

GIURISPRUDENZA PENALE
TRIMESTRALE



3, 2021

Giurisprudenza Penale Trimestrale

Editore e Direttore Editoriale

Guido Stampanoni Bassi

Direttore Responsabile

Lorenzo Nicolò Meazza

Vice Direttori

Lorenzo Roccatagliata

Riccardo Lucev

Comitato di redazione

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

Comitato scientifico

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

Codice Cineca

E255848

Contatti

redazione@giurisprudenzapenale.com

Fascicolo trimestrale n. **3, 2021** chiuso in data **23 dicembre 2021**.

Criteri di citazione dei contributi

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2, 2021, 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.

Efficienza del processo penale e qualità della giurisdizione: le sfide della riforma Cartabia.

Con l'approvazione della l. n. 134 del 27 settembre 2021 (*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*) il processo penale si incammina verso una nuova riforma.

Non è la prima, né la seconda volta che ci si avvia in questa direzione: in oltre trent'anni di vita, il *corpus* normativo del rito penale ha subito una pluralità di interventi correttivi, volti a rimodellare gli istituti processuali nella ricerca, non semplice, di un punto di equilibrio tra le concorrenti esigenze della giustizia sostanziale della decisione, da un lato, e della certezza del diritto, dall'altro.

La ricostruzione storica del fatto e l'interpretazione della legge sono operazioni per loro stessa natura fallibili; e per ridurre al minimo possibile il rischio dell'errore giudiziario occorre non solo assicurare la massima possibile attendibilità del giudizio, attraverso metodi di acquisizione della conoscenza codificati e sicuri, ma anche prevedere un attento controllo del risultato, attraverso le impugnazioni di merito e di legittimità. Per contro, l'interesse (dello Stato, prima ancora che della persona sottoposta a processo) ad una decisione giusta va conciliato con la necessità di evitare la perenne instabilità della decisione, l'eccessivo costo del sistema e l'irragionevole durata del processo.

Una giustizia lenta, che troppo spesso gira a vuoto per anni e poi si arresta al sopraggiungere della prescrizione del reato, non è una giustizia "giusta". Come non lo è, allo stesso modo, quella sommaria, sbrigativa, che raggiunge rapidamente, ma in modo inaffidabile, il proprio obiettivo.

Il *focus* della riforma Cartabia – come già del d.d.l. Bonafede, sul quale si sono incardinati gli ultimi emendamenti governativi, e, prima ancora, della riforma Orlando del 2017 – è soprattutto rivolto al secondo dei due fattori: l'efficienza del processo.

E' sin troppo evidente che, per incidere sui tempi di risposta della macchina giudiziaria e consentirle di produrre tempestivamente risultati utili, non si può agire solo sul termine di prescrizione: innalzarlo, o neutralizzarlo per impedire l'estinzione del reato, senza al contempo creare le condizioni per un recupero di funzionalità e capacità "produttiva" del

sistema, significa semplicemente accantonare il problema, non risolverlo. Peggio: significa abbandonare l'imputato al suo destino, senza più alcun freno alla durata *sine die* del processo.

Difficile negare, infatti, che il congegno della prescrizione vale, nel nostro ordinamento, sia ad evitare che una condanna venga scontata ad eccessiva distanza di tempo dal fatto di reato, quando ormai la pena non può più svolgere la funzione rieducativa che la costituzione prescrive, ma anche, indirettamente, quale "calmiere" per contenere l'eccessiva durata dei processi e dare così effettività al principio di ragionevole durata del processo.

La l. 9 gennaio 2019, n. 3, la cd legge "spazzacorrotti" (o legge Bonafede) varata sotto il primo Governo Conte, prevedeva, oltre all'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i reati contro la pubblica amministrazione, la modifica delle norme del codice penale sulla prescrizione.

La legge Bonafede congelava il tempo della prescrizione dalla pronuncia della sentenza di primo grado, di condanna o di assoluzione. Peraltro, si prevedeva che le modifiche agli artt. 158, 159 e 160 c.p. entrassero in vigore un anno dopo le altre disposizioni della legge, perché, nel frattempo, si sarebbe dovuta varare una serie di altre modifiche normative, promesse allora dal Governo, come si ricorderà, proprio per rispondere alle accese critiche sollevate dalla riforma della prescrizione: modifiche che avrebbero garantito l'accelerazione dei processi ed evitato, appunto, che il venir meno dello "stimolo" della prescrizione potesse ulteriormente alimentare il lassismo dell'apparato, producendo l'effetto del "fine processo mai".

Quella promessa non veniva mantenuta. La nuova disciplina della prescrizione entrava in vigore a gennaio del 2020, senza che della riforma sull'efficienza del processo si fosse neppure accennato: solo a tempo ormai scaduto, infatti, il Governo "Conte 2" presentava (eravamo ormai a marzo 2020) il d.d.l. AC 2435.

Con la successiva formazione del Governo Draghi, la Ministra della Giustizia Marta Cartabia, un anno dopo, insediava la Commissione Lattanzi per elaborare proposte di riforma in materia di processo

penale e sistema sanzionatorio, e al contempo per rivedere la disciplina della prescrizione modificata da poco. Nel luglio del 2021 il Governo presentava quindi – avvalendosi del lavoro della Commissione – una serie di emendamenti al d.d.l. AC 2435. Varato in Commissione Giustizia ad agosto, il testo veniva approvato dalla Camera e poi dal Senato, in tempi record, anche sotto la spinta impressa dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, con il quale si dà attuazione al Next Generation EU (il ben noto programma europeo che sostiene, tra l'altro, la transizione digitale della pubblica amministrazione, ivi inclusa, evidentemente, anche l'amministrazione della giustizia).

La riforma Cartabia è un progetto di ampio respiro, che si propone di incidere non solo sul versante del diritto sostanziale e processuale, ma anche, finalmente, su quello organizzativo.

Così, se da un lato si è rimessa mano alla disciplina della prescrizione e si sono introdotte nuove disposizioni per assicurare, attraverso l'istituto dell'improcedibilità dell'azione, la ragionevole durata dei giudizi di impugnazione, dall'altro si sono progettati, con lo strumento della delega al Governo, interventi per migliorare la produttività della macchina.

Il primo obiettivo è quello ridurre, con una complessa e articolata serie di misure, il carico giudiziario.

In questo senso, la delega prevede di selezionare le regiudicande agendo sul fronte, delicatissimo, dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero; ma non solo: si prescrive l'ampliamento del novero dei reati a procedibilità condizionata e l'introduzione di una nuova disciplina sanzionatoria delle contravvenzioni. Allo stesso tempo, si opera puntando alla deflazione sia del dibattimento (con una decisa apertura alla giustizia riparativa, all'istituto della messa alla prova e ai giudizi speciali), sia delle impugnazioni (con l'ampliamento dei casi di inappellabilità delle sentenze e l'irrigidimento dei requisiti di ammissibilità dell'appello).

Ridotto l'input della macchina, si dovrà assicurare la sua definizione con modalità efficienti.

Su questo versante, le direttive della delega si muovono in più direzioni: l'accelerazione del giudizio ordinario (anche incrementando il ricorso al rito con citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica); lo snellimento del modello procedimentale dei giudizi di impugnazione; la

ridefinizione dei tempi delle indagini; la riscrittura delle regole sulle notificazioni.

Ma per restituire efficienza al sistema non ci si può, evidentemente, affidare solo alla riduzione della domanda e (peggio) dell'offerta.

Presupposto imprescindibile di un serio intervento di riorganizzazione del comparto resta quello (sono ormai decenni che se ne parla, invano) di un adeguato investimento in risorse, personali e materiali, che consentano al servizio giustizia di essere erogato senza rinunciare alla qualità.

È qui che si giocherà – anche grazie al fondamentale supporto finanziario dell'U.E. – una delle partite più importanti della riforma, che decide di scommettere sull'introduzione del processo telematico, sull'attuazione del piano per la transizione digitale e sull'avvio dell'ufficio del processo.

Pare persino superfluo ricordarlo: l'efficienza del processo penale deve essere assicurata mantenendo elevato lo *standard* qualitativo della risposta giudiziaria imposto dalle norme costituzionali e convenzionali.

Bisogna evitare il rischio che, per giungere più velocemente al risultato, si cada nella tentazione di tagliare le garanzie orizzontali e verticali del processo, sacrificando i beni più preziosi della giurisdizione: l'affidabilità della ricostruzione del fatto in primo grado (le garanzie orizzontali, appunto), e la verifica degli eventuali errori di diritto e di fatto del primo giudizio, attraverso le impugnazioni di merito e di legittimità (le garanzie cd verticali, non meno essenziali delle prime per ridurre al minimo accettabile il rischio dell'errore giudiziario).

* * *

L'attenzione del giurista non può essere concentrata solo sulla riforma. Leggiamo dunque con grande interesse gli approfondimenti dedicati dalla Rivista al diritto penale dell'economia e dell'impresa, con i contributi di Davide Brusaporci (*Riders e tutela penale dell'integrità psico-fisica: il "Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro" sul banco degli imputati?*), di Andrea Boga (*L'applicabilità del D. Lgs. 231/2001 ai partiti politici*), di Andrea De Carlo e Piermatteo La Sala (*Profili penalistici dello smart working*), di Rossana Lugli (*Il sindacato del giudice penale sul merito delle scelte imprenditoriali*), di Giulia Titola (*Doppio binario sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e délit d'initié: elementi di comparazione e condivise frizioni con il divieto di bis in idem*) e di Marco Alessandro

Morabito (*Lo schema di decreto legislativo per l'attuazione della direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale: analisi e considerazioni*); al tema della criminalità organizzata, con il commento di Maria Vittoria Maltarello (*Mafie a Nord-Est: il Tribunale di Venezia riconosce l'associazione camorristica dei "Casalesi di Eraclea"*); e alla materia processuale, con i saggi di Giuseppe dell'Anna e Livio Gucciardo (*Il sequestro di documentazione acquisita dal server di impresa non residente in Italia*), di Emilio Lorenzi (*Distorsioni applicative della sospensione feriale dei termini*

processuali nei procedimenti per reati di criminalità organizzata) e di Francesca Rosso (*Il difensore di fiducia domiciliatario dell'imputato allogliotto non ha l'obbligo di tradurre gli atti: verso un'interpretazione più garantista del diritto all'assistenza linguistica*).

Massimo Ceresa Gastaldo

Professore ordinario di diritto processuale penale.

INDICE

NOVITÀ

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA	7
CORTE COSTITUZIONALE	7
CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE	10
CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI SEMPLICI	12
LEGISLAZIONE	25

CONTRIBUTI

M. A. MORABITO, Lo schema di decreto legislativo per l'attuazione della direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale: analisi e considerazioni.	28
D. BRUSAPORCI, Riders e tutela penale dell'integrità psico-fisica: il "Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro" sul "banco degli imputati"?	35
M. V. MALTARELLO, Mafie a Nord-Est: il Tribunale di Venezia riconosce l'associazione camorristica dei "Casalesi di Eraclea"	51
A. DE CARLO – P. LA SALA, Profili penalistici dello smart working	61
R. LUGLI, Il sindacato del giudice penale sul merito delle scelte imprenditoriali	70
G. DELL'ANNA – L. GUCCIARDO, Il sequestro di documentazione acquisita dal server di impresa non residente in Italia	76
E. LORENZI, Distorsioni applicative della sospensione feriale dei termini processuali nei procedimenti per reati di criminalità organizzata	80
F. ROSSO, Il difensore di fiducia domiciliatario dell'imputato alloglotto non ha l'obbligo di tradurre gli atti: verso un'interpretazione più garantista del diritto all'assistenza linguistica	89
A. BOGA, L'applicabilità del D. Lgs. 231/2001 ai partiti politici	102
G. TITOLA, Doppio binario sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e délit d'initié: elementi di comparazione e condivise frizioni con il divieto di bis in idem	114

NOVITÀ

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2005/60/CE (poi sostituito dall'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2015/849 – Autoriciclaggio – Compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

Corte di Giustizia UE, Seconda Sezione, Sentenza 2 settembre 2021, causa C-790/19

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Giustizia UE si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea del reato di autoriciclaggio.

L'autorità giudiziaria rumena aveva sollevato questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE, dubitando che una normativa nazionale che prevedesse il reato di autoriciclaggio potesse dirsi compatibile con il diritto dell'Unione Europea e specialmente con l'articolo 1, paragrafo 3, lettera a), della direttiva (UE) 2015/849.

Ad avviso del rimettente, tale norma dovrebbe essere interpretata nel senso che l'autore del reato di riciclaggio di capitali, che è per sua natura un reato di conseguenza derivante da un reato principale, non può essere il medesimo soggetto autore dell'illecito principale.

Sul punto, la Corte ha affermato che: *“l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo, deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che prevede che il reato di riciclaggio di capitali, ai sensi di tale disposizione, possa essere commesso dall'autore dell'attività criminosa che ha generato i capitali di cui trattasi”*.

CORTE COSTITUZIONALE

Questioni decise

Articolo 2, commi 58 e 61, L. n. 92/2012 – Condannati per mafia e terrorismo – Esecuzione della pena in regime alternativo alla detenzione in carcere – Trattamenti assistenziali – Revoca – Illegittimità costituzionale.

Corte cost., Sent. 2 luglio 2021 (ud. 25 maggio 2021), n. 137

Presidente Coraggio, Relatore Amato

Con la sentenza n. 137 del 2021, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili, nei confronti di coloro che scontino la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere.

La Corte ha anche dichiarato, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della

Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 58, della legge n. 92 del 2012, nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili, nei confronti di coloro che scontino la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere.

Secondo la Corte, infatti, contrasta con gli articoli 3 e 38 della Costituzione la revoca delle prestazioni assistenziali, fondate sullo stato di bisogno, ai condannati in via definitiva per reati di mafia o terrorismo, i quali stiano scontando la pena in modalità alternativa alla detenzione. È irragionevole che lo Stato valuti un soggetto meritevole di accedere a tale modalità di detenzione e lo privi dei mezzi per vivere, quando questi sono ottenibili solo dalle prestazioni assistenziali. Sebbene queste persone abbiano gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile, attiene a questa stessa convivenza civile che ad

essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere.

Conseguentemente la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 61, e, in via consequenziale, del comma 58 dell'articolo 2 della legge n. 92 del 2012.

Il comma 58 prevede che con la sentenza di condanna per i reati più gravi – quelli previsti dagli articoli 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale, nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo – il giudice dispone la sanzione accessoria della revoca delle seguenti prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, di cui il condannato sia eventualmente titolare: indennità di disoccupazione, assegno sociale, pensione sociale e pensione per gli invalidi civili.

Il comma 61 stabilisce che tale revoca, con effetto non retroattivo, è disposta dall'ente erogatore nei confronti dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato all'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012.

Articolo 83, comma 9, del d.l. n. 18/2020 – Emergenza sanitaria da Covid-19 – Sospensione della prescrizione – Rinvio dell'udienza sulla base delle misure organizzative adottate dai capi degli uffici giudiziari – Principio di legalità – Violazione.

Corte cost., Sent. 6 luglio 2021 (ud. 25 maggio 2021), n. 140

Presidente Coraggio, Relatore Amoroso

In merito alle misure di sospensione della prescrizione introdotte a causa dell'emergenza da Covid-19, con la sentenza in epigrafe la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 83, comma 9, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, nella parte in cui prevede la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali sono rinviati ai sensi del precedente comma 7, lettera g). La norma in particolare prevede che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso per un periodo di tempo pari a quello in cui

il procedimento è rinviato sulla base delle misure organizzative adottate dai capi degli uffici giudiziari e, in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020.

La Corte ha ritenuto incompatibile con il principio di legalità la sospensione della prescrizione prevista qualora il capo dell'ufficio giudiziario adotti un provvedimento di rinvio dell'udienza penale, nell'ambito di misure organizzative volte a contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e a contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria.

Infatti, il rinvio delle udienze, cui si ricollega la sospensione della prescrizione, costituisce il contenuto soltanto eventuale di una misura organizzativa che il capo dell'ufficio giudiziario può adottare, quale facoltà solo genericamente delimitata dalla legge quanto ai suoi presupposti e alle finalità da perseguire.

La previsione normativa della sospensione del decorso della prescrizione ha valenza sostanziale in quanto determina un allungamento complessivo del termine di estinzione del reato e, dunque, ricade nell'area di applicazione del principio di legalità che richiede – proprio perché incide sulla punibilità – che la fattispecie estintiva sia determinata nei suoi elementi costitutivi in modo da assicurare un sufficiente grado di conoscenza o di conoscibilità.

La norma censurata, nel prevedere una fattispecie di sospensione del termine di prescrizione, rinvia a una regola processuale non riconducibile alle ipotesi indicate nell'articolo 159 del Codice penale, in quanto il suo contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative del capo dell'ufficio giudiziario, così esibendo un radicale deficit di determinatezza, per legge, della fattispecie, con conseguente lesione del principio di legalità limitatamente alla ricaduta di tale regola sul decorso della prescrizione.

Articolo 69, comma 4, c.p. – circostanza attenuante del fatto di lieve entità – Recidiva reiterata – Divieto di prevalenza – Principio di uguaglianza – Principio di offensività del fatto e di proporzionalità della pena – Violazione.

Corte cost., Sent. 8 luglio 2021 (ud. 26 maggio 2021), n. 143

Presidente Coraggio, Relatore Amoroso

Con la sentenza in epigrafe, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione – dell'art. 69, comma 4, del codice penale, come

sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità – introdotta con sentenza n. 68 del 2012 della stessa Corte costituzionale, in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, di cui all'art. 630 cod. pen. – sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Articolo 13 L. n. 47/1948 – Diffamazione a mezzo della stampa o della radiotelevisione – Aggravante della attribuzione di un fatto determinato – Pena detentiva – Illegittimità costituzionale.

Corte cost., Sent. 12 luglio 2021 (ud. 22 giugno 2021), n. 150

Presidente Coraggio, Relatore Viganò

Con la sentenza in epigrafe, la Corte costituzionale si è pronunciata in merito alla legittimità costituzionale delle norme vigenti che obbligano il giudice a punire con il carcere il reato di diffamazione a mezzo della stampa o della radiotelevisione, aggravata dall'attribuzione di un fatto determinato.

La Corte era stata investita di due questioni sollevate dai Tribunali di Salerno e di Bari, che erano già state trattate nel giugno dello scorso anno. In quell'occasione, il Giudice delle leggi aveva deciso, con l'ordinanza n. 132 del 2020, di rinviare di un anno la decisione delle due cause, per dar modo al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina della materia, in grado di bilanciare meglio il diritto alla libertà di cronaca e di critica dei giornalisti con la tutela della reputazione individuale. Poiché, però, l'auspicata riforma della materia non è stata approvata, la Corte ha ora dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 13 della legge sulla stampa (n. 47 del 1948), che prevedeva la necessaria applicazione della reclusione da uno a sei anni per il reato di diffamazione commessa a mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. La sentenza ha dichiarato illegittimo anche l'articolo 30, comma 4, della legge n. 223 del 1990 sul sistema radiotelevisivo pubblico e privato, che estendeva le sanzioni previste dall'articolo 13 della legge sulla stampa alla

diffamazione commessa per mezzo della radio o della televisione.

La Corte ha invece escluso il contrasto con la Costituzione dell'articolo 595, terzo comma, del Codice penale, che prevede, in alternativa fra loro, la pena della reclusione da sei mesi a tre anni ovvero della multa in caso di condanna per diffamazione commessa a mezzo della stampa o di altro mezzo di pubblicità.

Nella motivazione viene anzitutto ribadito quanto già sottolineato nell'ordinanza n. 132 del 2020: se è vero che il diritto di cronaca e di critica esercitato dai giornalisti *“costituisce pietra angolare di ogni ordinamento democratico, non è men vero che la reputazione individuale è del pari un diritto inviolabile, strettamente legato alla dignità della persona”*. Pertanto, *“aggressioni illegittime a tale diritto”*, compiute attraverso la stampa, la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e i siti internet in generale, i social media e così via, *“possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime”*. Secondo la Consulta e la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, non è di per sé incompatibile con la libertà di manifestazione del pensiero una norma che consenta al giudice di applicare la pena della reclusione nel caso in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua eccezionale gravità, dal punto di vista oggettivo e soggettivo. Perciò l'articolo 595, terzo comma, del Codice penale è stato considerato compatibile con la Costituzione, purché sia interpretato nel senso che la reclusione può essere applicata dal giudice soltanto in quelle ipotesi. In tutti gli altri casi, resterà invece applicabile soltanto la pena della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, oltre che i rimedi e le sanzioni civili e disciplinari.

“Se circoscritta a casi come quelli appena ipotizzati – ha osservato la Corte – la previsione astratta e la concreta applicazione di sanzioni detentive non possono, ragionevolmente, produrre effetti di indebita intimidazione nei confronti dell'esercizio della professione giornalistica e della sua essenziale funzione per la società democratica. Al di fuori di quei casi eccezionali, del resto assai lontani dall'ethos della professione giornalistica, la prospettiva del carcere resterà esclusa per il giornalista, così come per chiunque altro che abbia manifestato attraverso la stampa o altri mezzi di pubblicità la propria opinione”. La Corte ha peraltro sottolineato che il legislatore resta libero, dal punto di vista del diritto

costituzionale, di assicurare una tutela effettiva del diritto fondamentale alla reputazione individuale anche rinunciando del tutto alla pena detentiva. E ha ribadito comunque la necessità, già evidenziata con l'ordinanza n. 132 del 2020, di una complessiva riforma della disciplina vigente, allo scopo di

“individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica, e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività”.

Questioni sollevate

Articolo 73 d. lgs. 159/2011 – Persona sottoposta a misura di prevenzione personale – Guida senza patente – Sanzione penale – Illegittimità costituzionale.

Cass. Pen., Sez. VI, Ord. 13 settembre 2021 (ud. 17 maggio 2021), n. 33749

Presidente Bricchetti, Relatore Giordano

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte Costituzionale ha sollevato, d'ufficio, questione di legittimità costituzionale dell'art. 73 d. lgs. 159 del 6 settembre 2011 nella parte in cui punisce con la pena dell'arresto da sei mesi a tre anni la guida di un autoveicolo o motoveicolo, senza patente, o dopo che la patente sia stata negata, sospesa o revocata, commessa da persona già sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale.

Ha ritenuto la Corte *“che l'art. 73 violi, anzi tutto, i principi costituzionali di legalità della pena e di orientamento della pena stessa all'emenda del condannato, ai quali, in base agli artt. 25, secondo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, deve attenersi la legislazione penale in relazione ai criteri*

di selezione della fattispecie incriminatrici ed alla loro ragionevolezza (art. 3 Cost.)”, dal momento che “l'essere stato sottoposto, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale, pur essendo evenienza del tutto estranea al fatto-reato (la guida senza patente), rende punibile una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, non assume alcun disvalore sul piano penale”.

La precedente sottoposizione a misura di prevenzione – prosegue la Corte – *“è elemento costitutivo del reato e assume le sembianze di un marchio che vale a qualificare una condotta che, ove posta in essere da ogni altra persona, non configurerebbe illecito penale. La norma incriminatrice finisce, dunque, col punire non tanto la guida senza patente in sé, quanto una qualità personale del soggetto che dovesse incorrervi”, atteggiandosi a contravvenzione “che assume i tratti di un reato d'autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato (che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio della Corte costituzionale)”.*

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE

Questioni decise

Articolo 240 bis c.p. – Confisca in casi particolari – Procedimento esecutivo – Perimetro della misura – Acquisizioni patrimoniali rilevanti.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 15 luglio 2021 (ud. 25 febbraio 2021), n. 27421

Presidente Cassano, Relatore Boni

In tema di confisca in casi particolari era stata rimessa 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”.

Con sentenza depositata il 15 luglio 2021, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: *“il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di confisca ex art. 240-bis cod. pen., esercitando gli stessi poteri che, in ordine a tale misura di sicurezza atipica, sono propri del giudice della*

cognizione, può disporla, fermo restando il criterio di “ragionevolezza temporale”, in ordine ai beni che sono entrati nella disponibilità del condannato fino alla pronuncia della sentenza per il cd. “reato spia”, salva comunque la possibilità di confisca anche di beni acquistati in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie possedute prima”.

Articoli 663, 670, 710, 720 c.p.p. – Estradizione dall'estero – Principio di specialità – Estensione dell'extradizione – Apposizione di condizione di non applicazione dell'ergastolo – Precedente estradizione non condizionata – Cumulo delle pene – Applicabilità della condizione anche alla pena irrogata a seguito della prima consegna – Esclusione.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 3 agosto 2021 (ud. 25 marzo 2021), n. 30305

Presidente Cassano, Relatore De Amicis

In tema di estradizione, era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “Se la condizione di commutazione della pena dell'ergastolo in pena che non comporti inevitabilmente la privazione della libertà personale

per l'intera vita, posta dallo Stato estero richiesto con riferimento a condanna per la quale sia stata concessa la estradizione in estensione, debba operare anche in relazione ad altra condanna alla pena dell'ergastolo, per la cui esecuzione è stata concessa in precedenza l'extradizione senza l'apposizione della stessa condizione, e che sia stata, assieme alla prima, oggetto di unificazione delle pene ai sensi dell'art. 663 cod. proc. pen.”.

Con sentenza n. 30305 del 2021, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: “La commutazione dell'ergastolo in attuazione di una condizione apposta in un provvedimento di estensione dell'extradizione, adottato da uno Stato estero il cui ordinamento non ammette la pena perpetua, esplica i suoi effetti soltanto in relazione alla pena oggetto della condizione, nell'ambito della relativa procedura di estensione, senza operare con riguardo ad altra pena dell'ergastolo – oggetto di cumulo con la prima – irrogata con una condanna per la cui esecuzione sia stato in precedenza emesso altro provvedimento di estradizione non condizionato”.

Questioni rimesse

Articolo 603 c.p.p. – Riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado – Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale – Decesso del soggetto da esaminare – Preclusione del giudizio assolutorio.

Cass. pen., Sez. V, Ord. 1° luglio 2021 (ud. 4 giugno 2021), n. 25283

Presidente Palla, Relatore Caputo

Con l'ordinanza in epigrafe è stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “Se, in caso di riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado, fondata su una diversa valutazione delle dichiarazioni ritenute decisive, l'impossibilità di procedere alla rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa per il decesso del soggetto da esaminare precluda, di per sé sola, il ribaltamento del giudizio assolutorio”.

Articolo 600 ter, comma 1, n. 1, c.p. – Pornografia domestica – Materiale pedo-pornografico ad

esclusivo uso privato delle persone coinvolte – Consenso di persona minore che abbia compiuto gli anni quattordici – Integrazione della fattispecie.

Cass. pen., Sez. III, Ord. 1° luglio 2021 (ud. 21 aprile 2021), n. 25334

Presidente Marini, Relatore Rosi

Con la sentenza in epigrafe è stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: “se il reato di cui all'art. 600-ter, comma 1, n. 1, cod. pen. risulti escluso nell'ipotesi in cui il materiale pedo-pornografico sia prodotto, ad esclusivo uso privato delle persone coinvolte, con il consenso di persona minore, che abbia compiuto gli anni quattordici, in relazione ad atti sessuali compiuti nel contesto di una relazione affettiva con persona minore che abbia la capacità di prestare un valido consenso agli atti sessuali, ovvero con persona maggiorenne”.

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI SEMPLICI

Articolo 340 c.p. – Diritto di accesso agli atti – Plurime e insistenti richieste – Interruzione di pubblico servizio – Configurabilità – Condizioni.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 1° luglio 2021 (ud. 11 febbraio 2021), n. 25296

Presidente Petruzzellis, Relatore Costanzo

In tema di interruzione di pubblico servizio (art. 340 c.p.), con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione ha affermato che l'esercizio legittimo del diritto di accesso agli atti, anche qualora avvenga con plurime ed insistenti richieste inviate dal privato alla Pubblica Amministrazione, non integra il reato di cui all'art. 340 c.p.

Ai fini della penale rilevanza della condotta *“occorre, infatti, la dimostrazione del nesso di causalità tra le plurime richieste del privato e il turbamento dell'attività del pubblico ufficio o servizio, oltre che dell'elemento soggettivo consistente nella coscienza e volontà (anche nella forma del dolo eventuale) del privato di strumentalizzare il diritto di accesso per turbare il regolare funzionamento delle attività”*.

La mancata o insoddisfacente organizzazione dell'attività di un servizio pubblico – prosegue la Corte – *“non può condurre a configurare l'elemento oggettivo del reato ex art. 340 c.p., sanzionando la norma esclusivamente la volontaria alterazione, anche temporanea, del funzionamento di tale servizio, che sia tale da incidere sulla sua complessiva regolarità”* e non potendosi confondere il *“turbamento psicologico degli impiegati di un ufficio pubblico (derivante dalla difficoltà, magari incolpevole, nel fronteggiare le richieste di un utente) con l'oggettivo turbamento della regolarità del servizio (inteso come alterazione della sua regolarità)”*.

Articoli 33, 39, d. lgs. n. 231/2001 – Cessione fraudolenta di azienda – Conflitto di interessi tra legale rappresentante indagato o imputato e società – Non operatività.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 5 luglio 2021 (ud. 27 aprile 2021), n. 25492

Presidente De Gregorio, Relatore De Marzo

In tema di responsabilità degli enti ex D. Lgs. 231/2001, con la pronuncia in epigrafe la quinta Sezione penale della Corte di Cassazione si è pronunciata sulla non operatività del divieto di cui all'art. 39 (conflitto di interessi tra legale

rappresentante indagato o imputato e società) nel caso di cessione fraudolenta di azienda (art. 33) nella cui attività sia stato commesso uno dei reati di cui al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

L'estinzione dell'illecito previsto dal D. Lgs. 231/2001 *“consegue all'estinzione fisiologica e non fraudolenta dell'ente, giacché solo nel primo caso ricorre un caso assimilabile alla morte dell'imputato”, tant'è che “nel caso di cessazione dell'attività con finalità elusiva, l'art. 33 D. Lgs. 231/2001 prevede la responsabilità solidale del cessionario dell'azienda, individuando quest'ultimo non come responsabile dell'illecito – che resta il cedente, ove ancora esistente come soggetto giuridico – ma solo come solidalmente obbligato al pagamento della sanzione pecuniaria”*.

Ne deriva – conclude la Corte – che *“l'art. 39 D. Lgs. 231/2001, nel prevedere che il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non possa provvedere alla nomina del difensore dell'ente, si riferisce esclusivamente all'ente responsabile del reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio e non anche all'ente cessionario che, per quanto detto sopra, non è un soggetto responsabile del fatto costituente reato”*.

Articoli 42, 43, 92, 336 cod. pen. – Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale – Ubriachezza volontaria – Elemento soggettivo – Dolo specifico – Verifica semplificata – Ammissibilità.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 7 luglio 2021 (ud. 18 maggio 2021), n. 25758

Presidente Ciampi, Relatore Picardi

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione, quarta Sezione penale, si è pronunciata sull'individuazione dei criteri cui attenersi nell'accertamento della colpevolezza nel caso di stato di ubriachezza dell'imputato, con particolare riferimento all'eventuale incidenza di tale stato sull'accertamento del dolo specifico richiesta dalla norma incriminatrice (rappresentata, nel caso di specie, dalla violenza o minaccia a un pubblico ufficiale ex art. 336 c.p.) e alla possibilità di una verifica del dolo *“in termini semplificati”*.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità *“la colpevolezza di una persona in stato di ubriachezza deve essere valutata secondo i normali criteri d'individuazione dell'elemento psicologico del reato, poiché l'art. 92*

cod. pen., nel disciplinarne l'imputabilità, nulla dice in ordine alla sua colpevolezza, che va, pertanto, apprezzata alla stregua delle regole dettate dagli artt. 42 e 43 cod. pen."

Da tali premesse deriva che *"l'elemento soggettivo deve essere verificato (...) con riferimento al momento della commissione del fatto e non con riferimento a quello della procurata ubriachezza, posto che gli artt. 91, 92, 94 e 95 cod. pen. si limitano a disciplinare i limiti della compatibilità dell'ubriachezza con l'imputabilità, senza, tuttavia, introdurre alcuna deroga rispetto alla regola generale di cui all'art. 42 cod. pen., che esige la sussistenza del dolo o della colpa al momento della commissione del fatto e non in un lasso temporale anteriore"*.

Tale conclusione *"è confermata dall'art. 91, secondo comma, cod. pen., che, nel configurare l'ubriachezza, se preordinata al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa, come una mera circostanza aggravante, esclude che la rappresentazione e volizione della commissione del reato debba necessariamente sussistere all'epoca dell'ingerenza della bevanda alcolica. Tale disciplina, sebbene abbia suscitato le perplessità della dottrina, che si interroga sulla effettiva possibilità di configurare il dolo o la colpa in capo a chi agisce in preda all'alcool e che evidenzia il pericolo di una responsabilità penale di tipo oggettivo, è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Consulta nella sentenza n. 33 del 1970. Ad avviso della Corte costituzionale, la differenza normativa tra ubriachezza derivata o ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore è giustificata dall'intenzione del legislatore di reprimere l'ubriachezza come male sociale, visto che, nella seconda ipotesi, l'ubriaco, che ha commesso un reato, si è posto volontariamente o colposamente in condizione di commetterlo e deve, dunque, rispondere di una condotta anti-doverosa. Si è, pertanto, esclusa l'irragionevolezza ed il conseguente contrasto con l'art. 3 Cost. dell'art. 92 cod. pen. in relazione al fine perseguito dal legislatore. Parimenti si è negata la violazione dell'art. 27 Cost., sia perché chi si ubriaca (per sua volontà o per sua colpa) e commette un reato, risponde del proprio comportamento, sia perché la pena irrogata, oltre a non differire da quella a cui soggiace ogni autore di reato, non può ritenersi non emendativa, essendo diretta ad attivare, nel condannato, una contropinta all'abuso dell'alcool (ubriachezza volontaria) o a provocare un energico richiamo alla temperanza e alla moderazione (ubriachezza colposa)"*.

In ordine al problema contenutistico dell'elemento soggettivo del reato commesso dall'ubriaco – prosegue la Corte – *"deve, dunque, aderirsi all'impostazione intermedia, già seguita dalla giurisprudenza di legittimità, che, proprio in considerazione dell'effettiva riduzione della capacità di intendere e volere procurata dall'ubriachezza, ammette una verifica del dolo in termini semplificati"*. In conclusione, *"il dolo specifico non può ritenersi incompatibile con lo stato di ubriachezza, che ne consente, al contrario, una verifica semplificata"*, con la conseguenza che, nella fattispecie di cui all'art. 336 cod. pen., *"occorrerà accertare che l'ubriaco, sebbene non lucidamente, abbia volontariamente orientato la sua condotta verso la specifica finalità di costringere il pubblico ufficiale a compiere l'atto contrario ai propri doveri o ad omettere l'atto dell'ufficio"*.

Articoli 2 e 12 bis d. lgs. n. 74/2000 – Dichiarazione fraudolenta – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto – Quota di profitto oggetto di compensazione con un credito di imposta – Non computabilità nell'ammontare del profitto.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 7 luglio 2021 (ud. 5 marzo 2021), n. 25792

Presidente Liberati, Relatore Gentili

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito alle modalità di estinzione del debito tributario che possono assumere rilevanza ai fini delle valutazioni cui è chiamato il giudice penale che prenda cognizione di un reato tributario.

Il ricorrente, indagato per il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti, e vistosi applicare un sequestro preventivo sino alla concorrenza della somma di Euro 2,496.789,07, aveva richiesto al GIP di Velletri la revoca parziale di tale sequestro in relazione alla quota di debito tributario che egli aveva nel frattempo provveduto ad estinguere mediante compensazione con un credito d'imposta. Il GIP aveva rigettato l'istanza, ed analogo provvedimento aveva adottato il Tribunale di Roma in funzione di giudice dell'appello cautelare, mediante un'ordinanza fatta poi oggetto del ricorso per cassazione in questione. Tra le ragioni del rigetto, figurava il rilievo secondo cui, essendovi stata compensazione del debito tributario con crediti, l'adempimento tributario avrebbe potuto dirsi avvenuto solo a seguito di una verifica da parte

dell'Agenzia delle Entrate circa l'effettiva esistenza dei crediti.

Tra gli elementi ostativi all'accoglimento delle istanze dell'indagato volte ad ottenere la revoca parziale del sequestro militava anche un precedente di legittimità (Cass. Pen., Sez. III, n. 17806-20) in cui si era statuito che la compensazione legale di un debito IVA con un credito d'imposta vantato dal contribuente, costituendo un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento, non avrebbe potuto costituire una forma di pagamento rilevante ai fini penali.

In questa occasione, la Terza Sezione ha invece accolto il ricorso dell'indagato, operando un'interpretazione restrittiva e condivisibile dell'art. 12-bis d.lgs. 74/2000, atta a valorizzare il fatto che possa procedersi a confisca (e prim'ancora a sequestro preventivo) dei soli beni che costituiscano il prezzo o il profitto del reato tributario, mentre, nella fattispecie, un simile profitto dovrebbe ritenersi venuto meno per effetto della compensazione. Con le parole della Corte: *“la circostanza che a siffatta definizione si sia pervenuti (...) tramite l'avvenuta compensazione fra poste attive e poste passive riferite al contribuente è fattore del tutto irrilevante, posto che, in ogni caso, a seguito dell'avvenuta compensazione è venuta meno l'obbligatorietà della prestazione indicata in sede di accertamento con adesione, il debito tributario dovrebbe intendersi ormai estinto e, pertanto, la somma ad esso riferita non può intendersi essere profitto conseguito attraverso la commissione del reato in provvisoria contestazione”*.

Articoli 346, 346 bis, 640 c.p. – Millantato credito – Assoluta indeterminatezza e genericità dei pubblici ufficiali verso i quali si vanta il credito – Qualificazione del fatto – Truffa.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 luglio 2021 (ud. 8 giugno 2021), n. 26437

Presidente Fidelbo, Relatore Criscuolo

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata sugli elementi costitutivi del reato di millantato credito (la cui norma incriminatrice è oggi abrogata), e sulla possibilità che (i.) la medesima condotta sia oggi riqualeficata come traffico di influenze illecite (la cui norma incriminatrice è stata recentemente riformulata), (ii.) condotte simili, ancorché non perfettamente aderenti all'una o all'altra delle due

fattispecie richiamate, possano essere qualificate alla stregua del reato di truffa.

Anzitutto, occorre dar conto che il ricorrente era stato condannato per il reato di millantato credito, perché, falsamente attribuitosi la qualifica di diacono della Chiesa cattolica, si era fatto consegnare da un soggetto una somma di denaro come prezzo della propria mediazione nei confronti di pubblici ufficiali di stato estero (segnatamente, la Santa Sede), verso i quali millantava credito, pur non avendoli mai indicati quali destinatari delle dazioni illecite, prospettando di poter influire su di loro per agevolare tale soggetto nell'iscrizione ad una specifica facoltà universitaria, superando l'ostacolo del numero chiuso. All'esito dell'istruttoria dibattimentale era emerso in modo evidente che non vi era alcun elemento per ritenere realmente esistenti le relazioni con pubblici ufficiali, accampate dall'imputato.

La Corte ha anzitutto sgombrato il campo da ogni possibile dubbio in merito al rapporto tra il reato di millantato credito (art. 346 c.p., abrogato dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3, cd. Legge Spazzacorrotti) e quello di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p., introdotto dalla L. 6 novembre 2012, n. 190, cd. Legge Severino, e riformulato dalla stessa Spazzacorrotti).

Sul punto, la Corte ha affermato che *“in relazione alla condotta di chi, vantando un'influenza - effettiva o soltanto asserita - presso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio, si faccia dare denaro o altre utilità come prezzo della propria mediazione, sussiste piena continuità normativa tra la fattispecie di cui all'art. 346 cod. pen. (...) e la fattispecie di cui all'art. 346-bis cod. pen. (...). Infatti, l'art. 346-bis cod. pen., riformulato dalla l. n. 3 del 9 gennaio 2019, sanziona le medesime condotte già contemplate dall'art. 346 cod. pen. abrogato; in particolare, la nuova norma punisce anche la condotta del soggetto che si sia fatto dare o promettere da un privato vantaggi personali, di natura economica o meno, rappresentandogli la possibilità di intercedere a suo vantaggio presso un pubblico funzionario, indipendentemente dall'esistenza o meno di una relazione con quest'ultimo, a condizione - oggetto di un'espressa clausola di riserva (...) - che l'agente non eserciti effettivamente un'influenza sul pubblico ufficiale o sul soggetto equiparato e non vi sia mercimonio della pubblica funzione, altrimenti ricorrendo una delle ipotesi di corruzione”*.

Tuttavia, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie il reato contestato non fosse configurabile *“per altro, diverso profilo ovvero per l'assoluta indeterminatezza e genericità dell'indicazione dei pubblici ufficiali presso i quali l'imputato millantava credito (il querelante aveva riportato che le millanterie dell'imputato erano del seguente tenore: ‘aveva agganci presso la Santa Sede’, ‘millantava conoscenze con una persona influente del Vaticano’)”*.

I Giudici hanno rilevato che nel caso di specie l'indicazione fosse *“talmente generica da non rendere neppure certo il riferimento ad un pubblico ufficiale o ad un funzionario né chiaro il tipo di mansioni svolte”*. In conseguenza di ciò, *“pur non essendo indispensabile per la configurabilità del reato l'indicazione nominativa o l'identificazione del pubblico ufficiale, in quanto l'interesse primario tutelato dalla norma è il prestigio della pubblica amministrazione, che è offeso quando un suo organo, anche se non specificamente indicato, viene fatto apparire come corrotto o corruttibile o quando la sua attività funzionale viene fatta apparire come ispirata a caratteri incompatibili con quelli di imparzialità o correttezza cui la pubblica amministrazione deve ispirarsi”*, la Corte ha ritenuto che *“tale indeterminatezza rileva in quanto l'incertezza cade su un elemento essenziale della fattispecie, specialmente in ragione del coinvolgimento nella vicenda di funzionari di uno stato estero, atteso che in tal caso deve procedersi, anche d'ufficio, all'accertamento delle norme di diritto straniero utili al fine di stabilire se il funzionario coinvolto svolga funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio”*.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha escluso la configurabilità del reato di millantato credito, la Corte ha concluso che *“il fatto va correttamente qualificato come truffa, ricorrendone tutti gli elementi costitutivi ed in particolare, la peculiarità del raggio, caratterizzato da vanterie, esplicite od implicite, di ingerenze e pressioni esercitabili dal millantatore nei confronti del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nonché la stessa falsa qualità attribuitasi [dall'imputato], presentatosi come diacono, per rendere più credibile la propria mediazione ed ottenere l'illecito vantaggio patrimoniale conseguito con corrispondente danno subito dalla vittima”*.

Articoli 2, 8, 12 bis, d. lgs. n. 74/2000 – Dichiarazione fraudolenta – Emissione e utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti

– Maturazione di credito IVA non spettante – Mancata utilizzazione del credito – Profitto di reato – Assenza – Confisca del profitto – Illegittimità.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 13 luglio 2021 (ud. 21 aprile 2021), n. 26575

Presidente Andreazza, Relatore Reynaud

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione terza della Corte di cassazione si è pronunciata, fra l'altro, in tema di confisca del profitto del reato di dichiarazione fraudolenta, mediante emissione e utilizzo di fatture per operazioni inesistenti (articoli 2, 8, 12 bis, d. lgs. n. 74/2000).

La fattispecie riguardava l'emissione di una fattura per operazioni parzialmente inesistenti, emessa da una società amministrata dall'imputato in favore di altra società, dal medesimo sempre amministrata, che l'aveva indicata nella dichiarazione annuale delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

La finalità dell'operazione era quella di far figurare un incremento del bilancio della società emittente la fattura per ragioni di equilibrio contabile agli occhi dei creditori, essendosi trattato di una operazione "neutra" sul piano fiscale, che non aveva comportato minori gettiti all'Erario.

Si era in sostanza trattato di uno spostamento del debito IVA da una società all'altra, dal momento che la società utilizzatrice della fattura non aveva mai chiesto il rimborso del credito IVA, essendosi limitata a riportarla annualmente nella contabilità.

Ebbene, la Corte ha ritenuto che in questo caso non potesse essere applicata la confisca ai sensi dell'art. 12 bis, in difetto di alcun profitto del reato.

Hanno infatti ricordato i Giudici che *“in tema di reati tributari, il profitto del reato confiscabile è costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale, essendo indifferente se l'imposta evasa, in concreto, sia stata non pagata o portata a credito dal contribuente (...). L'evasione di un'imposta, tuttavia, è dato indefettibile per poter affermare che un profitto illecito vi è stato, non essendo invece sufficiente che, a fronte di un credito IVA non spettante - maturato per l'indicazione nella dichiarazione di una fattura per operazioni inesistenti ed eventualmente fruibile in futuro - lo stesso non sia mai stato in concreto utilizzato per evitare il pagamento di imposte dovute”*.

Articoli 2, d. lgs. n. 74/2000, 649 c.p.p. – Dichiarazione fraudolenta – Emissione e utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti

– Precedente giudicato per il medesimo delitto riferito alla medesima dichiarazione – Ne bis in idem – Applicabilità.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 22 luglio 2017 (ud. 27 maggio 2021), n. 28437

Presidente Di Nicola, Relatore Corbetta

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito alla applicabilità del principio del *ne bis in idem* (art. 649 c.p.p.) con riguardo alla fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti.

L'imputato era stato definitivamente condannato per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture per operazioni inesistenti in relazione all'anno di imposta del 2014, poiché, in qualità di legale rappresentante della propria ditta, al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto, annotava nella contabilità, avvalendosi nella dichiarazione IVA, 866 fatture per operazioni inesistenti.

D'altro canto, nel processo relativo alla sentenza in esame, all'imputato era contestata la medesima fattispecie in relazione a fatture inesistenti, diverse da quelle contestate nel primo processo, eppure riferite alla medesima dichiarazione (IVA 2014).

Ad avviso della Corte territoriale, nel caso di specie non sussisterebbe alcuna preclusione processuale ai sensi dell'art. 649 c.p.p., atteso che le fatture in contestazione nel secondo processo erano altre e diverse rispetto a quelle oggetto del primo processo. A supporto di tale conclusione, la Corte di merito ha richiamato il principio secondo cui *“ai fini della preclusione connessa al principio del ne bis in idem, l'identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, da considerare in tutti i suoi elementi costitutivi sulla base della triade condotta-nesso causale-evento, non essendo sufficiente la generica identità della sola condotta”*.

La Corte di legittimità si è invece mostrata di opposto avviso.

Anzitutto, hanno chiarito i Giudici, *“i principi sopra richiamati, che concorrono a definire la nozione di identità del fatto, devono essere adattati in relazione alla singola fattispecie di reato, tenendo conto della sua struttura e della sua conformazione, essendo evidente, ad esempio, che, in relazione ai reati di mera condotta, come quello in esame, ai fini della valutazione dell'identità del fatto non vengono in rilievo l'evento e il nesso causale, proprio perché, in tal*

caso, l'illecito penale si esaurisce nella realizzazione del comportamento vietato secondo le modalità descritte dalla norma incriminatrice”.

Svolgendo tale opera di adattamento con riguardo al delitto ex art. 2, la Corte ha rilevato che *“La norma prevede una duplice condotta: la prima, di natura propedeutica, consiste nell'acquisizione di fatture o di documenti equivalenti per operazioni inesistenti e nella successiva loro registrazione o conservazione a fini di prova; la seconda, che segna la consumazione del reato, si realizza nella presentazione di una dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi o dell'IVA in cui vengano indicati ‘elementi passivi fittizi’ che trovino appunto un supporto nelle fatture per operazioni inesistenti o in altri documenti equivalenti”*.

I Giudici hanno così ritenuto che *“Non può esservi quindi dubbio sul fatto che tale previsione (...) ha focalizzato (come reso esplicito dal testuale richiamo alla ‘indicazione’ in dichiarazione degli elementi passivi quale momento culminante ed indefettibile della condotta illecita) il momento consumativo del reato sulla stretta condotta della presentazione della dichiarazione stessa”*. Per conseguenza, *“il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti si consuma nel momento della presentazione della dichiarazione e non già nel momento in cui detti documenti vengano registrati in contabilità, sicché, se la dichiarazione è unica, unico è il reato commesso pur se i documenti utilizzati siano plurimi o abbiano diversi destinatari”*.

Sulla scorta di tali argomenti, la Corte ha affermato che *“la diversità di documenti utilizzati per aumentare i costi, allorché la dichiarazione sia unica e relativa allo stesso periodo d'imposta, non giustifica l'affermazione di responsabilità per due reati diversi”*. La Corte ha così riconosciuto l'applicabilità del principio del *ne bis in idem*, qualora il fatto, ancorché relativo a fatture diverse, riguardi la medesima dichiarazione fiscale.

Articolo 216, comma 3, L.f. – Bancarotta preferenziale – Elemento soggettivo – Dolo specifico.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 29 luglio 2021 (ud. 4 maggio 2021), n. 29874

Presidente Vessicelli, Relatore Romano

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, si è pronunciata in merito

all'elemento soggettivo del reato di bancarotta preferenziale (art. 216, comma 3, L.f.).

La corte ha anzitutto ricordato che *"l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta preferenziale è costituito dal dolo specifico, ravvisabile quando l'atteggiamento psicologico del soggetto agente sia rivolto a preferire intenzionalmente un creditore, con concomitante riflesso, anche secondo lo schema tipico del dolo eventuale, nel pregiudizio per altri"*.

In conseguenza di tale considerazione, secondo la Corte, deve *"escludersi il dolo specifico laddove l'imprenditore soddisfi taluni debiti al solo fine di evitare il pericolo della presentazione di istanze di fallimento o, comunque, nella certezza o nella fondata convinzione di poter riuscire a far fronte, anche se in un secondo momento, a tutte le posizioni debitorie, poiché in tale ipotesi manca l'intenzione di favorire, ossia il dolo specifico richiesto dalla norma"*.

In particolare, il dolo specifico è stato ritenuto non ravvisabile nel caso in cui *"il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile"*.

Articoli 143 e 178 cod. proc. pen. – Traduzione degli atti fondamentali – Imputato alloggiato – Elezione di domicilio presso il difensore – Sussistenza del diritto – Omissione della traduzione – Nullità dell'atto.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 2 agosto 2021 (ud. 7 luglio 2021), n. 30143

Presidente Petruzzellis, Relatore Tripiccone

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, decidendo su un ricorso presentato da un imputato alloggiato di lingua cinese, domiciliato presso il suo difensore di fiducia e vistosi perciò negare la traduzione del decreto di citazione in appello, ha affermato il principio di diritto secondo cui *"l'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloggiato, non irreperibile né latitante, sussiste – a pena di nullità ex art. 178 lett. c) cod. proc. pen. – anche nel caso in cui egli abbia eletto domicilio presso il difensore, avendo quest'ultimo solo l'obbligo di ricevere gli atti destinati al proprio assistito, ma non anche quello di procedere alla loro traduzione"*.

Articoli 452-quaterdecies e 452-undecies cod. pen. – attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti – Confisca – Non irrogabilità – Tassatività

delle ipotesi – Inapplicabilità alle ipotesi di reato non previste dalla norma.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 5 agosto 2021 (ud. 24 giugno 2021), n. 30691

Presidente Ramacci, Relatore Di Stasi

Segnaliamo ai lettori la sentenza con cui la terza sezione penale della Corte di Cassazione si è pronunciata sul rapporto tra la fattispecie di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452-quaterdecies c.p.) e la disposizione di cui all'art. 452-undecies, ultimo comma, c.p. secondo la quale *"l'istituto della confisca non trova applicazione nell'ipotesi in cui l'imputato abbia efficacemente provveduto alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi"*.

In particolare, i giudici di legittimità hanno evidenziato come l'effetto premiante per il comportamento ripristinatorio tenuto dal soggetto *post delictum* debba essere necessariamente ricollegato a quanto previsto nel primo comma della medesima disposizione, secondo il quale *"nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i delitti previsti dagli articoli 452-bis, 452-quater, 452-sexies, 452-septies e 452-octies del presente codice, è sempre ordinata la confisca delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato o che servirono a commettere il reato, salvo che appartengano a persone estranee al reato"*.

In altri termini, dalla formulazione letterale dell'ultimo comma dell'art. 452-undecies c.p. – comma che, come detto, è correlato a quanto specificamente previsto nel primo comma dello stesso articolo con riferimento ai delitti ivi menzionati (di cui costituisce una deroga) – si ricava la chiara volontà del legislatore di aver voluto *"indicare tassativamente le condotte delittuose che rientrano nell'ambito dispositivo della norma in esame e, tra queste, non viene contemplato il reato di cui all'art. 260 d. lgs 152/2006, ora disciplinato dall'art. 452-quaterdecies cod. pen."*.

Oltre al chiaro elemento letterale – prosegue la sentenza – vanno considerati anche profili di carattere sistematico.

Va considerato, infatti, *"che nella legge 22 maggio 2015 n. 68 quando il legislatore ha voluto fare riferimento diretto al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, allora contemplato dall'art. 260 d. lgs 152/2006, ne ha fatto espressa menzione,*

come avvenuto nell'art. 452-decies cod. pen., che disciplina il ravvedimento operoso. Inoltre, lo stesso legislatore del 2015 ha inserito, nel disposto dell'art. 260 del d.lgs. 152/2006, il comma 4 bis, la confisca obbligatoria delle cose delle cose che servono a commettere il reato o che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, disciplinando, quindi, in maniera specifica e separata la misura ablatoria correlata allo specifico delitto ambientale di cui all'art. 260 menzionato".

Risulta, dunque, evidente – conclude la decisione – *“che il legislatore ha voluto escludere il reato di attività organizzate per il traffico illecito dal novero dei delitti per i quali, nell'ipotesi di messa in sicurezza e bonifica e ripristino dello stato dei luoghi, non trova applicazione l'istituto della confisca di cui all'art. 452-undecies cod. pen.”.*

Articolo 184 d. lgs. n. 58/1998 – Abuso di informazioni privilegiate – Informazione posseduta dall'autore del fatto – Configurabilità della fattispecie.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 11 agosto 2021 (ud. 15 aprile 2021), n. 31507

Presidente Palla, Relatore De Marzo

In tema di abuso di informazioni privilegiate, con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione, Sezione quinta penale, ha affermato che, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 184 del d.lgs. n. 58 del 1998, non è richiesto che l'informazione sia stata trasmessa all'agente da un terzo, né che essa abbia ad oggetto un fatto prodotto da un terzo.

In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto penalmente rilevante il cd. *“insider trading di se stesso”* in una fattispecie di *“rastrellamento”* dei titoli di una società per azioni operato – prima della comunicazione al mercato della decisione di procedere ad un'offerta pubblica di acquisto degli stessi titoli e abusando di tale informazione – dall'amministratore delegato e dal presidente del consiglio di amministrazione della società, ideatori del progetto di OPA, tramite una società a responsabilità limitata appartenente al medesimo gruppo ed in concorso con il suo amministratore unico.

Articolo 22 d. lgs. n. 231/2001 – Prescrizione in materia di responsabilità degli enti – Articolo 22 del Decreto – Prescrizione dell'illecito e della sanzione.

Cass. Pen., Sez. I, Sent. 19 agosto 2021 (ud. 5 maggio 2021), n. 31854

Presidente Rocchi, Relatore Centofanti

In tema di responsabilità degli enti ex D. lgs. 231/2001, con la pronuncia in epigrafe la Corte di cassazione, prima Sezione penale, si è pronunciata sulla applicabilità del termine di prescrizione stabilito dall'art. 22 alle sanzioni amministrative definitivamente irrogate (in una vicenda nella quale la notifica della cartella esattoriale, successiva ad una sentenza di applicazione della sanzione su richiesta ex art. 63 D Lgs. 231/2001, era avvenuta ad oltre 5 anni dal passaggio in giudicato della stessa pronuncia).

Ad avviso del Collegio, *“il termine di prescrizione stabilito dall'art. 22 riguarda tanto l'illecito – che, dunque, non potrà più essere perseguito decorsi cinque anni dalla consumazione del reato presupposto – quanto la sanzione definitivamente irrogata, che dovrà essere riscossa, a pena di estinzione, entro il termine di cinque anni dal passaggio in giudicato della sentenza pronunciata a carico della persona giuridica (fatti salvi, in entrambe le ipotesi, gli effetti di eventuali cause interruttive rilevanti a norma del codice civile)”.*

La Corte ha così annullato, con rinvio, la decisione del GIP del Tribunale di Milano secondo il quale, al contrario, *“l'art. 22 D. Lgs. 231/2001 disciplinerebbe la sola prescrizione dell'illecito amministrativo (stabilendo il termine di cinque anni, assoggettato a interruzione secondo la disciplina civilistica, nonché sospeso sino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio a carico del soggetto imputato del reato presupposto) e non riguarderebbe anche la durata del termine entro il quale eseguire la sanzione irrogata all'ente con la sentenza definitiva adottata a suo carico; pertanto, in mancanza di previsioni ad hoc, dovrebbe trovare applicazione il termine decennale di cui all'art. 2953 cod. civ., che avrebbe portata generale, riguardando esso i diritti, accertati con sentenza passata in giudicato, per i quali fosse anteriormente prevista dalla legge una prescrizione di durata più breve”.*

Articoli 5, D. lgs. n. 74/2000, 40, comma 2, cod. pen., 2639 cod. civ. – Omessa dichiarazione – Responsabilità dell'amministratore di fatto – Configurabilità – Prova del dolo di evasione – Entità del superamento di soglia e consapevolezza dell'esatto ammontare dell'imposta dovuta.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 26 agosto 2021 (ud. 2 luglio 2021), n. 32241

Presidente Marini, Relatore Scarcella

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata su due aspetti relativi al reato di omessa dichiarazione (art. 5, D. lgs. n. 74/2000): (i.) la possibilità di ascrivere il fatto non solo all'amministratore di diritto ma anche all'amministratore di fatto; (ii.) la portata e la prova dell'elemento soggettivo della fattispecie.

Quanto al primo aspetto, la Corte ha ricordato che il reato de quo è omissivo proprio, giacché può essere posto in essere da colui che, in base alla normativa fiscale di riferimento, sia in concreto tenuto alla presentazione della dichiarazione annuale obbligatoria.

A fronte di ciò, la Corte ha comunque rammentato che, secondo la propria giurisprudenza, è pacificamente ammissibile *“la responsabilità per il delitto di cui al D.lgs. n. 74 del 2000, art. 5, anche nei confronti dell'amministratore di fatto”*, poiché *“il reato di omessa presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte dirette o IVA (...) è configurabile nei confronti dell'amministratore di fatto, e l'amministratore di diritto, quale mero prestanome, risponde a titolo di concorso per omesso impedimento dell'evento (art. 40 c.p., comma 2, e art. 2932 c.c.). Infatti, in tema di reati tributari, il prestanome non risponde dei delitti in materia di dichiarazione previsti dal D.lgs. n. 74 del 2000 solo se è privo di qualunque potere o possibilità di ingerenza nella gestione della società”*.

Quanto all'elemento soggettivo del reato, *“è richiesto il dolo specifico, ovvero la prova della sussistenza, in capo all'autore, del dolo specifico di evasione: la deliberata ed esclusiva intenzione di sottrarsi al pagamento delle imposte”*. Sul punto, la Corte ha ricordato che *“per costante giurisprudenza di questa Corte la prova del dolo specifico di evasione, nel delitto di omessa dichiarazione, può essere desunta dall'entità del superamento della soglia di punibilità vigente, unitamente alla piena consapevolezza, da parte del soggetto obbligato, dell'esatto ammontare dell'imposta dovuta e detto superamento deve formare oggetto di rappresentazione e volizione da parte dell'agente, avendo la soglia natura di elemento costitutivo del reato”*.

Più in generale, la Corte ha rilevato che *“trattandosi di reato omissivo proprio, la norma tributaria considera come personale ed indelegabile il relativo dovere”* e *“la prova del dolo specifico di evasione non*

deriva dalla semplice violazione dell'obbligo dichiarativo né da una culpa in vigilando sull'operato del professionista che trasformerebbe il rimprovero per l'atteggiamento anti-doveroso da doloso in colposo, ma dalla ricorrenza di elementi fattuali dimostrativi che il soggetto obbligato ha consapevolmente preordinato l'omessa dichiarazione all'evasione dell'imposta per quantità superiori alla soglia di rilevanza penale e può costituire oggetto di rappresentazione e volizione anche soltanto nella forma del c.d. dolo eventuale (...)”.

Articolo 132 d. lgs. n. 196/2003 – Acquisizione dei tabulati telefonici – Autorità competente – Pubblico Ministero – Giurisprudenza della Corte UE – Diretta applicazione – Impossibilità.

Cass. pen., Sez. II, Sent. 7 settembre 2021 (ud. 2 luglio 2021), n. 33116

Presidente Gallo, Relatore Pellegrino

In tema di acquisizione dei tabulati telefonici e individuazione dell'organo competente ad autorizzare tali operazioni, con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione si è pronunciata sugli effetti della sentenza del 2 marzo 2021 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa C 746/18.

L'impostazione della CGUE *“deve essere confrontata con l'assetto normativo attualmente delineatosi nel nostro ordinamento e, in particolare, con il consolidato orientamento della Suprema Corte secondo cui, in tema di acquisizione dei dati contenuti nei cd. tabulati telefonici, la disciplina italiana di conservazione dei dati di cui all'art. 132 d. lgs. 196/2003 deve ritenersi compatibile con le direttive in tema di privacy, e ciò poiché la deroga stabilita dalla norma alla riservatezza delle comunicazioni è prevista dall'art. 132 cit. per un periodo di tempo limitato, ha come esclusivo obiettivo l'accertamento e la repressione dei reati ed è subordinata alla emissione di un provvedimento di una autorità giurisdizionale indipendente com'è appunto il pubblico ministero”*.

Invero, se, da un lato, *“è indubitabile che debba attribuirsi ai principi espressi nelle sentenze CGUE il valore fondante del diritto comunitario con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità”*, dall'altro, *“l'attività interpretativa del significato e dei limiti di applicazione delle norme comunitarie, operata nelle sentenze CGUE, può avere efficacia immediata e diretta nel nostro ordinamento limitatamente alle ipotesi in cui non residuino, negli istituti giuridici regolati, concreti problemi applicativi e correlati profili di discrezionalità che richiedano l'intervento del*

legislatore nazionale, tanto più laddove si tratti di interpretazioni di norme contenute nelle direttive”.

Allo stato, quindi, “non può che ritenersi come l’interpretazione proposta dalla CGUE sia del tutto generica nell’individuazione dei casi nei quali i dati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti (‘lotta contro le forme gravi di criminalità’ o ‘prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica’), essendo evidente che tali aspetti non possono essere disciplinati da singole (e potenzialmente contrastanti) decisioni giurisprudenziali, dovendosi demandare al legislatore nazionale il compito di trasfondere i principi interpretativi delineati dalla Corte in una legge dello Stato”.

Ne deriva – conclude la Cassazione – “l’impossibilità di ritenere che la sentenza della CGUE possa trovare diretta applicazione in Italia fino a quando non interverrà il legislatore italiano ed anche europeo in quanto allo stato può e deve ritenersi applicabile l’art. 132 d. lgs. 196/2003”.

