettazioni risultano essere principalmente due, e concernono rispettivamente il procedimento applicativo della misura, e le facoltà del difensore in seguito all'avvenuta notifica dell'ordinanza che applica la misura cautelare. In particolare, in sede di conversione del D.L. n. 161/2019, il legislatore ha previsto l'obbligo in capo al Pubblico Ministero di indicare al Giudice i verbali di cui all'articolo 268 comma 2 C.p.p. su cui si fonda la richiesta di applicazione di una misura cautelare, «limitatamente alle comunicazioni o conversazioni rilevanti e comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269»⁹. I brani allegati nella richiesta dall'accusa al Giudice devono essere quindi rilevanti, così come espressamente richiesto dalla norma, e devono essere depositati nell'archivio digitale. Dal dettame normativo, si deduce che la pubblica accusa possa allegare anche solo i c.d. brogliacci di ascolto, non essendo previsto l'obbligo di presentare le registrazioni delle comunicazioni intercettate.

A corollario della richiesta del pubblico ministero e in linea con la Sentenza della Corte Costituzionale 10 ottobre 2008, n. 336, il novellato articolo 293, comma 3 C.p.p. prevede la facoltà in capo al difensore di «esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate» poste dall'accusa a fondamento della richiesta di applicazione della misura, nonché di ottenere la trasposizione delle registrazioni su idoneo supporto.

Come auspicato, la Legge 28 febbraio 2020, n.7, ha modificato la previsione originariamente prevista dal Disegno del D.L. n. 161/2019 volta a sopprimere le facoltà per il difensore di esame e di copia dei verbali introdotte dal D. Lgs. n. 216/2017, ed ha ripristinato così in pieno il diritto di difesa, particolarmente rilevante e incisivo nel delicato momento cautelare. Giova infatti ricordare che in caso di applicazione di una misura cautelare, il diritto all'ascolto diretto e alla copia delle intercettazioni sono prerogative incompressibili, la cui violazione dà luogo ad un'ipotesi di nullità a regime intermedio¹⁰.

3. La c.d. Udienza di stralcio.

La seconda parte dell'art. 268 comma 6 C.p.p. prevede che, una volta scaduto il termine fissato dal pubblico ministero entro cui i difensori dell'imputato possono esaminare per via telematica gli atti e ascoltare le registrazioni, il Giudice « dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicate dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche d'ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza ».

Il D.L. 161/2019 riprende quasi *in toto* la disciplina prevista ante-riforma, rinnegando quindi la scelta operata dal legislatore del 2017 di rendere solo eventuale l'udienza di stralcio: il D. Lgs. n. 216/2017 infatti prevedeva in via principale che il G.I.P. acquisisse con ordinanza le intercettazioni non manifestamente irrilevanti indicate dalle parti a seguito di un'udienza camerale non partecipata.

Con la novella del 2019 invece, le "parti" hanno il diritto di essere avvisate almeno 24 ore prima dell'udienza così da potervi partecipare, ed hanno l'onere di presentare al giudice le conversazioni e/o i flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire in udienza. Nel caso in cui l'udienza di stralcio intervenga nel corso delle indagini preliminari, le sole parti che hanno il diritto di parteciparvi sono la pubblica accusa e l'indagato, non essendo la persona offesa dal reato una parte processuale in senso stretto; qualora invece, la l'udienza di stralcio dovesse intervenire in un momento successivo alla udienza preliminare e la persona offesa si sia costituita parte civile, si deve ritenere che anche questa abbia il diritto di parteciparvi.

Rispetto a quanto previsto ante-riforma, le principali novità della c.d. Udienza Stralcio sono due: innanzitutto, il legislatore ha inciso sulla sfera delle registrazioni oggetto di acquisizione che, per i procedimenti penali iscritti dal 1 settembre 2020 in avanti, dovranno essere «non irrilevanti», non essendo più prevista la non *manifesta* irrilevanza; in secondo luogo, il novellato comma 6 dell'art. 268 C.p.p. amplia i poteri del giudice consentendogli di procedere d'ufficio allo stralcio non solo delle conversazioni inutilizzabili¹¹, ma anche di quelle riguardanti «categorie particolari di dati personali», salvo che non ne sia dimostrata la rilevanza. Seppure il legislatore non fornisca una definizione di «dati personali», questa può essere ricavata in via indiretta dall'art. 268 comma 2 C.p.p., disposizione che impone all'accusa di non trascrivere le conversazioni lesive della reputazione di una persona e quelle aventi ad oggetto dati personali definiti come sensibili dalla legge¹².

In quest'ultimo caso, spetta al soggetto che intende far acquisire l'intercettazione concernente i dati *personali* dimostrare al giudice non già la non irrilevanza, bensì la rilevanza ai fini del procedimento attraverso l'allegazione di elementi specifici ed idonei a dimostrare la necessità della comunicazione in questione al *thema probandum*.

Come precedente affermato, si procede all'udienza di stralcio anche nelle ipotesi in cui il difensore chieda di procedersi nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 C.p.p. a seguito del diniego del pubblico ministero all'acquisizione di ulteriori registrazioni ritenute rilevanti nei casi di cui all'art. 415-*bis* comma 2-*bis* ovvero 454 comma 2-*bis* C.p.p.

A mente di quanto previsto ante-riforma, una volta conclusasi l'udienza di stralcio il giudice dispone la trascrizione ovvero la stampa in forma intellegibile delle intercettazioni ammesse, «osservando le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie» (art. 268 comma 7 C.p.p.), e dette trascrizioni o stampe sono inserite nel fascicolo del dibattimento di cui all'art. 431 C.p.p. Il D.L. n. 161/2019, in un'ottica di economia processuale, specifica poi che la perizia trascrittiva può essere disposta dal giudice «anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431», legittimando così il G.U.P. a nominare il perito anche a seguito dell'udienza preliminare, in modo da anticipare la perizia e circoscrivere le dilazioni processuali dovute all'espletamento di questa.

Uno degli aspetti maggiormente rilevanti della *neo-disciplina* è racchiuso periodo terzo, art. 268, comma 7 C.p.p., introdotto in sede di conversione attraverso la Legge n. 7/2020; nello specifico, la disposizione prevede che, nel caso di consenso delle parti, il giudice può utilizzare anche i c.d. «brogliacci di ascolto», senza procedere alla trascrizione operata attraverso la perizia. Tale emendamento recepisce in maniera espressa l'orientamento ormai consolidato in giurisprudenza¹³ secondo cui anche i c.d. brogliacci di ascolto possono essere utilizzati nel giudizio ordinario ai fini della decisione, se vi è il consenso delle parti all'acquisizione di questi nel fascicolo del dibattimento¹⁴. In caso di contrasto, specifica poi la norma, si deve invece procedere nelle forme di cui all'articolo 268 comma 7 primo periodo C.p.p., quindi attraverso la perizia delle intercettazioni.

4. La riforma sulle intercettazioni con riferimento all'art. 270 C.p.p.

Al fine di meglio determinare le modifiche attuate dalla riforma sulle intercettazioni con riferimento all'art. 270 C.p.p., risulta utile suddividere la trattazione delle modifiche che sono intervenute sulle intercettazioni «tradizionali» da un lato, e quelle inerenti alle intercettazioni operate con il c.d. *trojan horse* dall'altro.

Il punto di partenza, nonché punto in comune, delle due analisi è da ricercarsi nelle plurime pronunce rese dalla Corte Costituzionale aventi ad oggetto il diritto costituzionalmente garantito ex art. 15 Cost. Chiamata ad esprimersi proprio in relazione alla questione di costituzionalità dell'art. 270 C.p.p., la Consulta nella Sentenza n. 336/1991 ha delineato i caratteri essenziali del diritto di libertà e di segretezza, marcandone l'inviolabilità sotto un duplice profilo; come si legge nella Sentenza menzionata, il valore espresso all'art. 15 Cost. non può essere oggetto né di revisione costituzionale né di limitazione o restrizione da alcuno dei poteri «se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante». L'inviolabile diritto ad una comunicazione libera e segreta risulta strettamente connesso al «nucleo essenziale dei valori di personalità» posto a fondamento della garanzia per l'uomo di esistere e svilupparsi secondo i postulati della dignità umana. Per le ragioni poc'anzi espresse, la Corte Costituzionale giunge ad affermare che solo l'atto autorizzativo dell'autorità giudiziaria «puntualmente

motivato» può legittimare un mezzo di ricerca della prova così fortemente invasivo della *privacy* di un soggetto, quale è lo strumento delle intercettazioni. La motivazione dell'atto che autorizza le intercettazioni vincola di fatto le operazioni sia per quanto attiene ai soggetti sottoposti a tale controllo, che ai fatti costituenti reato per i quali sono state disposte, elidendo così la minaccia di «autorizzazioni in bianco» lesive del bene tutelato ex art. 15 Cost. Queste sono le principali ragioni espresse dalla Consulta per dichiarare infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 270 C.p.p., quale disposizione attuativa e non lesiva dei principi costituzionali relativi all'art. 15 Cost. Verranno di seguito analizzate le modifiche relative a tale disposizione, attuate dalla riforma sulle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni.

4.1. L'utilizzabilità delle intercettazioni "tradizionali" in procedimenti diversi.

La Legge 28 febbraio 2020, n. 7, è andata ad incidere in maniera significativa sulla disposizione di cui all'art. 270, comma 1, C.p.p., in tema di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, modificandone sensibilmente la portata. Procedendo con ordine nell'esposizione, va rilevato che il regime previsto dal codice del 1988 ed efficace per i procedimenti penali iscritti fino al 31 agosto 2020 dispone l'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, «salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza». Attraverso la Sentenza 2 gennaio 2020, n. 51, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite si è espressa proprio sulla portata della disposizione oggetto della trattazione, valorizzando il bilanciamento attuato dal comma 1 art. 270 C.p.p. tra l'inviolabile diritto di libertà e segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost. e l'interesse primario dello Stato alla prevenzione e repressione dei reati che destano particolare allarme sociale, quali sono i delitti che consentono l'arresto obbligatorio in flagranza. In un'ottica del tutto garantista, la Suprema Corte ha così esplicitato la *ratio* sottesa alla deroga espressa dalla norma, ed ha sottolineato l'importanza del divieto operato dall'art. 270 comma 1 C.p.p. come unico strumento idoneo ad annullare il pericolo delle «autorizzazioni in bianco» fortemente lesive del diritto di libertà dell'uomo. Il principio di diritto a cui sono giunti i Giudici di Piazza Cavour concerne la

inoperatività del divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni in procedimenti connessi ex art. 12 C.p.p. a quello in cui queste furono autorizzate, non trattandosi solo in questo caso di procedimenti diversi.

Nonostante le letture garantiste date sia dalla Corte Costituzionale, che dalla Corte di Cassazione e riassunte in questo commento, in sede di conversione del D. L. n. 161/2019, il legislatore ha notevolmente ampliato l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni in procedimenti diversi, sostituendo l'art. 270, comma 1, C.p.p. con il seguente: «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266 comma 1». In altri termini, i risultati delle intercettazioni disposte nei procedimenti penali iscritti a far data dal 1° settembre 2020 potranno essere utilizzati, se rilevanti e indispensabili, anche in procedimenti *diversi*, purché si tratti di procedimenti che in astratto consentano lo strumento delle intercettazioni. Se da un lato appare evidente il concretizzarsi del pericolo di «autorizzazioni in bianco», dall'altro non si possono nemmeno escludere dubbi di legittimità costituzionale.

4.2. L'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni operate mediante il *trojan horse* in procedimenti diversi.

Trattando ora il tema della utilizzabilità dei risultati di intercettazioni operate mediante il captatore informatico, giova fare una breve ma doverosa premessa. Il D. Lgs. n. 261/2017 prima, e il D. L. n. 161/2019 poi, hanno esteso la sfera dei reati per i quali risulta ammissibile l'intercettazione attraverso il c.d. *trojan horse* all'interno del domicilio; al comma 2-*bis* dell'art. 266 è ora previsto che l'intercettazione di comunicazione tra presenti mediante l'inserimento del captatore informatico «è sempre consentita per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, e previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614 Codice Penale, *per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4* ». Rispetto ai principi di diritto enucleati dalla Sentenza Scurato¹⁵, il legislatore ha esteso la sfera dei reati per i quali

vengono consentite le intercettazioni operate mediante captatore informatico nei luoghi del privato domicilio anche se ivi non si stia svolgendo attività criminosa; in particolare, le intercettazioni ambientali nei luoghi di privato domicilio relative ai delitti contro la pubblica amministrazione di cui al titolo II, libro II del Codice Penale si pongono in un regime intermedio tra le intercettazioni ambientali dei reati comuni da un lato e dei reati di criminalità organizzata dall'altro: al pari di queste ultime possono essere disposte nel domicilio anche laddove non vi sia motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo attività criminosa, tuttavia, il decreto che le autorizza deve enunciare le ragioni che giustifichino l'intrusione nei luoghi di cui all'art. 614 C.P.

Fatta questa precisazione, e tornando ora alla trattazione dell'art. 270 C.p.p. in relazione alle intercettazioni operate mediante il *trojan horse*, la Legge 28 febbraio 2020, n. 7, modifica l'emendamento a sua volta apportato dal D. L. n. 161/2019 al comma 1-*bis*, introdotto attraverso il D. Lgs. n. 216/2017. Se la c.d. Riforma Orlando prevedeva l'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico in procedimenti diversi, salvo che questi non risultassero indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, la novellata disposizione prevede ora che « fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-*bis* ». Non risulta di facile e diretta comprensione la sfera di operatività della presente disposizione poiché dalla scelta legislativa del termine «reati», non si comprende se l'utilizzabilità dei risultati di intercettazione sia consentita in relazione ad un diverso reato nell'ambito di uno stesso procedimento, ovvero se nell'ambito di diversi procedimenti. In attesa di una sufficiente elaborazione giurisprudenziale sul punto, si riportano qui le motivazioni espresse nel Parere del CSM al D. L. n. 161/2019, secondo cui dalla Relazione Tecnica al D. L., con l'inserimento della previsione all'interno dell'art. 270 C.p.p. (rubricato "Utilizzazione in altri *procedimenti*"), ed infine dall'espresso richiamo al comma 1 se ne deve dedurre l'intenzione del legislatore di riferire il regime di utilizzabilità di

cui all'art. 1-*bis* a procedimenti diversi, e non già a reati diversi all'interno di un medesimo procedimento.

Anche in questo caso, tuttavia, così come nel caso di cui all'art. 270 comma 1 C.p.p., vengono vanificate le letture garantiste date dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, potendo i decreti autorizzativi trasformarsi in «autorizzazioni in bianco», fortemente lesivi del diritto di cui all'articolo 15 Cost. Per queste ragioni, non si può che auspicare una riforma maggiormente protettiva dei diritti inviolabili e costituzionalmente garantiti qui sicuramente messi a rischio.

5. Il controllo sulla legittimità delle intercettazioni operate mediante captatore informatico.

Al fine di consentire il controllo sulla legittimità delle operazioni di intercettazione tra presenti operate con il captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, la riforma Orlando aveva da un lato introdotto il terzo periodo all'art. 267 C.p.p., comma 1, disponendo che in caso in intercettazioni mediante il *trojan horse* per i delitti diversi da quelli di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* C.p.p., nonché quelli diversi dai delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (determinata ai sensi dell'articolo 4), il decreto autorizzativo dovesse indicare i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono; e dall'altro, il D. Lgs. n. 216/2017 aveva modificato l'art. 89, comma 1 disp. att. C.p.p., aggiungendone il secondo periodo, in forza del quale nei verbali dovevano essere indicati sia il tipo di programma impiegato, che i luoghi in cui si svolgono le conversazioni o comunicazioni. Il D. L. n. 161/2019, all'art. 2, comma 2, lett. a), modifica la previsione di cui all'art. 89 comma 1 Disp. att. C.p.p. così come introdotta dalla Riforma Orlando, disponendo che nei verbali sia data l'indicazione dei luoghi in cui si svolgono le conversazioni o comunicazioni solo «ove possibile». Appare evidente la lesione al diritto di difesa conseguente a tale modifica; nello specifico, laddove la polizia giudiziaria dovesse – *legittimamente* – omettere nel verbale l'indicazione dei luoghi in cui si sono svolte le conversazioni, non sarebbe in alcun modo possibile effettuare alcun controllo di legittimità delle operazioni, nonostante il decreto autorizzativo

vincoli l'attivazione dei microfoni in determinati luoghi¹⁶.

6. La tutela della riservatezza quale obiettivo dichiaratamente perseguito dal D. L. n. 161/2019.

Attraverso il D.lgs. n. 216/2017 è stato introdotto l'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p., norma di dettaglio sull'archivio delle intercettazioni tenuto sotto la direzione e sorveglianza del Procuratore della Repubblica.

Tale disposizione, così come modificata dal legislatore del 2019, non solo prescrive al pubblico ministero di depositare i verbali, gli atti e le registrazioni nell'archivio digitale di cui all'art. 269 C.p.p., ma impone altresì le modalità di gestione di tale archivio volte ad assicurare la segretezza delle intercettazioni non necessarie per il procedimento, di quelle irrilevanti, di quelle inutilizzabili, ovvero di quelle riguardanti dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia, così come specificato nella Relazione Tecnica al decreto legge. L'accesso all'archivio di cui all'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p. è consentito ad una cerchia limitata di soggetti che va via via ampliandosi contestualmente allo sviluppo del procedimento; salvo l'applicazione di una misura cautelare, durante la fase delle indagini preliminari sono legittimati ad accedere all'archivio il pubblico ministero, i suoi ausiliari e il G.I.P.; nei casi di cui agli artt. 268 C.p.p. e 415-*bis* C.p.p., sono altresì legittimati all'eccesso l'imputato ed il suo difensore; infine, a seguito dell'esercizio dell'azione penale, anche la persona offesa costituitasi parte civile e le altre parti processuali dovrebbero essere legittimate ad accedervi.

L'accesso all'archivio pone la difesa nella posizione di prendere cognizione di tutto il materiale risultante dalle intercettazioni, ivi compreso quello ritenuto non rilevante da parte del pubblico ministero. Una volta visionati tutti gli atti, compresi quelli coperti da segreto perché inutilizzabili o irrilevanti a parere del Procuratore, ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali, il difensore sarà in grado di - eventualmente - indicare le ulteriori registrazioni da acquisire al fine di contrastare l'accusa, anche in un momento successivo a quello di cui all'art. 415-*bis* C.p.p., potendo l'istruttoria dibattimentale determinare la rilevanza di intercettazioni giudicate come irrilevanti in un primo momento.

Il D.L. 161/2019 ha poi modificato sensibilmente l'originaria previsione di cui all'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p. sopprimendo al comma 4 il divieto per i difensori di fare copia delle registrazioni e degli atti custoditi nell'archivio riservato, modifica confermata anche in sede di conversione; viene ora prevista la facoltà in capo ai difensori delle parti di ottenere copia delle registrazioni acquisite a norma degli articoli 268, 415-*bis* e 454 C.p.p.

La novità di maggiore rilievo è però costituita dall'introduzione nel corpo dell'art. 114 C.p.p. di un comma 2-*bis* che prescrive il divieto assoluto di pubblicazione anche parziale delle intercettazioni non acquisite o acquisite irregolarmente. L'intenzione del legislatore è di eliminare la mala prassi di pubblicare o diffondere brani o stralci di conversazioni che nulla hanno a che fare con l'accertamento del reato ma solleticano solo la curiosità per dati sensibili che invece vanno ora affidati al necessario segreto.

7. Il divieto di trascrizione delle conversazioni e comunicazioni con il difensore.

L'art. 103 C.p.p., recante disposizioni in materia di garanzie di libertà del difensore, viene arricchito dal D.lgs. 216/2017, laddove il legislatore aggiunge una seconda parte al comma 7; trattasi del divieto di trascrizione, anche in forma riassuntiva, delle comunicazioni con il difensore casualmente captate che si aggiunge al divieto di utilizzabilità delle stesse. Detta modifica, non soppressa dal D.L. 161/2019, impone ora - in aggiunta al divieto di utilizzazione - di non trascrivere nemmeno nei c.d. brogliacci di ascolto le conversazioni tra difensore e assistito; nel verbale infatti dovranno essere indicati soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

Trattasi, all'evidenza, di uno scudo aggiuntivo, ma ancora insufficiente, per garantire il diritto di difesa che avrebbe meritato, a nostro avviso, maggiore protezione con l'inserimento di diversa modalità operativa comportante direttamente l'interruzione dell'intercettazione stessa.

Francesco Antonio Maisano
Avvocato del Foro di Bologna.

Claudia Maria Piazza
Dottoressa in Giurisprudenza.



¹ Questa la data inizialmente prevista dal Disegno del Decreto Legge n. 161/2019.

² Tale necessità è espressa anche nella Relazione Tecnica di accompagnamento al D.L. n. 161/2019, a p. 1 reperibile al seguente [link](#).

³ L'art. 9 D. Lgs. n. 216/2017 prevedeva l'applicabilità delle nuove disposizioni ai provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, cioè a partire dal 26 luglio 2018.

⁴ L'art. 9 del D. Lgs. n. 216/2017 prevedeva infatti che le disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 acquistassero efficacia «nelle operazioni di intercettazione per i provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore» del Decreto.

⁵ Il Pubblico Ministero accoglie o rigetta tale istanza con decreto motivato.

⁶ Amoroso M. C. – Di Geronimo P. – Giordano L. – Tripiccione D., Relazione della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, n. 35 del 23 marzo 2020.

⁷ Cfr. Cass., V Sez., Sentenza n. 8353 del 16 gennaio 2013, Rv. 254714.

⁸ Cfr. Cass., II Sez., Sentenza n. 20125 del 10 aprile 2018, Rv. 272901.

⁹ Art. 291 comma 1 C.P.P. così come modificato

¹⁰ Cfr. Cass., S.U., Sentenza n. 20300 del 22 aprile 2010, Lasala, Rv. 246907.

¹¹ Tali sono le intercettazioni operate in divieto alla legge.

¹² Si fa qui riferimento al D. Lgs. 196/2003, art. 4, comma 1, lett. d).

¹³ Cfr. C. Cass., VI Sez., Sentenza n. 24744 del 28 marzo 2018; C. Cass., III Sez., Sentenza n. 31299 del 16 maggio 2019.

¹⁴ Per una spiegazione approfondita sul punto si rimanda alla Relazione della Suprema Corte di Cassazione relativa alla Legge 28 febbraio 2020, n. 7, p. 34 ss.

¹⁵ Cass., S.U., Sentenza n. 26889 del 28 aprile 2016, Rv. 266905.

¹⁶ L'indicazione dei luoghi in cui è consentito attivare i microfoni non risulta invece obbligatoria nei decreti autorizzativi nell'ambito di procedimenti penali aventi ad oggetto i reati di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater*, nonché i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4.

Osservazioni sulla confisca allargata nei reati tributari.

di **S. De Blasis**

Tra le modifiche apportate dal legislatore del 2019 al settore penal-tributario, emergono l'introduzione della confisca allargata per talune ipotesi di reati tributari e l'inclusione di alcuni di essi tra i reati presupposto della responsabilità degli enti.

L'introduzione della confisca allargata, in particolare, impone una riflessione sull'effettiva natura della stessa nonché sui problemi di coordinamento con altre forme ablatorie – *ante e post delictum* – previste tanto nei confronti della persona fisica quanto di quella giuridica.

Sommario. **1.** Premessa – **2.** L'evoluzione della confisca c.d. allargata: dalla L. n. 306/1992 alla sentenza della Corte costituzionale n. 33/2018 – **3.** L'estensione dello strumento ablatorio ai reati tributari tra afflittività della misura e irragionevolezza della disciplina – **4.** Le interferenze con la misura di prevenzione per l'evasore seriale – **5.** Il rapporto con la confisca a carico dell'ente – **6.** Note conclusive: l'esigenza di coordinamento.

1. Premessa.

Tra le novità introdotte dalla l. n. 157/2019¹ - come noto - vi è la riformulazione di alcuni delitti tributari nonché, per taluni di essi², l'introduzione della confisca allargata con l'inclusione di diversi illeciti fiscali nell'ambito della responsabilità degli enti³: modifica, quest'ultima, poi completata col d.lgs. n. 75/2020 in attuazione della Direttiva PIF⁴.

In questa sede si intende focalizzare l'attenzione sulle criticità derivanti, in particolare, dall'estensione della confisca per sproporzione ai fenomeni di evasione fiscale, sia pur qualificata, con particolare riferimento ai rapporti tra responsabilità della persona fisica e dell'ente collettivo e al rischio di indebite duplicazioni sanzionatorie in contrasto col vincolo del *ne bis in idem*, date le diverse forme di ablazione previste dall'ordinamento (art. 12 *bis* d.lgs. n. 74/2000, art. 19 d.lgs. n. 231/2001, nonché, eventualmente, art. 24 d.lgs. n. 159/2011) delle quali venga ammesso il cumulo⁵.

2. L'evoluzione della confisca allargata: dalla L. n. 306/1992 alla sentenza della Corte costituzionale n. 33/2018.

Occorre preliminarmente ricordare come la confisca abbia perso da tempo i suoi connotati di misura di sicurezza patrimoniale indicando ormai, in modo indifferenziato quanto impreciso, provvedimenti ablativi diversi perfino quanto a natura giuridica: tanto che sia la giurisprudenza attraverso interpretazioni estensive, sia il legislatore mediante previsioni lontane dalla *ratio* originaria dell'art. 240 c.p., hanno finito per moltiplicare gli strumenti di contrasto alla criminalità del profitto in base al

presupposto per cui, comunque, tutto (o quasi) è lecito quando si tratta di aggredire patrimoni indebitamente accumulati. La confisca si è così trasformata in un'ulteriore afflizione nei confronti di condannati o anche solo di indiziati della commissione di delitti, sino ad assumere il connotato della onnipresenza all'insegna del brocardo *nullum crimen sine confiscatione*⁶.

In questo universo proteiforme⁷, *ante e post delictum*, si inserisce la confisca allargata - originariamente prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992⁸ e ora, in attuazione della riserva di codice, dall'art. 240 *bis* c.p.⁹ - la cui prossimità a quella di prevenzione è stata di recente declinata dalla Corte costituzionale nei termini di due *species* dell'unico *genus* della «confisca dei beni di sospetta origine illecita»¹⁰ contrassegnato da meccanismi presuntivi e oneri di «allegazione» di segno contrario¹¹: cogliendosi, invece, la differenza tra le due sul piano funzionale¹², in quanto mentre l'una mantiene una finalità spiccatamente preventiva, l'altra si arricchisce sempre più di connotati sostanzialmente afflittivi¹³.

Ed è proprio il riconoscimento di una natura ibrida dell'istituto nei termini di «misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva»¹⁴ che sembra aver consentito, in effetti, alla giurisprudenza di applicare la confisca per sproporzione con meno rigore quanto, in particolare, all'accertamento del requisito della sproporzione¹⁵.

Di qui si comprende il senso dei diversi interventi legislativi o della giurisprudenza costituzionale tesi, di volta in volta, a correggere il tiro nelle prospettive di un equilibrato bilanciamento tra garanzie ed efficienze.

Sul primo versante, per esempio, la l. n. 161/2017 ha riformulato l'art. 240 *bis* c.p. stabilendo espressamente che il condannato non possa giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato sia provento o reimpiego di evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge¹⁶: per inciso, appare particolarmente rilevante la posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità sulla natura meramente procedimentale della novella normativa in quanto tale sottoposta al regime intertemporale previsto dall'art. 11 delle disp. leg. gen.¹⁷ basata proprio sulla mancata inclusione, sin qui, dell'evasione fiscale tra i presupposti della confisca allargata.

Sul secondo versante, si è espressa invece la Corte costituzionale¹⁸ con riguardo al requisito della "ragionevolezza temporale" degli acquisti dei beni aggredibili tramite il provvedimento ablatorio, sia nel riconoscimento delle relatività della presunzione sia nelle raccomandazioni al legislatore di un'adeguata selezione delle fattispecie. In particolare – nell'anteporre la natura preventiva a quella prettamente sanzionatoria della misura – la Corte ha evidenziato come non debba costituire sproporzione «qualsiasi discrepanza tra guadagni e possidenze», essendo piuttosto necessario «uno squilibrio incongruo e significativo, da verificare con riferimento al momento dell'acquisizione dei singoli beni», soffermandosi, altresì, sulla necessità di una ragionevolezza temporale tra il periodo di acquisto dei beni e quello della realizzazione della condotta illecita posta in essere dal soggetto, negli stessi termini cui la Cassazione aveva già fatto riferimento in tema di misure di prevenzione¹⁹. Del resto, in tal senso, ci si era già orientati a livello comunitario con la Direttiva 2014/42/UE subordinando l'applicazione della confisca allargata ad una valutazione complessiva del caso concreto da parte del giudice e all'effettiva possibilità per l'interessato di addurre elementi di prova a suo favore.

Nonostante tali sforzi ermeneutici, coltivati peraltro anche dalla giurisprudenza più recente²⁰, la confisca in oggetto, se non altro in quanto fondata su un accertamento *post delictum*, sembra tuttora connessa ad un giudizio di sproporzione comunque più lasco rispetto a quello che caratterizza le fattispecie di pericolosità delle misure *ante delictum*, in mancanza di un vero e proprio ridimensionamento del concetto che muova dalla considerazione non

tanto del patrimonio complessivamente intesto quanto, piuttosto, dei singoli beni che lo compongono, come peraltro già affermato dalle Sezioni Unite di Cassazione in tema di prevenzione²¹.

3. L'estensione dello strumento ablatorio ai reati tributari tra afflittività della misura e irragionevolezza della disciplina.

In controtendenza con l'evoluzione sin qui tratteggiata si pone la riforma del 2019 che, nell'estendere la confisca allargata ai reati tributari, sembra averne riscoperto il valore afflittivo.

Ne è conferma, anzitutto, sul piano della disciplina intertemporale, il disposto di cui all'art. 1 *bis* della legge di conversione, a norma del quale essa si applica solo ai fatti verificatisi dopo l'entrata in vigore della legge, ancorché l'acquisto del bene sia avvenuto prima²².

In secondo luogo, al connotato afflittivo risponde anche il collegamento all'art. 578 *bis* c.p.p.²³, secondo cui il giudice d'appello o quello di legittimità, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o amnistia, potrà decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca purché proceda ad un previo accertamento della responsabilità per il fatto contestato.

Ma, soprattutto, è la selezione dei reati presupposto a fondarsi sul mero giudizio di gravità derivante, essenzialmente, dalla natura fraudolenta del comportamento.

Nello specifico, il legislatore ha infatti ritenuto di inserire le fattispecie di cui agli artt. 2, 3, 8 e 11 d.lgs. n. 74/2000. Ora, non v'è dubbio che le ipotesi di dichiarazione fraudolenta, quelle di emissione di fatture per operazioni inesistenti e la sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte siano astrattamente idonee a generare accumulazione illecita di capitale, ma non può non evidenziarsi come altrettanto adatte allo scopo siano le ipotesi di omesso versamento o anche quelle di dichiarazione omessa o infedele (pur originariamente prese in considerazione nel corso dei lavori preparatori). Sicché, il criterio di selezione non può ravvisarsi in tale giudizio di idoneità, se non profilandosi dubbi di ragionevolezza di scelte così differenziate.

Né, a ben vedere, sembra essersi fatto ricorso al requisito della stabile organizzazione che pure, come noto, qualifica alcuni reati tributari favorendone, semmai, un'assimilazione a quelli di criminalità organizzata, atteso che anche quelli esclusi possono ben inserirsi in un "sistema" di illecita accumulazione di proventi progressivamente sottratti al fisco.

Sotto questo profilo, peraltro, anche la previsione di soglie – indipendentemente dalla congruità o meno del relativo importo quantitativo – non esprime, di per sé, alcun collegamento al requisito dell'abitudine del reato o comunque della sua reiterazione nel tempo.

Tanto meno si comprende il motivo per cui nell'art. 12 *ter*, lett. a) e b) d.lgs. n. 74/2000, si sia voluto fare riferimento – in caso di condanna o patteggiamento per i delitti previsti dagli artt. 2 e 3 d.lgs. n. 74/2000 – a presupposti diversi nonostante l'omogeneità dei fatti rientranti nelle rispettive incriminazioni che si distinguono solo per la loro diversa espressione documentale²⁴.

Ciò che lascia perplessi, in definitiva, è che la confisca per sproporzione abbia smarrito del tutto ogni riferimento, diretto o indiretto, alla criminalità associativa che ne rendeva semmai ragionevole *ab origine* il fondamento presuntivo, per rivolgersi ormai a fattispecie che non presuppongono una stabile organizzazione e che si inquadrano, più genericamente, nella logica del profitto connessa, come nel caso in oggetto, a fenomeni di evasione fiscale sia pur occasionali ma comunque significativi sul piano criminologico²⁵.

A nostro avviso, tuttavia, il profilo nel quale la concezione sanzionatoria della confisca allargata rischia maggiormente di ripercuotersi sull'irragionevolezza della nuova disciplina, è costituito dalla mancata previsione esplicita nell'art. 12 *ter* d.lgs. n. 74/2000 della rilevanza ostativa della estinzione, nelle diverse forme di legge, dell'obbligazione tributaria o anche del relativo impegno ad adempiere, in conformità a quanto già previsto sia nell'art. 12 *bis* d.lgs. n. 74/2000²⁶, sia nello stesso art. 240 *bis* c.p.: a prescindere dalla possibilità di colmare tale lacuna, in virtù del generico richiamo all'art. 240 *bis* c.p.²⁷, la misura tradisce infatti, *in parte qua*, ogni finalità ripristinatoria ponendosi, peraltro, in cortocircuito non solo con quanto espressamente stabilito per provvedimenti analoghi ma, più in generale, con la logica riscossivo-premiale nella quale sembra essersi mosso, oggi più che mai, il legislatore penal-tributario, come dimostrano le diverse previsioni sul piano del trattamento sanzionatorio (art. 13 *bis* d.lgs. n. 74/2000) o persino dell'esclusione della punibilità (art. 13 d.lgs. n. 74/2000): fermo restando che, in quest'ultimo caso, il pagamento integrale del debito si pone comunque come condizione ostativa della confisca allargata giacché, escludendo la punibilità ai

presupposti di legge, impedisce la pronuncia di una sentenza di condanna come anche di patteggiamento²⁸.

Anche in tale occasione, infine, il legislatore ha incidentalmente mancato, *a fortiori*, di estendere gli effetti del pagamento del debito tributario all'annullamento della pretesa da parte della stessa amministrazione finanziaria a fronte del quale ogni diversa soluzione sembrerebbe porsi in contrasto con gli artt. 3 e 24 cost.²⁹.

4. Le interferenze con la misura di prevenzione per l'evasore seriale.

Facendo leva sulla fattispecie di pericolosità generica che - a norma del combinato disposto degli artt. 16, co. 1, lett. a), 4 co. 1, lett. c) e 1, co. 1 lett. b) d.lgs. n. 159/2011 – possono determinare l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, anche la confisca antimafia può applicarsi a indiziati della commissione di reati tributari in quanto, per condotta e tenore di vita, debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che gli stessi vivano abitualmente, anche in parte, con proventi illecitamente sottratti al fisco³⁰ che vengano a confondersi con il patrimonio di origine lecita³¹.

Al riguardo, è indubbio che tale misura costituisca, *prima facie*, uno strumento privilegiato di ablazione patrimoniale in quanto svincolato dalla necessità di un preventivo accertamento della responsabilità penale. Senonché, i predetti requisiti, così come enucleati da una giurisprudenza tuttora *in fieri*, sembrano riempire di contenuto il sotteso giudizio di pericolosità sociale più di quanto, in effetti, continua oggi a farsi, in corrispondenza della sentenza di condanna o di patteggiamento, in relazione al giudizio di sproporzione della confisca allargata. E di ciò dovrà necessariamente tenersi conto nell'applicazione della disciplina dei rapporti tra le due misure (o dei corrispondenti sequestri) che, in mancanza di previsioni introdotte *ad hoc* dal legislatore del 2019, deve ravvisarsi nell'art. 30 d.lgs. n. 159/2011³². Lo stesso requisito della sproporzione, infatti, da un lato, risponde a *standard* probatori diversi a seconda della tipologia del provvedimento destinato a prevalere a seconda dei tempi e dell'esito del procedimento penale; dall'altro, ai fini della misura *ante delictum*, non potrà che risentire delle interferenze processuali derivanti da quella interpretazione costituzionalmente orientata ormai imposta dalla giurisprudenza di legittimità, anche sulla scia degli *obiter dicta* della Corte

costituzionale³³. Ne deriva che, paradossalmente, a fronte della contestazione di uno dei reati previsti nell'art. 12 *ter* d.lgs. n. 74/2000, l'ago della bilancia tra le due confische potrebbe persino pendere in futuro a favore di quella allargata, essendo destinato a giocare un ruolo centrale l'esito del procedimento penale giacché, in caso di condanna o patteggiamento, la sproporzione potrebbe di fatto scadere a mero complemento accessorio della pronuncia laddove, in caso di assoluzione, dovrà viceversa rientrare nell'ambito di una prognosi di pericolosità che, oltretutto, non potrà non tener conto di quanto accertato in fatto.

5. Il rapporto con la confisca a carico dell'ente.

Come noto, fino alla l. 157/2019 l'assenza dei reati tributari nel d.lgs. n. 231/2001 si è avvertita soprattutto in sede di applicazione della confisca ai sensi dell'art. 12 *bis* d.lgs. n. 74/2000, laddove la giurisprudenza si è spinta a sperimentare forme anomale di confisca di denaro, nello stesso tempo diretta ma senza nesso di pertinenzialità³⁴, sovrapponendo altresì il profitto del delitto con quello di altri reati presupposto (da quello associativo a quello di autoriciclaggio)³⁵.

D'ora in poi, invece, in relazione alle ipotesi previste all'art. 25 *quinqüesdecies* d.lgs. n. 231/2001, all'ente sarà applicabile la confisca, diretta o per equivalente, di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001, ma non già quella allargata di cui all'art. 12 *ter* d.lgs. n. 74/2000. Di qui un ulteriore possibile profilo di irragionevolezza della disciplina derivante dal mancato raccordo tra la posizione della persona fisica e quella giuridica posto che, in mancanza di un'espressa esclusione da parte del legislatore, la confisca allargata potrà applicarsi anche nel caso in cui il profitto del reato tributario sia ricaduto esclusivamente sul patrimonio dell'ente nell'interesse o a vantaggio del quale il rappresentante legale, tendenzialmente in qualità di soggetto apicale (art. 5, co. 1 lett. *a*) d.lgs. n. 231/2001), abbia agito nei confronti del fisco³⁶. D'altronde, è innegabile che, in tali casi, sia proprio l'ente a rappresentare quel "centro di interessi" che determina *ex ante* alla commissione dell'illecito e beneficia *ex post* del relativo vantaggio come dimostra lo stesso legislatore stabilendo, all'art. 1, lett. *e*) d.lgs. n. 74/2000, che i fatti commessi da chi agisce in qualità di amministratore, liquidatore o rappresentante di società o enti, il fine di evadere le

imposte e il sottrarsi al pagamento si intendono riferiti all'ente.

Senza considerare che, in tal modo, la misura rischia di ricadere su un soggetto del tutto privo di mezzi ed estraneo a qualsiasi fenomeno di arricchimento illecito: tanto che, di recente, si arriva ad ipotizzare, *de iure condendo se non de iure condito*, una differenziazione della punizione della persona fisica in ragione del carattere spiccatamente "altruistico" del reato commesso³⁷.

Peraltro, la mancata previsione della confisca allargata a carico dell'ente non sembra escludere *a priori*, anche in questi casi, il rischio di duplicazioni sanzionatorie in potenziale contrasto col vincolo del *bis in idem*, dato che accanto al nuovo illecito dipendente da reato tributario (art. 25 *quinqüesdecies* d.lgs. n. 231/2001), rimane comunque l'obbligo del pagamento amministrativo di cui all'art. 7 d.l. n. 269/2003 (conv. l. n. 326/2003) e 11 d.lgs. n. 472/1997³⁸.

6. Note conclusive: l'esigenza di coordinamento.

Le osservazioni sin qui svolte sulle possibili criticità connesse al nuovo art. 12 *ter* d.lgs. n. 74/2000 dimostrano, ancora una volta, l'esigenza per il legislatore di disciplinare il coordinamento tra le diverse forme di confisca, di vecchia come di nuova introduzione, al pari di quanto avviene, ad esempio, in materia di prevenzione (art. 30 d.lgs. n. 159/2011) e ora anche nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza (art. 317 ss. d.lgs. n. 14/2019)³⁹.

Ciò al fine di evitare che il "traffico delle precedenze"⁴⁰ venga gestito, tanto nella fase prodromica dei sequestri quanto in quella della pronuncia definitiva di confisca e della sua esecuzione, unicamente dal giudice del caso concreto, col rischio di inevitabili violazioni di principi di uguaglianza e proporzione, anche sul versante del regime cui risultano sottoposti i beni sequestrati e/o confiscati a diverso titolo, ove solo si considerino le differenze derivanti dalla disciplina ad oggi contenuta nell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p. (in attesa delle modifiche stabilite dall'art. 373 d.lgs. n. 14/2019 in vigore dal 1° settembre 2021).

Del resto, è proprio sulla interferenza tra le diverse misure previste in tema di contrasto all'evasione fiscale che, all'indomani della L. n. 157/2019, si è immediatamente appuntata l'attenzione degli operatori come conferma la Circolare della Guardia di Finanza del 26 giugno 2020⁴¹ nella quale si prospetta, ad esempio, la possibilità di prediligere la

confisca allargata nel caso di violazioni realizzate in modo continuativo o professionale, ma di valutare in modo più approfondito l'applicazione della stessa a seguito della commissione di un singolo reato risultando, nel secondo caso, più idonea la confisca diretta o per equivalente.

In conclusione, l'introduzione o modifica di provvedimenti ablatori costituisce, oggi più che mai, un'operazione complessa la cui disciplina non può essere certamente più congegnata come "monade" a sé stante, imponendo viceversa un confronto serrato con le innumerevoli variabili, a sfondo sostanziale

come procedimentale, di un sistema di contrasto alla criminalità del profitto la cui efficienza, specie ove inseguita all'insegna di più o meno celati intenti repressivi, sconta enormi criticità derivanti da inevitabili meccanismi di sovrapposizione.

Silvia De Blasis

Dottore di Ricerca in Diritto penale nell'Università degli Studi Roma Tre.

Docente di Diritto penale.

¹ Per un primo commento a tutto campo, FINOCCHIARO, *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. 124/2019)*, in *Sistema Penale*, 18 novembre 2019; ID., *In vigore la "riforma fiscale": osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti*, in *Sistema Penale*, 7 gennaio 2020; LARINNI, *La recente riforma in materia tributaria (D.L. n. 124/2019), tra disciplina penale e responsabilità degli enti*, in *disCrimen*, 7 gennaio 2020; PIERGALLINI F., *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sistema Penale*, 4 giugno 2020.

² In tema, per tutti, MUCCIARELLI, *Le dichiarazioni fraudolente: fattispecie da ripensare?*, in *Sistema Penale*, 30 aprile 2020.

³ In argomento, specialmente, BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sistema Penale*, 19 marzo 2020; IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2020, 1 ss.; FLORA, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in *disCrimen*, 12 novembre 2019; PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una norma nel (ancorché non di) sistema*, in *Sistema Penale*, 15 settembre 2020; SANTORIELLO, *La nuova responsabilità delle società per i reati tributari*, in *Il societario*, 19 marzo 2020; SEVERINO, *L'inserimento dei reati tributari nel D.lgs. 231/2001 tra osservazioni de iure condito e prospettive de iure condendo*, in *Sistema Penale*, fasc. 7/2020, 126 ss.

⁴ MAZZANTI, *La riforma delle frodi europee in materia di spese, osservazioni a prima lettura sull'attuazione della 'direttiva PIF' (d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75)*, in *Sistema Penale*, 23 settembre 2020; ELAMPINI, *A volte ritornano. Prime riflessioni sulla problematica reintroduzione del tentativo nei reati fiscali a seguito dell'attuazione della Direttiva PIF*, in *Sistema Penale*, 8 ottobre 2020.

⁵ Cfr., ad esempio, sul concorso della confisca allargata con quella per equivalente, Cass. Pen., sez. I, 12 aprile 2019, n. 16122, in *Dejure*.

⁶ Mutuando da MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2015, p. 1259. Sulla proliferazione dei provvedimenti di confisca vedi, nella manualistica, limitandosi alla più recente, MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2020, p. 863 ss.; DE VERO, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2020, p. 866 ss.; FIORE, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2020, p. 743 ss.; MANNA, *Corso di diritto penale*, Milano, 2020, p. 653 ss.; MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 2020, p. 834 ss.

⁷ L'espressione è di PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella nazionale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2013, 210 ss.

⁸ Per una ricostruzione dell'iter che ha portato all'attuale formulazione, FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, p. 201 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 317 ss.. Più di recente, NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo – applicativi*, Torino, 2012, p. 57; NOBILE – IACOPINO, *L'instestazione fittizia dei beni e la confisca allargata*, Milano, 2019, 77 ss.

⁹ Corte cost., 9 febbraio 1994, n. 48, in *Cass. Pen.*, 1994, 1455 ss.

¹⁰ Corte cost., 20 novembre 2018, dep. 27 febbraio 2019, n. 24, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 marzo 2019, con nota di FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso c. Italia della Corte Edu*. Tra i numerosi commenti MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. Cost.*, 1/2019, p. 332 ss.; MAUGERI - PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2019; MENDITTO, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 10. In particolare, la Corte ha evidenziato come scopo comune ad

entrambe le misure sia quello di «far sì che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere [...]. In assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene».

¹¹ Nei termini dell' onere di "allegazione" si è espressa di recente la Cassazione – anche con riguardo alla confisca allargata – affermando che «dell'accertata sproporzione tra guadagni e patrimonio, che spetta alla pubblica accusa provare, scatta una presunzione *iuris tantum* d'illecita accumulazione patrimoniale, che può essere superata dall'interessato [...] sulla base di specifiche verifiche e allegazioni, dalle quali si possa desumere la legittima provenienza del bene confiscato attingendo al patrimonio legittimamente accumulato»: Cass. Pen., sez. II, 8 ottobre 2019, n. 43387, in *Dejure*.

¹² Sulle diverse funzioni delle due confische v., già ampiamente, NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo – applicativi*, cit., p. 57.

¹³ In questi termini, Cass. Pen., SS.UU., 24 maggio 2014, n. 33451, *Repaci*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 958, secondo cui si tratta di «provvedimenti ablatori che agiscono in campi diversi e hanno diverse latitudini».

¹⁴ Cass. Pen., SS.UU., 30 maggio 2001, n. 37140, in *Dejure*.

¹⁵ Sul punto CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015, p. 119 ss.

¹⁶ In questi termini si era già espressa la giurisprudenza di legittimità in Cass. Pen., Sez. Un., 29 maggio 2014 (dep. 29 luglio 2014), n. 33451, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 settembre 2014, con nota di TRINCHERA, *La Sentenza delle Sezioni Unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini della confisca di prevenzione*. In senso critico, *ex multis*, MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia all'evasione fiscale?*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 2/2014, 191ss.; MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca allargata*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 marzo 2014.

¹⁷ Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2019 (dep. 17 gennaio 2020), n. 1778, in *Sistema Penale*, 22 aprile 2020, con nota di MAUGERI, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240 bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, *ivi*, fasc. 4/2020, 230 ss.

¹⁸ Corte cost., 8 novembre 2017, n. 33, in www.cortecostituzionale.org. Per un commento alla sentenza AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione, in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri «reati matrice»*, in *Giur. Cost.*, 2018, 307 ss.

¹⁹ Così, per tutte, Cass. Pen., Sez. Un. 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2015, con nota di MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*.

²⁰ Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2019 (dep. 10 gennaio 2020), n. 1778, cit.

²¹ Cass. Pen., SS.UU., 17 dicembre 2003, n. 920, in *Dejure*.

²² Così, per esempio, Cass. Pen., sez. II, 12 ottobre 2018, n. 56374, in *Dejure*; nonché Cass. Pen., sez. I, 12 aprile 2019, n. 22820, *ivi*.

²³ Norma processuale sottoposta al principio del *tempus regit actum* per Cass. Pen., sez. III, 29 novembre 2019, n. 8785, in *Dejure*.

²⁴ PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, cit., p. 12.

²⁵ Di "accertamento criminologico" parla, in questi termini, LANZI M., *La caleidoscopica realtà della confisca per sproporzione: tra istanze preventive e riscossione delle imposte*, in *Arch. Pen.*, 2/2019, p. 25.

²⁶ In particolare, sulla possibilità, nel caso di impegno ad adempiere, di applicare il sequestro preventivo e di disporre la confisca ancorché non la sua esecuzione fino al saldo del pagamento del debito tributario in ragione della necessità di evitare la dispersione del patrimonio, cfr., solo da ultimo, Cass. Pen., sez. III, 1° settembre 2020, n. 24614, in www.iusinitinere.it; in precedenza, tra le tante, Cass. Pen., sez. III, 5 febbraio 2019, in *Dejure*; Cass. Pen., sez. III, 9 febbraio 2016, n. 28225, *ivi*.

²⁷ In tal senso la *Relazione dell'Ufficio del Massimario del 9 gennaio 2020, n. 3. La legge 19 dicembre 2019, n. 157 di conversione del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124, 'Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili': profili penalistici*, in www.cortedicassazione.it, 2020, p. 19, secondo cui, tuttavia, dovrebbe avere rilevanza esclusivamente l'integrale pagamento del debito tributario, ma non il mero impegno ad adempiere. Concordano, in dottrina, VARRASO, *Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019*, in *Sistema Penale*, 8 settembre 2020, p. 19; VELANI, *Reati tributari: con la novella introdotta dal d.l. 124/2019 conv. Con l. 157/2019 il legislatore "gioca la carta" della confisca per sproporzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2020, p. 85.

²⁸ In particolare, sui rapporti tra integrale pagamento del debito e applicazione della pena su richiesta delle parti, cfr. ora Cass. Pen., sez. III, 7 maggio 2020, n. 13901 e Cass. Pen., sez. III, 15 maggio 2020, n. 15218, entrambe in *Giurisprudenza Penale web*, 18 maggio 2020; Cass. Pen., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 10800, *ivi*, con nota di COSTA, *Reati tributari e patteggiamento senza estinzione del debito fiscale esteso anche ai delitti di dichiarazioni infedele, omessa presentazione della*

dichiarazione e distruzioni e occultamento delle scritture contabili ex artt. 4, 5 e 10 d.lgs. 74/2000; Cass. Pen., sez. III, 22 ottobre 2019, n. 47287, in *Dejure*; Cass. Pen., sez. III, 12 aprile 2018, n. 38684, *ivi*.

²⁹ In tal senso, SEVERINO, *La riforma dei reati tributari: un'occasione perduta?*, in *Arch. Pen.*, 3/2016, p. 9; PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, cit., p. 12.

³⁰ In tema si rinvia a RONCO, *Il contribuente fiscalmente pericoloso*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 aprile 2016. In giurisprudenza, sulla distinzione tra l'evasore fiscale semplice e quello seriale cfr., specialmente, Cass. Pen., sez. VI, 21 settembre 2018, n. 53003, in www.giurisprudenzapenale.com; Cass. Pen., sez. V, 6 dicembre 2016, n. 6067, *ivi*; nonché, con riguardo ai provvedimenti assunti dal Tribunale di Torino, l'analisi recentemente svolta da PROVENZANO, *I soggetti destinatari delle misure di prevenzione. Una indagine sui provvedimenti di applicazione del Tribunale di Torino*, in www.la legislazione penale.eu, 23 luglio 2020.

³¹ In tal senso VARRASO, *Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019*, cit., p.19.

³² Sui rapporti tra confisca di prevenzione e confisca allargata, CORTESI, *Confisca di prevenzione "antimafia" e confisca "allargata": rapporti ed interferenze processuali*, in *Arch. Pen.* n. 3/2014.

³³ Il riferimento è a Corte cost., 20 novembre 2018, dep. 27 febbraio 2019, n. 24, cit.

Nella giurisprudenza di legittimità, tra le ultime, Cass. Pen., sez. VI, 24 giugno 2020, n. 21219, in *Dejure*; Cass. Pen., sez. VI, 8 aprile 2020, n. 21045, *ivi*. Di diverso avviso, Cass. Pen., sez. II, 9 ottobre 2019, n. 46704, *ivi*, secondo cui «il giudice della prevenzione può trarre, ai fini della formulazione del giudizio di pericolosità, funzionale all'adozione di misure di prevenzione [...] elementi di prova e/o indiziari da procedimenti penale e, nel caso di processi definiti con sentenza irrevocabile, anche indipendentemente dalla natura delle statuizioni terminali in ordine all'accertamento della penale responsabilità dell'imputato, purché – in ipotesi di sentenza di assoluzione irrevocabile – dia conto, attraverso una motivazione rafforzata e superando le contrarie argomentazioni rassegnate a fondamento della statuizione liberatoria, della sussistenza della pericolosità sociale in termini di attualità».