Articolo 323 c.p. – Abuso di ufficio – Riforma 2020 – Violazione di norme – Rilevanza – Condizioni.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 8 settembre 2021 (ud. 16 febbraio 2021), n. 33240

Presidente Fidelbo, Relatore Silvestri

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, sezione Sesta penale, ha affermato che, anche a seguito della riformulazione del reato di abuso di ufficio ad opera dell’art. 23, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 11 settembre 2020, n. 120, ai fini della integrazione del reato, la violazione di norme contenute in regolamenti può rilevare nel caso in cui esse, operando quali norme interposte, si risolvano nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito nella norma primaria e purché questa sia conforme ai canoni della tipicità e tassatività propri del precetto penale.

Articoli 590, c.p., 26, D. lgs. n. 81/2008, 5, D. lgs. n. 231/2001 – Infortuni sul lavoro – Responsabilità del committente – Vantaggio dell’ente – Velocizzazione dei tempi di lavorazione – Configurabilità.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 10 settembre 2021 (ud. 13 maggio 2021), n. 33595

Presidente Di Salvo, Relatore Tanga

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, si è pronunciata in tema di infortuni sul luogo di lavoro, con specifico riferimento a: (i.) gli obblighi e le responsabilità del committente, (ii.) la nozione di vantaggio in capo all’ente, ai sensi dell’art. 5, D. lgs. n. 231/2001.

Quanto al ruolo del committente, la Corte ha affermato che “in materia di infortuni sul lavoro gli obblighi di prevenzione in capo al committente le opere non si esauriscono negli accordi contrattuali assunti con l’appaltatore posto che la normativa vigente impone ai datori di lavoro di cooperare all’attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull’attività lavorativa oggetto dell’appalto”.

Infatti, “in caso di subappalto, il datore di lavoro dell’impresa affidataria deve verificare le condizioni di sicurezza dei lavori affidati, la congruenza dei piani operativi di sicurezza (POS) delle imprese esecutrici rispetto al proprio, nonché l’applicazione delle disposizioni del piano di sicurezza e coordinamento (PSC), con la conseguenza che in mancanza di quest’ultimo, egli deve attivarsi richiedendolo immediatamente al committente oppure rifiutandosi di conferire il subappalto (...)”.

La Corte ha poi ricordato che “il committente è titolare di una autonoma posizione di garanzia e può essere chiamato a rispondere dell’infortunio subito dal lavoratore qualora l’evento si colleghi causalmente ad una sua colpevole omissione, specie nel caso in cui la mancata adozione o l’inadeguatezza delle misure precauzionali sia immediatamente percepibile senza particolari indagini (...)”.

I Giudici hanno poi ulteriormente precisato che “il committente, anche nel caso di affidamento dei lavori ad un’unica ditta appaltatrice, è titolare di una posizione di garanzia idonea a fondare la sua responsabilità per l’infortunio, sia per la scelta dell’impresa sia in caso di omesso controllo dell’adozione, da parte dell’appaltatore, delle misure generali di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro (...)”.

Da ultimo, la Corte ha ribadito come “in materia di responsabilità colposa il committente di lavori dati in appalto (impresa appaltante rispetto all’appaltatore, o appaltatore rispetto ai subappaltatori) debba adeguare la sua condotta a fondamentali regole di diligenza e prudenza nello scegliere il soggetto al quale affidare l’incarico, accertandosi che tale soggetto sia non soltanto munito dei titoli di idoneità prescritti dalla legge, ma anche della capacità tecnica

e professionale, proporzionata al tipo astratto di attività commissionata ed alle concrete modalità di espletamento della stessa”.

Con riguardo alla nozione di vantaggio dell'ente, la Corte ha ricordato che “in tema di responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica, il vantaggio di cui all'art. 5, D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, operante quale criterio di imputazione oggettiva della responsabilità, può consistere anche nella velocizzazione degli interventi che sia tale da incidere sui tempi di lavorazione”.

Articolo 4 bis ord. penit. – Reati ostativi – Detenuto non collaborante – Permessi premio – Concessione – Condizioni.

Cass. pen., Sez. I, 10 settembre 2021 (ud. 14 luglio 2021), n. 33743

Presidente Iasillo, Relatore Magi

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione, prima Sezione, ha affermato che, ai fini dell'ammissibilità della domanda di permesso premio avanzata dal detenuto non collaborante, per reati di cui all'art. 4 bis, comma 1 ord. penit., dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019, è sufficiente l'allegazione di elementi di fatto che, anche solo in chiave logica, risultino pertinenti rispetto ai temi di prova, rappresentati dalla assenza di collegamenti con la criminalità organizzata e dall'assenza del pericolo di un ripristino dei medesimi e siano idonei a contrastare la presunzione di perdurante pericolosità prevista dalla legge.

Articoli 216 L.f., 40, comma 2, c.p. – Bancarotta fraudolenta – Consigliere senza deleghe – Omesso impedimento dell'evento – Configurabilità – Condizioni.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 13 settembre 2021 (ud. 9 luglio 2021), n. 33856

Presidente Pezzullo, Relatore Borrelli

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quinta, ha ricordato le condizioni per poter ascrivere un fatto di bancarotta fraudolenta in capo al consigliere di amministrazione senza deleghe che ometta di impedire fatti illeciti nel complesso commessi dalla società.

I Giudici hanno affermato che “in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ai fini della configurabilità del concorso dell'amministratore privo di delega per omesso impedimento dell'evento, è necessario che emerga la prova, da un lato, dell'effettiva conoscenza

di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di ‘segnali di allarme’ inequivocabili dai quali desumere l'accettazione del rischio - secondo i criteri propri del dolo eventuale - del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altro, della volontà - nella forma del dolo indiretto - di non attivarsi per scongiurare detto evento”.

Articolo 321 c.p.p. – Sequestro preventivo – Gravi indizi di reato – Accertamento in concreto – Necessità.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 14 settembre 2021 (ud. 13 aprile 2021), n. 33965

Presidente Di Stefano, Relatore Silvestri

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha affrontato il tema della verifica, da parte del Giudice, del requisito del *fumus commissi delicti* in relazione al reato per il quale è stato disposto sequestro preventivo.

Ai fini del sequestro – si legge nella decisione – “un reato deve essere configurabile ed il giudice deve poter esercitare un controllo effettivo che, pur coordinato e proporzionale con lo stato del procedimento e con lo stato delle indagini, non sia meramente formale, apparente ed appiattito alla mera prospettazione astratta, ipotetica ed esplorativa della esistenza di un reato da parte della Pubblica Accusa”.

Ciò che deve essere in concreto verificato nell'ambito degli elementi di fatto indicati dall'Accusa – precisa il collegio – “è la loro congruità ai fini della legittimità del provvedimento di sequestro: il Giudice, in altri termini, non deve limitarsi a prendere atto della tesi accusatoria – senza svolgere alcuna altra attività – ma è tenuto ad assolvere un indispensabile ruolo di garanzia, tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta ed esaminando sotto ogni aspetto l'integralità dei presupposti che legittimano il sequestro”.

In conclusione, spetta al giudice il dovere di accertare la sussistenza del cd. *fumus commissi delicti* (costituito dalla esistenza di elementi concreti che facciano apparire verosimile che un reato sia stato commesso), il quale, “pur ricondotto nel campo dell'astrattezza, va sempre riferito ad un'ipotesi ascrivibile alla ‘realtà effettuale’ e non a quella ‘virtuale’”.

Articoli 268, 293, comma 3, c.p.p. – Notificazione o esecuzione della ordinanza di misura cautelare personale – Mancata consegna dei files

contenenti le registrazioni di conversazioni telefoniche – Nullità dell’ordinanza cautelare.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 14 settembre 2021 (ud. 13 luglio 2021), n. 33968

Presidente Fidelbo, Relatore Giordano

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata in tema di accesso ai files contenenti le registrazioni delle intercettazioni poste a fondamento di una misura cautelare.

Sul punto, la Corte ha ribadito il principio di diritto secondo cui “costituisce causa di nullità dell’ordinanza di applicazione di misura cautelare personale il rifiuto o l’ingiustificato ritardo del pubblico ministero nel consentire l’accesso alle registrazioni delle conversazioni telefoniche o di riprese audiovisive utilizzate ai fini della applicazione della misura medesima, sempre che il difensore dell’interessato dimostri di essersi attivato tempestivamente per la richiesta e l’esame del materiale, anche richiedendo, nel caso di oggettiva impossibilità di completare la propria attività, il rinvio dell’udienza di riesame ai sensi dell’art. 309, comma 9-bis cod. proc. pen.”.

Articoli 704, 705, 706 c.p.p., 17, 22, 22 bis, L n. 69/2005 – Brexit – Consegna di persone ricercate da e verso il Regno Unito – Nuova procedura di consegna.

Cass. pen., Sez. fer., Sent. 16 settembre 2021 (ud. 24 agosto 2021), n. 34466

Presidente Zaza, Relatore Silvestri

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione feriale, si è pronunciata in merito alla procedura applicabile per la consegna di persone ricercate da/verso il Regno Unito, all’indomani dell’uscita di quest’ultimo stato dall’Unione Europea e della stipula da parte di UK e UE dell’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione europea ed il Regno di Gran Bretagna, il quale prevede – fra l’altro – un nuovo sistema di consegna di persone ricercate.

In estrema sintesi, la Corte ha offerto il seguente quadro giuridico oggi vigente in materia.

- *l’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione europea ed il Regno di Gran Bretagna è un accordo dettagliato e vigente, ispirato, quanto al modello di cooperazione penale, ad un rapporto di fiducia, di reciproco riconoscimento, di rapporti diretti tra Autorità giudiziarie e dunque ‘distante’ da quello che caratterizza il modello estradizionale;*

- *la consegna di persone ricercate è subordinata alla emissione di un mandato di arresto, di cui l’Accordo stesso definisce in maniera stringente presupposti, requisiti, contenuto, esecuzione;*

- *l’Autorità giudiziaria dello Stato italiano deve verificare, ai fini della esecuzione del mandato di arresto e della consegna della persona ricercata, che non sussistano motivi che impediscano la esecuzione del mandato;*

- *quanto alla procedura relativa ai tempi ed alle modalità di assunzione della decisione sulla esecuzione del mandato, l’Accordo prevede che la decisione definitiva debba essere assunta entro 60 giorni dall’arresto del ricercato (art. 615);*

- *in assenza di un intervento del legislatore volto ad indicare il modulo procedimentale da seguire per garantire effettività al principio suddetto, per i tempi e le modalità di assunzione della decisione, devono essere applicate le norme previste al riguardo dalla legge n. 69 del 2005, in quanto compatibili”.*

Articolo 649 c.p.p. – Giudicato in seno alla giurisdizione canonica della Santa Sede – Secondo giudizio in seno alla giurisdizione italiana – Ne bis in idem – Inapplicabilità.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 17 settembre 2021 (ud. 18 maggio 2021), n. 34576

Presidente Sarno, Relatore Andreazza

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione terza, si è pronunciata in merito alla applicabilità del divieto di doppio giudizio per lo stesso fatto (ne bis in idem, stabilito dall’art. 649 c.p.p.) qualora il primo giudizio sia stato celebrato in seno alla giurisdizione canonica della Santa Sede.

Prima di vedere il ragionamento della Corte, si anticipa che la conclusione cui essa è pervenuta è che il *ne bis in idem* non sia in questo caso applicabile, con la conseguenza che un soggetto può essere giudicato e punito sia dalla Santa Sede che dalla giurisdizione italiana per lo stesso fatto.

Nel caso di specie, l’imputato era stato tratto a giudizio per avere posto in essere atti sessuali nei confronti di minore di anni sedici affidatogli per ragioni di educazione religiosa (art. 609 *quater* n. 2 c.p.), dopo essere stato giudicato, in sede di giurisdizione canonica, per i medesimi fatti a conclusione di un “processo penale amministrativo”, e condannato, dal delegato dell’Arcivescovo di Pescara-Penne, con decreto penale, alla pena espiatoria perpetua del divieto di esercizio del ministero sacerdotale in perpetuo, con minori di età,

nonché alle pene temporanee della sospensione dal ministero sacerdotale per un termine di tre anni e dell'obbligo di dimora, per un periodo di cinque anni per una vita di preghiera e di penitenza, da trascorrere presso una comunità.

Anzitutto, la Corte ha rilevato che tale provvedimento di condanna *“non è certamente riconducibile nel novero dei provvedimenti adottati dai tribunali dello Stato della Città del Vaticano, entità distinta ed autonoma rispetto alla Santa Sede, avente potestà giurisdizionale per i delitti previsti dal codice penale e commessi all'interno di questo stesso Stato, ma nell'ambito di quelli previsti dall'ordinamento canonico”*.

Inoltre, ad avviso della Corte, *“alle pene irrogate (...) non può non riconoscersi (...), natura afflittiva, atteso che le stesse consistono nella ‘privazione di alcuni beni spirituali o temporali imposta legittimamente ad un fedele’, in forma di obbligo, proibizione, privazione, inabilitazione, espulsione, etc. (...), privazione individuabile, dunque, sia nel divieto di esercizio permanente che nell' obbligo di dimora, sia pure temporaneo”*.

Ciò premesso, il Supremo Collegio ha rilevato che *“gli ambiti giurisdizionali da porre nella specie a raffronto tra loro (...) sono costituiti, da un lato, dalla giurisdizione canonica, cui il chierico è assoggettato in ragione del suo status clericale, e, dall'altro, dalla giurisdizione statuale (nella specie quella italiana), cui egli è invece assoggettato in ragione del suo status civitatis (essendo l'imputato cittadino italiano cui è rimproverato un fatto-reato commesso in Italia)”*.

In merito alla natura del principio di *ne bis in idem*, la Corte ha ritenuto che esso non costituisca un diritto inviolabile dell'uomo, poiché:

- nessun riferimento al *ne bis in idem* può rinvenirsi agli articoli 2 e 3 della Costituzione
- va escluso che tale principio, con riferimento all'efficacia delle sentenze penali straniere, debba essere riconosciuto come inerente ai diritti inviolabili della persona umana in base alla Convenzione EDU
- neppure può ricorrersi, come correttamente ritenuto dalla sentenza impugnata, all'art. 10 Cost., secondo cui *“l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”*.

Evocando la propria giurisprudenza, la Corte ha infatti ricordato come *“il principio del ne bis in idem non abbia natura (...) di principio generale del diritto internazionale capace di prevalere sul principio di*

territorialità degli artt. 6 e 11 cod. pen., potendo lo stesso trovare applicazione solo in presenza di convenzioni, ratificate e rese esecutive, tra Stati, vincolanti unicamente i paesi contraenti nei limiti dell'accordo raggiunto”.

A tal proposito, il Collegio ha rilevato *“come né sussistano accordi specifici intervenuti tra le due parti, né la Santa Sede abbia aderito a convenzioni, di cui sia parte anche l'Italia, che abbiano disciplinato, in deroga all'art. 11 cod. pen., il principio del ne bis in idem. Va in particolare pacificamente escluso che la Santa Sede abbia aderito alla ‘Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen’ (...). Così come è da escludersi che la stessa Santa Sede abbia aderito all'Unione Europea, solo avendo una stabile rappresentanza diplomatica con sede a Bruxelles; il fatto che il Vaticano sia, poi, una ‘enclave’ dell'Italia, quale membro della Unione Europea, non consente certo di affermare, in mancanza di una formale adesione, mai intervenuta, che anche il Vaticano, e la Santa Sede, siano, consequenzialmente, membri della stessa. Allo stesso modo, va rilevato che la Santa Sede non è membro della Organizzazione delle Nazioni Unite, avendovi solo lo status di ‘Osservatore Permanente”*.

La Corte ha ulteriormente affermato che *“non appare nella specie invocabile neppure il principio del ne bis in idem specificamente regolato dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione EDU (...)”*. Il principio di *ne bis in idem* ivi richiamato, infatti, *“non è certamente applicabile nei casi di duplice procedimento nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto in due Stati diversi, come confermato dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU”*.

In ultimo, alla applicabilità del principio di *ne bis in idem* non può nemmeno pervenirsi *“per effetto del disposto dell'art. 23, comma primo, del Trattato tra Santa Sede ed Italia (...) secondo cui ‘per l'esecuzione nel Regno [oggi Repubblica] delle sentenze emanate dai tribunali della Città del Vaticano si applicheranno le norme del diritto internazionale’, ostandovi anzitutto (...), la applicabilità di tale previsione alle sole sentenze ‘dei tribunali della Città del Vaticano’ (ovvero Tribunale di prima istanza, Corte d'Appello e Corte di cassazione) e non anche delle autorità ecclesiastiche”*. In ogni caso, ha rilevato la Corte, *“la norma non contiene alcuna deroga al principio ex art. 6 cod. pen. della giurisdizione dello Stato italiano per i reati commessi nel suo territorio”*.

In conclusione, la Corte ha affermato che *“nulla osta a che il chierico, giudicato in sede canonica per il reato*

di cui all'art. 609-quater cod. pen., possa essere giudicato per lo stesso fatto anche dalla giurisdizione statale".

Articoli 6 e 589 c.p., 26 d. lgs. n. 81/2008 – Infortuni sul lavoro – Infortunio avvenuto all'estero – Giurisdizione italiana – Sussistenza – Condizioni – Infortunio avvenuto nell'ambito di un rapporto di appalto – Riparto di responsabilità tra committente e appaltatore.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 27 settembre 2021 (ud. 20 maggio 2021), n. 35510

Presidente Di Salvo, Relatore Esposito

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione quarta, ha affrontato alcuni importanti questioni in tema di responsabilità penale per infortuni sul luogo di lavoro.

Il primo tema di interesse riguarda la ricorrenza della giurisdizione italiana qualora l'infortunio si sia verificato all'estero.

Sul punto, la Corte ha affermato che *"ai fini dell'affermazione della giurisdizione italiana in relazione a reati commessi in parte all'estero, è sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta, intesa in senso naturalistico, che, seppur privo dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile in modo tale da collegare la parte della condotta realizzata in Italia a quella realizzata in territorio estero"*. Questo principio, hanno ricordato i Giudici, *"è stato affermato anche in tema di concorso di persone nel reato e di frazione di condotta contestata ad uno dei concorrenti (...) nonché in tema di condotta omissiva del datore di lavoro (...)"*.

Parimenti, ha chiarito il Collegio, *"è perseguibile in base alla legislazione italiana e davanti al giudice italiano la violazione di norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro accertata a bordo di una nave battente bandiera straniera, quando detta violazione, ed i conseguenti effetti lesivi, non abbiano interessato gli appartenenti alla c.d. 'comunità navale' sottoposta, come tale, alla giurisdizione dello Stato cui la nave appartiene, ma bensì estranei alla detta comunità quali (...) lavoratori italiani (...), peraltro dipendenti di un'impresa italiana"*.

Sotto un profilo generale, peraltro, *"la normativa italiana in materia infortunistica, essendo posta a presidio del bene fondamentale della salute in ambito lavorativo, di sicura rilevanza costituzionale, deve considerarsi di ordine pubblico, per cui i datori di*

lavoro e gli altri responsabili della sicurezza sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie, al fine di prevenire possibili infortuni, ovunque l'attività lavorativa si svolga".

Il secondo tema di interesse riguarda il riparto di responsabilità tra "datore di lavoro distaccante" e "soggetto distaccatario", nel caso in cui il lavoratore sia distaccato da un'impresa ad un'altra.

La Corte ha affermato che in questo caso *"il datore di lavoro distaccante, oltre all'obbligo di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali questo viene distaccato, ha il dovere di vigilare, per tutta la durata della lavorazione, anche sulla corretta funzionalità dei presidi, strumentali rispetto alla lavorazione, dei quali ha dotato il lavoratore"*.

Per conseguenza *"è preclusa la possibilità del datore di lavoro di inviare il personale dipendente 'al buio' nel cantiere di un'altra società e di limitarsi ad indicare le mansioni da espletare, esonerandosi da ogni responsabilità. Il titolare ha l'obbligo di verificare l'azienda dove il lavoratore deve svolgere la prestazione e le specifiche condizioni di sicurezza del cantiere. La dislocazione all'estero del cantiere costituisce un fattore del tutto irrilevante, inidoneo di per sé ad escludere l'operatività degli obblighi incombenti sul datore di lavoro"*.

L'ultimo tema di interesse riguarda il cd. "rischio interferenziale", tra committente e appaltatore.

Sul punto, la Corte ha anzitutto che *"l'art. 7 D. L.vo n. 626 del 1994 (in vigore al tempo del fatto, ndr) impone l'obbligo di coordinamento e di cooperazione in caso di compresenza di più imprese nel cantiere per la cui operatività occorre avere riguardo non alla qualificazione civilistica attribuita al rapporto tra le imprese che cooperano tra loro, ma all'effetto che tale rapporto origina, vale a dire alla concreta interferenza tra le organizzazioni che operano sul medesimo luogo di lavoro e che può essere fonte di ulteriori rischi per l'incolumità dei lavoratori delle imprese coinvolte"*.

I Giudici hanno precisato che *"il concetto di 'rischio interferenziale' non riceve una declinazione normativa; una definizione, invero, può rinvenirsi nella Determinazione n. 3 del 2008 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che la intende come 'circostanza in cui si verifica un contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti'. Ne discende che la ratio dell'art. 7 D. L.vo n. 626 del 1994 (ora art.*

26, comma 2, lett. a, D. Lgs. n. 81 del 2008) consiste nel tutelare i lavoratori appartenenti ad imprese diverse che si trovino ad interferire le une con le altre per lo svolgimento di determinate attività lavorative nel medesimo luogo di lavoro e far sì che il datore di lavoro committente organizzi la prevenzione dei rischi interferenziali, derivanti da tale compresenza, attivando e promuovendo percorsi condivisi di informazione e cooperazione e soluzioni comuni di problematiche complesse, rese tali dalla sostanziale

estraneità dei dipendenti delle imprese appaltatrici all'ambiente di lavoro dove prestano la loro attività lavorativa. Ciò che rileva, quindi, per ravvisarne l'operatività, non è la qualificazione civilistica attribuita al rapporto tra imprese che cooperano tra loro, quanto l'effetto creato da tale rapporto, cioè l'interferenza tra organizzazioni, che può costituire fonte di ulteriori rischi per i lavoratori di tutte le imprese coinvolte".

LEGISLAZIONE

Legge 27 settembre 2021, n. 134 – “*Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”.

È stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 237 del 4 ottobre 2021, la Legge 27 settembre 2021, n. 134 recante “*Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*” (cd. Riforma Cartabia), che entra in vigore il 19 ottobre 2021.

Il testo si compone di 2 articoli:

– l’art. 1 (composto da 28 commi) avente ad oggetto “*Delega al Governo per la modifica del codice di procedura penale, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, del codice penale e della collegata legislazione speciale nonché delle disposizioni dell’ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l’introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e di una disciplina organica dell’ufficio per il processo penale*”;

– l’art. 2 (composto da 24 commi) avente ad oggetto “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alle norme di attuazione del codice di procedura penale e disposizioni di accompagnamento della riforma*”.

Fra le modifiche introdotte dall’art. 2 merita qui segnalare in particolare le seguenti.

Introduzione nel codice penale dell’art. 161-bis (*Cessazione del corso della prescrizione*) – Il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado. Nondimeno, nel caso di annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, la prescrizione riprende il suo

corso dalla data della pronuncia definitiva di annullamento.

Introduzione nel codice di procedura penale dell’art. 344-bis (*Improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*). – 1.

La mancata definizione del giudizio di appello entro il termine di due anni costituisce causa di improcedibilità dell’azione penale.

2. La mancata definizione del giudizio di cassazione entro il termine di un anno costituisce causa di improcedibilità dell’azione penale.

3. I termini di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo decorrono dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall’articolo 544, come eventualmente prorogato ai sensi dell’articolo 154 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del presente codice, per il deposito della motivazione della sentenza.

4. Quando il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare, i termini di cui ai commi 1 e 2 sono prorogati, con ordinanza motivata del giudice che procede, per un periodo non superiore a un anno nel giudizio di appello e a sei mesi nel giudizio di cassazione. Ulteriori proroghe possono essere disposte, per le ragioni e per la durata indicate nel periodo precedente, quando si procede per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, per i delitti di cui agli articoli 270, terzo comma, 306, secondo comma, 416-bis, 416-ter, 609-bis, nelle ipotesi aggravate di cui all’articolo 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, nonché per i

delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1, primo comma, del codice penale e per il delitto di cui all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Nondimeno, quando si procede per i delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1, primo comma, del codice penale, i periodi di proroga non possono superare complessivamente tre anni nel giudizio di appello e un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione.

5. Contro l'ordinanza che dispone la proroga del termine previsto dal comma 1, l'imputato e il suo difensore possono proporre ricorso per cassazione, a pena di inammissibilità, entro cinque giorni dalla lettura dell'ordinanza o, in mancanza, dalla sua notificazione. Il ricorso non ha effetto sospensivo. La Corte di cassazione decide entro trenta giorni dalla ricezione degli atti osservando le forme previste dall'articolo 611. Quando la Corte di cassazione rigetta o dichiara inammissibile il ricorso, la questione non può essere riproposta con l'impugnazione della sentenza.

6. I termini di cui ai commi 1 e 2 sono sospesi, con effetto per tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo, nei casi previsti dall'articolo 159, primo comma, del codice penale e, nel giudizio di appello, anche per il tempo occorrente per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. In caso di sospensione per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, il periodo di sospensione tra un'udienza e quella successiva non può comunque eccedere sessanta giorni. Quando è necessario procedere a nuove ricerche dell'imputato, ai sensi dell'articolo 159 del presente codice, per la notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello o degli avvisi di cui all'articolo 613, comma 4, i termini di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo sono altresì sospesi, con effetto per tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo, tra la data in cui l'autorità giudiziaria dispone le nuove ricerche e la data in cui la notificazione è effettuata.

7. La declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato chiede la prosecuzione del processo.

8. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 624, le disposizioni di cui ai commi 1, 4, 5, 6 e 7 del presente articolo si applicano anche nel giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello. In questo

caso, il termine di durata massima del processo decorre dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'articolo 617.

9. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei procedimenti per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti.

Decreto Legge 30 settembre 2021, n. 132 – *“Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP”*.

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 234 del 30 settembre 2021 il Decreto-Legge 30 settembre 2021, n. 132 recante *“Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP”*.

Il provvedimento interviene in tema di acquisizione dei tabulati telefonici prevedendo quanto segue.

All'articolo 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private.»;

b) dopo il comma 3 sono inseriti i seguenti:

«3-bis. Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.



TRIMESTRALE, 3, 2021

3-ter. Rispetto ai dati conservati per le finalità indicate al comma 1 i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le

modalità di cui all'articolo 2-undecies, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo».

Il provvedimento entra in vigore il 30 settembre 2021.

CONTRIBUTI

Lo schema di decreto legislativo per l'attuazione della direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale: analisi e considerazioni.

di **M. A. Morabito**

La direttiva UE 1673/2018 riguardante la lotta al riciclaggio mediante il diritto penale, diversamente dalle altre direttive AML focalizzate più sull'aspetto preventivo, detta regole sostanziali e procedurali volte a rendere più efficiente la cooperazione transfrontaliera tra gli Stati, anche attraverso l'aggiornamento dei requisiti minimi relativi alla configurazione del riciclaggio come reato, nell'intento di colmare lacune e zone franche nei vari Stati membri.

Dopo un primo tempo, nel quale si è avuta l'impressione che le nostre istituzioni considerassero superfluo l'adeguamento della normativa interna, il Governo – sollecitato anche dall'apertura di una procedura di infrazione della Commissione europea nei confronti dell'Italia – si è mosso nello scorso mese di agosto, approvando lo schema di decreto legislativo che verrà analizzato nel presente contributo.

Nello specifico, l'autore, dopo aver esaminato le principali modifiche al codice penale che il Governo ha inteso proporre, approfondisce alcuni aspetti che potrebbero rendere problematica l'armonizzazione tra i principi europei ed il sistema punitivo italiano.

Sommario. **1.** Il recepimento della direttiva UE 2018/1673 e la procedura di infrazione a carico dell'Italia. – **2.** Le principali novità della direttiva. – **3.** Lo schema di decreto legislativo di attuazione. – **4.** La definizione dell'attività costituente riciclaggio. **4.1.** L'estensione ai delitti colposi ed alle contravvenzioni dei presupposti del riciclaggio. – **4.2** L'intervento modificativo sul delitto di ricettazione. – **4.3** L'autoriciclaggio. – **5.** La modifica all'articolo 9 del codice penale in tema di giurisdizione. – **6.** La mancata modifica dell'articolo 10 del codice penale. – **7.** L'accertamento del reato presupposto. – **8.** Considerazioni finali.

1. Il recepimento della direttiva UE 2018/1673 e la procedura di infrazione a carico dell'Italia.

Lo scorso 6 agosto 2021 il Governo ha emanato lo schema di decreto legislativo per l'attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale, nel rispetto dei termini (tre mesi prorogabili di altri tre mesi ex art. 31 L. 234/2012) stabiliti dall'articolo 1 della legge 22 aprile 2021 n. 53 di delegazione europea per l'adozione dei principi e criteri direttivi necessari per l'adeguamento della legislazione italiana alle previsioni della direttiva europea sulla lotta al riciclaggio. Dovrebbe così essere evitato il proseguimento della procedura di infrazione instaurata dalla Commissione europea con la lettera di messa in mora del 3 febbraio 2021 a carico del nostro Paese per il mancato recepimento della direttiva europea entro il termine fissato (3 dicembre 2020).

Il ritardo del nostro Paese nel dare attuazione alla direttiva 1673/2018 (tale da determinare l'apertura formale della procedura di infrazione) rispecchia lo scarso interesse generale con il quale è stato accolto

il provvedimento europeo, nell'errata presunzione che l'ordinamento italiano sia perfettamente *compliant* rispetto agli obblighi sanciti dalla direttiva. In realtà così non è, giacché la direttiva sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale contiene principi ed obblighi che non possono essere sottovalutati, riguardanti sia la descrizione delle azioni che devono costituire riciclaggio (artt. 2 e 3 direttiva) sia la giurisdizione penale ed il *locus commissi delicti* (art. 10 direttiva), rispetto ai quali la nostra legislazione presenta indubbie lacune¹.

2. Le principali novità della direttiva.

La direttiva 1673/2018 mira a contrastare il riciclaggio attraverso il diritto penale, in ciò distinguendosi dalle precedenti direttive tuttora in vigore (la IV direttiva AML n. 849/2015, modificata dalla V direttiva n. 843/2018) aventi un approccio più incentrato sulla prevenzione e vigilanza rispetto a tale fenomeno. Lo scopo, come si legge al considerando 3, è quello di allineare la disciplina giuridica europea agli standard internazionali dettati

dalle raccomandazioni del GAFI (Gruppo di azione finanziaria internazionale) del 2012 e ai successivi aggiornamenti. In quest'ottica, la direttiva 1673/2018 da una parte prevede nuove norme in materia di giurisdizione e litispendenza volte a rendere più rapida ed efficiente la cooperazione transfrontaliera tra le autorità; dall'altra, detta agli Stati membri i requisiti minimi relativi alla configurazione del riciclaggio come reato ed alle sue sanzioni, reputando insufficiente in tal senso e meritevole di riforma la decisione quadro 2001/500/GAI², che ha comportato il rischio concreto che il riciclatore possa essere agevolato per effetto delle lacune normative nei vari ordinamenti nazionali e degli ostacoli alla cooperazione tra gli Stati.

3. Lo schema di decreto legislativo di attuazione.

Lo schema di decreto legislativo trasmesso alle commissioni parlamentari intende adeguare la nostra legislazione attraverso significative modifiche al codice penale, e segnatamente all'articolo 9 (delitto comune del cittadino all'estero) per la parte generale nonché agli articoli 648 (ricettazione), 648-bis (riciclaggio), 648-ter (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita) e 648-ter.1 (autoriciclaggio) per la parte speciale³. In estrema sintesi, le novità riguardano:

- L'ampliamento del catalogo dei reati presupposto delle diverse fattispecie di riciclaggio comprendendo anche i delitti colposi e le contravvenzioni: il denaro, i beni o le utilità trasferiti o sostituiti possono ora provenire indifferentemente da qualsiasi reato; viene, inoltre, prevista una diminuzione di pena nel solo caso in cui il reato presupposto sia costituito da una contravvenzione;
- la rimodulazione delle pene previste per i delitti di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio attraverso l'introduzione di nuove circostanze aggravanti (esercizio di attività professionale per i fatti di ricettazione) ed attenuanti (provenienza del denaro o delle cose da contravvenzione, particolare tenuità dei fatti di ricettazione);
- l'eliminazione della condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della giustizia prevista dall'articolo 9 cod. pen. in ordine ai reati di ricettazione e autoriciclaggio commessi dal cittadino all'estero.

4. La definizione dell'attività costituente riciclaggio.

4.1. L'estensione ai delitti colposi ed alle contravvenzioni dei presupposti del riciclaggio.

Nel dettaglio, in primo luogo l'Esecutivo ha ritenuto necessario un adeguamento della normativa interna in relazione all'art. 2 par. 1 della direttiva, che descrive una nozione di attività criminosa assai ampia in quanto comprensiva di qualsiasi tipo di reato presupposto con pena detentiva massima superiore ad un anno (pena minima di sei mesi in caso di soglia edittale). Tale descrizione è pertanto incompatibile rispetto all'attuale previsione del codice penale italiano. Nella formulazione attuale, infatti, gli artt. 648-bis e 648-ter.1 c.p. contemplano come presupposto della condotta i soli delitti non colposi; inoltre, gli artt. 648 e 648-ter c.p. fanno riferimento esclusivamente ai delitti come presupposto della condotta e non alle contravvenzioni.

Lo schema di decreto prevede la soppressione delle parole "*non colposo*" dal testo degli artt. 648 bis e 648-ter.1: la disciplina verrebbe così equiparata alla più ampia descrizione di delitto presupposto già esistente per i delitti di ricettazione ex art. 648 e reimpiego ex art. 648-ter c.p. che prescinde dalla natura dolosa o colposa del delitto presupposto ("*...provenienti da delitto*").

Inoltre, il decreto sostituisce la parola "*delitto*" con "*reato*" nel testo del terzo comma dell'art. 648 c.p. (ricettazione) e introduce una specifica circostanza attenuante nel trattamento sanzionatorio previsto dagli articoli 648⁴, 648-bis⁵, 648-ter⁶ e 648-ter.1⁷, laddove il reato presupposto sia rappresentato da una contravvenzione.

L'estensione anche ai delitti colposi ed alle contravvenzioni del reato presupposto imporrà una riflessione anche sull'elemento soggettivo dei reati di riciclaggio e suo accertamento. Infatti, nel nostro sistema penale da un lato non esiste un delitto di riciclaggio colposo⁸; dall'altro, le contravvenzioni sono punite indifferentemente a titolo di dolo o colpa ma è comunque necessario l'accertamento in concreto dell'una o altra forma di colpevolezza laddove da tale distinzione la legge faccia derivare un effetto giuridico. D'altra parte, la direttiva 1673 nel delimitare all'articolo 3 la figura del reato attraverso la descrizione delle azioni che devono costituire riciclaggio, specifica testualmente che tali condotte devono essere poste in atto

intenzionalmente ed essere caratterizzate dalla consapevolezza della provenienza dei beni da attività criminosa⁹. Il considerando n. 13 della direttiva, inoltre, aggiunge anche l'indicazione di criteri esemplificativi di massima per valutare la sussistenza dell'elemento soggettivo alla luce del caso concreto. In tale contesto, potrebbe essere opportuna una migliore caratterizzazione dell'elemento soggettivo doloso nella descrizione delle fattispecie di riciclaggio del nostro codice penale (senza per questo sconfinare in un inaccettabile recupero del dolo specifico).

4.2. L'intervento modificativo sul delitto di ricettazione.

Altri significativi interventi di modifica riguardano la fattispecie di ricettazione ex art. 648 c.p.. Infatti, anche tale delitto ricade interamente nella definizione delle condotte che devono costituire riciclaggio *lato sensu* inteso, descritte dall'art. 3 par. 1 lett. c) della direttiva 1673, ossia l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni nella consapevolezza, al momento della ricezione, che gli stessi provengono da un'attività delittuosa. Tale inclusione, a ben vedere, non costituisce una novità, se si osserva che la definizione europea di riciclaggio è sempre stata molto ampia e comprende tutte le varie condotte di *placement*, *layering* ed *integration*, ivi inclusa l'attività sopra descritta. La condotta integrante la nozione nostrana di ricettazione, infatti, era già contenuta sin nella prima direttiva antiriciclaggio 91/308/CEE, laddove all'art. 1 venivano definite come azioni costituenti riciclaggio anche *“l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni nella consapevolezza, al momento della ricezione, che i beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività”*. Ciò in conformità a quanto definito dalla Convenzione di Vienna del 1988 (art. 3) e dalla Convenzione di Strasburgo del 1990 (art. 6). La nozione ampia di riciclaggio vincolante per gli Stati membri viene poi ribadita in tutte le direttive AML approvate negli anni successivi¹⁰.

Oggi, dunque, il Governo interviene per adeguare la fattispecie italiana di ricettazione alle direttive europee antiriciclaggio con modifiche che riguardano soltanto l'aspetto sanzionatorio del delitto. Come si legge, infatti, nella relazione illustrativa al decreto, l'Esecutivo considera l'attuale fattispecie descritta dall'art. 648 c.p. pienamente in linea con le previsioni della direttiva, sia per

l'elemento soggettivo (la necessaria consapevolezza della provenienza delittuosa dei beni ricevuti e la nozione ampia di profitto che caratterizza il dolo specifico) sia per gli aspetti oggettivi (il concetto ampio della “cosa” di provenienza delittuosa, oggetto materiale del delitto), anche se – a tal fine – viene soltanto richiamata la consolidata interpretazione della giurisprudenza della Cassazione.

Le uniche modifiche, quindi, per rispettare l'esigenza di proporzionalità della pena (art. 5 par. 1 direttiva), consisterebbero in primo luogo nella sostituzione del capoverso dell'attuale art. 648 c.p., riguardante le ipotesi di ricettazione di particolare tenuità, con la previsione della pena massima di tre anni di reclusione nel caso di denaro o cose provenienti da contravvenzione¹¹. Inoltre, lo schema di decreto legislativo interviene sulla fattispecie di ricettazione aggiungendo anche in relazione a tale delitto un nuovo comma riguardante la specifica aggravante della professionalità già prevista negli art. 648-bis e 648-ter esistenti¹². Ciò in conformità all'articolo 6 par. 1 lett. b) della direttiva 1673, dove è previsto l'obbligo per lo Stato membro di considerare come circostanze aggravanti la commissione di riciclaggio previsti dagli articoli 3 e 4 della direttiva da parte di un soggetto obbligato e nell'esercizio della sua attività professionale.

4.3. L'autoriciclaggio.

Con la direttiva 1673, al considerando 11 e all'articolo 3 par. 5, per la prima volta viene imposto espressamente agli Stati membri l'obbligo di perseguire come reato anche le condotte poste in essere dall'autore dell'attività criminosa che ha generato i beni (autoriciclaggio). Ciò a condizione che l'attività commessa non si limiti alla mera detenzione od utilizzazione dei beni. Anche se il nostro ordinamento conosce la fattispecie di autoriciclaggio cui all'art. 648-ter.1 cod. pen. sin dal 2014, ossia dal tempo in cui la perseguibilità di tale fattispecie era soltanto raccomandata dalla normativa europea ma non obbligatoria, la novità va considerata rilevante specie nell'ottica della reciprocità e cooperazione internazionale che la direttiva intende assicurare.

5. La modifica all'articolo 9 del codice penale in tema di giurisdizione.

Il terzo e non meno rilevante intervento modificativo del Governo riguarda l'attuazione dell'articolo 10

par. 1 lett. b) della direttiva 1673 che sancisce l'obbligo per gli stati membri di radicare la propria giurisdizione nazionale nel caso in cui l'autore dei reati di cui agli artt. 3 e 4 della direttiva (ricettazione e autoriciclaggio) sia un proprio cittadino. La direttiva 1673/2018, infatti, come si legge nei considerando n. 1 e 9, muove dall'esigenza di favorire la cooperazione transfrontaliera tra le autorità competenti nella lotta al riciclaggio e regola quindi anche la giurisdizione ed il *locus commissi delicti*, allo scopo di evitare che il riciclatore possa usufruire della legislazione più favorevole di un altro Stato o della sua minore collaborazione informativa¹³.

Lo schema di decreto legislativo prevede la modifica dell'articolo 9 cod. pen. con l'aggiunta (al quarto comma) degli art. 648 e 648-ter.1 tra i reati per i quali la condizione di procedibilità della richiesta del Ministro non è necessaria, ferma restando per la procedibilità – tuttavia – l'obbligatoria presenza del cittadino nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 9 primo comma (non modificato)¹⁴. Ciò colmerebbe l'evidente lacuna in tema di procedibilità attualmente esistente per il delitto di autoriciclaggio ex art. 648-ter.1 c.p. nel caso in cui lo stesso venga commesso interamente all'estero dal cittadino italiano: tale delitto è attualmente perseguibile nel nostro paese soltanto dietro richiesta del ministro della giustizia, essendo l'art. 648-ter.1 c.p. punito nel minimo con la reclusione da due anni e perciò inferiore ai tre anni previsti dall'art. 9 c.p. nella formulazione odierna (*idem* per il delitto di ricettazione ex art. 648 c.p.)¹⁵.

In relazione agli altri delitti di riciclaggio ex art. 648-bis e reimpiego ex art. 648-ter, invece, non è prevista alcuna modifica all'art. 9 c.p. trattandosi di reati la cui pena non è inferiore nel minimo a tre anni per i quali, quindi, la richiesta del Ministro non è necessaria.

L'Esecutivo si è mosso in questo caso in modo analogo a quanto avvenuto con la legge di contrasto ai reati contro la pubblica amministrazione del 9 gennaio 2019 n. 3, la quale ha già modificato il testo dell'articolo 9 c.p. con l'aggiunta di un nuovo comma 4 secondo il quale la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non è necessaria per la perseguibilità dei delitti di corruzione attiva e passiva previsti dagli articoli 320, 321 e di traffico di influenze illecite ex art. 346 bis c.p.. Tuttavia, l'intervento del Governo non sembra colmare interamente la lacuna, atteso che l'articolo 10 lett. b della direttiva 1673 non pone limiti o

condizioni alla giurisdizione interna nel caso in cui l'autore del reato di riciclaggio sia un cittadino dello stesso Stato membro (se non quella – implicita – che il reato sia commesso integralmente al di fuori del territorio di quello Stato, e, quindi, non trovi applicazione, il criterio alternativo di giurisdizione previsto alla lettera a) dell'art. 10 della direttiva). Invece, secondo la previsione dell'art. 9 c.p. vigente e non modificato, la giurisdizione italiana in caso di commissione del reato di riciclaggio (e autoriciclaggio) interamente all'estero da parte di un cittadino italiano resterebbe pur sempre condizionata alla presenza di costui in Italia (art. 9 co. 1: "*sempre che questi si trovi nel territorio dello Stato*"). Tale condizione di procedibilità non pare in armonia con il *favor* al principio di universalità della giurisdizione che anima la direttiva 1673.

Eppure, per determinati delitti non necessariamente di maggiore gravità rispetto al riciclaggio, il nostro codice penale si discosta integralmente dal principio di territorialità per fatti commessi da soggetti che si trovano all'estero¹⁶: l'articolo 7 cod. pen., infatti, radica la giurisdizione in Italia senza condizioni in caso di delitti, commessi da chiunque (cittadino o straniero), contro la personalità dello Stato (artt. 241 ss.) di contraffazione e uso del sigillo di Stato (art. 467), di falsità in monete o valori (artt. 453 ss.), commessi da pubblici ufficiali con abuso dei poteri o violazione dei doveri (artt. 357-314 ss., 61 n. 9 c.p.) o stabiliti da leggi speciali o convenzioni internazionali con applicabilità della legge italiana.

Dunque, una soluzione più adeguata ai principi ed agli obblighi di giurisdizione stabiliti nei considerando 1 e 9¹⁷ e all'art. 10 della direttiva 1673 avrebbe potuto essere la modifica del criterio incondizionato di giurisdizione interna di cui all'art. 7 c.p. per determinati reati commessi all'estero mediante l'aggiunta nel testo dell'articolo dei delitti di riciclaggio (art. 648 bis c.p.), impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648 ter) e autoriciclaggio (art. 648 ter n. 1 c.p.).

Tale inclusione non potrebbe essere tacciata di irragionevolezza, giacché i delitti di riciclaggio – considerata anche la loro pluri-offensività nei confronti dell'amministrazione della giustizia e dell'ordine pubblico ed economico – non sono certo di minore gravità ed allarme sociale rispetto ai delitti oggi compresi nel catalogo dell'articolo 7 cod. pen., ed avrebbe l'effetto di assegnare maggiore effettività e concretezza alla lotta al riciclaggio, evitando che il riciclatore (o la persona giuridica che trae vantaggio

dal reato) possa usufruire della legislazione più favorevole di un altro Stato.

7. La mancata modifica dell'art. 10 del codice penale.

Infine, un'altra situazione dove lo schema di decreto legislativo non interviene riguarda la punibilità dello straniero presente sul territorio italiano che abbia commesso all'estero un reato di riciclaggio in danno dello Stato. Il Governo, infatti, non propone alcuna modifica all'articolo 10 c.p. che condiziona la procedibilità del delitto comune dello straniero all'estero all'esistenza della richiesta del Ministro della Giustizia (oltre alla presenza in Italia). Ciò appare in disarmonia con la citata legge n. 3 del 2019 che ha invece novellato anche l'articolo 10 c.p. con l'introduzione del comma 4 attraverso il quale viene esclusa la necessità della richiesta del Ministro della giustizia per la procedibilità dei delitti corruttivi di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis.

È pur vero che l'articolo 10 della direttiva 1673 non impone come obbligatoria la giurisdizione dello Stato membro per i reati di riciclaggio commesso all'estero dallo straniero¹⁸, ma il paragrafo 2 dello stesso art. 10 prevede espressamente la facoltà per gli Stati di estendere la propria giurisdizione anche ai reati di riciclaggio commessi all'estero quando l'autore del reato – anche se straniero – risiede abitualmente nel suo territorio. Un intervento del legislatore italiano in tal senso, dunque, non sarebbe inopportuno. L'esigenza di favorire il principio dell'universalità della giurisdizione, a scapito della territorialità, che ha animato la riforma del 2019 in tema di delitti contro la pubblica amministrazione non sembra meno urgente nel caso dei reati di riciclaggio. Ciò in considerazione sia dell'importanza della lotta a tale fenomeno criminale affermata dalle raccomandazioni del GAFI del 2012 e dalla direttiva UE AML 2015/849 sia per il rafforzamento della cooperazione transfrontaliera che anima la direttiva 2018/1673 sia, infine, per il carattere pluri-offensivo dei reati di riciclaggio, lesivi della integrità della pubblica amministrazione, dell'amministrazione della giustizia e della stabilità del settore finanziario.

8. L'accertamento del reato presupposto.

Secondo la definizione della condotta di riciclaggio contenuta nell'articolo 3 par. 3 della direttiva 1673 la condanna per questo reato deve intervenire a prescindere dall'esistenza di condanne precedenti

(lett. a) e dalla determinazione di tutti gli elementi fattuali o circostanze relative (lett. b). Inoltre, alla lettera c) si prevede che il reato presupposto possa essere costituito anche dalla condotta posta in essere in altro Stato membro o terzo a condizione che la condotta commessa costituisca attività criminosa se posta in essere nel territorio nazionale (e gli Stati membri possono esigere che tale condotta costituisca reato anche nello Stato membro o terzo). La normativa penale vigente in Italia non contempla tali indicazioni né lo schema di decreto legislativo approvato dal Governo interviene sul punto. Come si legge infatti nella relazione illustrativa, il Governo non ritiene necessari adeguamenti formali della normativa giacché è la giurisprudenza della Cassazione ad affermare in modo consolidato che non è necessario che il reato presupposto del riciclaggio sia accertato con sentenza definitiva né che sia totalmente determinato nei suoi elementi costitutivi, compresa l'identità del soggetto passivo, essendo sufficiente la prova logica della provenienza delittuosa delle utilità oggetto delle operazioni compiute; così come nell'interpretazione della Cassazione è irrilevante se il reato presupposto della ricettazione sia commesso in Italia o all'estero e non è richiesto che la provenienza delle cose ricettate sia delittuosa anche per lo Stato estero¹⁹.

Tale argomentazione, fondata sul mero richiamo all'interpretazione della Cassazione, tuttavia, non sembra convincente dal momento che verrebbe così legittimato il rischio di creazioni giurisprudenziali di fattispecie penalmente rilevanti *in malam partem*, violando i principi di legalità e determinatezza tipici del nostro diritto penale e consacrati nell'articolo 25 comma 2 della Costituzione. Appare eccessivo lo spazio assegnato al giudice nell'applicazione del principio della non necessità del completo accertamento del reato presupposto, specie in considerazione dell'oggettiva estensione della punibilità che deriva da tale principio nonché della gravità del fatto e delle sanzioni tipiche del reato di riciclaggio²⁰.

Pare opportuno, quindi, un ulteriore aggiornamento del testo dell'art. 648-bis c.p. con l'inserimento esplicito delle caratteristiche del reato presupposto indicate dalla direttiva UE nella descrizione della fattispecie criminale di riciclaggio descritta dall'articolo 3 par. 3.

5. Considerazioni finali.

Dal quadro sopra sommariamente delineato emerge l'opportunità e la tempestività dell'intervento dell'Esecutivo nel prendere atto che la normativa italiana non è ancora pienamente allineata alle novità della disciplina europea della lotta al riciclaggio mediante il diritto penale.

Anche se nella lotta al riciclaggio il sistema penale italiano costituisce un modello rispetto al quale il legislatore europeo si è spesso ispirato, una certa tendenza ad adagiarsi sugli allori è stata notata con l'apertura della procedura di infrazione nel febbraio 2021 nei confronti del nostro Paese per la mancata attuazione della direttiva 1673/2018.

Il Governo ha posto rimedio e le soluzioni adottate nello schema di decreto legislativo sono ragionevoli, necessarie e destinate ad avere un impatto rilevante per la lotta al riciclaggio, specie per l'ampliamento del catalogo delle attività criminose costituenti il presupposto, che ora comprende tutti i reati, dolosi, colposi e contravvenzionali, nonché per l'estensione dei casi di radicamento della giurisdizione italiana. L'impatto sarà gravido di conseguenze anche per il regime della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 e per la conseguente necessità di aggiornare i modelli di organizzazione e gestione rispetto al rischio di riciclaggio, la cui definizione è stata modificata ed ampliata.

L'intervento, tuttavia, potrebbe essere reso esaustivo attraverso un approccio più sistematico ed organico. Potrebbe, per esempio, tenersi maggior conto delle ragioni che hanno motivato le modifiche legislative all'articolo 10 del codice penale in tema di giurisdizione introdotte con la legge n. 3/2019; potrebbe, ancora, essere opportuno l'aggiornamento delle scelte di politica criminale che tuttora caratterizzano l'"antico" catalogo dei delitti commessi all'estero per i quali l'attuale articolo 7 del codice penale detta un principio incondizionato di punibilità; potrebbe, inoltre, essere superata la tentazione di lasciare alla giurisprudenza la creazione di elementi fondamentali di una fattispecie criminosa grave ed importante quale quella di riciclaggio. L'attenzione con la quale le commissioni parlamentari hanno recepito alcune osservazioni da parte di osservatori esterni consente di essere ottimisti in merito al perfezionamento del decreto legislativo nella sua versione finale.

Marco Alessandro Morabito

Avvocato del Foro di Milano.

Componente della commissione antiriciclaggio presso l'Ordine degli avvocati di Milano.

¹ Nel corso dell'anno 2020 studiosi della normativa antiriciclaggio e associazioni di rappresentanza dei soggetti obbligati hanno trasmesso osservazioni sull'adeguamento della legislazione penale alle commissioni parlamentari durante l'iter di approvazione dei disegni di legge n. C.2757 (Camera) e S.1721 (Senato) riguardanti la delega al Governo per il recepimento delle direttive europee. Gli articolati licenziati dalla commissione delle politiche europee hanno rinviato, tuttavia, ad un mero elenco delle direttive UE da recepire tra le quali la n. 1673/2018, senza dettare alcun principio o criterio di attuazione. V. anche MAINIERI N. – MORABITO M., *La direttiva UE sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale: osservazioni sul recepimento*, in Rivista di diritto bancario web, 18.12.2020.

² Decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio del 26.6.2001 in GU L 182 del 7.7.2001.

³ Viene altresì modificato il testo dell'art. 240-bis c.p. (confisca in casi particolari) con la corrispondente sostituzione del riferimento al secondo comma dell'art. 648 c.p., che diventa quarto comma.

⁴ Nuovo comma 2 art. 648 c.p.: *La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 300 a euro 6,000 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.*

⁵ Nuovo art. 648-bis c.p.: *La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 2.500 a euro 12,500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.*

⁶ Nuovo art. 648-ter c.p.: *La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.*

⁷ Nuovo art. 648-ter.1: *La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.*

⁸ La direttiva prevede all'art. 3 par. 2 la sola facoltà - ma non l'obbligo - per gli stati membri di emanare norme punitive in relazione a condotte dell'autore che sospetti o debba essere a conoscenza della provenienza dei beni da attività criminosa, ossia in presenza di colpa. L'ordinamento italiano è strutturato sulla base di un doppio binario sanzionatorio, che vede da una parte i delitti di riciclaggio punibili soltanto a titolo di dolo, dall'altra illeciti amministrativi (in materia di antiriciclaggio,

articoli da 56 a 69 ss. d.lgs. 231/2007) la cui punibilità prescinde dall'accertamento del dolo essendo sanzionabili anche a titolo di colpa: ciò a condizione che l'azione sia cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa, salvo l'onere della prova in capo all'incolpato circa la mancanza di colpa in concreto (art. 3 co. 2 l. 24.11.1981 n. 689).

⁹ Sebbene tale previsione non sia nuova alla definizione del reato di riciclaggio contenuta nelle precedenti direttive europee, nella direttiva 1673 il riferimento alla necessaria intenzionalità della condotta e alla consapevolezza della provenienza dei beni da illecito è centrale nella descrizione dei reati di riciclaggio.

¹⁰ Seconda direttiva 2001/97/CE, art. 1; terza direttiva 2005/60/CE, art. 1; quarta direttiva 2015/859/UE, art. 1. Per una rassegna completa, v. CARBONE M., *Trent'anni di normativa europea antiriciclaggio*, in Rivista della Guardia di Finanza, supplemento al n. 1/2021.

¹¹ Nuovo art. 648 c.p.: *Se il fatto è di particolare tenuità, si applica la pena della reclusione sino a sei anni e della multa sino ad euro 1.000 nel caso di denaro o cose provenienti da delitto e la pena della reclusione sino a tre anni e della multa sino ad euro 800 nel caso di denaro o cose provenienti da contravvenzione.*

¹² Nuovo art. 648 c.p.: *La pena è aumentata se il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.*

¹³ Sul fenomeno della scelta di legislazioni di comodo da parte dei riciclatori, v. audizione del direttore UIF per l'Italia C. CLEMENTE presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati, Roma, 13 ottobre 2020.

¹⁴ Nessuna esigenza di adeguamento sussiste, invece, con riferimento al primo criterio obbligatorio di giurisdizione previsto dall'art. 10 co. 1 della direttiva (reato commesso nel proprio territorio, anche solo in parte) giusta la previsione dell'art. 6 del codice penale in merito alla punibilità secondo la legge italiana dei reati commessi in Italia da chiunque, in tutto o in parte o anche in relazione all'evento, certamente speculare alle indicazioni della direttiva UE.

¹⁵ Le condizioni di procedibilità sopra richiamate, peraltro, delimitano oggi anche tutti i casi di responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/01 in cui l'ente (avente sede principale in Italia) si sia reso corresponsabile dei medesimi delitti di riciclaggio, reimpiego ed autoriciclaggio richiamati dall'art. 25 octies del medesimo decreto. Il riferimento è l'art. 4 d.lgs. 231/01 (Reati commessi all'estero) nella parte in cui prevede che "1. *Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.* 2. *Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo*"

¹⁶ V. ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, sub art. 7, Milano 2004.

¹⁷ Considerando 1). (...) *Al fine di affrontare tali problemi e integrare e rafforzare l'applicazione della direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio (2), la presente direttiva mira a contrastare il riciclaggio mediante il diritto penale, consentendo una cooperazione transfrontaliera fra le autorità competenti più efficiente e più rapida.*

Considerando 9). *Nei procedimenti penali per riciclaggio gli Stati membri dovrebbero prestarsi la massima assistenza reciproca e garantire uno scambio di informazioni efficace e tempestivo, conformemente al diritto nazionale e al quadro giuridico dell'Unione in vigore. Le differenze tra le definizioni di reato-presupposto del diritto nazionale non dovrebbero ostacolare la cooperazione internazionale nei procedimenti penali per riciclaggio. È opportuno rafforzare la cooperazione con i paesi terzi, in particolare incoraggiando e sostenendo l'introduzione di misure e meccanismi efficaci per contrastare il riciclaggio e garantendo una migliore cooperazione internazionale in questo settore.*

¹⁸ In particolare, l'art. 10 par. 1 della direttiva 1673 prevede due criteri obbligatori per gli Stati membri per stabilire la giurisdizione nazionale, ossia l'obbligo per lo Stato di radicare la propria competenza se (alternativamente):

lett. a): il reato commesso nel proprio territorio, anche solo in parte (criterio di territorialità);

lett. b): l'autore del reato è un suo cittadino (criterio di cittadinanza)

¹⁹ Ad esempio, Cass., sez. II, n. 546/2011; Cass. sez. V, n. 36940/2008; Cass., sez. VI, n. 495/09, Cass. sez. II, n. 87/1968.

²⁰ V. ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, sub art. 1, Milano, 2004.

Riders e tutela penale dell'integrità psico-fisica: il "Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro" sul "banco degli imputati"?

di **D. Brusaporci**

Il contributo si propone l'obiettivo di riflettere in merito ad eventuali profili di responsabilità penale del committente per incidente occorso al *rider* nello svolgimento dell'attività lavorativa.

Prendendo come riferimento il "caso Foodora", la disamina si incentra inizialmente sul percorso giurisprudenziale volto alla definizione normativa del rapporto di lavoro che si instaura tra la piattaforma telematica e il rider, con tutte le implicazioni che ne derivano sul versante penalistico. La riflessione problematica ed insidiosa riferita al rapporto giuridico si interseca con l'analisi dell'attuale "Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro" (d.lgs. 81/2008) e si domanda se i presidi normativi posti a tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore siano sufficienti ed adeguati al fine di "proteggere" anche le nuove figure che si affacciano sul mercato del lavoro.

La difficoltà, come si evince dal contributo, è quella di sussumere le definizioni tipiche del T.U. del 2008 in attività lavorative dinamiche ed itineranti, in cui si destruttura il classico rapporto di subordinazione ex art. 2094 c.c., non più fisico con il datore di lavoro/committente, bensì mediato da una piattaforma digitale. In questo senso, l'operatore del diritto si trova di fronte ad un bivio: collocare sul "banco degli imputati" la normativa di riferimento e intraprendere nuove strade, oppure riconoscere l'applicabilità degli istituti attualmente vigenti.

Se chi scrive propende per l'ultima delle opzioni prospettate, quindi per la sussistenza di obblighi formali in capo al committente, ciò su cui si concentrano i principali sforzi per l'accertamento di profili di responsabilità penale ai sensi degli art. 579 e 580 c.p. riguarda la sussistenza degli altri segmenti della posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 c.p. Da qui, dopo una breve analisi dei connotati storico-dogmatici dei reati omissivi impropri, si perviene alla conclusione che – nel perimetro del diritto penale liberale e garantista – non può configurarsi la titolarità di una posizione di protezione in capo al committente per assenza di poteri volti ad impedire l'evento lesivo per l'integrità psico-fisica del *rider*.

Ciò non significa rinunciare ad una parziale criminalizzazione al fine di prevenire condotte, difformi dai propri obblighi, poste in essere dal committente. Ma tale obiettivo non può che passare per "vie" sanzionatorie alternative rispetto al diritto penale dell'evento, riprendendo, adattandone l'applicabilità, il modello contravvenzionale già presente all'interno del d.lgs. 81/2008.

Sommario. 1. L'impatto del sapere scientifico sul lavoro: inquadramento generale delle nuove forme di attività lavorativa. – 2. Il contributo giurisprudenziale alla qualificazione normativa del rapporto di lavoro tra riders e piattaforma telematica: la "Saga Foodora". – 2.1. Atto I. Le origini della disputa. – 2.2. Atto II. La risposta della Corte d'Appello e l'intervento immediato del legislatore. – 2.3. Il ritorno sui propri passi: la pronuncia della Cassazione. – 3. Conseguenze in ambito penalistico della qualificazione normativa del rider: la questione dell'applicabilità delle categorie di cui al T.U. del 2008. – 4. La necessaria correlazione tra obblighi e poteri impeditivi: la difficile ricostruzione della posizione di garanzia del titolare della piattaforma telematica in caso di incidente occorso al "rider". – 4.1. Cenni storici sulla causalità omissiva impropria: la funzione dell'art. 40 cpv. c.p. – 4.2. "Da un grande potere deriva una grande responsabilità": il ruolo del potere impeditivo nel reato omissivo improprio e il principio di effettività in ottica "de iure condendo". – 5. Conclusioni.

1. L'impatto del sapere scientifico sul lavoro: inquadramento generale delle nuove forme di attività lavorativa.

Si incorrerebbe in un grosso errore se si affrontasse la più generale questione in merito all'adeguatezza e

alla ragionevolezza dei presidi normativi posti a garanzia e tutela del bene – costituzionalmente garantito – "sicurezza sul lavoro" rendendola immune dalle insidie e dalle complicazioni che adornano le "vestigie" del globo attuale. Il contesto

generale e l'avanzamento verso una "società 5.0."¹, uniti ad una progressiva transizione in direzione di modelli di sviluppo profondamente distanti dalla consueta e ripetitiva organizzazione produttiva "fordista" e contraddistinti da una dimensione sempre più digitale, hanno comportato un ridimensionamento anche dell'attività lavorativa e, spesso, dei presupposti socio-culturali che ne hanno giustificato l'esistenza fino a questo momento. In questa prospettiva, il capitale umano e le energie fisiche a disposizione dell'azienda vengono "demansionate" a dettaglio e sostituite dagli arnesi di cui l'impresa "ipertecnologica" o – meglio – 4.0² deve necessariamente dotarsi.

Il modello a cui ambisce questa società, globalizzata negli intenti e nei "ritmi" che ne dominano l'incessante moto produttivo, impone un ripensamento *in primis* delle forme di lavoro, sotto un duplice profilo. Da una parte, "come un fulmine a ciel sereno", gli operatori economici vedono la sfida più grande del XXI secolo nella ricerca di strumenti di compensazione del lavoro salariato sottratto al mercato dagli automatismi della *gig economy*. Il costante investimento sui processi di informatizzazione della produzione, legati indissolubilmente all'*Industry 4.0*, consente ormai di svolgere prestazioni lavorative in modo agile, senza intrattenere alcun tipo di contatto fisico diretto con l'azienda. D'altro canto, lo sviluppo delle tecnologie permette all'impresa, anche nel formato PMI e "micro", di raggiungere una serie indeterminata di "prestatori d'opera" – c.d. *crowd sourcing*³ – e di ridurre drasticamente i costi di transazione per la produzione e lo scambio, grazie in particolar modo al lavoro di intermediazione di piattaforme telematiche che si interfacciano sul mercato incentrando su di sé la domanda di beni e servizi. L'efficienza di un sistema così elementare è garantita proprio dalla facilità con cui i suddetti prestatori vengono ingaggiati, tenendo in considerazione l'importante dato che proviene dall'unanimità di quasi tutti gli indici statistici nazionali ed internazionali secondo cui l'attività di "prestatore d'opera" suscita un particolare fascino emotivo soprattutto tra le nuove generazioni. È chiaro, perciò, come l'esigenza di dominare e non subire gli effetti macroeconomici, contrastando fenomeni di concorrenza sleale e scorretta a ribasso verso il lavoratore, si trascini con sé, in un tutt'uno che appare di difficile inscindibilità, la necessità, per

l'operatore del diritto, di provvedere a normare le nuove forme di lavoro che rischiano di ritrovarsi "intrappolate" in un *vulnus* giuridico privo di coordinate. Sotto un profilo strettamente giuslavoristico, infatti, la questione dirimente che si affaccia sul panorama giurisprudenziale come nodo da definire senza equivoci concerne la *qualificazione* delle suddette fattispecie, rientranti nel più ampio *genus* "rapporto di collaborazione", un ibrido che non poche volte ha messo a dura prova nervi e sensibilità di un legislatore che spesso è apparso "*schizofrenico*" di fronte alla necessità di superare il classico rapporto di subordinazione ai sensi dell'art. 2094 c.c., non più in grado di reggere da solo l'impatto delle nuove forme di lavoro nascenti grazie al percorso di transizione tecnologica.

In questo contesto appare indispensabile riflettere sull'opportunità di considerare attuali alcuni dei presupposti che hanno reso "intoccabile" per secoli un paradigma tanto giuridico, quanto etico, con l'obiettivo di tracciare un sentiero volto sicuramente a colmare il vuoto giuridico in cui sono attanagliate le nuove figure professionalizzanti.

Il primo dei requisiti fondanti che occorre mettere in discussione riguarda la centralità del lavoro subordinato. In questo senso la "frammentazione interna ed esterna" del lavoro dipendente ha prodotto una moltiplicazione di modelli di lavoro subordinati e para-subordinati con un incremento pedissequo di meccanismi di tutela giuridica⁴. Dall'altra parte questo ha comportato un ridimensionamento anche dei tradizionali strumenti di rappresentanza del lavoro. Nell'epoca della "disintermediazione" le rappresentanze sindacali faticano ad affermarsi e a stare al passo delle dinamiche di azione e trasformazione di un'impresa che ha nella mutazione costante, nell'organizzazione giuridica e nelle modalità di gestione, i propri tratti distintivi. La destrutturazione del potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro ha avuto come effetto diretto, perciò, quello di aumentare il peso, non soltanto in termini di PIL, del lavoro autonomo che richiede *sine dubio* una riflessione definitiva – per quanto generale – in merito alle forme di tutela contrattuale e infortunistica.

In questo nuovo paradigma, la sfida del XXI secolo ha come obiettivo di prospettiva la comprensione delle modalità di intervento al fine di tutelare le varie *species* di lavoro, create dal capitalismo digitale. Con

un nesso immediato però, è richiesto al settore giuridico uno sforzo anche e soprattutto di *breve periodo* per rinvenire criteri adeguati di qualificazione dei rapporti di lavoro in contesti in cui imprenditore, datore di lavoro, prestatore d'opera, consumatore e utente non sono più concetti "sociali" e normativi statici, bensì variano e si adattano a seconda delle situazioni specifiche e delle esigenze del mercato.

2. Il contributo giurisprudenziale alla qualificazione normativa del rapporto di lavoro tra riders e piattaforma telematica: la "Saga Foodora".

Nel campo da gioco sopra prospettato, la discussione sui *riders* ne occupa sicuramente una metà, con la parte complementare che vaga verso ignoti orizzonti. Ci troviamo perciò di fronte a lavori atipici che si svolgono per lo più per il tramite di piattaforme digitali e che, pur essendosi affacciate sul mercato in tempi recenti, hanno prodotto un forte impatto mediatico, se non altro come testimonianza dell'irreversibilità del processo di trasformazione del mondo produttivo. In realtà, allo stato dell'arte, i problemi che riguardano queste nuove figure sono espressione di un dibattito che procede spedito da ormai molti anni e che coinvolge non soltanto le rappresentanze sindacali, ma tutto il sistema politico ed economico. Ciò su cui i commentatori oggi si trovano a discutere rispetto a quelli che la società conosce come "cavalieri" del lavoro – e non di certo intesi in termini insigni – *illo recente tempore* era posto alla stregua dei c.d. *Pony Express*⁵ o, ancora prima, dei titolari di botteghe dell'artigiano preindustriale che per accedere al mercato si serviva dell'intermediazione del mercante⁶. In questo contesto il legislatore entra "in mutande", consapevole dell'insufficienza e della parziale incapacità delle coordinate che ne avevano guidato le modalità di intervento nell'interpretare e nel dare risposta identitaria a questa "zona grigia" – meglio: zona d'ombra. La riflessione sulla qualificazione di questi rapporti non è fine a sé stessa, ma produce effetti diretti sul modello giuridico da adottare. In premessa, è bene precisare come i lavoratori digitali non stipulino il rapporto con il datore di lavoro tradizionale inteso come persona fisica, bensì si interfacciano con una selezione preventiva, solitamente per mezzo di un colloquio online con i responsabili dell'organizzazione, a cui

segue la stipulazione di un rapporto i cui contenuti non presentano di certo carattere di univocità, soprattutto in relazione ad obblighi e diritti delle parti. Il rider può candidarsi per effettuare un servizio, solitamente di consegna di beni, in alcuni casi senza sottostare ad alcun turno di lavoro, mentre in altre circostanze deve fornire un orario minimo di reperibilità o di prestazione giornaliera; la linea di riferimento che unisce i punti in comune tra le due diverse modalità di esercizio dell'attività lavorativa consiste nella chiamata tramite apposita App della *delivery company* (Uber⁷, Foodora, Glovo, Deliveroo, ecc.). In questi primi dati di fatto si inseriscono le prime contraddizioni: a fronte, infatti, di una "smaterializzazione" del titolare dell'azienda, *ergo* di un possibile "allentamento" sul piano dei vincoli, si intensificano in realtà le forme di controllo grazie ai meccanismi di "sorveglianza" digitale. Nel solco, la questione concernente la qualificazione giuridica di tale rapporto si atteggia a vero *punctum dolens* nella misura in cui tale processo descrittivo sia teleologicamente connesso alla definizione di un eventuale posizione di garanzia per omesso impedimento da parte del "datore di lavoro" in caso di morte o lesioni dell'integrità psico-fisica del rider durante lo svolgimento dell'attività di *delivery*, ai fini dell'imputazione a titolo di responsabilità penale ex artt. 589-590 c.p. Nello specifico l'analisi sulla qualificazione normativa del rapporto di lavoro attiene alla sfera dei doveri delle parti e di conseguenza all'applicabilità o meno del *Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, che ad oggi – come proverà a dimostrarsi – costituisce il perno, il punto di riferimento e di non ritorno da cui ripartire per attestare ed accertare le responsabilità dei soggetti preposti alla vigilanza e all'impedimento dell'integrità psico-fisica del lavoratore. Ma non basta. Una responsabilità è sempre figlia di un grande potere. La "livella" del perimetro di gioco consente allo stesso modo di verificare la natura e l'effettività dei poteri impeditivi del soggetto titolato a garantire la sicurezza della controparte, un passaggio di accertamento imprescindibile insieme all'esistenza di obblighi formali e giuridicamente riconosciuti da una fonte titolata ad introdurne. Se l'«impatto della modernità è stato violento», l'interprete del diritto penale ha di fronte a sé l'obiettivo di domare il salto tecnologico senza incorrere in «flessibilizzazioni» dello schema del diritto penale dell'evento⁸ e restare nel terreno – non

sempre battuto – del diritto penale liberale e garantista.

Preso in controtipo, il legislatore nazionale ha abdicato le proprie responsabilità e, di conseguenza, “appaltato” il peso di gestire e qualificare giuridicamente i rapporti di lavoro e le conseguenze sul piano della sicurezza antinfortunistica per lo più ad operazioni ermeneutiche. Inizialmente l'unica forma di attività legislativa è stata data in “affidamento esclusivo” a singole iniziative encomiabili da parte dei più grandi Comuni Italiani⁹ e a micro-interventi regionali¹⁰ che hanno tentato di inserirsi negli ingranaggi di un sistema articolato in cui le ombre coprivano anche quei minimi spazi di luce che la giurisprudenza aveva provato ad aprire e che – allo stesso tempo – hanno avuto sicuramente il merito di tranquillizzare le rappresentanze sindacali e di riportare al centro della “pubblica piazza” un dibattito che ha spinto il legislatore a prendere posizione con un'attività dispositiva che concernesse tutto il territorio nazionale «*al fine di promuovere un'occupazione sicura e dignitosa e nella prospettiva di accrescere e riordinare i livelli di tutela per i prestatori occupati con rapporti di lavoro non subordinato*» e di «*stabilire livelli minimi per i lavoratori impiegati nelle attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore*»¹¹. Prima di “dare sfogo” all'analisi normativa, vale sicuramente la pena anticipare quello che è stato il contributo giurisprudenziale, in particolare in relazione al “caso Foodora”, l'input che ha dato il via all'attività ermeneutica delle Corti in tutta Italia o – se si preferisce – l'«*origine del male*».

2.1. Atto I. Le origini della disputa.

La prima vera pronuncia di merito da parte delle Corti Italiane si vede al lavoro del Tribunale di Torino pronunciatosi nel 2018¹² in merito alla qualificazione del rapporto dei lavoratori di Foodora come fattorini, ricorrenti in giudizio contro la Digital Services XXXVI Italy s.r.l. (Foodora) al fine di accertare la «*costituzione tra le parti di un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato*», con la conseguente richiesta di condanna per l'azienda al risarcimento danni subito per alcune violazioni di legge, tra cui gli obblighi in capo all'imprenditore di protezione e tutela dell'integrità psico-fisica ai sensi dell'art. 2087 c.c., condita alla pretesa di ripristino del rapporto di lavoro.

Sia il *petitum* che la *causa petendi* attengono espressamente alla necessità di accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso tra le parti ed è lo stesso Tribunale a porsi la questione su cosa debba intendersi per “lavoro subordinato” e, più nello specifico, se il rapporto di lavoro dei riders di Foodora rientri o meno nella nozione di subordinazione richiamata più volte dalla Corte Suprema, secondo cui costituisce requisito fondamentale del rapporto subordinato «*il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative*»¹³. L'operazione sussuntiva del Tribunale di Torino pone le sue premesse argomentative proprio in questa definizione di lavoro subordinato e nei tre principali punti che la connotano:

- a) *Potere direttivo;*
- b) *Potere organizzativo;*
- c) *Potere disciplinare.*

Se tutto questo è dato per assunto, è lo stesso Tribunale a ritenere che il rapporto di lavoro in questione non possa essere menzionato sotto l'“aurea” della subordinazione. Le argomentazioni addotte a sostegno della suddetta tesi fanno leva innanzitutto sul significato del primo degli elementi definitori del lavoro subordinato ovvero quello di potere direttivo, generando una relazione di equivalenza tra l'obbligatorietà della prestazione lavorativa e il datore di lavoro. *Rectius*: non può dirsi sussistente un rapporto di soggezione, nel momento in cui «*il datore di lavoro non può pretendere dal lavoratore lo svolgimento dell'attività lavorativa*». In questo senso un potere direttivo ed organizzativo si configura nel momento in cui la parte datoriale possa attivare una pretesa nei confronti del lavoratore e quindi intimargli anche degli ordini, pretesa che non può azionarsi nei confronti di soggetti che autonomamente possono decidere di recedere «*a suo libito*» – senza alcuna ripercussione – dall'impegno preso¹⁴.

È bene segnalare però, che la più recente giurisprudenza si sia in parte distaccata dalle tendenze rigidamente formaliste in materia di selezione dei rapporti di subordinazione, tanto da considerare come elemento “secondario” la qualificazione giuridica che le parti definiscono nel contratto. Nella direzione tracciata, un rapporto di

soggezione implica l'inserimento effettivo nell'organizzazione imprenditoriale mediante la messa a disposizione delle energie lavorative, in cui la subordinazione non consiste in altro che nella direzione da parte di un soggetto apicale intesa come gestione e massimizzazione dell'efficienza dell'attività produttiva e, di conseguenza, dell'attività lavorativa¹⁵. Questo ricorso a criteri di "interpretazione" del rapporto maggiormente tesi alla sostanza di quest'ultimo non devono perciò essere letti come una svalutazione o, addirittura, demonizzazione del contratto inteso come serie di sintagmi a cui attribuire un significato logico ed assiologico, bensì come forma di tutela – meglio: di garanzia – della parte debole dell'accordo, indotto in questo senso ad accettare qualsiasi forma di rapporto, pur di vedersi attribuito il riconoscimento di uno *status* giuridico diverso dalla disoccupazione. L'argomentazione sicuramente più convincente, quanto facile da addurre, da parte del Tribunale riguarda l'attenta operazione di un'*actio finium regundorum* tra la nozione di coordinamento e quella di subordinazione. Il problema sorge proprio in merito al nuovo dettato normativo dell'art. 409 c.p.c.¹⁶ che al n. 3, nella parte in cui definisce i requisiti costitutivi del rapporto di collaborazione, dispone che: «*La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa*». Il lavoro dell'interprete si è indirizzato proprio verso la valutazione della sussistenza o meno dell'idoneità dei ricorrenti a svolgere la propria attività in maniera del tutto autonoma, senza mansioni specifiche assegnate dall'alto. In questo senso, i ricorrenti lamentavano una *factio* da parte dell'azienda, utilizzando quest'ultima, per impartire direttive, strumenti di comunicazione a distanza in ordine all'intero *iter* di consegna, tra cui «*la determinazione del luogo e dell'orario di lavoro*», oppure «*la necessità, in caso di impossibilità di svolgere la prestazione lavorativa, di inoltrare ai superiori la richiesta di riassegnazione dell'ordine*», fino ad arrivare a «*l'obbligo di effettuare la consegna dei prodotti in tempi prestabiliti, seguendo il percorso suggerito attraverso il GPS dalla stessa applicazione*». Al mancato adempimento di tali obblighi, secondo i lavoratori di Foodora, sarebbero corrisposti anche dei provvedimenti sul piano disciplinare, concretizzati nel «*richiamo verbale e nell'esclusione*

temporanea o definitiva dalla chat aziendale o dai turni di lavoro». Nonostante ciò, il Tribunale ha ritenuto opportuno respingere le motivazioni a sostegno del ricorso e riportare "ordine" nella confusione del processo di qualificazione, sancendo – in modo quasi categorico – l'impraticabilità dell'operazione di sussunzione della nozione di subordinazione all'interno del rapporto di lavoro instauratosi tra i riders e la piattaforma telematica¹⁷. Impraticabilità giustificata per il tramite dell'assenza di potere direttivo, organizzativo e tanto più disciplinare, non essendo in alcun modo attribuibili al rapporto di lavoro in questione le sanzioni di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori¹⁸.

In questo senso il binario che la Corte intende percorrere è quello dell'esclusione non soltanto della subordinazione intesa nei canoni propri disposti dall'art. 2094 c.c., ma anche – secondo il Tribunale – dell'art. 2 d.lgs. 81/2015, derubricato «*Collaborazioni organizzati dal committente*» e secondo cui la disciplina del rapporto di lavoro subordinato può applicarsi anche «*ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di lavoro sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*». La norma in questione non lascia tratti equivoci, individuando addirittura un campo di applicazione «*più ristretto*», dal momento che il rider – nel caso specifico – ha la possibilità di stabilire sia l'*an* che il *quantum* della prestazione¹⁹.

2.2. Atto II. La risposta della Corte d'Appello e l'intervento immediato del legislatore.

La "chiusura della porta" della subordinazione nei termini utilizzati dall'organo giudicante di primo grado è apparsa inizialmente tanto argomentata quanto perentoria, a tal punto da interrogare anche il legislatore su "nuovi orizzonti" da esplorare per garantire ai lavoratori digitali opportune tutele sul piano dell'incolumità fisica.

Tuttavia, l'orientamento in questione è stato presto ribaltato dalla Corte di Appello di Torino che ha provveduto a mettere in discussione quel meccanismo automatico di esclusione del rapporto di lavoro subordinato. In questo senso, la risposta del collegio è sicuramente più accurata nell'analisi della singola fattispecie, tanto da avere l'ambizione di generare un modello autonomo di qualificazione del rapporto di lavoro del rider, in una prospettiva terza rispetto al contratto subordinato ex art. 2094 c.c. e

alla collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.²⁰. Le considerazioni di premessa della Corte – divergenti parzialmente da quelle del Tribunale – hanno come diretta conseguenza l'applicabilità alla categoria *de quo* dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015, dovendo comunque riscontrare nel rapporto di lavoro dei riders di Foodora una «*collaborazione etero-organizzata*» che trova il suo presupposto in una «*effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente*». In altri termini, il giudice ritiene di poter effettuare una distinzione tra la nozione di «coordinamento» e quella di «organizzazione», ubicando quest'ultima in una posizione intermedia tra i connotati del rapporto di cui all'art. 409 c.p.c. e la nozione di «subordinazione», non essendo il rapporto in questione a quest'ultima ricollocabile in quanto difettivo dell'«*obbligatorietà della prestazione*» – accogliendo perciò parzialmente la tesi del Tribunale. A ben vedere, l'operazione della Corte d'Appello figura sicuramente come uno straordinario *maquillage* ermeneutico, ma che – nella sostanza – non produce effetti diversi rispetto ad un contratto autonomo, tanto da creare regimi giuridici differenti in base ai differenti profili del rapporto, facendo una vera e propria selezione delle discipline applicabili, dubitando dell'applicabilità delle tutele in materia di licenziamento o ex art. 2087 c.c., riconoscendo però le tutele previste dal contratto collettivo²¹. Un atteggiamento ambiguo dell'interprete che se da una parte appare inibito dalla tentazione di allargare le maglie della subordinazione²², dall'altra rivendica con forza i confini che separano l'art. 2094 c.c. dalle altre fattispecie contrattuali.

La risposta della giurisprudenza di merito in questione costituisce perciò sicuramente un punto di partenza per assumere la consapevolezza che «adagiarsi sugli allori» del contratto di lavoro subordinato non è più sufficiente a garantire spiragli di tutela per le nuove forme professionali che si affacciano sul mercato.

La sorpresa e – parzialmente – l'«imbarazzo» della giurisprudenza dovuto all'incapacità di qualificare con esattezza i confini di applicazione della fattispecie in questione, ha portato il legislatore – sulla spinta dei sindacati – ad intervenire *manu propria* nello scorso 2019, chiarendo le linee guida di riferimento per la disciplina del rapporto di lavoro tra riders e piattaforme telematiche. Il d.l. 3 settembre

2019, n. 101²³, a giudizio di chi scrive, non fa altro che risolvere il problema, aggirandolo. Se da una parte, infatti, onora il rapporto di diritti e garanzie tipiche del contratto di lavoro subordinato, sancendo *in primis* l'idoneità delle disposizioni successive a fondare «*obblighi minimi di tutela*», dall'altra non qualifica formalmente la natura dei «*lavoratori*»; ecco che, in questo senso, il legislatore appare consapevole del necessario superamento dell'attribuzione formale, spostando l'equilibrio verso una tutela sostanziale delle fattispecie in questione. Ciò, pur generando notevoli problemi relativamente all'incertezza normativa, dall'altra fornisce al rapporto di lavoro *de quo* una certa versatilità nel ricevere tutela da più fonti. A sostegno del percorso di ciò, le altre disposizioni offrono una definizione puntuale di «*piattaforma digitale*» che consiste in «*programmi e procedure informatiche utilizzate dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione*»²⁴, dei criteri di «*determinazione del corrispettivo*»²⁵ e una «*copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*»²⁶. L'intenzione, come facilmente si riesce ad intravedere, è quella di colmare il vuoto di tutela che imperversava fino a qualche anno fa queste categorie professionali e farlo senza risolvere l'annoso *vulnus* in merito all'«etichetta» che dovrebbe identificarle; un dibattito che piuttosto che inerire a istituti giuridici, traghettava inesorabile verso «lidi» ideologici già scoperti e privi di ogni sbocco effettivo.

2.3. Il ritorno sui propri passi: la pronuncia della Cassazione.

Il sentiero esplorato dalla Corte d'Appello si connota sicuramente per ambizione e intenzione di rottura nei confronti di quelli che sono stati i presupposti che hanno animato il legislatore per anni: ricondurre ogni forma di rapporto sotto le auree della subordinazione e dell'autonomia. Mettere in discussione tale meccanismo significa ricostituire un modello per cui le tutele vengono attribuite per il tramite dell'elemento materiale del rapporto e non per quello meramente formale: ma su questo si è già detto in precedenza. La sentenza della Cassazione sul caso Foodora²⁷ ripercorre le tappe logiche del ragionamento che ha portato la Corte di Appello a

pronunciarsi in senso favorevole ad un *tertium genus* e ad uscire dai binari percorsi dal giudice di primo grado. In questo senso, la disamina della S.C. volge lo sguardo verso quattro possibili ipotesi per la risoluzione delle tutele per i *riders*:

- a) Riconoscere ai lavoratori in questione i tratti della subordinazione;
- b) Ipotizzare una figura intermedia tra subordinazione ed autonomia;
- c) Qualificarli come lavoratori autonomi;
- d) Immaginare una tutela rafforzata per alcune categorie più esposte.

Se la Corte d'Appello sicuramente persegue l'opzione *sub b)*, la Cassazione – pur rigettando il ricorso – opta per un ritorno sulla strada dell'«etero-organizzazione» riconoscendo al legislatore il tentativo di intraprendere un percorso di rinnovamento del tessuto normativo e di ricomprendere in esso anche le nuove categorie professionali, tra cui figurano anche quelle dei lavoratori sottoposti a rapporti di collaborazione. In questo senso, il d.lgs. 81/2015 è figlio di un tempo in cui la volontà del legislatore è quella di ricercare un equilibrio tra la necessità, da un lato, di incrementare gli indici occupazionali, dall'altro, di garantire un livello minimo di tutele anche ai nuovi soggetti del lavoro²⁸. Per questo la Cassazione ha precisato più volte di come si debba parlare unicamente, con riferimento ai *riders*, di etero-organizzazione e – di conseguenza – applicare la normativa del 2015, così come modificata dai recenti interventi normativi in materia di rapporto di lavoro stipulato con le singole piattaforme digitali²⁹, offrendo una disamina precisa e puntuale su quelli che possono risultare gli aspetti controversi. In merito, infatti, alla terminologia utilizzata dall'art. 2 d.lgs. 81/2015, la Suprema Corte ritiene di poter affermare con certezza che l'inciso «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» sia una mera possibile diramazione del lavoro etero-organizzato e non presupposto necessario affinché quel determinato rapporto possa essere sussunto entro i confini della fattispecie normativa³⁰. Ancora, l'interprete ritiene di dover «insistere» anche sull'aspetto del «coordinamento» delle prestazioni, operando una significativa distinzione con l'art. 409 co. 3 c.p.c. rispetto alle modalità con cui tale coordinamento si profila all'esterno; se infatti da una parte, la norma di cui all'art. 409 deve inerire a prestazioni determinabili anche di comune accordo tra le parti, l'art. 2 del decreto attuativo del *Jobs Act*,

n. 81/2015, deve considerarsi onerato di un requisito aggiuntivo in più, ovvero la necessaria «imposizione» delle prestazioni «dall'alto» del committente³¹. La decisione della Cassazione pertanto ha come obiettivo quello di «ristabilire l'ordine» in relazione soprattutto ai precedenti interventi di politica legislativa volti ad «irrobustire» situazioni e categorie professionali fortemente sottodimensionate sul piano delle garanzie, dei diritti e delle tutele contrattuali ed extra-contrattuali. Secondo la Suprema Corte però, a ciò non consegue affatto la creazione di matrice giurisprudenziale di un terzo contenitore, bensì – piuttosto – la valorizzazione delle disposizioni già esistenti, che, a determinate condizioni, possono produrre effetti anche verso quei rapporti giuridici con le caratteristiche di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015.

3. Conseguenze in ambito penalistico della qualificazione normativa del rider: la questione dell'applicabilità delle categorie di cui al T.U. del 2008.

A seguito di questa sintetica trattazione in merito alla vicenda *Foodora* e al tentativo della giurisprudenza di colmare alcune lacune tanto interpretative, quanto legislative, viene da sé assumere le conclusioni a cui si è arrivati e chiedersi innanzitutto se, in materia di responsabilità penale, tale indicazioni – di carattere prettamente civilistico – possano essere prese in considerazione per ricavarne un obbligo giuridico di porre in essere le adeguate ed opportune cautele antinfortunistiche al fine di evitare eventi lesivi dell'incolumità psico-fisica del singolo lavoratore. Vale la pena – per chiarezza espositiva – ricordare che le attività professionali in questione sono fortemente connotate da rischi legati in particolar modo all'incolumità fisica. I profili di rischio, inoltre, secondo alcuni rapporti dell'University College of London (UCL), attestano un incremento dovuto principalmente alla progressiva concorrenza che i settori della *gig economy* vedono registrare. In questo senso, la domanda di lavoro in costante aumento genera una competizione – a ribasso – tra lavoratori, i quali sono costretti ad aumentare il tenore qualitativo – soprattutto in termini di orario – delle prestazioni lavorative, per aumentare i guadagni personali. In questo quadro, ciò che sicuramente viene «sacrificato» è l'incolumità individuale: il *rider* accetta di percorrere le strade

della città spesso ad orari notturni e con una gestione del rischio stradale minima, se non nulla.

Accanto a ciò, i dati che registrano più studi, fanno capo ad una “indifferenza”, ai limiti dell’insensibilità, della piattaforma committente relativamente agli aspetti appena tracciati. Difficilmente, infatti, il committente della prestazione dota il *rider* di strumenti antinfortunistici e, nel momento in cui lo fa, ne attribuisce il costo al prestatore stesso, che è costretto – come nel “caso Foodora” – a versare una cauzione all’azienda digitale per munirsi dell’attrezzatura antinfortunistica³².

In questo contesto, la funzione del legislatore si è limitata a creare un *genus ad hoc* che desse alle categorie professionali di cui si sta trattando un contenitore idoneo a rafforzare le tutele quanto meno contrattuali. Nulla però è stato chiarito in merito agli obblighi, *in primis* formali, posti in capo al committente riguardo il versante della tutela antinfortunistica. Per inquadrare il perimetro della discussione, l’obiettivo di questa parte dell’analisi consiste nel verificare se il d.lgs. 81/2008, meglio conosciuto come «Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro», sia idoneo a tutelare quelle nuove forme professionali che si affacciano sul mercato del lavoro, *ergo* se gli obblighi contenuti nel T.U. del 2008 debbano considerarsi applicabili anche a queste figure. In caso contrario, graverebbero sul legislatore e sugli altri operatori del diritto il peso e la responsabilità di rintracciare percorsi alternativi di prevenzione e di tutela.

Le considerazioni preliminari vertono sugli elementi definitori ubicati nelle prime disposizioni del Testo Unico e, in particolar modo, riguardo alle nozioni di «datore di lavoro» e «lavoratore». Con riferimento alla prima, i lineamenti terminologici che ci pervengono dalla prima delle due definizioni sono particolarmente innovativi, a tal punto da ricomprendere – accanto alla qualifica formale – la possibilità di rinvenire una posizione datoriale anche per mezzo di un criterio funzionale – meglio: effettuale³³ – che consente di riconoscere obblighi, poteri e doveri «al soggetto che, secondo il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell’organizzazione stessa o dell’unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa»³⁴. La non necessità della titolarità formale del rapporto di lavoro e la sufficienza di una responsabilità generale nell’organizzazione, fanno sì

che le maglie delle tutele si allarghino anche a quei rapporti di fatto in cui il titolare dell’azienda sia una mera “testa di legno”. In questa prospettiva si inserisce anche la definizione – puntuale – che viene attribuita al termine «lavoratore», che deve essere individuato «*indipendentemente dalla tipologia contrattuale*». Il legislatore, perciò, ha deciso di superare le consuete modalità di qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, dando rilievo alla situazione di fatto. Tale approccio è condiviso anche dalla Suprema Corte che nel 2014 si è espressa così: «*La nuova definizione di lavoratore ha introdotto il principio di effettività della individuazione della figura del lavoratore stesso, in quanto la locuzione “indipendentemente dalla tipologia contrattuale” segna la rottura netta con la legislazione passata, superando il dato formale del contratto civilistico di lavoro per incentrarsi sulla situazione di fatto della prestazione di una attività lavorativa all’interno dell’organizzazione di un datore di lavoro: ruolo centrale nella definizione di lavoratore è, pertanto, la prestazione di fatto da parte di quest’ultimo di una attività all’interno di una organizzazione di cui è dominus il datore di lavoro*»³⁵.

A surrogare la tesi dell’estendibilità delle categorie e delle tutele del Testo Unico, viene in ausilio un altro elemento definitorio, contenuto sempre nella disposizione *ex art. 2*, comma 1, lett. c), per la quale la nozione di «azienda» è individuata come «*il complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato*». Nessun riferimento, pertanto, alla natura, le modalità ed i confini entro cui opera il complesso produttivo imprenditoriale; in questo senso pare opportuno quanto meno domandarsi della possibilità che un’impresa che operi digitalmente, per il tramite di piattaforme telematiche, debba sottoporsi agli obblighi ed adempimenti contenuti nel Testo sopracitato. L’interrogativo “sfiora” la nozione di «luogo di lavoro»³⁶, che potrebbe costituire uno scoglio insormontabile per il riconoscimento al *rider* delle garanzie antinfortunistiche. In questo senso si potrebbe opporre che il *rider* non trova una propria dimensione nei luoghi dell’azienda per due ordini di ragione. La prima, le aziende in questione (Glovo, Deliveroo, Foodora, Uber Eats, ecc.) non possiedono una loro fisicità, operando virtualmente; la seconda, l’attività di consegna a domicilio si presenta come *dinamica* e non consta di un’attività sul posto di lavoro. Le questioni poste, pur legittime e sacrosante,

sembrano però non trovare riscontro nel dato normativo, che sembra mutare radicalmente rispetto alle discipline previgenti, in relazione soprattutto alle maglie della nozione di “lavoratore”, inteso per lo più come “subordinato”. Nonostante il lavoro dipendente rimanga comunque centrale nell’*intentio* e nella realizzazione pratica del legislatore, appare assolutamente evidente come il baricentro si sia spostato verso una tutela *universale* della salute nei luoghi di lavoro. Questa lungimirante operazione risulta anche perfettamente adiacente ai dettami costituzionali. Di primo rilievo è sicuramente il testo dell’art. 38 Cost., che al secondo comma attribuisce ai «*lavoratori*» il diritto alla previsione di «*mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio*». Pur nella consapevolezza che il bene giuridico dell’integrità psico-fisica del lavoratore non sia esplicitamente garantito dalla Costituzione, ma si ricavi dal significato combinato di diverse disposizioni – tra cui l’art. 35 e l’art. 41 – la terminologia utilizzata dal Costituente riferisce ad un’accezione generale di «lavoratore» senza specificarne la tipologia e lo *status* contrattuale³⁷. Vi è di più. Il meccanismo di “decentramento” rispetto al lavoro subordinato si muove in direzione anche della Direttiva-quadro europea 89/391/CEE che all’art. 2 sancisce che per «lavoratore» deve intendersi «*qualsiasi persona impiegata dal datore di lavoro*», ricalcando gli obiettivi posti anche dalla Strategia Comunitaria 2007-2012 in merito all’estensione di tutele anche ai c.d. “*nuovi lavori*”. Volendo fare una sintesi, il tentativo di “universalizzare” i diritti, le tutele e le garanzie si muove – all’interno del Testo Unico del 2008 – su due binari. Da una parte l’allargamento dei confini della subordinazione – esigenza sentita anche all’inizio degli anni ’90³⁸ – che consente di superare il dogma della “direzione” così imposto dall’art. 2094 c.c.; dall’altra l’emersione di nuove figure tra cui i soci di lavoratori di cooperative o di società grazie anche all’utilizzo di *escamotage* semantici come «*i soggetti ad essi equiparati*»³⁹. Ciò risulta ancor più accentuato dall’*indifferenza* per il testo normativo – ai fini dell’identificazione del lavoratore – dell’esistenza di un vero e proprio contratto in questo senso⁴⁰, non volendosi più attribuire la tutela alla parte di un rapporto più o meno giuridico, bensì in quanto lavoratore e – di conseguenza – soggetto esposto al rischio di lesioni di beni giuridici fondamentali e costituzionalmente rilevanti.

Una scelta simile è accompagnata da *pro* e *contro*. A vantaggio del modello attuale c’è la volontà di allargare i confini della responsabilità, a cui si aggancia, in modo perfettamente complementare, la previsione di specifici obblighi a carico di soggetti che – pacificamente secondo la giurisprudenza – rivestono la qualifica di *garanti* della sicurezza del lavoratore⁴¹. Non c’è dubbio, in questo senso, che il T.U. del 2008 contenga gli elementi minimi per poter attribuire un obbligo giuridico-formale, in capo al titolare della piattaforma telematica o ad un eventuale responsabile dell’organizzazione produttiva, di impedire l’evento lesivo per l’integrità psico-fisica del *rider*. Il rischio però di eccedere e sfociare nel “vortice” della criminalizzazione costante della parte datoriale, anche in assenza di poteri impeditivi attivabili da quest’ultima – scelta perseguita anche da parte della giurisprudenza – è elevato ed attuale. Allo stesso tempo però, gli strumenti conosciuti dall’ordinamento penale italiano consentono di scongiurare il pericolo e accertare un’eventuale responsabilità penale per il tramite di indici e meccanismi giuridicamente disciplinati.

4. La necessaria correlazione tra obblighi e poteri impeditivi: la difficile ricostruzione della posizione di garanzia del titolare della piattaforma telematica in caso di incidente occorso al “rider”.

4.1. Cenni storici sulla causalità omissiva impropria: la funzione dell’art. 40 cpv. c.p.

L’argomento oggetto di analisi è uno di quelli che fa “tremare le vene e i polsi”, non già per la mole di pensiero, quanto per la dimensione che la causalità nei reati omissivi impropri ricopre nel diritto penale moderno. Proprio per dare seguito a questa breve considerazione, è opportuno ripercorrere le tappe che hanno segnato il dibattito in questione negli anni. Dibattito che è sicuramente figlio della difficoltà logica di individuare una corrispondenza naturale e naturalistica nella possibilità che un comportamento omissivo possa produrre conseguenze estrinseche materiali. «*Ex nihilo nihil fit*» è infatti l’approccio filosofico che per secoli ha ribadito l’impossibilità di riconoscere valore ed autonoma dignità all’omissione in senso giuridico. Accanto a ciò, si colloca anche e soprattutto un derivato di una concezione ordo-liberale dei diritti

individuali per cui l’*“homo”* è artefice solo ed esclusivamente del proprio destino; detta in altri termini, aleggiava in quel dibattito l’impossibilità di addebitare ad un soggetto conseguenze naturalistiche patologiche che non dipendessero strettamente dalle proprie azioni. Ad una tale visione si contrapponeva l’approccio c.d. *costrittivo* tipico dello Stato totalitario, in cui veniva enucleata una lunga e rigida elencazione di obblighi e divieti con funzione di indirizzare i comportamenti umani e giustificare un’eventuale “castigo” repressivo da parte dell’ordinamento⁴².

“In medio stat virtus”: in questo impianto argomentativo e fortemente polarizzato si inserisce il disegno costituzionale di uno Stato sociale che preserva, riconosce e garantisce le libertà fondamentali della persona e del cittadino e che concepisce il diritto penale non in funzione repressiva, ma come deterrente per prevenire *ab origine* situazioni nelle quali l’ordinamento ritiene insito un disvalore. In questo contesto, muta anche la dimensione dei reati omissivi che vedono assumere un ruolo centrale nel panorama dei reati. La moltiplicazione dei rischi, dovuti al salto tecnologico e al progresso scientifico, ha spinto il legislatore a concentrarsi sull’ampliamento di figure criminali, derivanti dalla mancata rimozione o minimizzazione delle situazioni potenzialmente lesive per la sfera giuridica soggettiva altrui da parte di chi è obbligato a garantirne l’incolumità. Questa funzione – per così dire – *“solidaristica”* della responsabilità penale si rinviene nell’art. 40 cpv. del Codice penale, che sancisce di fatto l’equivalenza normativa tra il non impedire ed il cagionare un determinato evento. La dottrina, nonostante alcuni dubbi iniziali, è sempre più concorde nel ritenere che la disposizione in questione riferisca a quella particolare tipologia di reati, definiti convenzionalmente come *“reati omissivi impropri”*, ovvero ai reati commessi mediante omissione. La norma sancita dal II comma dell’art. 40 ha degli effetti macroscopici, meno visibili ad occhio nudo e di cui però è necessario rendere conto. È opportuno, in tale direzione, domandarsi *quid juris* nel caso in cui tale disposizione fosse espunta dall’ordinamento. A tal fine, si prenda come caso, a titolo esemplificativo, l’ipotesi in cui il lavoratore deceduto a causa della caduta da un’impalcatura non messa a norma dal datore di lavoro. Nel momento in cui non esistesse un meccanismo normativo in grado di porre sullo

stesso piano l’obbligo di impedimento e il cagionamento di un fatto, il datore di lavoro non sarebbe imputabile ai fini di omicidio colposo, ma dovrebbe ritenersi immune da qualsiasi responsabilità penale, eccezione fatta per l’eventuale illecito contravvenzionale. Se questi sono i termini del ragionamento, viene da sé ritenere l’art. 40 cpv. c.p. come *“clausola penale generale”* che si innesta nelle fattispecie di diritto penale speciale e che consente l’incriminazione del soggetto anche se l’evento non sia stato determinato da un comportamento operoso ed attivo dell’agente⁴³.

4.2. “Da un grande potere deriva una grande responsabilità”: il ruolo del potere impeditivo nel reato omissivo improprio e il principio di effettività in prospettiva “de iure condendo”.

È opinione comune e ormai consolidata che un regolare e puntuale accertamento della posizione di garanzia non possa prescindere dall’interrogativo sulle concrete possibilità da parte del garante di impedire che l’evento lesivo si realizzi. In altri termini, il principio di responsabilità non si interrompe alla mera verifica di previsioni tassative che pongano in capo ad un soggetto – in questo caso il datore di lavoro – un obbligo formale, bensì è necessario che a tali doveri corrispondano delle prerogative per il garante che lo mettano nelle condizioni di poter comporre la propria area di responsabilità e mettersi nelle condizioni di evitare la punibilità⁴⁴. A richiedere un accertamento simile, non è un capriccio di qualche purista, né la volontà di rendere impunito qualcuno, ma i principi costituzionali di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.) e, in via subordinata, di necessaria determinatezza della fattispecie (art. 25 Cost.). La stessa giurisprudenza ha ribadito recentemente che la posizione di garanzia richiede *«l’esistenza in capo al garante di poteri impeditivi dell’evento, i quali, peraltro, possono essere anche diversi e di minore efficacia rispetto quelli direttamente e specificamente volti a impedire il verificarsi dell’evento: nel senso che è necessario e sufficiente che il garante abbia il potere, con la propria condotta, di indirizzare il decorso degli eventi verso uno sviluppo atto a impedire la lesione del bene giuridico da lui preso in carico, esercitando, quindi, i poteri da lui esigibili anche laddove questi non siano da soli impeditivi dell’evento»*⁴⁵.

In questo senso viene ripercorso il legame inscindibile tra la sussistenza di una posizione di

garanzia, corredata di obblighi e poteri, e l'accertamento del rapporto di causalità tra la condotta omissiva e l'evento dannoso per il bene giuridicamente tutelato. È necessario – e sufficiente – per non incorrere in responsabilità penale che il soggetto garante attivi i propri poteri impeditivi nella direzione di un percorso causale alternativo a quello “patologico” e tipico per l'evento in questione, ovvero che rispetti i canoni previsti dalla Sentenza Franzese⁴⁶ di c.d. “*probabilità statistica*” e “*credibilità razionale*”; sarà necessario dimostrare che, nel contesto specifico, al netto di ogni situazione o condotta esterna che esuli dal comportamento dell'agente, quell'evento sarebbe stato anche *logicamente probabile*. Riconoscere ciò significa evitare il rischio che, in assenza di dati scientifici – che nella materia antinfortunistica appare essere più la regola che l'eccezione – l'olezzo della negligenza di chi non si è messo nelle condizioni di evitare che determinate conseguenze materiali si verificassero venga confuso con il “profumo” dei principi costituzionali⁴⁷.

La necessità di verificare l'esistenza e la possibilità di attivazione di poteri tesi ad evitare che si verifichi una lesione del bene oggetto di tutela, risponde ad un generale c.d. *principio di effettività*, al quale il T.U. n. 81/2008 si è ispirato⁴⁸. In buona sostanza, non si tratta solo di garantire che il processo di accertamento della responsabilità per omesso impedimento ex art. 40 cpv. sia preciso e scrupoloso, quanto di far sì che la tutela dell'incolumità psico-fisica del lavoratore sia effettiva e non meramente formale, a maggior ragione per i c.d. “nuovi lavori”. In riferimento a quest'ultimo aspetto, vale la pena ripercorrere le condizioni di lavoro che contraddistinguono queste fattispecie “ibride” sul piano giuridico e completamente nuove sul versante materiale. In un contesto di totale “dematerializzazione” – meglio: smaterializzazione – dell'attività lavorativa, riconcepire un sistema di tutele – come si è già provato a spiegare – prende le mosse dalla consapevolezza che queste nuove forme di lavoro si svolgono per lo più in contesti in cui un vero *luogo di lavoro* risulta non identificabile⁴⁹ e si caratterizzano per un'attività itinerante e dinamica. Questo obbliga ad un'analisi di duplice prospettiva: *de iure condito* e *de iure condendo*. In merito al primo momento, volendo ricondurre ad unità gli elementi sin qui prospettati, risulta particolarmente complesso riconoscere una posizione di garanzia in

capo al datore di lavoro, titolare di piattaforma telematica e gestore del servizio di consegna a domicilio, non tanto per la previsione di un obbligo giuridico in capo allo stesso, quanto per l'impossibilità di attribuirgli un effettivo potere di impedimento dell'evento – morte o lesioni – occorso a danno del rider. Non è infatti plausibile, nelle condizioni di operatività di questa particolare *species* di organizzazione aziendale, riscontrare delle prerogative di controllo della posizione del rider che percorre le strade della città, né delle possibilità di sorveglianza sanitaria. In questi termini, il processo trifasico di accertamento della responsabilità colposa ai sensi degli artt. 589 e 590 c.p., si ferma al primo dei momenti, ovvero alla sussistenza di una posizione di protezione ex art. 40 cpv. c.p., pena l'impossibilità di procedere alla verifica della presenza di un decorso causale tipico e, in subordine, di profili di colpevolezza.

Più ambizioso è il secondo piano, che richiede – al fine di garantire l'incolumità psico-fisica del lavoratore – di individuare meccanismi di controllo in grado di seguire il lavoratore nei suoi spostamenti, transitando dal garantire il lavoratore in un determinato ambito spaziale, a “proteggerlo” *a prescindere* dal luogo di lavoro. Ciò è possibile *in primis* ipotizzando un catalogo preciso di obblighi e facoltà in capo al datore di lavoro o committente, che operino sul piano della *prevenzione* dell'infortunio e che trovino il loro punto di riferimento nel Testo Unico del 2008. Nell'attuale normativa antinfortunistica, infatti, sono già contenuti obblighi che prescindono dal luogo in cui si svolge l'attività lavorativa e che potrebbero da subito essere applicati a queste fattispecie. Emblematici di questa applicazione estensiva sono gli obblighi di cui all'art. 36 del d.lgs. 81/2008 che dispone a carico del datore di lavoro che questo provveda ad informare il lavoratore sui “rischi” per la sua “salute e sicurezza” e le “*procedure di primo soccorso*” e, in particolar modo, sui “rischi specifici cui è esposto in relazione all'attività svolta”. Ma vi è di più. La disposizione successiva, l'art. 37, prevede che il datore di lavoro sia tenuto anche a fornire una “*formazione adeguata e sufficiente in materia di salute e sicurezza*” con riguardo specifico ai “*concetti di rischio, danno, prevenzione, protezione, organizzazione della prevenzione aziendale, diritti e doveri dei vari soggetti aziendali, organi di vigilanza, controllo, assistenza*”. La stessa valutazione può essere effettuata per la

disposizione di cui all'art. 76, in materia di Dispositivi di protezione individuali⁵⁰. Nella prospettiva contingente di una pandemia globale, l'attenzione mediatica al fenomeno dei fattorini di notte "ammassati" di fronte alle grandi catene di distribuzione in attesa di appropriarsi del prodotto da recapitare, non ha corrisposto un altrettanto acceso intervento normativo che – quanto meno – ponesse a carico dell'impresa "committente" un obbligo di fornire adeguati meccanismi di protezione (mascherina chirurgica), equiparandoli – come aveva fatto il decreto c.d. "liquidità" per i lavoratori subordinati – ai c.d. DPI di cui all'art. 76 del Testo Unico. Ebbene, con un semplice adeguamento della disciplina, nulla osterebbe all'imposizione al datore di lavoro-committente del rispetto della disciplina prevenzionale e della fornitura di strumenti, attrezzature o videoterminali, che non consista solo nella *datio* materiale degli strumenti, quanto nella verifica dell'adeguatezza dei dispositivi utilizzati, anche se di proprietà del "prestatore d'opera".

5. Conclusioni.

Il percorso finora condotto permette di arrivare – senza pretesa di esaustività – a tirare alcune "somme". Il primo vero scoglio nel tentativo di approccio a queste nuove modalità di lavoro riguarda la qualificazione giuridica, sul versante civilistico, del rapporto di lavoro tra il committente-piattaforma telematica e il *rider*. L'analisi dei vari contributi giurisprudenziali degli ultimi anni, con riferimento alla vicenda Foodora, mostra plasticamente come l'unica soluzione a cui è ragionevole pervenire sia quella offerta dalla Suprema Corte⁵¹, dal momento che evita di creare terze prospettive – a differenza di quanto fatto in precedenza dalla Corte d'Appello – e, d'altro canto, fa sì che venga "rivitalizzata" la disposizione di cui all'art. 2 d.lgs. 81/2015 senza che questa cada nel "vortice" di *interpretatio abrogans*. Le valutazioni sommariamente offerte in relazione a questo aspetto, non sono fini a sé stesse, bensì consentono di individuare quale possa essere il catalogo di obblighi e doveri in capo al datore di lavoro-committente, necessari, quanto meno, a configurare – sul versante penalistico – il primo segmento della posizione di garanzia ex art. 40 cpv. c.p. nella responsabilità per omesso impedimento. In questo senso, prendendo le mosse dal d.lgs. 81/2008, appare chiaro come si possa pacificamente ritenere

che la normativa antinfortunistica, pur trovandosi ormai al suo tredicesimo "compleanno", possa porsi ancora come fulcro per rinvenire degli obblighi di sicurezza e di protezione anche in capo alle piattaforme telematiche che gestiscono servizi di consegna, da sempre considerate esenti in quanto stazionanti nel limbo di incertezza normativa. Come si è cercato di dimostrare, la specificità delle previsioni consente in modo piuttosto lineare di affermare che il Testo Unico del 2008, pur facendo nell'intestazione specifico riferimento ai «*luoghi di lavoro*», è tutt'altro che sul "banco degli imputati", dovendo essere piuttosto rilanciato e valorizzato sul piano dell'obiettivo che sin dai primi vagiti si è posto: *universalizzare* le tutele antinfortunistiche ed estenderne l'applicazione a categorie estranee al binomio subordinazione-autonomia.

Entrando però nel merito dei profili di responsabilità penale, riconoscere l'esistenza di una titolarità, formale e sostanziale, di un dovere di provvedere all'integrità psico-fisica del lavoratore ed ammettere che questa possa essere ricercata esulando dall'antica e ormai "anziana" previsione generale di cui all'art. 2087 c.c., riabilitando il contenuto del d.lgs. 81/2008, non deve assolutamente porsi come il vaso di pandora della responsabilità penale *a qualsiasi costo* del committente titolare di piattaforma telematica. L'oggetto dell'analisi mira, infatti, a mettere in luce la difficoltà nel rinvenire il secondo segmento che contribuisce – secondo i canoni della giurisprudenza – a descrivere una posizione di garanzia: i poteri impeditivi. Per il principio di effettività e di necessaria correlazione dovere-potere, nessuno può essere penalmente perseguito per un fatto che ha commesso o di cui non ha impedito l'accadimento che non rientri nella sua sfera di dominio o, quanto meno, di dominabilità. Nel contesto specifico oggetto di analisi, i poteri impeditivi che consentono di rendere *personale* l'imputazione non sussistono in capo ad un soggetto che non è in grado nemmeno di determinare la posizione esatta di colui che dovrebbe, in teoria, garantire. In caso contrario, si rischierebbe di sfociare in un tentativo di responsabilità oggettiva, per la quale l'imputazione si forma per il solo fatto del verificarsi di un evento lesivo a danno del lavoratore, a causa di un mero "aumento del rischio": un tentativo che deve respingersi in partenza perché contrario ai principi di un diritto penale liberale⁵².

Ciò però, non deve minimamente indurre gli operatori a rinunciare ad una parziale penalizzazione di condotte che siano dannose per la salute e la sicurezza del lavoratore. Come si è tentato di spiegare, è possibile rintracciare all'interno del Testo Unico del 2008 degli obblighi che *prescindono* dall'ambito spaziale di e che ineriscono al mero svolgimento di un'attività lavorativa. In questo senso, l'estensione dell'ambito di applicazione di questi obblighi, di cui già si è detto sopra, ben si accosta con la previsione di specifiche sanzioni di natura *contravvenzionale*, di cui già il Testo Unico si compone abbondantemente. Un'operazione di tale portata sarebbe in grado di conciliare la necessità di criminalizzare alcuni comportamenti per anticipare e

prevenire con la possibilità di tener saldo il principio per cui nessuno può essere punito per ciò che è, ma per ciò che fa: anche se *“negli esempi della manualistica e nella casistica della giurisprudenza le automobili iniziano a prendere il posto delle carrozze e dei cavalli imbizzarriti”*⁵³, non si può cedere all'irrefrenabile voglia di perseguire gli intenti dell'opinione pubblica con il “gusto” della repressione criminale.

Davide Brusaporci

Dottore in Giurisprudenza.

¹ Si confronti in questo senso N. INTINI-C. LA FORGIA, *Perché industria 4.0. è per l'uomo: verso la società 5.0.*, in *“Working Paper Adapt”*, 2018.

² A. SALENTO, *Industria 4.0., imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2018, p. 346; F. SEGHEZZI, *Lavoro e relazioni industriali nell'industria 4.0.*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, p. 178 ss.

³ Così A. DELOGU, *Salute, sicurezza e nuovi lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0.*, in *DSL*, 2018, p. 37 ss.

⁴ B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, in *Working papers of CSEL “Massimo D'Antona”*, 2017.

⁵ In relazione a questa categoria si vedano Cass. Civ., Sez. Lav., 20 gennaio 2011, n. 1238, in *Giust. Mass. Civ.*, 2011, I, p. 185: *«Spetta al giudice del merito accertare il comportamento tenuto dalle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro al fine della conseguente qualificazione dello stesso come lavoro autonomo ovvero come lavoro subordinato e la relativa valutazione non è censurabile in cassazione ove correttamente ed adeguatamente motivata. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva inquadrato le prestazioni rese dal c.d. pony express nell'ambito del rapporto di lavoro autonomo per l'utilizzo di un mezzo di locomozione di proprietà del lavoratore, con oneri economici e di gestione a suo carico, per l'autonomia decisionale nel quomodo e nel quando dell'itinerario da percorrere e delle consegne e per il rischio d'impresa a carico del lavoratore, comprovato dall'assenza di compenso per l'impossibilità della prestazione in caso di malfunzionamento del mezzo di trasporto)»*; Trib. Milano, 15 marzo 1991, in *Dir. lav.*, 1992, p. 109; Pret. Milano 20 giugno 1986, con nota di P. ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, p. 76.

⁶ Il riferimento è preso da G.G. BALANDI, *Concetti lavoristici impigliati nella rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 468.

⁷ Sul caso Uber si vedano M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 1017 ss.; A. DONINI, *Regole della. Concorrenza e attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 46 ss.; M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizioni e innovazioni. Caso Uber*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, p. 335 ss.

⁸ Con le stesse parole A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Aracne, 2011, p. 51; si veda su questo anche F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 224-225.

⁹ In questo senso si veda la c.d. *«Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano»* che è stata sottoscritta il 31 maggio 2018 dal Comune di Bologna, dalla *Riders Union* Bologna, dai sindacati delle sigle sindacali maggiormente rappresentative e dai vertici di Sgnam e Mymenu che si pone, all'art. 1, l'obiettivo di *«migliorare le condizioni di lavoro»* e di *«stabilire degli standard minimi di tutela che si applicano a tutti i lavoratori e collaboratori»*; il tentativo è stato replicato anche dal Comune di Napoli presentata il 20 gennaio 2020.

¹⁰ Si fa riferimento alla legge regionale Lazio 40/2019 *«Norme per la tutela e la sicurezza dei lavoratori digitali»* con la quale, all'art. 3, comma 2, si sancisce che: *«Il lavoratore digitale ha diritto alla tutela contro gli infortuni nell'attività di servizio e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi all'attività di servizio»*; inoltre sempre l'art. 3, comma 4, del medesimo provvedimento dispone che: *«La piattaforma eroga a ciascun lavoratore digitale una formazione sufficiente ed adeguata in materia di salute e sicurezza e, in particolare, sui rischi e danni derivanti dall'esercizio della prestazione e sulle procedure di prevenzione e protezione tipiche della prestazione»*; alla stregua dei micro-interventi si inserisce anche la proposta di legge regionale Liguria recante: *«Disposizioni in materia di lavoro mediante piattaforme digitali»* che replica contenuti identici

rispetto alla legge regionale Lazio suddetta imponendo alla piattaforma digitale, ai sensi dell'art. 3 comma 2, di «*garantire al lavoratore digitale la tutela piena ed integrale contro gli infortuni nell'attività di servizio*» e di fornirgli «*dispositivi di protezione conformi alla disciplina in materia di salute e di sicurezza sul lavoro*».

¹¹ Si fa riferimento al d.l. 3 settembre 2019, n. 101 recante «*Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali*», convertito poi con la legge 2 novembre 2019, n. 128.

¹² Trib. Tor., Sez. lav., 7 maggio 2018, n. 778, in *De Jure*.

¹³ Cass. civ., Sez. lav., 8 febbraio 2010, n. 2728, in *De Jure*.

¹⁴ Su questo si vedano Cass. civ., Sez. lav., 10 luglio 1991, n. 7608, in *De Jure*; Cass. civ., Sez. lav., 25 gennaio 1993, n. 811, in *De Jure*.

¹⁵ In questo senso si vedano Cass. civ., Sez. lav., 26 giugno 2020, n. 12871, in *De Jure*; Cass. civ., Sez. Lav., 25 giugno 2020, n. 12707, in *De Jure*, secondo cui: «*L'elemento essenziale di differenziazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato consiste nel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, da ricercare in base ad un accertamento esclusivamente compiuto sulle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. In particolare, mentre la subordinazione implica l'inserimento del lavoratore nella organizzazione imprenditoriale del datore di lavoro mediante la messa a disposizione, in suo favore, delle proprie energie lavorative (operae) ed il contestuale assoggettamento al potere direttivo di costui, nel lavoro autonomo l'oggetto della prestazione è costituito dal risultato dell'attività*».

¹⁶ La disposizione è stata modificata per il tramite della l. 14 giugno 2017, n. 81 rubricata «*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*».

¹⁷ In questo senso di sottolinea un passaggio significativo di Trib. Tor., Sez. lav., 7 maggio 2018, n. 778, in *De Jure*, secondo cui: «*Una telefonata di sollecito non può essere certo considerata l'emanazione di un ordine specifico nè può costituire "esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative" (...) mentre rientra a pieno titolo nelle esigenze di coordinamento dettate dalla necessità di rispetto dei tempi di consegna*».

¹⁸ Così Trib. Tor., Sez. lav., 7 maggio 2018, n. 778: «*Nella fattispecie che stiamo esaminando tutto questo non si verifica per il semplice fatto che i ricorrenti potevano dare la loro disponibilità per un determinato turno, ma l'azienda era libera di non accettare la loro disponibilità e di non chiamarli. L'esclusione dalla chat aziendale o dai turni di lavoro non può quindi essere considerata una sanzione disciplinare perchè non priva i lavoratori di un loro diritto: i ricorrenti non avevano infatti diritto nè ad essere inseriti nella chat aziendale, nè ad essere inseriti nei turni di lavoro*».

¹⁹ In questi termini si veda anche Trib. Mil., sez. Lav., 10 settembre 2018, n. 1853.

²⁰ App. Tor., 4 febbraio 2019, n. 26, in *De Jure*: «*Secondo il Collegio la norma in questione individua un terzo genere, che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 cc e la collaborazione come prevista dall'articolo 409 n.3 c.p.c., evidentemente per garantire una maggiore tutela alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie, si stanno sviluppando*».

²¹ In questo senso A. DELOGU, *Salute, sicurezza e "nuovi" lavori*, cit., p. 43; App. Tor., 4 febbraio 2019, n. 26, in *De Jure*: «*Ciò significa che il lavoratore etero-organizzato resta, tecnicamente, autonomo, ma per ogni altro aspetto, e in particolare per quel che riguarda sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza, il rapporto è regolato nello stesso modo*».

²² In questo modo si è espressa anche una parte più autorevole della dottrina giuslavoristica tra cui L. FICARI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, 1-2, 92; G.P. GOGLIETTINO, *Jobs Act: i limiti del lavoro autonomo parasubordinato e le plausibili azioni risolutive*, in *DRI*, 2016, 440; V. NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforma e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".It*, 2015, 280, 9; A. DONINI, *Il lavoro su piattaforma digitale "prende forma" tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in *DRI*, 2016, 1, 173.

²³ Il d.l. in questione, successivamente convertito dalla l. 3 novembre 2019, n. 128, modifica il d.lgs. 81/2015, inserendo una serie di disposizioni nel Capo V del presente testo (dall'art. 47-bis all'art. 47-octies).

²⁴ Art. 47-bis, comma 2, d.lgs. 81/2015.

²⁵ Art. 47-bis comma 3, d.lgs. 81/2015.

²⁶ Art. 47-ter, d.lgs. 81/2015.

²⁷ Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *De Jure*.

²⁸ Su questo si veda Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *De Jure*: «*La norma introdotta nell'ordinamento nel 2015 va contestualizzata. Essa si inserisce in una serie di interventi normativi con i quali il legislatore ha cercato di far fronte, approntando discipline il più possibile adeguate, alle profonde e rapide trasformazioni conosciute negli ultimi decenni nel mondo del lavoro, anche per effetto delle innovazioni tecnologiche, trasformazioni che hanno inciso profondamente sui tradizionali rapporti economici*».

²⁹ Si veda in questo senso il sopracitato d.l. 3 settembre 2019, n. 101.

³⁰ Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *De Jure*: «Il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro esprime solo una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, con la parola "anche" che assume valore esemplificativo. In tal senso sembra deporre la successiva soppressione dell'inciso ad opera della novella cui si è fatto più volte cenno. Del resto, è stato condivisibilmente rilevato che le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa sono, nell'attualità della rivoluzione informatica, sempre meno significative anche al fine di rappresentare un reale fattore discrezionale tra l'area della autonomia e quella della subordinazione».

³¹ Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *De Jure*: «Come si osservava, se l'elemento del coordinamento dell'attività del collaboratore con l'organizzazione dell'impresa è comune a tutte le collaborazioni coordinate e continuative, secondo la dizione dell'art. 409 c.p.c., comma 3, nel testo risultante dalla modifica di cui alla L. n. 81 del 2017, art. 15, comma 1, lett. a), nelle collaborazioni non attratte nella disciplina del D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, comma 1, le modalità di coordinamento sono stabilite di comune accordo tra le parti, mentre nel caso preso in considerazione da quest'ultima disposizione tali modalità sono imposte dal committente, il che integra per l'appunto la etero-organizzazione che dà luogo all'applicazione della disciplina del lavoro subordinato».

³² Trib. Tor., Sez. lav., 7 maggio 2018, n. 778, in *De Jure*: «La committente doveva affidare al collaboratore in comodato gratuito un casco da ciclista, un giubbotto e un bauletto dotato dei segni distintivi dell'azienda a fronte di un versamento di una cauzione di Euro 50».

³³ Su questo aspetto vedi T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 58 s.

³⁴ Art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

³⁵ Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2014, n. 11383, in *De Jure*.

³⁶ In merito a ciò l'art. 62, d.lgs. 81/2008, sancisce che: «Si intendono per luoghi di lavoro, unicamente ai fini della applicazione del presente titolo, i luoghi destinati a ospitare posti di lavoro, ubicati all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva, nonché ogni altro luogo di pertinenza dell'azienda o dell'unità produttiva accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro».

³⁷ Sul tema più generale cfr. M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 3; C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 425 ss.; C. SMURAGLIA, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, p. 414 ss.; L. MONTUSCHI, *La Costituzione e i lavori*, in *Riv. it. giur. dir. lav.*, p. 153.

³⁸ All'art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 626/1994 per «lavoratore» doveva intendersi «la persona che presta il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari, con rapporto di lavoro subordinato anche speciale». Sulla disposizione appena citata cfr. M. LEPORE, G. PROIA, voce *Sicurezza e salute dei lavoratori*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», XXVIII, Roma, 1996, p. 2; L. MONTUSCHI, *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata del rischio di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 2 ss.

³⁹ In merito a ciò si veda Cass. civ., sez. lav., 7 maggio 2014, n. 9870, in *Diritto e Giustizia*, 2014: «L'apparato normativo relativo alla tutela dei lavoratori e alla sicurezza degli ambienti di lavoro trova applicazione generalizzata a tutti i settori di attività pubblica e privata, tranne alcuni tassativamente esclusi, e si applica non solo ai lavoratori subordinati ma anche a tutti i soggetti ad essi equiparati, ivi compresi i soci di società, anche di fatto».

⁴⁰ In questo senso si vedano V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del d.lgs. n. 81/2008*, in G. NATULLO, *Salute e sicurezza sul lavoro*, p. 492; S.A. CODELLA, *Le definizioni (art. 2 d.lgs. 9.04.2008, n. 81)*, in R. PESSI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Torino, UTET, 2011, pp. 1202-1203.