In dottrina, per un quadro complessivo degli equilibri ad oggi raggiunti nella costante tensione tra strumenti di prevenzione e principi costituzionali, può rinviarsi a MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, *passim* e PALAZZO – VIGANÒ, *Diritto Penale. Una conversazione*, Bologna, 2019, p. 111 ss. Da ultimo, TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, *passim*.

³⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, in *Dir. Pen. Cont.*, 12 marzo 2014, con nota di TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali* e su cui vedi per tutti, in senso critico, MUCCIARELLI – PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 aprile 2015; nonché poi Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Dir. Pen. Cont.*, 30 luglio 2015.

³⁵ In tal senso, da ultimo PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, cit., p. 2. A livello manualistico, MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, 3^a ed., Bologna, 2020, p. 875 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Bologna, 2016, p. 482 ss.

³⁶ Così PERINI, *Brevi note sui profili penali tributari del D.L. 124/2019*, in *Sistema Penale*, 3 dicembre 2019, 6; PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, cit., p.12; BONTEMPELLI, *La confisca o le confische da illecito (penale) tributario?*, in *Sistema Penale*, 4 dicembre 2019, p. 23; PIERGALLINI F., *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, cit., p.14; BARTOLI, *Ancora sulle incongruenze della recente riforma in tema di reati tributari e responsabilità dell'ente*, cit., p. 149.

³⁷ GIUNTA, *Note sulla punizione dell'ente evasore*, in *disCrimen*, 23 settembre 2020, p. 5.

³⁸ Così, in sede di primo commento, tra gli altri, BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza* cit., p. 2019; BELLACOSA, *L'inserimento dei reati tributari nel "sistema 231": dal rischio di bis in idem alla implementazione del modello organizzativo*, in *Sistema Penale*, fasc. 7/2020, p. 138 ss.; PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, cit., p.15 ss. Di diverso avviso PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, cit., p. 4 ss. il quale, oltre a dubitare della sussistenza del requisito dell'*idem factum* tra le due forme di responsabilità dell'ente, ritiene piuttosto che, per quanto non certo ineccepibile, la normativa, nel suo complesso, contenga *in nuce* meccanismi di compensazione idonei a garantire la complessiva proporzione del trattamento sanzionatorio; nello stesso senso D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema*, in *Sistema Penale*, fasc. 7/2020, 173 s.

³⁹ In tema, BONTEMPELLI – PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 2/2019, p. 123 ss.; MASTRANGELO, *Le soluzioni del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza al problema della sovrapposizione dei sequestri penali con le procedure liquidatorie*, in *Sistema Penale*, 5/2020, p. 128 e 136 ss.; SESTIERI, *La tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali*, in *La legislazione antimafia*, MEZZETTI – LUPARIA (diretto da), Bologna, 2020, p. 905 ss.

⁴⁰ L'espressione è di MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca*, in *Arch. Pen.*, 1/2019.

⁴¹ Comando Generale della Guardia di Finanza, Circolare n. 216816/2020 del 1° settembre 2020 (*Modifiche alla disciplina dei reati tributari e della responsabilità amministrativa degli enti*).

La titolarità effettiva degli enti, tra evoluzione della normativa in materia antiriciclaggio e introduzione della sezione dedicata nel Registro delle Imprese.

di **P. Grella** e **F. Zambrini**

I diversi atti normativi, adottati soprattutto sulla spinta del legislatore europeo, volti a contrastare i fenomeni di riciclaggio e terrorismo internazionale hanno negli anni disciplinato in maniera sempre crescente la figura del titolare effettivo.

L'obiettivo, con tutta evidenza, è quello di rendere nulli i tentativi di chi cerca di celare attività criminali dietro schermi societari più o meno complessi; a tal fine, si è mirato a dare la massima conoscibilità all'effettivo beneficiario economico finale di rapporto o di un'operazione.

Il presente contributo si propone allora di fornire alcuni spunti di riflessione in relazione all'evoluzione e allo stato dell'arte della figura del titolare effettivo nella normativa antiriciclaggio.

In particolare, prendendo le mosse da una ricostruzione normativa dell'istituto e delle varie modifiche ai criteri di determinazione dello stesso, gli Autori si soffermano poi sull'introduzione del registro centrale del titolare effettivo, analizzando quanto è stato fatto finora nel nostro ordinamento, nonché fornendo alcuni spunti in ottica comparatistica e *de iure condendo*.

Sommario. **1.** Nozione di titolare effettivo ed evoluzione normativa. – **2.** Determinazione dell'UBO: l'attuale quadro normativo in Italia. – **3.** Il Registro del Titolare Effettivo: stato dell'arte e prospettive future. – **4.** Qualche ulteriore spunto, anche in ottica comparata.

1. Nozione di titolare effettivo ed evoluzione normativa.

Nell'ambito delle misure adottate a livello nazionale ed internazionale, al fine di contrastare i fenomeni di riciclaggio di denaro e terrorismo internazionale, ha assunto negli anni particolare rilievo la figura del titolare effettivo (*ultimate beneficial owner*, nel prosieguo anche "UBO"), che – come è noto – si identifica con la persona fisica che risulta essere beneficiaria finale, nell'interesse della quale il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita¹.

I legislatori europei hanno infatti dimostrato un crescente interesse nel disciplinare i metodi di individuazione di tale figura e le relative ricadute in ambito di controlli e verifiche, considerando la trasparenza sui dati relativi all'UBO un elemento fondamentale per la prevenzione dei meccanismi di occultamento di identità per finalità illecite attraverso strutture societarie².

L'argomento presenta, in effetti, una serie di riflessi di non poco conto anche in materia di antitrust e di prevenzione di fenomeni corruttivi, nonché di evasione fiscale e che, tuttavia, non possono essere approfonditi in questa sede.

Intendendo con il presente contributo concentrare l'attenzione sulla normativa antiriciclaggio, si rileva

come, fin dalla prima versione del D.Lgs. 231/2007 (nel prosieguo, anche il "Decreto") recante disposizioni in materia di antiriciclaggio, tra gli obblighi di adeguata verifica della clientela imposti ai Soggetti Obbligati³ sia stata espressamente ricompresa l'identificazione del titolare effettivo, genericamente prevedendo che tale processo fosse svolto tramite "*l'adozione di misure adeguate e commisurate alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente*"⁴.

Con gli interventi normativi successivi, poi, il legislatore è intervenuto per puntualizzare e modificare le modalità e i criteri di individuazione di tale figura, la cui determinazione – soprattutto a fronte di assetti societari complessi e di composizioni azionarie variegata – aveva sin da subito presentato alcune difficoltà pratiche e applicative.

Peraltro, la sempre più avvertita di contrastare i fenomeni di riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo – connotati in maniera crescente da elementi di complessità e transnazionalità – ha portato il legislatore europeo ad intervenire in materia con due direttive nel giro di soli tre anni⁵, con conseguente necessità, per il nostro ordinamento, di adeguare e coordinare il testo del Decreto con le nuove indicazioni europee.

In particolare, a partire dal 2017, con il recepimento in Italia della IV Direttiva ad opera del D.Lgs. 90/2017, sono stati introdotti all'art. 20 del Decreto i *Criteri per la determinazione della titolarità effettiva di clienti diversi dalle persone fisiche*⁶; come si vedrà più approfonditamente *infra*, lo stesso articolo, successivamente, è stato oggetto di un'ulteriore modifica – con particolare riguardo al criterio c.d. "residuale" – ad opera del D.Lgs. 125/2019, in attuazione della V Direttiva.

Parallelamente, comunque, in un'ottica di valorizzazione dei canoni di autoresponsabilità e di trasparenza, si è fatta strada l'idea che l'individuazione del proprio beneficiario finale debba provenire in primo luogo da ciascuna società; già nel testo del 2007 del Decreto era dato leggersi: *"I clienti forniscono, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate per consentire ai soggetti destinatari del presente decreto di adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela. Ai fini dell'identificazione del titolare effettivo, i clienti forniscono per iscritto, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate delle quali siano a conoscenza"*⁷. Era, dunque, già in origine individuato un onere in capo agli operatori economici in tal senso, che, tuttavia non si spingeva fino all'obbligo di individuare il proprio titolare effettivo e di conservarne le relative informazioni, né, a maggior ragione, di darne pubblicità.

Un passo ulteriore nella direzione indicata è stato poi compiuto con la IV Direttiva⁸, sulla base della quale, da un lato, tutte le società e istituti giuridici affini (imprese dotate di personalità giuridica, persone giuridiche private, trust e istituti e soggetti giuridici affini, stabiliti o residenti sul territorio della Repubblica italiana) sono tenuti a individuare il proprio titolare effettivo e mantenere in merito informazioni accurate e aggiornate, e dall'altro, deve essere istituito un registro centrale, esterno alla società, nel quale confluiscono tutte queste informazioni, con il fine di perseguire una maggiore condivisione di dati e trasparenza⁹.

In adempimento di tale obbligo, in Italia è stata prevista l'istituzione del registro nazionale dei titolari effettivi di società e trust, nella forma di una Sezione Speciale nel Registro delle Imprese, subordinandone peraltro l'effettiva implementazione all'emanazione da parte del MEF – di concerto col Ministero dello Sviluppo Economico - di apposito decreto attuativo. Da ultimo, poi, è intervenuta la V Direttiva, che, modificando la disciplina dell'accesso alla sezione

del Registro, ha disposto la possibilità per chiunque di prendere visione dei dati in esso contenuti¹⁰, ponendosi dunque in discontinuità con la precedente direttiva, che prevedeva che i privati, compresi quelli portatori di interessi diffusi, potessero accedere solo se *titolari di un interesse giuridico rilevante e differenziato*, nei casi in cui la conoscenza della titolarità effettiva fosse *"necessaria per curare o difendere, nel corso di un procedimento giurisdizionale, un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata"*, quando vi fossero *"ragioni, concrete e documentate, per dubitare che la titolarità effettiva sia diversa da quella legale"*¹¹. Tale restrizione rimane, tuttavia, nel caso dei trust.

All'esito dell'evoluzione normativa appena accennata, dunque, oggi si mira ad una certa accuratezza in relazione alle informazioni sull'UBO, consentendo di ricevere, per così dire, un doppio *input* (uno "esterno" ed uno "interno") per l'individuazione del titolare¹². Viene così consentita anche l'instaurazione di un virtuoso meccanismo di controlli incrociati tra quanto individuato in sede di adeguata verifica dal Soggetto Obbligato e quanto obbligatoriamente e periodicamente dichiarato dalle singole società. Inoltre, si punta a garantire la massima trasparenza di tali informazioni, consentendo al pubblico di accedere al registro.

L'articolata disciplina che ruota intorno alla figura del titolare effettivo viene così oggi a riguardare da un lato i Soggetti Obbligati ai sensi del Decreto che, nell'ambito dell'espletamento degli obblighi di adeguata verifica, sono tenuti ad individuare il titolare effettivo dei clienti in tutti i casi in cui questi non siano persone fisiche; dall'altro lato, tutte le società e soggetti giuridici affini¹³, che saranno tenute – entro il 15 marzo 2021 – a comunicare il proprio titolare effettivo nell'ambito della comunicazione unica di impresa.

2. Determinazione dell'UBO: l'attuale quadro normativo in Italia.

Richiamata l'evoluzione normativa, nel prosieguo si darà brevemente conto della disciplina vigente in relazione ai criteri di determinazione e alla pubblicità delle informazioni relative all'UBO.

Come è noto, ai sensi dell'articolo 20 del Decreto, il titolare effettivo di clienti diversi dalle persone fisiche viene identificato attraverso un percorso di applicazione "a scalare" di diversi criteri. In primo luogo, infatti, esso viene fatto coincidere con la

persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente: la norma – nel caso di società di capitali – specifica che costituisce indicazione di proprietà la titolarità di una partecipazione superiore al 25 per cento del capitale del cliente; e tale titolarità potrà essere sia diretta, se detenuta direttamente da una persona fisica, che indiretta, se posseduta per il tramite di società controllate, società fiduciarie o per interposta persona.

Qualora l'assetto proprietario non consenta un'identificazione univoca dell'UBO, si passerà ad applicare il secondo criterio, quello del controllo dell'ente, che viene identificato in forza dell'attribuzione della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria, ovvero dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante, o ancora dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano di esercitare un'influenza dominante.

Qualora l'applicazione dei criteri di proprietà diretta e indiretta ovvero di controllo dell'ente non consenta di individuare univocamente uno o più titolari effettivi, poi, l'operatore dovrà ricorrere al criterio residuale, che, come anticipato, è stato recentemente modificato dal D.Lgs. 125/2019. Ai sensi del novellato articolo 20 del Decreto, dunque, il titolare effettivo in tali casi coincide con la persona fisica o le persone fisiche titolari di poteri di rappresentanza legale, amministrazione o direzione dell'ente. Inoltre, sempre per effetto di tale modifica normativa, è stato previsto che i Soggetti Obbligati conservino traccia delle ragioni che non hanno consentito di individuare il titolare effettivo attraverso i criteri "primari" stabiliti dai primi commi dell'articolo 20 del Decreto.

3. Il Registro del Titolare Effettivo: stato dell'arte e prospettive future.

Nell'ordinamento italiano, dunque, dopo l'istituzione del registro centrale, già operata in attuazione della IV Direttiva, si sta oggi registrando uno sforzo nel senso della concreta implementazione dello stesso. D'altronde, l'attuazione del registro è stata anche ricompresa tra i dieci obiettivi enunciati dal Quarto Piano Nazionale d'Azione nell'ambito dell'Open Government Partnership (OGP)¹⁴, iniziativa internazionale che "mira a ottenere impegni concreti dai Governi in termini di promozione della trasparenza, di sostegno alla partecipazione civica, di lotta alla corruzione e di diffusione, dentro e

fuori le Pubbliche Amministrazioni, di nuove tecnologie a sostegno dell'innovazione". In tale ambito è stato dettagliato un percorso di obiettivi da raggiungere per la completa attuazione di quanto previsto dalla V Direttiva, corredato di una specifica *timeline* che prevede, entro giugno 2021, la prima implementazione della sezione del registro, nonché alcune elaborazioni statistiche relative alle caratteristiche dei titolari effettivi dichiarati¹⁵.

Nel contesto sopra esposto, una bozza di decreto attuativo dell'art. 21 del Decreto è stata predisposta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico e posta in pubblica consultazione dal 23 dicembre 2019 al 28 febbraio 2020, ed è attualmente in attesa di essere convertita in testo definitivo. In particolare, il D.Lgs. 125/2019 aveva prorogato di 24 mesi il termine inizialmente previsto per l'emanazione del decreto di regolamentazione del registro (ossia, il 3 luglio 2018 - 12 mesi dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 90/2017), con la conseguenza che il nuovo termine per l'emanazione del decreto scadeva lo scorso 3 luglio.

Ad oggi, tuttavia, l'unico testo disponibile è la bozza di decreto¹⁶.

Secondo quanto disposto dall'articolo, l'obbligo di comunicazione circa la propria titolarità effettiva riguarda: (i) gli amministratori delle società e altre imprese dotate di personalità giuridica; (ii) il fondatore, ove in vita, i soggetti cui è attribuita la rappresentanza e l'amministrazione delle persone giuridiche private (iii) i fiduciari di trust o istituti giuridici affini. Questi soggetti, acquisite le informazioni ai sensi dell'art. 22 del Decreto, dovranno – come detto – trasmetterle tramite comunicazione unica di impresa al competente ufficio del registro imprese entro il 15 marzo 2021.

Ciò che occorre sottolineare in tal senso è che il soggetto obbligato ai sensi del Decreto, anche dopo l'entrata in vigore della Sezione del Registro, dovrà svolgere comunque la verifica in maniera indipendente. E sarà questo, ragionevolmente, a innestare quel meccanismo di controllo, primariamente, in caso di discrepanze.

In particolare, la legge affida all'organo di amministrazione delle società importanti adempimenti in materia di individuazione del titolare: gli amministratori acquisiscono le necessarie informazioni sulla base di quanto risultante dalle scritture contabili e dai bilanci, dal libro dei soci, dalle comunicazioni relative all'assetto

proprietario o al controllo dell'ente, nonché dalle comunicazioni ricevute dai soci e da ogni altro dato a loro disposizione. Qualora permangano dubbi sulla titolarità effettiva, gli amministratori devono richiedere specifici chiarimenti ai soci, l'inerzia o il rifiuto dei quali (ovvero l'indicazione di informazioni palesemente fraudolente) rendono inesorabile il relativo diritto di voto e comportano l'impugnabilità delle deliberazioni assunte con il voto determinante di questi.

Da un punto di vista applicativo, qualche prima incertezza potrebbe registrarsi con riguardo alla concreta modalità di formalizzazione dell'individuazione del titolare effettivo da parte dei Soggetti Obbligati a effettuare la comunicazione. Tale obbligo, come detto, ricade, nel caso delle società, sugli amministratori, che dovranno presumibilmente far risultare da apposita delibera l'individuazione formale della titolarità effettiva dell'ente¹⁷. Potrebbe comunque in proposito ritenersi che, in situazioni societarie in cui l'individuazione del titolare effettivo risulti particolarmente problematica, gli amministratori possano avvalersi della consulenza di professionisti specializzati.

Quanto ai controlli, è stato previsto che le Camere di Commercio saranno responsabili di accertare e punire le violazioni degli obblighi di comunicazione o la falsità delle informazioni trasmesse.

Le informazioni comunicate dovranno essere confermate annualmente; di eventuali variazioni attinenti la titolarità effettiva dovrà invece essere data notizia entro 30 giorni dal compimento dell'atto che dà luogo a variazione; la comunicazione, inoltre, dovrà comprendere anche l'eventuale status di "controinteressato all'accesso" del titolare effettivo, laddove quest'ultimo sia (i) incapace o minore, oppure (ii) persona per cui dall'accesso alle informazioni derivi un *rischio sproporzionato* di frode, rapimento, ricatto, estorsione, molestia o violenza. Tali circostanze infatti, adeguatamente motivate, precludono l'accesso al pubblico delle informazioni. Le sopra citate disposizioni – contenute, lo si ribadisce, nella bozza di decreto – sono state considerate da alcuni troppo *conservative*¹⁸, nella misura in cui il concetto di *rischio sproporzionato* per il controinteressato non è stato definito, così come non sono stati compiutamente identificati gli organismi che dovrà valutare la natura eccezionale delle circostanze allegare da chi si proclama controinteressato, né i canali d'appello per il diniego

d'accesso. Ancora, si è rilevato che si sarebbe dovuto auspicabilmente garantire l'accesso gratuito alle informazioni da parte del pubblico. Il senso di tali osservazioni può essere letto – oltre che nel segno di una valorizzazione della trasparenza in quanto tale – anche nella convinzione che una massima accessibilità comporti maggiori possibilità di controllo e forse, in ultima analisi, possa innescare un meccanismo virtuoso capace di portare ad un complessivo miglioramento qualitativo dei dati presenti nel Registro.

Un'altra critica, invece, di segno opposto (ossia, in un'ottica di tutela della privacy che prevalga sulle istanze di pubblicità e trasparenza) potrebbe peraltro essere rivolta con riferimento all'azionabilità del diritto di non rendere pubbliche le informazioni sul titolare nei casi previsti. È stato, infatti, già osservato¹⁹ che qualora la richiesta in tal senso non dovesse essere accolta, al titolare effettivo non resterebbe che adire con una procedura d'urgenza l'autorità giudiziaria, dal momento che manca della bozza di decreto attuativo una specifica previsione normativa che disciplini tali, eventuali, casi patologici.

Infine, il controllo della veridicità e l'accuratezza delle informazioni comunicate rimane ancora il principale nodo da sciogliere in relazione all'istituzione del Registro; cionondimeno è ragionevole pensare che tanto più sarà garantita pubblicità alle informazioni sulla titolarità effettiva, tanto più sarà possibile l'individuazione di eventuali discrepanze e anomalie, rendendo possibile l'attivazione di un sistema di controllo diffuso.

4. Qualche ulteriore spunto, anche in ottica comparata.

Per meglio indagare questi profili, pare in ultimo utile ricorrere ad una prospettiva comparatistica, per cogliere, sia pur per cenni, le suggestioni provenienti da quelle giurisdizioni che, ben prima dell'Italia, hanno implementato registri centrali per la raccolta di informazioni relative agli UBO.

In particolare, nel Regno Unito, era stato istituito sin dal 2016, l'obbligo per tutte le società di tenere un registro delle "persone con un significativo controllo" ("People with significant control, PSC") e di fornire in merito informazioni da far confluire nel registro pubblico della *Companies House*²⁰.

La prassi applicativa ha, in effetti, confermato che la pubblicità di tali informazioni comporta diversi vantaggi, tra cui il fatto che i privati, essendo

legittimati a visionare, monitorare e analizzare i dati, possono anche fornire all'autorità un valido apporto nell'identificazione di dichiarazioni anomale. Gli utenti dei registri possono infatti identificare e segnalare voci insolite o inspiegabili, contribuendo così a migliorare e mantenere l'accuratezza dei dati, come anche esplicitamente considerato e auspicato dal legislatore europeo nell'elaborazione della V Direttiva²¹.

Dati molto interessanti in materia provengono da una ricerca condotta in Regno Unito da *Global Witness*²², che ha dimostrato che - a quasi due anni dal lancio del registro - circa 3,6 milioni di imprese (l'87% di quelle a cui si applica il regime dei PSC) avevano fornito i dati relativi al PSC, ma che tra questi dati era possibile riscontrare un ampio numero di anomalie. Eucleando le principali tipologie di quest'ultime, si evidenzia, è possibile elaborare *red flags* che possano poi guidare l'attività investigativa delle *authority deputate*. La ricerca in parola, ad esempio, ha riscontrato che diverse società dichiaravano di non avere alcun beneficiario finale. Tale circostanza non necessariamente indica in Regno Unito una situazione patologica (essendo consentito dichiarare l'assenza di un UBO laddove nessuna persona fisica detenga più del 25% delle azioni di una società), ma la circostanza può essere comunque evidenziata come situazione che merita maggiore attenzione in fase di verifiche e di controlli, ben potendosi trattare di una dichiarazione fittizia resa al solo scopo di aggirare la norma. Allo stesso modo, l'individuazione di alcuni nominativi che risultino titolari effettivi di numerose società - pur potendo corrispondere ad una situazione fisiologica, lecita e corrispondente al vero - merita sicuramente di essere considerata quale spia anche di possibili situazioni patologiche. Occorre, pertanto, individuare criteri che possano rendere sospetti determinati tipi di dichiarazione, e sottoporli di conseguenza a verifiche rafforzate.

La possibilità stessa di un accesso pubblico ai dati diviene quindi uno strumento fondamentale nella direzione di un controllo diffuso e, in tal senso - come è facile comprendere - i primi riscontri e *feedback* potranno provenire naturalmente dai Soggetti Obbligati ai sensi della normativa antiriciclaggio. In capo a questi infatti lo stesso legislatore europeo ha posto un obbligo di segnalazione, che, è stato recepito anche nel Regno Unito, dove - a far data dal 10 gennaio 2020²³ - i Soggetti Obbligati devono inoltrare una

segnalazione all'autorità ogniqualvolta si imbattano in *discrepancies* tra quanto accertato nell'ambito dell'adeguata verifica della clientela e quanto dichiarato dal cliente e riportato nel registro. In tal modo le autorità potranno indagare sulla difformità segnalata, eventualmente contattando la società per richiedere chiarimenti e l'aggiornamento del registro. Qualora invece la discrepanza non venga risolta neanche all'esito dell'attività dell'autorità, si potrà procedere con una rimozione delle informazioni errate dal registro.

Tale disposizione è peraltro già stata prevista, anche in Italia, dalla già menzionata bozza di decreto attuativo, che dispone che i Soggetti Obbligati dovranno comunicare "*tempestivamente al gestore le eventuali difformità tra le informazioni sulla titolarità effettiva ottenute per effetto della consultazione del registro e quelle acquisite in sede di adeguata verifica della clientela [...]*"²⁴.

A tal proposito, si rileva sin d'ora come questa segnalazione sia da tenere distinta dalle Segnalazioni di Operazioni Sospette di cui agli articoli 35 e ss. del Decreto. In merito, la bozza di decreto attuativo nulla specifica, ciononostante viene espressamente affermato che lo scopo di tale tipo di comunicazione è quello di garantire "*l'implementazione, da parte del gestore, di sistemi di allerta idonei a restituire elementi di analisi utili alla ricognizione, da parte dell'autorità di cui all'articolo 5 [ovvero Ministero dell'economia e delle finanze, Autorità di vigilanza di settore, Unità di informazione finanziaria per l'Italia, Direzione investigativa antimafia, Guardia di finanza, Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo; autorità giudiziaria, autorità preposte al contrasto dell'evasione fiscale, n.d.r.], della qualità e della veridicità dei dati, relativi alla titolarità effettiva presenti nella sezione e nella sezione speciale*"²⁵.

Diversi sono, pertanto, i presupposti di tale comunicazione, rispetto alle segnalazioni di cui agli articoli 35 e ss. del Decreto, che scattano in presenza di operazioni che possano destare ragionevoli motivi per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Tale distinzione è peraltro stata esplicitata, per rimanere nella realtà inglese, proprio dal Governo britannico, che nell'annunciare il nuovo obbligo di segnalare le *discrepancies*, ha precisato che: "*A discrepancy report is not a substitute for a Suspicious Activity Report (SAR). The requirement to submit a SAR where appropriate continues*"²⁶.

In questo modo, a parere di chi scrive, si potrà da un lato facilitare l'individuazione di dichiarazioni anomale in vista della loro correzione e accertamento, dall'altro, forse, giungere anche ad una maggiore accuratezza e tempestività nella comunicazione di informazioni corrette ed aggiornate da parte di tutti gli operatori economici, ben consapevoli che – trattando professionalmente con taluno dei Soggetti Obbligati (il cui catalogo è, peraltro, in aumento) – questi ultimi potranno, e anzi dovranno, "accendere i riflettori" sulle eventuali discrepanze riscontrate.

Gli esiti applicativi del registro, riscontrati nella sopra citata ricerca, peraltro, suggeriscono altri spunti che si ritiene potranno essere valorizzati nella discussione che accompagnerà la fase finale dell'implementazione del registro in Italia: *in primis*, sembra importante riuscire a garantire che, in fase di inserimento, gli utenti possano essere spinti a fornire dati completi e validi e in una modalità uniforme (si consideri, ad esempio, che la ricerca ha individuato cinquecento diverse forme per indicare la nazionalità inglese di determinati beneficiari finali), in modo da rendere più agevole l'incrocio dei dati, per esempio utilizzando sistemi automatici di convalida dei dati inseriti (menu a tendina, ecc.).

Inoltre, si potrebbe prevedere che le dichiarazioni siano corredate da documenti di identità (in modo da provare, quantomeno, l'esistenza del soggetto individuato) o documentazione che provi la proprietà o il controllo della società. Ovviamente, ciò non potrebbe escludere in radice la falsità delle dichiarazioni, ma potrebbe quantomeno fornire un punto di partenza per il successivo accertamento, oltre che aggravare in qualche misura la posizione di coloro che si determinino a presentare dichiarazioni non veritiere, costringendoli a produrre documenti falsi.

Tali soluzioni, peraltro, com'è facile comprendere, hanno diverse rilevanti implicazioni anche in materia di privacy²⁷, che renderanno necessario un attento bilanciamento degli interessi in gioco.

In effetti, l'intera tematica dell'istituendo registro risulta caratterizzata dall'esigenza di bilanciare l'interesse alla pubblicità di dati veritieri da un lato, e la tutela della privacy dall'altro.

Esulando la completa trattazione di tale tematica – che meriterà senz'altro approfondita disamina – dal

focus di questi primi spunti di riflessione, ci si limiterà ad evidenziare che, con riferimento alle basi giuridiche del trattamento ai sensi dell'articolo 6 GDPR, possono giustificare il trattamento di dati il *consenso* dell'interessato, la *necessarietà ai fini dell'esecuzione di un contratto*, l'adempimento di un *obbligo legale*; la salvaguardia di *interessi vitali dell'interessato*, l'esecuzione di un compito di *interesse pubblico* o connesso a pubblici poteri, il perseguimento del *legittimo interesse* del titolare del trattamento. Ebbene, ad avviso di chi scrive, allora non potrà porsi un reale tema di liceità del trattamento, essendo divenuta la trasmissione dei dati sul titolare effettivo un obbligo di legge²⁸, peraltro posto a tutela di un interesse pubblico alla trasparenza, in un'ottica di prevenzione di fenomeni criminali.

D'altro canto, va comunque ricordato che la tutela della privacy e della sicurezza del singolo è alla base dell'introduzione di specifiche eccezioni che giustificano lo status di controinteressato all'accesso. Alcune più approfondite riflessioni potranno poi essere necessarie in tema di necessità e proporzionalità dell'introduzione di registri centrali e pubblici, in luogo di obblighi di comunicazione alle autorità da parte degli enti, ovvero di registri centrali ma non accessibili a chiunque. In tal senso, anche evidenziando la difficoltà di garantire un controllo sulla veridicità e l'aggiornamento delle informazioni ricevute, si potrebbe sostenere che una lesione del diritto di privacy non possa essere giustificato da tale strumento, in quanto non necessario a raggiungere l'interesse pubblico cui si tende.

A maggior ragione, la concreta attuazione del registro alla quale assisteremo nei prossimi mesi, si spera, non potrà prescindere – anche sulla scorta degli insegnamenti provenienti da altre giurisdizioni – dalla necessità di garantire un efficace controllo sulla correttezza e accuratezza dei dati, in mancanza dei quali tutti gli sforzi sin qui compiuti potrebbero rivelarsi vani.

Pasquale Grella

Avvocato del Foro di Milano.

Francesca Zambrini

Dottoressa in Giurisprudenza.

¹ Cfr. art. 1, comma 2, lettera pp) del D. Lgs. 231/2007.



² "La necessità di informazioni accurate e aggiornate sul titolare effettivo è un elemento fondamentale per rintracciare criminali che potrebbero altrimenti occultare la propria identità dietro una struttura societaria", cfr. Considerando n. 14 Direttiva UE 2015/849.

³ Compiutamente elencati dall'art. dall'art. 3 del Decreto. Tra i Soggetti Obbligati figurano, tra gli altri, banche, istituti finanziari ed assicurativi e professionisti. Giova peraltro ricordare in questa sede che a far data dal 10 novembre 2019, con l'entrata in vigore del D.lgs. 125/2019, all'elenco sono stati aggiunti (i) i soggetti che esercitano il commercio di opere d'arte o che agiscono in qualità di intermediari nel commercio delle medesime opere, anche quando tale attività è effettuata da gallerie d'arte o case d'asta, qualora il valore dell'operazione sia pari o superiore a 10.000 euro; (ii) i soggetti che conservano o commerciano opere d'arte ovvero che agiscono da intermediari nel commercio delle stesse, qualora tale attività sia effettuata all'interno di porti franchi e il valore dell'operazione, anche se frazionata, o di operazioni collegate, sia pari o superiore a 10.000 euro; (iii) gli agenti immobiliari, anche in qualità di intermediari nella locazione di un bene immobile, limitatamente alle operazioni per le quali il canone mensile è pari o superiore a 10.000 euro; (iv) i prestatori di servizi di portafoglio digitale; (v) i prestatori di servizio la cui attività consiste nella fornitura di servizi di scambio di valute virtuali e valute aventi corso forzoso (c.d. *exchanger*).

⁴ Art. 19 D.lgs. 231/2007 nella sua formulazione originaria, che attuava nell'ordinamento interno le prime tre direttive emanate dal Legislatore Europeo in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose.

⁵ Direttiva UE 2015/849 ("IV Direttiva") e Direttiva UE 2018/843 ("V Direttiva").

⁶ Così, di fatto, abrogando l'allegato tecnico precedentemente vigente in materia, nel tentativo di superare l'incertezza riguardo alle modalità di applicazione della soglia del 25% più uno del capitale sociale per l'individuazione del titolare effettivo. Per una esaustiva ricostruzione in merito, si veda: P. IEMMA, N. CUPPINI, *Antiriciclaggio: la babele del titolare effettivo* in *Diritto Bancario online*, 2020.

⁷ Articolo 21 D.lgs. 231/2007 nella sua versione "originale".

⁸ Cfr. art. 30: "Gli Stati membri provvedono affinché le società e le altre entità giuridiche costituite nel loro territorio siano tenute a ottenere e conservino informazioni adeguate, accurate e attuali sulla loro titolarità effettiva, compresi i dettagli degli interessi beneficiari detenuti".

⁹ Vedi Considerando n. 14 della IV Direttiva "La necessità di informazioni accurate e aggiornate sul titolare effettivo è un elemento fondamentale per rintracciare criminali che potrebbero altrimenti occultare la propria identità dietro una struttura societaria. Gli Stati membri dovrebbero pertanto assicurare che i soggetti giuridici costituiti nel loro territorio in conformità del diritto nazionale ottengano e conservino informazioni adeguate, accurate e attuali sulla loro titolarità effettiva, oltre alle informazioni di base quali il nome della società, l'indirizzo e la prova dell'atto costitutivo e della titolarità legale. Allo scopo di promuovere la trasparenza al fine di contrastare l'abuso dei soggetti giuridici, gli Stati membri dovrebbero assicurare che le informazioni sulla titolarità effettiva siano archiviate in un registro centrale situato all'esterno della società, in piena conformità con il diritto dell'Unione. A tal fine, gli Stati membri possono utilizzare una banca dati centrale che raccolga le informazioni sulla titolarità effettiva, o il registro delle imprese, ovvero un altro registro centrale. Gli Stati membri possono decidere che i soggetti obbligati siano responsabili della tenuta del registro. È opportuno che gli Stati membri si assicurino che, in ogni caso, tali informazioni siano messe a disposizione delle autorità competenti e delle FIU e siano fornite ai soggetti obbligati quando procedono all'adeguata verifica della clientela. Gli Stati membri dovrebbero inoltre provvedere affinché sia garantito l'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva, nel rispetto delle norme sulla protezione dei dati, ad altre persone che siano in grado di dimostrare un interesse legittimo in relazione al riciclaggio, al finanziamento del terrorismo e ai reati presupposto associati, quali la corruzione, i reati fiscali e la frode. Le persone che sono in grado di dimostrare un interesse legittimo dovrebbero avere accesso alle informazioni sulla natura e la portata dell'effettivo interesse detenuto, consistente nel suo peso approssimativo".

¹⁰ In proposito si osserva che le restrizioni inizialmente imposte per l'accesso alle informazioni erano già state oggetto di critica all'entrata in vigore del d.lgs. 90/2017: si confronti, a titolo esemplificativo: *Identità Nascoste. Trasparenza dei Titolari Effettivi per contrastare corruzione e riciclaggio in Italia* (report pubblicato da Transparency International Italia nel Maggio 2017 e disponibile al seguente [link](#)).

¹¹ Cfr. art. 21 comma 2 Decreto, nella versione vigente fino al 10 novembre 2019.

¹² Sulla migliore efficacia di un approccio su più fronti ("*multi-pronged approach*") si veda il *paper* recentemente pubblicato dal Financial Action Task Force (FATF) "*Best Practice On Beneficial Ownership For Legal Persons*", Ottobre 2019, disponibile al seguente [link](#).

Nel testo, infatti, si evidenzia come un approccio su più fronti garantisca l'accuratezza delle informazioni tramite controlli incrociati e una maggiore agilità per gli *stakeholder* nell'identificare informazioni errate circa la propria titolarità effettiva.

¹³ Tra cui cooperative, consorzi con attività esterna, associazioni, fondazioni, Comitati dotati di personalità giuridica trust e gli istituti giuridici affini ad essi.

¹⁴ Maggiori informazioni sono disponibili a questo [link](#).



¹⁵ In particolare, quale ultimo *step*, il IV Piano d'Azione si ripropone, nel corso dell'attuazione di realizzare elaborazioni sulla presenza femminile tra i titolari effettivi del Registro, quale nuovo indicatore della parità di genere in ambito imprenditoriale.

¹⁶ Il testo della bozza di decreto attuativo è disponibile a questo [link](#).

¹⁷ Cfr. E. MONTANARI, *Il Registro dei titolari effettivi: comunicazione dei dati entro il 15 marzo 2021 e accesso al pubblico, salvo alcune eccezioni* in *Diritto Bancario Online*, 2020.

¹⁸ Ci si riferisce, in particolare, ai Commenti e proposte di Transparency International Italia, Oxfam Italia, Re:Common, Fondazione Finanza Etica, alla Consultazione pubblica concernente lo schema di decreto Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico in materia di Registro della titolarità effettiva delle imprese dotate di personalità giuridica, delle persone giuridiche private, dei trust e degli istituti e soggetti giuridici affini (art. 21, comma 5, d.lgs. n. 231/07), disponibili al seguente [link](#).

¹⁹ F. VEDANA, *Un po' di privacy nel registro dei titolari effettivi*, in *Italia Oggi*.

²⁰ Si veda il seguente [link](#).

²¹ Cfr. Considerando n. 30: "*L'accesso pubblico alle informazioni sulla titolarità effettiva consente alla società civile, anche attraverso le sue organizzazioni e la stampa, di effettuare una valutazione più accurata di queste informazioni e contribuisce a mantenere la fiducia nell'integrità delle operazioni commerciali e del sistema finanziario. Inoltre può contribuire a combattere l'uso improprio di società, altri soggetti giuridici e istituti giuridici per riciclare denaro e finanziare il terrorismo sia favorendo le indagini che per i suoi effetti in termini di reputazione, dato che tutti coloro che potrebbero effettuare operazioni sono a conoscenza dell'identità dei titolari effettivi. Ciò facilita anche la tempestiva ed efficiente messa a disposizione delle informazioni agli istituti finanziari e alle autorità, comprese quelle dei paesi terzi, che si occupano del contrasto di tali reati. L'accesso a tali informazioni gioverebbe inoltre alle indagini sul riciclaggio di denaro, sui reati presupposto associati e sul finanziamento del terrorismo*".

²² Report disponibile al seguente [link](#).

²³ Si veda il seguente [link](#).

²⁴ Art. 6 comma 4 del decreto attuativo in bozza, vedi nota 16.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Una segnalazione di discrepanza non sostituisce la segnalazione di operazione sospetta (SAR). L'obbligo di presentare una SAR, ove applicabile, persiste.

²⁷ Interessanti spunti possono essere rinvenuti nel report *Data Protection And Privacy In Beneficial Ownership Disclosure*, pubblicato da Open Ownership nel 2019 e disponibile al seguente [link](#).

²⁸ Per interessanti riflessioni sul rapporto tra la normativa sulla privacy e la normativa antiriciclaggio in genere, si veda N. VITALE, *Base giuridica del trattamento dei dati ai fini antiriciclaggio: obbligo di legge ma anche interesse pubblico*, in *Diritto Bancario Online*, 2019.

La Cassazione penale esamina le valute virtuali sotto il profilo del Testo Unico della Finanza – le precedenti qualificazioni e i richiami della Direttiva penale sulla lotta al riciclaggio mediante l’uso del penale (n. 2018/1673 UE).

di **N. Mainieri**

Rappresentazioni digitali di valore, mezzi di pagamento accettati in forma pattizia, divise estere, strumenti finanziari, beni immateriali. Le valute virtuali, ed i rischi di utilizzi illeciti che esse presentano, hanno sempre dato luogo a un ampio dibattito che vede protagonisti il legislatore antiriciclaggio, al pari dei *Regulators* sovranazionali e nazionali, insieme a sentenze di Corti europee o nazionali, che fanno registrare una, peraltro sinora scarsa, giurisprudenza di merito.

La Cassazione si è pronunciata per la prima volta su questo tema, con la recente sentenza n. 26807 emessa in un procedimento per riciclaggio ed ha considerato l’offerta della loro compravendita sui *social* come soggetta alle disposizioni del testo unico della Finanza, valutando che le stesse possano considerarsi come prodotti finanziari.

Sullo sfondo anche due importanti provvedimenti dell’Unione non ancora attuati: la Direttiva n. 2018/1673 sul contrasto al riciclaggio mediante l’uso del penale ed il recentissimo “*pacchetto per la finanza digitale*” varato dalla Commissione europea il 24 settembre scorso. L

’articolo si propone di fornire una chiave di lettura di questo ampio dibattito, dove la giurisprudenza cerca di ovviare alla mancanza di un organico inquadramento normativo, reso più complesso dal carattere fortemente tecnicistico delle criptovalute.

Sommario. **1.** Le valute virtuali e il loro difficile inquadramento giuridico. – **2.** Le definizioni delle criptovalute fornite in via amministrativa e giurisprudenziale prima della sentenza n. 26897/2020. – **3.** La sentenza della Cassazione Penale, sez. II, n. 26807 del 17 settembre 2020. – **a)** l’elemento soggettivo del reato di riciclaggio. – **b)** La qualificazione giuridica di compra- vendita di valute virtuali e la loro pubblicizzazione sui *social*. – **c)** la sussistenza del reato di cui all’art. 493 ter c.p. – **4.** La Direttiva sulla lotta al riciclaggio mediante l’uso del penale – i riferimenti alle valute virtuali.

1. Le valute virtuali e il loro difficile inquadramento giuridico.

Con la sentenza n. 26807 del 17 settembre 2020 la Cassazione - per la prima volta - ha affrontato, in un procedimento per riciclaggio, il tema della natura delle “valute virtuali” o criptovalute, sotto il profilo dell’assoggettamento dell’offerta della loro compravendita alle disposizioni del d.lgs. 58/1993 - Testo Unico sulla Finanza. Per via dei connotati fortemente tecnicistici e della mancanza di qualsiasi forma di riconoscimento legale, il dibattito tema della qualificazione giuridica delle criptovalute sconta ampie difficoltà interpretative: in più occasioni sono state considerate in categorie giuridiche diverse (rappresentazioni digitali di valore, valute, mezzi di pagamento, strumenti di investimento) a seconda dei profili – tributari, antiriciclaggio, civilistici o penalistici – che si sono presentati all’esame delle autorità amministrative o giudiziarie ogni volta chiamate ad occuparsene.

Nate come mezzo di pagamento all’interno di comunità di videogiocatori, si sono in seguito diffuse alla stregua di mezzi di pagamento *sui generis*: elettronici, di tipo *peer to peer*, fondati sull’accettazione volontaria da parte degli operatori del mercato che – per via della mancanza di corso legale in alcuna giurisdizione - li ricevono come corrispettivo per lo scambio di beni e servizi, riconoscendo loro, a tal fine, un valore in assenza di un obbligo di legge. La natura digitale delle criptovalute deriva dal fatto che vengono create, memorizzate e utilizzate su dispositivi elettronici, nei quali sono conservate in conti personalizzati o “portafogli elettronici” o *e-wallet*, come tali accessibili e trasferibili dal titolare in possesso delle chiavi di accesso alfanumeriche, in qualsiasi momento e senza bisogno dell’intervento di terzi. Devono essere acquistate in cambio di valuta legale (*fiat*) tramite piattaforme di servizi o “*exchange*”, che consentono lo scambio delle valute virtuali con le

valute *fiat* al tasso di cambio aggiornato al valore di mercato. Come autorevolmente osservato “è altrettanto vero che esse non possano considerarsi solo come documenti informatici: senza incorporare materiali intrinsecamente pregiati, replicano, per via convenzionale, alcune delle funzioni della moneta legale”¹.

Ampie analisi svolte in sede sovranazionale e nazionale hanno sottolineato i rischi di riciclaggio, nonché di finanziamento del terrorismo, che l'utilizzo di criptovalute può comportare; più di recente è stata introdotta anche una disciplina antiriciclaggio *ad hoc*, che segue le indicazioni della Direttiva (UE) n. 2018/843 o Quinta Direttiva. L'Italia ha anticipato la Quinta direttiva introducendo - già nel 2017 con il d.lgs. n. 90 - la prima forma di legislazione antiriciclaggio/antiterrorismo dell'Unione europea sull'uso delle criptovalute, cui ha fatto seguito nel 2019 il d.lgs. n.125 che ne ha ampliato la portata, aggiungendo tra gli utilizzi delle “cripto” anche “le finalità di investimento”, una scelta quantomai opportuna, come vedremo in seguito². In linea con la disciplina europea che si andava allora delineando sul tema, il d.lgs. 90/17 aveva fornito una qualificazione giuridica dei prestatori di servizi di cambio in valute virtuali³ e fatto rientrare gli stessi tra i soggetti obbligati all'adempimento degli obblighi antiriciclaggio, consistenti nell'adeguata verifica del cliente, nella conservazione dei documenti e nella segnalazione delle operazioni sospette. In quella sede - in linea con le indicazioni dei relativi *Regulators* sovranazionali⁴ e nazionali⁵ - le valute virtuali sono state definite “rappresentazioni digitali di valore” non emesse da una banca centrale o da un'autorità pubblica⁶, con un termine che sembra inteso anzitutto ad escluderne ogni valore legale, sottolineando il loro possibile utilizzo come mezzi di pagamento solo tramite un'accettazione in termini puramente volontaristici che ne fanno le parti.

I rischi di riciclaggio si sono ulteriormente incrementati anche per via del sempre maggiore interesse che le criptovalute hanno suscitato sotto la forma di scommesse speculative ma soprattutto di investimento, man mano che il loro utilizzo come mezzi di pagamento è andato diminuendo a motivo della ristretta accettazione su base volontaristica che esse hanno incontrato.

La sentenza in questione della Cassazione penale giunge, quindi, al termine di una lunga serie di pareri e definizioni forniti da *Authority* europee e nazionali e di pochissime sentenze di merito civili/penali,

mentre il loro inquadramento a fini tributari ha trovato espressione in una sentenza della Corte di Giustizia Europea del 2015, cui ha fatto seguito nel nostro Paese, una risoluzione dell'Agenzia delle Entrate ed una sentenza di un TAR chiamato a pronunciarsi su detta risoluzione.

In questo intreccio di definizioni, pareri e decisioni giurisprudenziali in campi diversi, ma pur sempre relativi allo stesso fenomeno economico, la questione trova ulteriore motivo di interesse per i riferimenti che alle valute virtuali fa la Direttiva (UE) n. 2018/1673, che porta come termine di recepimento il 3 dicembre 2020.

2. Le definizioni delle criptovalute fornite in via amministrativa e giurisprudenziale prima della sentenza n. 26897/2020.

Le criptovalute presentano numerosi rischi per l'utente: anzitutto rischi di carattere legale-finanziario, legati all'ampia volatilità del prezzo (nel corso nel corso della stessa giornata possono subire oscillazioni del venti per cento), alla bolla speculativa che le caratterizza in mancanza di un “nozionale” sottostante di riferimento, all'assenza di una tutela legale per le carenze di informazioni e di presidi di trasparenza, alle transazioni irreversibili e non reclamabili, sino alla mancanza di una compiuta disciplina di settore. L'anonimato - o più correttamente lo pseudo anonimato⁷ - che le valute virtuali possono assicurare a chi le negozia, la difficoltà di tracciarne pubblicamente le transazioni, l'utilizzo che ne fa il *deep web*, pongono poi rischi ancor più gravi, che vanno da quello di attacchi informatici alle piattaforme di custodia, ai rischi di impiego in attività criminali, prime tra tutte il riciclaggio⁸, ma anche il finanziamento del terrorismo internazionale; questo spiega l'interesse dei *Regulators* internazionali e nazionali che su di esse hanno pubblicato pareri e avvertenze. Particolare interesse hanno poi suscitato sotto il profilo della loro imponibilità tributaria, ed anche qui sia in sede europea che nazionale. Prima della recente sentenza della Suprema Corte che andremo in seguito ad esaminare, si sono registrate pochissime sentenze di merito, in campo civile e penale e amministrativo. Se ne trae un quadro giuridicamente reso assai complesso dal loro tecnicismo e dove “l'ambito della questione”: antiriciclaggio, tributario, penalistico, rende più ancor più difficile una valutazione organica della loro natura⁹.

Della loro definizione come “rappresentazioni digitali di valore” espressa dal GAFI, ripresa dalla Banca d’Italia e dal decreto antiriciclaggio del 2017, si è detto in premessa. In senso conforme può aggiungersi quella fornita dall’Autorità Bancaria Europea che, nel considerarle “rappresentazioni digitali di moneta”, afferma poi che lo stesso uso del termine moneta è fuorviante per diversi motivi e che l’utilizzo che essa fa dello stesso “riflette solo l’uso comune”¹⁰. In definitiva, sembra prevalere la necessità di non riconoscere loro alcuna definizione statale, con la conseguente indicazione di possibili rischi.

La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – CONSOB¹¹ ha utilizzato i poteri attribuitigli dal Testo Unico della Finanza¹² per intervenire nell’attività di offerta al pubblico italiano di “investimenti di natura finanziaria” promossa da una società di diritto straniero, *Togacoin LTD*. Questa intendeva procedere ad una *Initial Coin Offering - ICO* di «*token TGA*»¹³ senza aver dato preventiva comunicazione all’autorità di vigilanza, come previsto dall’art. 94 comma 1) del TUF. La Commissione ha qualificato la criptovaluta quale “prodotto finanziario”, assoggettandola così alla disciplina del TUF e sospendendo in via cautelare l’iniziativa.

Un altro ordine di decisioni e pareri ha riguardato la qualificazione della natura delle criptovalute in funzione di esigenze tributarie. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea¹⁴ nella sentenza 22 ottobre 2025, sez. V (causa C-264/14) - emessa in tema di applicazione della direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto – ha stabilito che la possibilità di inserire l’attività tra le cessioni di beni doveva essere esclusa in quanto i *bitcoin* non sono un “bene materiale” nel senso fatto proprio dall’articolo 14 della Direttiva. La Corte afferma che, nel caso al suo esame, la moneta virtuale non trasferisce alcun diritto di proprietà e viene utilizzata unicamente per il cambio fra vari mezzi di pagamento che “costituiscono prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso: ai sensi di tale disposizione operazioni...che consistono nel cambio di valuta tradizionale contro unità della valuta virtuale «*bitcoin*» e viceversa, effettuate a fronte del pagamento di una somma corrispondente al margine costituito dalla differenza tra, da una parte, il prezzo al quale l’operatore interessato acquista le valute e, dall’altra, il prezzo al quale le vende ai suoi

clienti”. Le esenzioni previste dall’articolo 135, paragrafo 1, lettera e) della direttiva IVA non possono applicarsi solo a “le operazioni relative alle sole valute tradizionali” in quanto “si risolverebbe nel privarla di parte dei suoi effetti”; le attività di cambio di *bitcoin* in moneta tradizionale e viceversa rientrano pertanto a pieno titolo tra le attività esenti dall’applicazione dell’Iva per le transazioni compiute all’interno del territorio europeo.

L’Agenzia delle Entrate nella Ris. 72/E del 2 settembre 2016 “Trattamento fiscale applicabile alle società che svolgono attività di servizi relative a monete virtuali” prende spunto dalla giurisprudenza europea, assimilando le operazioni in cripto a quelle in divise estere. Da questa assimilazione fa discendere la conferma dell’esenzione IVA ma, riprendendo l’identificazione fatta dalla Corte dell’attività di intermediazione nella compravendita come una “prestazione di servizi”, ne fa al contempo derivare la tassazione diretta a carico delle imprese delle relative componenti reddituali, al netto dei relativi costi, valutando le disponibilità di fine esercizio al cambio corrente, nonché a carico delle persone fisiche – per le cessioni a termini – la tassazione delle plusvalenze come redditi diversi di natura finanziaria.

Sempre sotto il profilo tributario, l’attività in criptovalute fa registrare anche una recente decisione del TAR del Lazio, sez. seconda ter, sentenza n. 1077 del 27 gennaio 2020¹⁵. Il tribunale si è pronunciato su presupposti e limiti della assoggettabilità a trattamento fiscale dell’utilizzo di valute virtuali, che richiama esser state definite “rappresentazioni digitali di valori” nella legislazione antiriciclaggio, stabilendo che sulla base del quadro ordinamentale italiano vigente, l’impiego di moneta virtuale è rilevante ai fini dell’art. 67 del TUIR, ai sensi del quale è soggetto a tassazione laddove e nella misura in cui generi materia imponibile. Dopo aver provato a svolgere una qualificazione giuridica delle criptovalute, sulla base degli orientamenti giuridici esistenti (beni o prodotti finanziari) - il TAR ne abbraccia poi una concezione funzionale: riconduce alla tassazione non già il mero possesso di valute virtuali in quanto tali, ma solo il loro impiego e la loro utilizzazione entro il novero delle operazioni effettuate con le stesse, sì che “il trattamento fiscale dell’utilizzo delle criptovalute opera in forza della natura delle operazioni poste in essere mediante detti valori (oltre che, naturalmente, in base alla natura dei soggetti utilizzatori e delle relative attività,

imprenditoriali o meno), laddove (e nella misura in cui) detto utilizzo generi materia imponibile”.