⁴¹ A titolo esemplificativo, ex plurimis Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in *De Jure* che attribuisce una posizione di garanzia al Responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

⁴² F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, p. 337 ss. In particolare, sul diritto penale dell'omissione l'autore ritiene che «Lo Stato sociale-solidaristico» si addossi nuovi compiti ed «impone ai cittadini l'obbligo di determinate azioni dirette al raggiungimento di alcune finalità che esso assume come proprie, quali innanzitutto l'adempimento dei doveri di solidarietà del corpo sociale in vista della sua omogeneizzazione economico-politico-sociale».

⁴³ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2014, p. 258.

⁴⁴ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 138 secondo cui: «Il problema della configurabilità del concorso omissivo nel reato non impedito si pone (...) unicamente con riferimento a situazioni di fatto, rispetto alle quali l'obbligato abbia la capacità effettiva di intervenire».

⁴⁵ Cass. pen., Sez. IV, 20 febbraio 2015, n.14145, in *Guida al diritto*, 2015, p. 94.

⁴⁶ Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, n.30328, in *De Jure*: «Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e

processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica".

⁴⁷ F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese. Relazione all'incontro dibattito svoltosi presso la Corte di Cassazione il 28 novembre 2012*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 383: «Il merito storico di Franzese sta nell'aver per la prima volta affermato in modo netto e inequivoco, la necessità che il giudice sia in grado di affermare al di là di ogni ragionevole dubbio che, nel caso concreto, non esistono altre possibili spiegazioni dell'evento diverse da quella formulata dall'accusa; dovendosi invece pervenire ad una soluzione assolutoria qualora residui, appunto, un dubbio ragionevole sulla possibilità di ascrivere l'evento a fattori diversi, ai quali l'imputato sia rimasto estraneo»; in questo senso si veda anche R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di singoli eventi. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1176.

⁴⁸ Si veda, come già ricordato, il tenore letterale dell'art. 2 quando configura il datore di lavoro anche nel «soggetto che ha la responsabilità dell'organizzazione», nonché dell'individuazione della nozione di "dirigente" o di preposto per cui si rimanda a F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro e dei dirigenti*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.lgs. 9 aprile 2008, n.81*, Milano, Ipsoa, 2008, pp. 203-204.

⁴⁹ Si veda in tal senso P. PASCUCI, *Dieci anni di applicazione del d.lgs. 81/2008*, in *Diritto della sicurezza del lavoro*, 2018, I, p. 7; sempre lo stesso autore con *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori*, Pesaro, Aras, 2014, p. 18 ss.

⁵⁰ Art. 76 d.lgs. 81/2008 rubricato «Requisiti dei DPI»: «1. I DPI devono essere conformi alle norme di cui al decreto legislativo 4 dicembre 1992, n. 475, e sue successive modificazioni.

2. I DPI di cui al comma 1 devono inoltre:

- a) essere adeguati ai rischi da prevenire, senza comportare di per sé un rischio maggiore;
- b) essere adeguati alle condizioni esistenti sul luogo di lavoro;
- c) tenere conto delle esigenze ergonomiche o di salute del lavoratore
- d) poter essere adattati all'utilizzatore secondo le sue necessità.

3. In caso di rischi multipli che richiedono l'uso simultaneo di più DPI, questi devono essere tra loro compatibili e tali da mantenere, anche nell'uso simultaneo, la propria efficacia nei confronti del rischio e dei rischi corrispondenti».

⁵¹ Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *De Jure*, già richiamata sopra nel § 2.3.

⁵² Con riferimento all'impossibilità di configurare un'ipotesi di responsabilità oggettiva si veda per la giurisprudenza Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 1599, nota di FIORI-LA MONACA secondo cui: «una nozione "debole" della causalità, collocandosi ancora sul terreno della teoria, ripudiata dal vigente sistema penale, dell'"aumento del rischio", finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio»; *Ex plurimis*, in dottrina si veda G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 280; a sostegno dell'imputazione oggettiva invece M. DONINI, *Imputazione oggettiva: "nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*.

⁵³ A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, Aracne, 2011.

Mafie a Nord-Est: il Tribunale di Venezia riconosce l'associazione camorristica dei "Casalesi di Eraclea".

di **M. V. Maltarello**

Prendendo spunto dalla sentenza con cui il Tribunale di Venezia ha riconosciuto l'esistenza dell'associazione a delinquere di stampo mafioso, radicata nel territorio del veneziano, identificata come "Casalesi di Eraclea", nell'elaborato si affronta il tema delle cd. mafie delocalizzate, attualmente percorso da un animato dibattito che verte sui presupposti necessari ad inquadrare un'organizzazione criminale non tradizionale, operante fuori dai territori storicamente mafiosi, nei ranghi dell'art. 416 bis c.p.

La pronuncia desta particolare interesse alla luce del panorama giurisprudenziale recentemente delineatosi sul tema, anche a seguito del provvedimento di restituzione degli atti del 17 luglio 2019 con cui il Presidente aggiunto della Corte di Cassazione, per la seconda volta dopo un analogo provvedimento del 2015, ha ritenuto non fosse necessario alcun intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, non ravvisando il contrasto ermeneutico dedotto con l'ordinanza di rimessione emessa dalla Prima Sezione. In tale contesto, tale pronuncia riveste peculiare rilievo poiché costituisce un esempio di applicazione concreta, da parte di un organo giurisdizionale territoriale, dei principi dettati dalla giurisprudenza di legittimità che, allo stato, compongono un quadro tutt'altro che uniforme, in una materia in continua evoluzione.

Sommario. 1. Introduzione. - 2. I connotati del clan dei "Casalesi di Eraclea". - 3. L'accertamento del reato associativo. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nel mese di marzo 2021 è stata depositata la sentenza con cui il Tribunale di Venezia ha riconosciuto l'esistenza dell'associazione a delinquere di stampo mafioso, radicata nel territorio del veneziano, identificata come "Casalesi di Eraclea". Intervenuta nell'ambito di un procedimento scaturito da un'indagine che ha impegnato l'autorità inquirente per un ventennio, e ha condotto al rinvio a giudizio di circa ottanta persone, la pronuncia annotata ha definito le posizioni dei venticinque imputati che hanno scelto di essere giudicati con rito abbreviato, mentre per i restanti è ancora in corso l'istruttoria dibattimentale.

Sedici imputati sono stati condannati in primo grado per il reato associativo, con le aggravanti previste dall'art. 416 bis c.p., co. 4 e co. 6, nonché per i reati fine ad essi contestati, aggravati ex art. 416 bis.1 c.p. in quanto commessi avvalendosi del metodo mafioso.

Tra gli altri soggetti che gravitavano attorno al sodalizio, spiccano un membro della Polizia di Stato e l'ex sindaco di Eraclea, riconosciuti rei di concorso esterno, nonché l'avvocato "di fiducia" del gruppo, a carico del quale è stata accertata l'ipotesi di favoreggiamento personale aggravato.

Il giudice ha accolto in buona sostanza l'impostazione accusatoria, giungendo ad un'affermazione di responsabilità penale in un settore, quello delle cd. mafie delocalizzate, attualmente percorso da un animato dibattito che verte sui presupposti necessari ad inquadrare un'organizzazione criminale non tradizionale, operante fuori dai territori storicamente mafiosi, nei ranghi dell'art. 416 bis c.p.

Il riconoscimento della "mafiosità" dell'associazione a delinquere, infatti, è un risultato tutt'altro che scontato¹, in un momento in cui, in assenza di una presa di posizione netta delle Sezioni Unite, viene conferito un rilievo sempre maggiore alla concreta valutazione delle caratteristiche specifiche del sodalizio, della struttura organizzativa e delle modalità operative adottate dallo stesso, nonché dei rapporti intrattenuti con la mafia "storica" di riferimento.

Le motivazioni depositate destano particolare interesse alla luce del panorama giurisprudenziale recentemente delineatosi in materia di mafie cd. non tradizionali o delocalizzate, a seguito del provvedimento di restituzione degli atti del 17 luglio 2019² con cui il Presidente aggiunto della Corte di Cassazione, per la seconda volta dopo un analogo

provvedimento del 2015³, ha ritenuto non fosse necessario alcun intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, non ravvisando il contrasto ermeneutico dedotto con l'ordinanza di rimessione emessa dalla Prima Sezione⁴.

In tale contesto, pertanto, la sentenza del Tribunale di Venezia non solo pone in luce l'esistenza di una cellula mafiosa in Veneto ascrivibile alle mafie cd. locali e afferente alla camorra, ma riveste anche peculiare rilievo poiché costituisce un esempio di applicazione concreta, da parte di un organo giurisdizionale territoriale, dei principi dettati dalla giurisprudenza di legittimità che, allo stato, compongono un quadro tutt'altro che uniforme, in una materia in continua evoluzione.

2. I connotati del clan dei “Casalesi di Eraclea”.

Dagli atti è emerso che, nei primi anni Novanta, un gruppo di persone provenienti dall'area di Casal di Principe si è stanziato nel territorio del veneto orientale (nelle zone di Eraclea, San Donà di Piave, Jesolo, Caorle) ed ha iniziato a operare sotto il paravento di attività economiche nel settore dell'edilizia. Tale gruppo, infoltitosi nel tempo, si è sviluppato sotto la direzione di un vertice costituito da due soggetti che sono risultati solidamente legati da vincoli di parentela e di amicizia al cd. clan dei Casalesi⁵, la nota organizzazione camorristica radicata nel casertano.

Le attività inizialmente svolte dal sodalizio consistevano nell'offerta agli imprenditori locali di manodopera a costi concorrenziali. Spesso le squadre di operai, per lo più provenienti dalla Campania, venivano imposte alle imprese edili della zona e, ogniquale volta sopravvenissero difficoltà o ritardi nei pagamenti, il boss e i suoi uomini di fiducia intervenivano con minacce, spoliazioni dei cantieri, giungendo finanche, nei casi di imprenditori in grave dissesto economico, all'offerta di denaro in prestito a tassi usurari.

È proprio nella prima fase di vita dell'associazione, quando la stessa aveva necessità di radicarsi e affermare la propria pericolosità, che è stata posta in essere la maggior parte delle attività violente, attuate a fini intimidatori⁶. Per dimostrare la predisposizione a commettere ogni tipo di violenza, il gruppo non mancava di ricorrere ad azioni eclatanti, quali attentati dinamitardi, incendi, sparatorie, aggressioni: tutte iniziative idonee a rendere edotta la popolazione della presenza e dell'efficacia del

gruppo stesso, ingenerando nella comunità quella condizione di timore e di omertà che tradizionalmente discende dalla presenza mafiosa su un territorio⁷.

Parallelamente, i membri del sodalizio hanno lavorato al consolidamento della propria fama criminale professandosi diretta emanazione del cd. clan dei Casalesi. Il giudice di prime cure ha individuato molteplici riscontri probatori di tale ricerca di temibile notorietà da parte dei vertici del sodalizio. Il tema è infatti emerso in modo ricorrente nel corso degli esami degli imputati, uno dei quali, ad esempio, ha dichiarato: “in mia presenza *** ha fatto discorsi sul fatto che noi eravamo i Casalesi [...]”. Quando gli si chiedeva che senso avesse proclamarlo in pubblico, lui rispondeva che la gente del paese doveva saperlo. La gente del paese giustamente gli portava rispetto per timore⁸.

L'ostentazione della mafiosità era conseguita dal capo del sodalizio anche con la costruzione di un'immagine pubblica corrispondente alla concezione collettiva della figura del “padrino”, attraverso espedienti quali, ad esempio, il farsi scortare da autista e guardaspalle⁹ in occasione di riunioni con esponenti della criminalità locale o, comunque, l'accompagnarsi a uomini appositamente selezionati ogniquale volta fosse necessario fare bene intendere la potenza e capacità lesiva del sodalizio. Stando alla pronuncia annotata, infatti, la scelta dei membri a cui assegnare i vari compiti all'interno del gruppo non era casuale. Ad esempio, se per il ruolo di guardia del corpo venivano ingaggiati i soggetti con il giusto standing e il carattere più minaccioso, adatti a garantire l'effetto intimidatorio, nell'attività di recupero crediti erano impiegati i sodali più autorevoli e con più esperienza, capaci di avanzare la richiesta estorsiva scegliendo toni convincenti, che allarmassero la vittima nella misura sufficiente, ma senza ricorrere ad atti concreti o ad argomenti espliciti che potessero destare l'attenzione delle autorità¹⁰.

Con il passare degli anni, di pari passo con la sempre crescente incisività ed efficacia delle indagini, la struttura criminale ha cambiato fisionomia. Se da un lato, infatti, acquisita la notorietà, per il sodalizio è venuta meno la necessità di affermare e rafforzare la propria fama criminale, al contempo l'accendersi dei fari degli inquirenti e dell'opinione pubblica su diversi esponenti del clan, a seguito di reiterati episodi violenti, ha reso necessario agire con più

discrezione. Queste circostanze hanno condotto il gruppo a mutare, a fare uso della violenza in maniera più oculata, forte dall'ormai compiuta penetrazione nel tessuto sociale – soprattutto imprenditoriale – e dell'efficacia intimidatoria che ormai veniva garantita dalla sola spendita del nome del boss e dei "Casalesi di Eraclea". Il sodalizio si è allora dedicato principalmente ad attività economiche, consistenti in frodi all'Erario mediante meccanismi di false assunzioni e l'utilizzo di ccdd. società cartiere¹¹, nonché di riscossione coattiva dei crediti di terzi e di usura.

3. L'accertamento del reato associativo.

Nel descrivere la conformazione e l'operato del sodalizio in esame, il Tribunale lagunare ha delineato l'assetto probatorio su cui ha fondato il riconoscimento dell'associazione mafiosa, aderendo, come si va ad illustrare di seguito, all'indirizzo giurisprudenziale che impone di indagare approfonditamente le specifiche caratteristiche¹² organizzative della cellula cd. locale, i suoi rapporti con la "casa madre", nonché le forme di esteriorizzazione del metodo mafioso, anche in forma silente¹³.

L'orientamento de quo si pone nel solco tracciato dall'ordinanza di restituzione degli atti del 17 luglio 2019¹⁴ che, come accennato in apertura, trae origine dalla rimessione alle Sezioni Unite della controversa questione attinente alla configurabilità del delitto previsto dall'art. 416 bis c.p. rispetto a gruppi criminali delocalizzati, i quali non abbiano esteriorizzato, in loco, la forza intimidatrice proveniente dal vincolo associativo.

La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha sostanzialmente ricondotte le articolazioni territoriali della 'ndrangheta a due alternative forme di manifestazione: la prima si individua in una struttura autonoma ed originale che adotta la medesima metodica delinquenziale delle mafie "storiche", mentre la seconda consiste in una cellula delocalizzata, articolazione territoriale della "casa madre".

Dato atto di tale premessa, nell'ordinanza di restituzione il Presidente aggiunto ha riconosciuto la duplicità di orientamenti¹⁵ segnalata dalla Prima Sezione. Un primo indirizzo, più restrittivo, ritiene che sia necessario verificare che il sodalizio abbia esercitato in concreto un'effettiva forza di intimidazione nel contesto territoriale in cui si trova

ad operare, non bastando che il gruppo "delocalizzato" attinga la propria fama criminale dalla notorietà del collegamento con la "casa madre"¹⁶. Un secondo orientamento, viceversa, sostiene che ai fini dell'integrazione del delitto associativo de quo sia sufficiente accertare che l'articolazione territoriale benefici di una connessione con una mafia "storica" ed abbia caratteristiche strutturali mutate da quest'ultima, godendo per ciò solo della capacità potenziale di sprigionare una carica intimidatoria idonea a porre in condizioni di assoggettamento ed omertà quanti vengano a contatto con essa¹⁷.

Tuttavia, in tale divergenza il Presidente aggiunto della Suprema Corte non ha individuato un vero e proprio contrasto giurisprudenziale, osservando che la differenza tra le due manifestazioni non attiene tanto alla capacità intimidatrice del sodalizio (che è l'imprescindibile preconditione necessaria per la configurabilità del reato), quanto alla forma di esteriorizzazione del metodo mafioso. Nell'ordinanza di restituzione, nel ravvisare l'assenza dei presupposti per una decisione delle Sezioni Unite, il Presidente aggiunto della Suprema Corte ha infatti osservato che "[...] il prisma rappresentato dai variegati arresti sul tema, può sostanzialmente ricondursi ad unità là dove si considera il presupposto ermeneutico comune che anche nel caso della delocalizzazione richiede, per poter riconoscere la natura mafiosa dell'articolazione territoriale, una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile".

E così, come anticipato in apertura, la differenza risiederebbe solamente sul piano probatorio: per le cellule di nuova creazione si dovrebbe sempre riscontrare nel territorio d'insediamento l'esteriorizzazione del metodo mafioso tramite violenze e minacce, mentre per le gemmazioni di un'organizzazione mafiosa "tradizionale" sarebbe sufficiente la verifica di siffatto collegamento funzionale ed organico, quand'esso risulti tale da consentire il condizionamento dell'ambiente circostante tramite l'esercizio della forza intimidatrice¹⁸.

Ne deriva che, con riferimento alle associazioni "nuove", l'imprescindibile presupposto per riconoscere la natura mafiosa, comune sia alle articolazioni di una mafia "storica", sia alle strutture connotate da autonomia e originalità costitutiva, risiede nella dimostrazione della concreta manifestazione del metodo mafioso, ossia nel

riscontro probatorio della capacità dell'organizzazione criminale di sprigionare una forza intimidatrice effettiva, che può indifferentemente promanare dalla diffusa conoscenza tra i consociati del collegamento con la mafia tradizionale di riferimento, ovvero dall'esteriorizzazione in loco di condotte integranti gli elementi previsti dall'art. 416 bis c.p.¹⁹.

Detto provvedimento di restituzione, da più parti criticato per non aver indicato una soluzione *tranchante* in merito alla necessità o meno dell'esteriorizzazione di condotte concrete espressive del metodo mafioso, ha dunque spostato l'asse ermeneutico sul tema della concreta valutazione delle evidenze probatorie.

La sentenza in nota si pone in linea con tale indirizzo – già sostenuto nel 2015 da altro Presidente della Suprema Corte e condiviso da parte della dottrina e della giurisprudenza – in virtù del quale, anche in caso di delocalizzazione di un'associazione mafiosa, è sempre richiesta “per poter riconoscere la natura mafiosa dell'articolazione territoriale, una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile”, potendo essa derivare sia dall'espressione del legame con la “casa madre”, sia dalla concreta commissione di violenze e minacce²⁰. D'altro canto, sarebbe stato poco prudente aderire alle letture secondo cui basterebbe l'insegna dell'organizzazione criminale di riferimento per tingere di mafiosità il sodalizio, e quindi per muovere dall'associazione a delinquere semplice ex art. 416 c.p. al reato di cui all'art. 416 bis c.p. Una siffatta lettura, oltre a discostarsi dal dettato normativo, che pur sempre prescrive l'avvalimento del metodo mafioso, porterebbe a pericolose ambiguità in punto di distinzione tra formazioni reali e forme millantate²¹. Appare condivisibile, quindi, la scelta del giudice veneziano, che non si è limitato a dare rilievo ai legami con il clan dei Casalesi, ma ha ricercato nella fisionomia della cellula sottoposta a giudizio tutti i crismi tradizionalmente attribuiti alle associazioni di stampo mafioso, compresi la capacità di intimidire la collettività e di generare quella forma di soggezione richiesta dalla disposizione.

Dal riscontro in concreto dei tratti caratterizzanti dell'art. 416 bis c.p. è emerso che il sodalizio di Eraclea, in effetti, non fosse costituito da millantatori che sbandieravano collegamenti con la famiglia Schiavone e con altri esponenti di spicco del clan dei Casalesi; al contrario, parallelamente a tale opera di

“propaganda”, il gruppo ha portato avanti un'attività clamorosa di intimidazione, preordinata a farsi percepire come una minaccia da chiunque vi potesse entrare in relazione con interesse confliggente. Alla luce di tali rilievi, il giudice di prime cure ha aderito alla ricostruzione della pubblica accusa, secondo cui l'organizzazione criminale in esame al contempo esponeva i vessilli del clan dei Casalesi e controllava il territorio veneto con violenza e attività intimidatorie, incontrando entrambi i criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità.

La dicotomia tra le due alternative configurazioni dell'associazione mafiosa è stata quindi risolta riconducendo il clan dei “Casalesi di Eraclea” ad un modello ibrido, fluido, capace di evolvere, che presenta al contempo i connotati di una struttura mafiosa “delocalizzata” – promanazione di una mafia tradizionale – e di una nuova cellula autonoma ed originale, armata e dotata di un proprio apparato gerarchico, che adotta la metodica delinquenziale mafiosa. Il giudice di primo grado ha dunque inquadrato l'organizzazione criminale nel paradigma dell'art. 416 bis c.p. sulla scorta della prova di una capacità intimidatrice obiettivamente riscontrabile e di una situazione di omertà diffusa²², negando la necessità di ricondurne la fonte ad un preciso archetipo, e asseverando la centralità dell'avvalimento del metodo mafioso quale elemento strutturale e oggettivo della fattispecie di reato²³.

Le prove della sussistenza in concreto delle componenti del metodo mafioso previste al comma 3 dell'art. 416 bis c.p. sono state rinvenute dal Tribunale veneziano nelle caratteristiche degli episodi contestati come reati fine, che il giudice ha riconosciuto essere stati commessi avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento da essa derivata. Si tratta, in particolare, di reati in materia di armi, usura, estorsioni, rapine, commercio di stupefacenti, riciclaggio di valute fuori corso, tutti ripercorsi analiticamente nella sentenza.

Sul piano del legame con la “casa madre”, è stata riconosciuta ampia rilevanza al diffuso e reiterato riferimento al legame con il clan dei Casalesi²⁴, rivendicato dal boss e dai sodali per conseguire l'effetto intimidatorio: ciò anche alla luce del fatto per cui il dichiararsi emanazione di un clan mafioso, o comunque utilizzarne il nome, senza fondato motivo e autorizzazione, costituirebbe una condotta

gravissima, che la “casa madre” punirebbe molto severamente.

D'altro canto, i riscontri probatori della contiguità alla criminalità organizzata campana non sono stati individuati solo in siffatte esternazioni: altri incontrovertibili indici di tale collegamento sono stati rinvenuti nella possibilità di incontrare esponenti di spicco del clan dei Casalesi²⁵ – notoriamente di difficile accesso – e nella disponibilità ad ospitarli al nord²⁶ o a favorirne la latitanza²⁷, nella prestazione di sostegno economico e legale ai sodali e alle loro famiglie in caso di arresto e detenzione (tramite difensori scelti dai capi del clan)²⁸, nonché nella prudenza e discrezione con cui il gruppo ha gestito il traffico di stupefacenti²⁹ e, soprattutto, l'attività usuraria, nella piena consapevolezza che l'usura sia considerata dai Casalesi una condotta infamante.

Il timore di provocare disappunto negli esponenti della “casa madre”, d'altro canto, è una costante che ha permeato la vita dell'associazione non solo nei primi anni, ma anche nella fase di progressivo “affrancamento” dai vertici di Casal di Principe. Se infatti – stando alla pronuncia annotata – inizialmente il clan di Eraclea si è inserito nel settore edile ricevendo la dote finanziaria del clan dei Casalesi (al quale erano poi corrisposti pagamenti sotto forma di “regali”, consistenti per lo più in denaro e armi³⁰), a seguito della crisi dell'edilizia esplosa a metà degli anni Duemila e del contemporaneo arresto dei boss per un episodio di usura, il sodalizio di Eraclea ha tentato di “mettersi in proprio”, forte anche dell'ormai solido radicamento e della temibile fama conseguita in loco. Tuttavia, il giudice ha ritenuto che in realtà questo cordone ombelicale tra la cellula delocalizzata e le famiglie di Casal di Principe non sia stato mai reciso, sulla scorta di plurimi episodi: non ultimo, l'allarme diffusosi tra i sodali di Eraclea alla notizia di malumori presso i vertici campani in merito ad una riscossione crediti da circa dieci milioni di euro effettuata senza il permesso della “casa madre” nel 2018³¹. Tale vicenda, secondo il Giudice di prime cure, prova che “il sodalizio di Eraclea, oltre ad operare come associazione mafiosa ormai autoctona e sufficiente, continua però a riconoscersi nella più vasta “federazione” criminale del clan dei Casalesi”³².

Un'ulteriore prova della capillare penetrazione nel territorio dell'organizzazione camorristica è stata identificata nel riconoscimento diffuso della figura del vertice del gruppo quale arbitro di conflitti tra

privati. Capitava infatti che i cittadini si rivolgessero al capo del clan per chiedere “tutela” dei propri interessi (soprattutto economici, concretamente individuabili nella richiesta di aiuto nella riscossione di un credito), e che questi chiamasse al proprio cospetto i debitori indicati per rendere conto del rapporto economico devoluto alla sua attenzione. A siffatte “udienze”, i soggetti convocati si presentavano, nonostante la totale estraneità del boss rispetto alla loro situazione debitoria, e si rimettevano a lui per la composizione della controversia. In tale atteggiamento di docile sottomissione dei consociati ai “regolamenti” dettati da soggetti privi di autorità pubblica, il Tribunale ha rintracciato incontrovertibili indici del potere del sodalizio, nonché dell'assoggettamento derivante dalla consapevolezza diffusa di essere di fronte ai “Casalesi di Eraclea”³³.

Episodi del genere portano all'attenzione l'effettività dell'infiltrazione nel tessuto sociale di un corpo estraneo, percepito come alternativa alle istituzioni³⁴. Se a ciò si aggiunge che il sodalizio aveva avuto modo di intessere rilevanti rapporti con esponenti dell'ambiente bancario, con membri delle Forze dell'Ordine³⁵ e con il ceto politico locale³⁶, viene in luce un preoccupante clima di complicità diffusa in un territorio non più estraneo al rapporto con il crimine organizzato, in cui gli operatori economici, spinti dalla volontà di veder soddisfatte le proprie ragioni creditizie “ad ogni costo”, aprono le porte delle proprie imprese all'infiltrazione mafiosa, perdendo poi il controllo delle attività.

4. Conclusioni.

In conclusione, tutto quanto sin qui osservato suggerisce che il Tribunale di Venezia si sia allineato allo stato dell'arte in materia di mafie delocalizzate. Il pregio della pronuncia risiede proprio nel coniugare un approccio garantista e fedele al dettato letterale con diffuse valutazioni in ordine alla configurazione concreta dell'associazione. Se da un lato, infatti, il giudice ha ricercato nell'apparato probatorio i sintomi manifesti del metodo mafioso, d'altro canto ha espressamente riconosciuto che “in tema di associazione la violenza e la minaccia, rivestendo natura strumentale rispetto alla forza di intimidazione, costituiscono un accessorio eventuale o meglio latente della stessa, ben potendo derivare dalla semplice esistenza e notorietà del vincolo associativo”³⁷.

Di particolare rilevanza esplicativa appare il passaggio motivazionale in cui il Tribunale, conscio del succitato contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità, ha chiarito che “il sodalizio in esame vada senz’altro ricompreso nella previsione di cui all’art. 416 bis c.p. Il predetto in primo luogo ha rivendicato ed esternato, al fine di affermare la propria capacità criminale, i collegamenti con la casa-madre Clan dei Casalesi, che non sono millantati, ma effettivi e di rilievo e discendono sia da legami di parentela dei vertici del sodalizio con esponenti di spicco del predetto clan sia da legami di affiliazione e di profonda amicizia con esponenti di rilievo del medesimo clan. In particolare, come si vedrà, molteplici sono state le situazioni nelle quali il sodalizio, richiamando i propri legami con il clan dei Casalesi, con prepotenza ha esposto le proprie regole, giungendo a porre in essere atti di forza e vere e proprie intimidazioni nei confronti di coloro che non intendevano sottostarvi. Tale operato, nel tempo, ha ingenerato dapprima “rispetto” nei confronti di *** e dei suoi uomini, che fin da subito, sono stati percepiti come un gruppo unitario, anche in ragione della provenienza della gran parte dalla medesima area geografica (la zona di Casal di Principe), poi timore di poter essere bersaglio di ritorsioni in caso di manifestazione di interessi confliggenti a quelli del sodalizio.”³⁸.

In definitiva, la soluzione adottata appare collocarsi in un punto di equilibrio tra le esigenze di repressione e le garanzie fondamentali che l’ordinamento riconosce all’imputato.

L’orientamento a cui la pronuncia del Tribunale di Venezia ha aderito, infatti, nel ribadire che il presupposto per poter riconoscere il reato associativo mafioso è sempre il riscontro di “una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile”³⁹, ha richiamato i giudici di merito alla rigorosa osservanza del principio cardine di stretta legalità e dei suoi corollari, con particolare riferimento al principio di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta antigiuridica⁴⁰.

Al contempo, l’elasticità ammessa da siffatto indirizzo diviene uno strumento funzionale al contrasto della criminalità organizzata, poiché consente di adeguare a realtà eterogenee il paradigma dell’art. 416 bis c.p. e, così, di reprimere efficacemente una mafia che muta e che si discosta dal modello storico, esprimendosi con tinte più sfumate e toni più garbati, ma non per questo meno efficaci⁴¹. A tale proposito, è stato chiarito che il metodo mafioso può dirsi effettivo sebbene esternato “avvalendosi di quella forma di intimidazione, per certi aspetti più temibile, che deriva dal non detto, dall’accennato, dal sussurrato, dall’evocazione di una potenza criminale cui si ritenga vano resistere”⁴². Ed è in questa definizione, invero, che si rinviene la differenza tra la mafia e il crimine comune. Questo è il metodo mafioso.

Maria Vittoria Maltarello
Dottoressa in Giurisprudenza.

¹ Giova ricordare – per quanto il giudice, a pag. 16 della sentenza, abbia ritenuto che i principi ivi espressi non trovino applicazione nella vicenda in oggetto, data la diversità delle fattispecie esaminate – l’arresto che ha definito il processo cd. Mafia Capitale (Cass. pen., Sez. VI, n. 18125/2019), con cui la Suprema Corte ha definitivamente escluso la natura mafiosa del gruppo criminale che aveva condizionato l’assegnazione di numerosi appalti del comune di Roma. Nonostante la complessità e il clamore mediatico che hanno connotato la vicenda giudiziaria, la Cassazione non ha aderito alla tesi estensiva proposta dalla Procura di Roma e, sulla scorta della non unitarietà del sodalizio e della mancanza di una condizione di assoggettamento e omertà diffusi nel tessuto sociale (rilevando una diversa situazione di condizionamento, peraltro “interessato”, dei pubblici funzionari e degli operatori del settore degli appalti), ha escluso la sussistenza del metodo mafioso, che non può mai prescindere dall’accertamento di un’effettiva forza di intimidazione che promani efficacemente dal vincolo associativo. Cfr. G. FIANDACA, *Mafia capitale: metodo mafioso e metodo corruttivo non vanno sovrapposti*, in *Foro Italiano*, 2020. Per un approfondimento sul processo cd. Mafia Capitale, cfr. E. CIPANI, *L’art. 416-bis c.p. alla luce della recente pronuncia di Cassazione nel processo cd. “mafia capitale”: una “fattispecie in movimento” nel rispetto del principio di tassatività e determinatezza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 6. Si segnala, inoltre, G. AMARELLI – C. VISCONTI, *Da ‘mafia capitale’ a ‘capitale corrotta’. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *Sistema Penale*, 18 giugno 2020.

² Presidente aggiunto Cass. pen., 17 luglio 2019, ordinanza di restituzione atti ex art. 172 disp. att. c.p.p., in *Giurisprudenza Penale*, novembre 2019.

³ Cass. pen., Sez. II, ordinanze di rimessione alle S.U., 25 marzo 2015, n. 15807 e 16 aprile 2015, n. 15808; Presidente aggiunto Cass. pen., 28 aprile 2015, ordinanza di restituzione atti ex art. 172 disp. att. c.p.p. Con le ordinanze di rimessione del 2015

(emesse nella fase cautelare nei confronti dei medesimi imputati interessati dalla rimessione del 2019), la Seconda Sezione penale della Suprema Corte aveva devoluto alle Sezioni Unite un quesito – che ricalca ampiamente quello riproposto nel 2019 – attinente alla necessità o meno dell'estrinsecazione del metodo intimidatorio ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 416 bis c.p. Si riporta, per comodità del lettore, il quesito posto dalla Seconda Sezione nel 2015 alle Sezioni Unite: *“se, nel caso in cui un'associazione mafiosa, nella specie 'ndrangheta, costituisca in Italia o all'estero una propria diramazione, sia sufficiente, ai fini della configurabilità della natura mafiosa, il semplice collegamento con l'associazione principale, oppure se la suddetta diramazione debba esteriorizzare in loco gli elementi previsti dall'art. 416-bis co. 3 c.p.”*.

⁴ Sia nel 2015, sia nel 2019, le istanze di rimessione traevano origine da processi su cellule collegate alla 'ndrangheta calabrese che operavano in zone lontane da quelle di origine storica. Il contrasto devoluto alle Sezioni Unite atteneva, in entrambi i casi, alla possibilità di applicare l'art. 416 bis c.p. nell'assenza di contestuali e concreti atti di intimidazione nei territori di nuova penetrazione. In particolare, parte della giurisprudenza sembrava ritenere essenziale tale requisito, mentre altro orientamento riteneva sufficiente la prova della contiguità della nuova cellula ad una mafia “storica”. Cfr. L. NINNI, *Alle Sezioni Unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso con riguardo ad articolazioni periferiche di un sodalizio mafioso in aree “non tradizionali”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6/2019; V. GIGLIO, *Il silenzio è d'oro? La mafia silente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *www.filodiritto.com*, 24 luglio 2019; E. DAMANTE, *Quando manca l'intimidazione: a proposito della c.d. “mafia silente” o “mercatasta”*, in *DisCrimen*, 2 marzo 2020.

⁵ Tale circostanza ha trovato riscontro nelle dichiarazioni rese dagli imputati, in particolare dai collaboratori di giustizia. Cfr., ad esempio, pag. 28 e pagg. 50 e ss. della pronuncia in commento.

⁶ Cfr. pagg. 40 e ss. della sentenza annotata, ove si fa riferimento a vari fatti avvenuti nei primi anni Duemila, tra cui un attentato dinamitardo ai danni di un'agenzia immobiliare, l'esplosione di due colpi di fucile alla vetrina di un panificio, un episodio di minaccia ai danni di un cittadino (che non formalizzò la denuncia, per timore di ritorsioni).

⁷ Sempre nell'ottica di conseguire il controllo del territorio, tra le ambizioni dell'associazione criminale vi era quella di affermarsi quale garante della sicurezza, soprattutto con riguardo alla microcriminalità, sostituendosi alle Forze dell'Ordine locali nel mantenimento dell'ordine pubblico (con metodi illegali): cfr. pag. 73 della pronuncia in commento.

⁸ Così è riportato a pag. 79 della pronuncia annotata. Analoghe circostanze sono state riferite da un collaboratore di giustizia, che ha raccontato che *“è vero che in più e più occasioni il Donadio rivendicava di essere quello che comandava ad Eraclea e in zona. [...] Quando mandava [...] gli altri a fare recuperi crediti, si vantava di essere a capo dei Casalesi di Eraclea, e invitava i suoi uomini a qualificarsi come tali”* (così è riportato a pag. 80 della medesima pronuncia).

⁹ Cfr., ad esempio, pag. 654 e pag. 657 della sentenza annotata, dove, nel descrivere la condotta partecipativa di due degli imputati dotati dei tratti fisici e caratteriali adeguati, si è dato atto che essi svolgevano le funzioni di *“accompagnatore e guardia del corpo”* e di *“guardaspalle”* del capo del sodalizio.

¹⁰ Dalle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia è emerso, inoltre, che il sodalizio facesse ricorso ad un altro, più sottile, criterio di selezione, in funzione di un sistema riassumibile nell'espressione *“parlare la stessa lingua”*. In buona sostanza, il *“parlare la stessa lingua”* significava affidare il messaggio ad un emissario che fosse miratamente *“efficace”* presso il destinatario specifico. La scelta, in tal caso, ricadeva su un membro del gruppo proveniente dalla stessa area geografica dell'interlocutore, o legato alle famiglie criminali ivi note, in modo che il sodale potesse far intendere che la richiesta avanzata fosse *“ben coperta”* menzionando esplicitamente un'appartenenza mafiosa di cui la controparte potesse percepire la caratura. Cfr. sul punto pag. 288 della pronuncia annotata.

¹¹ Cfr. pagg. 42 e 43, *ibid.*

¹² Il panorama giurisprudenziale offre plurimi arresti favorevoli alla tesi che devolve la questione della configurabilità dell'associazione mafiosa al piano della valutazione in concreto delle evidenze probatorie: *ex plurimis*, in tema di *“mafie locali”*, Cass. pen., Sez. II., n. 10255/2020 che, con riguardo al clan Fasciani di Ostia, ha affermato che *“Le associazioni che non hanno una caratteristica criminale qualificata sotto il profilo storico devono essere analizzate nel loro concreto atteggiarsi”*. Per un'analisi approfondita della pronuncia in parola, cfr. E. DAMANTE, *Art. 416-bis c.p. e associazioni criminali “senza nome”: la Cassazione propone uno “screening di mafiosità” con riferimento al Clan Fasciani di Ostia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4. Rimane nel *milieu* ostiense, lo scorso gennaio la Corte di Assise di Appello di Roma ha confermato il riconoscimento dell'associazione a delinquere di stampo mafioso in capo al cd. clan Spada (Corte d'assise d'appello di Roma, Sez. I, n. 2/2021). Le motivazioni della sentenza tengono conto degli insegnamenti dettati dalla Suprema Corte in occasione di Mafia Capitale e nella pronuncia Fasciani (n. 10255/2020 cit.), in particolare allineandosi ai criteri ermeneutici indicati in quest'ultima per applicare l'art. 416 bis c.p. ad una mafia non tradizionale. Infatti, al netto della differenza tra i due precedenti considerati, afferenti a contesti dissimili ed approdati ad opposte conclusioni, il nucleo comune fatto proprio dalla Corte d'Appello romana è individuabile nel riconoscimento del fatto che *“per le mafie atipiche l'accertamento del metodo mafioso dovrà sempre consistere in un quid suscettibile di verifica empirica”*: così G. MORELLO, *Il clan Spada è associazione mafiosa: una nuova applicazione dell'art. 416-bis c.p. per le mafie non tradizionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 6.

¹³ Con l'espressione *“mafia silente”* si fa riferimento ad una particolare manifestazione del metodo intimidatorio, caratterizzata dall'assenza dell'esercizio concreto di attività minacciose, che si basa sull'avvalimento della fama criminale

conseguita nel corso degli anni nei territori di origine, successivamente esportata dalle cellule delocalizzate radicatesi in zone “incontaminate”. Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. V, n. 21562/2015; Cass. pen., Sez. V, n. 17081/2015; Cass. pen., Sez. V, n. 28531/2013), infatti, il messaggio intimidatorio può acquisire diverse forme, che si estrinsecano con intensità inversamente proporzionale rispetto al potenziale raggiunto dalla “cattiva fama” dell’associazione (cfr. R.M. SPARAGNA, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 novembre 2015). Una prima forma consiste nell’esplicito avvertimento mafioso, rispetto al quale il timore, già consolidato, rende effettiva la minaccia formulata specificamente. Una seconda forma si sostanzia in un messaggio intimidatorio mediato, che suggerisce la sussistenza di un determinato interesse dell’associazione con implicita richiesta di agire in conformità: in tal caso, la vittima ottempera determinata dalla consapevolezza della qualità mafiosa dei richiedenti (Cass. pen., Sez. V, n. 21562/2015). Una terza, ed ancora più indiretta, forma di manifestazione del metodo intimidatorio si caratterizza per l’assenza sia del messaggio, sia della correlativa richiesta, poiché in tal caso l’associazione ha raggiunto una fama mafiosa tale da condizionare le condotte altrui senza bisogno di ricorrere ad alcun avvertimento. La cd. mafia silente opera con riferimento alla seconda e terza modalità di esercizio del metodo intimidatorio. Sul tema, cfr. M. C. CANATO, *L’art. 416-bis c.p. alla “prova” delle cd. “nuove mafie”: dall’esteriorizzazione della forma di intimidazione alla “riserva di violenza”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 12. Per una disamina del tema delle cd. “mafie silenziose”, traendo spunto dalla sentenza pronunciata dal Tribunale di Reggio Emilia all’esito del c.d. processo “Aemilia” (Tribunale di Reggio Emilia, Sez. pen., n. 1155/2019), si rinvia al contributo di M. GAMBARTI, *È mafia silente ma è mafia. Brevi note sul “metodo mafioso” alla luce del processo Aemilia*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2020, 1.

¹⁴ Cfr. *supra*, nota n. 2.

¹⁵ Per una ricostruzione esaustiva degli orientamenti antecedenti la prima rimessione alle Sezioni Unite si vedano: C. VISCONTI, *Mafie straniere e ‘ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell’art. 416-bis?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 settembre 2014; R.M. SPARAGNA, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, cit.; A. BALSAMO – S. RECCHIONE, *Mafie al Nord. L’interpretazione dell’art. 416-bis c.p. e l’efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 ottobre 2013; G. BORRELLI, *Il “metodo mafioso”, tra parametri normativi e tendenze evolutive*, in *Cass. pen.*, 2007, nota a Cass., Sez. V, 13 febbraio 2006, n. 19141.

¹⁶ *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. II, n. 15412/2013; Cass. pen., Sez. VI, n. 30059/2014; Cass. pen., Sez. VI, n. 30059/2014; Cass. pen., Sez. II, n. 31512/2012; Cass. pen., Sez. I, n. 34974/2007; Cass. pen., Sez. V, n. 19141/2006.

¹⁷ Cass. pen., Sez. V, n. 31666/2015; Cass. pen., Sez. I, n. 5888/2012; Cass. pen., Sez. II, n. 4304/2012; Cass. pen., Sez. II, n. 43042/2012; Cass. pen., Sez. V, n. 38412/2003. C. VISCONTI – I. MERENDA, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 gennaio 2019, cita Cass. pen., Sez. V, n. 24495/2013; Cass. pen., Sez. V, n. 28091/2013; Cass. pen., Sez. V, n. 28531/2013; Cass. pen., Sez. II, n. 4304/2012. Per un’adesione a questo orientamento in dottrina si veda R.M. SPARAGNA, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, cit., nonché A. BALSAMO – S. RECCHIONE, *Mafie al Nord. L’interpretazione dell’art. 416-bis c.p. e l’efficacia degli strumenti di contrasto*, cit.

¹⁸ G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate: le Sezioni Unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell’art. 416 bis c.p. ‘non decidendo’*, cit.

¹⁹ V. GIGLIO, *Ancora sulla “mafia silente”: escluso il contrasto interpretativo*, in *www.filodiritto.com*, 5 settembre 2019; G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate: le Sezioni Unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell’art. 416 bis c.p. ‘non decidendo’*, in *Sistema penale*, 18 novembre 2019; C. VISCONTI, *La mafia “muta” non integra gli estremi del comma 3 dell’art. 416 bis c.p.: le Sezioni Unite non intervengono, la I Sezione della Cassazione fa da sé*, in *Sistema penale*, 22 gennaio 2020.

²⁰ Anche in tema di configurabilità del delitto associativo nei confronti di una diramazione, operante in Italia, di un’organizzazione criminale straniera, la Suprema Corte ha affermato che non è possibile ritenere perseguibile in Italia un’associazione che dispieghi la forza di intimidazione soltanto nelle terre di origine, ma è necessario, affinché sia accertata la fattispecie di cui all’art. 416 bis c.p., che la cellula eserciti una carica intimidatrice effettiva, non meramente potenziale, sul territorio italiano, risultando il metodo mafioso un dato di qualificazione specifico della condotta sanzionata ai sensi dell’art. 416 bis c.p. Cfr. in tal senso Cass. pen., Sez. V, n. 49462/2019 (nel caso di specie, trattavasi di una gemmazione di un’organizzazione di nazionalità nigeriana), per il cui commento si rinvia a L. ROVINI, *La Cassazione sulla configurabilità del reato associativo ex art. 416-bis cod. pen. al caso di una diramazione territoriale della Supreme Vikings Confraternity*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 1.

²¹ Diversa è la questione attinente alla sufficienza della mera affiliazione ad una mafia cd. “storica”, effettuata secondo il rituale previsto dalla associazione stessa, per fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione ex art. 416 bis c.p. Investite di detto quesito dalla Prima Sezione penale (Cass. pen., Sez. I, ordinanza di rimessione alle S.U., 9 febbraio 2021, n. 5071), le Sezioni Unite della Cassazione hanno chiarito che “la condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso si sostanzia nello stabile inserimento dell’agente nella struttura organizzativa della associazione. Tale inserimento deve dimostrarsi idoneo, per le caratteristiche assunte nel caso concreto, a dare luogo alla «messa a disposizione» del sodalizio stesso, per il perseguimento dei comuni fini criminosi. Nel rispetto del principio di materialità ed offensività della condotta, l’affiliazione rituale può costituire indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio, ove risulti – sulla base

di consolidate e comprovate massime di esperienza – alla luce degli elementi di contesto che ne comprovino la serietà ed effettività, l'espressione non di una mera manifestazione di volontà, bensì di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione". Così Cass. pen, Sez. Un., c.c. 27 maggio 2021, Pres. Cassano, Rel. Pellegrino, ric. Modaffari, informazione provvisoria, in *Giurisprudenza Penale Web*, *Affiliazione, con modalità rituali, ad un'associazione mafiosa cd. storica e partecipazione alla associazione stessa: l'informazione provvisoria delle Sezioni Unite*, 28 maggio 2021. Per un commento all'ordinanza di rimessione, si veda V. MAIELLO, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni unite*, in *Sistema Penale*, 10 maggio 2021.

²² Sulla prova dell'effetto generalizzato di assoggettamento e omertà, cfr. pagg. 106 e ss. della pronuncia annotata.

²³ Nel corso del processo definito con la sentenza annotata, alcune difese, traendo argomento dalla non precisa inquadrabilità dell'organizzazione in alcuno dei due criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, hanno prospettato che il sodalizio in esame potesse essere ricondotto non tanto ad un'associazione mafiosa, quanto ad una associazione a delinquere "semplice" aggravata ex art. 416 bis 1 c.p. Il giudice veneziano non ha accolto quest'ultima ricostruzione, ritenendo che "i plurimi elementi raccolti ed evidenziati dimostrino, nel loro complesso, che il sodalizio in esame, i cd. Casalesi di Eraclea, come loro stessi si presentavano, sia riconducibile alla previsione di cui all'art. 416 bis c.p. e quindi integri nelle sue caratteristiche un sodalizio mafioso, nello specifico di matrice camorristica. Non sembra essere d'ostacolo a tale definizione la circostanza che il sodalizio non sia univocamente riconducibile né ad una cd. locale del clan dei Casalesi, né ad una associazione del tutto autonoma, ma partecipi di entrambi tali aspetti" (così la pronuncia annotata, a pag. 163). L'aggravante dell'art. 416 bis 1 c.p., d'altro canto, è stata riconosciuta con riferimento alla maggior parte dei reati fine contestati, rispetto ai quali "deve ritenersi che le modalità della condotta denoti quel "metodo mafioso" che il legislatore ha inteso sanzionare con l'aggravante in questione. [...] Invero, già la natura e le modalità tipiche di innumerevoli condotte delittuose costituenti le specifiche ipotesi di reato di cui si è sin qui discusso appaiono da sole idonee ad illustrare attraverso fatti concreti anche il quadro univoco e grave inerente l'esistenza, l'organizzazione e le modalità operative della struttura associata [...], struttura alla quale appaiono aver aderito, o a favore della quale appaiono avere comunque consapevolmente agito gli indagati che di quelle condotte sono stati autori materiali o mandanti e concorrenti morali, nella evidente consapevolezza del loro rilevante apporto (il che vale ad integrare l'aggravante contestata nella maggior parte dei casi ai sensi dell'art. 7 D.L. 152 del 1991, ora 416 bis 1 c.p.)" (così la medesima sentenza a pag. 165).

²⁴ Ad esempio, "Va detto che *** usava vantarsi costantemente dei suoi contatti ed amicizie con elementi di spicco della criminalità organizzata casalese. Affermava infatti di essere il compare ("compariello") di Bardellino e di essere cresciuto con molti capi mafiosi, tra cui Schiavone, il che gli valeva la possibilità di operare tranquillamente ad Eraclea senza che nessuno dei clan mafiosi di Casale o di clan rivali (mafiosi o della 'ndrangheta) gli venissero a rompere le scatole": così ha dichiarato un collaboratore di giustizia, a pag. 68 della pronuncia annotata.

²⁵ Cfr. pag. 45 della sentenza, dov'è riportato il racconto di un collaboratore di giustizia (che trova riscontro a pag. 67, nelle dichiarazioni di un altro imputato) che ha accompagnato i due vertici del sodalizio ad un incontro con il capo del clan dei Casalesi, appartenente alla famiglia Schiavone. Indicativo a tale riguardo è anche l'episodio dell'incontro con un esponente di spicco del clan, al tempo latitante (cfr. *amplius infra*, nota n. 31): secondo il Giudice, "è ragionevole ritenere che l'accesso ad un esponente di spicco del clan, per di più durante la latitanza, non fosse concesso a chi non era ritenuto appartenente o quantomeno emanazione della medesima organizzazione" (così a pag. 11 della pronuncia in commento).

²⁶ Cfr. pag. 46 della sentenza annotata.

²⁷ Cfr. pag. 48, *ibid.*

²⁸ Cfr. pagg. 142 e ss., *ibid.*

²⁹ Un significativo riscontro dell'esistenza di rapporti tra il sodalizio di Eraclea e l'associazione campana è stato rinvenuto nell'episodio in cui, immediatamente dopo la sua scarcerazione a seguito di un arresto per usura, il capo del clan ha avvertito l'esigenza di recarsi a Casal di Principe per smentire le voci secondo cui il suo arresto sarebbe stato dovuto a spaccio di droga: circostanza che, se confermata, sarebbe stata per lui fonte di disonore, perché indice di inaffidabilità agli occhi dell'organizzazione mafiosa. Cfr. sul punto pag. 43 della pronuncia in commento.

³⁰ A proposito di tale meccanismo di "riconoscenza", descritto da più collaboratori di giustizia, il Giudice di primo grado ha osservato che "tale imposizione (una sorta di "tassazione" sulle attività lecite e illecite svolte anche fuori dal territorio di influenza dei Casalesi, ma messe in atto sfruttando la vicinanza al clan, n.d.r.) non va intesa nel senso che *** fosse imprenditore vittima del "pizzo" praticato dal clan dei Casalesi e che si presentasse agli esponenti mafiosi solo per versare l'obolo estorto, come sostenuto da alcune difese. Va infatti al contrario considerato come *** e *** si relazionassero direttamente con i vertici del sodalizio [...]. Ciò significa che tra il sodalizio di Eraclea e la casa-madre del clan dei Casalesi vi era una relazione, che potrebbe definirsi di filiazione, sviluppatasi nel tempo attraverso reciproci aiuti, essendo il primo riconosciuto come emanazione del secondo e, in quanto tale, autorizzato a fregiarsi del nome dei Casalesi, pur se operante, di fatto, in un diverso ambito territoriale" (così a pag. 49 della sentenza annotata).

³¹ Il riferimento è a una delle vicende estorsive contestate, descritta a pagg. 391 e ss. della pronuncia commentata. Iniziata come un ordinario "recupero crediti" perpetrato nei confronti di un imprenditore veneto, la vicenda è "degenerata" in un contrasto tra il sodalizio di Eraclea e un altro gruppo di criminali campani (poi inquadrati nei ranghi di una delle grandi

famiglie di Casal di Principe), che volevano rivalersi sullo stesso creditore. Dopo aver prudentemente verificato la caratura criminale e l'effettiva vicinanza agli esponenti mafiosi di riferimento, il gruppo di Eraclea ha dovuto condividere il ricavato dell'operazione con i campani, trovandosi inoltre nella necessità di organizzare un incontro con l'esponente della famiglia di riferimento (al tempo latitante) per giustificare il fatto di aver agito senza osservare la regola della condivisione con la "casa madre" di parte dei guadagni dell'attività criminale svolta avvalendosi del nome di quest'ultima.

³² Così la pronuncia annotata, a pag. 400.

³³ Ciò emerge con chiarezza nel rilievo del Giudice secondo cui *"è del tutto evidente che tali richieste vengono avanzate a *** solo in quanto il suo sodalizio è considerato capace di esercitare un effettivo potere di convincimento sulle vittime, grazie all'alone di intimidazione che si è procurato ed ha diffuso nel territorio. Questa riconosciuta notorietà criminale è caratteristica peculiare dell'agire mafioso che consente, come in molte delle vicende riportate, di conseguire le pretese indebite anche a prescindere dall'attuazione di atti intimidatori"* (così a pag. 107 della pronuncia annotata).

³⁴ Sul punto, sono significative le dichiarazioni di un collaboratore di giustizia, che ha fornito un'immagine plastica della portata dell'infiltrazione mafiosa nel territorio veneto: *"è vero che esistono i Casalesi nel Veneto, gli investigatori hanno ragione su questo; la realtà è che i Casalesi, il Veneto, se lo sono infilato in tasca. Con ciò intendo dire che ormai la gente non si rivolge ai Carabinieri per risolvere un problema, ma va da *** o da ***"* (così a pag. 655 della pronuncia annotata).

³⁵ Cfr. pagg. 88 e ss. e pagg. 697 e ss. della sentenza annotata.

³⁶ Cfr. pagg. 711 e ss., *ibid.*

³⁷ Così la sentenza annotata, a pag. 14.

³⁸ *Ibid.*, pag. 19.

³⁹ Presidente aggiunto Cass. pen., 17 luglio 2019, ordinanza di restituzione atti ex art. 172 disp. att. c.p.p., cit.

⁴⁰ Sul principio di legalità e sulla prevedibilità della condanna nell'ipotesi di concorso esterno in associazione mafiosa, è d'obbligo il riferimento al caso Contrada. Senza entrare approfonditamente nel merito, basti rilevare che, con sentenza del 14 aprile 2015 (Contrada c. Italia), la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 7 CEDU nella condanna per concorso esterno in associazione mafiosa inflitta ad un funzionario di polizia in relazione a fatti commessi fino al 1988 e, dunque, prima che la Suprema Corte (Cass. pen., Sez. Un., n. 16/1994, Demitry) intervenisse a dirimere il contrasto sulla configurabilità di una tale ipotesi di reato, che pertanto non poteva essere ritenuta sufficientemente chiara e prevedibile in epoca antecedente. Chiamate a decidere *"se la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 sul caso Contrada abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna; e, conseguentemente, laddove sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile"*, le Sezioni Unite con arresto del 3 marzo 2020 hanno indicato una soluzione *"negativa, in quanto la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 Contrada c. Italia non è una "sentenza pilota" e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata"* (così Cass. pen., Sez. Un., n. 8544/2020). Per un commento a quest'ultima pronuncia, si veda F. CAPPELLETTI, *Per le Sezioni Unite la sentenza Contrada c. Italia (n. 3) della Corte EDU non dispiega i suoi effetti erga omnes: i "fratelli minori" restano in attesa di riconoscimento da Strasburgo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4. In dottrina, cfr. ex plurimis F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2016; si segnala, inoltre, il contributo di G. NUARA, *Il giudice e Strasburgo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 5.

⁴¹ *"E cioè, è innegabile che l'art. 416-bis c.p. sia stato, già ab origine, concepito come strumento repressivo che, «dovendosi adattare a un fenomeno criminale tra i più mutevoli e flessibili» del nostro tempo, trova nella duttilità e nella flessibilità il miglior arsenale, «si da potere accogliere nel suo raggio applicativo ogni mutamento, ogni flessione, in definitiva ogni manifestazione espressiva dell'agire mafioso»"*. Così scrive E. DAMANTE, *Art. 416-bis c.p. e associazioni criminali "senza nome": la Cassazione propone uno "screening di mafiosità" con riferimento al Clan Fasciani di Ostia*, cit., che a sua volta cita V. GIGLIO, *Il silenzio è d'oro? La mafia silente al vaglio delle Sezioni Unite*, cit.

⁴² Così Cass. pen., Sez. II, n. 15412/2015.

Profili penalistici dello *smart working*.

di **A. De Carlo** e **P. La Sala**

Nel contributo ci si sofferma sui profili penalistici del c.d. lavoro agile – altrimenti detto smart-working – il quale trova la propria disciplina nel capo II della Legge n. 81/2017 (rubricata: “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato”) che, all’art. 18, lo definisce come una “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” che si contraddistingue per l’esercizio di una prestazione che si svolge “in parte all’interno dei locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa” e che implica un “possibile utilizzo degli strumenti tecnologici”.

Prendendo le mosse dalle particolari modalità di svolgimento che caratterizzano tale prestazione lavorativa, nell’elaborato si affrontano problematiche inesplorate in tema di salute e sicurezza sul luogo di lavoro cui la legislazione attuale non fornisce risposte adeguate.

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il lavoro agile nella disciplina della L. 22 maggio 2017 n. 81. – 3. La posizione di garanzia del datore di lavoro. – 4. Il luogo di lavoro. – 4.1 La gestione del lavoratore sottoposto a prescrizioni o limitazioni. – 5. Le prime indicazioni dell’INAIL in tema di lavoro agile. – 6. Gli obblighi informativi (e formativi) del datore di lavoro. – 7. DVR e rischi specifici. – 7.1 La tutela del work-life balance e il diritto alla disconnessione. – 8. Conclusioni.

1. Premessa.

L’istituto del c.d. lavoro agile, altrimenti detto smart-working, trova la propria disciplina nel capo II della Legge n. 81/2017 rubricata: “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato”.

L’art. 18 della L. 81/17 definisce il lavoro agile come una “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato”, che si contraddistingue per l’esercizio di una prestazione che si svolge “in parte all’interno dei locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa” e che implica un “possibile utilizzo degli strumenti tecnologici”¹. Non si tratta di un nuovo tipo di prestazione lavorativa che si affianca alla subordinazione e all’autonomia, ma di una differente “declinazione modale” del lavoro subordinato classico². È bene specificare che, tanto giuridicamente quanto sostanzialmente, lo smart-working non può essere assimilato al telelavoro da considerarsi, al più, un mero antecedente tipologico³.

Le differenze tra i due istituti sono evidenti⁴.

Il luogo di svolgimento della prestazione del lavoro agile è, per definizione, variabile (pur con le limitazioni che si diranno in seguito); non così per i telelavoratori che invece dispongono di una postazione fissa esterna ai locali aziendali. Un ulteriore elemento di differenziazione risiede nella

percentuale di lavoro esterno svolto dal lavoratore. Nel telelavoro la prestazione è eseguita interamente all’esterno dei locali aziendali; nel lavoro agile, al contrario, vi è alternanza tra prestazione esterna e prestazione in sede.

Anche l’organizzazione stessa del lavoro rappresenta un importante elemento di discriminazione. Se il telelavoro si riferisce al lavoratore puramente “operativo”, che è chiamato a garantire la propria presenza in orari specifici, nel lavoro smart si deve ragionare in termini di obiettivi e risultati da raggiungere (MBO – Management by Objective)⁵. Il lavoro agile pone in capo al lavoratore un livello di autonomia del tutto inedito, in cui lo stesso è chiamato ad autodeterminarsi nella gestione del tempo e dello spazio, garantendo il raggiungimento del risultato richiesto. Si può dire che le maglie della subordinazione si affievoliscono, lasciando spazio alla autodeterminazione, formale e sostanziale, del lavoratore. Ne consegue un alleggerimento della etero-determinazione intesa, da un lato, quale sottoposizione del lavoratore a direttive stringenti del datore di lavoro sui contenuti dell’attività lavorativa⁶ e, dall’altro, quale assenza di un inserimento “materiale” del dipendente nella organizzazione aziendale.

Tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa comporta problematiche inesplorate in

tema di salute e sicurezza sul luogo di lavoro cui la legislazione attuale non fornisce risposte adeguate.

2. Il lavoro agile nella disciplina della L. 22 maggio 2017 n. 81.

La normativa di riferimento, come detto, si limita a poche specifiche previsioni. Di particolare rilievo quanto previsto dall'art. 19 L. 81/17, rubricato "Forma e recesso", il quale stabilisce che "L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore [...]". Il legislatore del 2017 ha attribuito un peso rilevante all'accordo tra le parti, che rappresenta la fonte di regolamentazione primaria della prestazione lavorativa. Si tratta di una novità per il nostro ordinamento, che in questo caso pare allontanarsi dal vincolo della contrattazione collettiva che, pur astrattamente applicabile, risulta inidonea (o, per meglio dire, insufficiente) a regolare questa tipologia di prestazione lavorativa⁷. Ciò non significa che la contrattazione collettiva debba considerarsi esclusa dall'universo dello smart-working; basti pensare che la L. 81/17 richiama espressamente la contrattazione collettiva in tema di diritto del lavoratore agile ad un trattamento economico e normativo non inferiore rispetto a quello spettante ai lavoratori cc.dd. interni alla azienda⁸. Attraverso l'accordo ex L. 81/2017 sarà possibile stabilire le modalità di esecuzione del lavoro esterno, individuare gli strumenti necessari per svolgere le proprie mansioni e regolare il potere direzionale del datore di lavoro e, ancora, individuare i tempi di riposo del lavoratore e garantire il cd. diritto alla disconnessione. La disciplina del rapporto è dunque rimessa all'accordo tra le parti; tale accordo rappresenta, per espressa previsione normativa, il primo step per la collocazione di una risorsa in modalità smart.

In tema di sicurezza del lavoratore agile una prima indicazione è rinvenibile nell'art. 18 comma 2 L. 81/17, là dove si stabilisce che "Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa". Ed ancora, l'art. 22 L. 81/17: "Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di

lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. Il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali." È evidente che le sintetiche previsioni di cui al combinato disposto degli artt. 18 e 22 citati non esauriscono tutti gli aspetti rilevanti in tema di sicurezza e salute sul lavoro. Basti pensare che il concetto di "lavoratore" di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) D.Lvo 81/08 è riferibile anche al lavoratore agile, pertanto, anche le disposizioni previste nel TUSL debbono trovare applicazione in questa materia. È ragionevole affermare che il legislatore del 2017 abbia preferito evitare richiami puntuali al D.Lvo 81/08, limitandosi a regolare gli aspetti innovativi del lavoro agile e riportandosi, per tutto il resto, alla norma generale di riferimento.

Al lavoro agile, ad esempio, risulta certamente applicabile il Titolo III (sulle attrezzature) e il Titolo VII (sul lavoro al videoterminale) del TUSL, stante l'operatività del richiamo di cui agli artt. 3, comma 10 e 173 D.Lvo 81/08. Gravano pertanto sul datore di lavoro gli obblighi inerenti alla fornitura, l'installazione e la manutenzione della strumentazione elettronica, affiancata da una specifica formazione e informazione sull'utilizzo della stessa⁹. Ne deriva altresì il quasi-inevitabile inserimento del lavoratore nel programma di sorveglianza sanitaria specifico del videoterminista. Delineato il quadro normativo, dunque, è possibile affermare che il datore di lavoro che decida di collocare i propri dipendenti in modalità smart dovrà attenersi alle disposizioni antinfortunistiche "tipiche" del TUSL del 2008, affiancando a queste le prescrizioni di cui alla L. 81/17 e quelle previste nell'accordo iniziale¹⁰.