La prima sentenza italiana sulla natura della criptovaluta è considerata quella del Tribunale Civile di Verona (n. 195 del 24 gennaio 2017) in tema di richiesta di restituzione fatta dall’attore che – per il denaro corrisposto ad una società di servizi informatici” che avrebbe dovuto aprire un conto in *bitcoin* ma che, pur avendo ricevuto i soldi necessari in valuta legale, non aveva eseguito la sua prestazione – lamentava anche la mancanza di informazione chiara e precisa (come prevista dalla normativa europea e dal Codice del Consumo) rispetto al fine commerciale perseguito dal venditore. Il Tribunale, dopo aver definito la criptovaluta “uno strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di particolari forme di transazioni online”, fa riferimento alla citata Risoluzione n. 72 dell’Agenzia delle Entrate ed al richiamo di questa alla sentenza del 2015 della Corte di Giustizia Europea che, come abbiamo visto, ha considerato la loro intermediazione alla stregua di una “prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso”. Se ne fa discendere una natura contrattuale della loro vendita, qualificabile come “attività professionale di prestazione di servizi a titolo oneroso, svolta in favore di consumatori” disciplinata dunque dal Codice del Consumo, inquadrabile in una “offerta al pubblico di prodotti finanziari” o di “servizi di investimento in valori mobiliari”. Più specificamente: l’operazione *on line* di cambio valuta va inquadrata nell’«offerta al pubblico di prodotti finanziari» ovvero a quella dei «servizi e attività di investimento in valori mobiliari», come regolamentati dal Testo Unico Finanziario (d.lgs. 58/1998).

A detta sentenza segue altra del Tribunale di Firenze, chiamato ad esprimersi sul fallimento di un sito internet, una piattaforma *exchange online* di scambio e deposito di criptovalute, fatte sistematicamente confluire in unico *e-wallet* centrale, per cui non sarebbe stato possibile distinguere quali crypto, gestite dalla piattaforma, appartenessero ai singoli utenti, se non sulla base della contabilità interna¹⁶. Pur dichiarandosi consapevole della complessità dell’analisi sulla natura delle valute virtuali e della necessità di conoscenze tecnico-specialistiche sul tema, il Tribunale – dopo un ampio *excursus* in cui prende a riferimento la legislazione antiriciclaggio e la decisione della Corte di Giustizia Europea del 2015 – considera il *bitcoin* come “una digitalizzazione di valore” che può essere considerata un bene ai sensi

ai sensi dell’art. 810 c.c., un bene fungibile in quanto “unità monetaria simile alla valuta che tuttavia non è qualificata come moneta legale...un bene oggetto di trasferimenti e transazioni”. Aggiunge che “la criptovaluta è sia consumabile, in ragione del suo uso (quando viene speso) sia fungibile...perché della stessa natura e della stessa quantità, in quanto appartenente allo stesso protocollo informatico, a soggetti alla medesima *ratio* di altri beni che permettono di effettuare pagamenti”. La asserita fungibilità della criptovaluta consente poi al tribunale di dichiarare il fallimento della società che gestiva l’*exchange*, considerata la natura negoziale di deposito irregolare, del rapporto tra l’utente e il gestore della piattaforma e l’insolvenza dell’imprenditore.

3. La sentenza della Cassazione Penale, sez. II, n. 26807 del 17 settembre 2020.

La Corte era chiamata ad esprimersi sul ricorso della difesa in tema di provvedimenti cautelari reali; nello specifico doveva occuparsi degli aspetti di legittimità di un’ordinanza del Tribunale del riesame di Milano, che aveva confermato un decreto di sequestro preventivo di fondi e altri beni emesso dal giudice per le indagini preliminari a carico di un indagato che, in concorso con altri, era chiamato a rispondere dei reati di cui agli articoli: 648 bis c.p. “Riciclaggio”, 166 comma 1) lett. c) “Abusivismo” del d.lgs. n. 58/1998 – TUF, 493 ter c.p. “Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento”.

Secondo quanto riportato a suo tempo dai *media*, la vicenda sottostante aveva preso lo spunto da indagini avviate a seguito di svariate denunce per truffa presentate da soggetti incappati in annunci di finte aste immobiliari pubblicati su siti *internet*, riconducibili a studi legali poi risultati inesistenti. I compratori, una volta versato l’acconto, non riuscivano a concludere l’acquisto, mentre - nel frattempo - i siti venivano chiusi e il denaro, dopo numerosi giri transitati anche su conti correnti intestati a vittime dei raggiri stessi, veniva infine investito in *bitcoin*¹⁷.

Sebbene la sentenza si chiuda con il rinvio a un nuovo giudizio, per radicali vizi di motivazione individuati dalla Cassazione nell’ordinanza del riesame in ordine alla ivi asserita sproporzione tra il contenuto del sequestro ed il reddito dichiarato e l’attività svolta dall’indagato, cionondimeno essa risulta di particolare interesse in quanto, per la prima volta, la Corte si pronuncia sull’applicabilità delle

fattispecie contestate al tema delle valute virtuali, accogliendone qui le valutazioni di primo grado, e fornendo la sua autorevole lettura nel dibattito cui si è fatto cenno.

La Corte ha valutato come segue gli altri motivi su cui si fonda il ricorso.

a) L'elemento soggettivo del reato di riciclaggio.

Secondo la difesa il Tribunale aveva omissis di motivare i rilievi dalla stessa depositati attinenti all'elemento soggettivo del reato. Veniva pertanto eccepita l'assenza di consapevolezza da parte degli indagati in quanto gli accrediti sui loro conti *on-line* erano relativi a vendite di criptovalute eseguite su un sito ove si effettua la vendita di *bitcoin*, non riconducibile agli indagati stessi. Dette caratteristiche avrebbero fatto venire meno l'atteggiamento psicologico, che non risulterebbe neppure sussistente nella forma del dolo eventuale, per l'assenza di alcun indice sintomatico che potesse far maturare il sospetto che le somme oggetto di transazioni fossero di provenienza illecita; nè il dolo eventuale avrebbe potuto desumersi da un'omissione degli obblighi di identificazione imposti dalla normativa antiriciclaggio, essendo tali obblighi imposti solo al gestore del sito. Le transazioni per l'acquisto di *bitcoin*¹⁸ avvenivano, infatti, in modo spersonalizzato, senza alcun contatto tra venditore e acquirente.

Quanto al c.d. "dolo eventuale" sembra opportuno in questa sede richiamare come negli ultimi anni la Corte di Cassazione abbia esteso la punibilità dell'agente dei reati di riciclaggio anche a titolo di dolo eventuale, figura non esplicitamente prevista dal codice, ma di lunga tradizione dottrinale e giurisprudenziale¹⁹. In sostanza, si configura il dolo eventuale quando il soggetto agisca senza il fine di commettere il reato, rappresentandosi la commissione dello stesso come una conseguenza possibile di una condotta diretta ad altro scopo; in questo caso, ovviamente, l'attributo di "eventuale" non concerne il dolo, che in realtà deve sussistere, ma il risultato possibile - eventuale, appunto - cui il dolo si riferisce. La dottrina ricollega questo atteggiamento interiore alla "teoria dell'accettazione del rischio": non basterebbe, pertanto, che il soggetto si rappresenti mentalmente la "concreta" possibilità della verificabilità dell'evento, quanto che egli - posto nell'alternativa se commettere o meno una determinata operazione - scelga

consapevolmente di compierla, accettando di correrne il rischio²⁰.

La Cassazione non entra nel merito della sussistenza o meno del dolo eventuale, ma con riferimento all'elemento soggettivo del reato, sostiene che la ricostruzione operata dal Tribunale sia stata legittima, in quanto:

- vi era stata una truffa ai danni della persona offesa, con utilizzo di un conto presso una banca *on-line* alimentato con un suo bonifico e con altri bonifici, relativi ad una truffa e ad un furto di identità digitale;
- detto conto *on-line* era stato poi svuotato e i fondi trasferiti su altro *c/c* acceso presso una banca *internet* tedesca, conto aperto *on-line* mediante anche l'invio di un numero di telefono riconducibile a un indagato;
- in uscita dal conto tedesco venivano ricaricate carte prepagate e acquistate valute virtuali con utilizzo di *nickname*;
- erano stati ricostruiti altri giri di fondi - sempre su conti *online* aperti fornendo utenze telefoniche di soggetti collegati - su cui venivano fatti transitare proventi di truffe.

La Suprema Corte ha così osservato che "l'indagato non si è limitato ad occuparsi di acquisto e cessione di criptovalute, ma si è inserito attivamente nella apertura di conti correnti sui quali confluivano i proventi delle truffe, che venivano poi utilizzati per le relative transazioni" e che "le citate circostanze appaiono incompatibili con un atteggiamento psicologico diverso dal dolo".

b) La qualificazione giuridica di compra-vendita di valute virtuali e la loro pubblicizzazione sui social.

La Cassazione si è poi soffermata sulla valutazione dell'attività di compra-vendita di valute virtuali svolta dagli indagati, che l'ordinanza impugnata affermava essere stata svolta su apposito sito internet e pubblicizzata tramite l'omonima pagina del *social network Facebook* "fornendo ai potenziali clienti notizie e informazioni sulle caratteristiche delle proposte di investimento idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa". Secondo il Tribunale ciò avrebbe comportato la necessità che tali comunicazioni avvenissero mediante adempimenti quali la pubblicazione del prospetto e la preventiva comunicazione alla CONSOB, in applicazione dell'art. 91 e seguenti del TUF; in assenza di questi

adempimenti l'offerta di prodotti finanziari integrava gli estremi del reato di abusivismo di cui all'art 166 comma 1) del citato Testo Unico della Finanza.

La difesa eccepiva che il citato d.lgs. 90/2017, nel disciplinare a fini antiriciclaggio l'attività dei prestatori di servizi di cambio delle valute virtuali (*exchange*), aveva delineato per essi uno stato proprio, sottraendoli quindi al perimetro applicativo della normativa in materia di strumenti finanziari, in quanto le valute virtuali non erano da considerarsi prodotti da investimento, ma mezzi di pagamento²¹. Sul punto giova richiamare che la disciplina antiriciclaggio ha assoggettato ai relativi obblighi i prestatori di detti servizi di cambio, inserendoli nella più ampia categoria di soggetti obbligati ossia gli "operatori non finanziari", tramite una modifica della disciplina dell'attività di cambiavalute, di cui all'art. 17-bis d.lgs. n. 141/10 e successive modifiche. In detta normativa veniva infatti inserito il nuovo comma 8-bis, in base al quale "le previsioni di cui al presente articolo si applicano, altresì, ai prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, come definiti nell'art. 1, comma 2, lettera ff), del d.lgs. n. 231/2007 e successive modificazioni, tenuti, in forza della presente disposizione, all'iscrizione in una sezione speciale del registro di cui al comma 1)", ossia il registro dei cambiavalute²². Secondo la difesa, quindi, l'attività svolta dagli indagati non potrebbe essere qualificata ai sensi dell'art 166 lett c) del TUF, nel presupposto che non si tratti di attività soggetta ad autorizzazione amministrativa (della CONSOB se qualificata come relativa a prodotti finanziari), ma alla sola registrazione nella sezione speciale del registro dei cambiavalute.

Gli Ermellini ritengono infondato anche detto motivo di ricorso in quanto, sia pur sinteticamente, considerano correttamente motivata l'ordinanza impugnata che sul punto "sottolinea che la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, tanto che sul sito ove veniva pubblicizzata si davano informazioni idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa, affermando che "chi ha scommesso in bitcoin in due anni ha guadagnato più del 97%". Questo legittima, secondo la Cassazione, che tale attività debba considerarsi soggetta agli adempimenti previsti dal Testo Unico della Finanza, negli artt. 91 e segg., la cui omissione integra appunto la sussistenza del reato di abusivismo finanziario, di cui all'art. 166 comma 1, lett. c) del TUF (che punisce con la reclusione da uno

a otto anni e con la multa da euro quattromila a euro diecimila chiunque, senza esservi abilitato:...offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento).

In maniera meno sintetica sembra potersi indicare che, secondo l'ordinanza del Tribunale la cui legittimità viene confermata dalla Suprema Corte, l'attività di pubblicizzazione sul sito *facebook* della vendita di *bitcoin* viene in tal modo reclamizzata come una proposta di investimento, per la quale – a norma dell'art. 94 del Testo Unico della Finanza – avrebbe dovuto essere pubblicato un prospetto, con le caratteristiche richieste dallo stesso art. 94 al comma 2) e dandone preventiva comunicazione alla CONSOB, che avrebbe dovuto approvarlo. La legittima applicazione del reato di abusivismo finanziario nasce, pertanto, dal mancato adempimento in materia degli obblighi di comunicazione ed autorizzativi alla CONSOB; si versa pertanto in tema del c.d. "abusivismo sollecitatorio". Sul punto la Cassazione non sembra indicare in quale delle tre categorie - che il citato art. 166, comma 1, lett. c) del TUF richiama - possano includersi le criptovalute, ossia se prodotti finanziari, o strumenti finanziari o servizi/attività di investimento. La definizione di cui all'art. 1, lett. u) del TUF distingue gli strumenti finanziari, tipici in quanto *numerus clausus*, da "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria" o prodotti finanziari atipici. Nelle "definizioni" per gli strumenti finanziari il TUF fa rinvio alla sez. C del suo allegato I). Nuove categorie di strumenti finanziari, secondo l'art. 18 comma 5) del TUF, possono essere individuate solo dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, con regolamento adottato sentita la Banca d'Italia e la Consob, "al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie". Il carattere tassativo degli strumenti finanziari esclude pertanto quelli non espressamente previsti e tanto più ciò sembra valere per le valute virtuali, dalla qualificazione giuridica così complessa. Per "prodotti finanziari" il Testo Unico della Finanza, all'art 1 comma 1, lett. u), considera gli strumenti finanziari e "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria": categoria che appare la più varia e quindi la più idonea ad accogliere quello – assai versatile – in esame. Ciò in linea anche con quanto prevede la Consob, che individua l'investimento di natura

finanziaria ogni qualvolta il risparmiatore impiega il denaro con un'aspettativa di profitto²³. Si aggiunge che l'ordinanza impugnata parla esplicitamente di "prodotti finanziari".

c) la sussistenza del reato di cui all'art. 493 ter c.p.

Per quanto non pertinente al tema di questo studio, si aggiunge per completezza che nella sentenza in questione la Cassazione ha considerata legittima l'ordinanza del Riesame anche relativamente alla valutazione della fattispecie criminosa di cui al 493 ter c.p. "Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento"²⁴. La difesa aveva sul punto eccepito che il reato non si consumasse con l'uso dell'altrui carta da parte dell'imputato, ma solo se questo fosse stato indebito, circostanza che avrebbe dovuto essere esclusa nel caso in esame, ove il titolare formale aveva consegnato al ricorrente carta e codice PIN, legittimandone l'utilizzo. La Corte ha richiamato una propria precedente sentenza²⁵ secondo la quale "anche l'uso di una carta di credito da parte di un terzo, autorizzato dal titolare, integra il reato...in quanto la legittimazione all'impiego del documento è contrattualmente conferita dall'istituto emittente al solo intestatario, il cui consenso all'eventuale utilizzazione da parte di un terzo è del tutto irrilevante, stanti la necessità di firma all'atto dell'uso, di una dichiarazione di riconoscimento del debito e la conseguente illiceità di un'autorizzazione a sottoscrivere con la falsa firma del titolare, ad eccezione dei casi in cui il soggetto legittimato si serva del terzo come "longa manus" o mero strumento esecutivo di un'operazione non comportante la sottoscrizione di alcun atto". La Corte conclude su tale punto, considerando irrilevante la circostanza che si trattasse di una carta di debito anziché di credito, atteso che il bancomat è "documento analogo" alla carta di credito, che abilita al prelievo del denaro, come tale rientrante nell'ampio disposto del citato 493 ter c.p..

4. La Direttiva sulla lotta al riciclaggio mediante l'uso del penale – i riferimenti alle valute virtuali.

La Direttiva UE 2018/1673 del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale, è tra le direttive europee che dovranno essere attuate ed il cui termine scade il 3 dicembre 2020²⁶. Sul punto a tutt'oggi risulta solo il disegno di legge n. 1721, recante la "Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea" o Legge di delegazione

europea 2019, in corso di esame da parte della Commissione permanente sulle Politiche dell'Unione Europea del Senato, senza che al momento risulti alcuna indicazione di principi o criteri specifici che il Governo debba osservare nell'emanare i decreti legislativi di attuazione della direttiva 1673, e ciò diversamente da quanto previsto in relazione a molte altre direttive in via di recepimento.

La finalità espressa della direttiva penale è quella di favorire la cooperazione transfrontaliera tra gli Stati membri nella lotta al riciclaggio, stabilendo al contempo norme minime relative alla definizione dei reati e alle sanzioni in materia di riciclaggio. Scopo è di evitare il rischio che la criminalità possa scegliersi la legislazione più favorevole, svolgendo una forma di arbitraggio tra le diversità normative e applicative negli Stati dell'Unione. In linea generale, il nostro Paese è già in buona parte *compliant* con le principali indicazioni della Direttiva penale. Infatti:

- l'Italia, sin dal 1993²⁷, considera presupposto del reato di riciclaggio qualsiasi "delitto non colposo": una categoria così ampia da includere appieno l'elenco delle ventidue "attività criminose" che la Direttiva - all'art.1 comma 1) lettere da a) a v) - richiede come necessarie presupposto del riciclaggio;
- dal 2015 l'Italia ha criminalizzato l'autoriciclaggio, art. 648 ter1, così come richiesto nel Considerando n. 11 della Direttiva²⁸;
- le pene detentive massime di detti reati nel nostro codice sono ben più alte di quelle richieste dalla Direttiva;
- la richiesta di congelamento e confisca di beni strumentali e proventi è già prevista dall'ordinamento italiano.

Con riferimento al tema di questo scritto, si richiama la consapevolezza del legislatore europeo sugli sviluppi tecnologici che accompagnano il mondo del riciclaggio. La Direttiva, infatti, al Considerando n. 6) sottolinea che "l'uso delle valute virtuali presenta nuovi rischi e sfide nella prospettiva della lotta al riciclaggio. Gli Stati membri dovrebbero garantire che tali rischi siano affrontati in modo adeguato". Si è parlato in premessa della completezza - e si potrebbe aggiungere anche della lungimiranza - della nostra normativa di contrasto sul piano amministrativo; la sentenza che abbiamo esaminato aggiunge un ulteriore tassello per via dell'attenzione che la nostra Suprema Corte dedica al tema. La Direttiva, infatti, all'art. 2 definisce come "beni" che possono formare oggetto di condotte di riciclaggio,

quelli di “di qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili o intangibili, e i documenti o gli strumenti giuridici in qualsiasi forma, compresa quella elettronica o digitale, che attestano il diritto di proprietà o altri diritti sui beni medesimi”.

Torniamo allora all'intricato dibattito sulla natura delle valute virtuali. La nostra dottrina sembra orientata, in maniera ampiamente maggioritaria, sulla loro appartenenza all'ampia nozione di “beni” dell'art. 810 c.c.; bene è infatti un'entità utile, cioè adatta a soddisfare un bisogno umano di appropriazione e di utilizzo e che, perciò, possa avere un valore²⁹. La riconducibilità a un'essenza economico-finanziaria è certamente compatibile con i tratti essenziali delle valute virtuali, che possono essere considerate come un bene giuridico, meritevole di tutela per gli interessi economici che sottende: ciò risulta chiaro anche dall'*excursus* che abbiamo svolto. Tema di dibattito è se questo strumento tecnologico possa qualificarsi nella categoria dei beni immateriali³⁰. Ricordiamo che immateriali si definiscono quei beni che non hanno materialità corporea e non sono quindi percepibili dai sensi umani: vi appartengono ad esempio le invenzioni e le opere dell'ingegno, gli strumenti finanziari, i diritti che possono essere oggetto di negoziazione, marchi e brevetti e – più recentemente – i programmi per elaboratore o *software*³¹. Tra i beni immateriali rientrano in dottrina anche i valori mobiliari e gli strumenti e i prodotti finanziari. La decisione della Cassazione con l'assoggettamento agli adempimenti previsti dal TUF dell'attività di offerta di compravendita delle cripto considerate come prodotti finanziari – al pari di precedenti valutazioni amministrative (Consob) o giurisprudenziali di merito (Tribunale di Verona) – è pertanto anche in linea con la dottrina sul tema.

In tal senso, l'ampia definizione che l'art. 2 della Direttiva penale richiede in merito alla categoria dei beni che possano formare oggetto di riciclaggio, sebbene non altrettanto esplicitamente prevista in sede normativa, risulta confermata sulle valute virtuali almeno in via giurisprudenziale con la sentenza di legittimità oggetto di questo studio. Si

aggiunge che proprio in tema di riciclaggio, la Cassazione – pur senza fornire specifiche statuizioni – sembra dare per pacifico che i *bitcoin* o altre criptovalute rientrino nella condotta materiale del reato, che come noto considera denaro, beni o altre utilità. In passato la Suprema Corte si era già espressa sul reato di cui al 648 ter “Impiego di denaro, beni ed altre utilità di provenienza illecita” 648 ter c.p., stabilendo che “la nozione di attività economica o finanziaria è desumibile dagli artt. 2082, 2135 e 2195 c.c. e fa riferimento non solo all'attività produttiva in senso stretto, ossia a quella diretta a creare nuovi beni o servizi, ma anche a quella di scambio e di distribuzione dei beni nel mercato del consumo, nonché ad ogni altra attività che possa rientrare in una di quelle elencate nelle menzionate norme del codice civile”³².

Al termine di questa analisi, appare utile indicare che, altrettanto recentemente, la Commissione Europea ha varato un “pacchetto per la finanza digitale” articolato su più fronti: tra i temi principali quello di una “prima regolamentazione europea sulle cripto-attività per sfruttare le possibilità offerte dalle stesse, mitigando i rischi per gli investitori e la stabilità finanziaria”³³. Lo strumento normativo prescelto è quello del Regolamento, come tale dotato di *self-executing*: una volta approvato, le sue norme entreranno perciò in vigore e cominceranno a produrre direttamente i loro effetti giuridici, senza bisogno di misure di recepimento da parte degli Stati membri nel loro ordinamento giuridico interno. Un settore di arduo inquadramento normativo, e spesso caratterizzato da rischi di varia natura per l'utente, potrebbe ricevere in quella sede una specifica disciplina europea, che vada oltre le interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza domestiche che pure sono riuscite a fornirne una efficace lettura.

Nicola Mainieri

Avvocato del Foro di Roma.

Già Dirigente della Banca d'Italia.

¹ F. Di Vizio “Lo statuto penale delle valute virtuali”, Relazione al corso Cryptocurrency e Blockchain: Profili civilistici e penalistici, Palazzo di Giustizia di Caltanissetta 6 giugno 2019, Corso della Scuola Superiore della Magistratura; a detto scritto si farà riferimento anche in altri punti del presente studio.

² Per maggiori indicazioni cfr. N. Mainieri “Valute virtuali e prestatori di servizi - profili antiriciclaggio” in *Diritto e Giustizia web*, 22 marzo 2018 e “Quinta direttiva europea antiriciclaggio: il decreto di recepimento 125/2019 entra in vigore” in *Diritto Bancario web*, 5 novembre 2019.



³ D.lgs. n. 231/07, art. 1, comma 2, lett. ff) come modificato dal d.lgs. n. 90/17: “ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all’utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale».

⁴ Tra questi *in primis* il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale – GAFI Report “*Virtual Currencies. Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*” del giugno 2014 che le definisce rappresentazioni digitali di valore, che sia pur liberamente trasferibili e scambiabili, non hanno corso legale in alcuna giurisdizione. Il GAFI è un organismo intergovernativo che ha per scopo l’elaborazione e lo sviluppo di strategie di lotta al riciclaggio dei capitali di origine illecita e, dal 2001, anche di prevenzione del finanziamento al terrorismo; elabora standard riconosciuti a livello internazionale per il contrasto delle attività finanziarie illecite, analizza le tecniche e l’evoluzione di questi fenomeni, valuta e monitora i sistemi nazionali

⁵ Banca d’Italia, “Avvertenze sull’uso delle cosiddette “valute virtuali”, 30 gennaio 2015, ove si aggiunge: “create da soggetti privati che operano sul web, le valute virtuali non devono essere confuse con i tradizionali strumenti di pagamento elettronici”.

⁶ D.lgs. 231/07 art. 1 comma 2, let. ff).

⁷ Le valute virtuali sono trattate in una catena di piattaforme elettroniche, che ne costituisce l’infrastruttura tecnologica. Si tratta di un database di operazioni crittografate conservate su una rete di computer (*chain*) composta da blocchi (*block*), una sorta di libro contabile aperto e verificabile dagli utenti, distribuito in modo tale che i record non possano essere modificati senza alterare tutti i blocchi successivi. Le transazioni avvengono in forma anonima: ogni utente sulla blockchain è infatti identificato tramite una stringa alfa-numerica, una chiave crittografata privata. Se si usa il termine di pseudo-anonimato è perché, ad esempio, si può risalire all’indirizzo IP a cui il proprietario dei fondi si è appoggiato per accedere alla rete.

⁸ Tra le vicende più note, si cita l’indagine statunitense denominata “*Silk road*” (“via della seta”) tra la fine del 2013 e gli inizi del 2014 e che prese il nome del sito web abilmente celato, progettato per consentire agli utenti di acquistare e vendere illegalmente e anonimamente farmaci, armi, identità rubate, stupefacenti, e fare pirateria informatica e riciclaggio di denaro, le cui transazioni erano regolate in bitcoin. Il sito fu prima bloccato e poi chiuso dall’FBI, i cui agenti si erano infiltrati sotto copertura nella piattaforma, ed il titolare condannato all’ergastolo.

⁹ Sul punto cfr M. Da Rold “Innovazione tecnologica ed implicazioni penalistiche. Le monete virtuali” in *Giurisprudenza di merito web* 2019, 2.

¹⁰ *European Banking Authority – EBA* “*Opinion on virtual currencies*”, 4 luglio 2014.

¹¹ CONSOB delibera n. 20660 del 31 ottobre 2018 “Sospensione, ai sensi dell’art. 99, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 58/1998, dell’offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto “token TGA”, effettuata da Togacoin LTD anche tramite il sito internet <https://togacoin.com>”.

¹² Testo Unico della Finanza art. 99 comma 1 lett. b): “La Consob può sospendere in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, l’offerta avente ad oggetto prodotti diversi da quelli di cui alla lettera a) (*gli strumenti finanziari comunitari*), in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni del presente Capo o delle relative norme di attuazione”.

¹³ I *token* o “gettoni” sono di fatto frazioni di una criptovaluta emessa, che vengono scambiati tra gli utenti mediante scambi che vengono memorizzati sulla *blockchain*.

¹⁴ Istituita nel 1952, con sede in Lussemburgo, ha il compito di garantire che il diritto dell’Unione Europea venga interpretato e applicato allo stesso modo in ogni paese europeo.

¹⁵ Reperibile al seguente [link](#).

¹⁶ Tribunale di Firenze, sez. fallimentare, Sent. n. 18 del 21 gennaio 2019.

¹⁷ Cfr Il Messaggero – 14 novembre 2019 “*Milano, il denaro delle truffe riciclato in bitcoin: due indagati per i raggiri sul web*” reperibile al seguente [link](#); Il Giorno – in pari data “*Finte aste di immobili e riciclaggio tramite bitcoin: tre indagati*” reperibile al seguente [link](#); Corriere della Sera ed. Milano, 15 novembre 2019 “*Aste-truffa soldi riciclati in bitcoin*”.

¹⁸ Si calcola che ad oggi ne siano in circolazione oltre 3.600 per un valore complessivo che supera attualmente i 300 miliardi di dollari; il Bitcoin è la più significativa, da sola vale ca. il 58 % del mercato; altri dati sono reperibili al seguente [link](#).

¹⁹ In tal senso: Cass. pen., sez. II, 11/25960, Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2011, n. 25960, Cass. pen., sez. II, 30 settembre 2014 n. 43348, cfr.; Cass. pen., sez. II, 9 marzo 2015, n. 26208, Cass. pen., sez. II, 7 ottobre 2016, n. 52241.

²⁰ Per la dottrina si veda tra gli altri: T. Padovani in *Diritto Penale Giuffrè* ed. Milano 2012 206-7. Ed ancora: G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale – Parte generale Zanichelli editore*, 2010, 367.

²¹ Che recita: “Gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari”.

²² Tenuto dall’Organismo Agenti e Mediatori – O.A.M., istituito dall’art. 128 – undecies del d.lgs. 385/1993 o Testo Unico Bancario – T.U.B. L’avvio in concreto della sezione speciale del registro è subordinata all’emanazione di uno specifico decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze che stabilisca le modalità e la tempistica con cui i prestatori di servizi relativi all’utilizzo di valuta virtuale siano tenuti a comunicare allo stesso Dicastero la propria operatività sul territorio nazionale. Si è tutt’ora in attesa del decreto, in quanto “la comunicazione costituisce condizione essenziale per l’esercizio



legale dell'attività da parte dei suddetti prestatori" (art. 8 d.lgs. 90/17 cit.), ma gli obblighi antiriciclaggio di detti soggetti sono comunque in vigore.

²³ Cfr: Consob, Area pubblica, scheda 3 "Cosa sono gli investimenti di natura finanziaria": Gli elementi qualificanti la nozione di investimento di natura finanziaria sono rinvenibili nella compresenza: (i) di un impiego di capitale; (ii) di un'aspettativa di rendimento di natura finanziaria; (iii) dell'assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all'impiego di capitale. Gli investimenti di natura finanziaria costituiscono una specie del genere prodotto finanziario.

²⁴ Che ricordiamo punisce "chiunque al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi".

²⁵ Cass. Pen., sez. II, sentenza n. 17453 del 22 febbraio 2019.

²⁶ Il testo della Direttiva è reperibile al seguente [link](#).

²⁷ Testo così risultante a seguito della ratifica della Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, il sequestro e la confisca dei proventi di reato operata con la legge n. 328/1993.

²⁸ "Gli Stati membri dovrebbero assicurare che taluni tipi di attività di riciclaggio siano perseguibili anche quando sono commessi dall'autore dell'attività criminosa che ha generato i beni («autoriciclaggio»").

²⁹ Enciclopedia del diritto, voce "Beni". Milano 1959; F. Santoro-Passarelli in "Dottrine generali del diritto", 1971.

³⁰ In tal senso anche F. Di Vizio che valorizza "il significato sistematico delle prime esperienze di regolamentazione del fenomeno (in materia di antiriciclaggio, di monitoraggio fiscale e nella prospettiva normativa, ancora non completata, della riserva di attività), che muovono dall'esistenza di un tal diritto (di proprietà) sul bene immateriale, elemento attivo del patrimonio individuato in una prospettiva economica e sociale, nonché tecnologicamente voluta", op. cit, pagg 21 e segg.

³¹ Ex d.lgs. n. 518/1992 in attuazione della direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore

³² Cass. pen., sez. II, n.33076 del 14 luglio 2016;

³³ Commissione europea, 24 settembre 2020, *Digital finance package*, disponibile al seguente [link](#).

La responsabilità penale del sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società *in house* partecipata dal comune.

di **G. Barbato**

La sentenza del Tribunale di Salerno – pubblicata in questa Rivista, [ivi](#) – offre plurimi spunti di riflessione in ordine a vari istituti del diritto penale fallimentare. Ed invero, muovendo dal provvedimento di condanna dei due imputati che hanno optato per il rito abbreviato nell’ambito di un più complesso procedimento penale nei confronti di svariati soggetti cui venivano contestate plurime ipotesi di bancarotta societaria, si avrà modo di affrontare talune delicate questioni significative nella materia *de qua*.

In particolare, ci si soffermerà sull’analisi del titolo di responsabilità penale gravante sul Sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società *in house* partecipata dal Comune: acclarata la natura formalmente privatistica di tale nuovo modulo organizzatorio della P.A., oggi riconosciuta dal d.lgs. n. 175/2016, risulteranno certamente configurabili le ipotesi di bancarotta impropria previste dagli artt. 223 e ss. l.f. a carico di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori dell’ente *in house*.

Il problema si pone quindi con riguardo alla posizione del Sindaco del Comune che partecipi al capitale della società fallita. Proprio partendo dal peculiare rapporto *lato sensu* inter-organico del modello organizzativo delle società *in house*, la sentenza in questione sembra prospettare un’interpretazione estensiva del concetto di “amministratore” come soggetto dei reati propri in esame, finendovi per ricomprendere anche il Sindaco del Comune che abbia esercitato il *controllo analogo* nei confronti della società *in house* fallita. Tale ricostruzione, quindi, risolve in maniera particolarmente originale la problematica in questione, così evitando di fondare il giudizio di responsabilità dell’organo politico sulla scorta della sua qualificazione come “amministratore di fatto”, ovvero della sua partecipazione a titolo di concorso nel reato proprio commesso dagli altri imputati.

Infine, si avrà modo di accennare, sia pure incidentalmente, anche ai tratti essenziali dei delitti di bancarotta impropria di cui all’art. 223, cpv., nn.1) e 2) l.f., alle peculiarità della responsabilità del sindaco – stavolta organo societario – *in subiecta materia*, oltre che alla decodificazione delle circostanze aggravanti di cui all’art. 219 l.f., con particolare riferimento alla c.d. “continuazione fallimentare”.

Sommario. **1.** La complessa ricostruzione dei fatti oggetto dell’accertamento processuale. – **2.** Il reato di cui all’art. 223, Il comma n.1) l.f. – **3.** La posizione del membro del collegio sindacale con riguardo alla prima imputazione: la riqualificazione del fatto nel reato di cui agli artt. 217 e 224 n.2) l.f. – **4.** La seconda imputazione: la bancarotta per causazione dolosa del fallimento o per effetto di operazioni dolose. – **5.** Il merito dell’addebito: la posizione degli imputati. – **6.** La responsabilità penale del Sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società *in house* partecipata dal Comune. – **7.** Le circostanze aggravanti oggetto di contestazione.

1. La complessa ricostruzione dei fatti oggetto dell’accertamento processuale.

La sentenza in commento si inserisce nell’ambito di un complesso procedimento penale a carico dei membri del collegio sindacale e degli amministratori di una società *in-house* fallita, oltre che del Sindaco del Comune che manteneva la partecipazione totalitaria al capitale della stessa. In particolare, avendo un membro del collegio sindacale e il Sindaco optato per la definizione del procedimento con il rito abbreviato, si è provveduto a stralciare le posizioni degli altri imputati: la sentenza di condanna

in esame, infatti si limita a contemplare le specifiche contestazioni mosse a carico di tali due imputati.

Nei confronti del membro del collegio sindacale veniva preliminarmente contestata l’ipotesi di reato di cui agli artt. 110 c.p., 216 e 223, cpv., n. 1) l.f., avendo questi concorso a cagionare il dissesto della società, partecipando, insieme con gli amministratori e gli altri sindaci, alla commissione di varie ipotesi di falso in bilancio *ex art.* 2621 c.c., con l’intenzione di ingannare il pubblico e con lo scopo di procurarsi vantaggio e di arrecare pregiudizio ai creditori. In particolare, nonostante le plurime falsità iscritte nei

bilanci di più esercizi sociali, ometteva di esercitare tutte le attività e i doveri del proprio ufficio e non segnalava le gravi irregolarità contabili e documentali, con la piena consapevolezza del fatto che tali condotte avrebbero acuito lo stato di insolvenza della società poi fallita.

Inoltre, gli veniva contestata anche l'ipotesi di reato di cui agli artt. 110 c.p., 216 e 223, cpv. n. 2) l.f., stavolta in concorso anche con il Sindaco del Comune, poiché, insieme con gli altri amministratori e sindaci della società, cagionava con dolo o comunque per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.

In particolare, le operazioni in esame erano consistite nella mancata convocazione dell'assemblea straordinaria al fine di deliberare l'aumento del capitale ovvero la trasformazione o scioglimento della società, nonostante la sussistenza di una perdita di esercizio iscritta in bilancio che aveva ridotto il capitale al di sotto del minimo legale consentito; nelle innumerevoli irregolarità amministrative e contabili concernenti l'affidamento dei lavori a terzi da parte della società, in violazione dell'evidenza pubblica, che impedivano alla stessa la possibilità di recuperare in tutto o in parte dal Comune le somme versate a favore degli operatori economici selezionati; nell'assunzione di cinquantasei nuovi dipendenti, in assenza delle condizioni economico-patrimoniali per far fronte a tale impegno di spesa; nell'irregolarità delle operazioni di sconto bancario, che consentivano all'ente *in house* di lucrare l'anticipazione su fatture emesse nei confronti del Comune nonostante che i crediti in esse rappresentati fossero già stati saldati. Se al Sindaco del Comune venivano contestate tale operazioni per lo più a titolo di autore principale, o, in talune circostanze, quale co-autore, al membro del collegio sindacale veniva invece addebitata la violazione dei doveri inerenti il proprio ufficio, poiché non aveva correttamente segnalato le violazioni contabili *de quibus*, pur nella consapevolezza dell'evidente stato di decozione della società fallita. Venivano inoltre contestate le aggravanti di cui all'art. 219, I comma e II comma n.1) l.f.: gli imputati avevano infatti cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità ed avevano commesso più fatti di bancarotta.

Le risultanze del complesso elaborato tecnico del consulente del P.M. sostanzialmente confermavano le gravi irregolarità nella tenuta della contabilità da parte della società fallita, risultando quindi accertate

le falsità di bilancio e le operazioni oggetto di contestazione: né i rilievi apportati dai consulenti degli imputati, così come le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio da parte di questi ultimi, riuscivano a sconfiggere l'analitica e coerente ricostruzione formulata dall'accusa.

Con riguardo alla posizione del membro del collegio sindacale, quantunque fosse stato accertato l'elemento obiettivo del reato di cui all'art. 2621 c.c., il g.u.p. non riteneva provata la sussistenza del dolo richiesto dalla fattispecie *de qua*, cui rimanda, in via recettizia, il reato di cui all'art. 223, II comma, n. 1) l.f. Ne derivava la riqualificazione del fatto nella più lieve ipotesi di reato di cui al combinato disposto degli artt. 217 e 224, n.2) l.f., avendo il sindaco contribuito a cagionare o ad aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi impostigli dalla legge.

Ed invero, alcun dubbio si poneva circa la sussistenza delle gravi violazioni riscontrate con riguardo all'organo di controllo che, in concorso con gli altri membri del collegio, nulla aveva mai obiettato in ordine alla macroscopica illegittimità delle operazioni contabili poste in essere dagli amministratori, di cui anzi avallava l'operato, senza esercitare il potere di denunciare nelle relazioni al bilancio le irregolarità riscontrate.

D'altra parte, pienamente accertato risultava pure il nesso eziologico tra le condotte omissive *de quibus* e l'aggravamento del dissesto della società, successivamente fallita.

Con riferimento alla contestazione della bancarotta impropria ex artt. 216, 223, cpv., n.2) l.f., veniva preliminarmente analizzata la posizione del Sindaco del Comune.

Anche in tale ipotesi veniva accertata la sussistenza delle plurime operazioni poste in essere, che, a dire del giudicante, integravano pienamente l'elemento tipico del reato oggetto di contestazione; era parimenti accertato anche il nesso eziologico tra le condotte *de quibus* e l'aggravamento del dissesto in cui versava la società.

Più complessa risultava invece la ricostruzione del titolo di imputazione della responsabilità per il reato in esame, con riguardo ad un soggetto, quale il Sindaco del Comune azionista, che formalmente non è ricompreso nell'alveo di quelle qualifiche tipiche di cui all'art. 223, I comma l.f. (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società).

Cionondimeno, dall'*iter* motivazionale della sentenza è stato possibile risolvere positivamente la

questione, sulla scorta della decodificazione di quella peculiare figura organizzativa rappresentata dalla società *in house*.

Ed invero, ripercorrendosi la complessa evoluzione giurisprudenziale amministrativistica ed ordinaria in materia, fino a giungere all'attuale positivizzazione degli artt. 2, l. o) e 16 del d.lgs. n. 175/2016, si è avuto modo di individuarne i tratti caratteristici, consistenti nella totale partecipazione pubblica al loro capitale¹, nella prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società stessa e nel controllo analogo².

La possibilità di considerare il Sindaco come direttamente responsabile del reato oggetto di contestazione dipendeva proprio dalla corretta interpretazione del concetto di controllo analogo, inteso in linea generale come potere di ingerenza diretta da parte dell'azionista pubblico circa la gestione dell'ente, non già riconducibile alle facoltà ordinarie riconosciute dal codice civile in capo al socio dell'ente collettivo, ma quale potere più ampio, di tal guisa da ingenerare un vero e proprio rapporto gerarchico *lato sensu* inteso nei confronti degli organi amministrativi della società, sostanzialmente riconducibili ad uffici dipendenti dalla P.A. azionista. Ne derivava che, alla stregua del regolamento comunale volto a disciplinare i rapporti con le società partecipate, il Sindaco fosse tenuto all'esercizio del *controllo analogo* nel caso in cui fossero state accertate delle situazioni tali da compromettere la sana gestione finanziaria dell'ente³, di fatto, acquisendo un potere di diretta ingerenza sulla gestione della partecipata.

Tali circostanze venivano sicuramente riscontrate con riguardo al caso di specie, versando la società *in house* in evidente stato di difficoltà economico-finanziaria da vari esercizi.

Secondo la tesi del giudicante, quindi, il Sindaco avrebbe assunto la posizione di vero e proprio amministratore della società, ma non già come *"amministratore di fatto nel senso classico del termine, ma come soggetto che, in ragione della peculiare natura della società, è dotato di poteri di amministrazione e di gestione tipici dell'amministratore"*.

D'altra parte, a riprova dell'esercizio *de facto* del potere di gestione in esame, è emerso che lo stesso Sindaco aveva partecipato alle assemblee della società, nella piena consapevolezza delle plurime problematiche finanziarie della stessa, sostanzialmente avallando l'operato degli

amministratori; aveva più volte interloquito con i creditori sociali, al fine di incentivarli a soprassedere dalle iniziative legali intentate nei confronti della partecipata; aveva contribuito a scelte gestorie irrazionali, quali l'assunzione di nuovi dipendenti nonostante l'assenza delle relative coperture finanziarie; aveva infine avallato le irregolarità consistite nell'affidamento di servizi, da parte dell'ente *in house*, in violazione dell'evidenza pubblica, così ostacolando la possibilità dello stesso di ripetere dal Comune le somme versate in corrispettivo dei servizi affidati.

Il Sindaco, quindi, veniva considerato come *"titolare di un pregnante potere di controllo e di direzione sugli organi amministrativi della società, e dunque in grado di condizionarne concretamente i poteri di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi nell'attività economica svolta dalla società"*. Nessun dubbio si poneva circa il fatto che lo stesso Sindaco *"partecipasse, in piena consapevolezza, alle scelte gestorie (...), contribuendo alla deliberazione delle operazioni dolose di cui si è detto"*.

Inoltre, si è affermato come le condotte *de quibus* avessero avuto valenza *positiva*, e non già *omissiva*: ne derivava la sussumibilità della posizione del Sindaco nell'alveo della qualifica di "amministratore" della società, così rientrandosi pienamente nel *genus* dei soggetti attivi del reato proprio oggetto di contestazione.

Con riguardo all'elemento subiettivo del reato in esame, si riteneva provato il dolo con riferimento alle operazioni *de quibus*, oltre che l'accettazione del rischio – o quantomeno l'astratta prevedibilità- dello stato di decozione della società.

Invece, con riferimento all'analisi della posizione del membro del collegio sindacale, si provvedeva alla riqualificazione della condotta nella più lieve ipotesi di reato di cui agli artt. 217, 224, n.2) l.f.

Ed invero, non risultava accertato il dolo richiesto in ordine al reato di bancarotta impropria oggetto di contestazione; pienamente provata, invece, risultava la colpa dello stesso sindaco, il quale, nonostante la conoscenza degli allarmanti dati finanziari della società, non aveva attivato i più opportuni poteri di controllo al fine di impedire la realizzazione delle operazioni in esame. Accertato risultava pure il nesso eziologico intercorrente tra la condotta negligente *de qua* e l'aggravamento del dissesto della società.

Infine, veniva riconosciuta la sussistenza dell'aggravante dell'art. 219, I comma l.f. nei confronti di ambedue gli imputati, avendo la società

accumulato un passivo pari ad oltre quattro milioni di euro; veniva riconosciuta pure l'aggravante di cui all'art. 219, Il comma, n. 1) l.f., essendo stati commessi più fatti di bancarotta⁴.

2. Il reato di cui all'art. 223, Il comma n.1) l.f.

Occorre in questa sede soffermarci, sia pure sinteticamente, sull'analisi della fattispecie di bancarotta impropria societaria ex artt. 216 e 223, Il comma, n. 1) l.f.⁵, oggetto della prima imputazione nei confronti del membro del collegio sindacale.

Preliminarmente, secondo la dottrina tradizionale, si tende a distinguere le ipotesi di bancarotta propria da quelle di bancarotta impropria a seconda che il soggetto attivo del reato sia l'imprenditore individuale, ovvero, con riguardo alle ipotesi di bancarotta societaria, siano gli amministratori, i sindaci, i liquidatori, ovvero i direttori generali⁶.

L'art. 223, cpv. n.1) l.f.⁷, a seguito della riforma apportata dal d.lgs. n. 61 del 2002⁸, si configura come un illecito di evento e di danno. In particolare, il dissesto della società deve costituire lo specifico evento eziologicamente ricollegabile ad una delle condotte tassativamente contemplate dalla disposizione in commento, che già di per sé costituiscono reato.

Nel caso in esame la contestazione riguardava l'ipotesi delle *false comunicazioni sociali* di cui all'art. 2621 c.c., per la quale il sindaco veniva a rispondere a titolo di concorso nella condotta materialmente posta in essere dagli amministratori.

In particolare, secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, trattasi di vero e proprio rinvio recettizio alla corrispondente fattispecie incriminatrice prevista dal codice civile: di qui la necessità di accertare non già soltanto la sussistenza della falsificazione *de qua*, intesa nella sua mera configurazione fattuale, ma in maniera più puntuale anche l'elemento obiettivo e subiettivo del reato in commento, nella formulazione vigente al momento del perfezionamento della condotta⁹.

Sarebbe stato necessario rilevare quindi il superamento delle soglie di punibilità¹⁰, da un lato, oltre che la concreta idoneità della falsificazione ad indurre in errore i destinatari della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società; inoltre, occorre accertare pure la peculiare declinazione dell'elemento subiettivo, che, *ratione temporis*¹¹, includeva la finalità di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, oltre all'intenzione di ingannare i soci o il pubblico¹².

Con riguardo alla decodificazione del concetto di dissesto, occorre innanzitutto rilevare come la giurisprudenza maggioritaria¹³ tenda a riconoscere la configurabilità della bancarotta impropria *de qua* anche nel caso in cui il soggetto attivo si sia limitato solo ad aggravare lo stato di decozione della società, senza cagionarlo direttamente, quantunque tale ipotesi di reato, così come quella prevista dall'art. 223, Il comma, n.2) l.f., non contempra tassativamente tale peculiare circostanza, a differenza invece della corrispondente fattispecie di bancarotta di cui all'art. 224, n.2) l.f.¹⁴.

Tale assunto deriverebbe da un coerente sviluppo del più generale principio condizionalistico di cui agli artt. 40 e 41 c.p.: ed invero, ai fini dell'imputazione obiettiva dell'evento, il concorso di cause simultanee e sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità, salvo che non si tratti di cause sopravvenute tali da interrompere il nesso eziologico ex art. 41, Il comma c.p.¹⁵.

Il dissesto costituisce quindi vero e proprio evento del reato: per la dottrina maggioritaria esso può identificarsi nel concetto di *stato di insolvenza* di cui all'art. 5 l.f., secondo cui lo stesso si "*manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*". Occorrerà altresì che il dissesto sia formalizzato con la successiva sentenza dichiarativa del fallimento, che riveste quindi la qualifica di condizione obiettiva di punibilità¹⁶.

Sul punto, è da evidenziare come invece nell'ipotesi della bancarotta impropria di cui all'art. 223 cpv. n.2) l.f. venga in giuoco quale evento del reato la previsione del *fallimento*, e non già del *dissesto*. Autorevole dottrina ricompone la questione ermeneutica in esame sulla scorta del fatto che, proprio in virtù di tale peculiare differenza, possa ritenersi integrata tale ultima ipotesi di reato anche nel caso in cui il soggetto attivo abbia solo simulato la sussistenza di un'insolvenza di fatto inesistente, così inducendo il Tribunale a dichiarare il fallimento¹⁷.

3. La posizione del membro del collegio sindacale con riguardo alla prima imputazione: la riqualificazione del fatto nel reato di cui agli artt. 217 e 224 n.2) l.f.

Delineati brevemente i tratti caratteristici della fattispecie di bancarotta impropria oggetto della

prima imputazione, occorre soffermarsi adesso sulla concreta posizione del membro del collegio sindacale con riguardo a tale ipotesi di reato.

Ed invero, nel caso in esame si è ritenuta insussistente la prova della peculiare declinazione dell'elemento subiettivo derivante dall'innesto, in una fattispecie a dolo generico quale la bancarotta impropria, dell'ipotesi di reato di cui all'art. 2621 c.c. nella sua formulazione *ratione temporis* applicabile. Infatti, non vi era prova né dell'"*intenzione di ingannare i soci o il pubblico*", né del fine di "*conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto*".

Cionondimeno, alcun dubbio si poneva circa la *culpa gravis* imputabile al sindaco in ordine alla specifica violazione dei doveri del suo ufficio: ne derivava la necessaria riqualificazione del reato nella più lieve ipotesi di cui agli artt. 217-224, n.2) l.f. Infatti, nonostante le gravi e macroscopiche irregolarità contabili accertate nei bilanci relativi a vari esercizi, il collegio sindacale nulla rilevava ed anzi avallava l'operato degli amministratori, omettendo così di esercitare quei poteri di controllo di propria competenza in ordine al rispetto della legge e dello statuto, oltre che dei principi di corretta amministrazione da parte dell'organo gestorio.

Tale ipotesi di reato si configura quale fattispecie di danno¹⁸, in cui l'evento viene ad identificarsi nello stato di dissesto: in particolare, la realizzazione dello stesso deve costituire la concretizzazione del rischio che quella specifica regola cautelare violata da parte del soggetto attivo mirava ad evitare. Sicché, non ogni regola di diligenza imposta ai soggetti che rivestono cariche sociali può venire di per sé ad integrare la *culpa* in questione. A titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha ritenuto che rientrino nell'ambito degli *obblighi imposti dalla legge* la convocazione dell'assemblea dei soci ex art. 2447 c.c. in presenza di una riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale¹⁹, oppure, con riguardo alla posizione degli amministratori, l'esecuzione di delibere assembleari che non siano semplicemente gestionali, ma che attengano alla vita dell'ente sociale, come quelle che decidono lo scioglimento anticipato o la trasformazione della società²⁰.

Viene quindi a delinearsi un'ipotesi di colpa specifica, che, nella fattispecie, si riscontrava in ordine alla violazione da parte dei sindaci dei doveri imposti ex art. 2403 c.c., in considerazione del mancato esercizio del potere di denunciare nelle relazioni al bilancio le macroscopiche irregolarità contabili dello stesso.

Inoltre, alcun dubbio si poneva anche con riguardo alla sussistenza del nesso eziologico: le omissioni in esame, infatti, avevano concorso ad aggravare il dissesto della società, così pienamente integrandosi il reato di cui all'art. 224, n.2) l.f.²¹.

Peraltro, come si è già avuto modo di rilevare in ordine al delitto di cui all'art. 223, cpv. n.1) l.f., dove pure si prevedeva la verifica dell'evento del *dissesto* e non già del *fallimento*, la dottrina ritiene che anche in tale fattispecie criminosa sia necessaria la sentenza dichiarativa del fallimento, che assume quindi il rilievo di condizione obiettiva di punibilità. Infine, con riguardo alla prova dell'elemento subiettivo del reato, pareva accertata, oltre che la colpa specifica in astratto del sindaco, anche la concreta prevedibilità ed evitabilità dello stato di dissesto poi effettivamente verificatosi.

Appare significativo osservare come tale delitto venga a configurare un'autonoma ipotesi di reato, che può integrarsi indifferentemente con condotta positiva o omissiva; peraltro, esso regola anche una peculiare forma di cooperazione colposa nel delitto colposo, punendo anche chi abbia semplicemente concorso ad aggravare il dissesto.

Diversa, quindi, risulta la tematica della partecipazione del sindaco a titolo di concorso mediante omissione nel reato fallimentare commesso dall'amministratore²²: infatti, essendo stato escluso, con riguardo all'originaria imputazione, il dolo di concorso richiesto, si è addivenuti alla riqualificazione del fatto nella più lieve ipotesi di reato monosoggettiva di cui agli artt. 217 e 224, n. 2) l.f.

In tal senso, essendosi provveduto ad accertare la *culpa gravis* del sindaco ed il nesso eziologico intercorrente tra la violazione cautelare in esame e l'aggravamento del dissesto, tanto bastava al fine di configurare la responsabilità penale del sindaco in ordine al delitto di bancarotta per colposo aggravamento del dissesto.

4. La seconda imputazione: la bancarotta per causazione dolosa del fallimento o per effetto di operazioni dolose.

Con riguardo alla seconda contestazione elevata nei confronti degli imputati, occorre soffermarsi, sia pure brevemente, in ordine alla fattispecie di cui all'art. 223, cpv. n. 2) l.f.²³.