3. La posizione di garanzia del datore di lavoro.

Se da un lato la L. 81/17 appare snella e di facile consultazione, dall'altro offre il fianco a non banali dubbi interpretativi. Il primo aspetto da approfondire riguarda la posizione di garanzia del datore di lavoro. Come noto, affinché un soggetto possa essere definito "garante" è necessario che insieme alla nomina formale sussista un potere fattuale di

dominio del rischio ovvero una effettiva capacità di intervento. Quando il lavoratore si trova ad esercitare le proprie mansioni all'interno dell'azienda, il compito del datore di lavoro sarà più agevole: egli dominerà un rischio noto sul quale il lavoratore non è in grado di incidere in maniera determinante. In un sistema di lavoro esterno, al contrario, al lavoratore viene attribuito un ruolo di cooperazione nella organizzazione del lavoro e nella gestione del tempo e dello spazio, riducendo sensibilmente il governo del rischio da parte del datore di lavoro che, in taluni casi, potrebbe addirittura perdere la propria capacità di intervento.

La norma del 2017 sul punto non offre risposte puntuali. Recita infatti l'art. 22 "Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile [...]", lasciando intendere che collocare il lavoratore in modalità smart non determina una limitazione della posizione di garanzia del datore di lavoro che, anzi, sarà chiamato a garantire tutti i rischi, generici e specifici, che discendono dall'attività esterna del dipendente. E quindi, se da un lato aumenta il potere di autodeterminazione del lavoratore - che potrà scegliere dove e come prestare la propria attività - dall'altro rimane immutato l'onere di protezione in capo al datore di lavoro. Il perimetro di tale dovere di protezione, tuttavia, deve essere necessariamente ridefinito. Il fatto che lo stesso legislatore stabilisca al comma secondo dell'art. 22 L. 81/17 che "Il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali", consegna un dato incontrovertibile: il lavoratore vede ridursi la propria "condizione di vulnerabilità" a fronte di una maggiore autonomia nella gestione del lavoro, al punto che egli stesso diventerà debitore di sicurezza nei confronti del datore di lavoro pur mantenendo la qualifica di soggetto "debole" del rapporto.

4. Il luogo di lavoro.

La mancata individuazione di un luogo di lavoro e la possibilità per il dipendente di lavorare dove preferisce sono variabili che incidono, in primo luogo, sulla conoscenza ovvero sulla conoscibilità dell'ambiente da parte del datore di lavoro. La mancanza di conoscenza a sua volta incide sulla possibilità di governare il rischio "ambiente di lavoro" e, in ultima analisi, sulla possibilità di essere garante

della salute e della sicurezza del lavoratore. Il lavoratore agile è tale perché si serve di tecnologie (in primis cellulare e PC portatile) che si prestano ad essere trasportate ed utilizzate in qualsiasi luogo, ma il punto è: il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa può essere totalmente indeterminato?

I commentatori sono divisi tra coloro che ritengono indispensabile una previa individuazione dei luoghi presso i quali si svolgerà la prestazione lavorativa e coloro che, invece, ritengono che in un contesto di lavoro agile non possa essere contemplato un obbligo del lavoratore di svolgere la prestazione esterna in un luogo predeterminato¹¹. Di sicuro l'identificazione del luogo di lavoro esterno non è incompatibile con la natura del lavoro agile. Ma come circoscrivere un luogo che, almeno sulla carta, può apparire del tutto indeterminato?

Allo scopo torna utile l'accordo di cui all'art. 19 L. 81/17. Il luogo di lavoro deve essere oggetto dell'accordo individuale, con la possibilità per il lavoratore di indicare, ad esempio, alcuni luoghi in cui la propria prestazione si svolgerà (domicilio, residenza, etc.). Solo in questo modo sarà possibile conciliare il lavoro smart con le norme generali di tutela della salute e sicurezza sul luogo di lavoro. Concordare con il lavoratore i luoghi di svolgimento dell'attività permetterà di sviluppare un sistema di informazione e di prevenzione realmente efficace e, per il datore di lavoro, di avere la garanzia che il lavoratore non si esporrà a rischi inutili e non contemplati. Un'ipotesi ugualmente percorribile potrebbe essere quella di una identificazione generica da parte del datore di lavoro dei luoghi idonei (e consentiti) per l'esercizio dell'attività lavorativa. In sede di accordo il datore di lavoro potrebbe imporre dei vincoli al lavoratore che, all'atto della sottoscrizione, si impegnerà a svolgere la propria attività esclusivamente in luoghi che, anche se non preventivamente identificati, risponderanno alle caratteristiche richieste dal datore di lavoro.

In questo modo egli saprà (o legittimamente si aspetterà) che il proprio dipendente lavorerà in ambienti che presenteranno alcune caratteristiche tecniche predeterminate; ad esempio, stabilendo che il lavoratore si dovrà servire obbligatoriamente di una scrivania e di una poltroncina ergonomica il datore di lavoro restringerà implicitamente i locali che il dipendente potrà adibire a postazione di lavoro, escludendo da subito i luoghi esterni come parchi o bar. Il datore di lavoro, dunque, potrà

efficacemente garantire la sicurezza del proprio dipendente impegnato a svolgere la sua opera in locali già preventivamente identificati o almeno identificabili secondo caratteristiche predeterminate. La comunicazione preventiva e puntuale del luogo, in sostanza, è preferibile ma non indispensabile, mentre lo sarà il fatto che detto luogo risponda ai requisiti previsti per lavorare in sicurezza, requisiti che saranno illustrati al lavoratore in sede di formazione e informazione.

4.1. La gestione del lavoratore sottoposto a prescrizioni o limitazioni.

La libertà di scelta del luogo di lavoro e la conseguente limitazione di responsabilità del datore che ha correttamente informato e formato il lavoratore, subisce una deroga nel caso di lavoratori sottoposti a prescrizioni o limitazioni. Invero, se per sopravvenuti problemi di salute – accertati in sede di visita dal medico competente - il lavoratore non è più in grado di far fronte ai compiti contrattualmente previsti, egli ha diritto di farsi riconoscere delle limitazioni alla mansione, cioè di farsi esentare dall'adempimento di quei compiti che potrebbero nuocere ulteriormente alla sua salute o che, più semplicemente, non è più in grado di svolgere. Vi sono casi in cui il lavoratore necessita semplicemente di un accorgimento tecnico che, se adeguatamente predisposto, gli consentirà di svolgere le mansioni contrattualmente previste. La L. 81/17 non tratta la materia specifica del lavoratore con prescrizioni per cui occorre fare riferimento alla normativa prevenzionistica generale, ovvero all'art. 42 del TUSL che chiarisce: "Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute"¹².

In assenza di diversa indicazione e nel rispetto della normativa generale si ritiene che gravi sul datore di lavoro l'onere di allestire una postazione idonea anche in ambiente smart, ricreando così le medesime condizioni del lavoro in azienda. Con riferimento ai lavoratori con prescrizioni, pertanto, sarà necessaria l'individuazione del luogo di lavoro, così da permettere al datore di lavoro di intervenire con gli accorgimenti tecnici necessari, ad esempio, un monitor più grande, una poltroncina specifica, un

sostegno lombare, etc., etc. Nel caso non sia possibile adeguare il luogo di lavoro esterno si dovrà valutare l'ipotesi di adibire il dipendente ad altra mansione o, eventualmente, optare per una prestazione lavorativa esclusivamente in sede.

5. Le prime indicazioni dell'INAIL in tema di lavoro agile.

L'art. 23 co. 2 della L. 81/17 stabilisce che: "Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali". In data 2 novembre 2017 l'INAIL ha emanato la circolare n. 48 con la quale ha fornito dei chiarimenti sugli aspetti di maggiore interesse in materia di copertura assicurativa degli infortuni lavorativi. Innanzitutto, l'INAIL ritiene che lo svolgimento della prestazione in modalità agile non faccia venir meno il possesso dei requisiti oggettivi (tipo di lavorazioni) e soggettivi (caratteristiche delle persone assicurate) previsti ai fini della ricorrenza dell'obbligo assicurativo dal D.P.R. 1124/1965. Viene altresì premesso che il datore di lavoro non è tenuto a comunicare se il proprio dipendente, già assicurato, sia adibito alle medesime mansioni in modalità agile. Emerge di conseguenza che, quantomeno da un punto di vista formale, all'Istituto non interessa se il lavoratore svolga la propria mansione in modalità classica o in modalità smart. Ciò che rileva è la possibile indeterminatezza dei c.d. "rischi lavorativi" ai quali il lavoratore potrebbe essere esposto in modalità smart. La Circolare INAIL, "ai fini del rapido riconoscimento delle prestazioni infortunistiche", rinvia espressamente all'accordo individuale il compito di definire i rischi, anche sotto il profilo spazio-temporale. In mancanza di una previsione specifica in sede di accordo, l'Istituto dovrà accertare caso per caso la sussistenza dei presupposti sostanziali della tutela¹³. In altre parole, l'Istituto auspica l'individuazione dei luoghi e dei tempi di esecuzione dell'attività lavorativa in sede di accordo, proprio al fine di evitare difficoltosi accertamenti riguardanti il nesso causale tra l'infortunio e l'attività lavorativa.

In presenza di una adeguata conoscenza dei luoghi e dei tempi di lavoro del dipendente l'INAIL si impegnerà - ex ante - a garantire una copertura dei rischi lavorativi; in assenza di una specifica identificazione l'Istituto non potrà esimersi dall'effettuare una serie di indagini per accertare se, in quel determinato luogo ed in quel determinato

orario, il soggetto stesse effettivamente prestando la propria attività lavorativa.

Per quanto attiene alla risarcibilità degli infortuni in itinere la normativa delega all'INAIL un generico vaglio di ragionevolezza circa il luogo individuato dal lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Il comma 3 dell'art. 23 L. 81/17 prevede infatti che: "Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nei limiti e alle condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 2 del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali di cui al DPR n. 1124 del 1965, e successive modificazioni, quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza". Sul punto la Circolare chiarisce che "Gli infortuni occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali sono tutelati quando il fatto di affrontare suddetto percorso sia connesso a esigenze legate alla prestazione stessa o alla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza. [...] In tale quadro, l'accordo di cui agli articoli 18 e 19 della legge 22 maggio 2017, n. 81, si configura come lo strumento utile per l'individuazione dei rischi lavorativi ai quali il lavoratore è esposto e dei riferimenti spaziotemporali ai fini del rapido riconoscimento delle prestazioni infortunistiche".

Anche in questo caso, dunque, ai fini di scongiurare arbitrarie esclusioni di copertura, sarà preferibile individuare il luogo di lavoro in sede di accordo¹⁴.

6. Gli obblighi informativi (e formativi) del datore di lavoro.

L'art. 22 della L. 81/17 stabilisce che il datore di lavoro "consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro". Tale adempimento, centrale nella materia della sicurezza e salute sul lavoro, diventa decisivo

nel caso del lavoro agile¹⁵. La formazione-informazione del lavoratore rappresenta il perno intorno al quale ruota la posizione del datore di lavoro e la sua responsabilità.

I limiti alla capacità di controllo che il lavoro agile impone al datore di lavoro, infatti, saranno compensati proprio dalla informativa offerta ai lavoratori. Essa dovrà garantire "la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile" e non potrà essere ricondotta al rango di una comunicazione generica e standard, dovendosi trattare di un documento che, previa identificazione dei rischi, sia in grado di fornire indicazioni di prevenzione calibrate sulla specifica modalità di lavoro adottata dal dipendente. Il contenuto dell'informativa sarà dunque importante, in particolare per quella parte che riguarda le caratteristiche che l'ambiente di lavoro dovrebbe avere. In un contesto di lavoro agile, improntato su un modello di autonomia ed autodeterminazione del lavoratore, il momento formativo risulta decisivo per colmare il deficit di conoscenza e controllo del datore di lavoro. Formare un lavoratore agile in maniera adeguata significa fornire le basi conoscitive affinché quest'ultimo possa disporre della propria autonomia in maniera consapevole. Ovviamente il contenuto dell'informativa riguarderà anche numerosi altri aspetti: tipologia di lavoro, utilizzo corretto dei macchinari messi a disposizione, riservatezza, diritto alla disconnessione, etc.

7. DVR e rischi specifici.

I nuovi rischi derivanti dalla attività di lavoro fuori sede dovranno necessariamente essere oggetto della valutazione del datore di lavoro, che dovrà aggiornare il documento di valutazione dei rischi aziendali e le schede di mansione a fronte dell'introduzione di questo nuovo modo di lavorare¹⁶. Diversamente, come potrebbe un datore di lavoro fornire una informativa al lavoratore e al Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza senza prima aver individuato i rischi specifici discendenti dalla particolare modalità di lavoro¹⁷?

La ricaduta applicativa di tale impostazione è evidente: per far fronte ad una efficace informativa annuale il datore di lavoro sarà tenuto ad una verifica – anch'essa annuale – del DVR, procedendo all'aggiornamento dello stesso ogniqualvolta si manifesti un rischio nuovo per il lavoratore agile o un cambio rilevante nelle modalità di prestazioni del lavoro. Sull'oggetto della valutazione pare doverosa

una precisazione: il datore di lavoro non sarà tenuto a valutare i rischi specifici derivanti da ogni singola postazione di lavoro individuata dal lavoratore, ipotesi del tutto impraticabile. Il DVR si limiterà a valutare i rischi derivanti dall'attività lavorativa esercitata presso i locali privati (residenza, domicilio, abitazione del partner etc), a prescindere dalle caratteristiche tecniche del singolo immobile.

Secondo taluni¹⁸, per gestire i rischi connessi all'esecuzione del lavoro all'esterno dei locali aziendali il datore di lavoro potrebbe introdurre una scheda di raccolta dati e autovalutazione dei rischi da parte del lavoratore agile. Tale soluzione, certamente valida, presenta alcune complicazioni. In primo luogo, l'enorme quantità di dati che il datore di lavoro si troverebbe a trattare ed il rischio che poi, in caso di dati non coerenti con le prescrizioni indicate nell'informativa, il datore di lavoro sia costretto ad intervenire puntualmente presso quei lavoratori che non operino in condizioni di sicurezza. Tale circostanza avrebbe quale effetto, da un lato, di incidere profondamente sulla "gestione economica" del lavoro, posto che il datore di lavoro rischierebbe di dover allestire due postazioni di lavoro per ogni lavoratore, dall'altro, di frustrare, ab origine, la finalità del lavoro agile.

Per quanto la soluzione sia formalmente corretta, si ritiene possibile un approccio più pragmatico e coerente con la realtà del lavoro agile. La valutazione del datore di lavoro dovrà tener conto delle nuove modalità di lavoro e dell'ambiente, inteso in senso generico, in cui potrà essere svolto. Nessuna indagine sulla postazione di lavoro di ciascun dipendente può essere ragionevolmente richiesta al datore di lavoro. Sarà fondamentale, però, dare evidenza del fatto che il lavoratore è stato adeguatamente formato e informato circa le caratteristiche che l'ambiente di lavoro deve avere, sui diritti del lavoratore agile, oltre ovviamente al presidio sulla sicurezza degli strumenti concessi in uso al lavoratore e alla sorveglianza sanitaria, che andrà certamente implementata.

Ben più impegnativa rispetto alla valutazione dell'ambiente di lavoro, infatti, sarà la valutazione di quei rischi psicosociali che sono i veri nuovi rischi specifici del lavoro agile¹⁹.

7.1. La tutela del work-life balance e il diritto alla disconnessione.

Tra gli obiettivi principali del lavoro agile vi è senza dubbio quello di promuovere il benessere del

lavoratore senza compromettere la produttività aziendale²⁰. L'ambiente di lavoro "domestico" rappresenta per il lavoratore un vantaggio importante che, tuttavia, comporta una serie di criticità che non possono essere ignorate; si pensi al rischio di sovrapposizione e/o confusione tra gli ambiti di vita e di lavoro ed alla tendenza alla continua disponibilità (o sarebbe meglio dire reperibilità) del lavoratore agile. Sebbene la normativa imponga il rispetto di orari di lavoro prestabiliti in sede di accordo tra le parti, il rischio di non rispettare gli orari è concreto. I motivi che possono condurre ad una iper-connessione sono molti e possono derivare da una scelta volontaria del lavoratore – il quale può decidere di lavorare molte ore di fila per avere maggiore tempo libero il giorno successivo –, ovvero da una situazione di stress e cattiva gestione delle responsabilità²¹ o ancora dalle sollecitazioni del superiore gerarchico che non rispetta i "tempi" di effettiva disponibilità del dipendente.

Isolamento sociale, psicosi, patologie da stress lavoro correlato e sindrome da burnout sono solo alcuni dei rischi che un cattivo utilizzo della tecnologia smart può comportare²². L'argomento appare assolutamente attuale al punto che, con la Risoluzione del 21 gennaio 2021, il Parlamento Europeo ha presentato una serie di Raccomandazioni alla Commissione in tema di "diritto alla disconnessione"²³. Le premesse di tale documento sono fondamentali ed è utile riportarne di seguito alcuni stralci. Ritiene il Parlamento Europeo che: " un utilizzo sempre maggiore degli strumenti digitali a scopi lavorativi ha comportato la nascita di una cultura del "sempre connesso", "sempre online" o "costantemente di guardia" che può andare a scapito dei diritti fondamentali dei lavoratori e di condizioni di lavoro eque, tra cui una retribuzione equa, la limitazione dell'orario di lavoro e l'equilibrio tra attività lavorativa e vita privata, la salute fisica e mentale, la sicurezza sul lavoro e il benessere, nonché della parità tra uomini e donne [...]". Inoltre: " Considerato che l'uso eccessivo dei dispositivi tecnologici può aggravare fenomeni quali l'isolamento, la dipendenza dalle tecnologie, la privazione del sonno, l'esaurimento emotivo, l'ansia e il burnout; che, secondo l'OMS, oltre 300 milioni di persone nel mondo soffrono di depressione e disturbi mentali comuni legati al lavoro [...]", e che: "l'essere costantemente connessi, insieme alle forti sollecitazioni e alla crescente aspettativa che i

lavoratori siano raggiungibili in qualsiasi momento , può influire negativamente sui diritti fondamentali dei lavoratori , sull'equilibrio tra la loro vita professionale e la loro vita privata , nonché sulla loro salute fisica e mentale e sul loro benessere”.

Sulla scorta di queste ed altre importanti premesse, è stata redatta una proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto alla disconnessione. In particolare, vengono individuate delle prescrizioni minime che permetteranno ai lavoratori di utilizzare gli strumenti digitali nel rispetto del diritto alla disconnessione. L'art. 3 co. 1 prevede che: “Gli Stati membri garantiscono che i datori di lavoro prendano i provvedimenti necessari per fornire ai lavoratori i mezzi per esercitare il diritto alla disconnessione”, e al successivo comma: “ Gli Stati membri garantiscono che i datori di lavoro istituiscano un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali. I lavoratori possono richiedere e ottenere il registro del loro orario di lavoro”. E' altresì previsto al successivo art. 4 che gli Stati membri garantiscano che i datori di lavoro attuino tutte le misure necessarie per salvaguardare il diritto alla disconnessione, ed in particolare “ il sistema per la misurazione dell'orario di lavoro”, “valutazioni della salute e della sicurezza, comprese le valutazioni del rischio psicosociale, in relazione al diritto alla disconnessione”, “le misure di sensibilizzazione, compresa la formazione sul luogo di lavoro, che i datori di lavoro sono tenuti ad adottare riguardo alle condizioni di lavoro di cui al presente paragrafo”.

Il documento indica chiaramente quale sarà la strada da seguire in tema di work-life balance. Per tale motivo si ritiene che, qualora una impresa intenda muoversi verso un modello stabile di smart-working, non potrà non curarsi di questo fondamentale aspetto.

In attesa di una normativa specifica si dovrà iniziare con l'aggiornamento puntuale del DVR in materia di tutela del diritto alla disconnessione, facendo confluire questa parte nell'informativa annuale da consegnare al lavoratore. Non dimentichiamo che queste misure, richiamate nel già citato art. 4 della proposta di Direttiva, rappresentano la base del sistema di prevenzione nell'ambito dei rischi psicosociali. Per quanto riguarda il controllo delle ore di connessione/disconnessione del lavoratore agile,

il datore di lavoro potrà prevedere, in sede di accordo, una serie di accorgimenti tecnici che permettano una sostanziale vigilanza da remoto, predisponendo ad esempio un contatore delle ore di effettivo utilizzo dei dispositivi elettronici. Tali accorgimenti, lo si ripete, non sono ad oggi specificamente normati e rimangono nella discrezionalità del datore di lavoro.

Ciò che rileva, è evidente, è non considerare il lavoratore agile come un lavoratore sempre disponibile e connesso.

8. Conclusioni.

La modalità di lavoro agile impone al datore di lavoro nuove sfide. La disciplina normativa non è ancora matura e di certo vi saranno cambiamenti, anche legislativi, a mano a mano che il lavoro agile perderà il suo carattere emergenziale e diventerà una modalità diffusa di lavoro. In questo contesto anche il paradigma delle responsabilità in capo al datore di lavoro, che rimane pur sempre il garante primario della salute e della sicurezza del lavoratore, deve essere riconsiderato. Non è pensabile, d'altronde, di poter continuare ad utilizzare schemi e categorie giuridiche nate in contesti ed epoche diverse. La flessibilità è una caratteristica che non può appartenere solo alla modalità di lavoro del dipendente. Flessibile è la possibilità di disciplinare queste modalità di lavoro attraverso degli accordi, la cui centralità è evidente nell'impianto della legge 81 del 2017. Flessibile è la scelta dell'ambiente da parte del lavoratore e quindi flessibile, o almeno diverso, sarà l'approccio del datore.

Questi si dovrà premurare di spiegare al lavoratore in maniera adeguata quali caratteristiche il suo ambiente di lavoro dovrà avere e quali modalità di lavoro andranno seguite per rispettare e tutelare la sua salute.

Il diritto alla disconnessione sembra assumere oggi un'importanza maggiore rispetto all'ambiente di lavoro, rispetto al quale, realisticamente, non si può pretendere che il datore di lavoro conosca la realtà in cui lavora ogni risorsa collocata in modalità “smart”. L'opportunità del lavoro agile comporta una maggiore e diversa responsabilizzazione del lavoratore, che dovrà “garantire” sé stesso in un modo in precedenza sconosciuto. Il datore, dal canto suo, dovrà porre maggiore attenzione al DVR ed alle modalità con le quali i lavoratori flessibili saranno formati e sorvegliati.

Andrea De Carlo

Avvocato del Foro di Torino.

Pietromatteo La Sala

Avvocato del Foro di Torino.

¹ Cfr. CORTI – SARTORI, *La legge sul lavoro autonomo e lo smart working. La quarta riforma del lavoro pubblico. Le nuove linee guida sui tirocini*, in Riv. It. Dir. Lav., 2017, III, p.93; TIRABOSCHI, *il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in Dir. Rel. Ind., 2017, p. 993; DEL CONTE, *Il lavoro agile. Oltre il modello di organizzazione fordista*, in Lavoro welfare, 2016, 21, p.16.

² TIMELLINI, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in Il lavoro nella giurisprudenza, 2018, p. 239.

³ Cfr. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”*, in Le nuove Leggi Civili Commentate, n. 3, 1° maggio 2018.

⁴ Alcuni commentatori ritengono che lo smart working rappresenti una evoluzione del telelavoro, definendolo “*telelavoro evoluto*”, ovvero che si tratti di “*un altro modo di chiamare il telelavoro*”. Sul punto: TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 945.

⁵ È stato rilevato come il lavoro agile sia maggiormente adatto per lo svolgimento di attività lavorative a contenuto intellettuale, rivolgendosi a impiegati, quadri e dirigenti, che non a operai. Sul punto: MARRUCCI, *Smart Working, la flessibilità lavorativa spazio temporale di nuova generazione*, in Il Sole 24 Ore, 23 giugno 2017, n. 26, 20.

⁶ Cfr. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI – GRAMOLATI – MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, p. 229.

⁷ Si riscontra infatti una certa timidezza da parte della contrattazione collettiva che, pur riconoscendo che la tecnologia abbia di fatto reso idoneo qualsiasi luogo all'esercizio della prestazione lavorativa, non si è mai spinta a contrattualizzare un luogo diverso dal semplice domicilio del lavoratore. Sul punto: FREDIANI, *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in Il Lavoro nella giurisprudenza, 7/2017, p. 630

⁸ MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in FIORILLO – PERULLI, p.213.

⁹ CASIELLO, *La sicurezza e la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in ZILIO- GRANDI – BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoratore autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, p. 471.

¹⁰ GUARINIELLO, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in Diritto e Pratica del Lavoro, 32-33/2017.

¹¹ Per quanto riguarda coloro che ritengono che non sia possibile identificare il luogo in sede di accordo, poiché lo stesso deve essere rimesso alla libera scelta del lavoratore, si segnala: MARESCA, *Smart Working: subordinazione soft*, in Il Sole 24 Ore, 26 luglio 2019; PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in Riv. Giur. Lav., 2016, I, p. 366. Sull'identificazione necessaria del luogo di lavoro: LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2017, p. 993; PONTERIO, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in Zilio Grandi e Blasi, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, p. 636.

¹² Si consideri che ai sensi dell'art. 41 co. 6, D.Lgs. 81/2008, sulla base delle risultanze di ogni visita medica¹ il medico competente esprime un giudizio relativo alla mansione specifica. Tali giudizi, tassativamente elencati, possono essere di idoneità, idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni, inidoneità temporanea o permanente. Il giudizio del medico competente sarà espresso sulla base di una valutazione che oltre a considerare le caratteristiche cliniche e personali del lavoratore, deve necessariamente tenere conto delle attività lavorative concretamente espletate e dell'ambiente in cui essere dovranno essere svolte. Pertanto, sulla base dei giudizi di idoneità il datore di lavoro si adopererà adottando gli accorgimenti necessari, anche se la prestazione dovrà essere svolta da casa.

¹³ MARRUCCI, *Lavoro agile, le indicazioni operative dell'Inail*, in Guida al lavoro, 2017, 44, p. 44.

¹⁴ Sull'argomento si veda: ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in TULLINI, *Web e lavoro*, Torino, 2017, p. 3.

¹⁵ Sull'argomento si veda: CAGLI, *Smart Working, sicurezza e responsabilità penale. Alcuni spunti problematici*, in Diritto e Procedura Penale, 20 aprile 2020

¹⁶ Un esempio è fornito da FONZAR e MARCON, “*Smart working e sicurezza sul lavoro: una guida applicativa*”, in Igiene e Sicurezza sul Lavoro 5/2018:

“*I pericoli da prendere in esame saranno almeno quelli indicati nelle procedure standardizzate adottate con D.M. 30 novembre 2012 e suddivisi per macrofamiglie:*

- *attività lavorative (ambienti di lavoro, posti di lavoro, di passaggio, ecc.: ad esempio pericolo di scivolamento, scale fisse o mobili, disordine, ostacoli all'evacuazione);*

- pericoli elettrici;
- macchine, impianti, attrezzature (impianto di condizionamento microclimatico, videoterminale, piccola utensileria d'ufficio, ecc.);
- mezzi di trasporto e di sollevamento (ad esempio auto aziendale, treno, aereo, ecc.);
- agenti chimici, fisici, biologici (ad esempio rumore, vibrazioni, CEM, agenti chimici e biologici come zecche, api, ecc.);
- incendio ed esplosione;
- pericoli derivanti dalla mansione e/o dall'organizzazione del lavoro (ad esempio stress lavoro-correlato, movimentazione manuale dei carichi, lavoro al VDT, lavoro "fuori sede").

¹⁷ GUARINIELLO, *Op. cit.*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 32-33/2017.

¹⁸ FONZAR e MARCON, "Smart working e sicurezza sul lavoro: una guida applicativa", cit.

¹⁹ L'approccio sarà analogo a quello previsto per lo stress lavoro-correlato. Si agirà con la raccolta di dati oggettivi e verificabili in merito agli "eventi sentinella", ovvero assenze per malattia, segnalazioni del medico competente, lamentele dei lavoratori; si analizzeranno i fattori di contenuto, ovvero ambiente di lavoro e attrezzature, ritmi e carichi di lavoro, orari, turni, etc.; si terminerà con l'analisi dei fattori di contesto del lavoro, ovvero il ruolo ricoperto nell'ambito dell'organizzazione aziendale, i livelli di autonomia decisionale, l'evoluzione e lo sviluppo della carriera etc.

Questa prima analisi si porrà l'obiettivo di fotografare la realtà aziendale, quantificando e qualificando il rischio da stress e da patologie psico-sociali legate al lavoro agile. In base alle risultanze di questa prima fase sarà poi utile tenere con considerazione le percezioni soggettive dei lavoratori, per l'identificazione del rischio specifico e delle cause scatenanti.

²⁰ Con il termine *work-life balance* ci si riferisce all'equilibrio (*balance*) tra vita privata e lavoro (*work-life*). Sul punto: PETRILLI, *Il lavoro agile: uno strumento per proseguire l'obiettivo di work life balance*, in *Azienditalia*, 3/2018, p. 468

²¹ PAOLANTONIO, *L'attenzione alla salute nel lavoro smart e digitale*, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 1/2020, p. III.

²² Sull'argomento si veda: *Smart Working e sicurezza sul lavoro: una guida applicativa*, in *Igiene & Sicurezza del lavoro*, n. 5, 1° maggio 2018 parte III.

²³ Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181 INL), Testo approvato, Edizione Provvisoria.

Il sindacato del giudice penale sul merito delle scelte imprenditoriali.

di **R. Lugli**

Con una recente sentenza, la Corte di Cassazione ha dichiarato l'inapplicabilità della c.d. "Business Judgment Rule" (in seguito per brevità anche "BJR") all'accertamento svolto in sede penale in ordine alla sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per dissipazione.

La vicenda ha tuttavia offerto ai giudici di legittimità l'occasione per individuare i confini del sindacato del giudice penale sulle scelte imprenditoriali effettuate nell'ambito di una società poi dichiarata fallita.

Nella pratica è infatti difficile distinguere tra scelte imprenditoriali che si siano dimostrate fallimentari ma che siano "incolpevoli", e quelle invece di rilevanza penale in quanto "fraudolente".

La pronuncia offre quindi lo spunto per interrogarsi su quale comportamento deve tenere l'amministratore di una società, che si trova in uno stato di crisi, per non incorrere in sanzioni penali.

Sommario. 1. La vicenda. – 2. Il ricorso alla *Business Judgment Rule*. Definizione nella giurisprudenza e in dottrina. – 3. La tesi proposta dalla difesa dell'imputato in ordine all'applicabilità della BJR. – 4. Rigetto della tesi da parte della Corte di Cassazione e l'analisi del concetto di "dissipazione". – 5. I criteri utili per l'individuazione delle condotte dissipative. – 6. Osservazioni conclusive.

1. La vicenda.

Il procedimento penale, conclusosi con la pronuncia in commento, riguardava le vicende che hanno interessato il gruppo Alitalia, la cui capogruppo, Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A., era stata dapprima posta in amministrazione straordinaria con D.P.C.M. del 29.08.2008 e poi oggetto di dichiarazione di insolvenza da parte del Tribunale di Roma in data 25.09.2008.

Agli Amministratori Delegati che si erano susseguiti alla guida della società nel periodo 2004/2007, nonché al Responsabile Finanza Straordinaria e al Direttore Centrale Amministrazione e Finanza, venivano contestati plurimi e articolati fatti di bancarotta, in particolare condotte distrattive e dissipative.

In particolare, tra le varie condotte contestate si ricorda, quale dissipazione, la gestione del settore Cargo - "ritenuta economicamente abnorme sia in ragione del numero esorbitante del personale di volo, sia per la carenza di ogni intervento di riorganizzazione e razionalizzazione volto a fronteggiare le ingenti e costanti perdite sistematiche, crescenti ed ingentissime" (CAPO A1).

Ma anche l'operazione straordinaria di scorporo con la creazione di due entità, il Gruppo Alitalia Fly ed il Gruppo Alitalia Servizi, con la stipulazione di un contratto di servizi tra le due che prevedeva l'obbligo della prima di approvvigionarsi dalla seconda,

secondo tariffe ritenute più alte rispetto al mercato di riferimento (CAPO A2).

E ancora, l'operazione di acquisizione, da parte di Alitalia S.p.A. del complesso aziendale delle società Volare Group, Volare Airlines, Air Europe, per un corrispettivo ritenuto incongruo rispetto all'effettivo valore di mercato (CAPO A3).

Infine, veniva contestata la dissipazione dovuta agli ingenti costi sostenuti per l'attività di consulenza svolta da una società esterna.

2. Il ricorso alla *Business Judgment Rule*. Definizione nella giurisprudenza e in dottrina.

La difesa dell'imputato principale, Presidente e Amministratore Delegato di Alitalia, ha eccepito l'insussistenza di condotte dissipative, invocando l'applicabilità, anche in ambito penale, della regola della c.d. "Business Judgment Rule".

Con il termine *Business Judgment Rule* s'intende "il divieto per il giudice [civile] di sindacare nel merito le scelte gestionali degli amministratori al fine di valutarne il grado di diligenza nell'adempimento dei compiti che tali soggetti sono chiamati a svolgere all'interno delle società di capitali"¹.

La regola è stata sviluppata principalmente negli Stati Uniti, presso la Corte del Delaware, verso la fine del secolo scorso, in relazione alle prime azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali, e sviluppata negli anni a seguire².

Sostanzialmente, secondo questa regola deve essere escluso - in via generale - il potere del giudice di sindacare le scelte imprenditoriali rispetto ad operazioni che hanno avuto un esito negativo in quanto si deve presumere che i *directors* e i *managers* delle società effettuino scelte gestionali con diligenza (*duty of care*) ed in assenza di conflitto di interessi (*duty of loyalty*).

Non si tratta però di una presunzione assoluta.

Il sindacato del giudice permane infatti rispetto a tutte quelle ipotesi in cui le decisioni gestionali sembrano essere state adottate seguendo parametri macroscopicamente irrazionali e abnormi (aspetti che devono essere fatti emergere dall'attore nella causa civile) e quindi senza la dovuta diligenza.

Punto centrale per l'utilizzo della BJR è dunque l'attribuzione del corretto significato al concetto di "*duty of care*" (ovvero del dovere di diligenza).

La giurisprudenza statunitense lo fa coincidere con l'obbligo di agire informati, la cui violazione si verificherebbe però unicamente in presenza di lacune "sistematiche" (e non occasionali) nel sistema informativo dell'impresa.

Solo in tali casi la regola della BJR non opererebbe, con la conseguenza che, attraverso il sindacato sulle scelte gestionali operate, il giudice potrebbe individuare la responsabilità civile dell'amministratore e condannarlo al risarcimento dei danni cagionati con la propria condotta.

Tale regola ha trovato applicazione anche in Italia.

Tuttavia, come sostenuto da autorevole dottrina, diversamente da quanto accade nel sistema giudiziario statunitense, in Italia la BJR può fungere solo da criterio interpretativo della "diligenza" che deve animare gli amministratori e non da vera e propria limitazione al potere del giudice³.

In Italia, infatti, il dovere di agire con diligenza e quello di perseguire l'interesse sociale in assenza di conflitto di interessi sono già prescritti da legge "scritta" e codificata all'art. 2392 del Codice civile.

Sul punto sono state scritte pagine illuminanti dall'avv. prof. Franco Bonelli, il quale ha affermato che non può rientrare nelle competenze *professionali* del giudice l'accertamento della natura irragionevole od erronea delle operazioni compiute dagli amministratori, posto che tale circostanza "*rischia di penalizzare le attività più innovative e di essere influenzato dal "senno di poi"*". Soprattutto, osserva, se gli "*amministratori sono incapaci e inadatti a gestire la società: essi, però, non sono per ciò solo*

*inadempienti ad alcun loro obbligo, sicché andranno sostituiti dai soci, ma non condannati a risarcire i danni causati dalle loro improvvise scelte (c.d. Business Judgment Rule: l'amministratore imperito o incapace va sostituito dai soci che lo avevano scelto, non va condannato)"*⁴.

Anche la giurisprudenza civile ha concluso analogamente, affermando che il giudizio di responsabilità (civile) degli amministratori non ha ad oggetto le scelte gestionali in sé, neppure se si rivelino a posteriori dannose o frutto di decisioni inopportune, ma "il modo in cui le stesse vengono compiute", ovvero la fase precedente alla scelta operata.

Ciò che è necessario verificare, per i Giudici, è infatti la presenza di un'omissione "*da parte dell'amministratore di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per la scelta di quel genere*". Ommissione che "*può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministrazione e può quindi generare una responsabilità contrattuale dell'amministratore verso la società*" (Cass. civ., Sez. I, 28.04.1997, n. 3652)⁵.

Anche di recente è stato precisato che la diligenza richiesta agli amministratori si sostanzia soltanto nell'obbligo di agire informati, così che la sussistenza di una responsabilità dell'amministratore (in ambito civile) "*non può mai investire le scelte di gestione, ma solo la diligenza mostrata ...nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere*" (Cass. Civ., Sez. I, 22.06.2017, n. 15470).

Interessante - ed è proprio ciò che in via decisamente innovativa invoca la difesa dell'imputato principale nel procedimento penale di cui alla sentenza in commento - è capire se tale regola possa trovare applicazione anche rispetto alla valutazione che delle medesime condotte viene fatta in sede penale.

3. La tesi proposta dalla difesa dell'imputato in ordine all'applicabilità della BJR.

Molto brevemente, nel corso per Cassazione si invoca l'applicazione della regola della BJR anche ai casi in cui le scelte imprenditoriali siano sottoposte alla valutazione di un giudice penale.

La difesa rileva come nei giudizi di primo e di secondo grado la decisione dei giudici sia di fatto consistita in valutazioni *ex post* delle scelte imprenditoriali, ovvero in un sindacato di

opportunità aziendale, precluso ai giudici penali (e civili) in forza proprio della *Business Judgment Rule*.

Dopo aver ricordato come tale regola consista *“in un canone ermeneutico che preclude ai giudici di esprimere valutazioni sulla diligenza degli amministratori attraverso i parametri dell’opportunità aziendale”*, precisa - in termini del tutto condivisibili - che *“a differenza della maggior parte degli altri professionisti, amministratori e funzionari non possono contare su modelli di comportamento accettati dalla collettività da poter invocare per proteggere le proprie scelte e dimostrare la ragionevolezza della propria condotta”*.

Nello specifico è chiaro che *“I medici hanno dei protocolli, così come gli ingegneri ne hanno, ma qualsiasi decisione di un amministratore è unica nel suo genere, perciò chi l’ha compiuta non può invocare alcun protocollo, alcuna pratica comunemente accettata, per giustificare il perché di un suo comportamento”*⁶.

Perciò anche in sede penale si rende doverosa l’applicazione della BJR posto che *“limita il sindacato giudiziale soltanto ad una verifica in ordine all’adozione da parte dei managers delle cautele necessarie per addivenire alla propria decisione in maniera consapevole”*.

Nei casi in cui l’amministratore sia stato diligente nell’assumere le informazioni preliminari all’operazione da intraprendere, la scelta gestionale poi in concreto attuata non potrà essere sottoposta ad un giudizio di *“opportunità economico-aziendale”*, senza di fatto svolgere un *“giudizio ex post basato soltanto sull’insuccesso dei risultati aziendali”* - che dovrebbe essere vietato al giudice penale⁷.

4. Rigetto della tesi da parte della Corte di Cassazione e l’analisi del concetto di *“dissipazione”*.

Dopo un *excursus* sulle origini e sullo sviluppo della regola della BJR, in linea con quanto già eccepito dalla difesa, la Corte conferma che tale regola consiste in una presunzione operante in sede civile secondo cui gli amministratori agiscono su base informata, in buona fede e nell’interesse della società, con la conseguenza che il *board of directors* è esente da responsabilità per le decisioni assunte purché queste siano corrette ove valutate attraverso *“una serie di fiduciary duties quali: The duty of care,*

the duty of monitor, the duty of inquiry, the duty of loyalty”.

La ratio di tale operare risiede per la Corte nella circostanza che *“la gestione dell’attività di impresa comporta dei rischi, per cui estendere la cognizione del giudice [civile] anche al merito della decisione deprimerebbe l’attività di gestione, rallentando e compromettendo il processo decisionale, anche in riferimento a scelte corrette a livello procedurale - per qualità e quantità di informazioni acquisite - e sostanziale - in riferimento alla ragionevolezza al momento della deliberazione -, che verrebbero compromesse pur di evitare risultati negativi”*.

Sorprendentemente però, nonostante vengano espresse queste e altre osservazioni molto chiare, la Suprema Corte conclude per l’inapplicabilità della BJR in campo penale.

Precisamente afferma che la BJR non può trovare applicazione nella valutazione in ordine alla sussistenza di reati che involgono le scelte imprenditoriali, quali la bancarotta fraudolenta, in quanto si tratta di una valutazione che investe elementi ulteriori e diversi, ovvero *“la messa in pericolo del patrimonio sociale”*.

Si sottolinea che quello della *“garanzia dei creditori”* è un tema su cui la Corte torna più volte nel corso della motivazione, individuandolo quale *“cardine”* principale su cui basare l’identificazione delle condotte penalmente rilevanti in caso di fallimento della società.

Rigettata la tesi della BJR, la sentenza in commento svolge tuttavia un interessante percorso in ordine al significato del concetto di dissipazione, ripercorrendo le interpretazioni susseguitesi nel corso degli anni.

In primo luogo, viene citata la giurisprudenza più risalente che individuava tale condotta nello *“sciupare, distruggere, consumare e scialacquare il patrimonio”*, ed emblematicamente, nel gioco (Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 239 del 03.02.1967, Anselmo, Rv. 103662).

Successivamente la condotta in esame veniva definita come dispersione dei beni attraverso spese inconsiderate e meramente voluttuarie, o atti di prodigalità inconsulta (Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 834 del 23.05.1967, Giannuzzi, Rv. 105174).

E ancora si era individuata la dissipazione in spese non necessarie *“fatte dall'imprenditore a scopo voluttuario ovvero per soddisfare le esigenze di una*

vita viziosa o la propria vanità” (Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 894 del 22.06.1971, Bruno, Rv. 119090).

Si tratta di definizioni che, a parere della Corte, devono ritenersi ormai superate.

L'analisi si concentra quindi su un altro elemento: la natura di reato di pericolo della bancarotta. Questa - a detta della Corte - impone infatti al giudice di svolgere una valutazione ex ante, e caso per caso (ponendosi nella stessa situazione in cui si trovava l'amministratore al momento della scelta) per verificare - *“se il soggetto agente abbia ponderato tutte le possibili conseguenze che l'opzione adottata, in uno specifico contesto economico ed imprenditoriale, avrebbe potuto determinare, nella prospettiva di accertare se fosse, quindi, prevedibile che la soluzione adottata potesse effettivamente mettere a repentaglio la conservazione della garanzia patrimoniale dell'impresa poi fallita”*.

Il sindacato del giudice penale avrebbe quindi ad oggetto certamente la scelta imprenditoriale ma solo sotto il profilo della “ponderata prospettazione” da parte di chi l'ha realizzata di tutte le possibili conseguenze e ricadute sul patrimonio della società nella sua qualità di funzione di garanzia⁸. E ciò considerando anche che, trattandosi di reato di pericolo, sono sufficienti ad integrare la fattispecie in esame pure le condotte di “messa in pericolo” (e quindi non solo ^{quelle} di un danno) degli interessi dei creditori.

Precisa la Corte che proprio questa natura del reato rende, in concreto, “nevralgico” l'accertamento inerente alla scelta imprenditoriale, in un'ottica, tuttavia, delimitata.

Infatti, secondo la Corte, non vi è alcuna valutazione di discrezionalità e opportunità rispetto alla condotta *“che, con giudizio ex ante, si ponga in drastico ed irrimediabile conflitto con la funzione di garanzia patrimoniale dei beni dell'impresa”*, funzione che costituisce *“l'unica ottica rispetto alla quale il giudice penale può e deve valutare la coerenza delle scelte imprenditoriali con le finalità dell'impresa”*.

Di conseguenza, il “parametro valutativo” che accomuna tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale deve essere individuato nella misura del divario tra la scelta imprenditoriale e la garanzia dei creditori.

Soltanto un divario minimo, per la Corte, escluderebbe ogni valutazione di opportunità tecnica sulle scelte operate dall'imprenditore, in quanto *“una scelta notevolmente rischiosa in termini*

economici può senz'altro risultare penalmente irrilevante in riferimento a condizioni strutturali dell'azienda del tutto tranquillizzanti e prive di segnali di crisi al momento in cui la scelta stessa è stata adottata”.

5. I criteri utili per l'individuazione delle condotte dissipative.

La Suprema Corte conclude comunque - e questa forse è la parte più innovativa e importante della sentenza in commento - individuando (senza alcuna pretesa esaustività) alcuni criteri utili per l'identificazione di condotte dissipative, e cioè:

- la sussistenza di condotte seriali conseguenti a scelte imprenditoriali *“complessivamente confliggenti con la tutela del ceto creditorio”*;
- la volontà di privilegiare *“finalità estranee alla gestione dell'impresa o concretamente confliggenti con la stessa”*;
- *“l'estremo livello di rischio di determinate operazioni”*, anche in relazione alle condizioni patrimoniali dell'impresa, *“che si ponga al di là del rischio fisiologico, dimostrabile attraverso la presenza di elementi anomali di natura oggettiva”*;
- *“l'adozione di dette scelte in fasi in cui lo stato di crisi si era o meno manifestato ed era o meno conosciuto dall'agente”*.

Va rilevato peraltro che rispetto al caso di Alitalia, la Corte ha concluso per la natura dissipativa delle condotte poste in essere dall'imputato principale tenuto conto *“della perdurante situazione di forte criticità in cui versava Alitalia, che aveva anche adottato un Piano industriale 2005/2008 orientato al raggiungimento del pareggio a partire dal 2006”*.

La circostanza che le perdite di esercizio di Alitalia, stimate nel 2006 in circa 380 milioni di euro, alla fine del 2007 ammontassero a circa 4 miliardi di euro, secondo i giudici di legittimità avrebbe dovuto orientare ogni iniziativa gestionale unicamente verso il contenimento delle spese e il risparmio dei costi.

Per cui, le operazioni attuate, erano apparse idonee *“a fondare la prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa”* funzionale alla garanzia dei suoi creditori, con conseguente integrazione della dissipazione.

6. Osservazioni conclusive.

La sentenza in commento ha il pregio di individuare compiutamente il concetto di dissipazione ed i confini del sindacato del giudice penale.

Tuttavia, alcune osservazioni critiche si rendono doverose.

A fronte di alcune considerazioni mosse nella sentenza in commento ci si domanda quale dovrebbe essere il comportamento dell'amministratore di una società che si trova in uno stato di difficoltà ad adempiere o di vera e propria crisi economico-finanziaria.

In particolare, ci si chiede se lo stesso dovrebbe astenersi dal compiere operazioni che presentino un certo ma non quantificabile margine di rischio per i creditori.

In alcune parti della sentenza, infatti, il Supremo Consesso sembra arrivare alla conclusione che la dissipazione, penalmente rilevante, sussiste in tutti i casi in cui l'operazione - che ha avuto esito negativo - ha diminuito il patrimonio della società nella sua funzione di *garanzia dei creditori*, e ciò, anche indipendentemente dalla coerenza o meno dell'operazione stessa rispetto all'oggetto sociale della società.

La conclusione che se ne trae (e che del resto viene riconosciuta nella stessa motivazione) è che scelte imprenditoriali rischiose potrebbero essere adottate solamente in società *in bonis* e senza difficoltà economiche/finanziarie.

È infatti evidente che in un contesto precario, di crisi, una qualsiasi operazione volta al salvataggio e al rilancio non può che mettere a repentaglio (o comunque in pericolo) la garanzia dei creditori, peraltro già stremata o addirittura inesistente.

Ne consegue - logicamente - che, qualora la società si trovi in stato di crisi (e ancora più se già in fase pre-fallimentare o comunque di dissesto) - gli amministratori dovrebbero prudenzialmente astenersi dal compiere operazioni che possano in qualche modo mettere a repentaglio il patrimonio della società e le garanzie dei creditori. Pena, la contestazione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per dissipazione.

Tale conclusione però appare in stridente contrasto rispetto alla logica d'impresa, con disastrose conseguenze sull'iniziativa imprenditoriale.

Infatti, gli amministratori di società in crisi, pur di non incorrere nel reato di bancarotta - che risulterebbe impossibile da escludere laddove il criterio per la sua configurabilità fosse unicamente la messa in pericolo

della garanzia dei creditori - non avrebbero altra scelta ragionevole che astenersi dal compiere operazioni aventi un qualsiasi rischio di diminuzione del patrimonio sociale.

Così facendo, però, rinunciarebbero alla possibilità di risanare e rilanciare le attività della società, con l'inevitabile fallimento o messa in liquidazione della stessa.

Si tratta di una situazione che porta ad un insanabile paradosso:

l'amministratore che si astiene dal compiere operazioni rischiose, non risponderà del reato di bancarotta, ma allo stesso tempo potrebbe essere citato in un'azione di responsabilità civile per non aver adottato tutte le soluzioni necessarie a risolvere lo stato di crisi.

Al contrario, l'amministratore che realizza operazioni rischiose in società in crisi, potrebbe essere condannato per bancarotta fraudolenta per dissipazione, ma allo stesso tempo sarebbe esente da responsabilità civile, per la medesima condotta, in ragione del canone ermeneutico della BJR.

E allora ci si chiede se per l'individuazione delle condotte fraudolente dissipative non sia preferibile qualche altro criterio rispetto a quello della mera tutela dei creditori.

Ad esempio, valutando in via principale l'incoerenza dell'operazione rispetto alla logica di impresa ovvero che l'attività realizzata sia "completamente estranea ed esterna" agli scopi dell'impresa.

In pratica, un'operazione compiuta in un periodo di crisi societaria potrebbe dirsi dissipativa solo se non trova la propria giustificazione in attività di risanamento, di ripresa e di rilancio della società, le quali hanno per obbiettivo (e conseguenza) quello di aumentare - e non di diminuire - la garanzia dei creditori.

In tal modo, verrebbe ridotta se non eliminata la evidente dicotomia tra l'applicabilità della BJR nel giudicato civile e l'inapplicabilità della BJR nel giudicato penale.

Rossana Lugli

Avvocato del Foro di Milano

¹ Si precisa che le considerazioni qui riportate sono tratte da un accurato articolo di Marcello Sestieri: “La Business Judgment Rule nel diritto penale fallimentare”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 2019, 2, pp. 231-276, cui si rimanda per un’analisi completa della materia.

² Tale giurisprudenza si era formata in occasione di azioni promosse per contestare la valutazione, fatta dagli amministratori, di assets della società nel corso di operazione di fusione. Nello specifico, in tali procedimenti l’attenzione si era concentrata sulla possibilità di attribuire i danni occorsi alla società a carenze dei membri del consiglio di amministrazione nello svolgimento dei compiti assegnatoli.

³ M. Sestieri, op. cit., p. 254, in cui riporta anche il testo di un altro autore secondo il quale “considerato che l’art. 2932 c.c. postula la qualificazione dell’obbligazione degli amministratori quale obbligazione di mezzi e non quale obbligazione di risultato - specificando la natura della diligenza richiesta -, la BJR si configura quale tecnica per la formulazione del giudizio di responsabilità nel caso in cui la prestazione del debitore sia quella di amministrare diligentemente una società” di G. MOLLO, *La Business Judgment Rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. impresa*, 2017, p. 140).

⁴ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, pp. 74 e ss.

⁵ In questo senso, si colloca anche la riforma del diritto societario del 2003, che ha previsto l’obbligo per gli amministratori di agire con la diligenza del mandatario e di agire informati (eliminando invece il generico riferimento al solo dovere di diligenza).

⁶ La difesa afferma di “citare le parole del giurista statunitense che fece conoscere la BJR in Italia”: M.A. Eisenberg, *Obblighi e funzioni degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 624.

⁷ La difesa introduce anche l’interessante argomento della necessaria distinzione tra i concetti di “incoerenza assoluta” e “incoerenza relativa” dell’operazione, come criteri per individuare la natura dissipativa delle operazioni poste in essere dagli amministratori. Si dovrebbe parlare di “incoerenza assoluta” solo nel caso in cui la scelta gestoria fosse del tutto priva di ragioni economiche, ad esempio perché estranea all’oggetto dell’attività imprenditoriale e quindi senza alcuna possibile giustificazione nella logica d’impresa. Diversamente, l’incoerenza relativa sarebbe individuata da operazioni “inopportune” che, nonostante l’esito negativo, devono ritenersi aderenti all’attività imprenditoriale. Tale distinzione - continua la difesa - è fondamentale se si considera che la giurisprudenza in ordine al reato di bancarotta per dissipazione fa coincidere le condotte rilevanti sempre con concetti assoluti (quale ad esempio, l’estraneità dell’operazione rispetto agli scopi sociali) e mai relativi. Soprattutto però, precisa la difesa, “il fatto stesso che una scelta gestionale possa essere giudicata positivamente in determinate circostanze, e negativamente in altre, consente di qualificare detta decisione soltanto in termini relativi” e non assoluti, con la necessaria esclusione del reato di bancarotta per distrazione. Tale ultimo passaggio si riferisce sostanzialmente alla circostanza che secondo la Corte di appello - ma anche la Cassazione nella sentenza in commento afferma lo stesso - la scelta imprenditoriale deve essere valutata soprattutto in riferimento alle condizioni in cui versava la società al momento in cui l’operazione era elaborata e realizzata. Ma questo, si legge nel ricorso per Cassazione (ed è pienamente condivisibile), non ha nulla a che vedere con quella estraneità della scelta gestionale rispetto alla logica d’impresa che ne determinerebbe la natura dissipativa e ciò in quanto “una decisione posta in essere per uno scopo del tutto estraneo all’impresa, infatti, rimane tale a prescindere dalla situazione patrimoniale della società”. E viceversa. Ovvero una decisione presa per uno scopo coerente con la logica d’impresa rimane tale a prescindere dalle condizioni in cui versava la società al momento in cui la stessa veniva presa e del suo esito.

⁸ La Corte svolge poi un distinguo tra la fattispecie in esame e la bancarotta per distrazione, circostanza che la porta a tracciare ancor più i limiti del sindacato penale, affermando che nella condotta dissipativa “quello che rileva non è il distacco di beni dalla struttura patrimoniale dell’impresa, bensì il loro impiego in maniera distorta e fortemente eccentrica rispetto alla funzione di garanzia patrimoniale per effetto di consapevoli scelte imprenditoriali”.

Il sequestro di documentazione acquisita dal server di impresa non residente in Italia.

di **G. Dell'Anna** e **L. Gucciardo**

Con la sentenza n. 24885/2021, la Corte di cassazione, Sezione terza, ha stabilito che la Guardia di Finanza, nell'esercizio dei poteri di polizia tributaria, può legittimamente acquisire da remoto, tramite apparecchiature informatiche installate nei locali dell'impresa sottoposta a verifica fiscale, documentazione conservata nel server di una società con sede all'estero, senza incorrere in condotte abusive.

Tale documentazione può essere oggetto di sequestro probatorio ed essere conseguentemente utilizzata nel procedimento penale per dimostrare l'ipotesi accusatoria formulata e, segnatamente, per accertare i legami tra la società italiana e quella straniera e le relative modalità di commissione del reato.

Sommario. **1.** Oggetto della controversia e contenuto della sentenza della Corte di cassazione. - **2.** Il potere dell'Amministrazione finanziaria di eseguire ispezioni documentali. - **3.** L'emersione di elementi di rilevanza penale in sede di indagine tributaria. - **4.** Osservazioni conclusive.

1. Oggetto della controversia e contenuto della sentenza della Corte di cassazione.

Il ricorso sorge da un'ordinanza emessa dal Tribunale di Lecco, in funzione di giudice del riesame, con cui ha respinto l'istanza, ex art. 324 c.p.p., avverso il decreto di sequestro probatorio emesso dal Pubblico Ministero nei confronti di una società di capitali con sede in Olanda, avente ad oggetto due hard disk contenenti copie di back up di dati digitali di indirizzi di posta elettronica e del data base del sistema gestionale SAP. Il materiale informatico sequestrato risultava acquisito nel corso di una verifica fiscale della Guardia di Finanza, eseguita nei confronti di una società di capitali con sede in Italia, al cui legale rappresentante veniva contestato il delitto di cui all'art. 5 D.Lgs n. 74/2000.

Avverso l'ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il legale rappresentante della società di capitali, terza interessata, con sede legale in Olanda, deducendo tre motivi di ricorso.

Col primo motivo la società ricorrente ha sostenuto che il sequestro dei documenti fosse illegittimo e come tale che gli stessi fossero inutilizzabili. In specie, la condotta configurerebbe il reato di cui all'art. 615 *ter* c.p., in quanto i documenti sarebbero stati acquisiti mediante accesso abusivo a sistema informatico perpetrato dai militari della Guardia di Finanza. I documenti, conservati nel server della società olandese, infatti, sarebbero stati acquisiti nel corso della verifica fiscale effettuata nei confronti di una società di capitali italiana, travalicando i limiti

previsti dagli artt. 52 del D.P.R. 633/72 e 33 del D.P.R. 600/73, che consentono l'ispezione documentale soltanto dei libri, registri, documenti, scritture contabili che si trovano nei locali in cui l'accesso viene eseguito o che siano accessibili mediante apparecchiature informatiche installate in detti locali. Da ciò l'illegittimità dell'acquisizione dei documenti informatici riconducibili alla società ricorrente con sede in Olanda, eseguita grazie alla previa consegna delle credenziali utili per l'accesso da remoto al server collocato al di fuori del territorio nazionale, ossia, nella specie, dalla sede della società italiana soggetta a verifica tributaria.

Con la seconda doglianza la ricorrente ha lamentato la nullità del provvedimento impugnato, che non ha annullato il sequestro fondato su documenti acquisiti illegalmente e come tale inutilizzabili. L'ordinanza impugnata – secondo la società ricorrente – avrebbe dovuto annullare il decreto di sequestro probatorio dei documenti ottenuti attraverso l'accesso abusivo al sistema informatico. Difatti, i documenti dovrebbero essere distrutti e comunque sarebbero inutilizzabili quali prove perché assunte in violazione dei principi costituzionali di inviolabilità del domicilio e segretezza della corrispondenza.

Infine, la ricorrente lamenta col terzo motivo l'omessa valutazione della natura meramente esplorativa

del decreto di sequestro probatorio, l'omessa autonoma valutazione del nesso di pertinenzialità tra le cose sequestrate e il reato per cui si procede e la

finalità probatoria del medesimo.

La Corte di cassazione ha ritenuto infondati i motivi di ricorso.

Secondo i giudici, la Guardia di Finanza, nel corso dell'attività amministrativa, può procedere ad ispezioni documentali, verificazioni, ricerche e ad ogni altra rilevazione ritenuta utile e i risultati di tale attività possono sempre essere utilizzati quale *notitia criminis* e per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte dirette, a prescindere dalla regolarità formale della loro acquisizione. L'obbligo di rispettare le garanzie del codice di procedura penale sorge solamente allorquando emergano indizi per attribuire rilevanza penale al fatto.

Nel caso di specie, l'acquisizione dei dati informatici, ivi compresi quelli della società olandese, è avvenuta a seguito del legittimo esercizio dei poteri di polizia amministrativa conferiti dalla legge alla Guardia di Finanza. Una volta estratti tali dati, i militari hanno trasmesso all'Autorità giudiziaria l'informativa della notizia di reato per l'apertura del procedimento penale. Sul punto occorre infatti rilevare che i militari della Guardia di Finanza svolgono, al contempo, funzioni di polizia amministrativa e di polizia giudiziaria nelle materie di loro competenza.

Osservano, in conclusione, i giudici che il decreto di sequestro, oltre all'indicazione della violazione dell'art. 5 del D.Lgs. n.74/2000, è sorretto dalla motivazione della necessità di sottoporre a sequestro il materiale informatico selezionato dalla Guardia di Finanza perché utile a verificare l'ipotesi accusatoria formulata, in quanto idoneo ad accertare i legami tra la società italiana e quella olandese e appurare la commissione del reato ipotizzato di omessa presentazione delle dichiarazioni fiscali.

Ebbene, la sentenza della Corte di cassazione risulta interessante per due ragioni: da una parte, perché evoca il fondamento giuridico dei poteri di polizia tributaria di cui è titolare l'Amministrazione finanziaria, tratteggiandone il corretto esercizio in una peculiare casistica qual è quella affrontata nel caso in esame, e, dall'altra, perché richiama l'imprescindibile dovere di applicare le garanzie del codice di procedura penale all'emergere, nel corso dell'attività amministrativa, di indizi di reato.

Nella presente nota, dopo avere delineato la disciplina degli accessi, ispezioni e verifiche, ci si soffermerà sulle garanzie procedurali da assicurare quando nel corso della verifica fiscale emergano indizi di reato e debbano essere compiuti atti necessari per assicurare le fonti di prova.

2. Il potere dell'Amministrazione finanziaria di eseguire ispezioni documentali.

L'art. 33, comma 1, del D.P.R. n. 600/1973, che rimanda alle disposizioni di cui all'art. 52 del D.P.R. n. 633/1972, attribuisce all'Amministrazione finanziaria il potere di eseguire accessi, ispezioni e verifiche. Questa ha dunque il potere di procedere all'ispezione di tutti i documenti dell'impresa verificata, ivi compresi quelli la cui tenuta e conservazione non sono obbligatorie. Il comma 4 del citato art. 52, nello stabilire tale potere, precisa che l'attività può estendersi alla documentazione che si trova nei locali in cui l'accesso viene eseguito o che risulta accessibile «tramite apparecchiature informatiche installate in detti locali».

La conseguenza applicativa della disposizione da ultimo citata è che l'Amministrazione finanziaria può procedere all'ispezione provvedendo all'estrazione della documentazione ritenuta utile ai fini della verifica, anche accedendo al server dell'impresa, a prescindere dalla circostanza che tale accesso abbia luogo da remoto e che il server si trovi presso soggetti terzi non direttamente coinvolti nell'attività di controllo. Ciò che assume importanza è che l'ispezione sia posta in essere accedendo dalle apparecchiature informatiche che sono installate nei locali dell'impresa¹.

Sul punto occorre tuttavia fornire alcune precisazioni.

Il potere di procedere all'ispezione della documentazione informatica non trova alcun limite ove si tratti di sistemi non protetti². Quando, di contro, tale attività presupponga l'impiego di password, le ipotesi prospettabili sono due. Nel caso in cui il contribuente si rifiuti di fornire la password, sarà necessaria l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica, poiché l'accesso al sistema informatico può essere assimilato ad un'apertura coattiva (ex art. 52, comma 3, D.P.R. n. 633/1972)³. Al contrario, qualora il contribuente dia il consenso all'accesso, fornendo la necessaria password, l'ispezione documentale potrà essere condotta anche in carenza della citata autorizzazione. La Corte di cassazione sul punto ha precisato che l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica all'apertura di pieghi sigillati, borse, casseforti e mobili in genere, prescritta dall'art. 52, comma 3, del D.P.R. n. 633/1972, è richiesta soltanto nel caso di apertura coattiva e non anche quando l'attività di ricerca si svolga con la collaborazione del contribuente⁴.