Secondo la dottrina maggioritaria, la norma identifica due distinte ipotesi di reato: la prima, che punisce chi cagioni dolosamente il fallimento della

società; la seconda, invece, relativa alla causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose. Resta infatti marginale quell'orientamento volto a ritenere sostanzialmente equivalenti le diverse locuzioni adoperate dal legislatore, che verrebbero così ridotte a mera superfetazione normativa²⁴. Diversa ricostruzione, ancora, distingue le fattispecie in esame soltanto in virtù dell'elemento subiettivo del reato: se la prima fattispecie sarebbe punibile esclusivamente a titolo di dolo diretto, le operazioni dolose lo sarebbero a titolo di dolo eventuale²⁵. L'orientamento dominante in materia, invece, tende a distinguere le disposizioni in commento anche in virtù dell'elemento oggettivo del reato²⁶, evitandosi così di differenziarle sulla scorta di un dato evanescente quale la diversa declinazione del dolo. Ed invero, con riguardo alla prima fattispecie, viene in rilievo un'ipotesi di reato a forma libera, in cui l'evento consiste nel fallimento: si è già avuto modo di accennare come nel reato in commento figura quindi come evento non già il *dissesto*, quanto il *fallimento*. Sicché, autorevole dottrina ha ritenuto come sia possibile la configurabilità del reato *de quo* anche nei casi di mera simulazione dello stato di dissesto, tale da indurre l'autorità giudiziaria alla declaratoria del fallimento²⁷. Diverso e minoritario orientamento, invece, tende ad identificare l'evento del reato nella situazione di insolvenza sostanziale, rilevando quindi la sentenza dichiarativa del fallimento quale mera condizione obiettiva di punibilità del reato²⁸. Trattandosi di reato a forma libera, la condotta può essere omissiva in presenza di uno specifico obbligo impeditivo dell'evento ex art. 40, II comma c.p. Inoltre, aderendo alla prima tesi, sarà necessario accertare la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta e l'evento del fallimento. La dottrina tende ad escludere che possa considerarsi penalmente rilevante una condotta che abbia solo aggravato una situazione di dissesto poi sfociata nel fallimento: deporrebbe in tal senso sia la *littera legis*, che non contemplerebbe tale possibilità, invece prevista dall'art. 224, n.2) l.f., sia il fatto che l'evento del reato sia non già il *dissesto*, ma il *fallimento*, sicché quest'ultimo potrebbe soltanto essere causato o con-causato, e non già aggravato in senso stretto²⁹. La giurisprudenza, invece, riconosce la configurabilità del delitto in esame anche nell'ipotesi in cui la condotta oggetto di contestazione abbia soltanto aggravato un dissesto già in atto della società poi fallita³⁰.

Con riguardo all'elemento subiettivo, viene in rilievo il dolo generico. Secondo una certa ricostruzione, il delitto risulta integrato anche nell'ipotesi del dolo eventuale³¹; diversa prospettiva, invece, ritiene necessario il dolo intenzionale, dovendo il soggetto attivo agire proprio allo scopo di realizzare il fallimento³².

Più complessa risulta invece la decodificazione della seconda ipotesi di reato prevista dall'art. 223 cpv. n.2) l.f.

Un primo orientamento ritiene che tale disposizione investirebbe le ipotesi in cui il soggetto attivo ponga in essere con dolo le *operazioni*, venendo imputato l'evento del fallimento a titolo di responsabilità oggettiva. Diversa ricostruzione, invece, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata ed ispirata al principio di colpevolezza³³, qualifica tale delitto come fattispecie preterintenzionale: sicché, secondo autorevole dottrina sul punto³⁴, l'evento più grave di quello voluto dall'agente deve comunque essere imputato sulla scorta di un coefficiente di colpevolezza rappresentato dalla prevedibilità ed evitabilità in concreto dello stesso³⁵.

Con riguardo alla locuzione "*operazioni dolose*" la giurisprudenza ritiene che le stesse debbano attenersi "*alla commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero ad atti intrinsecamente pericolosi per la salute economico-finanziaria della impresa e postulano una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato*"³⁶.

Si ritiene che non rientrino nell'alveo delle operazioni *de quibus* i fatti già puniti dall'art. 223, cpv. n.1) l.f.: potranno invece integrare il delitto in commento i reati societari non contemplati dalla disposizione in esame, quale ad esempio la corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c. Occorrerà comunque accertare l'abusività della condotta posta in essere dall'organo societario, che, violando i doveri specificamente derivanti dalla carica, pone in essere le operazioni lesive dell'interesse della società.

A titolo esemplificativo rientra nel concetto di *operazioni dolose* la sistematica compensazione dell'ingente esposizione debitoria della società nei

confronti del fisco con crediti inesistenti, in quanto siffatta operazione, comportando l'azzeramento meramente formale dei debiti, consente alla società di operare e contribuisce, in modo prevedibile, ad aggravare il dissesto della stessa determinando il maturarsi di ulteriori debiti con il fisco³⁷.

Può ricomprendersi nelle operazioni in esame anche la vendita a prezzo di mercato dell'immobile costituente l'unico ramo d'azienda di una società, giacché il reato può configurarsi anche quando non si determini una diminuzione dell'attivo patrimoniale, laddove però l'operazione appaia contrastante con l'interesse dell'impresa³⁸.

Altra ipotesi tipicamente riconducibile a tale categoria viene individuata nel sistematico inadempimento delle obbligazioni fiscali e previdenziali, frutto di una consapevole scelta gestionale da parte degli amministratori della società, da cui consegue il prevedibile aumento dell'esposizione debitoria nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali³⁹.

Sulla scorta del dato letterale della disposizione in esame, la dottrina tradizionale tende ad escludere la configurabilità del reato in forma omissiva, a differenza dell'ipotesi della causazione del fallimento con dolo: la giurisprudenza, invece, è orientata nel senso di riconoscere tale possibilità⁴⁰.

Occorrerà peraltro accertare la sussistenza del nesso eziologico intercorrente tra le operazioni dolose e il fallimento; come si è già avuto modo di rilevare, anche con riguardo a tale ipotesi di reato la giurisprudenza ammette la rilevanza penale di condotte che si limitino ad aggravare un dissesto già in atto, contrariamente all'opinione dottrinale maggioritaria⁴¹.

Per quanto concerne invece l'elemento subiettivo del reato, superata la tesi volta a riconoscere nella fattispecie in commento un'ipotesi di dolo misto a responsabilità obiettiva⁴², tende a prevalere l'orientamento che invece identifica una fattispecie preterintenzionale. Nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata ed ispirata al principio di colpevolezza, occorrerà quindi riscontrare il coefficiente psicologico della prevedibilità ed evitabilità dell'evento più grave imputato all'agente; la dottrina ritiene che sia necessaria una valutazione *ex ante* ed in concreto, al fine di verificare se al momento della commissione delle operazioni dolose il fallimento rappresentasse una conseguenza prevedibile ed evitabile secondo il punto di vista dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*⁴³.

La giurisprudenza, invece, confermando la natura di delitto preterintenzionale⁴⁴, sembrerebbe accontentarsi di un giudizio di prevedibilità ed evitabilità in astratto, affermando come "*l'onere probatorio dell'accusa si esaurisce nella dimostrazione della consapevolezza e volontà della natura dolosa dell'operazione alla quale segue il dissesto, nonché dell'astratta prevedibilità di tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa, non essendo necessarie, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo, la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare*"⁴⁵.

Appare invece minoritario quell'orientamento che richiede che l'evento fallimento sia imputato a titolo di dolo eventuale in capo all'agente⁴⁶: come detto in precedenza, tale ricostruzione distinguerebbe l'ipotesi delle operazioni dolose dalla causazione con dolo del fallimento soltanto sulla scorta del diverso atteggiarsi del dolo.

Tale ricostruzione, tuttavia, non sembra cogliere nel segno, poiché, così ragionando, la distinzione tra le due ipotesi di reato in esame verrebbe a configurarsi esclusivamente sulla base di un dato particolarmente sfuggente quale la diversa connotazione del dolo: ed invero, come si è avuto modo di rilevare, le fattispecie *de quibus* si distinguono già sotto il profilo dell'elemento oggettivo del reato. Appare infatti maggiormente condivisibile la tesi volta ad attribuire natura preterintenzionale all'ipotesi delle *operazioni dolose*, con ciò configurandosi il fallimento come evento più grave di quello effettivamente voluto, e comunque imputabile, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, sulla scorta di un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità dello stesso.

Con riguardo alla tematica del concorso di reati, si è già avuto modo di rilevare come i delitti di cui all'art. 223 cpv. n.2) l.f. rivestano carattere residuale rispetto alla bancarotta impropria da reato societario: ed invero, qualora la *causazione dolosa* del fallimento derivi dalla commissione di uno degli illeciti contemplati dall'art. 223 cpv. n.1) l.f., dovrà contestarsi soltanto quest'ultima ipotesi di reato.

Troverà applicazione la bancarotta impropria di cui all'art. 223, cpv., n.2) l.f., invece, nel caso in cui l'autore del fatto abbia commesso altro e diverso reato societario rispetto a quelli tassativamente contemplati nella disposizione dell'art. 223 cpv. n.1); ovvero nelle ipotesi in cui l'illecito societario non possa sussumersi nella corrispondente fattispecie incriminatrice, ad esempio perché manca la peculiare declinazione del dolo richiesta, come per il caso del

dolo specifico previsto per le false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c.

Al riguardo, parte della dottrina⁴⁷ ritiene configurabile un rapporto di specialità per specificazione tra l'ipotesi dell'art. 223 cpv. n.1) e la fattispecie della *causazione dolosa* del fallimento: rimarrebbe in disparte l'ipotesi delle *operazioni dolose*, poiché, considerata la natura preterintenzionale di tale reato, si riscontrerebbe una connotazione strutturale affatto peculiare e non assimilabile ad un rapporto di genere a specie con la prima ipotesi di bancarotta impropria.

Infine, la giurisprudenza tende ad escludere il concorso di reati tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e le ipotesi di bancarotta impropria di cui all'art. 223 cpv. n.2) l.f. nell'ipotesi della coincidenza del fatto empirico posto in essere, postulando il primo reato *"il compimento di atti di distrazione o dissipazione di beni societari tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento, essendo sufficiente che questo sia effettivamente intervenuto; concernendo invece il secondo condotte dolose che non costituiscono distrazione o dissipazione di attività, ma che devono porsi in nesso eziologico con il fallimento. Ne consegue che, in relazione ai suddetti reati, mentre è da escludere il concorso formale è, invece, possibile il concorso materiale qualora, oltre ad azioni ricomprese nello specifico schema della bancarotta ex art. 216 l.f., si siano verificati differenti ed autonomi comportamenti dolosi i quali – concretandosi in abuso o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per l'andamento economico finanziario della società – siano stati causa del fallimento"*⁴⁸.

5. Il merito dell'addebito: la posizione degli imputati.

Passando al merito dell'imputazione, sono state contestate in capo agli imputati, in concorso tra loro, varie operazioni dolose che di fatto avevano aggravato il dissesto societario, così provocando il fallimento della società.

In particolare, si segnalano tali condotte: l'iscrizione di una perdita di bilancio tale da determinare un capitale negativo per un ammontare superiore a 500.000 euro, senza che venisse convocata l'assemblea straordinaria per le opportune deliberazioni; le gravi irregolarità amministrative consistite nell'affidamento a terzi dei lavori senza le

procedure ad evidenza pubblica e senza le preventive autorizzazioni da parte del Comune, oltre che la mancata fatturazione dei lavori eseguiti dalle imprese affidatarie e l'irregolarità delle attestazioni di fine lavori, così comportandosi il ritardato o mancato riconoscimento dei crediti da parte dell'ente azionista; l'assunzione di 56 nuovi dipendenti in assenza delle necessarie coperture finanziarie; l'irregolarità delle operazioni di sconto bancario, che consentivano alla società di lucrare l'anticipazione su fatture emesse nei confronti del Comune nonostante che i crediti in esse rappresentati fossero già stati saldati.

Con riguardo alla posizione del membro del collegio sindacale, il g.u.p. riteneva non adeguatamente provato il dolo richiesto dalla fattispecie oggetto di contestazione: anche in tal caso si procedeva alla riqualificazione del fatto nella più lieve ipotesi della bancarotta semplice impropria di cui agli artt. 217 e 224 n.2) l.f.

Ed invero, risultava provata la colpa specifica dell'imputato per violazione degli obblighi impostigli dalla legge: il sindaco avrebbe infatti dovuto convocare l'assemblea straordinaria, in sostituzione degli amministratori, considerata la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale; avrebbe dovuto poi segnalare le gravi anomalie contabili correlate alle operazioni contestate, oltre che la macroscopica imprudenza delle stesse.

Accertato il nesso eziologico intercorrente tra le violazioni in esame e l'aggravamento del dissesto della società, veniva riconosciuta la responsabilità del sindaco per tale autonoma fattispecie di reato.

Il Sindaco del Comune azionista veniva invece condannato per l'ipotesi di bancarotta impropria di cui agli artt. 216 e 223 n.2) l.f.

Infatti, l'organo politico veniva chiamato a rispondere delle operazioni dolose *de quibus* a titolo di autore principale, o, in talune circostanze, quale co-autore rispetto a condotte contestate a titolo di concorso anche nei confronti degli altri amministratori e sindaci della società, la cui posizione però veniva stralciata, non avendo questi optato per la definizione della loro posizione con il rito abbreviato.

Risultava integrato l'elemento obiettivo del reato; inoltre, era provato anche il dolo con riguardo alle operazioni poste in essere, oltre che l'astratta prevedibilità dello stato di dissesto della società *in house*⁴⁹.

Cionondimeno, la questione dirimente che si poneva all'attenzione del giudicante riguardava il titolo di imputazione di tale fattispecie di reato con riguardo alla figura di un soggetto, quale il Sindaco del Comune azionista della società *in house* fallita, formalmente non ricompreso nell'alveo delle qualifiche subiettive di cui all'art. 223, I comma l.f.

Ed è proprio sotto questo versante che si segnala l'interessante *iter* motivatorio posto a fondamento del giudizio di responsabilità penale: la chiave di volta della ricostruzione ermeneutica muove proprio dall'analisi della peculiare figura della società *in house* su cui occorrerà brevemente soffermarsi⁵⁰.

Tale modulo organizzatorio della P.A. origina dall'elaborazione giurisprudenziale comunitaria⁵¹: in presenza del requisito del *controllo analogo* e della destinazione della parte più importante dell'attività della società all'ente affidante, si riteneva ammissibile l'affidamento diretto da parte della P.A. della produzione di un bene ovvero dell'erogazione di un servizio alla stessa società, senza necessità del procedimento dell'evidenza pubblica.

Con riguardo al primo requisito, si faceva riferimento all'esercizio di un potere di ingerenza diretto da parte dell'ente affidante sull'attività della partecipata, tale da configurare un rapporto di dipendenza gerarchica *lato sensu* inteso, assimilabile ad una vera e propria relazione inter-organica: si riteneva quindi incompatibile con tale modello l'eventuale partecipazione di capitali privati alla società *de qua*⁵². Si dibatteva invece in ordine al requisito della destinazione della parte più importante dell'attività della partecipata a favore della P.A. affidante, cercandosi di individuare un parametro percentuale del complessivo fatturato a tal uopo rilevante⁵³.

La complessa evoluzione della figura della società *in house*, che è poi stata oggetto di notevoli interventi normativi nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici locali di rilievo economico⁵⁴, rinviene oggi una prima forma di sistematizzazione positiva nel d.lgs. n. 175/2016 e nel d.lgs. n. 50/2016.

Sotto il profilo della struttura organizzativa della stessa, viene in rilievo l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016⁵⁵; con riguardo alla tematica dei contratti pubblici, l'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 definisce i requisiti dell'ente *in house*, riproponendo le medesime definizioni del testo unico in materia di società partecipate. Sussistendo i presupposti di legge, risulterà quindi possibile procedere alla formula dell'autoproduzione mediante affidamento diretto del contratto, così derogandosi alla regola generale

dell'esternalizzazione a mezzo del procedimento di evidenza pubblica ed escludendosi l'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Ed invero, tale ultima disposizione consente l'affidamento *in house* qualora “un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata”⁵⁶; “oltre l'ottanta per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore”⁵⁷; “nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati”⁵⁸. Trattasi di definizione sostanzialmente analoga al combinato disposto degli artt. 2 l. b), c), o) e 16 del d.lgs. n.175/2016.

La giurisprudenza ha avuto modo di rilevare più volte come, perché sussista il *controllo analogo*, non sia bastevole il mero esercizio dei diritti e delle facoltà connesse alla qualità di socio, ma occorra un più penetrante potere di ingerenza da parte dell'ente pubblico in ordine alla gestione della società partecipata, di tal guisa da configurare una relazione gerarchica *lato sensu* intesa con la stessa, assimilabile ad un vero e proprio rapporto inter-organico⁵⁹.

Cionondimeno, la forma del modulo organizzatorio *de quo* rimane privatistica: sotto tale specifico profilo, infatti, l'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 ha positivizzato quell'orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere la fallibilità delle società in esame, nonostante la natura sostanzialmente pubblicistica del controllo *analogo* e la possibilità che le stesse gestiscano servizi pubblici, così delineandosi un modello organizzatorio affatto peculiare.

Ne deriva, quindi, la piena configurabilità anche degli eventuali reati fallimentari nei confronti di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori delle società *in house*.

Sulla scorta di tali coordinate ermeneutiche e muovendo dall'analisi del concetto di *controllo analogo*, si è risolta quindi la questione interpretativa concernente la responsabilità penale del Sindaco *in parte qua*.

Il g.u.p. non sembra infatti qualificare la condotta tenuta dall'organo politico come semplice contributo materiale alla realizzazione del reato, da

inquadarsi in una forma di concorso dell'*extraneus* nel reato proprio: viene piuttosto in rilievo la piena sussunzione della posizione del Sindaco nella qualifica subiettiva di "amministratore" dell'ente *in house*.

Ed invero, il Comune, lungi dal figurare quale mero socio totalitario dell'ente partecipato, ne condizionava pienamente le scelte gestorie: sicché, venendosi a delineare tra gli organi amministrativi della società e l'ente pubblico un rapporto di gerarchia *lato sensu* inteso, ne derivava il riconoscimento in capo al Sindaco del "*medesimo ruolo dell'amministratore, non come amministratore di "fatto" nel senso classico del termine, ma come soggetto che, in ragione della peculiare natura della società è dotato di poteri di amministrazione e di gestione propri dell'amministratore*".

Il regolamento in materia di controlli interni e di trasparenza per le cariche elettive e di governo del Comune assegnava in capo ai servizi amministrativi dell'ente e all'unità organizzativa preposta al controllo sulle partecipate l'effettivo controllo sulla gestione della società *in house*, al fine di verificarne l'operato nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità.

Cionondimeno, nel caso in cui fossero state rilevate circostanze tali da compromettere la sana gestione finanziaria dell'ente in ordine ai rapporti intercorrenti con la società *in house*, gli uffici competenti avrebbero provveduto ad interpellare gli organi politici previa presentazione di una proposta di risoluzione delle problematiche accertate.

Essendo state riscontrate nel caso concreto gravi situazioni di difficoltà economica, si è ritenuto quindi che il Sindaco fosse competente all'esercizio del *controllo analogo* del Comune sulla società partecipata.

E proprio in tale veste il Sindaco aveva partecipato all'assemblea in cui, nonostante le macroscopiche irregolarità contabili, di fatto avallava l'operato degli amministratori, sollecitando solo formalmente questi ultimi all'adozione di un piano industriale e di un progetto di risoluzione delle problematiche finanziarie della società, che invece avrebbe continuato ad operare per anni, nonostante il grave stato di dissesto. Inoltre, rimaneva accertata anche la diretta partecipazione di tale organo politico alle attività di assunzione di nuovi dipendenti da parte dell'ente *in house*, nonostante l'assenza dei relativi presupposti di sostenibilità economico-finanziaria.

E ancora, a corroborare la posizione di sostanziale amministratore della società, lo stesso Sindaco si era più volte interfacciato con i creditori della partecipata, invitandoli a soprassedere temporaneamente dall'esercizio di azioni legali.

Tali elementi deponevano per la consapevole partecipazione del Sindaco alle imprudenti scelte gestorie societarie, così contribuendo alla deliberazione delle operazioni dolose contestate, che peraltro venivano qualificate espressamente come esplicitazione di una condotta positiva, e non già omissiva.

In definitiva, tali condotte risultavano imputabili in capo al Sindaco "*nella sua qualità di rappresentante dell'ente, titolare di un pregnante potere di controllo e di direzione sugli organi amministrativi della società, e dunque in grado di condizionarne concretamente i poteri di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi nell'attività economica svolta dalla società*".

Proprio in virtù del peculiare rapporto intercorrente tra Comune e società *in house*, poteva desumersi la qualifica di amministratore in capo al Sindaco: sotto tale specifico angolo prospettico, si puntualizzava come non di amministrazione di *mero fatto* si trattasse, rivestendo l'organo politico direttamente la qualifica di amministratore di diritto dell'ente partecipato.

In altre parole, si escludeva *expressis verbis* che il Sindaco potesse considerarsi come amministratore di fatto della società *in house*: l'approfondita analisi del concetto di *controllo analogo*, infatti, *ex sese* avrebbe legittimato l'assunzione da parte di tale organo politico della qualifica di vero e proprio *amministratore di diritto* dell'ente *in house*.

Secondo tale ricostruzione, quindi, sembrerebbe venire in rilievo una forma di interpretazione *estensiva* con riguardo alla qualifica subiettiva di "amministratore" di cui all'art. 223, I comma l.f.⁶⁰, ricomprensiva in tal senso anche della figura del Sindaco del Comune affidante che, benché organo politico, sia comunque tenuto all'esercizio del *controllo analogo* nei confronti della società *in house* alla stregua del regolamento comunale in materia.

In sostanza, dal punto di vista pubblicistico, come si è detto, il rapporto tra gli enti in esame si risolve nel senso di qualificare la società *in house* come mera articolazione interna della P.A., e quindi come vera e propria *longa manus* della stessa, di tal guisa che l'affidamento diretto non consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo in senso

stretto: la società *in house*, dunque, “non potrebbe ritenersi terza rispetto all’amministrazione controllante, ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione”⁶¹.

A sostegno di tale ricostruzione può invocarsi quell’orientamento che, con riferimento alla tematica della responsabilità civile o erariale degli amministratori della P.A. controllante in ordine alla *mala gestio* delle società *in house*, tende a decodificare tale modulo organizzatorio alla stregua della disciplina del comune diritto societario, richiamando la normativa in materia di direzione e coordinamento di società di cui agli artt. 2497 e ss. c.c.⁶².

Secondo la dottrina prevalente, tale istituto identificherebbe quella situazione di sistematica ingerenza gestoria da parte degli organi amministrativi della società o ente capogruppo nei confronti della società partecipata, tale da dirigerne e coordinarne le attività⁶³.

Proprio tale fenomeno di eterodirezione della politica societaria⁶⁴ impone una serie di garanzie a tutela soprattutto dei soci e dei creditori della società sottoposta a direzione, quali l’obbligo di pubblicità, anche nei documenti contabili, della situazione di direzione e coordinamento (art. 2497 *bis* c.c.), l’obbligo di motivazione delle decisioni delle società sottoposte alla direzione, qualora influenzate dalla politica di gruppo (art. 2497 *ter* c.c.) e il diritto di recesso del socio della società etero-diretta nei casi di cui all’art. 2497 *quater* c.c.

La direzione e il coordinamento può inoltre ingenerare una peculiare forma di responsabilità civile, prevista dall’art. 2497 c.c., nel caso in cui l’ente esercente la direzione, agendo nell’interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società sottoposte a direzione e coordinamento, cagiona un danno ai soci di queste ultime in ordine alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, oltre che ai creditori sociali per la lesione cagionata al patrimonio della società⁶⁵.

Ed invero, secondo tale orientamento, l’esercizio del controllo analogo sulla società *in house* da parte dell’ente affidante sarebbe riconducibile all’attività di direzione e coordinamento, con la possibile applicazione dell’art. 2497 c.c. in caso di *mala gestio* da parte degli amministratori dell’ente *holder*.

Infatti, rientrano nell’ambito degli “enti” gerenti la direzione *de qua* anche il Comune e gli altri enti pubblici diversi dallo Stato⁶⁶; peraltro, non v’è

dubbio circa il fatto che, operando l’ente azionista essenzialmente nell’interesse della collettività o dell’ente stesso, possa pienamente integrarsi quell’*agire nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società* sottoposte alla direzione, che costituisce l’elemento obiettivo dell’illecito di cui all’art. 2497 c.c.

In altre parole, sembra corroborare la ricostruzione offerta nella sentenza in commento con riguardo ai rapporti tra ente *holder* e società *in house*, quell’orientamento volto a qualificare il Sindaco⁶⁷ come vero e proprio soggetto gerente l’attività di direzione e coordinamento nei confronti della società partecipata, perciò chiamato a risponderne in caso di *mala gestio*: si tratterebbe di un vero e proprio *amministratore stricto sensu* inteso, così potendosi integrare, per quanto riguarda i relativi risvolti penalistici, la qualifica subiettiva di cui all’art. 223, I comma l.f.

Ricostruzione, questa, tendenzialmente accolta anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione nel quadro della più ampia tematica della qualificazione della tipologia di danno - erariale o *iure civili* - arrecato alla società *in house* da parte dell’amministratore dell’ente affidante, e della conseguente individuazione del giudice munito di giurisdizione⁶⁸.

6. La responsabilità penale del Sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società *in house* partecipata dal Comune.

Nonostante la complessa ed interessante elaborazione ermeneutica prospettata in ordine alla possibilità di qualificare il Sindaco del Comune azionista della società *in house* come vero e proprio *amministratore* della stessa, potrebbero sollevarsi talune obiezioni.

Preliminarmente, non sarebbe irragionevole osservare che tale ricostruzione, lungi dal configurarsi quale esplicitazione di un’interpretazione estensiva, sia piuttosto da ritenersi come una forma di interpretazione analogica *in malam partem*.

Ed invero, dal punto di vista prettamente formale sembrerebbe che il Sindaco rivesta la qualifica di mero *socio* della partecipata, e non già di *amministratore*: come è noto, l’art. 223 l.f. esclude dal novero dei soggetti attivi dei reati ivi contemplati il semplice socio.

Inoltre, anche ad ammettere che lo stesso possa rivestire la qualifica di *amministratore* di diritto,

cionondimeno tale posizione sarebbe limitata con riguardo all'ente comunale gerente la direzione e il coordinamento della partecipata.

È vero che la giurisprudenza richiamata ha elaborato il concetto di *rapporto gerarchico lato sensu* inteso, ed ha all'uopo qualificato la società *in house* come *longa manus* della P.A.; è però altrettanto indubitabile come nei più recenti arresti della Corte di Cassazione sul punto si sia cercato di precisare meglio tale impostazione, così respingendosi le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 4 della l. n. 70 del 1975, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo. In altri termini, sembrerebbe che la ricostruzione in esame, se pure sia in grado di delineare il rapporto sostanziale intercorrente tra P.A. e società *in house*, anche al fine di spiegare le ragioni dell'esclusione dell'applicazione della disciplina generale in materia di affidamento dei contratti pubblici *in parte qua*, dal punto di vista formale alcun dubbio pone circa l'alterità subiettiva intercorrente tra gli stessi enti⁶⁹.

Rimane quindi problematica la possibilità di ammettere la responsabilità penale del Sindaco in ordine al fallimento della società *in house* solo in virtù del fatto che sia *amministratore* dell'ente *holder*: sembrerebbe piuttosto necessario accertare la qualifica di amministratore con riguardo invece alla società fallita.

Cionondimeno, potrebbe comunque addivenirsi alla soluzione della responsabilità penale del Sindaco con riguardo al caso di specie mediante altri e diversi percorsi interpretativi.

Viene innanzitutto in rilievo l'istituto dell'*amministratore di fatto*⁷⁰, la cui sussistenza nel caso di specie è stata *expressis verbis* esclusa, a favore della qualificazione del Sindaco quale vero e proprio amministratore di diritto dell'ente *in house*.

Sul punto, occorre in via preliminare rilevare come il fatto che l'art. 2639 c.c.⁷¹ riguardi formalmente soltanto le ipotesi dei reati societari, non viene valutato in senso ostativo dalla giurisprudenza in ordine all'ammissibilità della figura dell'*amministratore di fatto* anche con riguardo ai reati fallimentari⁷².

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, la nozione di amministratore di fatto postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione, non già nel senso però del necessario

esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, essendo bastevole l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale⁷³.

Sicché, ai fini dell'attribuzione della qualifica di *amministratore di fatto* si è ritenuta necessaria la presenza di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività societaria, come con riguardo ai rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti, ovvero in qualunque altro settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare⁷⁴. A titolo esemplificativo, si è ritenuta non sufficiente, in tal senso, la semplice circostanza relativa al rilascio di una procura generale, qualora non vi sia prova che siano stati concretamente esercitati i poteri corrispondenti⁷⁵.

D'altra parte, con l'assunzione della qualifica in esame deriva anche l'insorgenza dei doveri che competono all'*amministratore di diritto*, per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili⁷⁶.

Nel caso esaminato, sembra possibile qualificare la complessiva condotta posta in essere da parte del Sindaco del Comune come espressiva di una sistematica e continuativa ingerenza dello stesso nella gestione della società *in house*.

Depone in tal senso, infatti, oltre che la sua partecipazione in assemblea dettata essenzialmente dalla necessità di differire l'adozione dei provvedimenti più opportuni per il recupero finanziario della società, anche la sua compiacenza rispetto alle irregolarità amministrative consistite nell'affidamento dei lavori da parte della società *in house* in violazione delle regole dell'evidenza pubblica; ancora, si registra la sua diretta ingerenza anche con riguardo alle procedure di assunzione di nuovi dipendenti nonostante l'evidente stato di decozione dell'ente e la sua opera di intermediazione con i creditori della società al fine di dissuaderli dall'esercizio di azioni legali.

Semberebbero pienamente integrati, quindi, i presupposti per la qualificazione del Sindaco quale vero e proprio *amministratore di fatto* della società *in house*, avendo agito sostanzialmente quale *dominus* della stessa.

Una diversa ricostruzione interpretativa potrebbe risolvere la problematica *de qua* valorizzando invece la posizione del Sindaco come concorrente *ex art.* 110 c.p. nel reato proprio commesso da amministratori e sindaci della società *in house*.

Ed invero, la giurisprudenza riconosce pienamente la possibilità del concorso dell'*extraneus* nel reato fallimentare oggetto di contestazione in tale sede: trattasi infatti, secondo la ricostruzione maggioritaria sul punto, di un'ipotesi di reato proprio non esclusivo⁷⁷, la cui condotta tipica, quindi, può essere posta in essere anche da parte dell'*extraneus*.

Infatti, dall'esame delle operazioni oggetto di contestazione, emerge come il Sindaco abbia partecipato per lo più a titolo di co-autore delle stesse insieme agli altri amministratori della società fallita.

Quindi, applicando i principi generali in materia di concorso di persone nel reato, è necessario che, innanzitutto, uno dei compartecipi rivesta la qualifica propria di cui all'art. 223 l.f.; che sia realizzata la fattispecie oggettiva del reato oggetto di esame; che l'*extraneus* abbia fornito un contributo causale, anche di tipo meramente agevolatore alla realizzazione del reato; che sussista il dolo di concorso, consistente nella coscienza e volontà del fatto criminoso, comprensivo quindi anche della consapevolezza della qualifica subiettiva dell'*intraneus*, oltre che della volontà di concorrere con altri alla realizzazione del reato⁷⁸.

Nel caso di specie, l'esame delle plurime condotte poste in essere dal Sindaco, ove non dovessero ritenersi idonee a qualificare la sua posizione quale vero e proprio amministratore di fatto dell'ente *in house*, sembrerebbero quantomeno integrare i requisiti richiesti per la configurazione di un apporto materiale qualificabile come concorso nel reato proprio commesso da amministratori e sindaci della società.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire la distinzione tra la fattispecie del concorso dell'*extraneus* nel reato fallimentare dalla diversa ipotesi della diretta contestazione del reato *de quo* in virtù della qualificazione come *amministratore di fatto* dell'autore del delitto.

Ed invero, se nel primo caso sarà necessario dimostrare la sussistenza dei requisiti di cui si è detto poc'anzi, invece, perché possa ritenersi sussistente una posizione di amministrazione di fatto, occorrerà una più completa e puntuale dimostrazione della

continuativa e sistematica ingerenza nell'attività gestoria della società⁷⁹.

Sul punto, occorre preliminarmente rilevare come l'imputazione elevata nei confronti del Sindaco contestava specificamente i singoli fatti materiali addebitati: la condotta posta in essere veniva formalmente qualificata come partecipazione materiale al reato proprio *ex art.* 110 c.p. e 223, cpv. n.2) l.f.

In sentenza, invece, si è accertata la responsabilità penale del Sindaco per tale titolo di reato, previo riconoscimento della sua qualifica di *amministratore di diritto* della società *in house*: in tal senso, si è ritenuto che l'imputato abbia direttamente perfezionato la fattispecie monosoggettiva *de qua*, a prescindere dall'eventuale concorso degli altri imputati nello stesso delitto.

Sicché, laddove dovesse ritenersi che nel caso di specie non sussistano i presupposti per qualificare la figura del Sindaco come *amministratore di diritto* della società *in-house*, il suo contributo sarebbe eventualmente riqualificabile quale concorso nel reato proprio commesso dagli amministratori e dai membri del collegio sindacale; diversamente, potrebbe sostenersi che lo stesso abbia rivestito la qualifica di *amministratore di fatto* della società fallita⁸⁰.

Ad ogni modo, tale attività ermeneutica, che dovrebbe operare nell'ambito dell'eventuale giudizio di impugnazione, consisterebbe nel riconoscimento della qualifica di *amministratore di fatto* e non già di *diritto* in capo al Sindaco, ovvero della sua responsabilità a titolo di concorso esterno nel reato proprio: sembrerebbe quindi rientrarsi pienamente nei limiti della riqualificazione giuridica del fatto originariamente contestato, nel rispetto del più generale principio di cui all'art. 521, l comma c.p.p.. Infatti, anche se con riguardo al tema della correlazione tra l'imputazione e la sentenza di primo grado, la giurisprudenza ha già avuto modo di rilevare come il principio non sia violato dalla decisione con la quale sia condannato un soggetto quale concorrente esterno in un reato di bancarotta fraudolenta, anziché quale amministratore di fatto della società, sempre che rimanga immutata l'azione distrattiva contestata, e nemmeno nell'ipotesi in cui il soggetto cui sia stato contestato in concorso il reato *de quo*, venga poi condannato come amministratore di fatto⁸¹; parimenti dicasi con riguardo alle ipotesi in cui il soggetto venga qualificato nella richiesta di rinvio a giudizio come

amministratore di fatto e venga poi condannato come direttore generale della società⁸².

Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, infatti, sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza solo se il fatto contestato sia mutato nei suoi elementi essenziali, così da provocare una situazione di incertezza e di cambiamento sostanziale della fisionomia dell'ipotesi accusatoria capace di impedire o menomare il diritto di difesa dell'imputato. Occorre quindi una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; l'indagine volta ad accertare la violazione del principio non si esaurisce nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'*iter* del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione⁸³.

Nel caso di specie verrebbe a configurarsi soltanto la riqualificazione giuridica di un fatto che, nella sua connotazione empirica, risultava già dettagliatamente contestato in primo grado: si tratterebbe, cioè, della mera riqualificazione del titolo di imputazione in capo al Sindaco dello stesso reato oggetto di accertamento nel giudizio di primo grado.

Né sembrerebbero potersi invocare nel caso di specie i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti nell'uomo nel caso *Drassich c. Italia*⁸⁴.

Ed invero, occorre preliminarmente rilevare come dalla stessa contestazione del P.M. risultava *expressis verbis* l'imputazione a carico del Sindaco per il delitto di cui all'art. 223, cpv., n.2) l.f., a titolo di concorso ex art. 110 c.p. nel reato proprio; laddove invece si propendeva per la riqualificazione mediante riconoscimento della qualifica di *amministratore di fatto* in capo all'organo politico, può parimenti evidenziarsi come pure nell'addebito *de quo* risultavano essere dettagliatamente contestati i fatti da cui poter inferire la qualifica in commento⁸⁵.

D'altra parte, secondo l'orientamento prevalente, perché possa rilevare tale violazione processuale, dovrebbe registrarsi un concreto e non meramente ipotetico regresso sul piano dei diritti difensivi, attraverso un mutamento della cornice accusatoria

che abbia determinato una novazione dei termini dell'addebito tali da rendere la difesa menomata⁸⁶.

Non sembrano riscontrabili tali circostanze nel caso di specie: non si tratta della contestazione di una diversa fattispecie incriminatrice, ma soltanto di un diverso titolo di imputazione dello stesso reato originariamente addebitato in capo all'imputato, in ordine a fatti, tra l'altro, dettagliatamente descritti con l'imputazione, relativamente ai quali lo stesso imputato ha avuto sicuramente modo di esercitare il suo diritto di difesa⁸⁷.

Peraltro, si è avuto modo anche di precisare come la riqualificazione del fatto effettuata dal giudice di appello non determini alcuna compromissione del diritto al contraddittorio, consentendosi all'imputato di contestarla eventualmente nel merito con il ricorso per cassazione⁸⁸.

Conclusivamente, può dirsi quindi che l'eventuale riqualificazione della condotta materialmente posta in essere dal Sindaco entro le maglie del concorso da *extraneus* nella bancarotta impropria da operazioni dolose, ovvero come espressione dell'esercizio in fatto di poteri propri dell'*amministratore di diritto* della società *in house*, non violerebbe il più generale principio di cui all'art. 521 c.p.p., con conseguente conferma della responsabilità penale dello Sindaco per le condotte oggetto di contestazione.

7. Le circostanze aggravanti oggetto di contestazione.

Il riconoscimento delle circostanze di cui all'art. 219, I comma e II comma, n.1) l.f., consente l'occasione per soffermarci, infine, su tali fattispecie.

Si tratta delle aggravanti del danno patrimoniale di rilevante gravità e della "continuazione fallimentare". Nell'ipotesi concreta era stata riconosciuta la configurabilità di ambedue le circostanze in commento con riguardo ad entrambi gli imputati, avendo gli stessi posto in essere più fatti di bancarotta e soprattutto avendo cagionato un danno di rilevante gravità: la società aveva infatti accumulato un passivo di oltre quattro milioni di euro. Cionondimeno, nel giudizio di bilanciamento tali aggravanti venivano considerate subvalenti rispetto alle concorrenti attenuanti generiche.

Occorre innanzitutto analizzarne l'ambito di applicazione.

Il problema affrontato dalla giurisprudenza ha riguardato infatti proprio la possibilità di riconoscere la configurabilità delle aggravanti di cui ai primi due commi dell'art. 219 l.f. anche con riferimento alle

ipotesi di bancarotta impropria di cui agli artt. 223 e 224 l.f., posto che la lettera dell'art. 219 l.f. sembrerebbe contemplare espressamente soltanto le fattispecie di reato di cui agli artt. 216, 217 e 218 l.f.

Con riguardo all'ipotesi della *continuazione fallimentare* di cui all'art. 219, Il comma n.2) l.f., trattandosi, come si dirà, di un'ipotesi derogatoria della più generale disciplina in materia di continuazione di reati di cui all'art. 81 cpv. c.p., la soluzione positiva pare agevole, in quanto disposizione favorevole al reo, e quindi suscettibile di applicazione analogica anche con riguardo alle ipotesi di bancarotta impropria non espressamente contemplate dall'art. 219 l.f.⁸⁹.

Più problematica risulta la questione concernente l'applicabilità dell'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità in ordine alle ipotesi *de quibus*. Ed invero, un orientamento minoritario tende ad escludere la configurabilità dell'aggravante in questione nelle ipotesi di specie: diversamente ragionando, si incorrerebbe in una forma di analogia *in malam partem*⁹⁰.

L'opinione maggioritaria, invece, ammette la possibilità di applicazione dell'aggravante in commento anche con riguardo ai reati di cui agli artt. 223 e 224 l.f., così ribadendo l'orientamento estensivo già espresso dalla Cassazione a Sezioni unite del 2011⁹¹, sia pure *incidenter tantum*.

In tale arresto gli Ermellini, sia pure con riferimento all'ipotesi della continuazione fallimentare, ebbero modo di affermare come il richiamo contenuto nelle norme incriminatrici della bancarotta impropria alle pene previste per le corrispondenti ipotesi di cui agli artt. 216 e 217 l.f. comporti un rinvio all'intero trattamento sanzionatorio previsto per la bancarotta propria, comprensivo anche delle aggravanti di cui all'art. 219 l.f.

Tale conclusione è stata generalmente condivisa dalla giurisprudenza successiva, che ha puntualizzato l'applicazione dell'aggravante *de qua* non solo con riguardo all'ipotesi di bancarotta impropria *stricto sensu* di cui agli artt. 223, I comma e 224, n.1) l.f., ma anche alle fattispecie di bancarotta impropria societaria di cui agli artt. 223, II comma e 224, n.2) l.f.⁹², venendo a rilevare nelle ipotesi di specie una mera interpretazione di tipo estensivo, e non già un procedimento analogico *in malam partem*.

L'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità, inoltre, configura un'ipotesi di circostanza speciale ad effetto speciale, prevedendosi un

aumento della pena fino alla metà. Si ritiene che abbia carattere oggettivo ex art. 70 c.p., sicché, sussistendo i presupposti di imputazione subiettiva di cui all'art. 59, Il comma c.p., può estendersi ai concorrenti nel reato.

Secondo l'orientamento dominante, il danno cui è riferibile l'aggravante consiste nella riduzione della quota di attivo ripartibile tra i creditori determinata dalle condotte delittuose, e cioè nel danno provocato agli stessi creditori. Sicché, la valutazione del danno va effettuata con riferimento non all'entità del passivo o alla differenza tra attivo e passivo, bensì alla diminuzione patrimoniale cagionata direttamente ai creditori dal fatto di bancarotta; il giudizio relativo alla particolare gravità del fatto non si riferisce al singolo rapporto che passa tra il fallito e creditore ammesso al concorso, né a singole operazioni commerciali o speculative dell'imprenditore fallito, ma va posto in relazione alla diminuzione globale che il comportamento del fallito ha provocato nella massa attiva che sarebbe stata disponibile per il riparto ove non si fossero verificati gli illeciti⁹³.

Si ritiene che il rapporto tra l'aggravante *de qua* e la circostanza di cui all'art. 61 n.4) l.f. vada risolto nel senso della prevalenza della prima, in virtù del più generale principio di specialità di cui all'art. 15 c.p.⁹⁴. Nel caso affrontato, avendo la società accumulato un passivo di oltre quattro milioni di euro, direttamente riconducibile alle condotte oggetto di contestazione, si riteneva pienamente integrata l'aggravante in esame.

Passando alla fattispecie di cui all'art. 219, cpv. n.1) l.f., l'opinione maggioritaria tende a qualificarla come circostanza aggravante, derogatrice della disciplina in materia di concorso di reati, sulla scia dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite⁹⁵ sul punto.

Ed invero, rigettando la ricostruzione unitaria del reato di bancarotta, fondata sulla concezione del fallimento quale evento del reato, la Cassazione ha accolto invece la tesi pluralista con riguardo al delitto *de quo*, così riconoscendo autonomia ai singoli *fatti* di bancarotta, e solo formalmente la natura di circostanza aggravante alla disposizione di cui all'art. 219, cpv. n.1) l.f.

Infatti, in tale ipotesi mancherebbe il profilo dell'accessorietà, elemento centrale per la qualificazione di una fattispecie nell'alveo degli *accidentalia delicti*. Trattasi piuttosto di una forma di concorso di reati autonomi e indipendenti che il

legislatore unifica fittiziamente *quoad poenam*, ricorrendo allo strumento tecnico della circostanza aggravante: istituto, peraltro, già rinvenibile nella normativa codicistica, ad esempio con riguardo all'art. 589, IV comma c.p. in materia di omicidio colposo di più persone o di omicidio colposo di una o più persone e lesione colposa di una o più persone. La *ratio* della norma deriva dal fatto che nella realtà concreta risulta particolarmente frequente la commissione di più fatti di bancarotta, sicché un siffatto regime più mite per il reo si propone di attenuare il trattamento sanzionatorio applicabile che diversamente risulterebbe particolarmente gravoso.

Tale normativa di favore, quindi, assume carattere derogatorio rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 81 cpv. c.p.: ne consegue che, rispetto alla continuazione di reati, l'aggravamento di pena è limitato al terzo, e non si estende quindi al triplo della pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave; non sarà necessario l'accertamento del medesimo disegno criminoso, così riconoscendosi la piena compatibilità dell'aggravante *de qua* anche con riguardo alle ipotesi di bancarotta colposa.

Peraltro, la continuazione fallimentare risulterà applicabile sia con riguardo alla commissione di più fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, che nell'ipotesi di commissione di più fatti tra quelli previsti dagli artt. 216 e 217 l.f.⁹⁶.

La natura formale di circostanza, quindi, legittima la sottoposizione dell'aggravante *de qua* al giudizio di bilanciamento con le eventuali concorrenti attenuanti⁹⁷, come è avvenuto nel caso di specie.

Trattandosi quindi di unificazione fittizia di più fatti giuridicamente autonomi, dal punto di vista processuale sarà comunque necessaria la contestazione nel decreto che dispone il giudizio dei singoli fatti di bancarotta, che dovranno essere accertati in sede dibattimentale e che quindi

costituiranno oggetto di un autonomo capo della decisione.

Sicché, qualora si accerti in un nuovo procedimento un diverso fatto di bancarotta attinente allo stesso fallimento, l'eventuale giudicato avente ad oggetto un altro fatto di bancarotta non può considerarsi preclusivo del nuovo accertamento in virtù del *ne bis in idem processuale* di cui all'art. 649 c.p.p. Infatti, trattandosi nel caso di specie non già di una circostanza in senso sostanziale, ma di un'ipotesi specifica di concorso di reati, qualora il nuovo fatto oggetto del successivo accertamento appaia diverso nella sua connotazione empirica, non potrà ravvisarsi un *idem factum* preclusivo, come chiarito anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale⁹⁸.

Le Sezioni Unite hanno altresì ritenuto che anche con riguardo a tale ipotesi speciale di continuazione possa applicarsi l'istituto di cui all'art. 671 c.p.p., secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata. In tal senso, si legittima il riconoscimento in sede esecutiva della "continuazione fallimentare" nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti e relativi a un unico fallimento, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta, sempre che il giudice della cognizione non abbia già escluso l'unificazione *quoad poenam* dei reati in commento.

Cionondimeno, qualora i fatti di bancarotta attengano a distinte procedure fallimentari, non potrà trovare applicazione la speciale disposizione di cui all'art. 219, I comma, n.1) l.f., ma la disciplina generale di cui all'art. 81 cpv. c.p.

Giuseppe Barbato

Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Salerno.

¹ Sia pure con talune deroghe su cui ci si soffermerà *infra*.

² Definito dall'art. 2, l. c) del d.lgs. n. 175/2016 come "la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante".

³ Al di fuori delle ipotesi di emergenza finanziaria, infatti, il potere di controllo *de quo* permaneva in capo agli uffici dirigenziali dell'ente; nel caso in cui fosse stata accertata la grave compromissione finanziaria della società, invece, le relazioni istruttorie dei dirigenti avrebbero dovuto essere trasmesse agli organi politici, con eventuali proposte di risoluzione delle problematiche riscontrate.

⁴ Benché, di fatto, neutralizzate in virtù del riconoscimento della prevalenza delle concorrenti attenuanti generiche.

⁵ Sul punto, cfr. A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Milano, 2019, 2421 e ss.; P.FILIPPI, *I reati fallimentari*, in AA.VV., *Diritto*

penale dell'impresa, a cura di C. PARODI, Milano, 2017, 329 e ss.; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2016, 225 e ss.; C. SANTORIELLO, *La bancarotta fraudolenta impropria: l'art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942*, in *Società*, 2015, 625 e ss.; G. SCHIAVANO, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2003, 255; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale della società*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, 202;

⁶ A. MANNA, *op. cit.*, 2421.

⁷ Il reato in esame punisce gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, e i liquidatori che "hanno cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 c.c."

⁸ Ed invero, l'originario testo della disposizione in esame sanciva che: "Si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 l.f., se hanno commesso alcuno dei fatti preveduti dagli artt. 2621, 2622, 2623, 2628, 2630, I comma c.c.". Si trattava quindi di un'ipotesi di delitto aggravato dall'evento, la cui compatibilità costituzionale è stata oggetto di discussione. Veniva contemplato, infatti, un aggravamento di pena nei confronti dei soggetti che avessero posto in essere taluno dei reati previsti, per il solo fatto della verificazione del fallimento, evento estraneo alla volontà del soggetto attivo, sia sotto il profilo obiettivo, che sotto quello psicologico. Cfr. P. FILIPPI, *op.cit.*, 329.

⁹ P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit., 334.

¹⁰ Conformemente, Cass. Pen., Sez. V, 22.01.2013, n. 3229.

¹¹ Per l'analisi del reato di false comunicazioni sociali, delle relative modifiche e dei conseguenti problemi in materia di successione di leggi penali nel tempo, si rinvia a A. MANNA, *I reati societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, cit., 1856 e ss.

¹² Sul punto, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 9.10.2014, n. 42257, con nota di S. CALLEGARI, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.*, 2014, 984. Ed invero, in tale arresto la Cassazione ha dovuto affrontare la problematica concernente l'innesto in un'ipotesi di reato a dolo generico, quale la bancarotta impropria, di fattispecie, quali quelle societarie, già caratterizzate sotto il profilo subiettivo. Secondo gli Ermellini, "In tema di bancarotta impropria da reato societario, il dolo presuppone una volontà protesa al dissesto, da intendersi non già quale intenzionalità di insolvenza, bensì quale consapevole rappresentazione della probabile diminuzione della garanzia dei creditori e del connesso squilibrio economico".

¹³ Cass. Pen., Sez. V, 15.06.2017, n. 29885; Cass. Pen., 26.04.2010, Sez. V, n. 16259. Cfr. anche P. FILIPPI, *op. cit.*, 331.

¹⁴ Un orientamento minoritario, infatti, contesta tale ricostruzione, sulla base del fatto che l'assenza di un'esplicita previsione sul punto da parte del legislatore, come avvenuto invece per l'ipotesi di cui all'art. 224, n.2) l.f., impedirebbe la possibilità di ritenere penalmente rilevante una condotta causativa di un mero aggravamento del dissesto, diversamente configurandosi un'ipotesi di analogia *in malam partem*. Cfr. A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società "con dolo o per effetto di operazioni dolose": peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, *Dir. Pen. Cont.*, 4/2015, 429 e ss.

¹⁵ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 236 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2015, 136 e ss.

¹⁶ C. SANTORIELLO, *op. cit.*, 627; C. PEDRAZZI, Artt. 216 - 227. *Reati commessi dal fallito. Reati commessi persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja - Branca della legge fallimentare*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1995, 396. Per l'analisi delle condizioni obiettive di punibilità, intese come quel peculiare istituto che rinvia una forma di sistematizzazione positiva nell'art. 44 c.p., e che identifica in linea generale quegli accadimenti esterni alla condotta dell'agente la cui concreta verificazione condiziona la punibilità del fatto tipico, e per i relativi problemi di compatibilità costituzionale, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op.cit.*, 813 e ss. e F. MANTOVANI, *op.cit.*, 783 e ss.

¹⁷ Cfr. P. FILIPPI, *op.cit.*, 332; C. PEDRAZZI, *op.cit.*, 315 e ss.

¹⁸ Per un'analisi sistematica del reato in commento, cfr. A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, cit., 2441; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 240; P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit., 348;

¹⁹ Cass. Pen., Sez. V, 5.01.2006, n. 154.

²⁰ Cass. Pen., Sez. V, 3.12.2002, n. 40581.

²¹ Che prevede l'applicazione delle pene previste dall'art. 217 l.f. agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite nell'ipotesi in cui abbiano cagionato ovvero abbiano concorso ad aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.

²² Al riguardo, la giurisprudenza tende a riconoscere, sulla scorta delle disposizioni di cui agli artt. 2403, 2407 e 2409 c.c., che i sindaci rivestano una posizione di garanzia, qualificabile come posizione di controllo in ordine all'operato degli amministratori. Tale ricostruzione, se pure *prima facie* rispettosa del dato positivo richiesto ai fini della configurazione della posizione di garanzia secondo la tesi c.d. "formale-sostanziale", è stata oggetto di plurimi dibattiti in dottrina: ed infatti problematica risulta la specifica individuazione dell'elemento essenziale ai fini dell'identificazione della posizione di garanzia, consistente nel concreto potere di impedire l'evento. Invero, autorevole dottrina ha segnalato come la pluralità dei doveri incombenti in capo ai sindaci non sembrano fondare uno specifico dovere impeditivo dell'evento, venendosi a

configurare, piuttosto, quali meri *doveri di sorveglianza*, la cui omessa attivazione non potrebbe determinare l'insorgenza di una responsabilità a titolo di concorso mediante omissione nel reato commesso dai terzi. In un recente arresto (Cass. Pen., Sez. V, 4.10.2018, n. 44107) la Corte di Cassazione ha tuttavia precisato che i poteri impeditivi “*non sono i poteri capaci di evitare, in assoluto, la commissione dei reati da parte degli amministratori (atteso che non è demandato ai sindaci un controllo preventivo sugli atti di amministrazione), ma i poteri, senz'altro appartenenti al sindaco, di ricognizione e di segnalazione (...) che stimolano la reattività dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del patrimonio sociale (i soci e i creditori)*”. Inoltre, perché il sindaco possa ritenersi penalmente responsabile del reato commesso dall'amministratore, è necessario, sotto il profilo obiettivo, che abbia dato un contributo giuridicamente rilevante alla verifica dell'evento e, con riguardo all'elemento subiettivo del reato, che abbia avuto “*la coscienza e volontà di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale*”, sicché occorrerà accertare non già “*comportamenti di negligenza o imperizia anche gravi, come può essere il disinteresse verso le vicende societarie (fonte indiscutibile di responsabilità civile), ma occorre la prova (...) del fatto che la sua condotta abbia determinato o favorito, consapevolmente, la commissione dei fatti di bancarotta da parte dell'amministratore*”. Sulla tematica in esame cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 651 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 155 e ss.; E. AMATI, L. BARON, *I sindaci*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, cit., 2107 e ss.; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 14 e ss.; P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit., 290 e ss.

²³ Tale fattispecie punisce gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società dichiarate fallite che abbiano cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società, applicandosi la pena prevista dall'art. 216 l.f.

²⁴ Cfr. P. FILIPPI, *op.cit.*, 337.

²⁵ E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, 258.

²⁶ A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, cit., 2435.

²⁷ C. PEDRAZZI, *Artt. 216-217*, cit., 396; C. SANTORIELLO, *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit. 625 e ss.

²⁸ Così A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società*, cit., 429 e ss.; M. LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, 241. Tra le conseguenze applicative derivanti dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, si segnala, tra l'altro, il problema di verificare la sussistenza del nesso eziologico con riguardo al *fallimento* ovvero alla situazione sostanziale di dissesto; ammettendo la natura di evento del *fallimento*, inoltre, questo dovrà costituire oggetto della rappresentazione e volizione dolosa da parte del soggetto attivo.

²⁹ A. ROSSI, *op.cit.*, 435 E SS.; C. SANTORIELLO, *op.cit.*, 626; C. PEDRAZZI, *Art. 216-217*, cit., 318

³⁰ Cass. Pen., Sez. V, 14.04.2015, n. 15613, con nota di C. CASTALDELLO, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 758 e ss.; Cass. Pen., Sez. V, 2.10.2014, n. 40998.

³¹ A. MANNA, *op.cit.*, 2434.

³² C. SANTORIELLO, *op.cit.*, 627

³³ Sulla scia dell'insegnamento della consolidata giurisprudenza costituzionale, a partire da Corte Cost., 24.03.1988, n. 364 e 13.12.1988 n. 1085.

³⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit. 685 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 356 e ss.

³⁵ A. MANNA, *op.cit.*, 2435 e ss.; C. SANTORIELLO, *op.cit.*, 627. Cfr., da ultimo, Cass. Pen., Sez. I, 9.03.2018, n.14783, con nota di E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 349 e ss.

³⁶ Cass. Pen., Sez. V, 18.11.2014, n. 47621; Cass. Pen., Sez. V, 18.04.2014, n. 17408, con nota di M. CASELLATO, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 991.

³⁷ Cass. Pen., Sez. V, 22.05.2019, n. 22488

³⁸ Cass. Pen., Sez. V, 2.10.2014, n. 40998.

³⁹ Cass. Pen. Sez. V, 1.06.2018, n. 24752.

⁴⁰ Cass. Pen., Sez. V, 24.10.2019, n. 43562. Nella fattispecie, si è riconosciuta la rilevanza penale della condotta omissiva consistita nella sistematica elusione dei doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo, quando questa comporti il fallimento della società e un depauperamento del patrimonio non giustificato dall'interesse per l'impresa.

⁴¹ Cass. Pen., Sez. V, 22.05.2019, n. 22488; Cass. Pen., Sez. V, 2.10.2014, n. 40998. Occorre rilevare come il recente codice della crisi di impresa (d.lgs. n. 14/2019), pur in assenza di una specifica delega legislativa concernente la modificazione della disciplina dei reati fallimentari, ad eccezione di quella avente ad oggetto la mera sostituzione al termine “fallimento” dell'espressione “liquidazione giudiziale” nelle ipotesi di reato in esame, sembrerebbe aver introdotto una specifica innovazione proprio con riferimento al delitto in commento. Ed invero, il nuovo art. 329, Il comma, l. b) del codice della crisi di impresa che, a partire dal 1° settembre 2021 sostituirà l'attuale art. 223 cpv. n.2) l.f. – per l'effetto del differimento dell'entrata in vigore del nuovo *corpus* normativo a seguito dell'emanazione del d.l. n. 23/2020, convertito nella l. n. 40/2020-, introduce come evento del reato il *dissesto* in sostituzione del *fallimento*. Sul punto, è stata paventata l'illegittimità costituzionale della disposizione per eccesso di delega. Cfr. P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società*, 2019, 447 e ss.

⁴² Secondo cui sarebbe bastevole l'accertamento del nesso eziologico tra le operazioni dolose e il fallimento, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 3.3.1999 n. 2905 e P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1957, 376.

⁴³ E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose*, cit., 369, secondo il più generale insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno avuto modo di esprimersi in ordine alla decodificazione dell'elemento subiettivo del delitto di cui all'art. 586 c.p. (Cass. Pen., SS. UU., 29.05.2009, n. 22676); tale ricostruzione pare pienamente applicabile anche con riguardo alle ulteriori ipotesi di *responsabilità oggettiva mascherata* disseminate nel nostro sistema penale, quale, per l'appunto, il delitto preterintenzionale.

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. V, 17.11.2015, n. 45672, con nota di C. CASTALDELLO, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 507 e ss.; Cass. Pen., Sez. V, 6.09.2018, n. 40100.

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. V, 6.09.2018, n. 40100; Cass. Pen., Sez. V, 3.04.2018, n. 14783.

⁴⁶ Cass. Pen., Sez. V, 13.10.2014, n. 42809; P. MANGANO, *La causazione del fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 451.

⁴⁷ R. BRICCHETTI, *Bancarotta impropria: a rischio i fatti del passato*, in *Guida al dir.*, 2002, 86 e ss.; A. LANZI, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato*, in *Diritto e pratica delle società*, 2002, 22.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. V, 4.07.2014, n. 24051.

⁴⁹ Il g.u.p. ha condiviso la tesi della natura preterintenzionale della bancarotta impropria *de qua*; cionondimeno, ha avuto modo di rilevare come, anche a voler aderire al diverso orientamento per cui la fattispecie oggetto di contestazione avrebbe richiesto la configurazione del dolo eventuale, nel cui fuoco doveva quindi rientrare anche l'evento del fallimento, risultava comunque provata la circostanza che il Sindaco avesse specificamente *accettato il rischio* dello stato di decozione della società *in house*.

⁵⁰ Sul punto, cfr. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, 2019, 278 e ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2017, 201 e ss.

⁵¹ A cominciare dalla storica sentenza della Corte di Giustizia "Teckal", 18 novembre 1999, causa C-107/98.

⁵² Cons. St., Sez. VI, 20.12.2012, n. 6565; Cons. St., Ad. Pl., 3.03.2008, n. 1.

⁵³ Cons. St., Sez. Sez. V, 30.09.2010, n. 7214; Cons. St., Sez. VI, 23.09.2008, n. 4603.

⁵⁴ Si allude alla complessa elaborazione normativa che, muovendo dall'originario art. 113 d.lgs. n. 267/2000 e passando per le modifiche introdotte dal d.l. n. 269/2003, conv. in l. n. 326/2003 e dall'art. 23 *bis* d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008, che venne poi abrogato dal *referendum* del giugno 2011, è stata da ultimo modificata con l'art. 4 d.l. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, poi dichiarato incostituzionale (Cort. Cost. 20.07.2012, n. 199); la materia è oggi regolata con la disciplina prevista dall'art. 34 del d.l. n. 179/2012, conv. in l. n. 221/2012. Tale disposizione, in particolare, sancisce come l'ente affidante sia tenuto a pubblicare una relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento prescelto per il servizio di rilievo economico. Sicché, essendo consentite tutte le forme di affidamento compatibili con il diritto dell'Unione europea (gara ad evidenza pubblica, affidamento a società mista previa gara pubblica per l'individuazione del socio privato, affidamento diretto *in house*), si ribalta nuovamente il ruolo dell'affidamento a società *in house*: se a partire dall'introduzione dell'art. 23 *bis* d.l. n. 112/2008 veniva a configurarsi come modello eccezionale, con il nuovo regime rileva invece come semplice alternativa alle altre forme di affidamento, rimessa alla scelta discrezionale e motivata della P.A. Da ultimo, con riguardo alla disciplina generale in materia di contratti pubblici, l'art. 192, Il comma del d.lgs. n. 50/2016 impone alla stazione appaltante un onere motivatorio aggravato nell'ipotesi in cui decida di procedere all'affidamento *in house*. Sul punto, il Consiglio di Stato ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di vagliare la compatibilità di tale disciplina con l'ordinamento comunitario, che invece si fonda sul principio dell'equivalenza fra le diverse modalità di affidamento (Cons. di St., Sez. V, 7.01.2019, n. 138); la Corte di Lussemburgo ha ritenuto legittima la scelta del legislatore italiano (Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19 e C-91/19) Cfr. R. GALLI, *op.cit.*, 404 e ss. e R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op.cit.*, 228 e ss.

⁵⁵ Che impone, tra l'altro, l'adozione nello statuto della società di previsioni che impongano che l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento di compiti ad esse affidati dall'ente pubblico socio, e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società; inoltre, gli statuti possono prevedere clausole in deroga alle disposizioni in materia di amministrazione della società (artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c.) al fine di regolare le modalità di esercizio del controllo analogo, conseguibile pure a mezzo dei patti parasociali, conclusi anche in deroga alle previsioni di cui all'art. 2341-*bis* c.c.

⁵⁶ Inoltre, il d.lgs. n. 50/2016 introduce per la prima volta peculiari forme di declinazione del controllo analogo, originariamente riconosciute soltanto in via giurisprudenziale. Nel controllo *a cascata* (art. 5, Il comma), la società *in house* viene controllata da altra società a sua volta sottoposta al controllo dell'ente pubblico. Si ha controllo *congiunto* (art. 5, commi IV e V), qualora il capitale della società partecipata sia suddiviso tra più enti pubblici: in tal caso, trattandosi di *in house frazionato*, il controllo analogo dovrà essere valutato in una prospettiva unitaria; gli organi decisionali dell'organismo controllato devono essere composti da rappresentanti dei soci pubblici partecipanti; i soci pubblici devono esercitare l'influenza dominante congiuntamente; il soggetto controllato non può perseguire interessi contrari a quello dei soci

partecipanti. Nel caso dell'*in house inverso* (art. 5, III comma), invece, è la società partecipata che procede all'affidamento diretto nei confronti dell'ente partecipante. L'*in house orizzontale* (art. 5, III comma), invece, si registra quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su due operatori economici che rivestono le caratteristiche di società *in house*, dei quali l'una affida all'altra un contratto pubblico.

⁵⁷ Così introducendo un notevole elemento di novità rispetto alla precedente elaborazione giurisprudenziale sovranazionale, che, di fatto, riteneva che l'attività *prevalente* equivallesse all'attività *esclusiva*. Cfr. Corte Giust. UE, 11 maggio 2006, C-340/04, *società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*.

⁵⁸ Innovando rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale e dottrinale, sia tale disposizione, sia l'art. 16, I comma d.lgs. n. 175/2016, prevedono la possibilità di apporto alla società *in house* pure di capitali privati, sempre che tali forme di partecipazione non comportino controllo o potere di veto e non esercitino un'influenza dominante sulla società.

⁵⁹ Cass. Civ., SS.UU., 13.09.2018, n. 22409; Cons. St., Sez. V, 15.01.2018, n. 182; Cons. St., Sez. V, 29.05.2017, n. 2533.

⁶⁰ La dottrina ritiene che l'interpretazione estensiva sia quell'operazione ermeneutica volta ad attribuire un determinato significato alla disposizione normativa, che, per quanto teso all'estremo, sia comunque ricomprendibile entro i limiti del testo di legge; diversamente, il procedimento analogo è finalizzato alla creazione di una nuova *regula iuris* avente ad oggetto un caso non specificamente disciplinato, sulla scorta dell'applicazione di una norma che disciplina un caso analogo, esaminata la *ratio* della norma stessa. Per l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva in diritto penale, e l'esclusione invece dell'analogia a sfavore del reo, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 123 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 75 e ss.

⁶¹ Cass. Civ., SS. UU., 25.11.2013, n.26823.

⁶² Cass. Civ., SS.UU., 13.09.2018, n. 22406, con nota di F. FIMMANO', *Le Sezioni unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019, 67 e ss.; F. FIMMANO', *Ente pubblico holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, in *Società*, 2020, 350 e ss.

⁶³ Che può risolversi anche in una semplice attività di coordinamento delle imprese collegate. Cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, XXIX, Padova, 2003, 176; V. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, 2011, 604 e ss.

⁶⁴ Che l'art. 2497-sexies c.c. presume con riguardo alle ipotesi di società tenute al consolidamento dei loro bilanci, o nell'ipotesi di controllo *ex art.* 2359 c.c., salvo prova contraria. Sicché, potrebbero verificarsi situazioni di controllo non riconducibili al fenomeno della direzione societaria, e viceversa ipotesi di direzione che non presuppongono il controllo.

⁶⁵ Dell'illecito risponde in solido anche chi abbia preso parte al fatto lesivo, e, nei limiti del vantaggio conseguito, anche chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. È da escludere la responsabilità qualora il danno risulti neutralizzato dal risultato complessivo dell'attività di direzione o coordinamento; l'ente gerente la direzione è responsabile in via sussidiaria nell'ipotesi in cui i soggetti danneggiati non siano stati soddisfatti dalla società sottoposta alla direzione. Tale azione può inoltre essere esercitata anche dal curatore, commissario liquidatore o commissario straordinario, nell'ipotesi di apertura di procedura concorsuale nei confronti della società etero-diretta.

⁶⁶ Secondo l'interpretazione autentica della disposizione in esame offerta dall'art. 19, d.l. 78/2009, conv. in l. n. 102/2009.

⁶⁷ Oppure i dirigenti competenti all'esercizio del *controllo analogo* nei confronti della società *in house*.

⁶⁸ Sullo sfondo della complessa questione ermeneutica in esame rileva l'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016, in materia di responsabilità civile e contabile relativa alle società partecipate, secondo cui "*i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.*" Da ultimo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto la problematica *de qua* nel senso di ammettere il concorso tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile anche con riguardo all'ipotesi di esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società *in house* e degli amministratori della P.A. azionista, laddove concorrano sia il danno *civile*, che quello *erariale* (che presuppone il pregiudizio al patrimonio pubblico, la sussistenza del rapporto *di servizio*, anche in fatto, tra soggetto responsabile e P.A., e l'elemento subiettivo del dolo o della colpa grave). Cass. Civ., SS.U., 13.09.2018, n. 22406 cit., che ha riconosciuto, a tale specifico riguardo, l'applicabilità dell'art. 2497 c.c. nei confronti degli amministratori di un Comune per il danno arrecato all'ente *in house*; conforme anche la recente pronuncia del Trib. Napoli, Sez. Specializzata in materia di imprese, 7.11.2019.

Ritiene che l'ipotesi di cui all'art. 12, II comma d.lgs. n. 175/2016 configuri la traduzione in termini pubblicistici della più generale fattispecie di cui all'art. 2497 c.c. F. FIMMANO', *Le Sezioni unite*, cit., 67 e ss.; F. FIMMANO', *ente pubblico holder*, cit., 350 e ss. Sulla tematica del riparto di giurisdizione *in parte qua*, cfr. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, cit., 286 e ss.

⁶⁹ Cass. Civ., SS.UU., 13.09.2018, n. 22406, cit.; Cass. Civ., Sez. I, 7.02.2017, n. 3196.

⁷⁰ Sul tema, cfr. P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit., 285 e ss.; E. AMATI, L. BARON, *I soggetti attivi*, in AA.VV. *Diritto penale dell'economia*, cit., 2120 e ss.

⁷¹ Secondo il primo comma di tale disposizione, "per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione".

⁷² Sul punto, Cass. Pen., Sez. V, 22.08.2013, n. 35346; Cass. Pen., Sez. V, 8.10.2012, n. 39535. Per la tesi dottrinale contraria, secondo cui si ravviserebbe nell'operazione di estensione in commento un'ipotesi di *analogia in malam partem*, cfr. A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2018, 44 ss.

⁷³ Cass. Pen., Sez. V, 20.09.2019, n. 38884; Cass. Pen., Sez. V, 12.12.2017 n. 55409; Cass. Pen., Sez. V, 7.07.2017, n. 33256. La Corte di Cassazione ha recentemente ammesso anche la configurabilità della figura del *sindaco di fatto*, con riguardo all'ipotesi della responsabilità penale del sindaco che sia stato nominato nonostante la carenza dei requisiti di legge, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 14.04.2016, n. 15639, con nota di F. DI VIZIO, *Le scomode responsabilità fallimentari del sindaco di fatto*, in *Quotidiano giuridico*, 27.04.2016.

⁷⁴ Cass. Pen., Sez. V, 6.11.2019, n. 45134. Inoltre, l'accertamento della sussistenza dei presupposti per la configurazione della qualifica *de qua*, costituisce oggetto di una valutazione di fatto insindacabile in sede di legittimità, ove sostenuta da congrua e logica motivazione.

⁷⁵ Cass. Pen., Sez. V, 22.05.2017, n. 24781; Cass. Pen., Sez. V, 5.01.2017, n. 547, con nota di C. SANTORIELLO, *Amministratore di fatto: non basta il rilascio di procura generale per assumerne il ruolo*, in *Quotidiano giuridico*, 31.01.2017.

⁷⁶ Va ricompreso nell'ambito di tali doveri anche l'obbligo di vigilanza sul comportamento dell'amministratore di diritto, con la configurazione di una posizione di garanzia nei suoi confronti ex art. 40, Il comma c.p. Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 26.07.2019, n. 34122 e Cass. Pen., Sez. V, 19.09.2017, n. 42759.

⁷⁷ E. AMATI, L. BARON, *I soggetti attivi*, cit., 2129 e ss. e P. FILIPPI, *I reati fallimentari*, cit. 328. Per la distinzione tra reati propri non esclusivi, semiesclusivi ed esclusivi, si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 109 e ss.

⁷⁸ Cass. Pen., Sez. V, 5.09.2019, n. 37194; Cass. Pen., Sez. V, 2.04.2019, n. 14366, Cass. Pen., Sez. V, 10.05.2016, n. 19460. Con riguardo al dolo dell'*extraneus* concorrente nella bancarotta impropria da operazioni dolose, la giurisprudenza consolidata richiede, oltre alla volontà dell'apporto alla condotta dell'autore proprio del reato, la consapevolezza del rischio che le suddette operazioni determinano per le ragioni dei creditori della società, non essendo invece necessario che egli abbia voluto causare un danno ai creditori medesimi (Cass. Pen., Sez. V, 2.10.2014, n. 41055; Cass. Pen., Sez. V, 26.03.2012, n. 11624; Cass. Pen., Sez. V, 21.01.2011, n. 1901, con nota di B. ERSI, *L'elemento soggettivo dell'extraneus concorrente in fatti di bancarotta impropria nel caso di fallimento per effetto di operazioni dolose*, in *Cass. Pen.*, 2012, 654 e ss.

⁷⁹ Cass. Pen., Sez. V, 23.09.2016, n. 39681, con nota di F. DI VIZIO, *Amministratore di fatto e concorrente extraneus: le distinzioni essenziali*, in *Quotidiano giuridico*, 3.10.2016.

⁸⁰ Sul punto, Cass. Pen., Sez. V, 9.11.2006, n. 37038 ha avuto modo di chiarire come gli elementi di prova ritenuti insufficienti per radicare la qualità di amministratore di fatto in capo all'estraneo non possono giustificare, di per sé solo ed in assenza della dimostrazione degli elementi costitutivi del concorso di persone nel reato, la sua responsabilità a titolo di concorso esterno nel reato proprio del fallito.

⁸¹ Cass. Pen., Sez. V, 13.06.2019, n. 2621.

⁸² Cass. Pen., Sez. V, 16.05.2018, n. 21657.

⁸³ Cass. Pen., SS.UU., 15.06.2010, n. 36551.

⁸⁴ La pronuncia richiamata della Corte Edu, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, ha affermato che il principio del giusto processo di cui all'art. 6 C.E.D.U. implica che l'imputato sia informato non solo del motivo dell'accusa, e quindi dei fatti materiali posti a fondamento della stessa, ma anche della qualificazione giuridica data a tali fatti, in modo che egli possa esercitare il proprio diritto di difesa anche con riguardo alla nuova qualificazione giuridica del fatto consentita dall'ordinamento interno. Nel caso di specie, la Corte aveva ritenuto violato il principio in esame con riguardo alla riqualificazione del reato di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio nella più grave ipotesi della corruzione in atti giudiziari, trattandosi di reato autonomo in ordine al quale non era stata data alla difesa la possibilità di difendersi sul punto. Per l'effetto, la Corte di Cassazione revocò, applicando analogicamente l'istituto di cui all'art. 625 *bis* c.p.p., la precedente sentenza emanata nei confronti dell'imputato ricorrente in sede europea limitatamente alla contestazione *de qua*, disponendo una nuova trattazione del ricorso in ordine ai fatti riqualificati. Con la successiva sentenza, Cass. Pen., Sez. VI, 25.05.2009 n. 36323, gli Ermellini hanno nuovamente confermato la condanna dell'imputato, riconoscendosi come nel giudizio di legittimità il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto quando l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio* sia stata rappresentata al difensore dell'imputato con un atto del Collegio, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa. Soluzione questa avallata anche dalla Corte EDU, che, a chiusura della complessa vicenda in esame, ha ritenuto legittima la soluzione processuale adottata dalla Cassazione,

ritenendo come il ricorso straordinario non abbia pregiudicato il diritto di difesa dell'imputato (Corte EDU, sez. I, sent. 22 febbraio 2018, Drassich c. Italia).

Da ultimo, la Cassazione ha precisato come in tema di reato di falso in atto pubblico non possa ritenersi legittimamente contestata, sì da non poter essere ritenuta in sentenza dal giudice, la fattispecie aggravata di cui all'art. 476, II comma c.p., qualora nel capo d'imputazione non sia esposta la natura fidefacente dell'atto, o direttamente, o mediante l'impiego di formule equivalenti, ovvero attraverso l'indicazione della relativa norma (Cass. Pen., SS.UU., 4.06.2019, n. 24906). Più in generale, con riguardo alle circostanze aggravanti aventi carattere valutativo, non basta quindi la contestazione in fatto della circostanza, dovendosi procedere piuttosto alla specifica individuazione dell'articolo di legge violato, ovvero della qualificazione normativa attribuita al fatto addebitato. Diversamente ragionando, si incorrerebbe nella violazione del più generale principio della contestazione in forma "chiara e precisa del fatto" concernente il provvedimento con cui si esercita l'azione penale - artt. 417, I. b); 429, I comma I. b); 450, III comma; 456, I comma; 452, I comma I.c) - , anche alla luce dell'art. 6, III comma, I.a) C.E.D.U., secondo cui ogni accusato ha diritto di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico.

⁸⁵ Così Cass. Pen., Sez. II, 15.05.2013, n. 35678.

⁸⁶ Cass. Pen., SS.UU., 26.06.2015, n. 31617.

⁸⁷ Cass. Pen., Sez. V, 19.01.2018, n. 2298, con nota di M.DI FLORIO, *Il concorso dell'extraneus nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. Pen.*, 2019, 317 e ss., che ha escluso per tali motivi la violazione dei principi inerenti al caso Drassich nell'ipotesi della riqualificazione in sentenza come concorso dell'extraneus in bancarotta fraudolenta dell'ipotesi di riciclaggio originariamente contestata.

⁸⁸ Cass. Pen., Sez. II, n. 17782 del 11.04.2014.

⁸⁹ Cass. Pen., SS.UU., 26.05.2011, n. 21039.

⁹⁰ Cass. Pen., 5.03.2010, n. 21039. Cfr. anche G.L. PERDONO', *Circostanze aggravanti e circostanza attenuante*, in AA.VV. *Diritto penale dell'economia*, cit., 2464.

⁹¹ Cass. Pen., SS.UU., 26.05.2011, n. 21039.

⁹² Cass. Pen., sez. V, 7.11.2018, n. 50489; Cass. Pen., sez. V, 16.5.2018, n. 21657; Cass. Pen., sez. V, 24.4.2018, n. 18092. Ad ammettere l'opposta soluzione dell'inapplicabilità dell'aggravante *de qua* in siffatte ipotesi di bancarotta impropria, verrebbe a configurarsi la potenziale incostituzionalità della norma in commento, per violazione del più generale principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., trattandosi in maniera differenziata ipotesi sostanzialmente analoghe. L'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale, comunque, determinerebbe una declaratoria di tipo ablativo dell'art. 219, I comma I.f., non potendo la Corte Costituzionale estendere con una pronuncia additiva la portata di una norma incriminatrice, alla stregua del più generale principio di legalità in materia penale. Cfr. F. MALAGNINO, *La bancarotta impropria*, Napoli, 2014, 21 e ss. Conformemente a tale ricostruzione, Cass. Pen., Sez. V, 30.01.2018, n. 4400 che ribadisce, tra l'altro, la natura di interpretazione estensiva dell'operazione ermeneutica *de qua*.

⁹³ Cass. Pen., Sez. V, 19.10.2017, n. 48203.

⁹⁴ Diversa ricostruzione, invece, tende a risolvere il rapporto tra norme alla stregua del *ne bis in idem sostanziale*, venendo in rilievo un rapporto di specialità in concreto, poiché la circostanza fallimentare sarebbe speciale per ambito applicativo, mentre l'aggravante comune sarebbe speciale per il contenuto, prendendo in considerazione il danno arrecato alla singola persona offesa, diversamente dall'art. 219, I comma I.f. che invece ricomprende il danno arrecato a qualunque soggetto. Cfr. G.L. PERDONO', *op.cit.*, 2455 e P. FILIPPI, *Reati fallimentari*, cit., 351.

⁹⁵ Cass. Pen., SS.UU., 26.05.2011, n. 21039.

⁹⁶ Sul punto, le Sezioni Unite hanno offerto una sistematica ricostruzione delle fattispecie di reato di cui agli articoli in commento. Ed invero, in linea generale, le fattispecie ricomprese nel medesimo numero – come ad esempio le condotte di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione di cui all'art. 216, I comma n.1), oppure le varie condotte che integrano la bancarotta documentale – sono qualificate come norme a più fattispecie (norme miste alternative), con ciò identificandosi più condotte alternativamente considerate la cui commissione integra un'unica ipotesi di reato, salvo il caso in cui si rilevi l'assenza di unicità di azione, e le differenti azioni tipiche siano distinte sul piano ontologico, psicologico e funzionale ed abbiano ad oggetto beni diversi; diversamente, nel rapporto reciproco tra le fattispecie contemplate nei singoli numeri viene a configurarsi un'ipotesi di fattispecie a più norme (norme miste cumulative), sicché, nei casi di integrazione di condotte sussumibili nell'alveo di più ipotesi tra queste in esame, verrà a configurarsi un concorso di reati. Per la distinzione tra fattispecie a più norme e norme a più fattispecie, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 464 e ss.

⁹⁷ Cass. Pen., Sez. V, 13.01.2016, n. 1106.

⁹⁸ Corte Cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale, per violazione dell'art. 117, I comma Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che sancisce il più generale principio del *ne bis in idem* processuale in sede convenzionale. Ed



TRIMESTRALE, 4, 2020

invero, avuto riguardo al concetto di *idem* rilevante ai fini della decodificazione dell'operatività del principio, si è avuto modo di rilevare come lo stesso debba valutarsi con riguardo alle connotazioni empiriche del fatto, sia pure mediate dalle categorie normative: elementi costitutivi del fatto risulteranno essere quindi la condotta oltre che l'evento e il nesso eziologico nel caso dei reati causali.

Tale pronuncia, inoltre, consente di apprezzare anche taluni risvolti in tema di *ne bis in idem* sostanziale. Ne deriva come l'effettiva configurabilità del *bis in idem in parte qua* verrebbe a rilevare solo nel caso in cui lo stesso fatto, inteso nella sua connotazione empirica, venga sanzionato contemporaneamente da più norme incriminatrici: si tratta dell'ipotesi in cui i reati oggetto di contestazione non valorizzino aspetti diversi del *factum*, forieri di un autonomo disvalore e meritevoli di autonoma sanzione, ma effettivamente duplicano la punizione nonostante l'unitarietà ontologica del fatto contemplato.

Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al *probation*.

di **G. Garuti** e **C. Trabace**

Il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Modena, con provvedimento pubblicato in questa Rivista, [ivi](#), ha ammesso una persona giuridica alla sospensione del procedimento con messa alla prova, mettendo così in discussione le conclusioni cui era pervenuta una nota ordinanza di rigetto del Tribunale di Milano, pubblicata in questa Rivista, [ivi](#).

Quella in commento è una decisione rispettosa dello spirito del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il quale si caratterizza per la particolare attenzione riservata alle occasioni di ravvedimento *post factum*, capaci di riportare l'ente sui binari della legalità.

1. Sono già passati venti anni da quando il legislatore, animato dalla volontà di onorare gli impegni assunti a livello sovranazionale e di reprimere la sempre più dilagante criminalità d'impresa, ha introdotto la diretta responsabilità sanzionatoria degli enti. Un tempo, questo, certamente sufficiente per fare un bilancio che investa la portata e le sorti del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Imbattendosi in tale attività, si constata subito come, a fronte di istituti che non hanno tardato a manifestare i propri limiti applicativi e sistematici (ad es. l'archiviazione, sprovvista di un vaglio giurisdizionale ex art. 58), ne esistono altri che hanno riscosso particolare successo presso interpreti e operatori pratici. Tra questi ultimi, non si può non annoverare gli strumenti di ravvedimento *post factum* che sono stati offerti alla persona giuridica al fine di stimolare una sua collaborazione. Si tratta di adempimenti riparatori, risarcitori e riorganizzativi che, a seconda delle situazioni, sono in grado di determinare un sollievo sanzionatorio o cautelare a beneficio dell'«incolpato»¹ (artt. 12, 17, 49 e 78).

Tali condotte di operosa respiscentza rappresentano il precipitato degli obiettivi specialpreventivi che animano l'impianto normativo congegnato ad inizio millennio, tendente palesemente più alla prevenzione che alla repressione, più alla *compliance* che all'irrogazione della pena²; un contesto, insomma, in cui «la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato [passa anche e soprattutto dal]la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa»³.

2. La positiva accoglienza che, nella prassi, hanno ricevuto le occasioni di recupero della *societas* alla

legalità ha, negli ultimi anni, indotto diversi interpreti a interrogarsi sulla possibilità di estendere la disciplina del c.d. *probation* – esportata, per effetto della l. 28 aprile 2014, n. 67, dalla giurisdizione minorile a quella degli adulti – anche all'ente⁴. Uno scenario che è apparso subito plausibile a chi ha giustamente considerato la natura anfibia di detto congegno normativo⁵, causa di estinzione del reato, da una parte, e rito speciale, dall'altra. Accanto a una disciplina sostanziale (artt. 168 *bis* ss. c.p.), esso ne vanta dunque pure una processuale (artt. 464 *bis* ss. c.p.p.) che, tramite il *passpartout* di cui agli artt. 34 e 35, può garantire l'agevole trasferimento della messa alla prova anche nella giurisdizione *de societate*.

La giurisprudenza di merito ha inizialmente promosso una interpretazione restrittiva. Il riferimento corre all'ormai nota ordinanza con cui il Tribunale di Milano ha assunto una posizione formalista, impedendo all'ente di ricorrere all'ipotesi di *diversion* in parola. La motivazione prende le mosse dall'assenza – nel codice penale, in quello di procedura penale e nel d.lgs. n. 231 del 2001 – di una previsione in tal senso. Per il giudicante, detto vuoto dispositivo non potrebbe essere colmato mediante il ricorso all'analogia, inibita, nel rispetto del principio della riserva di legge, con riguardo a un congegno che «si manifesta, dal punto di vista afflittivo, attraverso lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, rientra[n]te a pieno titolo nella categoria delle sanzioni penali»⁶. Pur rammentando la dimensione ibrida dell'istituto, il magistrato investito della questione ha insomma inspiegabilmente esaltato la sola componente penalistica.

Sembra tuttavia opportuno discostarsi da tale presa di posizione: il Tribunale di Milano non mente quando sottolinea l'inesistenza di una previsione che

attribuisca alla persona giuridica la facoltà di avvalersi del *probation*, ma dimostra di “ignorare” il fenomeno di eterointegrazione normativa grazie al quale si applica, nel processo di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, anche quanto ivi non regolamentato, con l'unico limite della compatibilità. Basti pensare, d'altra parte, ai giudizi immediato e direttissimo che, pur non menzionati sul piano positivo, risultano pacificamente praticabili in questa sede⁷.

3. Maggiori consensi merita, all'opposto, la decisione del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Modena che ha recentemente disposto la sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti di una società attiva nel settore della produzione di generi alimentari, indagata per l'ipotesi di cui all'art. 25 *bis*1 del decreto, in relazione al reato previsto dall'art. 515 c.p.⁸.

In questa occasione, l'autorità giudiziaria, dopo aver appurato l'insussistenza di cause di proscioglimento immediato e la concreta capacità dell'istante di tornare a operare entro i binari della legalità, ha acconsentito all'esecuzione del programma di trattamento proposto dalla difesa, dal quale emergeva l'intenzione dell'impresa di provvedere, in maniera seria e tempestiva: a) alla eliminazione degli effetti negativi dell'illecito; b) al risarcimento degli eventuali danneggiati; c) al *restyling* del modello di organizzazione e gestione, attraverso il potenziamento delle procedure di controllo relative all'area aziendale in cui si è verificata l'azione criminosa; d) allo svolgimento di una attività di volontariato, consistente nella fornitura gratuita di una parte della propria produzione in favore di un organismo religioso che gestisce un punto di ristorazione rivolto a persone bisognose. Verificato il corretto svolgimento di tali adempimenti, il giudice per le indagini preliminari ha successivamente dichiarato l'estinzione del reato.

4. Come dimostra la vicenda appena richiamata, la trasposizione dell'alternativa di cui agli artt. 464 *bis* ss. c.p.p. nel peculiare contesto in esame non comporta chissà quali forzature ermeneutiche. L'istituto deflativo-premiale palesa infatti una spiccata affinità con le svariate occasioni di ravvedimento che si ripetono lungo tutto l'arco processuale di cui la persona giuridica è protagonista; affinità, questa, destinata a emergere ancor più chiaramente se si considera che il decreto

già contempla situazioni che comportano, al pari del *probation*, una momentanea paralisi del rito funzionale al perfezionamento di condotte di operosa resipiscenza (artt. 49 e 65)⁹. Detti strumenti risultano, in buona sostanza, accumulati dalla medesima logica, sicché, come ha giustamente notato taluno, «ove mai si negasse all'ente la facoltà di richiedere la messa alla prova, si finirebbe, in fondo, per rinnegare la stessa natura intimamente rieducativa del processo per gli illeciti *de societate*»¹⁰. Orbene, in linea con la lodevole decisione del Tribunale di Modena, le previsioni introdotte dalla l. n. 67 del 2014 troveranno applicazione anche nei confronti del soggetto collettivo dotato di *compliance programs* ritenuti inidonei. La richiesta di adesione al percorso di *diversion* potrà essere avanzata entro le conclusioni dell'udienza preliminare o, in assenza di quest'ultima, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Nel caso in cui la volontà di conseguire il beneficio sia manifestata durante le indagini preliminari, è però necessario anche il *placet* del Pubblico Ministero, ferma restando la possibilità di reiterare l'istanza (art. 464 *ter* c.p.p.)¹¹.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione, va osservato come il giudizio speciale sarebbe esperibile solo qualora si procedesse per un illecito dotato di scarso disvalore, alla stregua del dettato codicistico, salvo non intervenga il legislatore per conferirgli un'efficacia generalizzata, come peraltro accade nel procedimento minorile che, con quello in esame, condivide l'aspirazione rieducativa¹². A favore di una simile innovazione sembra militare l'odierno assetto del d.lgs. n. 231 del 2001, che non impone alcun limite, basato sul titolo del reato, alla realizzazione degli adempimenti reintegrativi, riparatori e riorganizzativi previsti dagli artt. 12, 17, 49 e 78.

Come si evince dalla pronuncia in commento, nessuna significativa differenza dovrebbe a rigore intercorrere tra il programma di trattamento confezionato per la persona fisica e quello confezionato per persona giuridica¹³. In entrambe le situazioni, infatti, il graduale reinserimento del reo passerà dall'eliminazione degli effetti pregiudizievoli dell'illecito, dal risarcimento del danno ove possibile, dall'integrazione del modello organizzativo e dalla esecuzione di un lavoro di pubblica utilità¹⁴. In quest'ottica, si potranno istituire corsi di formazione gratuita, sostenere l'operato di organizzazioni sociali,

sanitarie e di volontariato nonché promuovere le più svariate iniziative, purché capaci di apportare un qualche beneficio alla collettività. Parimenti sovrapponibili risulteranno, infine, la scansione temporale e la concreta modulazione del rito speciale che, nella migliore delle ipotesi, consentirà all'ente la fuoriuscita anzitempo dal proprio circuito processuale.

Tanto premesso, resta da augurarsi che la condivisibile decisione del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Modena non resti isolata, ma divenga il *leading case* di un orientamento

interpretativo volto a conferire nuova linfa al d.lgs. n. 231 del 2001, nel rispetto dei suoi obiettivi di fondo.

Giulio Garuti

Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Cesare Trabace

Dottorando di ricerca in Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Parma.

¹ L'espressione si deve a E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 331, secondo il quale, non potendosi parlare di una piena assunzione dello *status* di imputato in capo all'ente, è preferibile apostrofarlo come «incolpato». Di «quasi imputato» ha invece parlato G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 46 del 2006)*, Torino, 2006, p. 97 ss.

² Cfr. M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, p. 581 ss., che rileva come «[l]a pena rappresenterebbe il fallimento della riforma, che vuole diffondere a ogni livello una cultura della prevenzione dei reati dentro le imprese».

³ Seppur con riferimento all'art. 17, in questi termini si esprime la *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 469.

⁴ Si sono, per primi, interrogati su questa eventualità G. FIDELBO-R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, p. 3 ss., cui sono seguite le riflessioni di H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, p. 121 ss.; F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato-persona giuridica*, in L. Lupária-L. Marafioti-G. Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, p. 199 ss.; G. GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in A. Fiorella-A. Gaito-A.S. Valenzano (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, p. 432 ss.; M. RICCARDI-M. CHILOSI, *La messa alla Prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 10, p. 47 ss.; R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 171 ss.; A. SCALFATI, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, in A. Fiorella-A. Gaito-A.S. Valenzano (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, p. 441 ss.

⁵ Sulla ambivalenza della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova, Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, in *CED*, Rv. 267238, ove si legge che «[q]uesta nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost., n. 240 del 2015). Ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto».

⁶ Trib. Milano, Sez. XI, ord. 27 marzo 2017, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di M. RICCARDI-M. CHILOSI, *La messa alla Prova nel processo "231"*, cit., p. 47 ss.

⁷ Cfr., tra gli altri, A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in A. Bassi-T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 684; M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, p. 81-82; G. GARUTI, *Il processo "penale" alle società*, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, t. II, Torino, 2012, p. 1100; M. TIRELLI, *I procedimenti speciali*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per*



illeciti amministrativi dipendenti da reato, Padova, 2002, p. 346; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 354 ss.

⁸ Nel caso di specie, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Modena ha accordato la sospensione del procedimento con messa alla prova anche all'autore del c.d. reato presupposto.

⁹ Sottolineano l'evidente *feeling* tra l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e "l'universo 231" F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., p. 201 e 206; G. FIDELBO-R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., p. 47; G. GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio*, cit., p. 433; M. RICCARDI-M. CHILOSI, *La messa alla Prova nel processo "231"*, cit., p. 65 e R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 175-176.

¹⁰ Così testualmente F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., p. 200.

¹¹ Ritiene più conveniente per l'ente chiedere la messa alla prova nella fase genetica del procedimento R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 177.

¹² In questo senso G. FIDELBO-R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., p. 14-15; G. GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio*, cit., p. 433 e R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., p. 176: sulla base di un raffronto con la disciplina di cui agli artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 488, questi ultimi Autori sembrano caldeggiare una applicazione generalizzata del *probation* al soggetto collettivo.

¹³ Al lavoro di pubblica utilità non alludono G. FIDELBO-R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., p. 19, secondo i quali «la persona giuridica sottoposta ad accertamento è già chiamata a realizzare delle condotte proattive se vuole vedersi aprire percorsi alternativi: quelle stesse condotte potrebbero pertanto diventare componenti di un programma di messa alla prova che offrirebbe all'ente la *chance* dell'estinzione dell'illecito amministrativo». Del medesimo avviso pare anche A. SCALFATI, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, cit., p. 441.

¹⁴ Ritengono che il programma di trattamento debba prevedere, oltre alle condotte riparatorie di cui all'art. 17, anche l'imposizione del lavoro di pubblica utilità: F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., p. 210; G. GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio*, cit., p. 434 e M. RICCARDI-M. CHILOSI, *La messa alla Prova nel processo "231"*, cit., p. 67.

La preclusione al rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo: la Consulta si pronuncia.

di **F. Barbero**

Il 3 dicembre 2020, con la sentenza n. 260, la Corte Costituzionale ha risolto le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 438, co. 1-*bis*, del codice di procedura penale, come inserito dall'art. 1, co. 1, lett. a), della legge 12 aprile 2019, n. 33, nonché degli artt. 3 e 5 della medesima legge, sollevate dai giudici di La Spezia, Napoli e Piacenza.

Come è noto, ai sensi della legge 12 aprile 2019, n. 33, entrata in vigore il 20 aprile seguente, è stato (nuovamente) precluso l'accesso al rito abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

La Corte, con la pronuncia in commento, ha escluso che la disciplina riformata del rito abbreviato si ponga in contrasto con i principi costituzionali e, più in particolare, con gli artt. 3, 24, anche in relazione agli artt. 2, 3 e 27 co. 2, 111, co. 1 e 2, e 117, co. 1, quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, della Costituzione.

Così, lungi dall'avallare le ragioni di politica criminale sottostanti alla riforma legislativa, dalle quali, beninteso, ha preso le distanze, la Consulta ha ritenuto, tuttavia, di non poterle qualificare come arbitrarie o irragionevoli.

Sommario. **1.** Premessa. – **2.** Il (solito) difficile rapporto tra il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo. – **2.1.** (Ancora una) riforma del giudizio abbreviato: legge 12 aprile 2019, n. 33. – **3.** La sentenza della Corte Costituzionale n. 260 del 2020. – **4.** Conclusioni.

1. Premessa.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 3 dicembre 2020, n. 260, si è pronunciata nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 438, co. 1-*bis*, del codice di procedura penale, come inserito dall'art. 1, co. 1, lett. a), della legge 12 aprile 2019, n. 33, nonché degli artt. 3 e 5 della medesima legge, dichiarando infondate le questioni di legittimità promosse dai Tribunali di La Spezia¹, Napoli² e Piacenza³ sull'esclusione del rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

Come noto, difatti, il 20 aprile 2019 è entrata in vigore la cd. legge Molteni, con la quale a tali delitti è stato precluso l'accesso al meccanismo premiale del rito abbreviato. Il legislatore, nello specifico, muovendo dall'intento di assicurare una risposta sanzionatoria severa a fatti di particolare allarme sociale, si è limitato ad individuare le fattispecie punite con la pena dell'ergastolo; ne è conseguita, così, l'esclusione dell'applicabilità del rito a fatti specialmente gravi, quali - tra gli altri - l'omicidio aggravato (art. 575 c.p., aggravato ai sensi degli artt. 576 e 577 c.p.).

Ebbene, la sottrazione di tali delitti all'applicazione del giudizio abbreviato porta con sé inevitabili ricadute sul funzionamento del sistema giudiziario e

alcune osservazioni critiche si sono rese necessarie già in sede di primo commento⁴.

È risultato *prima facie* evidente, difatti, come la riforma si fosse posta in chiara controtendenza rispetto alla costante incentivazione degli strumenti deflattivi, tra cui, appunto, il rito abbreviato, con apparente sacrificio di garanzie di rango costituzionale.

Dopo (poco meno di) due anni dall'entrata in vigore della novella, ci si domanda (nuovamente) se tale preclusione al rito, fondata sulla qualità della pena, nonché strettamente connessa all'allarme sociale generato dai singoli reati, possa legittimarsi sulla base di apprezzamenti di politica criminale, ovvero se tale trattamento sia sintomo di una irragionevole arbitrarietà legislativa.

Nonostante i dubbi (passati e presenti) della dottrina e le questioni di legittimità costituzionale sollevate da più Tribunali, la Consulta, lo si anticipa, ha dichiarato (*rectius*, ribadito) che la disciplina novellata altro non è che espressione della discrezionalità legislativa, che, seppur opinabile, non si ritiene censurabile sul piano della legittimità costituzionale.

Così, la preclusione al rito per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo rimane, a detta della Corte,

“espressione della discrezionalità legislativa in materia processuale, e non si pone in contrasto con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza (articolo 3 della Costituzione), con il diritto di difesa (articolo 24 della Costituzione), con la presunzione di non colpevolezza (articolo 27, secondo comma, della Costituzione), né con i principi del giusto processo, in particolare con quello della ragionevole durata (articolo 111, secondo comma, della Costituzione)”⁵.

Procediamo, però, con ordine. Di seguito, vale la pena di richiamare sommariamente la disciplina oggetto di censura, con particolare riferimento alle vicende storiche che l'hanno interessata, e le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus*.

Infine, verrà analizzata la pronuncia della Corte Costituzionale, tentando di fornire al lettore un quadro quanto più completo, ragionato e critico possibile della vicenda.

2. Il (solito) difficile rapporto tra il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo.

È bene cominciare con un cenno alla disciplina del giudizio abbreviato, nonché un rapido *excursus* sulle vicende storiche che l'hanno segnata, rievocando le problematiche tornate oggi di attualità.

Non si potrà non notare, per di più, che il rapporto tra il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo è da sempre alquanto difficile, se non burrascoso.

Anzitutto, il giudizio abbreviato rientra nel novero delle procedure semplificate e alternative al dibattimento, caratterizzato per essere celebrato *allo stato degli atti*, ovvero sulla base dei risultati delle indagini preliminari confluiti nel fascicolo del Pubblico Ministero.

L'obiettivo principale di tale rito è la riduzione dei tempi processuali. Come noto, la rinuncia dell'imputato al pieno contraddittorio dibattimentale è bilanciata dalla previsione di un meccanismo premiale, secondo cui viene riconosciuta una diminuzione di pena, in caso di condanna, pari alla metà se si procede per una contravvenzione ovvero di un terzo se si procede per un delitto.

Ai sensi della normativa previgente, non sussistevano preclusioni in base alla natura del reato per cui si procedeva, così che l'accesso al rito cd. non condizionato si configurava come un vero e proprio diritto potestativo in capo all'imputato.

Per quanto qui di interesse, l'art. 442, co. 2, c.p.p., nella versione originaria, prevedeva espressamente,

all'esito dell'applicazione del giudizio abbreviato, la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione di anni trenta. Il rito, pertanto, risultava chiaramente ammissibile anche per i reati puniti con l'ergastolo.

Sul punto, occorre precisare che, per la redazione degli articoli del codice di procedura penale sulla disciplina del giudizio abbreviato, il Parlamento si era invero limitato a indicare al Governo, all'art. 2, punto 53, della legge-delega, una riduzione di pena pari a un terzo, omettendo, invece, di pronunciarsi sui criteri di calcolo da applicare in caso di reati puniti con pena perpetua⁶.

Così, nel silenzio della legge-delega, il Governo, su proposta della Commissione redigente, aveva (autonomamente) predisposto, all'art. 442, co. 2, c.p.p., la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione di anni trenta⁷.

Ebbene, con sentenza n. 176 del 1991, la Corte Costituzionale dichiarava costituzionalmente illegittimo, per eccesso rispetto alla legge-delega, l'art. 442, co. 2, ultimo periodo, c.p.p., *“nella parte in cui consentiva il rito abbreviato anche per i reati punibili con l'ergastolo”*⁸.

Così, sulla scia di tale declaratoria di incostituzionalità, il giudizio abbreviato veniva per la prima volta escluso per i reati puniti con la pena dell'ergastolo.

Ciononostante, parte della dottrina sosteneva che presupposto del rito abbreviato fosse la definibilità del giudizio allo stato degli atti e che, dunque, fosse ammissibile anche per tali reati, ai quali, però, non sarebbe conseguita alcuna riduzione di pena in caso di condanna⁹.

Ogni dubbio interpretativo in merito trovava soluzione l'anno seguente in una decisione a Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, la quale riconosceva una generale e insuperabile preclusione al rito per i delitti punibili con la pena dell'ergastolo, anche qualora il giudice ritenesse di applicare in concreto, in ragione della sussistenza di circostanze attenuanti, una pena diversa¹⁰. La Corte, dunque, riteneva in ogni caso precluso l'accesso al rito, semplicemente sulla base dell'imputazione formulata nella richiesta di rinvio a giudizio, qualora questa prevedesse un reato punibile con l'ergastolo. La preclusione si riteneva dovesse operare anche nei casi in cui il giudice ritenesse - ad esempio in ragione della sussistenza di circostanze attenuanti - di applicare in concreto una pena diversa.

Peraltro, la stessa Corte Costituzionale, con l'ordinanza del 2 aprile 1992, n. 163, dichiarava la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, punto 53, della legge-delega, nonché degli artt. 438, 439, 440 e 442 c.p.p. sollevata da due ordinanze di rimessione¹¹.

In particolare, si precisava che *“l'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai reati punibili con la pena dell'ergastolo, non è in sé irragionevole, né l'esclusione di alcune categorie di reati, come attualmente quelli punibili con l'ergastolo, in ragione della maggiore gravità di essi, determina una ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri reati, trattandosi di situazioni non omogenee”*.

Solamente nel 1999, con la legge n. 479, cd. Carotti, veniva ripristinata l'operatività del rito abbreviato anche per i reati puniti con la pena dell'ergastolo¹². Poco tempo dopo, il legislatore, con il Decreto Legge 24 novembre 2000, n. 341, convertito con modificazioni dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, stabiliva che con l'espressione *pena dell'ergastolo, ex art. 442, co. 2, ultimo periodo, c.p.p.*, dovesse intendersi solo l'ergastolo senza isolamento diurno, aggiungendo che *“alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo”*¹³.

Da tale modifica, peraltro, scaturiva la nota vicenda Scoppola contro Italia, poi conclusasi con la condanna del nostro Paese da parte della Corte EDU per violazione del principio di retroattività della disciplina più favorevole (art. 7, Convenzione EDU), ravvisabile in questo caso nella legge Carotti, laddove questa prevedeva la pena di trent'anni di reclusione nel caso di condanna in giudizio abbreviato per delitti puniti con la pena dell'ergastolo¹⁴.

In ultimo, con la recente legge n. 33 del 2019, eccoci, invece, riportati ai primi anni Novanta: l'applicabilità del giudizio abbreviato è (nuovamente) esclusa per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

2.1. (Ancora una) riforma del giudizio abbreviato: legge 12 aprile 2019, n. 33.

Il 20 aprile 2019 è entrata in vigore la riforma qui in commento, costituita da cinque articoli con cui il legislatore ha apportato sostanziali modifiche agli artt. 438, 441-bis, 442 e 429 del codice di procedura penale.

Fin dalla sua entrata in vigore, tale riforma è stata oggetto di numerose critiche da parte dei primi commentatori, che non hanno mancato di esprimere forti perplessità in merito alla compatibilità costituzionale della stessa¹⁵.

In particolare, il fulcro della novella legislativa risiede all'art. 1, lett. a), di tale legge, che introduce il comma 1-bis all'art. 438 c.p.p., disponendo espressamente che *“[n]on è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo”*.

L'art. 1 prosegue con ulteriori modifiche all'art. 438 del codice di procedura penale. In particolare, alla lettera b), prevede la possibilità di reiterare la richiesta di giudizio abbreviato cd. condizionato, rigettata nella fase introduttiva dell'udienza preliminare. Tale disposizione, apparentemente in contrasto con l'inammissibilità del rito per il reato in contestazione, trova la propria *ratio* nella possibilità riconosciuta all'imputato di reiterarne la richiesta, condizionandola a una diversa qualificazione del fatto.

Ai sensi della lettera c), all'art. 438, dopo il comma 6-bis, è aggiunto il comma 6-ter, che disciplina un meccanismo di sindacato post-dibattimentale, in forza del quale *“qualora la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare sia stata dichiarata inammissibile ai sensi del comma 1-bis, il giudice, se all'esito del dibattimento ritiene che per il fatto accertato sia ammissibile il giudizio abbreviato, applica la riduzione della pena ai sensi dell'articolo 442, comma 2”*.