3. L'emersione di elementi di rilevanza penale in sede di indagine tributaria.

Quando nel corso della verifica tributaria emergano indizi di reato, costituisce un obbligo e non una facoltà dei militari della Guardia di Finanza procedere all'esecuzione del sequestro probatorio della documentazione che costituisce corpo del reato o cosa pertinente al reato e, conseguentemente, informare l'Autorità giudiziaria.

L'art. 220 disp. att. c.p.p. dispone che, quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice.

L'importanza dell'art. 220 disp. att. c.p.p. è ravvisabile tanto nella portata, dato che la norma attrae ogni modulo ispettivo di carattere fiscale, quanto nelle implicazioni, posto che la mancata applicazione dei presidi di garanzia propri del procedimento penale è potenzialmente nefasta per gli atti compiuti nel corso dell'istruttoria, che potrebbero essere colpiti dalla sanzione dell'inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Occorre tuttavia precisare che il presupposto di operatività della norma non è rappresentato dalla sussistenza di elementi certi in ordine all'ipotesi di reato, ma dalla mera possibilità di attribuire rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata⁵.

La giurisprudenza a tal proposito ha chiarito che per rendere applicabile l'art. 220 disp. att. c.p.p. non occorre che sia stata già raggiunta la prova del superamento delle soglie di punibilità previste dal D.Lgs. n. 74/2000, ma è sufficiente che vi sia una concreta probabilità che la stesse possano essere superate⁶. Difatti, se si dovessero attendere i risultati dell'attività ispettiva per valutare se vi sia stato o meno il superamento della soglia di punibilità, la conseguenza sarebbe che per i reati tributari che prevedono una tale soglia non dovrebbero mai essere adottate le modalità previste dall'art. 220 disp. att. c.p.p.

Sul tema sono tuttavia necessarie ulteriori precisazioni.

La sentenza n. 24307/2017 della Sez. III della Corte di cassazione, nel ribadire l'indiscussa necessità che

all'insorgere di indizi di reato, a pena di inutilizzabilità, vengano osservate le disposizioni del codice di rito e che ciò debba avvenire soltanto per il compimento degli atti necessari all'assicurazione delle fonti di prova ed alla raccolta di quant'altro necessario per l'applicazione della legge penale, ha ulteriormente definito gli effetti della norma di raccordo tra attività amministrativa e di indagine penale. I giudici hanno infatti chiarito che «*se le forme del codice di procedura penale devono essere osservate soltanto ove si faccia luogo al compimento degli atti necessari alla raccolta ed all'assicurazione delle fonti di prova, ciò significa che ogni qual volta non si debba fare luogo all'espletamento di atti garantiti, non è necessario osservare le norme del codice di rito*». Conseguentemente, se sussiste la necessità di procedere all'esecuzione di atti garantiti, ciò deve trovare sostanza ai sensi dell'art. 114 disp. att. c.p.p., a mente del quale «*nel procedere al compimento degli atti indicati nell'art. 356 [c.p.p.], la polizia giudiziaria avverte la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia*». La Suprema Corte conclude quindi il ragionamento affermando che l'art. 114 disp. att. c.p.p. impone l'avviso del diritto all'assistenza del difensore solo ed esclusivamente nel caso in cui si proceda al compimento di uno degli atti indicati dall'art. 356 c.p.p., il quale, a sua volta, stabilisce che il difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini ha facoltà di assistere, senza diritto di essere preventivamente avvisato, agli atti previsti dagli artt. 352 (perquisizioni) e 354 (accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone e sequestro), oltre che all'immediata apertura del plico autorizzata dal pubblico ministero, a norma dell'art. 353 comma 2 c.p.p., rappresentando questa una elencazione tassativa, non inclusiva, genericamente, delle attività ispettive di carattere fiscale⁷.

La più risalente sentenza della Cassazione, Sez. III, 17 giugno 2014, n. 27682, collocandosi nel medesimo e consolidato solco interpretativo, ha rilevato come il mero accertamento documentale effettuato sulla base di documentazione già in possesso degli uffici non costituisce presupposto, in presenza di indizi di reato, per l'applicazione dell'art. 220 disp. att. c.p.p., dato che l'attività posta in essere (accertamento documentale) non implica il compimento di uno degli atti indicati dall'art. 356 c.p.p.

4. Osservazioni conclusive.

Le condivisibili conclusioni alle quali perviene la Corte con la sentenza n. 24885/2021 dissipano ogni controversa interpretazione in ordine al peculiare caso in cui l'Amministrazione finanziaria debba svolgere attività ispettive su documentazione informatica conservata in server fisicamente posti al di fuori dei locali aziendali, ma dagli stessi accessibili tramite apparecchiature ivi installate.

La sentenza, inoltre, conferma il pacifico orientamento in virtù del quale la Guardia di Finanza, anche nel corso di attività ispettive di natura tributaria, quando emergano indizi di reato, deve esercitare poteri di polizia giudiziaria, compiendo tutti gli atti necessari per assicurare le fonti di prova, sebbene i contorni della vicenda penale, nel preciso momento, possano non essere completamente definiti e i fatti accertati debbano essere oggetto di ulteriori approfondimenti⁸.

In definitiva, la Guardia di Finanza, nell'esercizio dei poteri di polizia tributaria, può legittimamente

acquisire da remoto, tramite apparecchiature informatiche installate nei locali dell'impresa sottoposta a verifica fiscale, documentazione conservata nel server di una società con sede all'estero, senza incorrere in condotte abusive. Tale documentazione può essere oggetto di sequestro probatorio ed essere conseguentemente utilizzata nel procedimento penale per dimostrare l'ipotesi accusatoria formulata e, in specie, per accertare i legami tra la società italiana e quella straniera e le relative modalità di commissione del reato⁹.

Giuseppe Dell'Anna

Tenente Colonnello della Guardia di Finanza.

Livio Gucciardo

Maresciallo Ordinario della Guardia di Finanza.

¹ Per una lettura critica della disposizione vgs. S. Stufano, *La tutela del contribuente nelle indagini tributarie*, Milano, 2015, p. 122.

² Cfr. circolare Agenzia delle Entrate del 19 ottobre 2005, n. 45/E.

³ Va rammentato che nella tutela costituzionale del domicilio viene fatta rientrare anche la nozione di domicilio informatico.

⁴ Cfr. Cass., Sez. V, 19 gennaio 2021, n. 737; Cass., Sez. V, 4 ottobre 2018, n. 24306, in *Dir. e prat. trib.*, n. 5/2019, p. 2108, con nota di T.C. Manigrasso, *La rilevanza del consenso dell'avente diritto nelle attività d'indagine irritualmente esercitate*, in cui si afferma che l'acquisizione di documentazione custodita all'interno di una borsa rinvenuta in sede di verifica fiscale, laddove l'apertura della stessa sia avvenuta con l'autorizzazione di un dipendente dell'impresa presente durante la verifica, deve ritenersi legittima.

⁵ Cass., Sez. III, 16 luglio 2019, n. 31223.

⁶ Cass., Sez. III, 3 febbraio 2015, n. 4919.

⁷ Cfr. anche Cass., Sez. III, 8 novembre 2018, n. 50657; Cass., Sez. III, 20 settembre 2016, n. 38858; Cass., Sez. III, 20 luglio 2016, n. 31004.

⁸ Cass., Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 20358.

⁹ Cfr. anche Cass., Sez. III, 24 marzo 2021, n. 11207, in *Il Fisco*, n. 17/2021, p. 1671 ss., con commento di G. Dell'Anna – L. Gucciardo, *La Guardia di Finanza può ispezionare da remoto la documentazione conservata nel server di una società estera*.

Distorsioni applicative della sospensione feriale dei termini processuali nei procedimenti per reati di criminalità organizzata.

di **E. Lorenzi**

Il presente contributo trae spunto dall'ordinanza emessa dal G.u.p. presso il Tribunale di Milano in data 18 gennaio 2021 - con la quale è stata decisa l'eccezione difensiva di inutilizzabilità degli atti raccolti oltre la scadenza dei termini di durata massima delle indagini preliminari - e si pone l'obiettivo di far luce sulla corretta portata da annettere alla nozione di "*procedimenti per reati di criminalità organizzata*" impiegata dall'art. 2, comma 2, della L. 742 del 1969 per derogare alla regola ordinaria della sospensione feriale dei termini processuali.

Sommario. 1. Premessa. – 2. La Legge n. 742 del 1969 istitutiva della sospensione feriale dei termini processuali e le sue successive modifiche. – 3 Sul concetto di "*criminalità organizzata*" – 4. La portata applicativa della locuzione "*procedimenti per reati di criminalità organizzata*" secondo la più recente giurisprudenza. – 5. L'ordinanza in commento. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

La previsione di termini di durata massima delle indagini preliminari, segnatamente disciplinati dagli artt. 405 – 407 c.p.p., costituisce uno dei tratti più peculiari dell'attuale sistema processuale penale.

Il legislatore del 1988, in netta rottura con il passato, ha imposto limiti temporali alla fase investigativa¹, allo spirare dei quali il pubblico ministero è chiamato a scegliere tra due opzioni deliberative perfettamente antitetiche e speculari²: l'esercizio dell'azione penale o la richiesta di archiviazione (azione o inazione, delle due l'una).

Di tale parallelismo sistematico gli articoli 50 e 405 c.p.p. rappresentano la più nitida espressione.

Sebbene la novità introdotta con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito non sia andata esente da critiche³, la scelta di scandire temporalmente i tempi procedurali è stata giustificata dalla "*necessità di imprimere tempestività alle investigazioni e di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato*"⁴.

Tanto, in ragione della finalità ultima dell'attività inquirente che "*lungi dal riprodurre quella funzione "preparatoria" del processo che caratterizzava la fase istruttoria*" nel codice Rocco, "*è destinata unicamente a consentire al p.m. di assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*"⁵.

La chiusura delle indagini preliminari segna, pertanto, il crinale tra la fase "procedimentale" e quella propriamente "processuale" innescata dall'organo d'accusa mediante l'esercizio l'azione

penale compiuto attraverso la formulazione dell'imputazione.

Il limite temporale imposto al pubblico ministero nel segmento "pre-processuale" non impedisce al predetto di seguire nella ricerca di elementi di prova anche oltre la scadenza dei tempi imposti dagli artt. 405 e 407 c.p.p.⁶.

Così, nei casi in cui la prosecuzione dell'attività d'indagine si renda necessaria ai fini della decisione sull'eventuale richiesta di rinvio a giudizio, il pubblico ministero sarà tenuto a richiedere una dilazione del termine ultimo per il compimento dell'indagine, nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 406 c.p.p.

Solo in presenza di un provvedimento autorizzativo del G.i.p., chiamato a vigilare sulla tempestività e sulla sussistenza dei requisiti sostanziali dell'istanza di proroga, le risultanze investigative raccolte oltre i termini di durata massima delle indagini sfuggiranno alla sanzione della inutilizzabilità prevista ex art. 407, comma 3, c.p.p.⁷.

Fuori dai casi di proroga, l'art. 405 c.p.p. contempla indagini oltre i termini, nella misura stabilita dall'art. 415 bis, comma 3 e ss., c.p.p., overosia nella sola eventualità in cui il supplemento investigativo venga sollecitato dalla difesa dell'indagato. In tal caso, anche se i termini di fase sono spirati, il p.m. richiesto dalla difesa, potrà svolgere indagini fuori termine con piena utilizzabilità degli elementi raccolti⁸.

Venendo al quadro positivo, l'art. 405, comma 2, c.p.p. fissa, in via "ordinaria", la durata massima delle indagini preliminari in mesi sei. Tale scadenza è

estesa a un anno quando si procede per una serie di reati elencati dall'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p.⁹. I limiti cronologici dianzi richiamati possono essere ampliati, in caso di proroga, sino a diciotto mesi nella prima ipotesi, fino a due anni nella seconda. In entrambi i casi, il decorso del tempo è calcolato a partire dalla data di iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito nel registro delle notizie di reato¹⁰.

2. La Legge n. 742 del 1969 istitutiva della sospensione feriale dei termini processuali e le sue successive modifiche.

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, è opportuno ora concentrare l'attenzione sull'ipotesi di sospensione dei termini di durata massima delle indagini preliminari nel periodo c.d. feriale - *compreso tra l'1 e il 31 agosto di ciascun anno* - e, in particolare, sulla disciplina derogatoria prevista per i *“procedimenti per reati di criminalità organizzata”*.

La normativa specifica sulla sospensione feriale dei termini processuali è stata introdotta con L. n. 742 del 1969. Successivamente, il D.L. n. 193 del 20 luglio 1990 (recante *“Nuova disciplina della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale in materia penale”*), nell'introdurre l'art. 240-bis tra le norme di attuazione al codice di procedura penale, ha conseguentemente disposto (con l'art. 1, comma 1) la modifica dell'art. 2 della predetta legge istitutiva. Con successivo D.L. n. 306 dell'8 giugno 1992 (recante *“Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”*), convertito con modificazioni dalla L. n. 356 del 7 agosto 1992, il legislatore ha modificato nuovamente la L. n. 742 del 1969 disponendo (con l'art. 21-bis) l'introduzione di un nuovo comma (dopo il comma 1) all'art. 2.

Per quanto qui d'interesse, quindi, l'art. 2 della L. n. 742 del 1969 (oggi in vigore) dispone che: *«In materia penale la sospensione dei termini procedurali, compresi quelli stabiliti per la fase delle indagini preliminari, non opera nei procedimenti relativi ad imputati in stato di custodia cautelare, qualora essi o i loro difensori rinunzino alla sospensione dei termini. La sospensione dei termini delle indagini preliminari di cui al comma 1 non opera nei procedimenti per reati di criminalità organizzata»*.

Come chiarito dalla Corte Suprema di Cassazione, con la novella del 1992 *«il legislatore ha inteso impedire che si fermino durante il periodo feriale i*

procedimenti concernenti condotte criminali che suscitano particolare allarme nell'opinione pubblica, perché incentrate sull'esistenza di “apparati organizzativi di rilievo”, ove l'elemento strutturale, posto al servizio di progetti delinquenziali comprendenti una pluralità di reati, assume importanza preminente rispetto alla condotta dei singoli soggetti» (cfr. Cass. Pen., Sez. II, 25.11.2015, n. 6321).

In estrema sintesi: la regola generale vuole che il decorso dei termini di durata massima delle indagini preliminari resti sospeso durante il periodo feriale; l'eccezione, al contrario, fa sì che siano sottratti a tale regime i procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata, in relazione ai quali il flusso temporale non si arresta.

La deroga in esame si spiega, quindi, in ragione del generale interesse ad imprimere la massima celerità alla trattazione di quei procedimenti che, stante l'evidente gravità, ingenerano un elevato allarme sociale in quanto afferenti a delitti orbitanti attorno a strutture criminali organizzate.

Stando così le cose, per i summenzionati procedimenti penali l'istituto della sospensione feriale dei termini processuali non opera, con la conseguenza che le indagini - *in assenza di tempestiva richiesta di proroga da parte del p.m.* - devono essere concluse entro i limiti temporali ordinari di sei mesi, previsti dall'art. 405, comma 2, c.p.p. (ovvero di un anno, per i reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p.).

3. Sul concetto di “criminalità organizzata”.

Fatta tale opportuna premessa, occorre ora interrogarsi sul corretto significato da attribuire all'espressione *“procedimenti per reati di criminalità organizzata”* in guisa da definire l'esatta portata applicativa della normativa che in questa sede si analizza¹¹.

Le perplessità insorte circa la giusta valenza da annettere alla clausola contemplata dall'art. 2 della L. n. 742 del 1969 derivavano - e derivano tuttora - dall'assenza, nel nostro ordinamento, di una definizione legale della nozione di *“criminalità organizzata”*.

La polivalenza semantica della predetta locuzione - *cui fa da contraltare l'assenza di una nozione positiva in grado di carpirne le plurime sfaccettature* - induce a ispezionarne l'impiego in altri ambiti¹², nonché ad individuarne il significato in settori scientifici diversi

dal diritto penale (come quello della sociologia, della criminologia o dell'economia).

Prendendo le mosse dall'analisi sociologica, è innegabile la tendenza - *ravvisabile nel linguaggio comune e, spesso, in quello giornalistico* - a sovrapporre la nozione di crimine organizzato al fenomeno mafioso (il più delle volte esteso alle varie declinazioni di 'ndrangheta, camorra, sacra corona unita)¹³.

Tale confusione terminologica finisce per innestare enormi dubbi interpretativi circa l'estendibilità della clausola generale in discorso alle associazioni per delinquere semplici o a fenomeni criminosi (anche a carattere transnazionale) che sempre più si discostano dalla tradizionale idea di "mafia" (qui squisitamente riferita al modello criminale di matrice siciliana).

Il cortocircuito ermeneutico è, senza dubbio, imputabile ad una mancata presa d'atto della dimensione ormai globalizzata del fenomeno del crimine organizzato cui si affianca una sempre maggiore duttilità dello stesso, non più aprioristicamente inquadrabile nel tradizionale schema delinquenziale, sedimentatosi, a livello normativo, nella fattispecie prevista ex art. 416 bis c.p.¹⁴.

I sodalizi criminali al giorno d'oggi operanti in Italia e nel mondo risultano sempre più sganciati da un preciso ambito territoriale di riferimento, ove dovrebbe manifestarsi quella carica intimidatoria e di prevaricazione - di cui parla la norma incriminatrice - tesa a creare una situazione di assoggettamento e omertà sui consociati estranei all'associazione (si pensi al fenomeno delle c.d. mafie delocalizzate).

Conseguenza diretta di tale mutamento del fenomeno mafioso "tradizionale" è la difficoltà applicativa di una norma - l'art. 416 bis c.p. - ormai obsoleta, in quanto non più in grado di descrivere e spiegare il fenomeno nella sua complessità.

Ponendosi, quindi, in una prospettiva criminologica, sembrerebbe più corretto valutare lo schema delinquenziale mafioso (nelle sue diverse estrinsecazioni) quale *species* del *genus* "criminalità organizzata" *tout court*, finendo così per considerare il primo quale forma "peculiare" di manifestazione del secondo.

L'idea di ricondurre ad unità il concetto di "criminalità organizzata", valorizzando i tratti comuni a tutte le forme di organizzazione criminale - vale a dire l'esistenza di una struttura organizzativa; la

segretezza; la finalità di lucro - sembrerebbe coincidere con la linea esegetica adottata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, a sua volta coerente con le direttive tracciate dal diritto internazionale penale convenzionale.

Ed invero, giova ricordare come la Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine organizzato transnazionale e i relativi protocolli adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 15 novembre 2000 e del 31 maggio 2001 (a loro volta ratificati dall'Italia con L. n. 146 del 16 marzo 2006) abbiano fornito un importante contributo da cui partire per ridurre a sintesi il fenomeno, valorizzando i tratti comuni alle varie strutture criminali.

Più precisamente, l'art. 2 della Convenzione utilizza l'espressione "*organized criminal group*" per identificare un «*gruppo strutturato*¹⁵, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi¹⁶ o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale».

La predetta definizione individua, pertanto, un utile riferimento per tentare di distinguere ciò che deve essere ricondotto nel perimetro di operatività della disciplina in deroga alla sospensione feriale dei termini processuali.

4. La portata applicativa della locuzione "procedimenti per reati di criminalità organizzata" secondo la più recente giurisprudenza.

Una esaustiva sintesi del dibattito giurisprudenziale afferente alla portata derogatoria della formula impiegata dal comma 2 dell'art. 2 della L. n. 742 del 1969 è stata offerta dalla sentenza n. 17706 del 2005 delle Sezioni Unite della Cassazione¹⁷ intervenuta a dirimere i contrasti giurisprudenziali insorti tra le sezioni semplici che, vista la scarsità di riferimenti ermeneutici, finivano per dilatare o restringere liberamente l'estensione della nozione di "criminalità organizzata" (e dunque lo spazio di operatività della moratoria dei termini processuali prevista dal capoverso della norma riprodotta dell'art. 240 bis norme att. c.p.p.).

E così, in alcuni casi, l'inclusione dei reati di associazione per delinquere "semplice" nel novero dei delitti di criminalità organizzata appariva quasi ovvia¹⁸; in altre pronunce, al contrario, i giudici di

legittimità comprimavano l'operatività della deroga alla sospensione feriale dei termini limitandola ai reati indicati nella lista prevista ex art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., integrata con l'elencazione contenuta nel comma terzo *bis* dell'art. 51 c.p.p. e nel comma primo *bis* dell'art. 372 c.p.p.¹⁹.

Contribuiva, poi, a creare profonda incertezza, l'elasticità esegetica platealmente esternata da alcune pronunce della Suprema Corte di Cassazione, allorché chiamata a valutare la riconducibilità al *genus* "delitti di criminalità organizzata" dei reati satellite dell'associazione stessa ovvero dei fatti di reato a questa attratti da connessione (ovvero da mero collegamento probatorio), ancorché privi di qualsivoglia carattere tipico dell'agire criminoso organizzato²⁰.

Il problema di fondo che ha reso inevitabile l'intervento del massimo consesso dalla Cassazione, lo si è detto, coincide con l'essenza di una nozione giuridica unitaria della locuzione "reati di criminalità organizzata" in grado di sciogliere ogni dubbio circa la riconducibilità di qualsivoglia fattispecie criminosa all'interno della predetta categoria.

A tale manifesta carenza di tassatività, la giurisprudenza maggioritaria (cui hanno ritenuto di dover aderire le Sezioni Unite del 2005) ha posto rimedio accedendo ad una interpretazione estensiva di carattere criminologico-teleologico, tendente a valorizzare l'aspetto finalistico dell'espressione utilizzata dal legislatore²¹. Quest'ultima è infatti tesa a far rientrare nel proprio spettro applicativo le attività delittuose più disparate purché poste in essere da una pluralità di soggetti che abbiamo istituito una struttura organizzativa volta alla commissione di reati²².

È, dunque, il predominante rilievo dell'apparato organizzativo rispetto all'apporto causale del singolo individuo a giustificare la deroga alla disciplina ordinaria, tenuto conto del particolare allarme sociale che l'operatività di tali sodalizi ingenera nella collettività.

In linea con tale assunto, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato che «*in tema di sospensione dei termini processuali in periodo feriale, il disposto del secondo comma dell'art. 2 della legge n. 742 del 1969, introdotto dall'art. 21 bis del D.L. n. 306 del 1992 e riprodotto dall'art. 240 disp. att. c.p.p., deve intendersi riferibile non solo ai reati di criminalità mafiosa ed assimilata e ai delitti associativi previsti da norme incriminatrici speciali,*

ma anche a qualsiasi tipo di "associazione per delinquere", ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con l'ovvia esclusione del mero concorso di persone nel reato» (Cass. pen., Sez. Un., 22.03.2005, n. 17706, Petrarca e altri, orientamento recentemente confermato dalle sentenze Cass. pen., Sez. II, 14.01.2020, n. 6996; *ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. III, 18.06.2015, n. 36927).

Sulla scia di tale pronuncia, i Giudici della seconda sezione hanno successivamente precisato che «*la deroga alla sospensione nel periodo feriale dei termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, prevista dall'art. 240 bis, comma secondo, disp. coord. cod. proc. pen., per i reati di criminalità organizzata, non presuppone l'esistenza di uno "status custodiale" e riguarda non solo i procedimenti aventi ad oggetto reati di criminalità mafiosa ed i delitti associativi previsti da norme incriminatrici speciali, ma anche qualsiasi tipo di associazione per delinquere ex art. 416 bis cod. pen., correlata alle attività criminose più diverse, aventi il requisito dell'organizzazione»* (Cass. pen., Sez. II, 25.11.2015, n. 6321).

5. L'ordinanza in commento.

L'ordinanza che qui si commenta, emessa dal G.u.p. presso il Tribunale di Milano²³, ritrae un lampante esempio di applicazione distorta della normativa sulla sospensione feriale dei termini in relazione ad un procedimento penale per reati di criminalità organizzata.

Nel caso di specie, la *regiudicanda* afferiva ad una ipotesi di associazione per delinquere transnazionale volta alla commissione di una serie di reati tributari e di riciclaggio.

Oltre al reato associativo di cui all'art. 416 c.p., si procedeva per le fattispecie previste ex art. 2 d.lgs. 74/2000, per quella di riciclaggio prevista ex art. 648 bis c.p. e per una ipotesi di bancarotta fraudolenta, contestata agli amministratori di una delle società successivamente fallita e coinvolta - *secondo la tesi d'accusa* - nel giro di false fatturazioni.

Assumeva la difesa di uno degli imputati come il procedimento penale in questione rientrasse a pieno titolo tra le ipotesi in deroga al regime di sospensione feriale dei termini al tempo vigente, essendo stato il nominativo del proprio assistito iscritto *ab origine* per il reato di cui all'art. 416 c.p., con la conseguenza che la richiesta di proroga avanzata dal Pubblico Ministero risultava tardiva, in quanto presentata in un momento in cui le indagini

preliminari avrebbero dovuto essere già concluse, essendo ormai spirato il termine di sei mesi previsto dall'art. 405 del codice di rito. Concludeva quindi il difensore che, ai sensi dell'art. 407, comma 3, c.p.p., il giudice avrebbe dovuto dichiarare l'inutilizzabilità di tutti gli atti di indagine compiuti successivamente alla scadenza del termine di sei mesi fissato per il compimento delle indagini preliminari.

A scioglimento della riserva assunta rispetto all'eccezione sollevata prima dell'apertura dell'udienza preliminare – *e formulata nei termini dianzi richiamati* - il Giudice procedente - *dopo aver positivamente risolto la questione afferente al termine di durata massima delle indagini preliminari in relazione al reato di associazione per delinquere semplice nei casi in cui non risulti previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (precisamente individuato in mesi sei)* - così concludeva: «dal combinato disposto delle norme citate, si evince dunque che il termine di durata delle indagini è di sei mesi in relazione al reato di associazione per delinquere, salvo che nei casi in cui questa sia diretta alla commissione dei reati previsti dall'art. 380, comma secondo, lett. a) b) c) d) f) g) ed i) c.p.p., e sia quindi obbligatorio l'arresto in flagranza. Ne consegue che, nel caso di specie, in relazione al reato associativo come pure per gli altri reati contestati, il termine di durata minima delle indagini era fissato in mesi sei decorrenti dal 20.6.2017, data della iscrizione dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.. Considerato altresì che per il reato associativo non opera la sospensione feriale dei termini d'indagine (come previsto dall'art. 240 bis disp. att. c.p.p.), risulta pertanto tardiva la richiesta di proroga avanzata al GIP in data 12.01.2018 – che è invece tempestiva rispetto agli altri reati contestati al [omissis], con la conseguenza che deve dichiararsi l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo il 20.12.2017, relativamente però al solo reato associativo».

In altri termini, pur riconoscendo il mancato rispetto della deroga alla moratoria dei termini d'indagine, il giudice riteneva di dover separare le diverse contestazioni, dichiarando la tardività della richiesta di proroga (e, per l'effetto, l'inutilizzabilità degli atti raccolti successivamente allo spirare del termine ultimo d'indagine) con esclusivo riferimento al reato associativo. Per tutti gli altri reati (allo stesso connessi) dichiarava la non operatività della disciplina derogatoria, con la conseguenza che, in relazione a questi ultimi, il compendio investigativo

raccolto risultava pienamente utilizzabile essendo intervenuta tempestivamente la richiesta di proroga dei termini d'indagine.

6. Riflessioni conclusive.

La soluzione interpretativa resa dal G.u.p. presso il Tribunale di Milano, ad avviso di chi scrive, non può essere condivisa in quanto finisce per snaturare la portata applicativa della disciplina derogatoria prevista in tema di sospensione feriale dei termini procedurali dettata dall'art. 2 cpv della L. n. 742 del 1969, come riprodotto nell'art. 240 bis norme att. c.p.p.

Occorre anzitutto osservare come la norma in esame parli di “*procedimenti per reati di criminalità organizzata*” e non semplicemente di “*reati di criminalità organizzata*”, né tantomeno di reati di “*associazione per delinquere*”.

Ciò induce a ritenere che la predetta locuzione debba necessariamente riferirsi all'intera contestazione, comprensiva di tutti i reati per i quali si procede, in quanto connessi ad una ipotesi delittuosa associativa (sia essa “semplice” o a carattere “mafioso”).

Tale conclusione discende dalla corretta identificazione di ciò che deve essere inteso tecnicamente come “procedimento”.

Mutuando i recentissimi insegnamenti delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione²⁴, indirettamente chiamate a dirimere la questione interpretativa sul concetto di “*procedimento diverso*” (seppur in relazione alla differente tematica dal divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni telefoniche ai sensi dell'art. 270 c.p.p.), non si può far altro che prendere le distanze da quegli arresti giurisprudenziali – *stigmatizzati dalle Sezioni Unite* – che finivano per avvalorare il dato meramente formale del concetto di “procedimento” (in quanto connotato da un determinato numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato)²⁵, ovvero per assimilare il medesimo alla singola ipotesi criminosa secondo l'equazione “procedimento=reato”²⁶.

Contrariamente a tali soluzioni ermeneutiche, in ossequio ai principi di diritto espressi dalle Sezioni Unite Taricco²⁷, l'esistenza di una connessione “forte”, ex art. 12 c.p.p., tra i fatti di reato oggetto di contestazione permette di ricondurre ad unitarietà la *regiudicanda* afferente a ciascuna ipotesi criminosa, consentendo di ritenere i singoli addebiti

originariamente avvinti - *sulla scorta di un criterio attributivo della competenza autonomo e originario, al pari di quello "per territorio" e/o "per materia"* - in un unico "procedimento"²⁸.

Stando così le cose, è ragionevole ritenere che il termine di durata massima per il compimento dell'attività investigativa, nei "*procedimenti per reati di criminalità organizzata*", debba essere individuato in maniera unitaria per l'intera indagine, non potendosi effettuare differenziazioni in relazione alle singole fattispecie di reato contestate.

Diversamente opinando, applicando la deroga alla sospensione feriale dei termini alla sola fattispecie associativa, si finisce per pregiudicare la finalità perseguita dal Legislatore, il quale, come detto, ha inteso riconoscere priorità di trattazione a procedimenti particolarmente delicati in quanto afferenti all'operatività di sodalizi criminali strutturati²⁹.

L'esegesi della norma proposta dal G.u.p. presso il Tribunale di Milano, offre lo spunto per una ulteriore riflessione: *Quid iuris* se uno dei reati connessi alla fattispecie associativa dovesse rientrare nel catalogo dei delitti previsti ex art. 407, comma 2, lett. a), e quindi, prevedere un termine d'indagine di un anno (e non di sei mesi)?

E ancora, cosa accadrebbe, se lo stesso delitto di cui all'art. 416 c.p. dovesse rientrare nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza (come previsto ex art. 407, comma 2, lett. a) n. 7) e, dunque, il termine per indagare fosse di un anno, mentre per gli altri reati allo stesso connessi il termine ultimo fosse di soli sei mesi?

Applicando a tale seconda ipotesi il ragionamento seguito dal Giudice che ha emesso l'ordinanza in commento, si perverrebbe ad un risultato manifestamente inaccettabile: la richiesta di proroga effettuata a distanza di un anno dall'iscrizione della notizia di reato risulterebbe tempestiva per il solo reato associativo, con la conseguenza che tutti gli atti raccolti dopo i primi sei mesi non sarebbero utilizzabili per la prova dei fatti di reato allo stesso connessi.

È evidente che una simile soluzione interpretativa non può essere condivisa in quanto, se accordata, finirebbe per compromettere inesorabilmente gli sforzi investigati profusi dall'Autorità inquirente, svilendo, peraltro, la portata applicativa dell'art. 240 bis disp. att. c.p.p.

Ed allora, se si vuole evitare di incorrere in una simile stortura, si rende necessario attribuire "forza trainante" alla fattispecie di reato, tra quelle connesse, in relazione alla quale risulta più lungo il termine per indagare.

Così facendo, si ricondurrebbe correttamente *ad un unicum* il termine dell'indagine, in linea con quanto previsto dalla *littera legis*, sul presupposto che la stessa afferisca ad un solo e inscindibile "*procedimento per reati di criminalità organizzata*".

Emilio Lorenzi

Avvocato del Foro di Pescara.

¹ Sul punto si veda A. BERNARDI, Sub. art. 405 c.p.p., in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARO, IV, Torino, 1990, p. 507 e ss.

² Esprime chiaramente il concetto G. GIOSTRA, in *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 1994, p. 3, laddove osserva che i due atti (richiesta di archiviazione e di rinvio a giudizio) si dividono lo «spazio decisionale del p.m. rispetto ad una notizia di reato, secondo un criterio di stretta complementarietà, per cui è possibile definire l'una come la negazione dell'altra». Si vedano, altresì, O. DOMINIONI, Sub art. 50 c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, coordinato da E. AMODIO - O. DOMINIONI I, p. 287; V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 1280-81; G. LOZZI, *Il nuovo processo penale dopo il primo anno di applicazione: preoccupazioni fondate e preoccupazioni inconsistenti*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 638.

³ A riguardo F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 815-816, secondo il quale «*Spira garantismo inquisitorio nei termini ex art. 405-407 (scaduti i quali l'atto tardivo risulta sterile): non è chiaro perché siano imposti al lavoro extraprocessuale [...] I codificatori, dunque, hanno imposto limiti temporali alle indagini. Nata da un garantismo bigotto, l'idea sviluppa meccanismi alquanto mostruosi: il giudice sorveglia le mosse strumentali all'azione. Se l'indagante vuol seguire, gli chiedi un permesso; può darsi che lui, arcigno, lo neghi; e così quando l'altro voglia rimettere le mani sul caso archiviato [...]. Non era un istituto perfettibile, come molti: bisognava disfarsene; ma risponde a ideologie pseudogarantistiche in voga*». Sulla scia di tali considerazioni si veda G. GIOSTRA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 540 ss., secondo il quale la disciplina dei termini di durata delle indagini preliminari risulta «*priva di giustificazione per un processo accusatorio caratterizzato dall'irrelevanza probatoria dell'attività investigativa*». In termini

critici si esprime anche G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 166. Di diverso avviso, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 198, il quale osserva come i termini processuali servano a «*circoscrivere ingiustificate dilatazioni, anche "quantitative", della fase preliminare, pena, altrimenti, una trasformazione completa del senso e del significato del nuovo modello processuale*» dal momento che «*solo se si riescono a mantenere le indagini preliminari in termini limitati, come "spessore", funzione, "peso" e anche durata, allora il nuovo modello potrà funzionare*».

⁴ C. Cost. n. 174 del 1992, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1756.

⁵ C. Cost. n. 48 del 1993, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1642.

⁶ Diverso discorso vale con riferimento all'attività investigativa suppletiva (*successiva alla richiesta di rinvio a giudizio*) e/o integrativa d'indagine (*successiva all'emissione del decreto che dispone il giudizio*), compiuta ai sensi degli artt. 419, comma 3, e 430 c.p.p., che, come noto, accordano a tutte le parti la possibilità ricercare elementi di prova a seguito dell'emissione dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p.

⁷ Osserva A. BERNARDI, Sub. art. 407 c.p.p., in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, IV, Torino, 1990, p. 523, come tale inutilizzabilità «*operi a posteriori vietando l'acquisizione dell'atto tardivamente compiuto, e a priori, costituendo una remora allo svolgimento di indagini fuori termine*».

⁸ Sul punto, molto efficacemente, F. CASSIBBA, *Richiesta di interrogatorio ex art. 415-bis comma 3 c.p.p. e rinuncia tacita alla sospensione feriale dei termini*, nota a *Cass. pen.*, Sez. V, 30.09.2002, n. 32363, in *Cass. pen.*, 2004, fasc. 2, pp. 602-610.

⁹ Secondo P. L. VIGNA, *Il processo accusatorio nell'impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 1992, p. 475, la previsione di un termine più esteso in relazione ai delitti, particolarmente gravi, indicati dall'art. 407 comma 2 lett. a) si spiega, non tanto per una presunzione di maggior complessità delle indagini, quanto in virtù della opportunità di offrire al p.m. una finestra temporale più ampia per svolgere l'attività d'indagine prima di dover procedere alla necessaria *discovery* del procedimento (eventualmente mediante una richiesta di proroga ex art. 406 c.p.p.).

¹⁰ Cfr. *Cass. pen.*, I sez., 20.06.2006, Veneziano, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2007, 5, p. 637; *Cass. pen.*, Sez. II, 18.10.2012, n. 150, *CED Cassazione*, 2013.

¹¹ Per una sintesi efficace delle norme di carattere processuale che contemplano la clausola "*delitti di criminalità organizzata*" si veda G. DI CHIARA, *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro It.*, 1999, V, p. 217 ss. Si veda altresì G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 385 ss.; A. SCAGLIONE, *Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 2008, III, 129 ss.

¹² Un resoconto essenziale dei diversi impieghi a livello legislativo per tale definizione è offerto da R. ORLANDI, *Il procedimento penale per i fatti di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. GIOSTRA- G. INSOLERA, Milano, 1995, 86 ss.

¹³ U. SANTINO, *Dalla mafia alle mafie: scienze sociali e crimine organizzato*, 2006, p. 3, secondo il quale «*[i]l termine [mafia] viene usato un po' troppo frettolosamente; esso andrebbe limitato a quelle organizzazioni che condividono alcuni caratteri fondamentali del modello mafioso siciliano*».

¹⁴ Interessanti spunti a riguardo sono offerti M. A. LORUSSO, *Il sottosistema penale per la lotta alla criminalità organizzata*, coordinatore F. VIGANÒ, Milano, Università degli studi di Milano, 2012, Anno Accademico 2010, p. 16, il quale nella tesi di dottorato consultabile al seguente [link](#), osserva come risulti «*sempre meno giustificato ancorare l'analisi criminologica sul crimine organizzato unicamente alla realtà italiana e, tanto meno, alla mafia siciliana o, comunque, al modello criminale su di essa cristallizzatosi. Il secondo vizio prospettico, che deriva dal primo, riguarda una certa confusione tra il piano criminologico (descrittivo) e quello normativo (repressivo). Nell'affrontare l'argomento, infatti, la dottrina criminologica fa riferimento in modo pressoché costante alla lettera di cui all'art. 416 bis c.p. Si avrà modo di ripercorrere la ventennale gestazione di tale innesto nel codice penale nel Capitolo relativo ai delitti associativi. Va qui intanto osservato come non appare troppo sensata la prospettiva assunta in materia da una disciplina che dovrebbe contribuire a modellizzare la realtà criminale per poi fornire validi spunti al legislatore ed anche agli organi della repressione penale piuttosto che contaminare le proprie osservazioni fenomeniche con costante riferimento al dato normativo. In altre parole, il vizio prospettico sta anzitutto nell'aver assunto a punto di partenza un dato normativo che, per sua natura, dovrebbe costituirne il punto di arrivo*».

¹⁵ Lo stesso art. 2 della *Convenzione sul crimine organizzato transnazionale* definisce "gruppo strutturato" «*un gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata*».

¹⁶ Sempre l'art. 2 della *Convenzione sul crimine organizzato transnazionale* qualifica come "reato grave" «*la condotta che costituisce un reato sanzionabile con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni nel massimo o con una pena più elevata*».

¹⁷ *Cass. pen.*, Sez. Un., 22.03.2005, n. 17706, Petrarca e altri, con nota di G. MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2925.

¹⁸ A titolo d'esempio si vedano Cass. pen., Sez. Un., 08.05.1996, n. 12, Giammaria, in Cass. pen., 1996, p. 3587, con la quale, in un procedimento relativo ad una ipotesi di associazione per delinquere finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti, è stata dichiarata la non operatività della moratoria feriale riconducendosi l'ipotesi specifica a quei «*fenomeni di particolare pericolosità sociale*» che, esigendo un tempestivo e improcrastinabile intervento dell'autorità giudiziaria, avevano giustificato l'introduzione della disposizione derogatoria del periodo di sospensione feriale. Si veda anche Cass. pen., Sez. VI, 14.04.1999, Capriati, in Giust. pen. 2000, III, p. 216 e in Cass. pen., 2000, p. 1033, concernente una vicenda in cui venivano contestati una pluralità di reati, tra cui associazione per delinquere, importazione illegittima di armi, detenzione e porto abusivo di armi con lesioni volontarie. In tale occasione la Corte ha finito per considerare la non operatività della sospensione, qualificando l'intero procedimento come relativo a delitti di "criminalità organizzata". Si veda, infine, Cass. pen., Sez. V, 15.03.2001, n. 16866, Mussurici ed altri, in Cass. pen., 2002, p. 1468, con la quale, la Suprema Corte, giudicando un caso relativo ad una fattispecie di associazione per delinquere finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti, ha affermato che «*il riferimento ai reati di "criminalità organizzata" deve essere inteso come riferito non soltanto ai reati di criminalità mafiosa o assimilata, ma anche ai reati di criminalità organizzata di diversa natura, come pure quelli che ad essi risultino connessi*». Nello stesso senso Cass. pen., Sez. I, 31.01.1994, n. 622, Giampaolo e altri, in Arch. Nuova Proc. Pen., 1994, p. 205.

¹⁹ Si veda a riguardo Cass. pen., Sez. VI, 20.04.2004, Sanasi, n. 32838, in cui è stata esclusa dalla nozione di criminalità organizzata una associazione per delinquere finalizzata alla commissione di una serie indeterminata di reati di corruzione e truffa aggravata ai danni del Servizio sanitario nazionale, ritenendo che, ai fini della sospensione dei termini delle indagini preliminari durante il periodo feriale per reati di criminalità organizzata, pur apparendo «*indubbiamente riduttivo circoscrivere tale concetto ai soli delitti di criminalità mafiosa, appare illogico e irragionevole prescindere dall'elencazione contenuta nella lett. a) del comma secondo dell'art. 407 c.p.p., al più integrata da quelle di cui agli artt. 51, comma 3 bis, e 372, comma 1 bis, del codice di rito*». Sulla scia della precedente pronuncia, Cass. pen., Sez. I, 03.02.2005, n. 12136, Rochira e altri, in Arch. Nuova Proc. Pen., 2006, 2, p. 242.

²⁰ Secondo un orientamento più estensivo, la ratio della deroga risiederebbe nella necessità di garantire speditezza alle indagini relative a tutti quei fatti di reato riconducibili (per connessione o per collegamento probatorio) all'operare dell'organizzazione criminosa, con la conseguenza che gli stessi sarebbero attratti e dunque sottoposti alla medesima disciplina processuale. Si veda a riguardo, Cass. pen., Sez. I, 31.01.1994, n. 617, Parisi e altri, in Giust. pen. 1994, III, c. 530 ss., secondo cui, per l'appunto «*anche in considerazione delle finalità perseguite dalla norma eccezionale di cui all'art. 21 bis l. 7 agosto 1992 n. 356 (di accelerazione delle indagini per fatti rientranti nell'orbita di un'organizzazione criminosa, la cui stessa esistenza determina rilevantissimo allarme sociale), la sospensione dei termini procedurali da essa prevista si applica all'intero procedimento interessato che può comprendere anche fatti i quali, allo stato delle indagini, sembrano non inquadarsi nel reato associativo, ma che si rivelino oggettivamente collegati al reato di natura associativa, quanto meno in funzione dell'attività di ricerca delle prove, cosicché - stante l'unicità del procedimento e delle indagini aventi come punto di riferimento un'organizzazione criminosa - deve intendersi che il legislatore non abbia ragionevolmente ritenuto di separare i tempi delle indagini in relazione alla natura associativa, o meno, di reati allo stato ipotizzati a carico di ciascun indagato, consentendone la prosecuzione, nella sua interezza, durante il periodo feriale*». Negli stessi termini, Cass. pen., Sez. VI, 03.04.1995, n. 1264, Grimaldi, in CED Cassazione, 1995. In senso parzialmente difforme, si registrano decisioni protese a circoscrivere la portata derogatoria della norma al solo reato associativo, e dunque tali da escludere la riferibilità della deroga ai procedimenti aventi ad oggetto reati diversi, ancorché riferibili alle attività delle associazioni per delinquere. Si veda a riguardo Cass. pen., Sez. I, 09.12.1992, n. 5086, Trovato, in Cass. pen., 1994, p. 1617, secondo la quale: «*La sospensione feriale dei termini, prevista come regola anche per la fase delle indagini preliminari dall'art. 2 della legge 7 ottobre 1969, n. 742, quale sostituto dell'art. 240-bis del d.l. 28 luglio 1989, n. 271 (disp.att. c.p.p.), è derogata, in base al comma 2 del detto articolo (introdotto dall'art. 21-bis del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, nel testo risultante dalla legge di conversione 7 agosto 1992, n. 356), unicamente quando si tratti di "procedimenti per reati di criminalità organizzata". Alla stregua del letterale tenore di tale disposizione deve quindi escludersi che quest'ultima possa trovare applicazione in procedimenti aventi ad oggetto reati diversi (nella specie trattavasi di omicidio plurimo), ancorché gli stessi risultino comunque riferibili alle attività di associazioni criminali*».

²¹ Si vedano a riguardo Cass. pen., Sez. VI, 7.1.1996, Pacini Battaglia, in Giust. pen., 1998, III, p. 221; Cass. pen., Sez. I, 2.7.1998, Capoccia, n.m.; Cass. pen., Sez. I, 2.7.1998, Ingrosso, n. 3972, in CED Cassazione, 1998, secondo cui «*in tema di intercettazione di comunicazioni o conversazioni disposte a norma dell'art. 13 della legge n. 203 del 1991, la nozione di criminalità organizzata, a cui detta norma si riferisce, deve essere intesa con riguardo alle finalità di quest'ultima, che tende a far rientrare nel suo ambito applicativo le attività criminali più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti i quali, per la commissione di reati, abbiano costituito un apparato organizzativo. (Fattispecie relativa ad un procedimento per il reato di cui all'art. 416 c.p., ritenuto dalla Corte "delitto di criminalità organizzata", sostanziandosi l'associazione per delinquere in una organizzazione di fatto con predisposizione, sia pure rudimentale, di mezzi in concreto idonei alla realizzazione di quel programma criminoso per il quale il vincolo associativo si è instaurato)*».

²² Si veda a riguardo, Cass. pen., Sez. Un., 15.07.2010, n. 37501, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, 12, p. 1416, secondo la quale «Ai fini dell'esclusione della sospensione feriale dei termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, prevista per i procedimenti di criminalità organizzata, [...] rileva soltanto che la contestazione si inserisca nell'ambito di un procedimento di criminalità organizzata, intendendosi per tale quello che ha ad oggetto una qualsiasi fattispecie caratterizzata da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di più reati».

²³ In materia si registra un precedente simile affrontato dal G.u.p. presso il Tribunale di Milano, con ordinanza del 3.3.2016 resa nel proc. pen. n. 56678/13 R.G.N.R.; consultabile al presente [link](#).

²⁴ Il riferimento è qui alla nota sentenza Cass. pen., Sez. Un., 2.01.2020 (ud. del 28.11.2019), n. 51, Cavallo, con la quale il massimo Consesso della Suprema Corte ha affrontato la questione di diritto concernente il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, relativamente alla portata applicativa dell'art. 270 c.p.p.

²⁵ Cfr. a riguardo Cass. pen., Sez. III, 14.04.1998, n. 1208, Romagnolo e altri, in *CED Cassazione*, 1998, secondo cui la diversità di procedimento ex art. 270 c.p.p. viene «ricollegata a dati meramente formali, quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi a due procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato»; cfr., altresì, Cass. pen., Sez. I, 17.12.2002, 2003, n. 2930, Semeraro.

²⁶ Si veda a riguardo Cass. pen., Sez. IV, 11.12.2008, 2009, n. 4169, Mucciarone, in *CED Cassazione*, 2009, secondo cui il concetto di «diverso procedimento» deve essere collegato «al dato dell'alterità o non uguaglianza del procedimento, in quanto instaurato in relazione ad una notizia di reato che deriva da un fatto storicamente diverso da quelli fatto oggetto delle indagini relative ad altro, differente, anche se connesso, procedimento».

²⁷ Cass. pen., Sez. Un., 28.02.2013, n. 27343, Taricco, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8, p. 904.

²⁸ Da ciò discende che le vicende legate alla riunione e alla separazione dei procedimenti non intaccano l'originaria individuazione del giudice competente per connessione ma, semmai, si collocano temporalmente in un momento alla stessa successivo.

²⁹ Ad analoghe conclusioni - seppur in contesti diversi - è giunta la Suprema Corte la quale ha statuito che «nell'ipotesi in cui un soggetto sia indagato, nell'ambito dello stesso procedimento, di un reato per il quale non è prevista la sospensione (nella specie, il reato di associazione per delinquere), e di altri reati connessi per i quali essa invece opera, deve ritenersi non applicabile la sospensione feriale dei termini delle indagini preliminari quando egli proponga un richiesta di riesame solo per la misura coercitiva disposta per il reato per il quale è prevista la sospensione. (cfr. Cass. pen., Sez. II, 09.03.2011, n. 12799).

Il difensore di fiducia domiciliario dell'imputato alloglotto non ha l'obbligo di tradurre gli atti: verso un'interpretazione più garantista del diritto all'assistenza linguistica.

di **F. Rosso**

La presente trattazione si propone di contestualizzare nel panorama normativo e analizzare una recente sentenza in materia di diritto alla traduzione degli atti processuali in favore dell'imputato alloglotto (Cass. pen., Sez. VI, n. 30143/2021).

La pronuncia, pur aderendo a un orientamento minoritario, presenta profili di interesse per la lettura garantista che ne emerge.

Si esamineranno tanto l'evoluzione giurisprudenziale quanto i riferimenti normativi delle garanzie di assistenza linguistica, con lo scopo di saggiare la tenuta del principio di diritto enunciato.

Sommario. 1. Premessa. – 2. La tutela processuale dell'imputato alloglotto: una "eterogenesi dei fini". – 2.1. La normativa antecedente alla novella. – 2.2. La direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti. – 2.3. L'art. 143 c.p.p. vigente e il lacunoso recepimento della direttiva 2010/64/UE. – 3. L'interpretazione rigorosa dell'art. 143 c.p.p. e Cass. pen., Sez. VI, 2 agosto 2021, n. 30143. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Pronunciando su un ricorso proposto avverso la sentenza che confermava in grado d'appello la condanna di un imputato alloglotto, domiciliato presso il difensore di fiducia, la Corte di Cassazione¹ ha ritenuto di accogliere la tesi difensiva, che adduceva la nullità della pronuncia impugnata in ragione della mancata traduzione in lingua cinese del decreto di citazione per il giudizio di appello.

In particolare, nella sentenza in commento si afferma il principio di diritto secondo il quale l'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloglotto, che non si sia reso irreperibile né latitante, sussiste, a pena di nullità ex art. 178, primo comma, lett. c) c.p.p., anche nel caso in cui costui abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia, avendo esso difensore solo l'obbligo di ricevere gli atti destinati al proprio assistito e non anche quello di procedere alla traduzione degli stessi².

Si tratta di un arresto giurisprudenziale meritevole di attenzione per la circostanza di porsi in controtendenza rispetto all'orientamento prevalente in tema di diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti processuali, improntato a un estremo rigore.

Nel dettaglio, l'art. 143 c.p.p. (che disciplina il diritto dell'imputato alloglotto a beneficiare dell'assistenza di un interprete e della traduzione scritta degli atti

processuali) è fatto oggetto di una ermeneusi particolarmente restrittiva, tale che la giurisprudenza non di rado formula ipotesi di esclusione dell'obbligo di traduzione degli atti delle quali non si rinviene il fondamento normativo.

Così, nel caso risolto dalla pronuncia in commento, il giudice di merito aveva ritenuto che l'elezione di domicilio presso il difensore di fiducia fosse idonea a legittimare l'esclusione dell'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloglotto in capo all'autorità procedente; ciò prendendo le mosse dall'assunto secondo cui il difensore di fiducia sarebbe soggetto a un onere di "continua e doverosa informazione" tanto esteso da imporgli financo di procedere alla traduzione degli atti in favore del proprio domiciliato³.

La presente trattazione si propone di illustrare come la sentenza in commento, smentendo il predetto assunto, si collochi nell'alveo di un orientamento interpretativo che, pur minoritario, risulta più condivisibile di quello prevalente, in quanto maggiormente coerente con l'addentellato normativo (sovrnazionale, europeo e ordinario) nonché con l'evoluzione giurisprudenziale che traccia la fisionomia del diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti processuali.

A tale fine sarà utile ripercorrere le vicende che hanno interessato l'art. 143 c.p.p. – dapprima

oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata e poi riformato, su impulso europeo, in senso estensivo – quale precipitato processuale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

Auspiciabilmente, muovendo da siffatta esegesi, e in particolare dal lacunoso recepimento della direttiva 2010/64/UE, si potrà comprendere da un lato il fondamento pratico dell'orientamento restrittivo, dall'altro la tendenziale assenza di fondamenti normativi di tale orientamento, che anzi si pone in aperto contrasto con la natura difensiva e non meramente informativa del diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti processuali in favore dell'imputato allogatto⁴.

2. La tutela processuale dell'imputato allogatto: una "eterogenesi dei fini".

L'art 143 c.p.p., nella sua attuale formulazione⁵, ossia come novellato dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32⁶, rappresenta incontestabilmente un portato dei principi sovranazionali e costituzionali che sanciscono la necessità di una leale evocazione e consapevole partecipazione dell'accusato nel processo a proprio carico.

Vengono in rilievo in particolare l'art. 6, comma 3, lett. e) della CEDU⁷, l'art. 14, comma 3 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici⁸ (di seguito PIDCP), nonché gli artt. 24 e 111 Cost.⁹.

Proprio la valorizzazione delle norme richiamate ha consentito al principio di assistenza linguistica dell'accusato allogatto di acquisire sempre maggiore pregnanza rispetto al "canone base" del diritto all'interprete. In altri termini, si deve a tali spunti normativi l'estensione (già in via giurisprudenziale) del diritto all'assistenza linguistica non solo alle dichiarazioni orali ma anche ai documenti scritti, nell'intento di attribuire massima effettività al valore della consapevole partecipazione al procedimento.

Da ciò si evince che l'inquadramento ordinamentale del diritto di cui all'art. 143 c.p.p. come corollario del diritto costituzionale a una difesa effettiva e a un giusto processo non è né scontato né un dato acquisito, come pure potrebbe sembrare nel contesto attuale: trattasi dell'esito di un travagliato sforzo ermeneutico – recepito dal legislatore in tempi relativamente recenti – rivolto a emancipare l'istituto di cui alla predetta norma dalla propria originaria funzione prettamente organizzativa e informativa¹⁰.

2.1. La normativa antecedente alla novella.

Nella versione previgente alla riforma del 2014, l'art. 143 c.p.p. menzionava unicamente il diritto dell'imputato a beneficiare dell'assistenza di un interprete, non di un "traduttore"¹¹.

Dunque, sulla scorta dell'argomento letterale, la giurisprudenza, nelle prime applicazioni dell'istituto in parola, ha ritenuto che siffatta assistenza fosse garantita soltanto in relazione agli atti orali del procedimento penale¹².

Senonché la dottrina ha da subito evidenziato come un'interpretazione conforme alla CEDU e al PIDCP potesse essere assicurata solo dall'attribuzione di un ruolo difensivo (e non meramente informativo) all'interprete¹³. Ruolo difensivo desumibile dalla circostanza che la norma richiedeva all'interprete di fornire all'imputato non solamente una spiegazione degli atti cui egli partecipava, ma soprattutto gli strumenti per comprendere l'accusa formulata contro di lui.

Ebbene, proprio questa duplice direzione in cui l'assistenza dell'interprete era concepita per esplicarsi chiariva come essa potesse, ove limitata agli atti orali, rivelarsi inidonea a tutelare l'imputato allogatto, essendo costui anche destinatario della notificazione di atti scritti.

Infatti, la garanzia dell'interpretazione in costanza di udienza non poteva che rivelarsi lampantemente ineffettiva, ove attuata a favore di un imputato non in grado di decodificare la citazione notificatagli per la comparizione a tale udienza.

Altresì, l'attività di interpretazione, per la propria natura sincrona, non soddisfaceva la necessità che l'accusa fosse resa comprensibile in un tempo congruo rispetto all'assicurazione del termine a comparire¹⁴.

La presenza di significative incongruenze nel sistema approntato dall'art. 143 c.p.p. ne ha reso imprescindibile una interpretazione costituzionalmente orientata, operata dal giudice delle leggi per la prima volta con la sentenza 12 gennaio 1993, n. 10¹⁵.

In tale contesto la garanzia dell'assistenza linguistica viene qualificata come un diritto soggettivo perfetto e immediatamente azionabile, corollario del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., la cui natura di principio fondamentale impone al giudice un vincolo di interpretazione estensiva per tutte le norme che ne consentono l'effettiva attuazione¹⁶.

Per effetto di tale qualificazione anche il diritto alla traduzione degli atti (oltre a quello all'assistenza dell'interprete) viene riconosciuto come estrinsecazione del diritto di difesa¹⁷ e l'interprete diventa, da mero ausiliario del giudice, soggetto coesistente all'esercizio di siffatto diritto¹⁸.

In altri termini, stante l'affermato carattere generale del diritto all'assistenza linguistica, esso diviene suscettibile di essere esteso, in forma di traduzione, agli atti scritti¹⁹.

Nell'alveo di questa linea di tendenza la Suprema Corte, pronunciando a Sezioni Unite, ammette in prima battuta (con la sentenza c.d. Jakani²⁰) il diritto alla traduzione del decreto di citazione a giudizio.

La sentenza in parola chiarisce altresì, con insegnamento insuperato²¹, che la violazione delle norme sull'assistenza linguistica comporta una nullità generale a regime intermedio²², dunque sanabile purché sollevata entro la conclusione del successivo grado di giudizio, ai sensi degli artt. 178, primo comma, lett. c) e 180 c.p.p.

Successivamente viene ammessa in via giurisprudenziale anche la traduzione dell'avviso di chiusura delle indagini preliminari ex art. 415 bis c.p.p.²³.

Un'ulteriore ed essenziale tappa nel cammino dell'interpretazione estensiva dell'art. 143 c.p.p. ante riforma è rinvenibile nella pronuncia a Sezioni Unite c.d. Zalagaitis; in tale sede la Suprema Corte, nel riconoscere il diritto alla traduzione delle misure cautelari, in linea con la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 1993 definisce la predetta norma una "clausola generale", in grado di garantire il diritto alla partecipazione consapevole dell'accusato con riferimento sia alle esigenze di traduzione degli atti sia all'interpretazione delle fasi orali del procedimento²⁴.

Inoltre, alla pronuncia in parola si deve la costruzione in via pretoria, per il caso della violazione del diritto all'assistenza linguistica, di un sistema di rimedi "flessibile", ossia idoneo ad adattarsi alle esigenze del caso concreto e dunque ad assicurare l'equità del procedimento attraverso il bilanciamento del diritto alla partecipazione consapevole con declinazioni del diritto di difesa di rango pari o superiore²⁵.

Nel dettaglio, si pone in capo al giudice un onere di verifica della conoscenza linguistica dell'accusato, indipendentemente dalle istanze di parte, nonché un obbligo di reazione immediata alla risultanza di una

eventuale incapacità, mediante l'attivazione di rimedi restitutori.

Di talché anche la selezione del rimedio più opportuno dipende dal momento di concreta emersione dell'incapacità.

Per esempio, in tema di misure di cautelari, sorge in capo al giudice l'obbligo di traduzione contestuale all'emissione del provvedimento solo se l'incapacità linguistica si accerta già sulla base degli atti. Se invece tale incapacità emerge successivamente (come in costanza dell'interrogatorio di garanzia), l'atto non risulta nullo ma solo imperfetto, ossia idoneo a produrre effetti, residuando ulteriori soluzioni, quali non soltanto la traduzione scritta "successiva"²⁶ (integrale o parziale), ma anche la traduzione orale a vista (*sight translation*) o la spiegazione del direttore dell'istituto penitenziario ex art. 94, comma 1 bis, disp. att. c.p.p.²⁷.

In ipotesi di mancata ottemperanza all'obbligo di attivare qualsivoglia rimedio restitutorio, il vizio che ricorre è quello della nullità "generale a regime intermedio", la sentenza Zalagaitis espressamente riprendendo il citato precedente Jakani²⁸.

In sintesi: nel "sistema Zalagaitis"²⁹ l'atto si perfeziona ed è valido solo se comprensibile all'accusato; sull'autorità procedente grava l'onere di accertare la conoscenza linguistica di costui; all'esito negativo di tale verifica corrisponde l'immediata insorgenza dell'obbligo di attivare i rimedi restitutori "flessibili" illustrati, altrimenti ricorrendo un vizio di nullità generale a regime intermedio. Ove l'evidenza dell'incapacità linguistica non si riveli tempestivamente e permanga la possibilità di restituire all'accusato la piena conoscenza funzionale a una partecipazione consapevole al procedimento, si assiste invece a una "formazione progressiva"³⁰ dell'atto processuale. Con la reintegra del diritto leso infatti (ad esempio tramite la *sight translation*) l'atto non solo resta immune da vizi ma diviene idoneo a produrre i propri effetti.

A tal proposito, giova sottolineare che proprio la possibilità di postulare una "formazione progressiva" degli atti processuali, vero fulcro della flessibilità del "sistema Zalagaitis", non ha mancato di generare incertezza tra gli interpreti.

Ciò in quanto siffatto meccanismo, pur presentando l'indubbio pregio di limitare le ipotesi di ricorrenza del vizio di nullità (e dunque il connesso rischio di regressione del procedimento) determina una potenziale sovrapposizione tra gli effetti del vizio-

nullità, appunto, e gli effetti di una rimessione in termini.

In altre parole, tanto più nel silenzio della legge in punto di sanzioni connesse alla violazione della normativa sull'assistenza linguistica, la contemplata opzione di un azionamento "tardivo" dei rimedi restitutori³¹ è stata spesso qualificata non come una forma di perfezionamento *ex post* dell'atto, quanto piuttosto come un'attività riconducibile all'istituto della rimessione in termini. Istituto, quest'ultimo, incidente non sulla validità dell'atto, bensì sulla sua efficacia³².

Le illustrate incertezze dimostrano come la mancata individuazione in via legislativa dello specifico vizio affliggente l'atto non rispettoso delle garanzie dell'assistenza linguistica rendesse l'art. 143 c.p.p. nella versione previgente un precetto senza sanzione, creando una lacuna normativa.

Lacuna normativa che non è stata colmata nemmeno dalla riforma attuata dal d.lgs. 32 del 2014.

Il decreto, infatti, non ha adeguatamente recepito la parte della direttiva 2010/64/UE che dispone che gli Stati Membri approntino "secondo le procedure della legislazione nazionale"³³ mezzi di gravame *ad hoc* per impugnare una decisione che dichiari superflua l'interpretazione ovvero per contestare la qualità dell'interpretazione fornita³⁴.

Orbene, proprio la mancata predisposizione di sanzioni e mezzi di impugnazione *ad hoc* per dolersi dell'omessa assistenza linguistica determina la circostanza che, affinché l'accusato alloggiato non resti privo di tutela, l'art. 178, primo comma, lett. c) c.p.p. sia interpretato in senso estensivo, ascrivendo tale omissione al novero dei vizi attinenti all'intervento, all'assistenza e alla rappresentanza dell'imputato.