L'art. 2, invece, introduce il comma 1-bis all'art. 441-bis c.p.p., a norma del quale, qualora all'esito dell'attività di integrazione probatoria con richiesta di rito abbreviato condizionato il Pubblico Ministero modifichi l'originaria contestazione, procedendo per un reato ostatico al rito, il giudice revoca l'ordinanza di ammissione al rito abbreviato e fissa l'udienza preliminare o la sua eventuale prosecuzione¹⁶.

L'art. 3 abroga il secondo e il terzo periodo dell'art. 442, co. 2, c.p.p., eliminando le pene eventualmente applicabili in luogo dell'ergastolo, in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato.

Con l'art. 4, viene inserito all'art. 429 c.p.p. il comma 2-bis, che prende in considerazione l'eventualità che il fatto venga riqualficato in esito all'udienza preliminare, con il decreto che dispone il giudizio, passando, dunque, da una contestazione formulata dal Pubblico Ministero e preclusiva al rito, a una definizione giuridica che, invece, lo consente. Inoltre,

il provvedimento giudiziale deve contenere l'avviso che sarà possibile, entro quindici giorni dalla lettura o dalla notifica del medesimo provvedimento, formulare una richiesta di giudizio abbreviato.

Infine, ai sensi dell'art. 5, viene prevista una norma di diritto intertemporale, secondo cui le nuove disposizioni devono trovare applicazione per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della legge.

Sul punto, si rammenta che l'art. 442, co. 2, c.p.p., proprio per il fatto di incidere sulla severità della pena che viene inflitta in caso di condanna, pur essendo norma processuale si atteggia a norma di diritto sostanziale¹⁷.

Pertanto, ne consegue che, in piena conformità con l'art. 7 CEDU e l'art. 25, co. 2, Cost., la disciplina soggiace al principio di irretroattività della norma sanzionatoria più sfavorevole, come, di fatto, confermato dall'art. 5 in oggetto.

Ebbene, appare indubbio che il nucleo essenziale della riforma consista nella preclusione del ricorso al giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, ed è in relazione a tale novità normativa che si sono maggiormente concentrate le questioni di legittimità costituzionale, poi risolte (in senso negativo) con la sentenza in commento.

3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 260 del 2020.

La Corte Costituzionale ha definitivamente sciolto i dubbi di costituzionalità, formalmente sollevati dai giudici di La Spezia, Napoli e Piacenza, e diffusamente condivisi dalla dottrina, escludendo che la disciplina del giudizio abbreviato, così come modificata dalla legge n. 33 del 2019, si ponga in contrasto con principi di rango costituzionale.

Come già anticipato, difatti, la Consulta ha ricondotto la preclusione al rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo ad una legittima scelta di politica criminale, che, per quanto discutibile, non può comunque considerarsi censurabile sul piano della conformità alla Costituzione.

I giudici di merito, con le tre ordinanze che hanno dato stimolo alla decisione della Consulta ora in commento, hanno sollevato diverse questioni di legittimità, censurando la disciplina riformata del giudizio abbreviato essenzialmente sulla scorta di due critiche.

La prima concerne la tematica del diritto transitorio, rilevante, tuttavia, esclusivamente per il giudizio avanti il giudice spezzino; la seconda, più pregnante, riguarda l'inapplicabilità del giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, ritenuta incostituzionale in relazione a più articoli della Carta. Le tre ordinanze sollevano, peraltro, questioni analoghe e i relativi giudizi sono stati, per tale ragione, riuniti dalla Corte ai fini della decisione.

Per maggiore completezza logica, di seguito si propone una brevissima illustrazione delle questioni sollevate da ciascun giudice rimettente, per poi proseguire con un'analisi più ragionata, fedele all'*iter* argomentativo della pronuncia della Consulta.

La prima ordinanza è stata formulata dal Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di La Spezia, in data 6 novembre 2019¹⁸.

Tale atto si presenta particolarmente strutturato, ed è l'unico ad essere caratterizzato dalla presentazione di due distinte questioni: una relativa alla disciplina di diritto intertemporale introdotta dalla novella legislativa, la seconda, più ampia, relativa alla preclusione all'accesso al rito, ricalcata anche dalle successive ordinanze dei Tribunali di Napoli e Piacenza.

In particolare, la necessità della prima questione si rinviene nella dinamica cronologica dei fatti oggetto del giudizio. Nel caso di specie, si procede per un reato di omicidio in cui la condotta causativa della morte si esaurisce in un momento antecedente all'entrata in vigore della legge n. 33 del 2019, mentre l'evento-morte si produce in un momento successivo alla stessa. Ci si domanda, pertanto, se la novella legislativa debba trovare applicazione nel caso concreto, precludendo all'imputato l'accesso al rito.

L'art. 5 della legge stabilisce che le nuove disposizioni si applicano ai fatti *commessi* successivamente alla data di entrata in vigore della medesima legge, ovvero sia il 20 aprile 2019.

Così, il giudice *a quo*, facendo leva non solo sul fatto che il momento consumativo del delitto di omicidio non può che coincidere con il prodursi dell'evento-morte, che nei fatti corrisponde a un momento successivo all'entrata in vigore della legge, ma anche sulla natura processuale della disciplina in esame, propendeva per l'applicabilità della nuova normativa nel caso di specie.

Il giudice spezzino, dunque, solleva questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 117

Cost. e 7 CEDU, per il fatto che *“tale intervento [...] si traduc[e] in un’imprevedibile variazione ex post facto del rischio penale insito alla condotta tipica, dopo che la stessa si è già esaurita e che le serie causali dalla stessa innescate esulano dalla sfera di controllo dell’agente. In tal modo si materializza una violazione del principio di legalità dal punto di vista della ragionevole prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni al momento della condotta”*.

Proseguendo nella veloce elencazione delle ordinanze, la seconda e la terza, rispettivamente formulate dalla Corte d’assise di Napoli, il 5 febbraio 2020, e dal Giudice dell’udienza preliminare di Piacenza, il 16 luglio 2020, si concentrano, invece, solo sulla compatibilità costituzionale dell’art. 438, co. 1-bis, c.p.p..

I parametri costituzionali richiamati sono parzialmente diversi nelle tre ordinanze e possono ricondursi agli artt. 3, 24, anche in relazione agli artt. 2, 3, 27 co. 2, 111 co. 1 e 2, 117, co. 1, quest’ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, della Costituzione.

Peraltro, vi è notizia, sul punto, di altre due ordinanze, emesse dai Tribunali di Alessandria e di Santa Maria Capua Vetere, in merito alla compatibilità costituzionale della preclusione al rito, con le quali, tuttavia, i giudici *a quibus* hanno dichiarato manifestamente infondate le questioni sollevate dalle difese¹⁹.

In tali giudizi, le prospettazioni difensive ricalcavano quelle del giudice spezzino e, tuttavia, i giudici di merito non hanno rilevato nella legge n. 33 del 2019 alcun superamento del limite della ragionevolezza da parte del legislatore.

Orbene, la Consulta, alla luce delle suesposte ordinanze di rimessione, ha risolto le questioni con una decisione che, lo si riconosce, si mostra particolarmente densa e articolata nella sua parte motivazionale.

Di seguito, pertanto, si tenterà di fornire un commento il più ragionato possibile sui motivi per cui la Corte ha ritenuto che la disciplina del giudizio abbreviato, alla luce delle modifiche apportate dalla riforma del 2019, non sia contraria ai principi della Carta Costituzionale.

Procedendo con ordine, in primo luogo, la Corte ha affrontato la questione di diritto intertemporale, sollevata esclusivamente dal giudice di La Spezia, irrilevante negli altri due casi di specie, e, successivamente, le più dense censure relative alla

preclusione al rito per i delitti puniti con la pena dell’ergastolo.

Come anticipato, l’art. 5 della l. 33 del 2019, stabilendo che le disposizioni della legge stessa si applicano ai fatti commessi successivamente alla data della sua entrata in vigore (20 aprile 2019), se inteso alla lettera, impedisce l’applicazione della disciplina previgente, che consente l’accesso al rito, qualora, in caso di omicidio, l’evento-morte si ponga in un momento successivo al 20 aprile 2019.

Difatti, il momento consumativo (*tempus commissi delicti*) dei reati a evento differito, come è quello dell’omicidio in cui la morte si verifica dopo un consistente lasso temporale rispetto alla condotta, coincide con il momento in cui l’evento si realizza.

In tema, il giudice rimettente si è mostrato consapevole del fatto che i più recenti arresti giurisprudenziali hanno affermato che *“in tema di successione di leggi penali, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge penale vigente al momento della condotta”*²⁰. Cionondimeno, il giudice spezzino ha ritenuto che tale assunto possa valere solo nell’ambito del diritto penale sostanziale e non in materia processuale, così affermando che *“tale principio giurisprudenziale – che costituisce, evidentemente, il precipitato applicativo della lex mitior – è stato enucleato con riferimento ai fenomeni successivi riguardanti leggi penali sostanziali e non pare dunque idoneo ad interferire con la costante e granitica affermazione, da parte della stessa giurisprudenza, dell’operatività del divers[us] principio del tempus regit actum in materia processuale”*.

La Consulta, sul punto, ha ritenuto che la posizione presa dal giudice *a quo* riposasse su un *“erroneo presupposto interpretativo”*. In materia di successione di leggi processuali, è sì vero, da un lato, che vige il principio del *tempus regit actum*, in forza del quale l’atto processuale è regolato dalla legge in vigore al momento dell’atto, e non della commissione del fatto di reato, ma è altrettanto evidente, precisa la Corte, *“che la legge n. 33 del 2019 ha inteso derogare a tale principio generale, dettando una disciplina transitoria di carattere speciale che confina espressamente l’applicabilità della preclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l’ergastolo ai soli procedimenti concernenti fatti commessi dopo l’entrata in vigore della legge”*.

Tale scelta, inoltre, è fatta nella chiara consapevolezza, da parte del legislatore, di incidere su disposizioni collocate nel codice di procedura penale e concernenti il rito, dalle quali, però, consegue una forte incidenza sulla tipologia e sulla durata delle pene. Per tale ragione, *“non [possono] pertanto che soggiacere ai principi di garanzia che vigono in materia di diritto penale sostanziale”*²¹.

Se, dunque, la *ratio* del divieto di applicazione retroattiva delle leggi penali che inaspriscono il trattamento sanzionatorio risiede nel preservare il consociato da *“un successivo mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale della fattispecie”*, il momento in cui questo deve essere avvertito delle conseguenze penali della propria condotta non può che coincidere con il momento del compimento della condotta²².

Per tali ragioni, nel caso di reato a evento differito, quale è quello dell'omicidio con evento-morte verificatosi sotto la vigenza della nuova legge e dopo un apprezzabile iato temporale rispetto alla condotta, invece commessa prima dell'entrata in vigore della riforma del 2019, rimane ammissibile per l'imputato l'accesso al giudizio abbreviato.

Con riferimento, invece, alle questioni concernenti la preclusione al rito, sollevate da tutti e tre i giudici *a quibus*, viene anzitutto chiamato in causa l'art. 3 della Costituzione.

I giudici rimettenti ritengono, difatti, che lo sbarramento dell'accesso al giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo debba essere censurato per l'irragionevole disparità di trattamento che ne consegue, in violazione del principio di uguaglianza espresso in Costituzione.

Sotto tale profilo, occorre evidenziare che, secondo i rimettenti, l'irragionevolezza conseguente alla novella legislativa consisterebbe non solo nella equiparazione sanzionatoria tra fatti aventi disvalore differente, bensì anche tra fatti aventi disvalore omogeneo²³.

Basti pensare, in merito, che il catalogo dei delitti puniti con la pena dell'ergastolo ricomprende fattispecie completamente diverse tra loro, non solo con riferimento al bene giuridico tutelato, ma anche per la tipologia di comportamento delittuoso effettivamente sanzionato.

Peraltro, non può neppure sfuggire l'illogicità del fatto che la preclusione al rito deriverebbe dalla mera contestazione di un determinato titolo di reato, finendo per attribuire, così, al Pubblico Ministero il

potere di condizionare in maniera irreversibile, attraverso la contestazione di una circostanza aggravante accertabile solo in dibattimento, la modalità di svolgimento del processo.

La novella legislativa si trasforma, pertanto, in un vero e proprio inasprimento della reazione sanzionatoria per i reati cui l'accesso al rito viene negato²⁴.

A questo punto, alla Consulta è indirettamente domandato se, alla luce delle questioni poste dai giudici *a quibus*, sia pronta a rimeditare la propria opinione, già precedentemente espressa con l'ordinanza n. 163 del 1992, citata *supra*, e riconoscere che gli apprezzamenti di politica criminale formulati dal legislatore con la novella del 2019 si pongono, invero, in contrasto con il più elementare e fondamentale principio costituzionale di uguaglianza.

Orbene, benché i giudici rimettenti abbiano offerto diversi e validi argomenti a sostegno della censura in relazione all'art. 3 Cost., la Corte, capovolgendo in parte il ragionamento, ha affermato che, se la preclusione all'accesso costituisce il riflesso processuale della previsione edittale della pena dell'ergastolo per quelle ipotesi criminose, allora le questioni di legittimità avrebbero dovuto avere ad oggetto la previsione della pena detentiva perpetua per i reati effettivamente contestati, proprio perché è da tale previsione che deriva la situazione di disuguaglianza. Nessuno dei rimettenti, tuttavia, ha contestato la ragionevolezza della scelta legislativa di comminare l'ergastolo per i titoli di reato per i quali procedono.

Le questioni sulla disparità di trattamento, dunque, a parere della Corte Costituzionale, appaiono prive di pregio poiché dipendono da una chiara, non *irragionevole né arbitraria* scelta legislativa, frutto di uno speciale giudizio di disvalore della figura astratta di reato, che si sottrae alle censure dei rimettenti.

Proseguendo nell'analisi delle questioni sollevate, in particolare dal giudice di Napoli, l'art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p. è stato pure censurato in riferimento all'art. 24 della Costituzione, che riconosce il fondamentale diritto di difesa. Tale diritto è presidio di tutela di tutte le libertà e si annovera tra *“i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intrinsecamente connesso, con lo stesso principio democratico, l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio”*²⁵.

Il giudice *a quo*, invero, ha ricondotto al diritto di difesa un più specifico diritto di accesso ai riti, per cui “ogni norma che comprime (o, addirittura, elimina) la possibilità di agire in giudizio o anche la facoltà della scelta procedurale, compresa la possibilità concreta di accedere ai riti alternativi, tra cui il rito abbreviato, potrebbe porsi in contrasto con il principio costituzionale del diritto di difesa nella sua concreta espansione costituzionalmente garantita”²⁶.

La novella legislativa, dunque, modificando l’art. 438 c.p.p., avrebbe prodotto l’effetto di non consentire *tout court* l’accesso al rito premiale, così, secondo il giudice napoletano, di fatto negando all’imputato il diritto di difesa.

La Corte, pur riconoscendo che la facoltà di richiedere riti alternativi costituisce una tra le più incisive modalità di esercizio del diritto di difesa, come, peraltro, confermato da plurime pronunce giurisprudenziali²⁷, ha ritenuto che la mera preclusione a un rito, risultante da una chiara scelta legislativa di politica criminale, non vulneri il nucleo essenziale del diritto stesso²⁸.

Per tali ragioni, non può riconoscersi in capo a ciascun imputato il diritto incompressibile di poter accedere a qualsiasi rito alternativo previsto dall’ordinamento. Il legislatore ben può limitare l’ammissibilità di tali giudizi.

Infine, con riferimento al diritto di difesa in relazione ai principi di dignità e riservatezza, il giudice rimettente si è doluto di una ulteriore conseguenza che inevitabilmente discende dalla preclusione al rito: l’imputato diviene, infatti, obbligato a sottoporsi a un giudizio caratterizzato dalla pubblicità delle udienze.

Ebbene, la pubblicità delle udienze, come precisato dalla Corte, è garanzia di imparzialità e obiettività, nonché corollario del principio secondo cui *la giustizia è amministrata in nome del popolo* (art. 101, co. 1, Cost.), e assicura un *giusto processo* (art. 111, co. 1, Cost.). Dunque, non è riconoscibile in capo all’imputato un diritto costituzionale alla celebrazione del processo a porte chiuse, *al riparo dal controllo dell’opinione pubblica*.

Sul punto, le precisazioni della Consulta meritano di essere condivise. La regola della pubblicità delle udienze, difatti, lungi dall’aver una connotazione afflittiva ed essere motivo di stigma per l’imputato, è, piuttosto, elemento di garanzia e di tutela dello stesso. L’istituto della pubblicità del processo, peraltro, non è in concreto relegabile alla mera

apertura delle porte dell’aula al fine di accogliere chiunque voglia assistere alle udienze. Il principio di pubblicità, seppur non espressamente previsto nella Carta Costituzionale, è imprescindibile regola di civiltà giuridica e presupposto di una società organizzata democraticamente, in cui si realizza l’obbligo di rendere trasparenti l’operato e la decisione finale del giudice, nonché la necessità di tutela contro una giustizia segreta, sottratta al controllo del pubblico²⁹.

Proseguendo, in merito alla compatibilità della disciplina riformata con il principio di presunzione di non colpevolezza, ex art. 27, co. 2, Cost., il giudice piacentino ha considerato che, con la novella, il legislatore abbia voluto dare per assunto che l’imputato sia, in ogni caso (e prima di una decisione giurisdizionale), colpevole.

Tale originale censura, tuttavia, non convince neppure il più persuaso contestatore della riforma.

Il dato normativo, difatti, altro non prevede se non uno sbarramento all’accesso al giudizio nella sua fase iniziale, in base a una valutazione formulata dal Pubblico Ministero nel capo di imputazione. Tale addebito, però, passa successivamente al vaglio di altri giudici, che intervengono nelle fasi successive e che ben possono correggerlo.

L’imputazione, infatti, è oggetto di un primo vaglio da parte del Giudice per le indagini preliminari; non solo, la Corte d’assise, nella fase preliminare al dibattimento, ben può ammettere l’imputato al giudizio abbreviato, allorché tale rito gli sia stato erroneamente negato in una fase precedente. Per giunta, lo stesso giudice del dibattimento, allorché all’esito del giudizio non sia stato provato il fatto *oltre ogni ragionevole dubbio* così come presentato dal Pubblico Ministero, ben può *recuperare* con la riduzione di pena conseguente al giudizio abbreviato.

Con riguardo alle censure riferite all’art. 111, co. 1 e 2, Cost., i giudici rimettenti hanno rilevato un contrasto dell’art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p. con il principio del giusto processo e, più precisamente, di un processo rapido. Tale norma, del resto, lungi dall’essere una mera disposizione programmatica, costituisce a tutti gli effetti parametro nel giudizio di legittimità costituzionale.

L’art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p., così come modificato dalla recente riforma, priva l’imputato della possibilità di accedere a una forma di giudizio che possa

consentire il raggiungimento di una decisione rapida.

Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, dunque, la preclusione al rito premiale rende doverosa la celebrazione di processi pubblici avanti alla Corte d'Assise, in cui trova garanzia il diritto di *difendersi provando* e a cui non può che conseguire un carico di lavoro ben più gravoso, nonché una consistente dilatazione dei tempi medi di risoluzione di tali processi³⁰. In merito, peraltro, ben potrebbe obiettarsi che una possibile soluzione all'aumento del carico di lavoro consisterebbe nell'ampliamento della pianta organica degli uffici giudiziari, *ça va sans dire*.

La Consulta, invece, ha rammentato (ancora una volta) che solo al legislatore compete la funzione di individuare le soluzioni più idonee per bilanciare le scelte di politica criminale con l'esigenza di raggiungere l'accertamento del fatto e l'eventuale ascrizione delle relative responsabilità.

Così, la Corte ha chiuso la questione affermando che *“alla luce delle legittime finalità perseguite dal legislatore, che secondo la valutazione del legislatore medesimo rendono opportuna la celebrazione di processi pubblici innanzi alle corti di assise per i reati puniti con l'ergastolo [...], non può ritenersi che la dilatazione dei tempi medi di risoluzione dei processi relativi a questi reati, pur certamente prodotta dalla disciplina censurata, determini di per sé un risultato di “irragionevole” durata di tali processi”*.

Infine, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p. in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost. in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, poiché la disciplina così riformata preclude ingiustamente l'accesso al rito a determinate categorie di imputati.

A sostegno di tale (per vero scarna) censura, la Corte d'assise di Napoli ha citato la sentenza della Corte EDU (decisione 8 dicembre 2015, Mihail-Alin Podoleanu contro Italia) in cui viene affermato che, se è vero che *“gli Stati contraenti non sono costretti dalla Convenzione [EDU] a prevedere [...] delle procedure semplificate”*, rimane comunque il fatto che, quando tali procedure esistono e vengono adottate, i principi del processo equo impongono di non privare arbitrariamente un imputato dei vantaggi ad esse connessi.

La Consulta, tuttavia, non ha mancato (correttamente) di segnalare come tale censura sia manifestamente infondata per il fatto che la scelta

legislativa non sembra comunque incontrare alcun ostacolo sul piano convenzionale.

Così, la Corte Costituzionale, dopo aver affrontato le questioni sollevate dai giudici *a quibus* ha dichiarato: (i.) inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 111, co. 2, Cost., dal Tribunale di La Spezia; (ii.) non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 24 anche in relazione agli artt. 2, 3 e 27, e 111, co. 1, Cost., dal Tribunale di Napoli; (iii.) non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p., nonché dell'art. 3 della legge n. 33 del 2019, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 27, co. 2, e 111, co. 2, Cost., dal Tribunale di Piacenza; (iv.) manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p., sollevata, in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, dal Tribunale di Napoli; (v.) non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, legge 12 aprile 2019, n. 33, sollevata, in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, dal Tribunale di La Spezia.

4. Conclusioni.

Ora, alla luce delle motivazioni proposte nella recente pronuncia della Consulta, non ci si può esimere dal formulare qualche considerazione.

La legge n. 33 del 2019 è, come noto, intervenuta al culmine di un dibattito sulla carenza di proporzionalità delle pene temporanee per i fatti di reato più gravi e, come più volte ricordato, ha sollevato non poche perplessità già in sede di prime riflessioni, e continua tuttora.

È, del resto, contraddittorio questo *trend* legislativo in controtendenza rispetto alla costante incentivazione di strumenti deflattivi del processo penale.

L'immagine proiettata è quella di uno Stato forte che non scende mai a patti con i (più pericolosi) criminali, e i dubbi e le criticità ad essa collegate non si sono certamente affievolite dopo la decisione della Consulta.

Orbene, la Corte, preme evidenziarlo, non ha certamente ignorato che l'obiettivo politico perseguito dal legislatore del 2019 sia stato proprio quello di assicurare una risposta punitiva certa e severa a fatti di particolare allarme sociale.

Tale finalità di politica criminale non trova, peraltro, alcun sostegno da parte della Corte Costituzionale, che, con la propria decisione, lungi dall'avallare le ragioni di una simile disciplina, ben se ne discosta, non qualificandola, tuttavia, come arbitraria o irrazionale.

Il rischio che pare corrersi è quello di accettare che le garanzie costituzionali, alla base del diritto processuale penale, cedano il passo a scelte moralistiche dello Stato a favore di una rigida repressione e stigmatizzazione dei comportamenti delittuosi.

Dalla condivisibile motivazione della Consulta, si coglie, però, un pregevole (e prevedibile) suggerimento. Al fine di scongiurare esiti applicativi discriminatori della disciplina riformata, si dovrebbero sottoporre allo scrutinio della Corte

Costituzionale le singole disposizioni sostanziali delle fattispecie incriminatrici, con riguardo alla pena (dell'ergastolo) ivi comminata.

Ebbene, la (tanto criticata) scelta legislativa, consistente nell'individuare le fattispecie di reato da sottrarre all'applicazione del rito abbreviato in base al criterio della gravità del trattamento sanzionatorio, seppur profondamente opinabile, rimane non censurabile sul piano della legittimità costituzionale. La modalità per scongiurare che il legislatore dia voce al populismo piuttosto che alla Costituzione rimane, quindi, una questione ancora aperta.

Federica Barbero

Avvocato del Foro di Milano.

¹ Ordinanza del 6 novembre 2019 del G.U.P. del Tribunale di La Spezia, pubblicata in questa Rivista [ivi](#).

² Ordinanza del 5 febbraio 2020 della Corte d'assise di Napoli, pubblicata in Gazzetta Ufficiale [ivi](#).

³ Ordinanza del 16 luglio 2020 del G.U.P. del Tribunale di Piacenza, pubblicata in questa Rivista [ivi](#).

⁴ Sul punto, si veda F. Giunchedi, "De profundis per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine alla legge di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo", in *Archivio Penale* 2019; F. Barbero, "L'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo. Brevi note a caldo", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 5.

⁵ Comunicato Stampa della Corte Costituzionale del 18 novembre 2020, pubblicato in questa Rivista [ivi](#).

⁶ Legge 16 febbraio 1987, n. 81, "Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale".

⁷ "Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni", *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*, 24 ottobre 1988, n. 250, supplemento ordinario n. 93, Libro VI, Titolo I, Premessa: "La Commissione redigente ha ampiamente discusso sulla limitazione o meno dei reati per i quali è possibile il giudizio abbreviato, e in particolare sulla esclusione dall'ambito dello stesso giudizio dei reati di competenza della corte di assise. Pur tra le molte perplessità emerse, è stata adottata la soluzione più ampia sulla base della considerazione che il Senato della Repubblica ha modificato il testo della delega approvato dalla Camera dei deputati, che ancorava la previsione del giudizio abbreviato a categorie di reato predeterminate (cfr. la relazione del sen. Coco del 18 novembre 1986). D'altro canto si è ritenuto di consentire il maggiore spazio possibile al giudizio abbreviato, tenuto conto del fatto che esso è richiesto dall'imputato, il quale - nella logica del processo accusatorio - può anche rinunciare alla garanzia rappresentata dalla partecipazione popolare nei giudizi di Corte di assise.

Si è posto allora il problema di rendere possibile la riduzione del terzo rispetto ai reati per i quali il giudice debba infliggere l'ergastolo. [...] è sembrato preferibile determinare in modo fisso la pena da sostituire all'ergastolo".

⁸ Corte Costituzionale, Sentenza 22 aprile 1991, n. 176: "La questione di legittimità costituzionale del giudizio abbreviato per i processi aventi ad oggetto un delitto punibile con la pena dell'ergastolo, sollevata ex art. 76 della Costituzione sotto il profilo dell'eccesso di delega, è fondata.

L'art. 2, punto 53, della legge di delega legislativa al Governo per l'emanazione del codice di procedura penale prevede il potere del giudice di pronunciare sentenza di merito nell'udienza preliminare, decidendo allo stato degli atti su richiesta dell'imputato e consenso del pubblico ministero, ed indica contestualmente "che, nel caso di condanna, le pene previste per il reato ritenuto in sentenza siano diminuite di un terzo".

La direttiva, nella sua chiara formulazione, è tale da far ritenere che la previsione del giudizio abbreviato riguardi solo i reati punibili con pene detentive temporanee o pecuniarie, essendo la diminuzione di un terzo concepibile solo se riferita ai reati punibili con una pena quantitativamente determinata e non, quindi, ai reati punibili con l'ergastolo.

[...La] difficoltà di determinare il criterio in base al quale attuare la delega nasceva proprio dalla carenza, nella menzionata direttiva di cui al punto 53 dell'art. 2, di un'espressa previsione: se il legislatore delegante avesse inteso estendere il giudizio

abbreviato anche ai delitti punibili con l'ergastolo, avrebbe dovuto espressamente indicare il criterio sulla base del quale operare la sostituzione della pena.

La sostituzione invece operata, con la pena di trent'anni di reclusione, è stata quindi [...] arbitraria rispetto alla legge di delega, non bastando a giustificarla il riferimento ad altre ipotesi di sostituzione della pena dell'ergastolo, quali previste nel codice penale in relazione a profili in nessun modo collegabili alla diminuzione di un terzo indicata dalla delega per il giudizio abbreviato.

⁹ Sul punto, G. Leo, "L'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo: infondate o inammissibili le questioni di legittimità costituzionale", in *Sistema Penale*, 7 dicembre 2020: "[i]l fatto che l'ablazione si fosse limitata alla norma concernente la riduzione di pena aveva indotto dubbi e discussioni circa l'effetto di totale preclusione dell'accesso al rito, che secondo alcuni sarebbe rimasto ammissibile, con soluzioni variamente proposte riguardo alla pena irrogabile nel caso di condanna".

¹⁰ Cass. Pen., Sezioni Unite, 6 marzo 1992, n. 2977: "[...] non può affermarsi che in seguito alla dichiarazione di illegittimità contenuta nella sentenza n. 176 del 1991 può procedersi con il giudizio abbreviato anche per i reati punibili con l'ergastolo rimanendo solo preclusa la possibilità di sostituire l'ergastolo con la reclusione di trenta anni. È tutta la motivazione della sentenza, e non solo le parole inizialmente riportate, che esprime la correlazione tra la pena applicabile e l'ammissibilità del procedimento speciale, escludendo che la pena possa rilevare solo al momento del giudizio. In altre parole, la Corte Costituzionale ha fatto rientrare tra i presupposti del giudizio abbreviato anche l'applicabilità in base all'imputazione di una pena diversa dall'ergastolo, nel senso che il procedimento speciale risulta ammissibile solo quando è applicabile una pena pecuniaria o una pena detentiva temporanea".

¹¹ Ordinanza del 22 novembre 1991 (r.o. n. 53 del 1992) e del 29 novembre 1991 (r.o. n. 60 del 1992) del G.I.P. del Tribunale di Torino.

¹² Legge 16 dicembre 1999, n. 479, "Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense". Per quanto qui d'interesse, si veda l'art. 30.

¹³ Si veda sul punto l'art. 7, d.l. 23 novembre 2000, n. 341.

¹⁴ Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia: è riconosciuto il diritto dell'imputato a ottenere il trattamento previsto al momento della richiesta del rito (anni trenta) e non quello operante al momento della celebrazione del rito (ergastolo), per effetto del sopravvenuto art. 7, l. 4 del 2001.

¹⁵ Si vedano, tra gli altri, G. Di Chiara, "Giudizio abbreviato, reati da "ergastolo", populismo penale e Stato di diritto", in *Processo Penale e Giustizia*, 2019; R. Pilloni, "Giustizia penale negoziata e divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo", in *Archivio penale*, 2020, 1: "[i]a struttura dogmatica del giudizio abbreviato, sottraendo quest'ultimo alle influenze evocative di locuzioni come "giustizia negoziata" o "rito premiale", offre una prospettiva di partenza che, con lucidità permette di scorgere non pochi dubbi sulla ragionevolezza di una scelta legislativa che mira, in via del tutto irrazionale, a sottrarre una data categoria di imputati all'ambito di applicazione del giudizio abbreviato".

¹⁶ Ciò pone il problema della individuazione dei meccanismi di riattivazione del giudizio nelle forme originarie, con riferimento ai procedimenti in cui l'udienza preliminare non deve essere celebrata. Sul punto, si legga l'intervento di G. Spangher, "Esclusi dall'abbreviato i reati puniti con l'ergastolo", in *Il Processo*, 2019, 2.

¹⁷ Corte EDU, Scoppola c. Italia, cit.: decisione con cui la Grande Camera ha espressamente qualificato l'art. 442, co. 2, c.p.p. come norma di diritto sostanziale in ragione della sua immediata incidenza sul trattamento sanzionatorio, deducendone così la sua soggezione al principio di retroattività *in mitius*, desunto dall'art. 7 CEDU.

¹⁸ Per una completa analisi dell'ordinanza di rimessione formulata dal giudice di La Spezia, si leggano: G. Spangher, "L'ergastolo e l'accesso al rito abbreviato", in *Giustizia Insieme*, 7 febbraio 2020; E. Valentini, "Giudizio abbreviato, ergastolo, tempus regit actum: alla vigilia di una importante decisione della corte costituzionale", in *Sistema Penale*, 2020, 11.

¹⁹ Ordinanza del 28 maggio 2020 del Giudice delle indagini preliminari di Alessandria; ordinanza del 10 giugno 2020 della Corte d'assise di Santa Maria Capua Vetere. Per un maggiore approfondimento delle relative questioni, si leggano: E. Crippa, "Pena perpetua e giudizio abbreviato: manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale", in *Sistema Penale*, 25 giugno 2020; A. Franceschini, "Giudizio abbreviato e reati puniti con l'ergastolo: storia di un rapporto tormentato e di ricorrenti dubbi costituzionali", in *Sistema Penale*, 24 luglio 2020.

²⁰ Cass. Pen., Sezioni Unite, 29 luglio 2018, n. 40986. Si veda anche Cass. Pen., Sez. IV, 20 dicembre 2018, n. 16026.

²¹ Sul divieto di applicare una pena più grave di quella prevista al momento del fatto, si veda anche Corte EDU, Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, n. 2.

²² Tale soluzione era già stata ipotizzata da G. Spangher, "L'ergastolo e l'accesso al rito abbreviato", cit. : [i]ndiscutibilmente è necessario riferirsi al momento dell'azione, quello, cioè, del momento in cui si prefigura l'atto delittuoso e lo pone in essere proiettandolo già da quel momento sull'evento voluto. Il dato trova un preciso riscontro nell'art. 8 c.p.p., ove al comma 2 si precisa che "se dal fatto è derivata la morte di una o più persone, competente è il giudice del luogo in cui è avvenuta l'azione o l'omissione".

²³ Corte Costituzionale, Sentenza 3 dicembre 2020, n. 260: “Sotto il primo profilo, i rimettenti osservano come, nel novero stesso delle figure di omicidio doloso aggravato, la previsione astratta della pena dell’ergastolo accomuni fatti di gravità diversa, come, da un lato, omicidi commessi nell’ambito dell’attività di grandi organizzazioni criminali e, dall’altro, omicidi non premeditati commessi in un momentaneo accesso d’ira contro congiunti, come sarebbe accaduto nei casi oggetto dei procedimenti a quibus. L’esame dell’elenco dei delitti puniti con l’ergastolo previsti dal vigente codice penale evidenzerebbe, inoltre, il loro disvalore assai eterogeneo, che renderebbe irragionevole l’esclusione a priori dalla possibilità di accedere al giudizio abbreviato per i relativi imputati.

Sotto il secondo profilo, la preclusione in esame produrrebbe irragionevoli disparità di trattamento, esemplificate dal confronto tra le ipotesi punite con l’ergastolo riconducibili al primo comma dell’art. 577 cod. pen., che comprendono oggi l’omicidio del coniuge anche legalmente separato (per cui è precluso il giudizio abbreviato, con conseguente impossibilità di beneficiare della riduzione di pena in caso di condanna), e quelle di cui al secondo comma, punite con la pena da ventiquattro a trent’anni di reclusione, che comprendono l’omicidio del coniuge divorziato (ipotesi per la quale è il giudizio abbreviato è invece ammissibile, con correlativa possibilità di ottenere il relativo sconto di pena in caso di condanna). Sarebbe, altresì, irragionevole la disparità di trattamento creata dalla disposizione censurata tra l’imputato di omicidio nei cui confronti, in esito al giudizio ordinario, l’aggravante contestata venga esclusa – il novellato art. 438, comma 6-ter, cod. proc. pen. prevedendo che la corte di assise applichi la riduzione di pena conseguente al giudizio abbreviato, ingiustamente negatogli –, e l’imputato di omicidio nei cui confronti venga bensì riconosciuta la sussistenza in fatto della circostanza aggravante che determina l’astratta applicabilità dell’ergastolo, ma tale circostanza venga “elisa” ai fini sanzionatori da una o più circostanze attenuanti presenti nel caso di specie – ipotesi nella quale l’art. 438, comma 6-ter, cod. proc. pen. non parrebbe consentire, quantomeno secondo l’implicita ricostruzione dei rimettenti, il “recupero” della pena connesso al rito”.

²⁴ Sul punto, si veda l’opinione espressa dall’Unione camere penali italiane, nel comunicato “Eliminazione dell’abbreviato per i reati da ergastolo. Fine processo: mai” del 3 aprile 2019: “[i]l legislatore, anziché impegnarsi a riflettere sulla compatibilità tra la pena perpetua ed il principio costituzionale per cui la sanzione deve tendere al reinserimento del condannato nella società, interviene perfino sulle norme processuali per assicurarsi che l’ergastolo non possa mai essere evitato”.

²⁵ Corte Costituzionale, Sentenza 24 gennaio, n. 18.

²⁶ Ordinanza 5 febbraio 2020 della Corte d’assise di Napoli.

²⁷ *Ex multis*, Corte costituzionale, Sentenza 1° dicembre 2014, n. 273; Corte Costituzionale, Sentenza 9 luglio 2004, n. 219.

²⁸ In merito, si veda Corte Costituzionale, Sentenza 28 maggio 2015, n. 95, in tema di patteggiamento: “[l]a facoltà di chiedere l’applicazione della pena non può essere evidentemente considerata una condicio sine qua non per un’efficace tutela della posizione giuridica dell’imputato, tanto è vero che essa è esclusa per un largo numero di reati”.

²⁹ Con riguardo al tema della pubblicità delle udienze, si legga l’interessante saggio di A. Muscella, “Quali confini per la pubblicità delle udienze?”, *Archivio Penale*, 2017, n. 2.

³⁰ Si veda il parere del 6 marzo 2019 espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura, che riflette la preoccupazione di una dilatazione dei tempi medi di definizione dei processi a seguito delle modifiche sull’accessibilità del rito abbreviato: “[s]ignificative ricadute potrà avere, sui carichi di lavoro, l’esclusione dei reati puniti con la pena dell’ergastolo da quelli per cui è ammissibile il rito abbreviato avrà sul carico di lavoro delle Corti di Assise, di primo e di secondo grado, competenti a giudicare un maggior numero di reati (v. art. 5 c.p.p.). I dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia, relativi al rapporto tra i procedimenti concernenti reati puniti con la pena dell’ergastolo definiti con rito ordinario e quelli definiti con rito abbreviato [...] indicano una percentuale di procedimenti definiti con rito abbreviato pari al 68% nel 2016 e al 79% nel 2017”.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2020, salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19.

di **N. Madia**

L'Autore commenta la pronuncia numero 278 del 2020 con cui la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Siena, Spoleto e Roma in merito alla disciplina della sospensione della prescrizione introdotta dell'art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020, nella parte in cui prevede che lo stabilito periodo di sospensione della prescrizione debba applicarsi anche ai fatti di reato commessi anteriormente alla sua entrata in vigore.

Come riportato nel comunicato stampa pubblicato dalla Corte Costituzionale, *«la sospensione della prescrizione disposta dai decreti legge n. 18 e n. 23 del 2020, emanati per contrastare l'emergenza COVID-19, non è costituzionalmente illegittima in quanto è ancorata alla sospensione dei processi dal 9 marzo all'11 maggio 2020, prevista per fronteggiare l'emergenza sanitaria; la cosiddetta "sospensione COVID" rientra, infatti, nella causa generale di sospensione della prescrizione stabilita dall'articolo 159 del Codice penale – che prevede, appunto, che il corso della prescrizione rimanga sospeso ogniqualvolta la sospensione del procedimento o del processo penale sia imposta da una particolare disposizione di legge – e quindi non contrasta con il principio costituzionale di irretroattività della legge penale più sfavorevole».*

«La temporanea stasi ex lege del procedimento o del processo» – prosegue il comunicato – *«determina, in via generale, una parentesi del decorso del tempo della prescrizione, le cui conseguenze investono tutte le parti: la pubblica accusa, la persona offesa costituita parte civile e l'imputato. Così come l'azione penale e la pretesa risarcitoria hanno un temporaneo arresto, per tutelare l'equilibrio dei valori in gioco è sospeso anche il termine per l'indagato o per l'imputato».*

Sommario. 1. La questione. – 2. Il ragionamento della Corte costituzionale. – 3. Riserve critiche al ragionamento della Corte. – 4. Riflessioni conclusive.

1. La questione.

La disciplina progressivamente introdotta al fine di regolare il funzionamento dei procedimenti penali durante l'emergenza Covid 19 contempla, come ormai noto, anche ipotesi di sospensione del corso della prescrizione, assimilabili, quanto ad effetti, a quelle enucleate nell'art. 159 c.p. In ragione dell'intervento di tali "nuove" cause sospensive, dunque, i termini necessari all'estinzione dei reati, oggetto dei procedimenti interessati dalle disposizioni che si sono avvicinate nella contingenza, sono tutti andati incontro a un incremento corrispondente alla durata del congelamento del decorso del tempo ivi sancita. Da subito, la disciplina ha dato adito a dubbi di compatibilità costituzionale, in particolare col principio di irretroattività di una norma di sfavore, enucleato nell'art. 25, co. 2, Cost., laddove rende applicabili i novelli termini di prescrizione nel contesto di procedimenti aventi ad oggetto *condotte*

evidentemente consumate prima dell'introduzione delle modifiche legislative.

Tanto la questione è sembrata immediatamente seria e delicata che diversi Tribunali italiani hanno "istantaneamente" sollevato q.l.c. della disposizione sospettata di confliggere con la garanzia costituzionale, ovvero l'art. 83, quarto comma, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27¹.

La Consulta, con la sentenza n. 278 del 2020, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale riguardanti l'applicazione *retroattiva* della sospensione della prescrizione in riferimento agli articoli 25, comma 2, e 117 della Costituzione².

2. Il ragionamento della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale ribadisce la natura sostanziale della prescrizione, continuando ad escludere, lungo una linea direttrice omogenea con la sua giurisprudenza in materia, la matrice

processuale dell'istituto, ascrivendolo, senza distinzioni di sorta, alla nozione di *matière pénale*.

In questa prospettiva, la pronuncia persiste nel non riscontrare alcuna differenza tra il corredo genetico delle regole deputate a calibrare i termini ordinari di prescrizioni – racchiuse nell'art. 157 c.p.- e quelle preposte all'individuazione delle cause interruttrive e sospensive – di cui agli artt. 159 c.p. e 160 c.p.-, ancorché l'attenuazione o la neutralizzazione degli effetti del trascorrere del tempo sulla vita del reato dipendano inesorabilmente da accadimenti processuali.

Nuovamente, insomma, perlomeno sul piano delle enunciazioni di principio, la matrice processuale delle situazioni a cui si lega il dilatarsi dei termini di prescrizione non ha condotto ad assegnare una natura composita all'istituto, foriera di distinzioni tra le sfere di appartenenza- sostanziale o processuale- dei disposti che ne compongono la disciplina. Ancora una volta, non si è posta in discussione la natura unitaria dell'istituto, non discernendo al suo interno aspetti sostanziali da profili processuali, suscettibili, in quanto tali, di seguire la regola del *tempus regit actum* in luogo del dogma dell'irretroattività della legge penale di sfavore.

Si legge al riguardo nella sentenza (§ 10 del *Considerato in diritto*): *“La garanzia del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.) nel suo complesso (tale perciò da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali) dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che – avendo come contenuto il rispetto del principio di legalità – da una parte, non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore, la quale rappresenta un «valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» (sentenze n. 32 del 2020, n. 236 del 2011 e n. 394 del 2006).*

I Giudici, nell'insistere sulla natura sostanziale dell'istituto e sulla conseguente applicabilità allo stesso del principio di legalità e di tutti i suoi corollari, si soffermano espressamente sull'esigenza che la fissazione della durata del tempo di prescrizione sia *sufficientemente determinata* (§ 11 del *Considerato in diritto*).

Inoltre, la Corte, con particolare riferimento al problema dell'irretroattività, rileva che: *“il rispetto del principio di legalità implica la non retroattività della*

norma di legge che, fissando la durata del tempo di prescrizione dei reati, ne allunghi il decorso ampliando in peius la perseguibilità del fatto commesso. Il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, «si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 394 del 2006) (§ 11 del Considerato in diritto).

Nonostante tali ineccepibili premesse teoriche, la Consulta ha ritenuto di salvaguardare la permanenza nel sistema della disciplina sottoposta al suo vaglio. A tal fine, il Collegio non ha ritenuto di imboccare l'itinerario ermeneutico suggerito da quella autorevole dottrina che aveva proposto di: *“rivalutare la correttezza della soluzione che inquadra la prescrizione del reato quale istituto soggetto al principio di irretroattività”*, vuoi valorizzando le componenti processuali delle regole in tema di sospensione e interruzione, vuoi, distinguendo i casi in cui l'estinzione dell'illecito sia già maturata, da quelli in cui non si sia ancora prodotta, al momento dell'introduzione della nuova causa sospensiva³.

I Giudicanti hanno piuttosto fatto leva sull'art. 159, co. 1, c.p., il quale, laddove dispone: *“Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge”*, contemplerebbe una sorta di rinvio mobile, mediante il quale si attribuirebbe dignità di cittadinanza, anche per il passato, a qualunque causa sospensiva della prescrizione introdotta in futuro⁴.

Ad avviso del Collegio, tale previsione, così interpretata: *“rispetta il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., avendo un contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare (...) il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) e quello di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.)”* (§ 13 del *Considerato in diritto*). In effetti, si soggiunge qualche capoverso dopo: *“(...) al momento della commissione del fatto il suo autore sa ex ante che, se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il*

decorso del termine di prescrizione (art. 25, secondo comma, Cost.). Rimangono in ogni caso, da una parte, la garanzia della riserva alla legge della previsione delle ipotesi di sospensione del procedimento o del processo (ex art. 111, primo comma, Cost.), dall'altra parte, quanto alla ricaduta sul decorso del tempo di prescrizione dei reati, la garanzia della loro applicabilità per l'avvenire a partire dall'entrata in vigore della norma che tale sospensione preveda (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale); ossia una nuova causa di sospensione – riconducibile alla causa generale di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen. e quindi applicabile anche a condotte pregresse – non può decorrere da una data antecedente alla legge che la prevede. Ciò, naturalmente, in aggiunta alla garanzia della predeterminazione della durata "tabellare" della prescrizione (art. 157 cod. pen.) (...). Comunque queste ipotesi di sospensione del processo – come questa Corte ha già avuto modo di rilevare (sentenza n. 24 del 2014) – «automaticamente coinvolgono [...] la disciplina di diritto sostanziale della prescrizione del reato». La consapevolezza di tale automatismo nell'autore della condotta penalmente rilevante è sufficiente ad assicurare il rispetto del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.), integrato, nella fattispecie, dal principio secondo cui la legge non dispone che per l'avvenire (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale) e dalla garanzia che, in applicazione stretta di questo principio, non è possibile che l'incidenza indiretta sul tempo di prescrizione abbia una proiezione retroattiva" (§ 13 del Considerato in diritto).

D'altronde, ci si è premurati di precisare, evidentemente consci delle perplessità circa la reale compatibilità del ragionamento sviluppato con gli enunciati di principio formulati prima: "Né può temersi che, nella sostanza, al di là del rispetto formale del principio di legalità, pur così integrato, il rinvio aperto a ogni «particolare disposizione di legge», che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale, possa costituire una falla, nel senso di una possibile illimitata dilatazione del tempo complessivo di prescrizione del reato in ragione dell'applicazione di ogni disposizione che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale. Infatti, il rispetto del principio di legalità – nella misura in cui è predeterminata la regola che vuole che alla sospensione del procedimento o del processo penale in forza di una «particolare disposizione di legge» si associ anche la sospensione del decorso del

tempo di prescrizione del reato – non esclude, ma anzi si coniuga – come già rilevato – alla possibile verifica di conformità sia al canone della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), sia al principio di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.), a confronto dei quali sarà sempre possibile il sindacato di legittimità costituzionale della stessa sospensione dei procedimenti e dei processi penali, nonché, più specificamente, della conseguente sospensione del termine di prescrizione" (§ 14 del Considerato in diritto).

Proprio in base a questi due ultimi parametri (ragionevole durata del processo e proporzionalità), si afferma la legittimità dell'art. 83, co. 4, d.l. n. 18 del 2020.

Tale conclusione viene alimentata dalla Corte osservando: i) che la disposizione in materia di sospensione della prescrizione va ricondotta alla fattispecie generale di cui all'art. 159, co. 1, c.p., con la conseguente esclusione, dunque, di un intervento legislativo in contrasto col principio di legalità: "(...) perché la sospensione del corso della prescrizione di cui alla disposizione censurata, essendo riconducibile alla fattispecie della «particolare disposizione di legge» di cui al primo comma dell'art. 159 cod. pen., può dirsi essere anteriore alle condotte contestate agli imputati nei giudizi a quibus. La regola, secondo cui quando il procedimento o il processo penale è sospeso in applicazione di una particolare disposizione di legge lo è anche il corso della prescrizione, è certamente anteriore alle condotte penalmente rilevanti proprio perché contenuta nel codice penale del 1930 e ribadita dalla richiamata novella del 2005" (§ 16 del Considerato in diritto); ii) che l'art. 83, co. 4, d.l. n. 18 del 2020, non si pone in urto con il principio di irretroattività neppure laddove si rende applicabile dal 9 marzo 2020, nonostante sia entrato in vigore il 17 dello stesso mese, in quanto: "(...) il rinvio ex lege (e quindi la sospensione temporanea) dei procedimenti e dei processi penali nel (breve) periodo precedente il 17 marzo 2020 e la simmetrica sospensione del termine di prescrizione trovano il loro fondamento normativo nell'art. 1 del d.l. n. 11 del 2020, entrato in vigore il 9 marzo 2020, il quale si non è stato convertito in legge, e anzi prima ancora è stato abrogato dall'art. 1 della legge n. 27 del 2020, ma la stessa disposizione ne ha fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo, unitamente a quelli oggetto del precedente d.l. n. 9 del 2020. Vi è pertanto continuità normativa tra la

disposizione (fin quando vigente) del d.l. n. 11 del 2020, che all'art. 1, comma 3, richiama l'art. 10 del d.l. n. 9 del 2020 (e quindi anche il suo comma 13 sulla sospensione del corso della prescrizione), e quella di salvezza della legge n. 27 del 2020, sicché il periodo di rinvio (id est sospensione) di procedimenti e processi penali dal 9 al 17 marzo trova il suo fondamento in una norma vigente già alla data iniziale di questo intervallo temporale" (§ 17 del Considerato in diritto); iii) che il disposto in disamina risulta anch'esso funzionale a fronteggiare l'emergenza sanitaria in atto, realizzando, quindi, un bilanciamento ragionevole, in quanto, da un lato, giustificato dalla finalità di tutela della salute collettiva (art. 32, co. 1, Cost.), dall'altro, proporzionato allo scopo e compatibile con il canone della ragionevole durata del processo, sospendendo il corso della prescrizione per un periodo molto limitato di tempo, strettamente correlato alla durata preventivata dello stato di allarme (§ 14 del Considerato in diritto).

3. Riserve critiche al ragionamento della Corte.

Il ragionamento sviluppato dalla Corte, nella misura in cui assegna all'art. 159, co. 1, c.p. la funzione "sostanziale" di clausola aperta, idonea recepire, con efficacia *retroattiva*, qualsiasi nuova causa di sospensione della prescrizione correlata ad ipotesi di sospensione del processo, non persuade affatto.

Questo risultato interpretativo provoca, invero, come, peraltro, si è già messo in luce in una pronuncia della Cassazione che ha dichiarato la manifesta infondatezza della q.l.c. per altre ragioni⁵, un surrettizio aggiramento del principio di irretroattività *in peius*⁶.

Infatti, se, come è pacifico nell'elaborazione del Giudice delle leggi, il principio di irretroattività *in malam partem* persegue la finalità di assicurare al consociato la conoscibilità anticipata di tutte le conseguenze delle sue condotte, allora sembra arduo affermare che la preventiva legittimazione da parte dell'art. 159 c.p. di qualsiasi futuro incremento "in corsa" dei termini di prescrizione, provocando una dilatazione delle tempistiche al cui interno è possibile esercitare la pretesa punitiva, non esponga l'agente a un peggioramento non pronosticabile della disciplina esistente quando si è risolto a commettere il fatto, compromettendosi il senso di affidamento sull'assetto ordinamentale in base al quale ha effettuato le sue scelte⁷.

Un conto, invero, è sapere che lo Stato è tenuto a punire in via definitiva una condotta in un

determinato lasso di tempo, altro conto è sapere che tale accertamento deve avvenire in un diverso e più lungo arco temporale, con l'effetto che la creazione, *post patratum crimen*, di in un ulteriore fattore "procedimentale" idoneo all'espansione dei tempi di prescrizione, è difficile pensare che non infranga il presidio predisposto nell'art. 25, comma 2, Cost.

È vero, come osservano i Giudici, che l'esistenza di ipotesi di interruzione e sospensione della prescrizione rende, di per sé, impossibile prevedere *ex ante* la data esatta di estinzione del reato, essendo la stessa variabile e collegata a fattori plurimi e di fatto non predeterminabili (§ 10 del Considerato in diritto), ma è altrettanto vero che *le fattispecie idonee a determinare una stasi del processo e, di conserva, del corso della prescrizione devono essere conosciute in anticipo dall'agente*, senza che sia possibile per il legislatore, pena l'evidente violazione del principio di legalità, *sub specie* di irretroattività, di inserirne di nuove, non pronosticabili quando ci si è risolti ad agire, con effetti retroattivi.

In questa stessa prospettiva, si fatica a concordare con l'assunto secondo cui sarebbe: "(...) comunemente accettata e da tempo applicata, la regola di derivazione giurisprudenziale (a partire da Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 22 novembre-21 dicembre 2000, n. 32; in seguito, in termini anche più ampi, Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 dicembre 2015-25 marzo 2016, n. 12602), che ferma il decorso della prescrizione al momento della sentenza di merito, pur non ancora definitiva, ove impugnata con ricorso per cassazione dichiarato inammissibile. Si ritiene infatti che il ricorso inammissibile sia inidoneo ad aprire una utile fase processuale ai fini del perfezionarsi della causa estintiva" (§ 12 del Considerato in diritto).

Prendere invero atto di questa "regola giurisprudenziale" e rassegnarsi, non significa accettarla e condividere tale *modus procedendi*, per il cui tramite, attraverso la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per Cassazione, persino in base al realmente discrezionale e opinabile giudizio di "manifesta infondatezza", si è fermato, per via pretoria, e a prescindere da un intervento del legislatore, il corso della prescrizione al grado di appello.

Insomma, il ragionamento della Corte sembra scivolare sul piano inclinato di un "formale" rispetto del canone della legalità e dei suoi derivati, al quale non corrisponde un sostanziale ossequio a questa direttiva fondamentale.

E tale contrasto risulta tanto più evidente, laddove i Giudice, nonostante si premurino – come sopra visto- di precisare la necessaria sottoposizione della disciplina della prescrizione anche al corollario della determinatezza, poi, di fatto, avallino un'esegesi dell'art. 159, co. 1, c.p. manifestamente incoerente con le ragioni di fondo sottese a quel basilare presidio di garanzia, rendendo, per tale via, la stessa disposizione codicistica incompatibile coll'art. 25, co. 2, Cost.

Ma, d'altronde, che il Collegio, al di là delle premesse di principio, tra le quale si scorge quella secondo cui la garanzia del principio di legalità darebbe corpo e contenuto ad un diritto non comprimibile e non bilanciabile con altre prerogative antagoniste (§ 10 del *Considerato in diritto*), abbia in realtà inteso attenuare il dogma della legalità, contemperandolo con altre esigenze, in un ambito, quello della prescrizione, che, occorre ammetterlo senza infingimenti, non riscuote molto consenso, soprattutto nell'attuale clima politico/ ideologico, si desume con palmare evidenza in un passaggio chiaro della pronuncia in commento.

Infatti, nella misura in cui si osserva che le previsioni destinate ad integrare quel catalogo "aperto" enucleato nell'art. 159, co. 1, c.p., in tanto sono ammissibili in quanto risultino rispettose dei canoni della ragionevole durata del processo e della proporzionalità, si ammette, seppure in via implicita e indiretta, il "ragionevole" bilanciamento del principio di legalità con altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione (nel nostro caso la salute collettiva).

Invero, ad avviso dei giudici, il sacrificio del principio sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., si giustificerebbe in ragione della specificità del fattore generatore la situazione di emergenza e del modo in cui è stato limitato, ovvero per un periodo di tempo predeterminato e circoscritto.

Ebbene, anche da tale angolo visuale, il ragionamento della Corte non persuade.

Infatti, non è il pacifico carattere eccezionale e temporaneo della disciplina dell'emergenza a poterne salvaguardare la permanenza nel sistema⁸, come dimostrano alcuni indici sintomatici univoci del fatto che l'ordinamento non tollera "attentati" a quello che è uno dei valori fondanti – l'irretroattività della legge penale di sfavore - su cui si è edificato, giustificati dalla logica dell'emergenza.

Il co. 5 dell'art. 2 c.p. consente alle leggi temporanee ed eccezionali di derogare ai canoni della

successione di norme penali del tempo, ad eccezione, tuttavia, del principio di irretroattività *in malam partem*. E questo è perfettamente sintonico con la posizione apicale del principio di legalità e dei suoi corollari – riconosciuta non solo nel nostro ordinamento⁹-, tra cui quello dell'irretroattività, i quali fanno parte del catalogo dei precetti fondamentali, come tali invalicabili e insuscettibili di rientrare in operazioni di bilanciamento finalizzate a mitigarne o ad annullarne la portata in nome di interessi contrapposti¹⁰.

Inoltre, come in via teorica ribadito nella pronuncia in commento, il principio di irretroattività assume la veste di diritto "tiranno" nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, nel senso che non tollera alcuna deroga idonea a minare la libertà di scelta dei consociati e ad aprire la strada ad arbitri legislativi¹¹.

La prescrizione è un istituto centrale del diritto penale, giacché essa – a prescindere dai pregiudizi che la precedono in una certa cultura incline a pulsioni demagogiche - è il crocevia di una serie di diritti e valori fondamentali, da quello di difesa a quello a una ragionevole durata del processo, passando per la funzione general/ special preventiva della pena, di talché, la logica dell'emergenza non può legittimare la lesione di garanzie fondamentali, pena l'apertura di varchi a strumentali provvedimenti "liberticidi" protetti dall'alibi di "contingenze specifiche"¹².

D'altra parte, occorre sottolinearlo ancora con forza, appare realmente ingiusto che "(...) *il costo temporale dell'incapacità dello Stato di svolgere regolarmente i processi nel periodo dell'emergenza*"¹³ si scarichi sull'imputato, risolvendosi in un pericoloso precedente idoneo a fornire la giustificazione per la rimozione di un istituto (in realtà sostanzialmente già avvenuta con la "abolizione" della prescrizione dopo il primo grado di giudizio ad opera della l.n. 3/2019) che serve, invece, proprio a scongiurare che le croniche inefficienze dell'apparato giudiziario - e, in questo caso, la sua incapacità di organizzarsi onde evitare che un servizio di base, come la Giustizia, fosse interrotto- si riversino perniciosamente sui soggetti coinvolti nel processo¹⁴.

E questo anche considerando che lo stallo della macchina giudiziaria provocato da un evento pandemico (come da qualsiasi altra calamità), allontanando l'accertamento del fatto dalla sua consumazione, accentua quel senso dell'oblio che costituisce la ragione di fondo, al cui interno si

condensano tutte le altre, della prescrizione, non traducendosi, dunque, in una valida giustificazione per la sua sospensione.

Neppure da quella giurisprudenza che si è confrontata con atti legislativi che hanno sospeso eccezionalmente i termini di prescrizione in aree colpite da eventi sismici, è consentito cogliere spunti per affrontare la questione. In quei casi, infatti – particolare che nella sentenza in esame, dove si enfatizza questo argomento, non è stato adeguatamente valorizzato (§ 15 del *Considerato in diritto*) – la Suprema corte non si è proprio soffermata sul problema inerente alla legittimità dell'applicazione retroattiva di quelle discipline, assumendo questo dato come un presupposto scontato e implicito delle sue decisioni¹⁵.

Profili di ulteriore contrasto coll'art. 25, co. 2, Cost. – non affrontati dalla Consulta in quanto non espressamente sottoposti al suo sindacato–, si scorgono, d'altronde, laddove il co. 9 dell'art. 83, in relazione ai giudizi compresi tra il 16 aprile e il 30 giugno, ovvero quelli da celebrare alla ripresa “controllata” dell'attività, affida una “delega in bianco” ai capi degli uffici per l'individuazione dei criteri in base ai quali decidere se trattare o meno i processi; valutazione a cui si lega anche la selezione dei processi rispetto ai quali opera la sospensione della prescrizione sino al 30 giugno.

Per tale via, al di là delle forme, di fatto non è più la legge a enucleare le fattispecie idonee a determinare la sospensione della prescrizione nella fase di ripresa dell'attività giudiziaria (dal 12 maggio), essendo rimessa tale decisione alla totale discrezionalità dei capi degli uffici e dei giudici chiamati a implementare le direttive dei superiori.

Siffatto *modus procedendi* appare distonico con il principio di legalità e, in particolare, con i suoi corollari della riserva di legge e della precisione, giacché, come aveva affermato la Corte costituzionale già nella primo arresto della “saga Taricco”: “*Nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost., come questa Corte ha ripetutamente riconosciuto (da ultimo sentenza n. 143 del 2014). È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto*” (ord. 24/ 2017, § 4 del *Considerato in fatto e in diritto*).

Peraltro, avevano poi aggiunto i Giudici, sempre riferendosi anche al regime della prescrizione, che le norme di diritto penale sostanziale: “(...) devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice” (§ 5 del *Considerato in fatto e in diritto*).

Con più specifico riferimento alla possibile violazione della riserva di legge, ancora nel § 5 del *Considerato in fatto e in diritto*, la Corte costituzionale aveva osservato: “(...) è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della riserva di legge, sia sul grado di determinatezza (...), con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale”.

Parole chiare e nette, che dimostrano come, nel caso di specie, anche il co. 9 dell'art. 83, d.l. 18/ 2020 confligga coll'art. 25 Cost., nella misura in cui, oltre a violare il canone della retroattività, affida al potere dei capi degli uffici e, di conserva, dei giudici, le scelte relative ai processi da rinviare; meccanismo a cui si lega la sospensione della prescrizione e che finisce, dunque, per rimettere alla discrezionalità giudiziaria la determinazione dei tempi necessari per l'estinzione dei reati.

In definitiva, l'art. 83, co. 4, ma anche il co. 9, d.l. n. 18 del 2020, appare affetta da incostituzionalità manifesta e, come tale, a nostro avviso, doveva essere espunta dal sistema.

4. Riflessioni conclusive.

La Ragion di Stato sembra, dunque, essere prevalsa sulle ragioni del diritto, giacché, anche quando si applica e interpreta la legge, evidentemente, non ci si può sempre sottrarre a logiche di *Realpolitik*.

L'azione del Governo andava in qualche modo salvata in un momento di tale emergenza ed eccezionalità, anche a costo di sacrificare principi di garanzia basici del nostro edificio penalistico.

Quello che si deve auspicare veramente con forza è che questa sentenza, lungi dallo sdoganare pericolose operazioni di bilanciamento coinvolgenti il principio di legalità, sia perlomeno letta come un precedente strettamente ritagliato sulla specifica contingenza pandemica in atto.

In termini più chiari, si confida che l'attenuazione della garanzia della legalità, sulla scorta di questa pronuncia, sia circoscritta in futuro a situazioni che, come la repentina diffusione del Covid 19, avendo oggettivamente colto di sorpresa tutti, costringano il Governo ad agire in maniera anche improvvisata e frettolosa, inducendolo a fermare la macchina giudiziaria in assenza di piani predisposti per tempo onde assicurare il proseguimento delle attività nel caso di fenomeni assimilabili alla pandemia in corso. E che questa sentenza, nel salvaguardare le decisioni dell'Esecutivo in materia di prescrizione, tenda anche a "rivendicare" il ruolo di precedente quasi unico e non replicabile in futuro in situazioni in qualche modo analoghe, a questo punto non più nuove e inaspettate, rispetto alle quali, quindi, l'incapacità amministrativa di prevedere eventi calamitosi e organizzare in anticipo una risposta adeguata non potrà essere ancora scaricata sugli utenti, ivi compresi gli imputati, lo si desume da alcuni significativi passaggi motivazionali.

Innanzitutto, i Giudici non mostrano di nutrire, come, invece, nel *mood* politico/ culturale corrente si nota, una diffidenza preconcepita nei confronti della prescrizione, formulando assunti da cui traspare la messa a fuoco dell'intima moralità dell'istituto, nella misura in cui si esprime disappunto verso una macchina giudiziaria che, in ragione della sua cronica lentezza e inefficienza, non riesce a concludere i processi in tempi degni di un paese civile e dove, quindi, soggiungiamo noi, la prescrizione interviene d' "imperio" per svuotarne gli armadi, evitando che il prezzo di tale patologia debba riversarsi sull'individuo che subisce le sofferenze del giudizio.

La Corte, effettivamente, nel vagliare la rilevanza delle questioni sottoposte al suo giudizio, ha osservato con accenti stigmatizzanti: " (...) non può non notarsi la eccessiva durata di giudizi che già solo in primo grado, ancora in corso, hanno quasi esaurito il tempo massimo di prescrizione dei reati (che, nel massimo, al netto delle sospensioni, è di cinque anni

per le contravvenzioni edilizie e di sette anni e mezzo per i delitti di oltraggio a pubblico ufficiale e di calunnia), sì da far dipendere la risposta di giustizia nel merito delle accuse da una sospensione della prescrizione di soli sessantaquattro giorni (dal 9 marzo all'11 maggio 2020), quale quella oggetto delle censure di legittimità costituzionale" (§ 5 del Considerato in diritto).

D'altronde, i Giudicanti legittimano l'introduzione di ipotesi di sospensione del processo e, con esse, della prescrizione, a condizione che ricorra: "(...) la ragione imperiosa di una sopravvenuta calamità (quale, nell'attualità, la pandemia da COVID-19, ma similmente in precedenza eventi tellurici, disastri idrogeologici e altri) (...)" (§ 13 del Considerato in diritto).

Il concetto di "ragione imperiosa di una sopravvenuta calamità" si auspica sia collegato a flagelli naturali talmente eccezionali e oggettivamente sorprendenti, da non risultare preventivabili e fronteggiabili attraverso le prescritte attività di prevenzione, pianificazione e programmazione di competenze delle autorità preposte, quali un adeguato e aggiornato piano pandemico, rendendo "imperativa", per l'appunto, addirittura la sospensione delle attività.

Infine, non si può non notare come la Corte, proprio in una logica del "solo per questa volta e a queste condizioni passi", tenga a più riprese a rimarcare la brevità del periodo di sospensione della prescrizione che, soggiungiamo noi, probabilmente non impedirà, comunque, l'estinzione della maggior parte dei reati che la subiscono.

Ovviamente, e concludendo, gli approdi raggiunti dalla Consulta con la sentenza in commento, non legittimano un'applicazione retroattiva della c.d. riforma Bonafede (l. n. 3 del 2019), in vigore dal primo gennaio 2020, perlomeno perché con la stessa *non si introduce una causa di sospensione del processo*, stabilendosi semplicemente che la prescrizione resta definitivamente interrotta dopo la sentenza di primo grado¹⁶.

Nicola Madia

Avvocato del Foro di Roma.

Abilitato alle funzioni di Professore associato.

¹ Trib. di Siena, 21 maggio 2020, Giudice Dr. Simone Spina, in *questa rivista*, 26 maggio 2020; Trib. Spoleto, 27 maggio 2020, Giudice Dr. Luca Cercola, in *ivi*, 27 maggio 2020; Trib. Roma, 18 giugno 2020, Giudice Dr. ssa Carmela Foresta e Trib. Crotone, 19 giugno 2020, Giudice Dr. ssa Federica Girardi, entrambe in www.sistemapenale.it, 6 luglio 2020, con nota di G.

L. Gatta, *Covid- 19. Sospensione del corso della prescrizione del reato e irretroattività: un prima discutibile decisione della Cassazione e due ordinanze di merito che sollecitano una rilettura dell'art. 159 c.p.*

² Il 18 novembre 2020, la Consulta con un comunicato aveva reso noto che erano state dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale riguardanti l'applicazione *retroattiva* della sospensione della prescrizione – prevista dai decreti legge 18 e 23 del 2020, emanati per contrastare l'emergenza COVID-19 – in riferimento agli articoli 25, comma 2, e 117 della Costituzione. Per un primo efficace commento già al comunicato stampa F. Fico, *La Consulta salva l'applicazione retroattiva della sospensione della prescrizione prevista dal Decreto cura Italia*, PenDP, 19 novembre 2020. Ha condiviso le conclusioni e il ragionamento della Corte, G.L. Gatta, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in www.sistemapenale.it, 26 dicembre 2020.

³ G.L. Gatta, "Lockdown" della giustizia penale, *sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in www.sistemapenale.it, 4 maggio 2020, 11.

⁴ Questa soluzione, con estremo scetticismo, è stata prospettata e poi condivisibilmente scartata da F. Malagnino, *Sospensione dei termini dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid- 19*, in questa rivista, 18 aprile 2020, 29. Questa stessa soluzione era stata invece avallata da G. L. Gatta, *Tolleranza tra principi* e "principi intolleranti". *L'emergenza sanitaria da Covid- 19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4, d.l. n. 18/ 2020*, in www.sistemapenale.it, 22 luglio 2020, § 7. Era già stata condivisa anche da F. P. Modugno, *Sospensione della prescrizione e Covid- 19: spunti per un "commodus discessus" nel rispetto dell'art. 25, co. 2, Cost.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7.

⁵ Cass. pen., Sez. III, 17 luglio 2020 (ud., 2 luglio 2020), n. 21367, in questa rivista, 28 dicembre 2020, con nota di N. Madia, *Dubbi di costituzionalità in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid- 19. Commento - tra luci ed ombre anche sul modus procedendi - alla sentenza della III sezione penale della Cassazione che ha dichiarato manifestamente infondata la questione.*

⁶ È giunto a questa conclusione anche, F. Malagnino, *Sospensione dei termini*, cit., 29.

⁷ Ritieni questa lettura dell'art. 159 c.p. invece compatibile con tutte le *rationes* del principio di irretroattività *in malam partem*, G. L. Gatta, *Tolleranza tra principi*", cit., § 7. Lo stesso Autore, nel commentare la pronuncia in disamina in *Emergenza Covid* cit., § 4.1, aggiunge che la lettura dell'art. 159, co. 1, c.p. operata dalla Corte non legittimerebbe l'esistenza "(...) di una fattispecie sospensiva 'in bianco', che prende corpo – e contenuto – attraverso la disposizione di legge richiamata (se così fosse, i dubbi di legittimità costituzionale sarebbero fondati). [trattandosi] piuttosto di una fattispecie sospensiva descritta attraverso un elemento normativo (il concetto di "particolare disposizione di legge"); e, come ha mostrato da tempo la dottrina penalistica, su diversi terreni (precisione della legge penale, errore di diritto, successione di leggi penali) le norme richiamate dagli elementi normativi non integrano la legge penale: rappresentano solo i criteri (o parametri) di applicazione degli elementi normativi stessi (dotati, nel testo della norma penale, di autonomia concettuale e funzionale). Esse servono cioè – come nel caso che ci occupa – ad accertare se la fattispecie sospensiva – compiutamente descritta dalla legge – risulta integrata o meno nel caso concreto".

⁸ Sul carattere eccezionale e temporaneo della normativa, F. Malagnino, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid- 19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4, 27.

⁹ Sempre in ordine alla possibilità di estendere alla prescrizione misure introdotte per fronteggiare l'emergenza Covid che avrebbero finito per peggiorarne il regime giuridico, nella dottrina spagnola si è ribadita la natura sostanziale dell'istituto e la conseguente estensione ad esso dell'intero coacervo dei corollari del principio di legalità. Di conseguenza, si è negato che la disciplina varata nella contingenza pandemica, non chiara nel riferirsi anche alla prescrizione, potessero essere oggetto di una libera interpretazione *in malam partem*, volta a supportare l'idea per cui anche gli effetti di quell'istituto fossero stati sospesi durante la contingenza. Così, in particolare, J. Dopico Gómez- Aller, *Prescrizione del reato e stato di emergenza in Spagna*, in www.sistemapenale.it, 28 maggio 2020.

¹⁰ In questi stessi termini si è già espresso, O. Mazza, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *Arch. pen. web*, 1, 2020, 6 ss.

¹¹ Da ultimo, Corte cost. sent. 26 febbraio 2020, n. 32. Di recente, G. L. Gatta, "Tolleranza tra principi", cit., § 5, anche per i necessari riferimenti alla normativa sovranazionale che sancisce l'inderogabilità assoluta di tale principio.

¹² Nello stesso senso, A. Gamberini - G. Insolera, *Che la pandemia non diventi l'occasione per accelerare le soluzioni sulla prescrizione e sulle sue ragioni costituzionali*, in www.sistemapenale.it, 24 maggio 2020.

¹³ Sono parole di O. Mazza, *Sospensioni di primavera*, cit., 8.

¹⁴ Analoghe perplessità le hanno espresse, A. Gamberini - G. Insolera, *Che la pandemia*, cit., 8.

¹⁵ Tra le altre, Cass., VI, 13 ottobre 2014, n. 42557; Cass., Sez. VI, 24 aprile 2018, n. 18066.

¹⁶ Nello stesso senso si è già espresso, G.L. Gatta, *Emergenza Covid* cit., § 10. 1.

A volte ritornano: Dan contro Moldavia e il cortocircuito della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, tra principi consolidati e nuove tentazioni cartolari.

di **M. S. Mori**

Con la pronuncia in epigrafe, la Corte Edu ha condannato la Moldavia per violazione dell'art. 6 §1 della Convenzione Edu in tema di rinnovazione in appello della istruttoria dibattimentale.

Tale provvedimento segue la prima sentenza Dan c. Moldavia, emessa dalla Corte il 5 ottobre 2011, che tanta eco aveva avuto nei paesi del Consiglio di Europa per aver stabilito che il cd. *overturning* in appello di una sentenza di assoluzione – per rendere il processo equo ex art. 6 CEDU – non può prescindere dalla rinnovazione dell'esame dei testimoni decisivi.

Questo principio era poi entrato nell'ordinamento italiano attraverso la successiva Corte Edu Lorefice c. Italia, le tre sentenze delle Sezioni Unite Dasgupta, Patalano e Troise, nonché l'introduzione dell'art. **603, comma 3 bis, c.p.p.** ad opera della Legge n. 23 giugno 2017, n. 103 (cd. Riforma Orlando).

Nel presente contributo l'autore ripercorre la vicenda ed i principi giuridici ivi stabiliti, nonché della nuova pronuncia di condanna emessa il 10 novembre 2020.

Sommario. **1.** Fatto storico e primo giudizio interno. – **2.** La sentenza della Corte EDU del 5 luglio 2011, il “principio Dan” e le sue evoluzioni e conseguenze. – **3.** Nel frattempo il Signor Dan: nuovo giudizio e nuova condanna europea. – **4.** Gli effetti della seconda sentenza Dan.

1. Fatto storico e primo giudizio interno.

Il Signor Mihail Dan è noto da anni alle cronache strasburghesi, in quanto protagonista di una vicenda di vaste eco e conseguenze in più ordinamenti interni, compreso quello italiano¹.

Già preside di una scuola superiore di Chişinău, il 14 gennaio 2004 il ricorrente veniva arrestato immediatamente dopo avere ricevuto, secondo l'accusa, una tangente da parte di tale C., che voleva far inserire il proprio figlio nella scuola diretta dal Dan. L'operazione si era svolta sotto l'immediato controllo degli agenti di polizia che in precedenza avevano fornito a C. delle banconote trattate con una particolare sostanza, avevano monitorato e filmato l'incontro tra C. e il ricorrente e avevano poi rinvenuto sulle mani del Dan tracce della sostanza con cui le banconote erano state trattate.

Il ricorrente sosteneva di aver stretto la mano del C. appena si erano incontrati e di avere sottoscritto il verbale di arresto con una penna che gli era stata prestata da uno dei poliziotti che in precedenza aveva manipolato il denaro: in questo modo la sostanza che rivestiva le banconote era passata sulle sue mani, ipotesi che una consulenza svolta dalla difesa aveva confermato.

Nel corso del processo di primo grado, si scopriva che il video che avrebbe dovuto riprendere la ricezione del denaro da parte del Dan risultava monco proprio della parte di interesse, e i sei agenti di polizia nel corso del proprio esame rendevano dichiarazioni contrastanti. In particolare, quando era stato arrestato, Dan aveva lasciato cadere a terra un fascicolo al cui interno erano contenute le banconote segnate, ma mentre un poliziotto sosteneva che il denaro fosse stato consegnato da C. nelle mani di Dan, un altro riferiva che C. lo avesse infilato nel fascicolo (appoggiato tra Dan e C.) dopo un cenno di Dan; un terzo poliziotto, che pure era posizionato di fronte all'imputato e al C., riferiva di non avere visto alcun passaggio di denaro.

Il Tribunale di Buiucani assolveva l'imputato, ritenendo che l'unica prova a carico di Dan fossero le dichiarazioni di C. e stigmatizzando in particolare che per un “problema tecnico” nel video dell'operazione sotto copertura mancasse proprio la parte dell'incontro tra C. e Dan.

Il Procuratore presentava appello e la Corte di Appello di Chişinău, all'esito di una sola udienza e senza riesaminare i testimoni, condannava il ricorrente a cinque anni di reclusione, con pena sospesa per due anni, al pagamento di una multa di

60.000 Lei e all'interdizione dai pubblici uffici per tre anni. La Corte riteneva congruenti e attendibili le dichiarazioni dei testimoni esaminati nel primo grado di giudizio.

Nel proprio ricorso alla Corte Suprema moldava Dan, oltre ad evidenziare le contraddizioni dei testi, segnalava che C. risultava indagato in due diversi procedimenti penali istruiti proprio dal dipartimento di polizia che aveva organizzato l'operazione sotto copertura. La Corte il 21 giugno 2006 dichiarava il ricorso inammissibile.

2. La sentenza della Corte EDU del 5 luglio 2011, il "principio Dan" e le sue evoluzioni e conseguenze.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 5 luglio 2011, dichiarava all'unanimità la violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione e condannava lo Stato moldavo a versare € 2000 a titolo di equa soddisfazione al ricorrente, oltre a € 3000 per spese legali².

Il riconoscimento di una violazione convenzionale per un *overturning* senza nuova audizione testimoniale non era del tutto una novità, quando alla giurisdizione di secondo grado sia conferita la funzione di stabilire la colpevolezza o l'innocenza di un imputato potendo giudicare sia in fatto che in diritto. A parte la risalente pronuncia *Delcourt*³, nella quale si evidenziava come le garanzie dell'equo processo dovessero essere applicabili anche ai giudizi di impugnazione, i primi cenni di una giurisprudenza che si sarebbe poi consolidata negli anni successivi si rinvengono già in *Monnell e Morris* del 1987⁴, in cui, partendo dalla giurisprudenza *Colozza*⁵, si esaminava l'importanza che l'imputato fosse presente nel giudizio di appello e potesse rendere dichiarazioni. Seguiva la sentenza *Ekbatani*⁶, nella quale la Corte in composizione plenaria evidenziava la necessità che imputato e il denunciante potessero essere nuovamente esaminati nel secondo grado di giudizio, avendo la Corte d'appello svedese competenza anche sull'esame del fatto ed essendosi quest'ultima limitata a confermare la sentenza di condanna di primo grado senza celebrare un'udienza. Il principio veniva ribadito nella sentenza *Popovici*⁷, in cui il ricorrente, assolto in primo grado, era stato condannato all'ergastolo dalla Corte Suprema moldava senza essere sentito personalmente e senza

che fossero state acquisite prove in contraddittorio nel secondo grado di giudizio.

Nella sentenza *Dan*, la Corte europea rendeva una decisione particolarmente succinta, dopo avere rigettato l'eccezione di previo esaurimento dei ricorsi interni sollevata dal Governo. Nelle poche righe di merito, la Corte rilevava come la prova fondamentale a carico del Dan fosse quella testimoniale, che la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso non realizzabile, normalmente, attraverso la lettura delle precedenti dichiarazioni, e che i giudici incaricati di decidere della colpevolezza o dell'innocenza di un imputato dovrebbero poter ascoltare direttamente i testimoni, ad eccezione dei casi in cui questo sia diventato impossibile per la scomparsa di un testimone o per tutelarne il diritto a non autoincriminarsi⁸.

In nessuna parte della sentenza si rinvengono espresse indicazioni sulle ulteriori misure individuali (o generali) che lo Stato moldavo avrebbe dovuto porre in essere per rimediare alla violazione: con la corresponsione del minimo risarcimento economico indicato, lo Stato convenuto avrebbe, formalmente, adempiuto a tutte le proprie obbligazioni.

La prima sentenza *Dan* era seguita da numerose pronunce della Corte europea⁹ che precisavano ulteriormente il principio espresso nella predetta pronuncia, in particolare evidenziando come l'onere in capo alla giurisdizione di secondo grado di esaminare direttamente i testimoni prescindere da un formale atto di impulso del ricorrente o della pubblica accusa¹⁰. Inoltre, dette pronunce cominciavano ad evidenziare la necessità che alla dichiarazione di violazione dell'art. 6 seguisse, come strumento di adeguata riparazione, la celebrazione di un nuovo giudizio su impulso del ricorrente¹¹.

Negli anni successivi, il principio esplicitato in *Dan* veniva ulteriormente chiarito, giungendo la Corte a distinguere i casi in cui i tribunali di seconda istanza debbano valutare su questioni esclusivamente di diritto, e valorizzando il concetto (in verità, abbastanza sfuggente) di equità complessiva della procedura, alla luce della quale valutare la sussistenza della violazione. Dopo l'attenta ricostruzione della sentenza *Chernika*¹², la recentissima pronuncia *Lamatic*¹³, di pochi giorni fa, riassume l'evoluzione della "regola Dan" e in parte anche la sua involuzione, dopo una fase di massima espansione dell'applicabilità dell'art. 6 par. 1 alle giurisdizioni di secondo grado.

Nell'ordinamento italiano, come noto, dopo le prime pronunce della Corte di Cassazione¹⁴ che affermavano che per confutare una sentenza assolutoria fosse necessaria la nuova audizione dei testimoni determinanti, intervenivano le Sezioni Unite con la sentenza *Dasgupta*¹⁵, che indicavano i tre principi cardine per la rinnovazione dell'istruttoria in appello: "a) il valore di parametri esegetici da riconoscere ai precetti della Convenzione europea dei diritti umani, come interpretati dalla Corte di Strasburgo; b) l'obbligo del giudice d'appello, per ribaltare il proscioglimento in condanna, di rinnovare, anche d'ufficio, l'esame delle fonti di prova dichiarative ritenute decisive in primo grado; c) la configurazione della prima condanna in appello, in assenza di rinnovazione istruttoria, quale vizio di motivazione censurabile di fronte alla Corte di legittimità, in ragione del mancato rispetto del canone decisorio del superamento di ogni dubbio ragionevole, indipendentemente dal richiamo alla violazione della Convenzione europea"¹⁶. Seguiva la successiva pronuncia *Patalano*¹⁷ sulla rinnovazione delle prove dichiarative in appello anche nel giudizio abbreviato e, poche settimane dopo, veniva pronunciata la prima condanna dello Stato italiano per violazione dell'art. 6 par. 1 nella sentenza *Lorefice*¹⁸, che si inseriva nel solco della "regola Dan". Infine, dopo la riforma Orlando del 2017¹⁹ che introduceva il comma 3 bis dell'art. 603 c.p.p., le Sezioni Unite intervenivano ancora una volta con la sentenza *Troise*²⁰.

3. Nel frattempo, il Signor Dan: nuovo giudizio e nuova condanna europea.

Dopo la pronuncia europea che aveva riconosciuto la violazione nei propri confronti dell'art. 6 par. 1, Dan chiedeva ai giudici nazionali l'annullamento delle due pronunce che avevano riconosciuto la sua responsabilità. Il 22 ottobre 2012 la Corte Suprema moldava, in accoglimento della richiesta del ricorrente, annullava la sentenza della Corte di appello di Chişinău e della Corte Suprema di Giustizia del 23 marzo e del 21 giugno 2006 rispettivamente, e ordinava un nuovo esame del ricorso del Pubblico Ministero contro la sentenza assolutoria di primo grado.

Il 5 giugno 2013 la Corte di appello condannava nuovamente il ricorrente.

Si era proceduto alla nuova audizione del Dan e di tre dei sette testimoni: non C., nel frattempo

deceduto. I tre poliziotti esaminati avevano confermato le loro precedenti dichiarazioni, con alcune precisazioni rispetto a quanto dichiarato nel 2006. Erano state poi lette le dichiarazioni dei testimoni che non erano stati nuovamente ascoltati. Non era stato possibile visionare la videoregistrazione dell'operazione, perché nel frattempo il materiale era andato perduto.

Il Dan ricorreva alla Corte Suprema, sostenendo che C. avesse agito come agente provocatore, che la rinnovazione fosse stata solo parziale e che la condanna si fosse basata anche sul contenuto del video che la Corte non aveva potuto esaminare. La Corte Suprema rigettava il ricorso il 28 gennaio 2014, evidenziando anche che né il ricorrente né il suo difensore avevano sollevato obiezioni sul fatto che gli ulteriori testimoni non fossero stati nuovamente esaminati.

Con sentenza del 10 novembre 2020²¹, la Corte europea dei diritti dell'uomo nuovamente condannava la Moldavia per violazione dell'art. 6 par. 1 ed accordava un equo indennizzo di € 2000 al ricorrente.

La sentenza, dopo un rapido *excursus* sui principi generali, dal "principio Dan" al bilanciamento necessario in caso di testimoni assenti nel giudizio delle classiche pronunce *Al-Khawaja e Tahery*²² e *Schatschaschwili*²³, esaminava il merito del giudizio interno con un approfondimento sul merito delle deposizioni non usuale, tanto che se venisse richiesto da un ricorrente in un atto introduttivo farebbe probabilmente sorgere il dubbio sul rispetto dell'art. 35 della Convenzione.

Queste, in sintesi, le ragioni del riconoscimento della violazione:

- nonostante il ricorrente non si fosse opposto alla lettura delle dichiarazioni dei testi assenti, la Corte di appello era comunque tenuta ad adottare misure positive per ascoltare nuovamente i predetti testi, anche in assenza di richieste delle parti;
- i tre poliziotti esaminati, che avevano confermato le precedenti dichiarazioni, davano l'impressione di ricordare nel 2013 fatti che non ricordavano nel 2006, all'epoca della prima audizione; inoltre, confermando contemporaneamente le prime dichiarazioni, il risultato era una contraddizione tra le due serie di dichiarazioni e la Corte di appello non aveva precisato perché ritenesse una

serie di dichiarazioni più credibile rispetto all'altra, incorrendo in un vizio motivazionale;

- almeno uno dei testi non nuovamente esaminati (M.) aveva reso dichiarazioni che costituivano una prova decisiva a carico del ricorrente, e non risulta alla Corte che nel giudizio interno si fosse fatto tutto il possibile per garantirne la presenza in aula;
- non si rilevavano elementi di bilanciamento sufficienti per compensare le problematiche connesse alla mancata nuova audizione di C. (deceduto) e di M. (assente, e decisivo);
- la Corte interna per condannare il ricorrente si era comunque basata sul video girato dalla polizia, non più disponibile e comunque privo già nel primo giudizio della parte di interesse²⁴.

4. Gli effetti della seconda sentenza Dan.

La seconda sentenza Dan, al di là di un importante approfondimento sul merito delle audizioni testimoniali che non è frequente nelle sentenze di Corte europea, è in linea con i parametri della giurisprudenza consolidata della Corte. Lungi, quindi, dall'essere un *unicum* che l'interprete interno potrebbe (fingere di) ignorare, anche i meno appassionati sostenitori degli effetti indiretti delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento interno dovranno comunque farci i conti, quantomeno per riscontrare all'interno della pronuncia la rilevanza di principi che nel nostro ordinamento sono comunque di rango costituzionale, senza attendere che un ricorrente italiano porti all'attenzione della Corte europea le eventuali violazioni avvenute in una rinnovazione dibattimentale in fase di appello.

Prima di tutto, la sentenza riporta l'attenzione sulla necessità che la rinnovazione non sia simulacro di un

processo, tanto da confermare quei poteri del giudicante che anche le Corti interne hanno riconosciuto pure in assenza di impulsi di parte, e nonostante il tempo trascorso dal fatto, che nella vicenda Dan, considerati anche i tempi di decisione della Corte europea, è particolarmente significativo: l'episodio risale al 2004, la nuova audizione dei testi è del 2013.

E il primo presupposto è che il grado di appello sia un processo a tutti gli effetti, connotato da oralità e immediatezza nell'assunzione della prova²⁵, salva la rinunciabilità da parte dell'interessato, che deve essere espressa e inequivoca secondo i normali parametri convenzionali.

La rinnovazione dibattimentale, poi, per seguire le indicazioni della Corte europea, non potrà limitarsi alla richiesta al teste di confermare o meno le precedenti dichiarazioni: il collegio giudicante dovrà confrontare le precedenti e le successive dichiarazioni e avrà l'onere di motivare precisando perché, in caso di contraddizione tra le une e le altre, se ne sia privilegiata una. Parimenti, sarà il giudice dell'impugnazione ad attribuire la qualifica di *main evidence* o meno ad una prova testimoniale, e a dover motivare la conseguente necessità di procedere alla rinnovazione.

Quanto, poi, si possa ricavare da una seconda audizione di un teste a nove anni di distanza dal fatto, è un ulteriore problema, che però non deve mai tradursi in un danno per la persona sottoposta a giudizio.

Marina Silvia Mori

Avvocato del Foro di Milano.

¹ La successiva ricostruzione del fatto è riassunta dalle due sentenze della Corte europea *Dan c. Moldavia*, 5.7.2011, parr. 5-19, e *Dan c. Moldavia (n. 2)*, 10.11.2020, parr. 3-21.

² *Dan c. Moldavia*, 5.7.2011, par. 38 e ss. La richiesta di rifusione del danno patrimoniale veniva rigettata, e così pure l'ulteriore doglianza ex art. 3 CEDU relativa al trattamento ricevuto da parte della polizia, in relazione alla quale la Corte negava succintamente l'avvenuto esaurimento dei ricorsi interni (par. 36).

³ *Delcourt c. Belgio*, 17.1.1970, parr. 22-26.

⁴ *Monnell e Morris c. Regno Unito*, 2.3.1987, par. 58 e ss.

⁵ *Colozza c. Italia*, 12.2.1985, sentenza caposaldo sul diritto per l'imputato di ottenere una corretta informazione sull'accusa a proprio carico, da cui le successive pronunce che avrebbero demolito il processo contumaciale italiano.

⁶ *Ekbatani c. Svezia*, 26.5.1988, spec. parr. 31-33. L'argomento nelle ultime settimane è diventato di grande attualità. Sebbene il difensore, secondo le ultime novità legislative (art. 23 decreto legge 149/2020) possa chiedere la celebrazione del giudizio e con tutti i limiti derivanti dall'applicabilità dell'art. 15 CEDU vista la presente situazione emergenziale (che presupporrebbe però una interlocuzione dell'Alta Parte contraente con il Consiglio d'Europa), la normativa recentemente

introdotta in Italia pare far propendere per la scelta di una trattazione puramente cartolare dell'appello. Risulta utile riportare uno stralcio della sentenza citata, anche per ricordare che secondo la Corte europea il divieto di *reformatio in peius* in caso di appello del solo imputato non bilancia l'assenza della garanzia di udienza pubblica, con eventuale nuova audizione di imputato e testimoni: "The Court has on a number of occasions held that, provided that there has been a public hearing at first instance, the absence of "public hearings" before a second or third instance may be justified by the special features of the proceedings at issue. Thus, leave-to-appeal proceedings and proceedings involving only questions of law, as opposed to questions of fact, may comply with the requirements of Article 6 (art. 6), although the appellant was not given an opportunity of being heard in person by the appeal or cassation court (...). However, in the latter case, the underlying reason was that the courts concerned did not have the task of establishing the facts of the case, but only of interpreting the legal rules involved. 32. Here, the Court of Appeal was called upon to examine the case as to the facts and the law. In particular, it had to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence (...). The only limitation on its jurisdiction was that it did not have the power to increase the sentence imposed by the City Court. However, the above-mentioned question was the main issue for determination also before the Court of Appeal. In the circumstances of the present case that question could not, as a matter of fair trial, have been properly determined without a direct assessment of the evidence given in person by the applicant - who claimed that he had not committed the act alleged to constitute the criminal offence (...) - and by the complainant. Accordingly, the Court of Appeal's re-examination of Mr. Ekbatani's conviction at first instance ought to have comprised a full rehearing of the applicant and the complainant. The limitations on the Court of Appeal's powers as a result of the prohibition of *reformatio in peius* related only to sentencing. They cannot be considered to be relevant to the principal issue before the Court of Appeal, namely the question of guilt or innocence. Neither can the fact that the case-file was available to the public. 33. Having regard to the entirety of the proceedings before the Swedish courts, to the role of the Court of Appeal, and to the nature of the issue submitted to it, the Court reaches the conclusion that there were no special features to justify a denial of a public hearing and of the applicant's right to be heard in person. Accordingly, there has been a violation of Article 6 § 1".

⁷ *Popovici c. Moldavia*, 27.1.2007, par. 71-72. Altre pronunce simili, già indici dell'esistenza di un principio radicato nella giurisprudenza della Corte europea preesistente alla prima senza *Dan: Costantinescu c. Romania*, 27.6.2000; *Destrehem c. Francia*, 18.5.2004; *Dondarini c. San Marino*, 6.7.2004; *Igual Coll c. Spagna*, 10.3.2009; *Marcos Barrios c. Spagna*, 21.9.2010.

⁸ *Dan c. Moldavia*, cit., par. 31-33.

⁹ *Manolachi c. Romania*, 5.3.2013; *Flueraş c. Romania*, 9.4.2013; *Hanu c. Romania*, 4.6.2013; *Mischie c. Romania*, 16.9.2014; *Lazu c. Moldavia*, 5.7.2016. Si segnala, a contrario, la pronuncia *Kashlev c. Estonia*, 26.4.2016, in cui la Corte non ha ritenuto la sussistenza della violazione per l'esistenza nell'ordinamento interno di una specifica salvaguardia contro la valutazione arbitraria e irragionevole delle prove: "The Court finds that because of the existence of the above safeguards against arbitrary or unreasonable assessment of evidence or establishment of the facts, the present case is different from a number of previous cases where the Court found a violation of the Convention (...). In those cases the domestic law or binding case-law did not contain any rules comparable to those in the instant case". Per ulteriori commenti, UBERTIS – VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli 2016, pag. 227.

¹⁰ *Hanu*, cit., par. 38. Sul punto, si segnala tuttavia l'opinione parzialmente dissenziente del Giudice Lemmens in *Lazu*, cit., sulla irricevibilità di un ricorso ex art. 35 CEDU quando nei ricorsi alle giurisdizioni interne non sia stata espressamente indicata la richiesta di nuova audizione dei testimoni: "Comparing the complaints brought to the Supreme Court of Justice and to the Court, I feel compelled to conclude that by failing to articulate the complaint that the Court of Appeal did not hear the witnesses, the applicant did not provide the Moldovan courts with the opportunity which is, in principle, intended to be afforded to a Contracting State by Article 35 § 1 of the Convention, namely to address, and thereby prevent or put right, the particular Convention violation alleged against it (...). By not raising the Convention complaint with the Supreme Court of Justice, explicitly or in substance, the applicant also deprived the Court of the benefit of having the Supreme Court of Justice's views on the compatibility of the appeal proceedings with the Convention".

¹¹ *Hanu*, cit., par. 50.

¹² *Chernika c. Ucraina*, 12.3.2020, nella quale vengono riassunti i principi fondamentali in tema di prova desumibile da testi assenti nel giudizio e in materia di immediatezza nell'assunzione della prova.

¹³ *Lamatic c. Romania*, 1.12.2020, e si veda anche la pronuncia *Július Pór Sigurþórsson c. Islanda*, 16.7.2019, ampiamente citata nella sentenza *Lamatic*.

¹⁴ Tra le altre, Cass. pen. V, 5.7.2012, 38085; Cass. Pen. V, 24.2.2015, 25475.

¹⁵ Cass. Pen. SS.UU. 5.10.2016, 27620.

¹⁶ Ci si permette di riportare la sintesi contenuta in BELLUTA - LUPÀRIA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta*, DPC 1/2017 pag. 5 in nota.

¹⁷ Cass. Pen. SS.UU. 14.4.2017, 18620.

¹⁸ *Lorefice c. Italia*, 29.6.2017. Da segnalare anche una (di poco) successiva decisione di irricevibilità del Comitato della Corte europea in materia di prova dichiarativa e giudizio abbreviato: *Fornataro c. Italia*, 26.9.2017. Le sentenze delle Sezioni Unite e la pronuncia *Lorefice* sono state oggetto di sterminata produzione dottrinale, per cui in questa sede ci si limita a rinviare ad alcune delle pubblicazioni più recenti e alla bibliografia in esse citata: ORIOLLO, *Equo processo e rinnovazione in appello dell'istruttoria dibattimentale*, in *CEDU e ordinamento italiano*, a cura di DI STASI, Cedam 2020, pag. 431 e ss.; BIONDI, *La*

Cassazione e i Fratelli Minori di Lorefice, DPC 3/2019, pag. 199 e ss.; FIANDANESE, *La rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite Dasgupta, Patalano, Troise*, relazione svolta al corso di formazione “Il contraddittorio: metodo o valore del giusto processo”, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Siracusa dal 6-8.6.2018.

¹⁹ Legge 23.6.2017 n. 103 in G.U. 154 del 4.7.2017, art. 1 c. 58.

²⁰ Cass. Pen. SS.UU. 21.12.2017, 14800, si veda GALANTINI, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise*, relazione svolta all’incontro di studio “*Le impugnazioni penali dopo la riforma Orlando*”, Milano, Aula Magna, Palazzo di Giustizia, 23.3.2018; in questa Rivista, ROCCATAGLIATA, *La rinnovazione in appello dell’istruttoria dibattimentale. Le Sezioni Unite compongono un terzo contrasto e aprono qualche spiraglio verso la certezza del diritto processuale*, *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 5.

²¹ *Dan c. Moldavia (2)*, 11.11.2020.

²² *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, [GC], 15.12.2011.

²³ *Schatschaschwili c. Germania*, [GC], 15.12.2015,

²⁴ Sia consentita una certa soddisfazione nel leggere la valutazione della Corte a proposito di elementi di prova non più disponibili, quando un tempo si affermava nelle pronunce europee che la scomparsa o il deterioramento di oggetti connessi al reato non era necessariamente di danno per la difesa, visto che l’accusa pativa lo stesso problema. Il riferimento è a *Sofri e a. c. Italia*, (dec.), 4.3.2003.

²⁵ Si veda *supra*, nota 6. Si ribadisce che interventi emergenziali che facciano leva sull’applicazione dell’art. 15 CEDU di deroga a determinati diritti fondamentali in caso di stato di urgenza necessitano formali interventi dello Stato e interlocuzioni con il Consiglio d’Europa, che lo Stato italiano non risulta avere intrapreso. Ammissibile, invece, ai sensi dell’art. 6 par. 1, una diversa valutazione del diritto alla pubblicità dell’udienza, ad esempio, che tenga conto delle attuali necessità sanitarie.

Pubblico Ministero Europeo. Il nodo della competenza e le sfide per il diritto di difesa.

di **A. Barletta**

Nel volgere di alcune settimane l'avvio delle attività del Pubblico Ministero Europeo (anche conosciuto con l'acronimo inglese EPPO – *European Public Prosecutor's Office*) costringerà, abbandonando valutazioni e speculazioni essenzialmente teoriche, avvocati e magistrati a confrontarsi con le complesse sfide della giustizia penale europea nella sua dimensione più concreta ed operativa.

Quella che muove i suoi primi passi proprio in questi giorni è una nuova istituzione giudiziaria regolata direttamente da norme di diritto dell'Unione europea ed in particolare dal Regolamento UE 2017/1939 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea.

L'ufficio, con sede a Lussemburgo, risulta composto da un procuratore capo e tanti procuratori europei quanti sono gli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata, oggi 22 Stati membri della UE. Il Procuratore capo (la rumena Laura Codruța Kövesi) è affiancato da due vice (l'italiano Danilo Ceccarelli ed il tedesco Andres Ritter).

1. Nel volgere di alcune settimane l'avvio delle attività del Pubblico Ministero Europeo (anche conosciuto con l'acronimo inglese EPPO – *European Public Prosecutor's Office*) costringerà, abbandonando valutazioni e speculazioni essenzialmente teoriche, avvocati e magistrati a confrontarsi con le complesse sfide della giustizia penale europea nella sua dimensione più concreta ed operativa.

Quella che muove i suoi primi passi proprio in questi giorni è una nuova istituzione giudiziaria regolata direttamente da norme di diritto dell'Unione europea ed in particolare dal Regolamento UE 2017/1939 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea¹.

L'ufficio, con sede a Lussemburgo, risulta composto da un procuratore capo e tanti procuratori europei quanti sono gli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata, oggi 22 Stati membri della UE. Il Procuratore capo (la rumena Laura Codruța Kövesi) è affiancato da due vice (l'italiano Danilo Ceccarelli ed il tedesco Andres Ritter)².

Tutti i procuratori europei costituiscono il Collegio dei Procuratori che è responsabile della supervisione generale delle attività dell'ufficio.

Il lavoro è organizzato per Camere permanenti composte da tre Procuratori europei. Le Camere permanenti monitorano e indirizzano le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati.

Le attività giudiziarie vengono svolte nei singoli sistemi nazionali dai procuratori delegati il cui operato è coordinato e supervisionato dall'ufficio di procura europeo³. I procuratori europei delegati

agiscono per conto dell'EPPO nei rispettivi Stati membri e dispongono degli stessi poteri dei procuratori nazionali in materia di indagine, azione penale e atti volti a rinviare casi a giudizio, in aggiunta e fatti salvi i poteri specifici e lo status conferiti loro e alle condizioni stabilite dal Regolamento UE.

I procuratori europei delegati sono responsabili delle indagini e delle "azioni penali" da essi stessi attivate, ad essi assegnate o da essi rilevate avvalendosi del diritto di avocazione. Seguono, altresì, le indicazioni e istruzioni della camera permanente incaricata del caso concreto nonché le istruzioni del procuratore europeo incaricato della supervisione.

Conclusa la fase delle indagini il giudizio si svolgerà nei singoli stati membri sulla base delle regole di diritto processuale e sostanziale nazionale così come però integrate dalla disciplina comune prevista dal Regolamento istitutivo.

La competenza per materia, individuata dall'art. 22 del Regolamento, afferisce i reati di cui alla Direttiva PIF 2017/1371/UE⁴, secondo la specifica definizione degli stessi contenuta però nelle singole leggi penali nazionali⁵.

Molte delle questioni giuridiche e pratiche che dovranno essere affrontate, soprattutto nella fase di avvio dei lavori di questo nuovo protagonista della vita giudiziaria UE, sono strettamente legate alle caratteristiche proprie del modello di istituzione che si è deciso di creare e dunque alle scelte teoriche di fondo che sono state fatte dal legislatore europeo.

Il carattere ibrido dell'istituzione in parte fondata su un modello centralizzato ed in parte realizzata secondo uno schema decentralizzato ne rendono il

funzionamento assai complesso come complessa è una compiuta analisi della struttura che ne deriva.

La nascita dell'Ufficio, pur prevista esplicitamente da ultimo nel Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2009, ha seguito un percorso accidentato concretizzatosi, dopo decenni di studi e progetti⁶, nel complicato meccanismo procedurale della cooperazione rafforzata (artt. 326-334 TFUE)⁷.

Sul piano delle scelte più propriamente connesse al modello di sviluppo sovranazionale europeo l'istituzione del Pubblico ministero europeo si pone a metà strada tra un istituto di tipo intergovernativo (fondato su un sistema di cooperazione delle singole sovranità statali) con elementi però che ricordano il modello della integrazione comunitaria (ovvero la creazione di un sistema unico integrato su base sovranazionale). Il carattere di istituzione comunitaria è, per quanto possibile, sottolineato anche dalla scelta della fonte del diritto utilizzata per la sua istituzione: il Regolamento UE, la fonte normativa europea dotata di piena ed immediata efficacia in tutti gli Stati membri.

2. Quanto alle linee di fondo che definiscono il sistema e all'equilibrio tra necessità requirenti e attuazione delle garanzie, il modello disegnato appare però chiaramente sbilanciato sul piano dell'accusa, proteso alla delineazione di una istituzione requirente altamente efficace, idonea a potenziare le capacità statali di indagine e repressione dei fenomeni criminosi di rilevanza unionale e dei reati a questi connessi.

Il risultato è infatti quello di un sistema piuttosto centralizzato di indagine penale mentre tutte le opzioni difensive rimangono praticamente nazionali e il controllo giurisdizionale fortemente radicato nei sistemi giurisdizionali interni⁸.

Questa situazione di squilibrio diviene ancora più problematica in quei casi che coinvolgono più Stati membri e per i quali più ordinamenti nazionali risultano avere giurisdizione sulla base delle regole interne, ovvero quando più Stati risultano competenti in via teorica a giudicare i reati di cui all'art. 22 del Regolamento UE (si tratta della già ricordata disposizione che definisce la competenza materiale della Procura europea).

La scelta dell'autorità giudiziaria nazionale competente assume effetti assai rilevanti su quale sia il diritto penale sostanziale applicabile, quali le regole di procedura, la disciplina sulle prove e anche su questioni assai più pratiche ma non meno rilevanti

come quale sia la lingua ufficiale della procedura e del processo.

Per questo motivo la scelta relativa allo stato membro dove avviare l'indagine, che il Regolamento lascia al Pubblico ministero europeo, impatta in maniera decisiva sul procedimento penale e sui principi che governano la materia penale.

Innanzitutto il riferimento è al principio del giudice naturale oltre che allo stesso principio di legalità penale.

La scelta della competenza e, conseguentemente, del giudice, infatti, incide sulla legge applicabile e sulla stessa prevedibilità della risposta sanzionatoria dell'ordinamento.

Il quadro normativo vigente, disegnato dal Regolamento EPPO, dalla Carta dei diritti fondamentali della UE e da tutte le direttive che sono state adottate in materia di giustizia penale e di garanzie procedurali, non garantiscono una adeguata protezione della parte privata e dell'imputato, soprattutto in casi di rilevanza transnazionale per i quali più di uno stato membro risulta competente.