Da ciò discende la questione sulla proporzionalità o meno dell'istituto della nullità quale conseguenza di una violazione siffatta, interrogativo al quale è connesso il notevole seguito riscosso dall'orientamento restrittivo sul diritto alla traduzione degli atti processuali, da cui la sentenza in commento si discosta³⁵.

2.2. La direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti.

A valle dello sforzo ermeneutico descritto, la direttiva 2010/64/UE costituisce un tassello essenziale nel percorso di positivizzazione del diritto alla traduzione degli atti processuali³⁶.

Giova dunque esaminare, per quanto di interesse³⁷, il contenuto della direttiva, onde meglio comprendere le criticità che il recepimento della stessa presenta e, conseguentemente, le suggestioni che spingono la giurisprudenza prevalente a limitare l'ambito di applicazione dell'art. 143, secondo e terzo comma, c.p.p., che pone l'obbligo di traduzione in capo all'autorità procedente.

La grande innovazione sistematica introdotta dalla direttiva³⁸ risiede nella circostanza che essa, pur riconoscendo in linea teorica un unico diritto – quello all'assistenza linguistica – distingue nettamente le due diverse accezioni che tale diritto può avere a seconda che l'atto processuale abbia natura orale o scritta. Nel primo caso l'accusato ha diritto di essere assistito da un interprete, nel secondo caso ha diritto di ottenere una traduzione scritta dell'atto.

Siffatta differenziazione (pure non sconosciuta anteriormente all'adozione della direttiva) risulta innovativa appunto per la sua nettezza, marcata dalla scelta del legislatore europeo di disciplinare le due facoltà in cui si estrinseca il diritto all'assistenza linguistica in due disposizioni distinte.

Tecnica normativa ritenuta da parte della dottrina più che opportuna³⁹, stanti l'autonomia delle facoltà in parola per un verso e le differenze intercorrenti tra di esse per altro verso.

Infatti, da un lato il diritto all'interpretazione ha natura bidirezionale, "coprendo" il diritto dell'imputato sia a comprendere sia a farsi comprendere (art. 2⁴⁰), dall'altro lato il diritto alla traduzione ha natura unidirezionale, dovendo l'intermediazione scritta essere assicurata solo per gli atti dell'autorità destinati all'accusato (art. 3⁴¹). Ancora, il diritto all'interpretazione è irrinunciabile e insuscettibile di surroga, mentre il diritto alla traduzione risulta rinunciabile (art. 3 § 8⁴²) e surrogabile da una traduzione orale o da un riassunto orale (art. 3 § 7⁴³).

In punto di diritto alla traduzione, la direttiva traccia un distinguo tra "atti necessariamente essenziali", la cui traduzione è obbligatoria (art. 3 § 2⁴⁴) e atti "eventualmente essenziali" (art. 3 § 3), la cui traduzione è facoltativa. Il riferimento agli atti "eventualmente essenziali" è invero concepito come una sorta di clausola residuale il cui azionamento è rimesso alla discrezionalità dell'autorità procedente, ferma la possibilità per l'accusato di presentare istanza debitamente motivata⁴⁵.

Tale scelta risponde all'esigenza di temperare il diritto dell'accusato a una partecipazione consapevole con il diritto a un giusto processo, per tale intendendosi un processo che si concluda in tempi ragionevoli.

Non è chi non veda come la configurazione di un obbligo di traduzione integrale *tout court* degli atti sia idonea a dilatare a dismisura i tempi processuali, a tacere delle implicazioni in termini di costi; per questa ragione la direttiva prevede, oltre alla citata clausola residuale nel verso della facoltatività della traduzione, vari correttivi alla regola generale dell'obbligo.

Un primo correttivo all'obbligo di traduzione è la previsione della possibilità di far luogo a una traduzione (scritta e tuttavia) parziale degli atti del procedimento.

A tal proposito non è superfluo chiarire che, in base alla lettera della direttiva, la traduzione parziale non è predicato esclusivo degli atti "eventualmente essenziali", trattandosi di aspetto non incontrovertito in dottrina⁴⁶.

Un secondo correttivo è rappresentato dalla possibilità di sostituire la traduzione scritta con forme più agili e meno costose di interpretazione. In particolare, si dispone che la traduzione scritta possa essere surrogata dall'interpretazione orale a vista di un testo scritto (*sight translation*) ovvero da una interpretazione orale riassuntiva (*summary sight translation*).

Nell'ottica di flessibilizzare al massimo il sistema si colloca anche la disciplina dell'istituto della rinuncia alla traduzione.

La direttiva regola tale istituto in maniera dettagliata (al punto da essere ritenuta da certa dottrina a effetto diretto *in parte qua*⁴⁷), scorrendosi di una potenziale forma di abdicazione al diritto alla partecipazione consapevole al procedimento.

Ai sensi dell'art 3 § 8, è contemplata espressamente la possibilità per l'accusato di rinunciare alla traduzione alla duplice condizione che egli abbia beneficiato di una consulenza legale, o comunque avuto conoscenza delle conseguenze della rinuncia, e che la rinuncia sia inequivocabile e volontaria. È inoltre previsto che siffatta manifestazione di volontà negativa sia verbalizzata ai sensi dell'art 7 della direttiva⁴⁸.

Non sono disciplinate altrettanto dettagliatamente le forme che la rinuncia potrebbe assumere⁴⁹, nondimeno l'obbligo di verbalizzazione e la

condizione della necessaria previa consulenza legale (più ancora del carattere dell'inequivocità) risultano difficilmente compatibili con ipotesi di rinuncia tacita⁵⁰.

Quanto all'ipotesi della violazione del diritto alla traduzione, in modo del tutto speculare a quanto previsto per il diniego dell'assistenza dell'interprete⁵¹, la direttiva affida agli Stati Membri il compito di assicurare agli accusati il diritto di impugnare una decisione che dichiari superflua la traduzione di documenti o di passaggi di essi nonché, per il caso in cui una traduzione sia stata fornita, di contestarne la qualità⁵².

2.3. L'art. 143 c.p.p. vigente e il lacunoso recepimento della direttiva 2010/64/UE.

Come si è illustrato, il diritto alla partecipazione consapevole presentava nel c.d. sistema Zalagaitis una "geometria variabile", affidando al giudice le valutazioni sull'effettività e sulla gravità della lesione e approntando una tutela "flessibile" fondata su un ampio novero di rimedi restitutori.

All'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, il sistema risulta considerevolmente irrigidito, in ragione di una trasposizione lacunosa della direttiva 2010/64/UE⁵³ che spinge la giurisprudenza maggioritaria a interpretare l'art. 143 c.p.p. in senso restrittivo⁵⁴.

Quanto al diritto all'assistenza di un interprete per le fasi orali del procedimento, poco cambia rispetto alla normativa previgente, salva l'estensione ai colloqui difensivi oltreché alle interlocuzioni tra alloggio e autorità. Non è stata colta l'occasione per garantire la professionalizzazione della figura dell'interprete (e correlativamente del traduttore), poiché, ferma l'istituzione dell'apposito albo, il legislatore ha ommesso di prevedere che la selezione vada operata, quantomeno in via prioritaria, tra i soggetti ivi iscritti⁵⁵.

Quanto al riconoscimento dell'obbligo, in capo all'autorità procedente, di tradurre una serie di atti fondamentali, il decreto ricalca la distinzione operata dalla direttiva tra atti "necessariamente essenziali" a traduzione obbligatoria (art. 143, secondo comma, c.p.p.) e atti "eventualmente essenziali" a traduzione facoltativa, rimessa alla discrezionalità del giudice (art. 143, terzo comma, c.p.p.).

Merita ricordare, per quanto incidentalmente, che tale distinzione solleva in dottrina due profili di contrasto.

Il primo riguarda il carattere tassativo o esemplificativo dell'elenco degli atti a traduzione obbligatoria⁵⁶, il secondo attiene al carattere necessariamente integrale o meno della traduzione per i casi in cui essa sia prevista come obbligatoria, essendo l'opzione della traduzione parziale contemplata espressamente solo per gli atti a traduzione facoltativa⁵⁷.

Nel senso dell'applicabilità della traduzione parziale anche agli atti "necessariamente essenziali" parrebbe deporre la *ratio* diritto alla traduzione.

Nella misura in cui tale istituto svolge la funzione di rendere il soggetto edotto dell'accusa a proprio carico, un ricorso più frequente alla traduzione parziale in luogo di quella integrale difficilmente potrebbe essere letto come un depauperamento della tutela, conferendo invece maggiore flessibilità al sistema e dunque incrementando l'effettività del diritto alla partecipazione consapevole.

Ciò tanto più considerando che, da un lato, l'opzione della traduzione parziale determinerebbe un considerevole risparmio di costi, dall'altro che la direttiva, nel disciplinare tale opzione, non la qualifica, appunto, come praticabile unicamente per gli atti "eventualmente essenziali"⁵⁸.

Questo primo esempio di non esatta corrispondenza rivela come, in una prospettiva di confronto con la direttiva, gli aspetti più interessanti della normativa vigente non siano i passaggi trasposti più fedelmente, quanto piuttosto le parti non attuate.

In primo luogo, come anticipato, la traduzione parziale è stata prevista espressamente solo per gli atti a traduzione facoltativa e, in ogni caso, tanto per tali atti quanto per quelli a traduzione obbligatoria non sono state introdotte alternative alla traduzione scritta.

Ciò in quanto non sono stati previsti gli istituti della traduzione orale (*sight translation*) o per riassunto (*summary sight translation*) contemplati dalla direttiva all'art. 3 § 7 e ipotizzati anche dal c.d. sistema Zalagaitis antecedente alla novella.

In secondo luogo, la direttiva non è stata attuata neanche nella parte in cui appronta la tutela del diritto all'impugnazione delle decisioni che dichiarino superflua la traduzione o l'interpretazione nonché quello di contestare la qualità del servizio. L'unico mezzo di gravame previsto in via espressa per la violazione della normativa in materia di assistenza linguistica è l'impugnazione – unitamente alla sentenza – dell'ordinanza che esclude la

traduzione di atti a richiesta (dunque relativa ai soli atti "eventualmente essenziali").

Ecco allora che, come anticipato⁵⁹, l'obbligo dell'autorità di assicurare all'alloglotto la consapevole partecipazione al procedimento resta un precetto senza sanzione.

La mancata configurazione di un vizio *ad hoc* impone di affidare la tutela dell'accusato alloglotto alle forme di invalidità esistenti, confermando la persistente "bontà" dell'insegnamento del citato precedente Jakani.

In altri termini, in caso di omessa interpretazione o di omessa traduzione degli atti essenziali ricorrerà una nullità di ordine generale a regime intermedio (dunque sanabile entro il successivo grado di giudizio) ex art. 178, primo comma, lett. c) c.p.p., attenendo il vizio in questione all'assistenza, alla rappresentanza e all'intervento dell'imputato nel procedimento. Resta invece completamente sfornita di rimedi, in contrasto con gli *standard* fissati dalla direttiva, l'ipotesi in cui l'interpretazione o la traduzione siano state fornite ma risultino insoddisfacenti, rimanendo del tutto inattuata la parte di normativa europea che prevede la possibilità di contestare la qualità dell'assistenza linguistica⁶⁰.

Peraltro, la necessità di interpretare estensivamente l'art. 178, primo comma, lett. c) c.p.p. non contrasta soltanto con gli artt. 2 § 5 e 3 § 5 della direttiva – che richiedono la disciplina in via normativa di appositi vizi e correlati mezzi di gravame per il caso di omessa o insoddisfacente assistenza linguistica, appunto – bensì anche con l'art. 8, che disciplina la rinuncia alla traduzione richiedendo particolari garanzie⁶¹.

Più precisamente, il regime della nullità generale a regime intermedio che presidia il diritto alla partecipazione consapevole dell'alloglotto si caratterizza per la potenziale ricorrenza di decadenze e sanatorie fondate sulla valorizzazione degli effetti dell'atto invalido⁶².

Ebbene, tale sistema di sanatorie, regolato dall'art. 183 c.p.p., di fatto legittima una sorta di rinuncia tacita a far valere il diritto all'assistenza linguistica: tale forma dell'atto abdicativo sarebbe del tutto incompatibile con le condizioni di volontarietà, inequivocità e consapevolezza – assicurata dalla consulenza legale – richieste dalla direttiva.

In altri termini, qualificata la omessa traduzione come una violazione del diritto di difesa idonea a determinare la ricorrenza di una nullità a regime intermedio, la circostanza che la deduzione di detta

nullità possa essere rinunciata, oltretutto espressamente, anche implicitamente attraverso “l'accettazione degli effetti dell'atto”, è di critica compatibilità con la tutela robusta del diritto alla partecipazione consapevole approntata dalla normativa europea.

Una criticità tanto più seria ove si consideri il particolare livello di dettaglio della direttiva sul punto, tanto da spingere certa dottrina a considerarla a effetto diretto *in parte qua*⁶³.

Altresì, come si vedrà, tale contrasto con l'addentellato normativo europeo osta fortemente all'operazione di riconnettere una rinuncia al diritto alla traduzione a condotte processuali attive⁶⁴ dell'imputato, come, nel caso di specie, l'elezione di domicilio presso un avvocato di fiducia.

3. L'interpretazione rigorosa dell'art. 143 c.p.p. e Cass. pen., Sez. VI, 2 agosto 2021, n. 30143.

Alla luce di quanto illustrato, si può meglio comprendere come l'interpretazione giurisprudenziale prevalente in tema di traduzione degli atti processuali a favore dell'imputato alloglotto, tale da frustrare la portata del diritto all'assistenza linguistica, consegua probabilmente alle descritte lacune nell'attuazione della direttiva 2010/64/UE.

La mancata previsione tanto di correttivi alla traduzione scritta totale o parziale (quali la *sight translation* o la *summary sight translation*) quanto di forme di ricusazione dell'interprete e del traduttore, o di mezzi di gravame diversi dall'impugnazione congiunta alla sentenza, implica che l'unico rimedio per le violazioni in questione sia la nullità dell'atto di cui è stata omessa la traduzione, ancorché a regime intermedio.

La sistematica ricorrenza di un vizio di validità, stante l'assenza di margine per qualsivoglia ipotesi di perfezione progressiva del provvedimento (come quelle configurate dalla sentenza Zalagaitis) incrementa sensibilmente il rischio della regressione del procedimento ex art. 185 c.p.p.⁶⁵.

Tale rischio, unitamente all'onerosità della traduzione scritta, determina tendenza degli interpreti a restringere l'ambito di applicazione dell'art. 143 c.p.p., il cui dettato, invero, non pone alcuna condizione espressa al riconoscimento del diritto alla traduzione degli atti fondamentali.

Da un canto i fondamenti pratici di siffatta tendenza sono estremamente chiari, dall'altro quelli normativi

scarseggiano, tanto più che si discorre di un corollario processuale del diritto di difesa, che non tollerebbe simili limitazioni.

Nel caso risolto dalla pronuncia in commento, il giudice di merito aveva aderito all'orientamento che esclude l'obbligo di traduzione dell'imputato alloglotto che abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia, “*non verificandosi in tale ipotesi alcuna lesione dei suoi diritti*”⁶⁶.

L'orientamento in parola è stato originariamente enucleato con riferimento alla condizione dell'imputato alloglotto irreperibile o latitante, sul presupposto che in tanto sia ragionevole garantire il diritto alla traduzione in quanto il soggetto manifesti un interesse a partecipare attivamente al processo che lo coinvolge.

In seguito, la sussistenza dell'obbligo di traduzione è stata esclusa anche nei casi in cui gli atti debbano essere notificati al solo difensore, in quanto il destinatario della comunicazione sarebbe pienamente in grado di comprenderne il contenuto e riferirlo al proprio assistito.

Sulla scorta di tale impostazione, si è osservata, infine, un'estremizzazione della progressione ermeneutica, con l'estensione del suddetto principio non solo ai casi di irreperibilità o latitanza dell'imputato, bensì anche alle ipotesi in cui costui abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia. In particolare, la sentenza Ramadan⁶⁷, asseritamente riprendendo una pronuncia della Corte Costituzionale del 2008⁶⁸, ha affermato che la nomina del difensore di fiducia – non invece di quello d'ufficio – creerebbe con il cliente un “rapporto di continua e doverosa informazione” tanto intenso da comprendere “l'obbligo-onere di traduzione degli atti nella eventuale diversa lingua del cliente alloglotto”⁶⁹.

Orbene, risulta in linea di principio condivisibile l'interpretazione teleologica dell'art. 143 c.p.p., secondo cui può non farsi luogo a traduzione degli atti per il caso dell'alloglotto latitante o irreperibile. Ciò in quanto la tutela della partecipazione consapevole al procedimento presuppone, appunto, che il soggetto partecipi personalmente o che comunque gli atti giungano alla sua sfera di conoscenza e conoscibilità, donde ne va assicurata la piena comprensione.

La situazione del soggetto latitante o irreperibile non è però assimilabile a quella di colui che non versi in

tali condizioni e che abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia.

Anzi, ricorrono molti argomenti a sfavore dell'estensione di tale principio e soprattutto alla configurazione, in capo al difensore di fiducia, di un supposto obbligo-onere di traduzione degli atti.

In primo luogo, far dipendere l'effettività della tutela del diritto alla partecipazione consapevole al procedimento dalla proattività del difensore non è coerente con la qualificazione di tale situazione soggettiva alla stregua di un diritto soggettivo perfetto e direttamente azionabile, secondo l'insegnamento del giudice delle leggi.

Infatti, le contingenze del caso (ad esempio i mezzi economici a disposizione) potrebbero frustrare tale aspirazione, laddove il diritto soggettivo si differenzia da altre posizioni giuridiche – come l'interesse legittimo – proprio per l'attitudine a trovare piena soddisfazione senza necessità di intermediazione alcuna.

Di talché l'autorità procedente non potrebbe semplicemente decidere di abdicare al proprio compito di assicurare il diritto di difesa adducendo meccanismi di esclusione automatica dell'obbligo di traduzione onde scongiurare la regressione del procedimento.

In secondo luogo, il richiamo che la sentenza Ramadan effettua al citato precedente costituzionale del 2008 è, a ben vedere, inconferente e fuorviante, per almeno tre ordini di ragioni. Innanzitutto, la questione risolta dal giudice delle leggi non riguardava il diritto all'assistenza linguistica dell'imputato alloglotto. Altresì, la pronuncia in questione menziona sì un "onere di continua e doverosa informazione" in capo al difensore, ma da un lato non ne trae il corollario di un "obbligo-onere di traduzione degli atti" (frutto, dunque, di una interpretazione libera e creativa della giurisprudenza di legittimità), dall'altro non afferma che il difensore d'ufficio ne sia esente, come invece si legge nella sentenza Ramadan.

Una ulteriore criticità dell'orientamento restrittivo sposato dai giudici di merito attiene proprio alla pretesa distinzione tra difensore di fiducia e difensore d'ufficio.

Infatti, in disparte la diversa fonte del mandato difensivo, non vi sono dati normativi né giurisprudenziali su cui possa fondarsi un discrimine tra le due figure, che anzi si caratterizzano per

l'assoluta identità dei compiti dal punto di vista sia processuale sia deontologico.

Dovrebbe quindi concludersi che il nevralgico "onere di continua e doverosa informazione" sorga in capo al difensore a prescindere dalla fonte del mandato. Peraltro non si vede come un onere tanto intenso possa contemperarsi con una vulnerazione del diritto di difesa dell'imputato, secondo l'impostazione che si delineerebbe facendo discendere la rinuncia alla traduzione degli atti dall'elezione di domicilio presso il difensore di fiducia. Tanto più che il *vulnus* prodotto da una simile ipotesi di sterilizzazione dell'obbligo di traduzione inciderebbe non solo sul diritto di difesa *tout court* ma soprattutto sul diritto all' "autodifesa", per tale intendendosi il diritto dell'imputato a intervenire attivamente nell'elaborazione di strategie difensive, integrando e interfacciandosi dialetticamente con la difesa tecnica, pure indefettibile.

Una definizione esaustiva di questo istituto si rinviene in una risalente sentenza della Corte Costituzionale, secondo cui "l'autodifesa, nell'ambito del principio del contraddittorio, ha riguardo ad un complesso di attività mediante le quali l'imputato, come protagonista del processo penale, ha facoltà di eccitarne lo sviluppo dialettico contribuendo all'acquisizione delle prove ed al controllo della legalità del suo svolgimento. A tali fini sono specialmente preordinati così il diritto dell'imputato di designare il difensore di fiducia, come il requisito della personalità delle notificazioni degli atti a lui diretti, in quanto volti a renderlo edotto dell'accusa contestatagli, ai fini dell'autodifesa. [...] In nessun caso, per effetto di interposizione rappresentativa, può impedirsi all'imputato di partecipare, indicando quegli elementi e quelle circostanze di fatto che egli ritenga utili"⁷⁰.

Se ne deduce che l'interposizione rappresentativa del difensore di fiducia deve essere volta a rafforzare la tutela dell'imputato, mai a indebolirla.

Si pensi ad esempio alle disposizioni di cui agli artt. 99 e 571 c.p.p., che prevedono rispettivamente che l'imputato possa togliere effetto agli atti compiuti o alle impugnazioni presentate dal difensore.

Orbene, se l'imputato conserva facoltà autonome che sono concepite per coesistere con la difesa tecnica, sarebbe del tutto incoerente concludere che l'elezione di domicilio presso un difensore di fiducia abbia l'effetto di privarlo in via implicita delle facoltà

suddette, mettendolo in condizione di non poter comprendere gli atti a lui destinati.

Gli argomenti sistematici illustrati si pongono a sostegno dell'orientamento, pure minoritario, cui aderisce la sentenza in commento: l'elezione di domicilio presso il difensore di fiducia non fa venir meno l'obbligo di tradurre gli atti in favore dell'alloglotto, anche non latitante o irreperibile, in capo all'autorità procedente. In caso di omessa traduzione non sono configurabili meccanismi di esclusione automatica dell'obbligo che precludano la ricorrenza, anche in tale ipotesi, di una nullità rilevante ex art. 178, primo comma, lett. c) c.p.p.

Ciò tanto più considerando che l'elezione di domicilio presso il difensore di fiducia è una scelta che attiene solo ad aspetti "logistici", quali la selezione del luogo e della persona cui notificare gli atti processuali.

In altri termini non si vede come la cura di tali profili prettamente "burocratici" possa implicare un atto abdicativo al proprio diritto di partecipazione piena e consapevole al procedimento.

Peraltro, a sostegno del principio di diritto affermato dalla pronuncia in commento può essere addotto, in ultima analisi, anche un argomento normativo.

Nel corso della trattazione⁷¹ si è ampiamente argomentata l'incompatibilità tra la normativa europea (anzi ritenuta a effetto diretto *in parte qua*) e un'eventuale rinuncia tacita dell'alloglotto al diritto alla traduzione, che trarrebbe fondamento dal sistema di sanatorie della nullità approntato dall'art. 183 c.p.p.

Ebbene, se deve aderirsi all'impostazione per la quale l'alloglotto non può abdicare al proprio diritto all'assistenza linguistica – e sanare la nullità per omessa traduzione – "accettando gli effetti dell'atto", *a fortiori* una tale conseguenza non potrà essere tratta dall'elezione di domicilio presso un difensore di fiducia, condotta che anzi, in linea di principio, denota la volontà di valorizzare al massimo il proprio diritto di difesa.

4. Osservazioni conclusive.

Sulla scorta di quanto esposto, può concludersi che la pronuncia in commento faccia buon governo delle

norme in materia di diritto all'assistenza linguistica, donde il principio di diritto affermato risulta pienamente condivisibile.

Infatti, una lettura eccessivamente efficientista del rito, tale da addurre ipotesi di esclusione automatica dell'obbligo di traduzione, si pone in controtendenza rispetto al rafforzamento della base legislativa del diritto alla partecipazione piena e consapevole al procedimento (si pensi agli artt. 6 CEDU, 14 PIDCP, 111 Cost.).

Certamente le istanze di risparmio di spesa e lo sforzo di limitare il rischio di regressione dei procedimenti consentono di contestualizzare l'attualmente prevalente ermeneusi restrittiva dell'art. 143 c.p.p., la quale tuttavia non trova fondamento né nella lettera della norma né nei riferimenti sovranazionali richiamati.

Configurare a carico del difensore un obbligo-onere di tradurre gli atti nella diversa lingua eventualmente praticata dall'imputato, obbligo-onere peraltro privo di giustificazione legislativa, significa aderire a un orientamento formalistico che sminuisce il ministero difensivo e svaluta il diritto di difesa ex art. 24 Cost.

Al contrario, semmai il sistema di garanzia linguistica deve essere valorizzato proprio tenendo conto che la comprensione da parte dell'accusato è propedeutica al corretto instaurarsi della relazione tra costui e il difensore. In altri termini, posto che la relazione in questione è non di rado resa precaria dalla condizione di alloglotto, tale precarietà non può essere strumentalizzata *contra reum* addossando al difensore obblighi che egli non ha.

In ultimo, va ribadito che non può negarsi che l'elezione di domicilio presso un difensore sia un profilo attinente solo alle modalità di notificazione degli atti e non un comportamento implicante la rinuncia da parte dell'accusato alloglotto alla traduzione degli atti nella propria lingua.

Francesca Rosso

Avvocato del Foro di Milano.

¹ Cass. pen., Sez. VI, 2 agosto 2021 (ud. 7 luglio 2021), n. 30143.

² Per un riepilogo della vicenda processuale vedasi M. CRISAFI, *Imputato alloglotto, l'avvocato non ha l'obbligo di traduzione*, 24 agosto 2021, reperibile su www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com (ultimo accesso il 14 settembre 2021).

³ V. *infra* § 3.

⁴ V. *infra* § 2.

⁵ Art. 143 c.p.p.: "L'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente, indipendentemente dall'esito del procedimento, da un interprete al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa. Ha altresì diritto all'assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento.

2. Negli stessi casi l'autorità procedente dispone la traduzione scritta, entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e della facoltà della difesa, dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna.

3. La traduzione gratuita di altri atti o anche solo di parte di essi, ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico, può essere disposta dal giudice, anche su richiesta di parte, con atto motivato, impugnabile unitamente alla sentenza.

4. L'accertamento sulla conoscenza della lingua italiana è compiuto dall'autorità giudiziaria. La conoscenza della lingua italiana è presunta fino a prova contraria per chi sia cittadino italiano. [...]"

⁶ Per un dettagliato commento articolo per articolo si veda M. GIALUZ, *D.lgs. 4.3.2014, n. 32. Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Leg. pen.*, 2014, 3, pp. 185 ss.

⁷ Art. 6 CEDU: "Ogni accusato ha il diritto di [...] e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

⁸ Art. 14 PIDCP: "Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie: a) ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta; (...); f) a farsi assistere gratuitamente da un interprete, nel caso egli non comprenda o non parli la lingua usata in udienza".

⁹ In particolare, con la costituzionalizzazione del diritto al giusto processo, l'art. 111 Cost. richiede che "[...] Nel processo penale, la legge assicur[i] che la persona accusata di un reato [...] sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo". Sull'inquadramento del diritto alla traduzione nelle garanzie proprie del giusto processo si veda S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, Cedam, 2010, p. 43 ss.

¹⁰ V. *infra* §§ 2.1. e 2.2. In particolare, per un excursus sulla questione si vedano C. A. M. BRENA, *La tutela dell'accusato che non conosce la lingua italiana tra diritto alla difesa e giusto processo: casi e materiali sull'assistenza linguistica per un corretto approccio difensivo*, 13 maggio 2018, reperibile su www.camerapenalebustoarsizio.org (ultimo accesso il 15 settembre 2021) e G. BIONDI, *La tutela processuale dell'imputato alloglotto alla luce della direttiva 2010/64/UE, prime osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2011, 6, pp. 2412 ss.

¹¹ "L'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa".

¹² Si veda G. BIONDI, *cit.*, p. 2418. V. altresì il principio di diritto affermato in *Cass. pen.*, Sez. V, 19 marzo 1993 (ud. 18 dicembre 1992), n.194328, in *Cass. pen.*, 1994, 7, p. 1866, in cui si affermava che: "Né la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, né il codice di rito impongono la traduzione nella lingua dell'imputato straniero degli atti che gli vengono notificati. L'unica eccezione alla regola generale dell'uso esclusivo della lingua italiana è costituita dall'art. 169 comma 3 c.p.p."

¹³ In tal senso E. LUPO, *Commento all'art. 143 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coord.), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, 1993, p. 182.

¹⁴ Nel dettaglio v. G. BIONDI, *cit.*, p. 2419.

¹⁵ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1144, con nota di E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 66.

¹⁶ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, § 2: "Il diritto dell'imputato ad essere immediatamente e dettagliatamente informato nella lingua da lui conosciuta della natura e dei motivi dell'imputazione contestatagli dev'esser considerato un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile. E, poiché si tratta di un diritto la cui garanzia, ancorché esplicitata da atti aventi il rango della legge ordinaria, esprime un contenuto di valore implicito nel riconoscimento costituzionale, a favore di ogni uomo (cittadino o straniero), del diritto inviolabile alla difesa (art. 24, secondo comma, della Costituzione), ne consegue che, in ragione della natura di quest'ultimo quale principio fondamentale, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, il giudice è sottoposto al vincolo interpretativo di conferire alle norme, che contengono le garanzie dei diritti di difesa in ordine alla esatta comprensione dell'accusa, un significato espansivo, diretto a render concreto ed effettivo, nei limiti del possibile, il sopra indicato diritto dell'imputato". Nel tempo peraltro il fondamento costituzionale del diritto di difesa *sub specie* di diritto all'assistenza linguistica dell'accusato alloglotto si arricchisce: con la riforma del Titolo V del 2000 e alla luce dell'interpretazione operata dal giudice delle leggi con la sentenza Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, l'art. 117 Cost. viene

ricosciuto quale parametro interposto in ordine alla garanzia del rispetto delle norme internazionali pattizie, quali i già citati artt. 6 CEDU e 14 PIDCP.

¹⁷ Sul punto v. G. GIOSTRA, *Il diritto dell'imputato straniero all'interprete*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 437.

¹⁸ V. C. A. M. Brena, *cit.*, p. 4.

¹⁹ La distinzione tra atti orali e scritti ai fini del diritto all'assistenza linguistica viene superata in via normativa con la novella del 2014.

²⁰ Cass. pen. SS.UU., 23 giugno 2000 (ud. 31 maggio 2000), n. 12, con nota di M. DANIELE, *Una pronuncia delle Sezioni Unite sul vizio di motivazione: an e quomodo del controllo di "legittimità"*, in *Cass. pen.*, 2001, 5, pp. 1436 ss.

²¹ Anche nella formulazione attuale l'art. 143 c.p.p. non positivizza sanzioni per il vizio di omessa traduzione (v. *infra* § 2.3., di talché la giurisprudenza continua ad aderire al principio espresso dalle Sezioni Unite Jakani, secondo il quale, appunto: "la violazione delle norme sull'assistenza linguistica, in presenza delle condizioni richieste dall'art. 143 c.p.p. come interpretato nella sentenza della Corte costituzionale del 12 gennaio 1993, n. 10, integra una nullità generale di tipo intermedio (art. 178 lett. c) e 180 c.p.p.)".

²² Di opinione contraria, nel senso del carattere assoluto della nullità, D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Giuffrè, 2002, p. 3259.

²³ Cass. pen. SS.UU., 28 novembre 2006 (ud. 26 settembre 2006), n. 39298. Siffatta pronuncia merita attenzione anche per l'affermazione in base alla quale l'art. 143 c.p.p. si applicherebbe solo agli atti processuali e non anche a quelli formati fuori dal processo. Sul punto va ricordato il recente arresto delle Sezioni Unite c.d. Thyssenkrupp (Cass. pen. SS.UU. 18 settembre 2014, n. 38343) che, all'indomani della riforma della normativa sull'assistenza linguistica, ha posto alcune condizioni al ricorrere delle quali la regola della non necessità della traduzione di documenti extraprocessuali deve essere derogata. In particolare i documenti devono essere specifici e la difesa dell'accusato deve aver presentato debita istanza motivata in punto di asserita utilità della traduzione.

²⁴ "[...] L'art. 143 c.p.p., nell'assicurare una garanzia essenziale al godimento di un diritto fondamentale di difesa, deve essere interpretato, [...] come una clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e specificarsi, nell'ambito dei fini normativamente riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedano, quali il tipo di atto cui la persona sottoposta al procedimento deve partecipare ovvero il genere di ausilio di cui la stessa abbisogna. Ciò induce a ritenere che l'art. 143 sia suscettibile di un'applicazione estensibile a tutte le ipotesi in cui l'imputato, ove non potesse giovare dell'ausilio dell'interprete, sarebbe pregiudicato nel suo diritto di partecipare effettivamente allo svolgimento del processo penale". Così Cass. pen. SS.UU. 9 febbraio 2004 (ud. 24 settembre 2003), n. 5052.

²⁵ In tal senso si pensi ad esempio alla garanzia del diritto a impugnare tempestivamente i provvedimenti cautelari. Sul punto v. ampiamente S. RECCHIONE, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2014 (ultimo accesso il 19 settembre 2021).

²⁶ Per tale intendendosi, appunto, non contestuale all'emissione del provvedimento.

²⁷ Art. 94, comma 1 *bis*, disp. Att. c.p.p.: "All'atto del colloquio previsto dall'articolo 23, quarto comma, del regolamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431, o anche successivamente, il direttore o l'operatore penitenziario da lui designato accerta, se del caso con l'ausilio di un interprete, che l'interessato abbia precisa conoscenza del provvedimento che ne dispone la custodia e gliene illustra, ove occorra, i contenuti".

²⁸ "La omessa traduzione del provvedimento custodiale nel momento in cui è emesso, ove ne ricorra il presupposto, o la mancata nomina dell'interprete per la traduzione in sede di interrogatorio di garanzia, quando non si sia già provveduto ai sensi della norma dell'art. 94, comma 1-bis, disp. att., è causa di nullità dell'atto – rispettivamente, dell'ordinanza di custodia cautelare o dell'interrogatorio di garanzia – nullità che, come hanno affermato queste sezioni unite nella sentenza Jakani, già citata, deve annoverarsi, in difetto di una specifica previsione della norma dell'art. 143 c.p.p., tra le nullità contemplate dagli artt. 178, lett. c), e 180 c.p.p., la cui deducibilità è soggetta a precisi termini di decadenza". Così Cass. pen. SS.UU. 9 febbraio 2004 (ud. 24 settembre 2003), n. 5052.

²⁹ Così S. RECCHIONE, *cit.*, p. 4.

³⁰ *Id.* p. 5.

³¹ Per tardivo intendendosi non contestuale alla genesi dell'atto che deve essere reso comprensibile all'accusato, v. nota 26.

³² "L'ordinanza cautelare ha una sua struttura, definita dalle norme processuali, rispetto alla quale la mancata traduzione non può incidere sulla validità dell'atto, ma semmai sulla sua efficacia, con riferimento al momento della produzione degli effetti. Ne consegue che qualora sia dimostrato che lo straniero interessato dall'ordinanza non ne abbia avuta una comprensione adeguata, a causa della scarsa conoscenza della lingua italiana, sorge il dovere della traduzione del provvedimento, con l'ulteriore conseguenza che i termini per l'esercizio dei diritti difensivi decorrono dal momento in cui l'atto tradotto ha raggiunto il suo scopo". Così Cass. pen., Cass., Sez. II, 28 novembre 2013 (ud. 16 ottobre 2013), n. 47212.

³³ “Gli Stati Membri assicurano che, secondo le procedure della legislazione nazionale, gli indagati o gli imputati abbiano il diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua l’interpretazione e, nel caso in cui l’interpretazione sia stata fornita, abbiano la possibilità di contestare la qualità dell’interpretazione in quanto insufficiente a tutelare l’equità del procedimento”. Così l’art. 2 § 5 della Direttiva 2010/64/UE.

³⁴ V. M. GIALUZ, *cit.*, p. 195.

³⁵ V. *infra* § 3.

³⁶ Sul punto v. M. ANTINUCCI, *L’attuazione della direttiva europea sul diritto alla traduzione: verso la tutela sostanziale del diritto alla difesa effettiva*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, pp. 1 ss. V. altresì M. GIALUZ, *cit.*, G. BIONDI, *cit.*, e C. A. M. BRENA, *cit.*

³⁷ Per una trattazione esaustiva si veda M. GIALUZ, *L’assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Cedam, 2018 e anche M. GIALUZ, *L’obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sull’assistenza linguistica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, XVIII, 4, pp. 434 ss.

³⁸ V. M. GIALUZ, *D.lgs 4.3.2014 n. 32 cit.*, p. 190.

³⁹ Di talché sarebbe all’opposto criticabile la scelta operata dal legislatore nazionale in sede di recepimento, nel senso di “continuare a regolare in un’unica statuizione quelle che appaiono come due forme separate”, così M. GIALUZ, *D.lgs 4.3.2014 n. 32 cit.*, p. 191.

⁴⁰ Art. 2 § 1: “Gli Stati membri assicurano che gli indagati o gli imputati *che non parlano o non comprendono* la lingua del procedimento penale in questione siano assistiti senza indugio da un interprete. [...]”.

⁴¹ Art. 3 § 1: “Gli Stati membri assicurano *che gli indagati o gli imputati che non comprendono* la lingua del procedimento penale ricevano, entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta [...]”.

⁴² Art. 3 § 8: “Qualsiasi rinuncia al diritto alla traduzione dei documenti di cui al presente articolo è soggetta alle condizioni che gli indagati o gli imputati abbiano beneficiato di una previa consulenza legale o siano venuti in altro modo pienamente a conoscenza delle conseguenze di tale rinuncia e che la stessa sia inequivocabile e volontaria”.

⁴³ Art. 3 § 7: “In deroga alle norme generali di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 6, è possibile fornire una traduzione orale o un riassunto orale di documenti fondamentali, anziché una traduzione scritta, a condizione che tale traduzione orale o riassunto orale non pregiudichi l’equità del procedimento”.

⁴⁴ Art. 3 § 2: “Tra i documenti fondamentali rientrano le decisioni che privano una persona della propria libertà, gli atti contenenti i capi d’imputazione e le sentenze”.

⁴⁵ Art. 3 § 3: “In qualsiasi altro caso le autorità competenti decidono se sono fondamentali altri documenti. Gli indagati o gli imputati o il loro avvocato possono presentare una richiesta motivata a tal fine”.

⁴⁶ Il conflitto si deve alla circostanza che, in sede di trasposizione della direttiva, il legislatore nazionale, invece, ha previsto espressamente la possibilità della traduzione parziale unicamente al terzo comma dell’art. 143 c.p.p., relativo ai soli atti a traduzione facoltativa. Parte della dottrina, muovendo dalla *ratio* della traduzione (ossia far conoscere all’imputato l’accusa a proprio carico o la decisione sulla stessa) ritiene che anche gli atti a traduzione obbligatoria possano essere tradotti solo parzialmente, tanto più nel silenzio della normativa europea sul punto. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che laddove la traduzione è prevista obbligatoriamente, essa debba essere per definizione integrale. Nel primo senso v. M. GIALUZ, *D.lgs 4.3.2014 n. 32 cit.*, p. 202. Nel secondo senso S. RECCHIONE, *cit.*, p. 18, secondo la quale l’applicazione diretta dell’art. 3 § 4 della direttiva in luogo dell’art. 143, terzo comma, c.p.p., formulazione vigente si porrebbe in contrasto con la clausola c.d. di non regressione prevista dall’art. 8 della direttiva. Trattasi di clausola in base alla quale nessuna disposizione della direttiva in materia di diritto alla traduzione può essere interpretata in modo tale da assicurare una protezione inferiore a quella approntata dalla CEDU, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE) o dalla legislazione degli Stati Membri. In altri termini secondo l’Autore, il legislatore nazionale avrebbe inteso prevedere che nei casi di obbligatorietà la traduzione debba essere necessariamente integrale, prevedendo un innalzamento di tutela. Di talché l’estensione del correttivo della traduzione parziale agli atti a traduzione obbligatoria violerebbe la predetta clausola di non regressione.

⁴⁷ S. RECCHIONE, *cit.* p. 19.

⁴⁸ Art. 7: “Gli Stati Membri provvedono affinché [...] quando una persona ha rinunciato al diritto alla traduzione ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 8, si prenderà nota che tali eventi si sono verificati, utilizzando la procedura di verbalizzazione ai sensi del diritto dello Stato membro interessato”.

⁴⁹ Potrebbe configurarsi come rinuncia totale oppure come rinuncia a tradurre solo alcune parti della sentenza, oppure come un consenso ad attivare il descritto meccanismo di surroga e quindi far luogo alla *sight translation* oppure alla *summary sight translation*. Così M. GIALUZ, *D.lgs 4.3.2014 n. 32 cit.*, p. 203.

⁵⁰ *Ibidem* p. 18. Sull’arduo contemperamento tra questo aspetto e il sistema di sanatorie previste dall’art. 183 c.p.p., che viene in rilievo dal momento che a livello nazionale (pretorio) la sanzione prescelta per la violazione della normativa sull’assistenza linguistica è una nullità a regime intermedio e dunque sanabile, v. *infra* § 2.3. Sull’impossibilità, *a fortiori*, di

qualificare come rinuncia implicita al diritto alla traduzione degli atti processuali – quale obbligo gravante sull'autorità procedente – la scelta dell'imputato alloggio di eleggere domicilio presso il difensore di fiducia, v. *infra* § 3.

⁵¹ V. *supra* nota 33.

⁵² Così l'art. 5 § 5.

⁵³ Così S. RECCHIONE, *cit.* pp. 16 ss. e M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2014 (ultimo accesso il 23 settembre 2021).

⁵⁴ V. *infra* § 3.

⁵⁵ M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata*, *cit.*, p. 1.

⁵⁶ Nel primo senso M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata*, *cit.*, p. 2 e R. BRICHETTI - L. PISTORELLI, *Atti fondamentali scritti nella lingua dell'imputato*, in *Guida dir.*, 2014, 16, p. 65. Nel secondo senso, A. COCOMELLO – A. CORBO, *Corte di cassazione, Rel. III/05/2014 Novità legislative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali"*, 31 marzo 2014, reperibile su www.cortedicassazione.it (ultimo accesso il 24 settembre 2021). In particolare, per gli Autori che aderiscono a questo secondo orientamento "solo un approccio interpretativo in senso meramente esemplificativo e non tassativo degli atti enumerati dall'art. 143 Il comma può validamente esprimere i già citati insegnamenti costituzionali e sovranazionali tendenti a privilegiare una tutela 'di scopo', tale da porre al Giudice un vincolo interpretativo volto ad estendere la tutela linguistica ad ogni atto potenzialmente vocato alla esatta intellegibilità dell'incolpazione".

⁵⁷ V. *supra* nota 46.

⁵⁸ Così M. GIALUZ, *D.lgs. 4.3.2014 n. 32 cit.*

⁵⁹ V. *supra* § 2.1.

⁶⁰ La ricusazione dell'interprete continua a essere ammessa solo per le ragioni formali previste dall'art. 144 c.p.p.

⁶¹ V. *supra* § 2.2.

⁶² Art. 183 c.p.p.: "Salvo che sia diversamente stabilito, le nullità sono sanate:

- a) se la parte interessata ha rinunciato espressamente ad eccepirle ovvero ha accettato gli effetti dell'atto;
- b) se la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato".

⁶³ V. S. RECCHIONE, *cit.*, p. 19.

⁶⁴ Tale ragionamento non si applica cioè alle condotte omissive, quali la scelta di rimanere irreperibile o latitante.

⁶⁵ Art. 185 c.p.p.: "La nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo.

2. Il giudice che dichiara la nullità di un atto ne dispone la rinnovazione, qualora sia necessaria e possibile, ponendo le spese a carico di chi ha dato causa alla nullità per dolo o colpa grave.

3. La dichiarazione di nullità comporta la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, salvo che sia diversamente stabilito.

4. La disposizione del comma 3 non si applica alle nullità concernenti le prove".

⁶⁶ Cass. pen., Sez. II, 28 giugno 2017 (ud. 16 marzo 2017) n. 31643 e Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2017, (ud. 6 novembre 2017), n. 57740.

⁶⁷ Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2017, (ud. 6 novembre 2017), n. 57740.

⁶⁸ Corte Cost., 14 maggio 2008, n. 136.

⁶⁹ Così Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2017, (ud. 6 novembre 2017), n. 57740, p. 2.

⁷⁰ Corte Cost., 18 dicembre 1973, n. 186.

⁷¹ V. *supra* § 2.3.

L'applicabilità del D. Lgs. 231/2001 ai partiti politici.

di **A. Boga**

L'applicazione del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 rispetto ai partiti politici pone all'attenzione dello studioso del diritto un tema rilevante tanto sotto la prospettiva costituzionale, quanto sotto quella penalistica.

In particolare, interroga circa la possibile equiparazione di un partito ad una persona giuridica o ad un'associazione privata, con conseguenti ricadute circa gli istituti e le sanzioni previste dal Decreto legislativo a fronte della commissione di uno dei reati presupposto.

In sintesi, significa appurare se un partito politico, assieme ai propri rappresentanti e dirigenti, possa essere soggetto attivo degli illeciti amministrativi dipendenti da reato ai fini e per gli effetti del D.lgs. citato.

Sommario. 1. Introduzione: uno sguardo d'insieme. – 2. I partiti politici. – 2.1. Il fenomeno partitico contemporaneo: enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale? – 3. Il D.lgs. 231/2001 e i partiti politici: l'art. 1 commi 1 e 2. – 3.1. Il terzo comma dell'art. 1. – 3.2. Casi giurisprudenziali: "La Margherita" e "Lega Nord". – 3.3. Prospettive di riforma. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione: uno sguardo d'insieme.

L'applicazione del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 rispetto ai partiti politici pone all'attenzione dello studioso del diritto un tema rilevante tanto sotto la prospettiva costituzionale, quanto sotto quella penalistica. In particolare, interroga circa la possibile equiparazione di un partito ad una persona giuridica o ad un'associazione privata, con conseguenti ricadute circa gli istituti e le sanzioni previste dal Decreto legislativo a fronte della commissione di uno dei reati presupposto. In sintesi, significa appurare se un partito politico, assieme ai propri rappresentanti e dirigenti, possa essere soggetto attivo degli illeciti amministrativi dipendenti da reato ai fini e per gli effetti del D.lgs. citato.

La radice della questione consiste nell'ultimo comma dell'art. 1 del D.lgs. 231/2001, secondo cui le disposizioni previste «*Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*». Alla luce della positivizzazione dell'esenzione, pare allora dirimente una valutazione - strutturale e funzionale - sulla natura dei partiti, sì da affermarne o escluderne la titolarità di attribuzioni specifiche di rilevanza costituzionale, tali da distinguerli da qualsiasi altra persona giuridica. Tale esigenza è motivata dalla presa di consapevolezza, oggi maggiore rispetto al passato, che, al pari delle associazioni private, i partiti sono uno strumento

privilegiato (perciò soggetto attivo) di commissione degli illeciti tipici del D.lgs. in esame¹.

Almeno in prima battuta è comunque opportuno non obliterare le finalità proprie di un partito o di un movimento politico che, in ragione del proprio ruolo nella collettività, si qualifica diversamente da una società di capitali, un ente pubblico economico o qualsiasi altra forma associativa di diritto comune. Un partito politico non è, infatti, soggetto di diritto irrilevante nel contesto sociale perché concretizza il diritto costituzionale alla partecipazione alla vita pubblica (art. 49 Cost.). La sua unicità emergerebbe già dalla previsione, da parte del Costituente, di una norma specifica e ulteriore rispetto a quella sulla libertà di associazione (art. 18 Cost.). Se di singolarità (del partito) non si potesse discorrere, invero, basterebbe l'art 18 Cost..

L'enciclopedia Treccani valorizza, *a fortiori*, la peculiarità dei partiti quali soggetti dalla natura ambivalente: privatistica e pubblicistica. Da un lato godono di «una connotazione privatistica di fondo, riscontrabile nel fatto che (...) sono associazioni non riconosciute, prive di personalità giuridica e con limitata autonomia patrimoniale, ancorché costituzionalmente riconosciute ex art. 18 Cost.. Dall'altro interpretano «una funzione pubblica fondamentale, quella di «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.)»².

È proprio l'art. 49 Cost. a segnare il confine tra tale forma di partecipazione ai pubblici poteri - il partito

- ed ogni altra manifestazione della vita pubblica ed economica - le società e le imprese *in primis* -. È l'art. 49 Cost. a valorizzare e garantire il pluralismo politico, riconoscendo il diritto individuale di aderire o meno ad un partito esistente o di formarne uno nuovo.

In considerazione di ciò, a partire dalla preliminare interpretazione della disposizione costituzionale richiamata, si può ricostruire la regolamentazione dei partiti, cogliere le loro differenze rispetto alle (altre) persone giuridiche e, in conclusione, di rispondere al quesito iniziale: è applicabile ad essi il sistema definito dal D.lgs. 231/2001?

2. I partiti politici.

Con la Costituzione repubblicana i partiti politici godono di un riconoscimento a livello fondamentale in forza dell'art. 49, che in modo solenne sancisce il diritto individuale alla libera associazione ad un partito per finalità sociali, come la contribuzione alla determinazione della politica nazionale³.

Dal punto di vista storico la disposizione costituzionale segna lo iato (culturale e giuridico) rispetto alla concezione individualistica dello Stato liberale, in base alla quale i partiti erano relegati al ruolo di fenomeni di mero fatto, estranei alla gestione del potere statale, al pari di qualunque altra formazione sociale strutturata⁴. Trattasi di un riconoscimento, per così dire, "naturale" perché favorito dal passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse dei partiti di massa⁵, nonché dal mutamento paradigmatico delle elezioni. In letteratura si osserva, infatti, come queste ultime passarono «*da atto di designazione dei rappresentanti in vera e propria scelta, oltre che di persone, di un indirizzo politico*»⁶.

La dottrina costituzionalistica ha sempre lamentato una (tendenziale) ambivalenza della disposizione costituzionale. Invero, nonostante la razionalizzazione del carattere associativo dei partiti, con la loro funzione partecipativa rispetto alla determinazione dell'indirizzo politico nazionale, l'art. 49 Cost. non chiarisce il perimetro del rapporto fra Stato e partito. Si è quindi discusso sull'opportunità di una più attenta e corretta interpretazione della disposizione, distinguendosi tra chi la qualifica come attributiva di una specifica attribuzione costituzionale e chi ne sottolinea la mera valenza di tutela del diritto alla partecipazione politica⁷. Nel primo caso il partito sarebbe l'unico mezzo per realizzare l'interesse del singolo alla gestione della

"cosa pubblica"; nel secondo uno dei mezzi del "fare politica", quale diritto preesistente alla stessa struttura partitica.

Tra queste principali linee di pensiero se ne prospetta una terza, di sintesi. Tramite l'art. 49 Cost. si valorizzerebbe il radicamento dei partiti nella collettività quali veicoli per l'esercizio del diritto sociale dell'individuo alla determinazione della politica e, al contempo, se ne prospetterebbe l'incorporazione nei pubblici poteri. Si porrebbe così il fondamento della cd. "Repubblica dei partiti"⁸.

Nonostante tali considerazioni, il Legislatore è rimasto inerte rispetto all'opportunità di un'autonoma disciplina dei partiti, se non in tema di finanziamento pubblico e privato. Non ha attuato, infatti, l'art. 49 Cost. secondo gli insegnamenti della dottrina, ma ha optato per una regolamentazione "superficiale", consentendo loro di conservare una fisionomia idealistica e materialmente indefinita⁹.

Pertanto, piuttosto che essere valorizzata «*per il rilievo pubblicistico che avrebbe potuto conferire ai partiti*»¹⁰, la norma viene attratta sul versante della libertà di associazione. Sul punto, infatti, mentre taluni distinguono l'art. 49 Cost. dall'art. 18 Cost. (secondo il quale «*I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale*») si da delineare uno "statuto" partitico differente da quello delle altre associazioni, altri la ascrivono nell'alveo delle disposizioni relative alla libertà associativa, quale mera specificazione di queste ultime¹¹. Se però è innegabile un legame con la tematica della libertà associativa, è altrettanto vero che è difficile parlare di esercizio di funzioni costituzionalmente orientate (rilevanti anche ai fini del Decreto legislativo 231/2001).

Giova comunque tenere in debita considerazione il contesto storico-culturale nel quale maturò la decisione di non costituzionalizzare i partiti, né di adottare subito una legge ordinaria attuativa dell'art. 49 Cost. All'indomani del secondo conflitto mondiale e dell'esperienza antidemocratica del Fascismo, invero, i Padri costituenti si concentrarono intorno al cd. "versante esterno" dell'attività partitica, quella dei rapporti con lo Stato, onde evitare intromissioni costituzionali nella loro vita¹², piuttosto che sul "versante interno" della loro ossatura.

2.1. Il fenomeno partitico contemporaneo: enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale?

Riguardo alla moderna assiologia partitica si rileva una certa espansione del «*non normativamente regolato*»¹³ funzionale a garantire ai partiti più dinamismo nell'ambito della forma di governo parlamentare.

Questo è il pensiero sia della dottrina che della giurisprudenza costituzionalistica, da sempre contrarie a «*forme di incorporazione del diritto dei partiti nello Stato-ordinamento*», in quanto «*fenomeno potenzialmente disgregativo del parlamentarismo e della democrazia (...) effettivamente integrale soltanto in un regime a partito unico (...) funzionale a un ideale non democratico*»¹⁴.

Dal canto suo, sebbene solo in origine, la dottrina civilistica riteneva inopportuno uniformare la disciplina partitica a quella delle altre persone giuridiche, giacché, sottraendosi ad ogni forma di registrazione e controllo, avrebbero potuto godere di quella necessaria libertà di azione espressione del diritto fondamentale di cui all'art. 18 Cost.¹⁵.

Successivamente, però, la prospettiva dottrinale è cambiata. Tale mutamento deriva dalla considerazione che la libertà di associazione rappresenti il fondamento non della loro *immunità*, bensì della loro *soggezione* al controllo giurisdizionale e del loro *rispetto* verso il principio di legalità¹⁶.

Tale tesi è stata in seguito apprezzata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, permettendo al Giudice di ricorrere alla disciplina civilistica sulle associazioni non riconosciute in quanto compatibili con l'assenza di personalità giuridica dei partiti e in ragione dell'identità contrattualistica tra i due fenomeni associativi¹⁷. Basti citare un (recente) arresto delle Sezioni Unite Civili del 18 maggio 2015, n. 10094, che ricostruisce la natura associativa privata del partito politico all'interno dell'ordinamento giuridico, evitando che questo rimanga *legibus solutus* ed estraneo al controllo giurisdizionale.

Al fine di considerare i partiti politici soggetti interessati dal Decreto legislativo 231/2001 occorre, tuttavia, muovere un passo ulteriore, apprezzando il contributo apportato della giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Sino alla prima metà degli anni Novanta la Consulta¹⁸ evidenziava il ruolo e le funzioni costituzionalmente rilevanti dei partiti. In particolare i Giudici rimarcavano la portata del precetto costituzionale¹⁹, ricavando le loro funzioni dal ruolo assunto nel

sistema, e valorizzavano il principio del pluralismo associativo, unico tramite per consentire agli individui di partecipare alle elezioni ed accedere alla rappresentanza.

Successivamente, il Giudice delle leggi ha evoluto il proprio pensiero anche a fronte della crisi del sistema politico, divenuta poi «*crollo*» dell'ordine legittimato fino alla nascita della cd. Seconda Repubblica²⁰. La Corte ha infatti iniziato ad interpretare l'art. 49 Cost. soltanto come «*disposizione diretta a tutelare un diritto di partecipazione dei cittadini, rispetto al quale i partiti svolgerebbero un ruolo meramente strumentale*»²¹.

Con l'ordinanza 24.02.2006, n. 79, dichiarando inammissibile il conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato dal partito de «*la Rosa nel Pugno*» verso la legge elettorale allora vigente (legge 21 dicembre 2005, n. 270, cd. *Porcellum*) per difetto di legittimazione soggettiva, la Corte Costituzionale ha negato ai partiti la qualifica di «*poteri dello Stato*». Nello specifico il Giudice delle leggi ha affermato che «*i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche, e non come poteri dello Stato ai fini dell'art. 134 Cost.*». Pertanto agli stessi «*non è possibile riconoscere la natura di organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà di un potere dello Stato per la delimitazione di una sfera di attribuzioni determinata da norme costituzionali*».

Secondo la Corte, invero, i partiti non sono titolari di attribuzioni costituzionali in base all'art. 49 della Costituzione «*manca il presupposto per la sua applicazione, consistente nella previsione della titolarità di uno specifico potere da parte della Costituzione, laddove (nel caso di specie, ndr) l'art. 75 Cost. riconosce espressamente ad una frazione del corpo elettorale (...) la titolarità del potere di iniziativa referendaria e la Corte ha ritenuto che poteri dello Stato, ai fini del conflitto di cui all'art. 134 Cost., possono anche essere figure soggettive esterne rispetto allo Stato-apparato (sentenza n. 69 del 1978)*». Quindi l'art. 49 della Costituzione «*attribuisce ai partiti politici la funzione di «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» e non specifici poteri di carattere costituzionale; (...) al riguardo, è decisivo rilevare che i partiti politici sono garantiti dalla Carta costituzionale - nella prospettiva del diritto dei cittadini di associarsi - quali strumenti di rappresentanza di interessi politicamente organizzati; diritto di associazione al*

quale si ricollega la garanzia del pluralismo; (...) le funzioni attribuite ai partiti politici dalla legge ordinaria al fine di eleggere le assemblee - quali la «presentazione di alternative elettorali» e la «selezione dei candidati alle cariche elettive pubbliche» - non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali, ma costituiscono il modo in cui il legislatore ordinario ha ritenuto di raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale, e trovano solo un fondamento nello stesso art. 49 Cost.; (...) inoltre, conferma della suddetta interpretazione si rinviene nelle scelte fatte dall'Assemblea costituente, che lasciò cadere – pur dopo lunga discussione – due proposte diverse: una volta a riconoscere ai partiti politici attribuzioni di carattere costituzionale, comprensive della presentazione di liste elettorali e del diritto di promuovere azioni davanti alla Corte costituzionale; un'altra, volta a rinviare alla legge il conferimento ai partiti di poteri propri in ordine alle elezioni e di altre funzioni di pubblico interesse, previa individuazione – da parte della stessa legge – dei requisiti di cui i partiti avrebbero dovuto essere in possesso, l'accertamento dei quali veniva demandato alla Corte costituzionale (...).»²².

Oltre a segnare un cambio di paradigma, tale arresto rappresenta una tappa decisiva rispetto alla definizione del concetto di partito e, quindi, alla possibilità di considerarlo assoggettabile alla disciplina della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche.

A riguardo, vi è da aggiungere un ulteriore elemento di natura fattuale: i partiti sono pacificamente organizzazioni dotate di un apparato dirigenziale, hanno nella propria disponibilità dipendenti e segreterie, possono svolgere attività economiche di investimento. In questo sono “esattamente” come le società di diritto privato. Perciò l'insieme di questi dati fa sorgere fondati dubbi circa l'esercizio di “funzioni” costituzionalmente orientate e tutelate, deponendo a favore della loro assoggettabilità al Decreto legislativo del 2001.

3. Il D.lgs. 231/2001 e i partiti politici: l'art. 1 commi 1 e 2.

Dopo aver solennemente enunciato la materia oggetto di regolamentazione, ossia la «responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato» (comma 1²³), l'art. 1 del D.Lgs.

231/2001 individua i soggetti destinatari della normativa e quelli cui le disposizioni non vengono riservate (comma 2 e 3). Nello specifico sancisce che: «Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale».

In via preliminare occorre ricordare, per quanto noto, che la riforma del 2001 ha trasformato la cultura giuridica (penalistica) italiana. Di fatti se fino a quel momento si poteva discorrere della responsabilità penale solo in capo alla persona fisica, mentre per la persona giuridica non si conosceva altro che l'impunità (in omaggio al brocardo del “*societas delinquere non potest*”), così non è più stato dopo l'intervento del Legislatore delegato.

Quest'ultimo ha esteso l'operatività dell'intervento repressivo anche agli enti in base ad una scelta che appare motivata dalla volontà, da un lato, di rinunciare alla personalità giuridica come *discrimen* tra i soggetti responsabili e quelli irresponsabili destinatari e, dall'altro, di ricomprendere nella disciplina in esame le “organizzazioni” in quanto tali, al fine di colpire la criminalità annidata nelle realtà pluripersonali²⁴.

Quindi, in primo luogo, destinatari della responsabilità amministrata dipendente da reato (in disparte il dibattito sulla relativa natura giuridica) sono gli enti che godono della personalità giuridica in base al codice civile, cioè associazioni, fondazioni e altre istituzioni private che abbiano ottenuto il riconoscimento ai sensi dell'art. 12 c.c., nonché le società di capitali iscritte nel registro delle imprese a norma dell'art. 2331 c.c. (società per azioni, società a responsabilità limitata, cooperative e società in accomandita per azioni).

In secondo luogo, la normativa si applica alle società di persone (società semplice, società in nome collettivo e società in accomandita semplice), alle associazioni non riconosciute, nonché ai comitati²⁵. Con particolare riguardo, invece, agli enti pubblici, la disciplina riguarda esclusivamente quelli economici, tra i quali vanno incluse anche le società commerciali a capitale misto che svolgono servizi pubblici con criteri di economicità²⁶.

3.1. Il terzo comma dell'art. 1.

Il terzo comma prevede invece l'esclusione assoluta dalla normativa in esame a favore dello Stato, degli enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Comuni e comunità montane), degli altri enti pubblici non economici nonché degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

È su tale ultima categoria di soggetti disinteressati dal D.lgs. 231/2001 che occorre soffermarsi.

Autorevole dottrina identifica la *ratio* di questa dispensa nella volontà di evitare che la responsabilità degli *enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale* possa essere strumentalizzata a fini di controllo politico²⁷. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di scuola in cui l'Autorità giudiziaria disponga l'applicazione di misure interdittive o patrimoniali nei confronti di uno specifico movimento politico che, in precedenza, non aveva avuto riguardi verso l'Ordine giudiziario. Si ritiene di facile intuizione il pregiudizio che l'attività politica del partito subirebbe, come nell'eventualità dell'incapacità al finanziamento di una campagna elettorale.

Tuttavia l'eleganza della tesi esposta sconta la difficoltà di considerare il partito come un ente di rilievo costituzionale, nell'alveo della cui categoria sono inclusi invece e senza dubbio la Camera dei Deputati, il Senato della Repubblica, la Corte Costituzionale, il Segretariato Generale della Repubblica, il Consiglio Superiore della Magistratura e il Comitato Nazionale dell'Economia e del Lavoro. Non a caso essi sono soggetti che il Costituente ha previsto in maniera espressa, senza riserve²⁸. Riguardo ai partiti, d'altronde, permangono perplessità poiché il Legislatore delegato non ne ha espressamente positivizzato l'esclusione. Sulla scorta di tale considerazione, nonché sulla constatazione della mancata attuazione dell'art. 49 Cost., ad oggi rimanere allora significativo il contributo ermeneutico, che ha consentito di chiarire ruolo, funzioni ed essenza dei partiti anche in rapporto alla disciplina dettata dal Decreto legislativo.