Rimane a giudizio di chi scrive troppo grande l'asimmetria tra posizione della difesa e poteri dell'autorità requirente europea, troppo sbilanciato sul piano nazionale lo strumentario di tutela dei diritti a cospetto di una attività requirente che fa un notevole balzo avanti nel senso di una spinta integrazione sovranazionale.

Da un lato abbiamo, infatti, un ampio e solido potere di indagine, raccolta delle prove, richiesta/adozione di misure cautelari e attivazione della giurisdizione penale secondo uno schema in buona parte centralizzato, mentre dall'altro lato abbiamo un sostanziale vuoto di norme uniformi idonee a garantire uno standard comune ed adeguatamente armonizzato di tutela dei diritti fondamentali.

Per molti versi il Regolamento richiama la logica del mutuo riconoscimento ma il mutuo riconoscimento, in un sistema centralizzato come quello disegnato dal Regolamento EPPO, ha bisogno di adeguata armonizzazione delle norme applicabili nei diversi ordinamenti nazionali e, soprattutto, dell'esistenza di una istanza giurisdizionale unica e centralizzata che possa svolgere una efficace funzione nomofilattica, almeno sulle norme e sulle questioni relative alla competenza, in tal modo offrendo un contraltare giurisdizionale al potere requirente della Procura europea ed una tutela rispetto a possibili abusi della accusa.

3. Venendo al piano dei controlli, della *judicial review* e della applicazione delle regole processuali la scelta del legislatore è stata, invece, per un modello pienamente decentralizzato a scarsa o nulla giurisdizionalizzazione.

Il controllo giudiziario viene lasciato nelle mani delle autorità e delle giurisdizioni nazionali, laddove previsto. Il decreto legislativo di adeguamento interno individua come autorità chiamata a pronunciarsi su eventuali conflitti di competenza la Procura generale della Corte di Cassazione secondo lo schema procedurale previsto dagli articoli 54- 54 quater del codice di procedura penale. Tra l'altro la scelta interna per una autorità non pienamente giurisdizionale cui demandare la verifica della competenza a procedere determina un ulteriore problema rendendo più difficile il ricorso al rinvio pregiudiziale pure previsto dall'articolo 42, par. 2 let. c)⁹.

È ciò nonostante appaia chiaro come l'autorità nazionale e nel caso italiano la Procura generale non sia sempre nella migliore posizione per verificare, confermare o declinare la sua propria competenza e non ha del resto nemmeno gli strumenti adeguati a stabilire quale sia l'Autorità giudiziaria, il sistema penale nazionale, nella migliore condizione di procedere. Siamo nel campo infatti di una valutazione pienamente interna alla logica sovranazionale che invece viene lasciata alla autorità nazionale, senza neanche la previsione di un pieno controllo giurisdizionale.

L'autorità giudiziaria nazionale, in specie quella del Procura generale della Cassazione a cui viene eventualmente affidata la *review*, il controllo, sulla stessa competenza, non ha una adeguata visuale capace di verificare quale tra i diversi ordinamenti nazionali sia quello meglio posizionato per esercitare la giurisdizione, potendo vantare un punto di vista concentrato essenzialmente sul versante interno (potremmo dire di tipo verticale nazionale a cospetto di una visuale orizzontale sovranazionale, di cui è invece dotata la Procura europea).

A tal proposito sarebbe stata senza dubbio auspicabile una piena giurisdizionalizzazione sovranazionale del potere di controllare la competenza attraverso la creazione di una camera specializzata in seno alla Corte di giustizia UE, come del resto possibile secondo i vigenti Trattati agli art. 257 e 86 par. 3 del TFUE.

Mancando una chiara opzione per un livello di controllo giurisdizionale centralizzato è dunque utile identificare e valorizzare gli ulteriori possibili rimedi

atti ad evitare abusi e forme di *forum shopping* aumentando la prevedibilità delle scelte rispetto a quale sia lo Stato membro nella migliore condizione di procedere e dunque anche quale il diritto penale sostanziale (ma anche quello processuale) applicabile.

Un ruolo fondamentale potrà essere svolto da una attenta e puntuale opera di chiarimento ed interpretazione della disciplina unitaria contenuta nel Regolamento UE ad opera della Corte di giustizia dell'Unione europea, ma ciò potrà accadere solo se le autorità giudiziarie nazionali consentiranno, e gli avvocati sapranno innescare, il pieno coinvolgimento della Corte di giustizia dell'Unione nell'interpretazione del Regolamento e nella elaborazione di una prassi adeguata al corretto funzionamento del sistema EPPO, attraverso la strada dei rinvii pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo, secondo la previsione dell'art. 267 TFUE.

Oltre all'intervento della Corte di giustizia potrebbe essere di qualche utilità anche l'adozione, da parte dello stesso Ufficio di Procura, di linee guida (ai sensi dell'art. 9 par. 2 del Regolamento) che definiscano il funzionamento delle procedure interne atte ad individuare il Procuratore europeo competente, in tal modo vincolando la stessa operatività dell'ufficio e aumentando la prevedibilità delle soluzioni.

Queste linee guida potrebbero altresì sfruttare l'esperienza maturata da Eurojust nelle sue *guidelines* sulla applicazione del principio del *ne bis in idem*¹⁰.

Va però attentamente valutato in concreto e fino a che punto l'Ufficio di Procura europeo possa spingersi nella predisposizione di tali linee guida e se possa effettivamente adottare interpretazioni della normativa europea che in via principale spettano agli organi giurisdizionali nazionali ed alla Corte di giustizia UE in ultima istanza.

Il Regolamento UE, allorché definisce le regole per individuare la competenza, introduce elementi che non sono pienamente in linea con le tradizioni giuridiche nazionali né con le categorie tipiche del diritto penale.

All'art. 26 par. 4 si parla, ad esempio, di "*focus dell'attività criminosa*" per identificare lo Stato membro competente; in caso di molteplici reati il riferimento è allo Stato "*in cui è stata commessa la maggior parte dei reati*".

Siamo a cospetto evidentemente di nozioni distinte da quelle tradizionali e riconducibili alla regola del "*locus commissi delicti*" in tal modo evidenziando la volontà del legislatore UE di prediligere nozioni

autonome di diritto UE che possano essere interpretate in maniera originale ed autonoma, senza troppa confusione con le tradizionali nozioni nazionali.

L'importanza di una chiarificazione delle nozioni sulla competenza è sottolineata anche dalla necessità di proteggere principi fondamentali per i sistemi penali quale quello del giudice precostituito per legge presente anche nella Carta dei diritti fondamentali della UE all'articolo 47.

Altri strumenti normativi europei come la decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali o la Convenzione di implementazione dell'Accordo di Schengen che pure contiene alcune disposizioni sul *ne bis in idem*, difficilmente saranno in grado di fornire un decisivo contributo.

Sempre rimanendo su questo che appare un nodo cruciale va ricordato anche il potere di riallocazione e avocazione delle indagini che il Regolamento UE, all'art. 26 par. 5, prevede in capo alla Camera permanente dell'Ufficio di Procura, ovvero della possibilità della Camera di individuare una competenza diversa rispetto a quella della prima iscrizione e della autorità responsabile per le prime indagini.

Si tratta di decisione che, assunta dalla Camera permanente, può essere sottoposta a controllo solo da parte dell'autorità giudiziaria nazionale designata sulla base delle disposizioni nazionali (nel caso italiano come detto la Procura generale della Corte di Cassazione).

Non sembra essere abbastanza per una scelta così rilevante e con un così grande impatto anche per il concreto esercizio del diritto di difesa.

4. Non v'è dubbio che il concreto funzionamento di questo sistema integrato di *prosecution* su scala europea porrà grandi questioni per l'effettività del diritto di difesa, soprattutto per quanto riguarda i casi transfrontalieri nei quali l'indagato necessiterà di una assistenza coordinata da parte di più difensori dislocati nei vari stati interessati dalla procedura.

Ciò impone una seria riflessione anche sull'effettivo funzionamento del sistema del patrocinio a spese dello stato ed una sua evoluzione in chiave europea.

Il *legal aid* deve essere infatti garantito in tutti gli Stati coinvolti nella procedura.

Va finalmente affrontata la questione relativa alla predisposizione di un adeguato e funzionale canale di dialogo con l'Ufficio del pubblico ministero europeo sia a livello nazionale che centrale.

Il Regolamento in questione infatti prevede all'art. 41 par. 3 la possibilità per l'indagato di presentare prove, richiedere la nomina di esperti o chiedere all'ufficio di raccogliere prove.

Non è affatto chiaro se queste richieste possano essere indirizzate sia al procuratore delegato nazionale che all'ufficio europeo ma è sicuramente importante che, sia a livello di procuratore delegato che a livello di procuratore europeo, i difensori possano godere di un canale di comunicazione con l'ufficio.

In definitiva appare opportuno ricordare come l'Ufficio del procuratore europeo, riprendendo in questo senso alcuni elementi tipici del modello italiano, sia investito di una ampia funzione nella ricerca della prova, avendo obbligo di ricercare e acquisire anche prove che possano giovare alla posizione processuale dell'indagato, sullo schema caro, sul piano teorico, al nostro sistema di un ufficio di procura promotore di giustizia.

Sarà a tale proposito importante avere disposizioni e procedure interne ad EPPO che consentano e garantiscano ai difensori di poter richiamare l'ufficio a questi obblighi iscritti nel diritto UE e di verificare l'esatta ed effettiva ricerca e assunzione anche di prove a carico.

La strada è certamente ancora molto lunga e sicuramente irta di ostacoli, ma è fondamentale lavorare per un maggiore controllo giudiziario sul funzionamento del sistema, garantendo la possibilità di un intervento efficace e possibilmente rafforzato della Corte di giustizia UE ed un ruolo pieno per gli avvocati difensori e per il diritto di difesa al di là dei meri proclami formali.

Amedeo Barletta

Avvocato del Foro di Santa Maria Capua Vetere.
Docente di Diritto presso l'Università LUISS.

¹ Per le prime osservazioni sul testo del Regolamento 1939 del 2017 si rinvia a L. Salazar, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in www.archiviopenale.it, 2017, 3 e a A. Carrera, *Prime osservazioni sul Regolamento che istituisce la*



Procura europea, in www.eurojus.it, 21.10.2017. Per una lettura più ampia, in inglese, L. Bachmaier Winter (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Heidelberg, 2018.

² Evento, quello della nomina del Procuratore capo, che lo scorso anno fu salutato dall'Unione delle Camere Penali Italiane con un documento in cui si richiamava la complessità e la rilevanza delle sfide che accompagneranno, anche e soprattutto per gli avvocati penalisti, l'avvio delle attività della nuova istituzione giudiziaria paneuropea; cfr. 'EPPO': *la nomina del primo Capo dell'Ufficio del Pubblico Ministero Europeo*, accessibile al seguente [link](#).

³ Un decreto legislativo, in fase di pubblicazione, adottato sulla base della delega contenuta nell'art. 4 della Legge n. 117 del 2019, Legge di delegazione europea 2018, dispone l'armonizzazione del diritto interno con il nuovo ufficio inquirente europeo, le nuove figure istituzionali e le relative competenze, i rapporti con le autorità inquirenti nazionali nonché gli aspetti procedurali della cooperazione.

⁴ Articolo 22: 1. L'EPPO è competente per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui alla direttiva (UE) 2017/1371, quale attuata dal diritto nazionale, indipendentemente dall'eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato ai sensi del diritto nazionale. Per quanto riguarda i reati di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera d), della direttiva (UE) 2017/1371, quale attuata dalla legislazione nazionale, l'EPPO è competente soltanto qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale definite in detta disposizione siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di EURO. 2. L'EPPO è competente anche per i reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI, quale attuata dal diritto nazionale, se l'attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui al paragrafo 1. 3. L'EPPO è altresì competente per qualsiasi altro reato indissolubilmente connesso a una condotta criminosa rientrante nell'ambito di applicazione del paragrafo 1 del presente articolo. La competenza riguardo a tali reati può essere esercitata solo in conformità dell'articolo 25, paragrafo 3. 4. In ogni caso, l'EPPO non è competente per i reati in materia di imposte dirette nazionali, ivi inclusi i reati ad essi indissolubilmente legati. Il presente Regolamento non pregiudica la struttura e il funzionamento dell'amministrazione fiscale degli Stati membri.

⁵ La lista dei reati considerati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e che comprende:

- i delitti, consumati o tentati, da cui consegue l'appropriazione o la distrazione indebita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci da questa gestiti o gestiti per suo conto (tra i quali rientrano anche i delitti di contrabbando);
- i delitti, consumati o tentati, riguardanti l'imposta sul valore aggiunto, da cui consegue la diminuzione delle risorse del bilancio dell'Unione o dai bilanci da questa gestiti o gestiti per suo conto, quando il reato sia commesso in sistemi fraudolenti transfrontalieri e il danno sia superiore a dieci milioni di euro;
- i reati contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio da cui consegue una lesione degli interessi finanziari dell'Unione;
- i delitti, consumati o tentati, di riciclaggio e autoriciclaggio, favoreggiamento reale, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, trasferimento fraudolento di valori, nelle ipotesi in cui le condotte risultino lesive degli interessi finanziari dell'Unione.

⁶ Su tutti si ricorda in questa sede il lavoro coordinato da Mireille Delmas Marty nel progetto Corpus Juris; M. Delmas-Marty, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Parigi 1997. In italiano: in *Il Corpus iuris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, 2003.

⁷ Sulle implicazioni della scelta della cooperazione rafforzata: V. Sciarabba, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, in www.europeanrights.eu, 2016.

⁸ Il sistema di cooperazione giudiziaria penale messo al servizio anche del Pubblico ministero europeo è stato rafforzato nel corso degli ultimi anni mediante la predisposizione di strumenti avanzati di mutuo riconoscimento degli atti assunti anche nella fase delle indagini ed il riferimento è al Mandato di arresto europeo, all'Ordine di indagine europeo, dedicato alla acquisizione degli elementi di prova ed ai sequestri di tipo probatorio e, da ultimo, al regolamento europeo n. 2018/1805 del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca in vigore dal 19 dicembre 2020.

⁹ Sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia UE, infatti, l'autorità requirente non é abilitata a sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (vedi sentenza del 12 dicembre 1996 in causa C-74/95 e C-129/95, punti 18-19) in tal modo rendendo più difficile il controllo giurisdizionale in materia di norme sulla competenza di EPPO pure previsto dal Regolamento con la richiamata disposizione di cui all'articolo 42 par. 2 let. c). Sul punto, restando ferma la non felicissima scelta del legislatore nazionale, sarebbe dunque auspicabile il superamento della giurisprudenza richiamata consentendo alla procura generale della cassazione di rimettere questioni pregiudiziali concernenti le norme del Regolamento sulla competenza alla Corte di giustizia.

¹⁰ Linee guida per decidere "Quale giurisdizione dovrebbe procedere?", 2016 disponibili al seguente [link](#).

'A soul to be damned and a body to be kicked'. Past, present and future of white-collar crime and corporate criminal liability in England and the United States.

by **L. Ciccozzi**

This article examines the evolution of white-collar crime and corporate criminal liability in England and the United States. The first section analyzes the birth of white-collar crime and its evolution from the 17th century to the 20th century, with a particular focus on the identification principle.

The second section analyzes the evolution of white-collar crime and corporate criminal liability in the United States during the 20th century. The American respondeat superior doctrine is compared with the identification principle, that regulates corporate criminal liability in England.

The third section explores the scholars' approach to corporate criminal liability, the reasons behind their widespread criticism, and the suggestions for reform in this area of law.

Summary. 1. Introduction. – 2. White-collar crime and corporate criminal liability under the English law. – 2.1. The historical evolution. – 2.2. The identification principle. – 3. The evolution of white-collar crime and corporate criminal liability in the United States. – 4. The structure of corporate criminal liability under the U.S. law. – 5. The detractors of corporate criminal liability.

1. Introduction.

This article examines the evolution of white-collar crime and corporate criminal liability in England and the United States.

The first section analyzes the birth of white-collar crime and its evolution from the 17th century to the 20th century, with a particular focus on the identification principle.

The second section analyzes the evolution of white-collar crime and corporate criminal liability in the United States during the 20th century. The American *respondeat superior* doctrine is compared with the identification principle, that regulates corporate criminal liability in England.

The third section explores the scholars' approach to corporate criminal liability, the reasons behind their widespread criticism, and the suggestions for reform in this area of law.

2. White-collar crime and corporate criminal liability under the English law.

2.1. The historical evolution.

The expression white-collar crime was created by the American sociologist Edwin Sutherland in 1949. Sutherland defined it "*a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation*"¹. Although the expression is relatively recent, this kind of crimes has existed for centuries. Legal historians find the origins of white-collar crime "*in the tremendous financial growth which*

accompanied the British Industrial Revolution"² in the second half of the 18th century.

The Industrial Revolution created a new finance-based economy, and the increasing number of entrepreneurs, brokers and financiers greatly expanded the potential for business crime.

Nonetheless, white-collar crime was already present in an embryonic form in the previous century, following the birth of the first corporations. The idea to join forces to carry out a business already existed in the Middle Ages: the medieval guilds were associations of people who exercised the same activity, but the business was always individual. The creation of the first modern corporations in the 17th century answered two specific needs: "*the need for higher concentrations of capital in business ventures, as well as the need for protection against losses if the venture failed*"³. Large corporations, like the East India Company (created in 1612) were directly engaged in business and owned property. They were soon recognized as persons by the law.

Another major development was the creation of the Bank of England in 1694 to finance the national debt through the issuing of government securities. The upper classes started to invest in the Stock Exchange and these investments very soon became the source of illicit activities. Already in 1697, a parliamentary inquiry found that "*numerous stockbrokers unlawfully Combined and Confederated themselves together, to raise or fall from time to time the Value of such Talleys, Bank Stock, and Bank Bills, as may be most*

*Convenient for their own*⁴. Moreover, the brokers soon discovered that spreading false rumors - such as the death of the monarch or a victory or defeat in a battle - could greatly affect the value of the government securities.

The new corporations also offered great opportunity for fraud and in 1720 the first big scandal exploded. The South Sea Bubble, a speculative operation put in place by the South Sea Maritime Company, *"brought ruin to thousands of humble investors as well as a number of prominent merchants and tradesmen. Criminal allegations were leveled against the South Sea Company, and many of its directors fled abroad"*⁵. Within a century from the Industrial Revolution, England had become a nation of companies and shareholders and the chances for business crime flourished during the Victorian Age (1837-1901).

The greatest opportunities came from the 'railway mania', that is the development of railroad transport. In the words of a legal historian, *"big business on the scale we know it today began with the railways in the nineteenth century"*⁶. It is noteworthy that the first cases of corporate crime, both in England and later in the U.S., involved railroad companies.

Corporate civil liability was acknowledged from the start. It was common opinion that corporations should be civilly liable for the conducts of their agents as were the masters for the wrongful actions of their servants. However, while the civil liability was strict, the master could be held criminally liable only if he had commanded or consented to the servant's action. Thus, *"since corporate persons were not thought capable of giving command or consent, they were generally exempted from criminal liability"*⁷. The only exception concerned public nuisances, that is *"a class of common law offense in which the injury, loss, or damage is suffered by the public, in general, rather than an individual, in particular"*⁸. If the servant created a public nuisance, the master could be held criminally liable for such wrongdoing (vicarious criminal liability). Analogously, municipalities were criminally liable for the public nuisances created by the local officers who failed to maintain roads and waterways running through their jurisdiction. Railroad companies, whose business was the construction and management of transportation facilities, were highly exposed to the risk of creating public nuisance. Indeed, *"many of the early large corporate bodies such as the railway companies were set up under special charters or private Acts which*

*imposed specific duties upon them, analogous to the municipal duties of local authorities"*⁹. Therefore, when the English Courts - and later the U.S. Courts - had to judge on cases of public nuisance, they found no obstacles in holding the corporations criminally liable for the conduct of their employees.

The first relevant case was *R v. Gt North of England Railway Co* in 1846¹⁰. After the company's workers accidentally destroyed a highway while constructing a railway bridge, the directors were charged of giving a false account with intent to avoid the payment of tolls. The Court came to the groundbreaking conclusion that the company was not only civilly liable, but also criminally liable

for the wrongdoing of its directors because they had acted in the interest of the company¹¹.

In conclusion, corporate criminal liability was created from the combination of two elements: white-collar crime and vicarious criminal liability.

Many factors increased the opportunities for business crime during the 19th and early 20th centuries.

The first one was the lack of specific laws. Until 1844 (when the Government adopted the 'Act for the Registration, Incorporation and Regulation of Joint Stock Companies') there were no laws regulating the formation of companies. The rule that directors must publish the company's accounts, or at least report to the shareholders, is a recent one. In the 19th century there was no real control on the activity of the directors and publicity was not an issue. Moreover, the idea that the Government should not interfere in business matters was still predominant. Therefore, company law was extremely permissive. In the words of one scholar, *"the Victorian ideals of rugged individualism and free trade were not receptive to set rules or restrictions. Many in the business community actually believed that success was incompatible with strict integrity. In financial matters people had little trouble believing that the end justified the means"*¹².

The lack of reliable information was another problem. News were manipulated as easily as two centuries earlier and the public was largely unaware of what happened in the business world. This state of affairs remained basically unchanged until the 1929 crisis, when a huge number of company frauds emerged for the first time. Newspapers only reported the most serious scandals, like the 'Marconi affair' in 1912. This case of abuse of privileged information involved several prominent British

politicians, including the Attorney General Isaacs and the Chancellor of the Exchequer Lloyd George. They were accused of having purchased shares in the American Marconi Company at the same time when the British Government was negotiating a lucrative contract with the subsidiary British Marconi Company (whose chairman was the Attorney General's brother) to construct wireless stations for the Navy.

Finally, prosecuting a businessman, or worse a company, was very difficult. Until the end of the 19th century - when a system of public prosecution was developed - many business crimes went unpunished. The costs of the prosecution, the difficulty to find the necessary evidence, the reluctance to publicize the fact that they had been deceived were all factors that discouraged the victims from seeking justice. The companies and their directors had better lawyers and more instruments to defend themselves. Moreover, their wealth and prestige often gave them the opportunity to elude the investigations. The criminal statistics for England and Wales report that in 1900 only 16 fraud prosecutions on 94 were undertaken by the Director of Public Prosecutions. Moreover, between 1896 and 1900, fraud trials were an average 115 a year (out of a total average of 51,000 trials a year)¹³.

2.2. The identification principle.

The development of corporate criminal liability under English law can be divided into three periods. In the first period (1846-1915) corporations could be held criminally liable for the conduct of their agents when this caused a public nuisance - as established in the above-mentioned *North of England Railway* case. Corporate criminal liability was only admissible as strict liability, that is for crimes that do not require proof of the mental element (*mens rea*). In the second period (1915-1990) the identification principle was developed. According to this principle, *"the acts and state of mind of those who represent the directing mind and will of the company are imputed to the company itself"*¹⁴. Consequently, the corporations are capable of committing offenses that require *mens rea*. The third period (after 1990) saw the removal of the last remaining barrier, with the recognition of corporate manslaughter.

The first attempts to define corporate criminal liability come from the British scholars of the 18th century. By that time, the concept of corporate

personality, i.e. the fact that corporations are autonomous legal entities, was widely accepted. However, many Courts continued to reject the idea that the word 'person' in a criminal statute might include the companies, until this was confirmed by the 1889 Interpretation Act.

The next development was the acknowledgement of the vicarious criminal liability of the corporations.

In 1915 the identification principle was firstly introduced in case-law with the *Lennard's case*¹⁵. Identification means that, when those who represent the *"directing mind and will"* of the company act in its interest, they can be identified with it. In other words, they are the *alter ego* of the company: their acts and state of mind are imputed to the company and, when they act, it is the company that is acting. According to the *Lennard's* judgment: *"[A] corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the company, the very ego and centre of the personality of the company ... somebody who is not merely a servant or agent for whom the company is liable upon the footing respondent superior, but somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself"*¹⁶.

The *Lennard's* judgement was certainly groundbreaking, even though *"it was not until 1971 that any clear guidance emerged as to who for the purposes of criminal liability might be regarded as a company's alter ego"*¹⁷.

The issue was brought before the House of Lords in *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*¹⁸.

Tesco was charged under the 1968 Trade Descriptions Act for having sold goods at a price higher than the one indicated by the Act. Tesco claimed that the misleading price was caused by the default of a store manager and that such default was beyond the control of the company.

In the view of the House of Lords, *"only those who control or manage the affairs of a company are regarded as embodying the company itself. The underlying theory is that company employees can be divided into those who act as the 'hands' and those who represent the 'brains' of the company, the so-called anthropomorphic approach. The identification principle essentially meant that a company would be liable for a serious criminal offense (only) where one*

of its most senior officers had acted with the requisite fault¹⁹. The *alter egos* of the company are defined as “those natural persons who by the memorandum and articles of association or as a result of action taken by the directors, or by the company in general meeting pursuant to the articles, are entrusted with the exercise of the powers of the company”²⁰. The House of Lords made a comparison between the *Lennard’s* and *Tesco* cases. In *Lennard’s* the accused had been delegated functions of management with full discretion to act on behalf of the company. On the contrary, *Tesco* successfully proved that the incriminated store manager was not part of the ‘brain’ of the company, but was a mere employee. As a consequence, his conduct was not attributable to the company, whose directors had “taken all reasonable precaution and exercised all due diligence”²¹. In the end, *Tesco* was acquitted.

The identification principle is still valid (as highlighted in the 2016 *R v A Ltd* case²²), but in recent years there has been increasing criticism. According to some scholars, the principle shows all its limits when it comes to dealing with modern corporate practice, which is dominated by large corporations. Indeed, directors of big companies “seldom have sufficient proximity to the unlawful act to be personally liable and without such personal liability on the part of a person who is the directing mind and will of the corporation, liability cannot be attributed to it”²³. As a result, larger corporations have greater power to harm but it is much more difficult to prosecute them; while on the other hand, prosecuting smaller corporations is easier but serves no practical purpose.

In 2007, the Parliament adopted a new statutory regime for corporate criminal liability for manslaughter. The Act is “the product of a public outcry after corporate actors escaped criminal liability for several deadly incidents”²⁴. One of the most relevant cases involved, once again, a railroad company: the *Ladbroke Grove* rail crash in London that killed 31 people in 1999. The Act provides that a corporation is guilty of manslaughter “if the way in which its activities are managed or organized causes a person’s death, and amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organization to the deceased”²⁵. According to Section 1(3) the corporation is guilty “only if the way in which its activities are managed or organized by its senior management is a substantial element in the breach”.

Therefore, it is no longer necessary to show that a person who is the *alter ego* of the company is personally responsible for the wrongdoing (as in the previous common law offense). For the first time in the history of English law, corporate manslaughter is not extraordinary. Indeed, the effect of the Act is to “widen the scope of the offense so that the focus of the offense is now on the overall management of the organization’s activities rather than the actions of particular individuals”²⁶. The new statutory regime is a first victory for those who criticize the traditional individualistic model of responsibility as inadequate, in the light of “the collectivist nature of today’s corporations”²⁷. Nonetheless, some commentators criticize the fact that the new provisions “may make harder to convict a larger corporation in which authority is diffused through a complex organizational structure”²⁸. Suggestion for reform is twofold. On the one side, England should adopt the U.S. model of vicarious liability, instead of the obsolete identification principle. In this way, the corporation would be liable for the crimes committed by all its employees, independently of their hierarchical status. On the other side, corporate criminal liability should be decoupled from individual culpability: the corporation should be directly liable - not only for failing to prevent the offenses committed by individuals within its organization - but for its own culpability.

3. The evolution of white-collar crime and corporate criminal liability in the United States.

As mentioned above, the concept of white-collar crime was created by the American sociologist E.W. Sutherland. The book *White-collar crime*, published in 1949, is considered one of the most important contributions to criminology. Sutherland gave a name to what he considered “a long-established American tradition”, that is “crime in the upper or white-collar class, composed of respectable or at least respected business and professional men”²⁹. Sutherland compares white-collar crime to organized crime for its pervasiveness, combined with low levels of repression and the impotence of the victims. Crimes belonging to this category have three main common features. Firstly, the fact that the authors enjoy an appearance of respectability deriving from their social status. Secondly, they are - more than other crimes - the result of a balancing exercise. The potential benefits of the crime (the

chance to make profits) are assessed in relation to the risk of being caught and punished, which is relatively low. The third feature is the violation of trust, which can take many forms including misrepresentation, misappropriation, corruption, conflict of interests and fraud. That is why impersonal trust in business relationships, that is a prominent feature of modern society, enhances the opportunity for white-collar crime³⁰.

The idea that corporations can be criminally prosecuted for their misdeeds is relatively recent. The meaning of the word 'person' in criminal statutes - an issue that was also discussed in English Courts - was widely debated in the U.S. For example, in 1909 the Rochester Railroad & Light Company was prosecuted for having caused the death of a man through its negligent installation of a gas appliance³¹. The Court had to decide on the applicability of Art. 179 of the Penal Code for the State of New York, which defined homicide as "*the killing of one human being by the act, procurement or omission of another*". In the end the company was acquitted because, in the view of the Court, "*the word another naturally meant another human person*"³². The Article was amended only 65 years later, when 'another' was changed in 'another person' in order to include both individuals and legal entities.

Until the early 20th century the majority of scholars refused to acknowledge corporate criminal liability. They relied on the traditional argument that legal entities cannot have the guilty state of mind (*mens rea*) that is a necessary element of any crime. This argument comes from the 1765 Blackstone Commentaries on the Laws of England, that were the basis for the development of U.S. common law. Blackstone's theory that "*a corporation cannot commit treason or felony, or other crime, in its corporate capacity though its members may, in their distinct individual capacities*"³³ delayed the recognition of corporate criminal liability for more than a century. Moreover, the U.S. scholars regarded the concept of individual liability as a cornerstone of modern criminal law. Collective guilty, on the contrary, was considered an unacceptable legacy of the medieval justice system. In their view, admitting corporate criminal liability meant that innocent people could be held indirectly liable for the misdeeds of others³⁴.

The first attempts to charge corporations with criminal offenses date back to the beginning of the

20th century. Predictably, the first cases concerned unintentional crimes, that is crimes committed with negligence or recklessness with no intent to cause harm. Corporations were charged with manslaughter (as in the *Rochester* case), while murder was excluded together with any other crime requiring "*corrupt intent or malus animus*"³⁵.

In 1908 *New York Central and Hudson River R. Co.*³⁶ was the first case of corporate criminal liability to be brought before the Supreme Court, that had to decide on "*the criminal responsibility of a corporation for an act done while an authorized agent of the company is exercising the authority conferred upon him*"³⁷.

The New York Central Railroad Company was convicted - together with one of its directors - for lowering the shipping rates by paying rebates to other companies, in violation of the federal Elkins Act. The company appealed before the Supreme Court, arguing that "*the Congress lacked authority to impute to a corporation the commission of criminal offenses or to subject a corporation to criminal prosecution*". According to the Court "*the subject matter of making and fixing rates was within the scope of the authority and employment of the agents of the company whose acts in this connection are sought to be charged upon the company. [...] Applying the principle governing civil liability, we go only a step farther in holding that the act of the agent, while exercising the authority delegated to him to make rates for transportation, may be controlled, in the interest of public policy, by imputing his act to his employer and imposing penalties upon the corporation for which he is acting in the premises*". The Court concluded that "*is true that there are some crimes, which in their nature cannot be committed by corporations. But there is a large class of offenses, wherein the crime consists in purposely doing the things prohibited by statute. In that class of crimes we see no good reason why corporations may not be held responsible for and charged with the knowledge and purposes of their agents, acting within the authority conferred upon them*"³⁸.

The conclusion of the Supreme Court is that if a corporation is civilly liable for the acts of its employees, it would be unreasonable to deny its criminal liability, provided that the crime is not one that requires intent. Therefore, intent marks the limit of corporate criminal liability.

The Supreme Court decision in the *New York Central* occurred at the same time when the Congress enacted legislation to broaden the scope of federal law. At the end of the 19th century, the U.S. experienced a great economic expansion enhanced by the end of the Civil War and the fast development of railroads. As highlighted by legal historians, “*the growth in interstate transportation and commerce created new problems that were beyond the reach of individual states*”³⁹. Introducing a new legislation for corporate criminal liability became a priority and the 1903 Elkins Act regulated for the first time the criminal liability of railroad companies. Under the Act “*it was possible to prosecute both the railroad and the employees, and the railroad’s penalty was \$18,000 for each violation, for a total of \$108,000. Adjusted for inflation, this would be more than \$4.5 million in 2012*”⁴⁰. The following years witnessed the creation of a growing body of legislation regulating corporate criminal liability.

The number of prosecutions against corporations increased, especially during the 1970s. It is noteworthy that two of the most famous cases of corporate crime occurred in this decade: the *Tesco* case in England (1972) and the *Ford Pinto* case in the U.S. (1979). In fact, the 1970s were, especially in the U.S., a period of “*declining confidence in the political and business leadership. [...] Emerging movements of behalf of minorities, consumers and the environment highlighted social inequities and injustices and fed into increasing attention to white collar crime*”⁴¹.

In *Ford Pinto* for the first time in history a corporation was charged for reckless homicide before a U.S. court. In 1971 the Ford Motor Company started to sell a new car (the Pinto) that became very popular, also due to its convenient price. However, the Pinto turned out to be extremely dangerous for the passengers because the fuel tank was positioned in a way that rendered the car vulnerable to fuel leakage and fire in case of rear-end collision. The company’s managers were informed of the problem and ordered a cost-benefit analysis. This suggested that “*it would be more cost-effective to continue with the same fuel tank design rather than change it*”⁴². Consequently, Ford didn’t recall the Pintos from the market, even after the first incidents were reported in 1973. According to recent studies, this decision caused the death of more than five-hundred people who were burned in their vehicles following crashes⁴³.

A civil suit was settled in 1978 and the jury awarded \$125 million (later reduced to \$6 million) to the victims. In 1979, following the death of three teenagers in a rear-end collision, Ford faced prosecution for homicide in Indiana. One year later Ford was acquitted: the Jury found that the company had done everything possible to recall the Pintos after 1978 (when the Government started to investigate the complaints). The victims’ families agreed to conclude a settlement agreement.

Despite this unfavorable outcome, the importance of the *Ford Pinto* case cannot be diminished. It broke a “*psychological barrier*”⁴⁴, that is the idea that corporations cannot be charged with reckless homicide. The charge of recklessness “*entails an element of criminal intention not found in the charge of negligence. The person who acts recklessly purposefully and knowingly, that is consciously, creates the risk of harm*”⁴⁵. However, even the Public Prosecutor Cosentino spoke of *Ford Pinto* as a rare and isolated case, and not as a first step toward the widespread prosecution of corporations⁴⁶. Indeed, the 1970s saw a “*prosecutorial wave*” of corporate prosecution for homicide in the wake of the *Pinto* case, but this was not followed by a stable increase. In the next decades there were few significant cases and most of them were “*against small companies, in which ownership and management were united in the same individuals, who were also charged individually*”⁴⁷.

In the early 2000s a number of big cases of corporate criminal liability “*destabilized the stock market and led to the loss of billions in shareholder equity and the loss of tens (or perhaps even hundreds) of thousands of jobs*”⁴⁸. The Enron case is emblematic. Enron was the seventh most valuable company in the U.S. in 2001, when it “*rapidly collapsed following the sudden disclosure of massive financial misdealing that revealed the company to be a shell rather than a real business*”⁴⁹. In particular, it was revealed that Enron had used “*deceptive accounting devices to shift debt off its books and hide corporate losses [...] for more than \$100 billion in shareholder equity before it filed for bankruptcy*”⁵⁰. The most shocking aspect of the Enron scandal was that “*a significant number of executives had engaged in improper actions despite the company having in place the key elements and best practices of a comprehensive ethics and compliance program*”. This was followed by the revelation that “*the traditional U.S. corporate*



*governance watchdogs - attorneys, auditors, and directors - had either aided and abetted the responsible executives or had been grossly negligent in supervision of those executives*⁵¹.

The Enron case has become the emblem of corporate malpractice. However, Enron was not alone in using fraudulent accounting practices that resulted in massive losses for shareholders and employees. In the same period other famous companies were involved in similar scandals, such as Dynegy, Adelphia Communications, WorldCom, and Global Crossing. All these cases demonstrate that *“because of their size, complexity, and control of vast resources, corporations have the ability to engage in misconduct that dwarfs that which could be accomplished by individuals”*⁵². If, after September 11, 2001 the investigators and the public opinion became more focused on the fight against terrorism, with the 2008 crisis the *“immense public anger at Wall Street exercises with catastrophic consequences generated new attention to high-level white collar crime”*⁵³.

4. The structure of corporate criminal liability under the U.S. law.

Corporate criminal liability has two requisites: the crime should be committed within the scope of employment and with the intent to benefit the company.

As for the first requisite, the corporation is liable for all the crimes committed by its employees within, or in connection with, a job related activity. This kind of vicarious liability is known by the term *respondeat superior* (meaning that the superior answers for the misdeeds of his subordinates).

Scholars comment that *“corporate criminal liability in the United States is far more extensive and less restrictive than corporate criminal liability frameworks in other countries”*⁵⁴. There is an evident difference, not only with the civil law countries - that do not have a tradition of corporate criminal liability - but also with respect to English law. In fact, the standard of proof is much lower than under the identification doctrine: while in the latter it is necessary to prove that the perpetrator of the crime acted as an *alter ego* of the company, under the *respondeat superior* principle it is sufficient to demonstrate that he was employed by the company. As for the *mens rea*, both the intent to commit the crime and to benefit the corporation must be proved. Therefore, corporate liability is excluded when the

employee violates the fiduciary duty that he owes to the company. The most typical case is that of a crime committed in order to gain personal profit.

The intent to benefit the company may take two forms: individual intent or collective knowledge. The concept of collective knowledge was developed during the 1980s in order to take into account the fact that, within the large corporations, the decisions are not taken on an individual basis. Therefore, it may be almost impossible to prove that a single employee had the intent to commit the crime. As an alternative, it is sufficient to prove that some of the employees knew about the crime.

Collective knowledge can be limited to lower-lever employees, but in this case the corporation can defend itself by proving that those who had supervisory responsibility acted with due diligence.

United States v. Bank of New England is the leading case about collective knowledge⁵⁵. In 1987 the Bank of New England was charged with failure to file reports of multiple transactions over \$10,000 from a single customer to the U.S. Treasury. The Bank's defense was that no one employee had the necessary willful intent to violate the reporting requirements, because those who conducted the transactions were unaware that the law required the reports to be filed, and the employees who knew of the reporting requirements did not know of the transactions.

The Court rejected the defense, stating that the corporations *“compartmentalize knowledge, subdividing the elements of specific duties and operations into smaller components. The aggregate of those components constitutes the corporation's knowledge of a particular operation. It is irrelevant whether employees administering one component of an operation know the specific activities of employees administering another aspect of the operation”*⁵⁶. In conclusion, the organizational structure prevented the employees from understanding that the operations were illegal, but the units involved - and consequently the Bank as a whole - knew about the violation⁵⁷.

5. The detractors of corporate criminal liability.

Criticism of corporate criminal liability has a long history both in England and the United States. Many scholars have expressed skepticism towards the concept of corporate criminal liability. In the 19th century the English Lord Chancellor Thurlow posed

the rhetorical question: “*Did you ever expect a corporation to have a conscience when it has no soul to be damned and no body to be kicked?*”⁵⁸. Several contemporary scholars have used the same argument. In 2009 Alschuler stated “*attributing blame to a corporation is no more sensible than attributing blame to a dagger, a fountain pen, a Chevrolet, or any other instrumentality of crime*”⁵⁹. In 2011 Punch noticed, though with less emphasis than the previous commentators, that “*criminal law has never quite adapted to dealing with corporates*”⁶⁰.

Criticism focuses on two aspects: the difficulty to attribute a criminal conduct to a fictional entity and the consequences of the punishment of a company. As for the second issue, Alschuler highlights that “*the punishment of innocent shareholders and employees should not be regarded as ‘collateral’ or ‘secondary’*”⁶¹. Corporate criminal law is seen as “*a form of collective punishment that targets the innocent as a means to discouraging the wrongful conduct of the guilty*”⁶².

As for the first issue, blamelessness is the most traditional argument against corporate criminal liability. Early commentators argued that charging corporations with crimes of intent “*ran contrary to an aim of the criminal law - punishment of the morally blameworthy - because it relied upon vicarious guilt rather than personal fault*”⁶³. The *respondeat superior* principle belongs to tort law, where it is a commonplace that “*one who is without personal fault, but who has nevertheless caused or benefited from an injury to an innocent party, may be required to pay compensation to restore the injured party to his or her previous condition*”. On the contrary, the logic of restitution is foreign to criminal justice, whose primary aim is not to offer compensation to the victim. Accordingly, “*applying respondeat superior tort liability in the criminal sphere is not going ‘only a step farther’ (as stated by the Supreme Court in the famous New York Central case) but leaping a broad conceptual chasm*”⁶⁴.

Corporations may be treated as individuals for some purposes, but should not be regarded as individuals altogether. As fictional entities, they cannot possess a mental state, a requisite essential to the existence of any crime, and they can’t bear the most ‘individual’ kind of liability. The issue of moral responsibility is less controversial: it is widely accepted that corporations are morally responsible for the actions of their employees because they can exert a causal influence on their behavior. The reason has to be

found in the collective decision making process: according to the sociologists “*when individuals gather together in groups, they can get each other, or lead each other, to behave in ways that no one would engage if he was acting alone*”⁶⁵. Already in 1854 the sociologist Herbert Spencer noticed that “*as a body, directors would do unethical things that they would shrink from doing as individuals*”⁶⁶. However, this ‘criminogenic’ power of the corporation could never be sufficient, by itself, to assess its blameworthiness for the purposes of criminal liability.

In the United States, the criticism concerns also the distorted use of corporate criminal liability, that is the fact that criminal law is used as an instrument of pressure on the corporations to adopt compliance programs and to cooperate in the prosecution of their employees. On the one side, the number of prosecutions against corporations that end with an indictment has been constantly decreasing. On the other side, “*the broad potential for criminal liability has significant consequences for a wide range of corporate behavior. Corporations have powerful incentives to perform internal investigations, cooperate with both regulators and prosecutors, and actively pursue settlement of claims of misconduct. To avoid criminal liability, corporations also enter into deferred prosecution agreements that often require changes in corporate business practices and governance as well as monitoring to ensure compliance*”⁶⁷. In other words, the imposition of criminal liability forces the corporation “*to invest in cost-justified precautions to prevent crimes from occurring [and] to internalize the costs of its activities*”. At the same time, it allows the Government “*to economize on enforcement costs. Rather than having to invest resources to hierarchy and decision-making structure to deter particular individuals, the state can simply penalize the firm*”⁶⁸.

The Government resorts to the threat of criminal punishment even when less invasive instruments, such as moral suasion, market discipline or civil liability, are a sufficient deterrent for illicit activity. As a result, the *respondeat superior* principle has been reshaped in a way that is “*inconsistent with the fundamental principles of a liberal society*”, that is a society where “*both the breadth and type of criminal statutes that the Government may employ in its mission to suppress harmful conduct*” are restrained in order to “*preserve the civil liberties of the citizenry*”⁶⁹.

As mentioned before, the *respondeat superior* principle allows a broad application of corporate criminal liability. The corporation may be held liable for almost any crime committed by the employees within the scope of their employment. Nonetheless, the number of prosecutions and convictions of companies in the U.S. is not high. For example, the convictions were, on average, less than 200 per year between 2007 and 2012⁷⁰. Prosecutions are also constantly decreasing and 2018 saw the lowest number in twenty years⁷¹. Many cases conclude with a settlement, meaning that corporations avoid criminal liability by accepting civil liability and paying significant fines. Agreements with the Prosecution - like negotiated guilty pleas, deferred prosecution agreement or non-prosecution agreements - are also available. The economic consequences of a criminal proceeding can be devastating for a company, that is already subject to significant financial penalties for the wrongdoings of its employees in the form of compensatory and punitive damages. That is why the Principles of Federal Prosecution of Business Organizations⁷² adopt a discretionary approach. The decision to prosecute must take into account ten factors: the nature and

seriousness of the offense; the pervasiveness of wrongdoing within the corporation; the corporation's history of similar misconduct; its willingness to cooperate; the adequacy and effectiveness of the compliance program; the corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing; the remedial actions; the collateral consequences; the adequacy of remedies such as civil or regulatory enforcement actions; and the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the corporation's malfeasance. The commentators acknowledge that the Principles of Federal Prosecution address some of the criticism of the *respondeat superior* doctrine. Indeed, "*prosecutorial discretion focuses on corporate culpability and cooperation, and these factors also guide organizational sentencing*". Nonetheless, the fact that "*the breadth of potential liability generates significant pressure to cooperate at the investigative stage, and to settle when wrongdoing is uncovered*"⁷³ highlights the need for procedural reform.

Laura Ciccozzi

Avvocato del Foro di Roma.

¹ Salinger L.M., *Encyclopedia of White-Collar & Corporate Crime*, Volume 1, Sage, 2005, p. 279.

² Robb G., *White-Collar Crime in Modern England: Financial Fraud and Business Morality, 1845-1929*, Cambridge University Press, 2002, p. 1.

³ Bernard T.J., 'The Historical Development of Corporate Criminal Liability', 1984, 22, *Criminology* 3, 1-17, p. 4.

⁴ Robb G., *White-Collar Crime in Modern England: Financial Fraud and Business Morality, 1845-1929*, Cambridge University Press, 2002, p. 11.

⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁶ *Ibidem*, p. 31.

⁷ Bernard T.J., 'The Historical Development of Corporate Criminal Liability', 1984, 22 *Criminology* 3, 1-17, pp. 3-6.

⁸ Definition available at the following [link](#).

⁹ Wells C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2001, p. 88.

¹⁰ *R v Gt North of England Railway Co* (1846) 115 ER 1294, Ex 1846.

¹¹ Wells C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2001, p. 93.

¹² Robb G., *White-Collar Crime in Modern England: Financial Fraud and Business Morality, 1845-1929*, Cambridge University Press, 2002, p. 169.

¹³ *Ibidem*, pp. 161-162.

¹⁴ See the principle at the following [link](#).

¹⁵ *Lennard's Carrying Co. Ltd v Asiatic Petroleum Ltd* (1915) AC 705.

¹⁶ *Lennard's*, paragraph 713.

¹⁷ Wells C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2001, p. 97.

¹⁸ *Tesco Supermarkets v Natrass* (1972) A.C. 153.

¹⁹ Wells C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2001, p. 101.

²⁰ *Tesco*, paragraphs 199-200.

²¹ *Criminal Liability in Regulatory Contexts*, Law Commission Consultation Paper No 195, 2010, p. 188.

²² *R v A Ltd* (2016) WECA Crim 1469.

²³ Pinto A., Evans M., *Corporate Criminal Liability*, Sweet and Maxwell, 3rd ed., 2013, p. 50.



- ²⁴ Harlow J.W., 'Corporate Criminal Liability for Homicide: a statutory framework', *Duke Law Journal*, 2011, Vol. 61, No 1, 123-166, p. 149.
- ²⁵ Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, Section 1(1).
- ²⁶ See the definition at the following [link](#).
- ²⁷ Chondury B., Petrin M., *Corporate duties to the public*, Cambridge University Press, 2019, p. 168.
- ²⁸ Harlow J.W., 'Corporate Criminal Liability for Homicide: a statutory framework', *Duke Law Journal*, 2011, Vol. 61, No 1, 123-166, p. 152.
- ²⁹ Friedrichs D.O., *Trusted Criminals: White Collar Crime In Contemporary Society*, Wadsworth Cengage Learning, 4th ed., 2009, p. 4.
- ³⁰ *Ibidem*, pp. 9-11.
- ³¹ *People v. Rochester Ry. L. Co.*, 195 N.Y. 102 (1909).
- ³² Wells C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2001, p. 133.
- ³³ Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, 1765, Vol. 1, p. 476.
- ³⁴ Fishkel D.R., Skyes A.O., 'Corporate Crime', *The Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No 2, June 1996, 319-349, p. 333.
- ³⁵ *State v. Morris & Essex Ry.*, 23 N.J. Law, 360 (1852).
- ³⁶ *New York Central and Hudson River R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).
- ³⁷ *New York Central*, paragraph 494.
- ³⁸ *New York Central*, paragraphs 492-494.
- ³⁹ Beale S., 'The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability', 126 *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 27-54, 2014, p. 2.
- ⁴⁰ *Ibidem*, p. 6.
- ⁴¹ D.O., *Trusted Criminals: White Collar Crime In Contemporary Society*, Wadsworth Cengage Learning, 4th ed., 2009, p. 17.
- ⁴² Schwartz M.S., 'Ford Pinto 'in (edited by) Kolb R., *Encyclopedia of Business Ethics and Society*, SAGE, 2008, p. 924.
- ⁴³ *Ibidem*.
- ⁴⁴ Becker P.J. et al., 'State of Indiana v. Ford Motor Company Revisited', *Am Journal Cr J.*, 2002, Vol. 26, No 2, 181-202, p. 185.
- ⁴⁵ Bernard T.J., 'The Historical Development of Corporate Criminal Liability', 1984, 22, *Criminology*, 3, 1-17, p. 12.
- ⁴⁶ Becker P.J. et al., 'State of Indiana v. Ford Motor Company Revisited', *Am Journal Cr J.*, 2002, Vol. 26, No 2, 181-202, p. 189.
- ⁴⁷ Harlow J.W., 'Corporate Criminal Liability for Homicide: a statutory framework', *Duke Law Journal*, 2011, Vol. 61, No 1, 123-166, pp. 126-133.
- ⁴⁸ Beale S., 'The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability', 126 *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 27-54, 2014, 1-32, p. 13.
- ⁴⁹ Windsor D., 'Enron Corporation', in (edited by) Kolb R., *Encyclopedia of Business Ethics and Society*, SAGE, 2008, p. 716.
- ⁵⁰ Beale S., 'The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability', 126 *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 27-54, 2014, p. 13.
- ⁵¹ Windsor D., 'Enron Corporation', in (edited by) Kolb R., *Encyclopedia of Business Ethics and Society.*, SAGE, 2008, p. 717.
- ⁵² Beale S., 'The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability', 126 *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 27-54, 2014, p. 13.
- ⁵³ Friedrichs D.O., *Trusted Criminals: White Collar Crime In Contemporary Society*, Wadsworth Cengage Learning, 4th ed., 2009, p. 17.
- ⁵⁴ Khanna V.S., 'Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?', *Harvard Law Review*, 1996, Vol. 109, No 7, 1477-1534, pp. 1484-1485.
- ⁵⁵ *United States v. Bank of New England, NA*, 640 F. Supp. 36, D. Mass. (1986).
- ⁵⁶ *Bank of New England*, paragraph 54.
- ⁵⁷ Beale S., 'The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability', 126 *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 27-54, 2014, p. 9.
- ⁵⁸ Alschuler A.W., 'Two Ways to Think about the Punishment of Corporations', *Am Crim L Rev*, 2009, 46, 1359-1392, p. 1367.
- ⁵⁹ *Ibidem*, p. 1392.
- ⁶⁰ Punch M., 'The organizational component in corporate crime', in *European Developments in Corporate Criminal Liability*, edited by Gobert J., Pascal A., 1st ed., 2011, Routledge, p. 102.
- ⁶¹ Alschuler A.W., 'Two Ways to Think about the Punishment of Corporations', *Am Crim L Rev*, 2009, 46, 1359-1392, p. 1359.
- ⁶² Hasnas J., 'The centenary of a mistake, one hundred years of corporate criminal liability', *Am Crim L Rev*, 2009, 46, 1329-1358, p. 1344.
- ⁶³ Khanna V.S., 'Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?', *Harvard Law Review*, 1996, Vol. 109, No 7, 1477-1534, pp. 1484-1485.
- ⁶⁴ Hasnas J., 'The centenary of a mistake, one hundred years of corporate criminal liability', *Am Crim L Rev*, 2009, 46, 1329-1358, p. 1348.



⁶⁵ Ibidem, p. 1332.

⁶⁶ Robb G., *White-Collar Crime in Modern England: Financial Fraud and Business Morality, 1845-1929*, Cambridge University Press, 2002, p. 173.

⁶⁷ Beale S., 'The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability', 126 *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 27-54, 2014, p. 1.

⁶⁸ Fishkel D. R., Skyes A.O., 'Corporate Crime', *The Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No 2, June 1996, 319-349, pp. 321-322.

⁶⁹ Hasnas J., 'The Discordance of New York Central Jazz, Regulation', Vol. 33, No 1, Spring 2010, 46-53, p. 53.

⁷⁰ Hasnas J., 'The centenary of a mistake, one hundred years of corporate criminal liability', *Am Crim L Rev*, 2009, 46, 1329-1358, p. 1346.

⁷¹ See the statistics at the following [link](#).

⁷² The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations were adopted in 1999 by the U.S. Department of Justice to standardize the factors to be considered by Federal Prosecutors in determining whether to charge a corporation (available at the following [link](#)).

⁷³ Beale S., 'The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability', 126 *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 27-54, 2014, p. 29.



TRIMESTRALE, 4, 2020