Come si è dimostrato nel precedente capitolo²⁹, la giurisprudenza non dubita della loro esclusione dal novero degli enti che svolgono funzioni di rilevanza costituzionale. Essi vengono ricondotti, di fatti, al *genus* delle associazioni non riconosciute di stampo civilistico in ragione della (loro) compatibilità con l'assenza di personalità giuridica e la matrice identitaria contrattualistica³⁰.

È fondamentale sul punto la cit. ordinanza del 2006 con la quale la Corte Costituzionale³¹ si è pronunciata a sfavore del riconoscimento della

natura di ente titolare di attribuzioni costituzionali in relazione ai partiti e, di converso, li ha apprezzati quali «*organizzazioni proprie della società civile*». Difatti, secondo la Consulta, l'attribuzione di talune funzioni pubbliche in favore delle organizzazioni politiche tramite la legge ordinaria non consente di qualificarle, al contempo, come poteri dello Stato ai fini dell'art. 134 Cost.

Altrettanto significativo è il principio affermato dalla Corte di Cassazione³² secondo cui il rilievo costituzionale delle funzioni non può essere ad ogni modo desunto esclusivamente dagli interessi oggetto o sottesi all'attività dell'ente, dovendo concorrere anche la natura pubblicistica di un ente e l'assenza di qualsivoglia attività economica³³.

In un'altra pronuncia, a Sezioni Unite³⁴, la Suprema Corte ricostruisce, quindi, la caratura associativa privata del partito politico affinché non sia un soggetto *legibus solutus* ed estraneo al controllo del giudice.

Emerge pertanto la convinzione giurisprudenziale dell'evidente natura privatistica dei movimenti politici organizzati, con conseguente possibilità di qualificarli come associazioni non riconosciute e assoggettarli alle disposizioni del D.lgs. 231/2001. Tuttavia la dottrina maggioritaria³⁵ sconfessa un simile esito, considerando i partiti soggetti di diritto esentati dal Decreto legislativo in virtù dell'art. 49 Cost.

Come sopra asserito, la principale motivazione di questa immunità penalistica è la prevenzione del rischio della strumentalizzazione del diritto: in letteratura, infatti, si rileva come l'eventuale applicazione di sanzioni di tipo interdittivo o ablativo pregiudicherebbe il sistema dei principi costituzional-democratici³⁶ e minerebbe il diritto costituzionalmente garantito alla partecipazione alla vita politica della Nazione. L'esigenza avvertita è dunque quella di evitare uno scontro tra l'apparato sanzionatorio del D.lgs. 231/2001 e lo svolgimento di attività funzionali all'equilibrio degli assetti costituzionali: l'effetto dell'applicazione di misure cautelari o sanzioni a tali enti suspenderebbe invero funzioni indefettibili negli equilibri istituzionali³⁷.

Si pensi a cosa provocherebbe rispetto alla vita di un partito o di un movimento il sequestro di somme di denaro presenti sul proprio conto corrente in termini di mancata possibilità al finanziamento di campagne elettorali o al pagamento degli stipendi dei propri dipendenti.

Si distingue all'interno della dottrina, comunque, un orientamento che ritiene certa tale esclusione³⁸ ed un altro che giunge con più prudenza a tale conclusione³⁹. Per quest'ultimo, invero, l'assenza di un'esplicita esclusione dei partiti dal novero dei soggetti di cui all'ultimo comma dell'art. 1 deve essere valutata con attenzione, posto che anche la Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 adotta una formulazione linguistica cauta. Essa riferisce che «*le precise indicazioni della delega, fedelmente riprodotte nello schema di decreto legislativo, hanno indotto ad escludere gli "enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale", tra cui sembrano rientrare anche i partiti politici ed i sindacati (questi ultimi sguarniti di personalità giuridica, vista la nota, mancata attuazione dell'art. 39 Cost.), dando così luogo ad una zona franca giustificabile soltanto alla luce delle delicate conseguenze che produrrebbe l'impatto, su questi soggetti, delle sanzioni interdittive previste dal nuovo impianto legislativo*»⁴⁰.

Proprio il ricorso al verbo "sembrare", con riferimento ai partiti e ai sindacati, ha quindi indotto tale indirizzo ermeneutico - minoritario - a ritenere «*ancora più irragionevole il trattamento privilegiato introdotto*» a loro favore (dei partiti, s'intende), «*che risulta essere stato imposto dal Parlamento con ampia maggioranza*»⁴¹. In altri termini si mette in guardia dall'eventualità che la politica abbia introdotto in via legislativa una forma di "auto-immunità".

La prevalente dottrina reputa, in ogni caso, dirimente anche una seconda ragione, di matrice comunitaria⁴². Infatti la *Raccomandazione (88) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 20 ottobre 1988*, prospettando l'introduzione di una responsabilità penale delle "corporations" (avvenuta poi nel 2001), poneva quale criterio identificativo dei soggetti passivi la personalità giuridica e coinvolgeva anche gli enti pubblici, escludendo però quelli privi di personalità giuridica e non svolgenti attività economica (come un partito politico). Analogamente avviene con la *Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997, e con la *Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997, richiamate nel preambolo della Legge delega 29 settembre 2000, n. 300.

Probabilmente il Legislatore delegato avrebbe potuto risolvere il problema alla radice, sull'esperienza di altri ordinamenti⁴³, ammettendo nei confronti dei partiti e dei movimenti di opinione politica una forma di responsabilità amministrativa o penalistica, tuttavia escludendo «*expressis verbis l'applicabilità nei loro confronti delle sanzioni più temibili e invasive*»⁴⁴, come la confisca o talune misure interdittive.

Al contempo, è singolare notare come parte della dottrina favorevole all'esclusione politica dal sistema del D.lgs. 231/2001 abbia considerato la questione di portata marginale, alla luce della considerazione che le «*interlocutrici privilegiate*» del legislatore sono state - e non potevano, del resto, che essere - le società commerciali⁴⁵. Anzi, «*la scelta dei reati, in uno con indizi normativi desumibili soprattutto dalla disciplina civilistica (calibrata sulle società commerciali), consentono di ritenere con ragionevole certezza che il legislatore delegante avesse di mira la repressione di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività di natura squisitamente economica, e cioè assistiti da fini di profitto*»⁴⁶.

3.2. Casi giurisprudenziali: "La Margherita" e "Lega Nord".

Alla luce di quando analizzato e al fine di cogliere la risposta al quesito sull'applicabilità del Decreto legislativo 231/2001 ai partiti politici, è interessante affrontare tre noti procedimenti nei quali è intervenuta la Corte di Cassazione nei confronti del partito "Democrazia è Libertà - La Margherita" e "Lega Nord per l'indipendenza della Padania".

Nel solco del costante orientamento giurisprudenziale tutte e tre le pronunce non ricomprendono i partiti nell'ambito degli enti esercenti funzioni costituzionalmente rilevanti, sì da poter loro applicare le disposizioni del Decreto legislativo.

La prima sentenza è delle Sezioni Unite Civili del 18.05.2015, n. 10094, in sede di regolamento di giurisdizione, nel procedimento a carico del tesoriere del partito "La Margherita" per danno erariale in conseguenza della illecita gestione dei fondi accreditati dal Parlamento nel periodo 2007-2011 a favore della formazione politica menzionata.

La vicenda trae origine da alcuni accertamenti della Guardia di Finanza dai quali è emersa la distrazione di tali fondi pubblici per finalità personali del tesoriere, quali acquisto di immobili e operazioni di trasferimento dei fondi su conti bancari di società

estere riconducibili al medesimo o alla moglie. Nell'ambito del giudizio erariale, la Procura Regionale presso la Corte dei Conti aveva ottenuto il sequestro conservativo su una serie di beni nella disponibilità del politico.

Nel ritenere legittimo la misura cautelare reale, le Sezioni Unite hanno affermato il principio - ampiamente apprezzato in giurisprudenza - secondo cui *«nel nostro ordinamento il partito politico ha natura di associazione privata non riconosciuta come persona giuridica, regolata in via generale dalle norme del codice civile»*. Come riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale, i partiti sono *«organizzazioni proprie della società civile, (...) non come poteri dello Stato»*; pertanto è escluso che ad essi *«possa riconoscersi la natura di organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà di un potere dello Stato (...)»*. In particolare, *le funzioni attribuite ai partiti politici dalla legge ordinaria (...) non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali (...)»*⁴⁷.

Inoltre, la non costituzionalizzazione dei partiti politici si traduce anche nell'assenza di *«un vincolo di destinazione pubblicistica delle somme corrisposte ai partiti politici a titolo di rimborso delle spese elettorali, (...) né (di una) imposizione ai partiti di un programma di interesse della pubblica amministrazione da attuare con quelle risorse pubbliche»*. D'altra parte, si legge nella pronuncia del Supremo consesso, *«il patrimonio dei partiti non è composto unicamente dalle contribuzioni di provenienza statale, ma anche da quelle private provenienti dalle quote di tesseramento, dalle elargizioni e donazioni private e dalle altre attività svolte dalle associazioni politiche: rispetto a tali somme non vi è una gestione separata, in quanto tutte le somme confluiscono nell'unico patrimonio (di natura privata) dei partiti, confondendosi con quelle percepite a titolo di rimborsi elettorali. Né un vincolo di natura specifica sui fondi pubblici erogati in favore dei partiti politici, tale da determinare una relazione di servizio con la pubblica amministrazione, può trarsi dalle funzioni attribuite ai partiti dalla disciplina costituzionale dettata nell'art. 49 Cost.*

Nel disegno costituzionale, infatti, i partiti politici sono organizzazioni espressione dello Stato comunità, e il compito, ad essi affidato, di "concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale", non li rende strumenti della pubblica amministrazione».

Le altre due sentenze - da leggere in stretta correlazione - della Seconda Sezione Penale della

Suprema Corte, del 12.04.2018, riguardano il partito della "Lega Nord per l'indipendenza della Padania"⁴⁸ e della "Lega Nord Toscana"⁴⁹.

Nella prima vicenda è discussa la possibilità di estendere il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta alle somme "depositande" sui conti correnti del partito, oltre a quelle già depositate, fino alla concorrenza dell'importo indicato nel provvedimento cautelare. In precedenza, il Tribunale di Genova con la sentenza 24.07.2017 aveva condannato il legale rappresentante, il tesoriere e alcuni componenti del comitato di controllo contabile della "Lega Nord" per violazione dell'art. 640 bis c.p.. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 640 quater e 322 ter c.p. aveva quindi disposto la confisca diretta a carico del partito di € 48.696.617,00, somma corrispondente al profitto dei reati commessi dai suoi rappresentanti e costituito dalle somme erogate, ai sensi della L. n. 2/97 e n. 57/99, e percepite attraverso l'accredito sui conti correnti ad esso intestati.

La seconda riguarda, invece, l'esecuzione del sequestro di cui al procedimento genovese anche nei confronti della "Lega Nord Toscana", soggetto che - nelle proprie difese - si considera estraneo agli imputati ed ai fatti storici oggetto della sentenza del Tribunale di Genova, 24.07.2017.

La Suprema Corte afferma che *«storicamente l'inquadramento giuridico delle organizzazioni dei partiti e dei movimenti politici (...) è stato operato attraverso l'istituto dell'associazione non riconosciuta, osservando che nelle ipotesi in cui il partito (...) si fosse dotato di articolazioni territoriali i rapporti tra l'associazione in sede centrale e le articolazioni territoriali (...) dovevano essere accertati in virtù del contenuto dello statuto dell'associazione, (Cass. civ., sez. III, 15.11.2002, n. 16076), affermandosi dalla giurisprudenza di legittimità in sede civile che le associazioni locali di un'associazione avente carattere nazionale non sono organi di quest'ultima, bensì sue articolazioni periferiche dotate di autonoma legittimazione negoziale e processuale (Cass. civ., sez. lav., 14.03.2000, n. 2952; Cass. civ., sez. I, 23.06.2008, n. 17028)»*⁵⁰. Aggiunge, quindi, che *«la confisca del profitto di reato è infatti possibile anche nei confronti di una persona giuridica per i reati commessi dal legale rappresentante o da altro organo della stessa, quando il profitto sia rimasto nella sua disponibilità»*⁵¹.

Segue poi un'articolata motivazione giuridica in tema di confisca diretta e per equivalente alla cui nota si rimanda⁵².

3.3. Prospettive di riforma.

A fronte del dibattito giuridico sorto intorno al tema oggetto dell'elaborato e della criminalità politico-amministrativa⁵³, negli ultimi anni la situazione sembra mutare proprio a causa di alcuni fattori volti ad *“una crescente istituzionalizzazione dei partiti politici nazionali”*⁵⁴ ed identificabili⁵⁵: a) in numerosi episodi di uso disinvolto e penalmente illecito delle risorse pubbliche a tutti i livelli; b) nell'insufficienza delle forme di regolazione soft, quali quelle contenute negli statuti e nei codici etici delle formazioni politiche; c) nella difficoltà di considerare i partiti *“soggetti alla legge”*, anche penale.

Seppur non recentissima, è di particolare interesse la proposta di legge n. 3615 dell'8 luglio 2010, presentata alla Camera dei Deputati dagli onn. Tabacci, Pisicchio, Calgaro e Mosella, con la quale si proponeva di assoggettare i partiti politici ai dettami del Decreto legislativo n. 231 del 2001.

Invero, come si legge nel preambolo della proposta di legge, i firmatari sostenevano che *«è necessario risalire il discredito del quale è sommerso il sistema dei partiti politici con strumenti di immediata concretezza e fruibilità. Se condividiamo l'essenziale ruolo dei partiti politici con riguardo al funzionamento delle istituzioni costituzionali democratiche, allora dobbiamo restituire loro credibilità istituzionale. Per farlo, prima ancora di dissodare il campo dei principi di democrazia interna nel quale è coltivata la pianta dei partiti politici, oggi, nella loro dimensione di associazioni non riconosciute, è necessario affermare il principio che i responsabili dei partiti politici, secondo il loro statuto, sono responsabili di tutte le azioni del loro partito»*⁵⁶.

Occorre dunque che i partiti politici, rischiando *«di essere considerati portatori di contagio nell'aria odiosa della corruzione»*, vengano assoggettati *«alle regole comuni»* come avviene fin dagli anni 2000 con gli imprenditori. Questi ultimi infatti *«hanno dovuto conformare gli assetti organizzativi delle loro imprese ai dettami del decreto legislativo n. 231 del 2001, che li ha resi eventualmente responsabili per il comportamento dei loro dirigenti quando questi, nel commettere un reato, provochino un vantaggio per la loro impresa»*.

Per questo *«se reato c'è, la responsabilità in caso di vantaggio per il partito politico è dell'intero partito e*

*dei dirigenti definiti tali dallo statuto. (...) È necessario (...) stabilire la responsabilità degli organi statutari con conseguenze sanzionatorie sull'intera attività del partito medesimo, ove sia accertato il compimento di reati»*⁵⁷.

Ciò premesso, ed entrando nel merito della proposta di legge, l'art. 1 stabilisce che i partiti quali associazioni non riconosciute rispondano per gli illeciti amministrativi dipendente da reato, sulla scorta dell'art. 1 del Decreto legislativo 231/2001.

L'art. 4 stabilisce quali siano i soggetti per i cui reati sia coinvolta anche la responsabilità del partito politico, il quale è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio, ma è irresponsabile nelle determinate circostanze stabilite dall'art. 5⁵⁸.

L'art. 6 indica le caratteristiche del modello di organizzazione e gestione del partito politico.

All'art. 7 è stabilita la confisca dei profitti tratti dalla commissione dei reati commessi dalle persone di cui all'articolo 4.

L'art. 8 sancisce l'autonomia della responsabilità del partito anche nel caso di estinzione del reato per cause diverse dall'amnistia (che comunque, ai sensi del comma 2, il partito è tenuto a rifiutare) o se il responsabile del reato non sia identificabile o imputabile.

All'art. 9 sono indicate le sanzioni applicabile a fronte degli illeciti amministrativi: si tratta delle sanzioni pecuniarie (artt. 10 e 11), confisca (art. 12) e pubblicazione della sentenza sui mezzi di informazione (art. 13).

La norma di chiusura (art. 14) è emblematica (anche ai fini del presente elaborato) e stabilisce l'applicazione al partito politico delle norme relative alla responsabilità amministrativa di cui al decreto legislativo n. 231 del 2001.

4. Conclusioni.

La breve analisi condotta dal presente elaborato conduce alla conclusione che anche i partiti o i movimenti politici siano classificabili quali destinatari della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti.

Certamente non si può ignorare la critica proveniente dalla quasi unanime dottrina circa il potenziale rischio di strumentalizzazioni politiche della disciplina del 2001. È raccomandabile la massima cautela: *“il diritto penale (o parapenale o sanzionatorio-amministrativo che sia) potrebbe essere manipolato senza troppe difficoltà e degradare*

a strumento di controllo politico e di repressione del dissenso»⁵⁹.

Si tratta di un tema rilevante - anche in un'epoca di sconcerto nei confronti della politica - poiché la tutela dei partiti e della loro azione ha sempre come corollario la garanzia del sistema democratico. Impedire ad essi di agire significa imbrigliare le maglie della democrazia: è infatti pacifico che per raggiungere il soglio della rappresentanza, cioè per entrare a far parte di un'assemblea a seguito di regolari elezioni, è necessaria la candidatura all'interno di una forza politica strutturata in un partito.

Ciò premesso, appare decisiva l'opposizione giurisprudenziale sulla qualificazione dei partiti come enti esercenti funzioni costituzionalmente rilevanti, tali da essere esclusi dall'ambito di operatività del Decreto legislativo 231/2001 ai sensi dell'art. 1, ult. co.

Altrettanto significativa è la mancata attuazione dell'art. 49 Cost. e l'assenza di una legge attributiva alle formazioni politiche di prerogative fondamentali così da risolvere ogni dubbio in merito.

Alla luce di questo, allora i partiti devono essere apprezzati come «*organizzazioni proprie della società*

civile»⁶⁰ espressive «dello Stato comunità»⁶¹ che nel disegno costituzionale hanno il compito «di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» senza essere «strumenti della pubblica amministrazione»⁶².

Questa conclusione è motivata da ragioni giuridiche sia in senso stretto, proprio per l'interpretazione del terzo comma dell'art. 1 del Decreto, sia in senso lato. Nello specifico è opportuno continuare a reprimere i reati commessi nell'interesse o a vantaggio di un partito politico, posto che «*se Tangentopoli è ormai lontana, al tempo stesso si può dire che le ferite allora aperte non si sono ancora chiuse»⁶³.*

In definitiva, pertanto, in questo ambito non può che valere l'evoluzione dell'antico brocardo latino - "*Factiones delinquere et puniri potest*" - per permettere all'Italia di trovare una nuova legittimità che orienti la legalità ed un nuovo equilibrio fra diritto e politica⁶⁴.

Andrea Boga

Dottore in Giurisprudenza.

¹ Non pare casuale il progressivo disinteresse dell'opinione pubblica rispetto alla classe politica, che a partire dall'ultimo decennio del 1900 ha conosciuto (e sta conoscendo) un'abissale accelerazione. Si veda INSOLERA G., *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2011, 584.

² La definizione è consultabile sul sito www.treccani.it/enciclopedia/partito.

³ Art. 49 Cost.: «*Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*».

⁴ RIVOCCHI G., *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, fasc. 3, 2016, 2.

⁵ GIANNINI M.S., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Cedam, Padova, 1988, 55 ss.; CASSESE S., *Lo "Stato pluriclasse" in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto*, a cura di S. CASSESE, G. CARCATERA, M. D'ALBERTI e A. BIXIO, il Mulino, Bologna, 1994, 11 ss.

⁶ RIVOCCHI, *op. cit.*, 2.

⁷ CARETTI P., DE SIERVO U., *Diritto costituzionale e pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012, 544.

A seconda dell'interpretazione accolta mutano la disciplina giuridica e la ricostruzione della posizione dei partiti nel sistema.

⁸ SCOPPOLA P., *La repubblica dei partiti, Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, il Mulino, 1997.

⁹ NEGRI G., *Per uno studio giuridico dei partiti politici*, in *Il diritto dei partiti in Italia (1945-1970)*, a cura di P. UNGARI, Camera dei deputati, Servizio Studi legislazione e inchieste parlamentari, Roma, 1971, 3 ss.

¹⁰ RIVOCCHI, *op. cit.*, 3.

¹¹ RIVOCCHI, *op. cit.*, 3.

¹² MELONI G., GAMBALE P., *La regolamentazione dei partiti e la loro democrazia interna in Italia: dal regime di applicazione convenzionale alla prima legge di attuazione dell'art. 49 Cost.?*, in *Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione* a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2017, 2 ss., i quali affermano che: «*Pur essendo condivisibili l'opinione di chi ritiene che la pretesa "elasticità" o genericità delle previsioni contenute nell'art. 49 Cost. non avrebbero impedito una disciplina giuridica sui partiti che configurasse il "metodo democratico" quale limite rispetto all'attività interna di questi ultimi - e non mancarono in tal senso alcune proposte in sede di Assemblea Costituente (quelle presentate da Mortati e da Calamandrei, in particolare), che introducevano disciplina giuridiche anche per quanto atteneva all'organizzazione interna dei partiti politici - con l'avvento della Guerra Fredda e la forte contrapposizione tra i due blocchi di Stati "pro-USA" e "pro-URSS" a prevalere*

fu l'emersione di una linea politica di duro contrasto a ogni possibile "intromissione" costituzionale nella vita dei partiti, particolarmente chiara nelle posizioni del PCI e del suo leader Palmiro Togliatti. Tale soluzione fu infine condivisa da una ampia schiera dei partiti che erano stati componenti del CNL e che si ritenevano i veri padri della Costituzione italiana; essi si atteggiavano in definitiva quali unici soggetti in grado di garantire sia la partecipazione dei cittadini sia la qualità della democrazia».

¹³ AZZARITI G., *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XXIII convegno annuale - Alessandria, Jovene, Napoli, 2009, in RIVISECCHI, op. cit., 5.

¹⁴ RIVISECCHI, op. cit., 5.

¹⁵ RESCIGNO P., *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus*, fasc. 1, 1956, in RIVISECCHI, op. cit., 5.

¹⁶ GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario al Codice civile*, di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1976

¹⁷ RIVISECCHI, op. cit., 6, prosegue: «Pertanto è soltanto grazie al decisivo contributo della giurisprudenza di merito e di quella di legittimità che si è così giunti (...) a sottoporre a controllo le clausole degli statuti dei partiti che escludono il ricorso degli associati all'autorità giudiziaria o ad estendere il sindacato del giudice comune sulle deliberazioni associative e sulle espulsioni».

¹⁸ Corte Cost., 27.06.1975, n. 203, e Corte Cost., 6.09.1995-12.09.1995, n. 422.

¹⁹ Si fa riferimento all'art. 49 Cost.

²⁰ LUCIANI M., *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2001.

²¹ CARETTI, DE SIERVO, op. cit., 544.

²² Corte cost., 24.02.2006, n. 79.

²³ Comma 1: «Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato».

²⁴ Secondo la *Relazione ministeriale allo schema di D.lgs. recante: "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica"*, in www.aodv231.it, par. 2, la scelta del Legislatore delegato è sì determinata: «il delegato - nell'impossibilità materiale di indicare nominativamente tutte le singole realtà - ha preferito utilizzare una formula elastica. Nel far ciò, tuttavia, non ha replicato testualmente la legge delega, ma si è limitato a citare "le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica", in modo da indirizzare l'interprete verso la considerazione di enti che, seppur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla».

²⁵ Si legge nella *Relazione ministeriale*, cit.: «Innanzitutto, l'inequivoca volontà della delega di estendere la responsabilità anche a soggetti sprovvisti di personalità giuridica ha suggerito l'uso del termine "ente" piuttosto che "persona giuridica" (il segno linguistico avrebbe dovuto essere dilatato troppo al di là della sua capacità semantica).

Quanto poi agli enti "a soggettività privata" non dotati di personalità giuridica, la scelta ben si comprende da un punto di vista di politica legislativa, dal momento che si tratta dei soggetti che, potendo più agevolmente sottrarsi ai controlli statali, sono a "maggiore rischio" di attività illecite ed attorno ai quali appare dunque ingiustificato creare vere e proprie zone di immunità».

²⁶ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, Giuffrè, 2014, Milano, 692, nota 13.

²⁷ ANTOLISEI, op. cit., 692-693.

²⁸ ANTOLISEI, op. cit., 693.

²⁹ Si rimanda integralmente al paragrafo 1.2 "Il fenomeno partitico contemporaneo: enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale?".

³⁰ cfr. RIVISECCHI, op. cit., 6.

³¹ Corte Cost., 24.02.2006, n. 79.

³² Cass. pen., sez. II, 9.07.2010, n. 28699, la quale afferma che: «supporre che basti - per l'esonero dal D.lgs. n. 231 del 2001 - la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori più o meno coinvolti nella funzione dell'ente è opzione interpretativa che condurrebbe all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina un numero pressoché illimitato di enti».

³³ Con ciò la Suprema Corte intende asserire che «ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (v. art. 2247 c.c.), a prescindere da quella che sarà - poi - la destinazione degli utili medesimi, se realizzati».

³⁴ Cass. civ., SS. UU., 18 maggio 2015, n. 10094. Secondo le Sezioni Unite è escluso che ad un partito o ad un movimento politico «possa riconoscersi la natura di organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà di un potere dello Stato (...)». In particolare è evidente che «le funzioni attribuite ai partiti politici dalla legge ordinaria (...) non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali (...)».

³⁵ ANTOLISEI, *op. cit.*, 693; CORSO S. M., *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2015, 365 ss.; DI GIOVINE O., *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di MANNA A., Giuffrè, Milano, 2004, 452; FARES G., *La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2004, 2201 ss.; MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1102; PECORELLA C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. ALESSANDRI, IPSOA, Milano, 2002, 72 ss.; SCAROINA E., *Societas delinquere non potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè, Milano, 2006, 140; VARRASO G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di UBERTIS G. - VOENA G. P., Giuffrè, Milano, 2012, 43; ZANNOTTI R., *Diritto penale dell'economia, Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2017, 67

³⁶ Come sostiene MANNA, *op. cit.*: «Le ragioni che militano nel senso dell'esclusione di tali soggetti giuridici dalla responsabilità diretta dell'ente, sono di ordine costituzionale. L'applicazione, infatti, di sanzioni interdittive a tale tipologia di soggetti giuridici rischierebbe di contrastare con le libertà civili garantite dalla Costituzione, in particolare con gli artt. 18, 21, 39 e 49 Cost. In tale ipotesi si assisterebbe ad un limite all'incriminazione dell'ente imposto dalla Costituzione che, un diritto penale costituzionalmente orientato, ha l'obbligo di rispettare».

³⁷ LEVIS M., PERINI A., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Zanichelli, Bologna, 2014, 25.

³⁸ Tra tutti DI GIOVINE, *op. cit.*, 452 e PECORELLA, *op. cit.*, 72 ss.

³⁹ cfr. ANTOLISEI, *op. cit.*, 693; PRESUTTI A., BERNASCONI A., FIORIO C., *La responsabilità degli enti, Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008, 12.

⁴⁰ *Relazione ministeriale, op. cit.*, par. 2.

⁴¹ TRAVI A., *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le società*, fasc. 11, 2001, 1305.

⁴² CORSO, *op. cit.*, 365.

⁴³ Il Codice penale francese, per esempio, agli artt. 131-139, ultimo comma, sancisce la responsabilità dei partiti politici e dei sindacati, ma esclude loro l'applicazione delle sanzioni dello scioglimento e della sottoposizione a sorveglianza giudiziaria.

⁴⁴ DE SIMONE G., *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Cedam, Padova, 2002, 84.

⁴⁵ DE SIMONE, *I profili*, 84.

⁴⁶ GENNAI S., TRAVERSI A., *La responsabilità degli enti, per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, Giuffrè, Milano, 2001, 438.

⁴⁷ La Corte, quindi, ricorda i precedenti già espressivi di questa posizione quali: *Cass. civ.*, sez. lav., 7.01.2003, n. 26, *Cass. civ.*, sez. II, 23.08.2007, n. 17921, e *Cass. civ.*, sez. lav. 27.06.1998, n. 6393.

⁴⁸ *Cassazione pen.*, sez. II, 12.04.2018, n. 29923.

⁴⁹ *Cassazione pen.*, sez. II, 12.04.2018, n. 28436.

⁵⁰ *Cassazione pen.*, sez. II, 12.04.2018, n. 28436.

⁵¹ *Cassazione pen.*, sez. II, 12.04.2018, n. 29923.

⁵² *Cassazione pen.*, sez. II, 12.04.2018, n. 29923, afferma: «ove il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato (*Cass. pen.*, SS.UU., 30.01.2014, n. 10561, Gubert, nonché *Cass. pen.*, SS. UU., 26.06.2015, n. 31617, Lucci). Come sottolineato in particolare dalle Sezioni Unite Lucci proprio la natura fungibile del bene, che si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche del percipiente ed è tale da perdere - per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza - qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica, rende superfluo accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita; ciò che rileva è che le disponibilità monetarie in questo caso dell'ente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo. È la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione (...).

Solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato sia impossibile, sia pure transitoriamente, ovvero quando gli stessi non siano aggredibili per qualsiasi ragione è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente. La ratio essendi della confisca di valore, o per equivalente, sta, infatti, nella impossibilità di procedere alla confisca "diretta" della cosa che presenti un nesso di derivazione qualificata con il reato. (...)Da qui, la logica strutturalmente sanzionatoria della

confisca di valore, dal momento che è l'imputato che viene ad essere direttamente colpito nelle sue disponibilità economiche (...).

Può quindi affermarsi che la confisca per equivalente e prima ancora il sequestro finalizzato a detta confisca ha funzione sussidiaria rispetto a quella tradizionale (confisca diretta) che ha connotati riparatori e finalità non repressive ma ripristinatorie dello status quo ante. (...)

la fungibilità del denaro e la sua stessa funzione di mezzo di pagamento non impongono che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque venga rinvenuta, una volta accertato, come nel caso in esame, il rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, fra il danaro oggetto del provvedimento di sequestro ed il reato del quale costituisce il profitto illecito. Trattasi infatti di assicurare ciò che proviene dal reato la cui confisca è obbligatoria ai sensi del combinato disposto degli artt. 640 quater e 322 ter co 1 c.p.».

⁵³ INSOLERA, *La criminalità*, 584.

⁵⁴ MELONI, PIERO, *op. cit.*, 5.

⁵⁵ v. nota precedente.

⁵⁶ TABACCI, PISICCHIO, CALGARO, MOSELLA, *Proposta di legge "Disciplina della responsabilità amministrativa dei partiti politici*, in *Atti Parlamentari - Camera dei Deputati*, n. 3615, 8 luglio 2010, 2.

⁵⁷ TABACCI, *Proposta di legge*, 3.

⁵⁸ Art. 5 - Assenza di responsabilità del partito politico

1. Ancorché il reato sia stato commesso da uno dei soggetti di cui all'articolo 4, il partito politico non ne risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente individuato come tale dallo statuto del medesimo partito ha adottato e attuato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e di gestione idoneo a pre-venire il reato perseguito nella specie;
- b) ha istituito, prevedendolo nel proprio statuto, un organismo incaricato di vigilare sul funzionamento del modello di organizzazione e di gestione, dotandolo di autonomia di iniziativa e di poteri di controllo;
- c) chi ha commesso il reato ha eluso fraudolentemente i controlli definiti nel modello di organizzazione e di gestione;
- d) l'organismo di cui alla lettera b) ha assunto ogni necessaria iniziativa e ha esercitato, in autonomia, i propri poteri di controllo.

⁵⁹ DE SIMONE, *I profili*, 84.

⁶⁰ Corte cost., 24.02.2006, n. 79.

⁶¹ Cass. civ., SS. UU., 18.05.2015, n. 10094.

⁶² Cass. civ., SS. UU., 18.05.2015, n. 10094.

⁶³ GALLI C., *Tangentopoli: crisi di legalità, crisi di legittimità*, in *Jus*, fasc. 17, 2009, 236.

⁶⁴ cfr. INSOLERA, *La criminalità*, 595 e GALLI, *Tangentopoli*, 236.

Doppio binario sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e *délit d'initié*: elementi di comparazione e condivise frizioni con il divieto di *bis in idem*.

di **G. Titola**

L'inevitabile internazionalità della repressione dell'insider trading ne rende limitante un'analisi su mera base nazionale, mostrandosi preferibile un approccio in chiave comparatista.

In particolare, oggetto di approfondimento saranno gli ordinamenti italiano e francese, i cui rispettivi impianti repressivi, sulla scia della comune base normativa di matrice eurounitaria, sono caratterizzati dalla parallela previsione di una fattispecie di reato e di un illecito amministrativo dagli elementi costitutivi quasi del tutto coincidenti, e la cui disamina acquisisce ulteriore interesse se rapportata alle criticità insite nella difficile conciliazione di tale sistema punitivo bicefalo con il canone del *ne bis in idem*.

Sommario. 1. Premessa: l'interesse di un'analisi del fenomeno di utilizzo abusivo di informazioni privilegiate in chiave comparatista. – 2. *Insider trading* e *délit d'initié*: cenni. – 3. Doppio binario sanzionatorio e divieto di *bis repetita*. – 3.1. Il *ne bis in idem* nella CEDU – 3.2. Il *ne bis in idem* in Italia. – 3.3. Il *ne bis in idem* in Francia. – 4. La condanna italiana nel caso *Grande Stevens*. – 4.1. La natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate dalla CONSOB. – 5. La (mancata) trasposizione del *dictat* dei giudici di Strasburgo nell'ordinamento italiano: dal *non liquet* della Consulta alla timida presa di posizione della Suprema Corte. – 5.1. La “corsa ai ripari” d'oltralpe: la decisione del 18 marzo 2015 del *Conseil Constitutionnel*. – 6. La “corsa ai ripari” d'oltralpe: la decisione del 18 marzo 2015 del *Conseil Constitutionnel*. – 6.1. La riforma del *système de répression des abus de marché*. – 7. Il caso *Nodet*: pendant francese del caso *Grande Stevens*. 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: l'interesse di un'analisi del fenomeno di utilizzo abusivo di informazioni privilegiate in chiave comparatista.

Dalle radici di matrice statunitense, la repressione dell'*insider trading* ha pervaso l'ordinamento giuridico della maggior parte degli Stati del Vecchio Continente, per poi divenire ambivalente oggetto di attenzione e preoccupazione per gli addetti ai lavori, così come per gli organismi europei e internazionali. L'inevitabile internazionalità del fenomeno ne rende limitante un'analisi su mera base nazionale, mostrandosi preferibile un approccio in chiave comparatista. Su tali premesse, il riferimento all'ordinamento francese, avanguardista e apri-fila a livello europeo nella regolamentazione della fattispecie criminosa, si pone come obbligato. Allo stesso modo – seppur per ragioni di non altrettanto pregio giuridico – risulta altresì imprescindibile la disamina della normativa italiana, protagonista della celeberrima decisione della Corte EDU nel caso *Grande Stevens* e a. c. Italia.

L'attenzione nei confronti delle due summenzionate realtà statali, singolarmente considerate, acquisisce maggior interesse se svolta in maniera congiunta.

Sarà agevole notare come, seppur da genesi temporalmente nonché metodologicamente lontane, l'effettività dei sistemi repressivi de quo risulti svilita dalle medesime criticità.

2. *Insider trading* e *délit d'initié*: cenni.

La problematica coesistenza del divieto di doppio giudizio, di matrice squisitamente garantista, con il bicefalo sistema sanzionatorio posto a presidio della fattispecie criminosa de qua nei due ordinamenti statali considerati è sicuramente figlia delle rispettive normative statali.

Sulla scia della condivisa base eurounitaria in materia, i rispettivi estremi del reato e del crime di abuso di informazione privilegiata risultano integrati nelle ipotesi di *trading*, *tiping* e *tuyautage*.

La condotta tipica, imprescindibilmente commissiva¹, deve essere realizzata dall'insider, ovvero da soggetto che possa vantare un possesso qualificato di un'informazione a carattere privilegiato².

Altro tratto caratteristico del suddetto impianto normativo, parimenti condiviso dai due ordinamenti giuridici considerati, nonché di marcata rilevanza ai

fini della presente trattazione, è relativo alla parallela previsione di un illecito amministrativo e di una fattispecie di reato, dagli elementi costitutivi quasi del tutto coincidenti³.

3. Doppio binario sanzionatorio e divieto di *bis repetitia*.

Addentrarsi nel vivo dell'analisi del tema de qua impone un ultimo ordine di precisazioni riguardo il contenuto del divieto di *bis repetitia*.

3.1. Il *ne bis in idem* nella CEDU.

Le recenti pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, come espressione della (sempre meno assoluta) sovranità statale in materia penale⁴, hanno assunto uno straordinario ruolo propulsivo nel senso di una più profonda tutela del *reo*, affiancando o, talvolta, imponendosi su giurisprudenza e legislazioni statali. Il classico taglio spiccatamente casistico delle decisioni dei giudici di Strasburgo, fortemente ancorate alle peculiarità della concreta vicenda in esame, ha di fatto lasciato spazio ad un approccio di più ampio respiro, con la predisposizione di ragionamenti che, pur non perdendo l'originario legame con l'affaire, risultano astrattamente estendibili ad una pluralità di situazioni omogenee.

Volendo muoversi verso considerazioni di taglio più squisitamente tecnico, il divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU dispone una espressa inibitoria di istaurazione di un nuovo e distinto procedimento penale nell'ipotesi in cui un ulteriore procedimento sul medesimo fatto si sia già concluso con una sentenza definitiva. È evidente come la concreta modulazione del divieto dipenda dalla definizione dei termini "reato" e "medesimo fatto" che si voglia accogliere⁵.

Quanto, in primis, alla nozione di reato, la stessa Corte ha precisato⁶ come questa vada interpretata in ragione dei principi generali in materia di *accusation en matière pénale* di cui all'art. 6 della CEDU⁷. Imprescindibile, dunque, il riferimento ai tre criteri di individuazione della *matière pénale*, cristallizzati per la prima volta tramite la fondamentale pronuncia nel caso Engel⁸, i quali impongono di verificare la qualificazione dell'illecito effettuata in ambito interno, che – conformemente all'approccio sostanziale adottato dalla Corte EDU – rileva unicamente come criterio ermeneutico, la natura dell'infrazione e, infine, il grado di severità della

sanzione ad essa riconnessa. Trattasi di criteri alternativi, il cui soddisfacimento cumulativo non viene necessariamente richiesto ai fini della valutazione circa la natura penale di un dato procedimento.

Per quel che riguarda poi l'*idem factum*, ci si rifà ancora una volta a quanto eminentemente sancito dalla Corte di Strasburgo⁹, la quale ha ritenuto più coerente al principio del *favor rei* un'idea di medesimezza del fatto corrispondente all'identità di circostanze fattuali concrete, che riguardino il medesimo soggetto e che siano inscindibilmente connesse tra loro nel tempo e nello spazio¹⁰. Da qui dunque l'esclusione, ai fini dell'applicazione del canone del *ne bis in idem*, del fatto giuridicamente considerato, e ciò in favore dell'*idem factum* storico.

3.2. Il *ne bis in idem* in Italia.

Avendo riguardo alla *ratio* del divieto di doppio giudizio, questo si presenta quale irrinunciabile prolungamento dell'intangibilità della *res iudicata*. L'immanenza del giudicato penale impone difatti «l'impraticabilità di ogni sequenza procedurale iterativa di una cognizione ormai giunta al suo epilogo»¹¹.

In un'ottica sistemica, l'esclusione di ogni iterazione processuale per l'*idem factum* è altresì corollario di una serie di principi fondamentali dell'ordinamento, quali l'interesse collettivo alla certezza del diritto, che risulterebbe irrimediabilmente compromesso dall'ammissione della possibilità di ripetizione di accertamenti giudiziali già sfociati in una pronuncia definitiva, o ancora le garanzie individuali riconosciute all'individuo dal sistema penale, le quali escludono che questi possa trovarsi perennemente esposto alla potestà punitiva statale per un medesimo fatto, oltre che esigenze di economia processuale, finalizzate alla promozione di un utilizzo razionale delle risorse¹².

Primo elemento rilevante per un più puntuale – ma non risolutivo – inquadramento del principio *de qua* è il dato normativo di cui all'art. 649 c.p.p. Il primo comma dell'articolo da ultimo citato, disponendo che «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere nuovamente sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente configurato per titolo, grado o circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69, comma 2, e 345», qualifica il divieto di *bis in idem*

come fenomeno ulteriore rispetto al sopraggiungere della soglia invalicabile del giudicato penale, pur rimanendovi funzionalmente collegato¹³.

Ora, il summenzionato art. 649 c.p.c. subordina l'applicazione del divieto in esame alla nozione di medesimo fatto, senza però fornirne alcuna definizione. Il legislatore, limitandosi a sancire lapidariamente il divieto di iterazione processuale nell'ipotesi di identità fattuale, lascia dunque all'interprete l'arduo compito di determinarne i contorni.

A tale prima criticità si aggiunge il riferimento all'intervenuta sentenza penale di condanna o assoluzione, la quale preclude l'istaurazione di un ulteriore procedimento, anch'esso penale: il fulcro risiede dunque nella natura penale del provvedimento e dell'*iter* processuale considerati.

Seppur la questione non presenti alcuna rilevanza in ambito interno, le strette maglie dell'impostazione formalista nazionale entrano inevitabilmente in collisione con l'approccio, di stampo squisitamente sostanzialistico, adottato dalla Corte di Strasburgo, il quale ha di fatto ampliato l'ambito di operatività del divieto di *bis repetitita*, imponendone l'applicazione nell'ipotesi in cui il procedimento, e la consecutiva sanzione irrogata, superino una determinata soglia di severità, indipendentemente dal *nomen iuris* ad essi riconosciuto. Da qui la rilevanza della questione nell'ambito dell'analisi del «microcosmo normativo»¹⁴ in materia di *insider trading*.

3.3. Il *ne bis in idem* in Francia.

Anche nell'ordinamento francese, l'interdizione di doppio giudizio per l'*idem factum* si inserisce a pieno titolo nel novero delle garanzie processuali a tutela dell'individuo, nell'ambito del più ampio obiettivo di salvaguardia della *securité juridique*¹⁵. Il detto divieto coadiuva e completa i principi, di matrice garantista, di cui all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, quali, segnatamente, il principio di necessità delle pene ed il principio di non retroattività della legge penale¹⁶.

Parimenti, e più nel dettaglio, il necessario rispetto del principio si presenta quale conseguenza dell'immanenza del giudicato penale, così come sancita al primo comma dell'art. 6 del *Code de procédure pénale*¹⁷, il quale introduce la *res iudicata* tra le cause di estinzione dell'*action publique*. È anche da tale disposizione che risulta possibile ricavare la stessa obbligatorietà del *non bis in idem*.

Il *Code de procédure pénale* contiene altresì una norma espressamente deputata alla previsione del divieto di *bis repetitita*, ovvero l'art. 368, il quale interdice l'istaurazione, per il medesimo fatto, di un secondo procedimento nei confronti di un soggetto che sia già stato sottoposto ad un giudizio conclusosi con una pronuncia definitiva.

Coerentemente con il disposto dell'art. 649 c.p.p. italiano, il legislatore francese non fornisce alcuna definizione della nozione di medesimo fatto, della quale non viene neppure data menzione all'interno dell'art. 368 del *Code*, delegando ai giudici, in sede di applicazione della norma da ultimo menzionata, la concreta modulazione dell'ambito di operatività del principio *de qua*.

Dunque, seppur il legislatore francese abbia optato per una formulazione meno «minuziosa»¹⁸, è evidente la circoscrizione del *range* applicativo del principio al solo ambito penale: seppur non si faccia espresso riferimento all'istaurazione, in seguito alla celebrazione di un procedimento penale conclusosi con una sentenza definitiva, di un ulteriore procedimento anch'esso penale, alla mancata espressa presa di posizione sopperisce la collocazione sistematica della disposizione.

Le criticità insite in tale deriva sono state ulteriormente acuite dall'avvento, nel 1989, di una particolare pronuncia del *Conseil constitutionnel*¹⁹, il quale ha espressamente sancito che «*le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait (...) ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives*». Ciò, in particolare, è stato possibile in ragione della riserva predisposta dalla Francia in merito all'applicazione dell'art. 4 del Prot. 7 della CEDU, in occasione della cui formulazione è stato espressamente chiarito che solo le sanzioni qualificate come penali in diritto interno rientrano nell'ambito di operatività degli artt. 2 e 4 del Prot. 7 della CEDU²⁰.

Ora, i brevi cenni nozionistici sin qui forniti – in relazione tanto all'ordinamento italiano quanto a quello francese – cozzano con la progressiva evoluzione della giurisprudenza europea in materia e, prima tra tutti, con l'elaborazione dei criteri *Engels* nonché con il generale approccio marcatamente sostanzialistico adottato dai Giudici di Strasburgo. Il paragone tra le due realtà giuridiche e, segnatamente, il riferimento la disciplina finalizzata alla repressione delle *opérations d'initié*, lascia

trasparire profonde frizioni tra formalismo interno, irrigidito da rigorose e talvolta invalicabili qualificazioni giuridiche, e dettato convenzionale, così come interpretato dalla Corte EDU.

4. La condanna italiana nel caso *Grande Stevens*.

Le premesse sin qui effettuate aprono la strada all'analisi della celeberrima decisione nel caso *Grande Stevens e a. c. Italia*.

La Corte EDU, con sentenza del 4 marzo 2014, ha ritenuto che l'istaurazione di un procedimento sanzionatorio dinanzi la CONSOB per l'illecito di cui all'art. 187-ter T.U.F., pur essendo pendente un procedimento penale dinanzi l'autorità giudiziaria per il reato di cui all'art. 184 T.U.F. per l'*idem factum*, integrasse gli estremi di una violazione dell'art. 4 prot. 7 della CEDU.

Tale statuizione, lungi dal poter essere ridotta ad un puntuale accoglimento delle rivendicazioni di tutela degli autori del ricorso, ha di fatto investito l'intero sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, mettendo in rilievo le carenze sistemiche della disciplina italiana in materia, e imponendone, di conseguenza, una profonda rivisitazione, nell'ottica di renderla compatibile con il dettato convenzionale.

4.1. La natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate dalla CONSOB.

Il fulcro dell'intero ragionamento predisposto dalla Corte risiede, *in primis*, nella mobilitazione della nozione di *matière pénale*, così come delineata a partire dalla giurisprudenza *Engel*²¹.

Anzitutto, l'attenzione viene posta sul ruolo svolto dalla CONSOB, la quale «ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici»²², ovvero di interessi di natura generale, alla cui tutela vengono normalmente preposte disposizioni di natura penale²³.

Accanto a tale primo elemento, il quale già di per sé milita nel senso dell'inclusione del procedimento sanzionatorio di competenza della CONSOB nell'ambito della *matière pénale*, si aggiungono una serie di considerazioni relative alla natura delle sanzioni irrogabili. A tal proposito, «è stato osservato che le sanzioni pecuniarie inflitte dall'art 187-ter, lungi dall'esaurirsi in una funzione meramente ripristinatoria dell'ordine finanziario violato, perseguono uno scopo eminentemente repressivo e afflittivo, come del resto suggerisce sia l'entità degli

importi monetari che la sanzione può raggiungere, sia il corredo di sanzioni accessorie interdittive che possono essere irrogate»²⁴. Esse non si limitano a disporre il risarcimento del danno finanziario causato, ma assumono a pieno titolo carattere punitivo; a riprova di ciò, la modulazione del *quantum* della sanzione in ragione della gravità della condotta posta in essere, e non dell'ammontare del danno effettivamente cagionato²⁵.

Il procedimento dinanzi la CONSOB, per quanto *formalmente amministrativo*, viene dunque ritenuto *sostanzialmente penale*. Conclusione che si traduce nella necessaria imposizione del rispetto dei principi garantisti tipicamente previsti in ambito penale, quali, tra gli altri, l'equo processo e il *ne bis in idem*. Per quel che riguarda, segnatamente, il secondo dei menzionati principi, i giudici ritengono soddisfatto il requisito dell'*idem factum*, presupposto imprescindibile ai fini dell'operatività del divieto in questione. L'istaurazione del procedimento dinanzi l'autorità giudiziaria nazionale, in seguito alla condanna del *reo* perpetrata da parte della CONSOB e divenuta definitiva in seguito all'infruttuoso decorso dei termini di impugnazione dell'ordinanza della Corte di cassazione, si pone dunque in netto conflitto con il divieto di doppio giudizio di cui all'art. 4, Prot. 7 della CEDU.

La situazione di già potenziale frizione con il *dictum* convenzionale viene ulteriormente complicata dall'assenza di una previsione che imponga ad una delle due distinte autorità competenti, la CONSOB e il giudice penale, di rinunciare al procedimento instaurato dinanzi ad essa in favore del legittimo svolgimento del giudizio alternativo.

Dal canto suo l'art. 649 c.p.p., quale disposizione legislativa espressamente deputata alla previsione del divieto di un doppio giudizio, non si presta ad una interpretazione convenzionalmente conforme. La formulazione del suddetto articolo, connotata com'è da una particolare insistenza sull'aggettivo "penale", riferito sia al procedimento in sé che al provvedimento in cui quest'ultimo sfocia, sbarra la strada ad ogni tentativo di applicazione estensiva del principio in esame.

Sono diversi gli spunti di riflessione che emergono dal confronto tra l'assetto normativo interno e quanto derivante dalla giurisprudenza *Grande Stevens*, oltre che, più in generale, dall'interpretazione marcatamente sostanzialistica del principio del *ne bis in idem* fornita dalla Corte

EDU. Si pensi alla difficile coesistenza di quest'ultima con il dogma nazionale dell'intangibilità del giudicato nella precipua ipotesi in cui entrambi i procedimenti si siano conclusi con una pronuncia definitiva²⁶. O ancora, all'opposto caso di litispendenza, in cui entrambi i procedimenti siano stati avviati, senza che alcuno dei due sia sfociato in un provvedimento definitivo. L'assenza di un giudizio non più esposto a mezzi di impugnazione ordinari rende inapplicabile l'art. 649 c.p.p., lasciando il soggetto privo di garanzie, con la parallela esclusione della possibilità di ricorrere dinanzi alla Corte EDU, non essendo riempite le condizioni di ricevibilità di cui all'art. 34 CEDU²⁷.

5. La (mancata) trasposizione del *dictat* dei giudici di Strasburgo nell'ordinamento italiano: dal *non liquet* della Consulta alla timida presa di posizione della Suprema Corte.

Tutt'altro che scevro di profili problematici fu il tentativo nazionale di recepimento del *dictat* dei giudici di Strasburgo, in inevitabile frizione con l'intero quadro costituzionale italiano.

Emblematiche, anzitutto, due ordinanze della Corte di cassazione del 2015, per il tramite delle quali vennero introdotte altrettante questioni pregiudiziali dinanzi la Corte costituzionale²⁸. Il riferimento è, in particolare, all'ordinanza n. 1782 del 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015) e all'ordinanza n. 950 del 21 gennaio 2015.

Quanto al primo dei due provvedimenti citati²⁹, il giudizio *a quo* aveva difatti ad oggetto non la commissione di un reato di natura finanziaria, com'era il caso nella decisione *Grande Stevens*, ma bensì la fattispecie di cui all'art. 184 T.U.F., congiuntamente al suo *pendant* amministrativo ex art. 187-bis T.U.F. Più nel dettaglio, la Quinta sezione penale della Corte di cassazione, preso atto dell'impraticabilità di un'interpretazione convenzionalmente orientata delle due disposizioni domestiche rilevanti, decise di rimettere la questione al Giudice delle Leggi, formulando due questioni di legittimità costituzionale, entrambe sul fondamento di una potenziale violazione dell'art. 117 co. 1 della Costituzione in relazione al parametro convenzionale di cui all'art. 4, Prot. 7 della CEDU.

In via principale, veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-bis del T.U.F., con particolare riferimento alla parte in cui questo prevedeva "salve le sanzioni penali quando il fatto

costituisce reato", assunto considerato quale inequivocabile indice di cumulo sanzionatorio³⁰. Tale tesi veniva corroborata, secondo quanto sostenuto dalla Suprema Corte, dalla previsione del meccanismo di computabilità di cui all'art. 187-terdecies T.U.F.³¹.

In subordine, veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nel caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi protocolli. Tale seconda questione, più agevolmente condivisibile, presupponeva una pronuncia di tipo additivo, al cui accoglimento sarebbe conseguito una tendenziale preponderanza del procedimento amministrativo, di più celere celebrazione rispetto al giudizio penale.

Quanto poi all'ordinanza n. 950 del 21 gennaio 2015³², occorre sottolineare *in limine* come il suo avvento abbia intricato ulteriormente la questione, rendendo ancor più lampanti le carenze "sistemiche" del sistema punitivo italiano in materia di *market abuses*. Nello specifico, con il provvedimento in questione veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter del T.U.F., relativo all'illecito di manipolazione di mercato, in ragione del potenziale contrasto della disciplina in esso contenuta con gli artt. 2³³ e 4 del Prot. 7 della CEDU. Volendosi limitare a inquadrare i contorni del *petitum* predisposto dalla Suprema Corte, esso sembrerebbe propendere per la caducazione *in toto* della disposizione ritenuta incostituzionale, con il risultato di limitare la repressione della manipolazione di mercato al solo *volet* penale ex art. 185 T.U.F. D'altra parte, la menzionata conclusione risulterebbe suffragata da taluni punti del provvedimento *de qua*³⁴, in ragione dei quali la Suprema Corte sembrerebbe invocare un intervento di tipo manipolativo, volto ad un riesame della norma alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. Sui due summenzionati rinvii, con la sentenza n. 102 del 12 maggio 2016, la Corte Costituzionale si esprime per la prima volta sulla spinosa³⁵ questione della coesistenza del principio del *ne bis in idem*, così come interpretato dalla Corte EDU in occasione della

decisione *Grande Stevens*, con il doppio binario sanzionatorio in materia finanziaria e tributaria.

Nonostante le grandi aspettative riservate dall'intero panorama dottrinale e giurisprudenziale italiano riguardo l'imminente pronuncia della Consulta, quest'ultima si limitò a dichiarare inammissibili entrambe le questioni di legittimità costituzionale formulate per il tramite dell'ordinanza n. 1782 del 10 novembre 2014, oltre che la questione sollevata dalla sezione tributaria della Suprema Corte con l'ordinanza n. 950 del 21 gennaio 2015³⁶. Il merito della questione non venne affrontato neanche in maniera incidentale³⁷, lasciando i giudici di merito privi di indicazioni univoche quanto all'interpretazione da adottare³⁸.

Lascito del categorico *non liquet* del Giudice delle Leggi è dunque un panorama normativo e giurisprudenziale italiano dilaniato da incertezze interpretative ed applicative "multilivello".

Da ultimo, i successivi tentativi di fornire maggiore tangibilità al test di ammissibilità del doppio binario sanzionatorio, così come risultante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, seppur apprezzabili, non risultano comunque risoluti. Ne è un esempio una recente decisione della Corte di cassazione³⁹, pronunciata nel precipuo scopo di fornire «istruzioni circa la *metodologia* del giudizio di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria e, dunque, della commisurazione *in proportionem* della sanzione da irrogare per seconda»⁴⁰, la quale, concentrandosi sulla proporzionalità della risposta sanzionatoria complessivamente considerata e sulle modalità di effettuazione del predetto giudizio di proporzionalità, rimane marcatamente settoriale ed inidonea a tradursi in un vero e proprio *tremblement de terre* giurisprudenziale.

6. La "corsa ai ripari" d'oltralpe: la decisione del 18 marzo 2015 del *Conseil Constitutionnel*.

La consapevolezza riguardo la pericolosa assonanza regolativa italo-francese, già nota da tempo agli addetti ai lavori⁴¹, venne acuita dall'approdo della decisione *Grande Stevens*, causando un *revirement* giurisprudenziale del Consiglio costituzionale francese. Ciò avvenne in occasione della *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) nel celeberrimo caso *EADS*⁴², cui seguì, a sua volta, un' incisiva riforma legislativa.

In particolare, la travagliata vicenda processuale sottesa al caso da ultimo menzionato, la quale coinvolgeva operazioni finanziarie di un considerevole volume economico e tre colossi dell'industria europea, la Airbus s.e. (filiale della EADS-Airbus, oggi Airbus Group), la Daimler Chrysler Ltd. e la Lagardère s.c.a., fu l'occasione – seppur, come si vedrà, mancata – per mettere al bando il bicefalo sistema sanzionatorio in materia di *abus de marchés*. Non essendo questa la sede per un'analisi dettagliata del portato della decisione *de qua*, se ne ripercorrono in modo cursorio i punti salienti.

Va da subito relativizzato il portato rivoluzionario della pronuncia *de qua*. *In primis*, la medesima si inserì in un cammino già percorso dalla Corte di Strasburgo, e dunque non pienamente innovativo, seppur con risvolti sotto taluni aspetti più incisivi e sul fondamento di distinti presupposti. *In secundis*, l'operatività del divieto di *double poursuite*, introdotto per il tramite della decisione in esame, risulta fortemente circoscritto, e ciò in ragione della subordinazione della medesima al necessario rispetto di talune condizioni, poste dallo stesso *Conseil*.

Anzitutto, il *Conseil constitutionnel* adottò una concezione particolarmente stretta di giudicato penale, idonea ad includere le sole decisioni aventi il carattere della definitività, pronunciate all'esito di un procedimento penale, escludendo così la rilevanza delle sanzioni dell'*Autorité des marchés financiers*⁴³. Venne poi dichiarata l'incostituzionalità ad efficacia differita degli artt. L456-1 e 621-5 del *Code monétaire et financier*, aventi ad oggetto, rispettivamente, la previsione del *délit* e del *manquement d'initié* in relazione, però, al parametro di cui all'art. 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, ovvero al principio di *nécessité des peines*. Più nel dettaglio, pur non facendosi riferimento al divieto di *bis repetitum*⁴⁴, il *Conseil* riconosceva l'incostituzionalità del doppio binario sanzionatorio nella pur circoscritta ipotesi di definizione delle due infrazioni in termini identici e di conferimento della competenza per sanzionarle in capo ad un'unica autorità⁴⁵.

In ogni caso, fondamentale fu l'aver imposto al legislatore la modificazione entro il primo settembre 2016 dell'intero impianto repressivo degli *abus des marchés*, aprendo allo stesso la possibilità di andare oltre la mera riscrittura delle sole disposizioni

dichiarate incostituzionali, e puntando a fornire legittimità e coerenza sistemica all'intera disciplina.

6.1. La riforma del *système de répression des abus de marché*.

La riforma, effettuata tramite la «*loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, réformant le système de répression des abus de marché*», che non tardò ad arrivare, fece storcere il naso ai più attenti alle esigenze del *reo*, mantenendo in vigore il sistema caratterizzato dal doppio binario sanzionatorio. Scartata la via della totale modificazione dell'impianto repressivo in auge, il legislatore ha piuttosto optato per la predisposizione di taluni accorgimenti in grado di renderlo compatibile al dettato costituzionale.

Ciononostante, innegabile merito della legge n. 2016/819 è la predisposizione meccanismo di concerto obbligatorio tra *Parquet Financier* e AMF, in ragione del quale, prima dell'istituzione dell'*action publique*, il procuratore della Repubblica competente sarà tenuto ad informare l'Autorità competente a vegliare sui mercati finanziari⁴⁶. Così come, viceversa, prima di contestare un determinato illecito l'AMF dovrà notificare la propria intenzione al procuratore competente⁴⁷. Nell'ipotesi in cui le due autorità non riescano a trovare un accordo su chi debba essere riconosciuto competente, viene altresì previsto un meccanismo per dirimere tale conflitto, che vede quale protagonista il procuratore generale presso la corte d'appello di Parigi⁴⁸.

Non volendo ulteriormente soffermarsi sul tema⁴⁹, si rilevi in *summa*, come, seppur il legislatore abbia tentato di risolvere il *deficit* patologico che attanagliava il proprio ordinamento interno in ragione della recente pronuncia di illegittimità costituzionale, il doppio binario sanzionatorio, seppur parzialmente plasmato su esigenze di tutela dell'accusato, è rimasto in vigore: senza dubbio alcuno, un'occasione mancata.

7. Il caso *Nodet*: pendant francese del caso *Grande Stevens*.

Il mancato carattere risolutivo della recente riforma francese in materia di *market abuses* fu confermato dalla decisione della Corte EDU nel caso *Nodet*⁵⁰.

Il ricorrente, sanzionato dall'AMF e, nello stesso anno, condannato dinanzi al giudice penale per l'*idem factum*, lamentava una violazione del principio del *ne bis in idem*.

La Corte di Strasburgo apre l'analisi della questione effettuando l'ormai collaudato test di compatibilità del doppio binario sanzionatorio statale rispetto al divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 della CEDU⁵¹. Nessun dubbio, anzitutto, quanto al fatto che entrambi i provvedimenti vertessero sul medesimo fatto, alla definitività di almeno una delle due decisioni e, infine, alla natura sostanzialmente penale di entrambe le sanzioni irrogate nei confronti del ricorrente. Ora, occorre ribadirlo, il rispetto di tali requisiti, seppur necessario ai fini della verifica circa la sussistenza di una violazione del divieto di *bis repetita*, non risulta sufficiente ai fini dell'integrazione della stessa, essendo richiesta l'effettuazione di un ulteriore passaggio.

Secondo ormai granitica giurisprudenza della Corte EDU, il potenziale contrasto con il principio di *ne bis in idem* viene escluso nell'ipotesi in cui i due procedimenti incentrati sull'*idem factum* presentino un «*un lien matériel et temporel suffisamment étroit*». Richiamando i quattro principali indizi di connessione *matérielle*, i giudici di Strasburgo ritengono sussistente la sola prevedibilità, al momento della condotta, dell'istituzione di un duplice giudizio⁵². Diversamente, viene esclusa *in toto* la complementarità tra i due procedimenti, i quali risultano funzionali alla repressione dei medesimi «*profili di dannosità del fatto di manipolazione del mercato*»⁵³ ed alla protezione del medesimo *intérêt social*.

Seppur tale aspetto fosse già idoneo ad escludere la compatibilità della *procédure mixte* con il parametro di cui all'art. 4 Prot. 7 della CEDU, la Corte evidenzia altresì la mancanza di coordinamento tra le due autorità procedenti. I giudici competenti in sede di giudizio penale non si sono infatti limitati alla sola analisi degli elementi probatori già utilizzati dall'AMF, ma hanno piuttosto proceduto all'effettuazione di ulteriori indagini e all'assunzione di prove supplementari, fondandosi su autonome inchieste della *Brigade Financière*⁵⁴.

Da ultimo, quanto al necessario ricorso a meccanismi di proporzione sanzionatoria, nell'ottica del raggiungimento di una complessiva proporzionalità punitiva, la Corte sostiene che, se i giudici di primo grado hanno espressamente tenuto conto della sanzione già irrogata in sede amministrativa, «*tel n'a pas été le cas de la cour d'appel*»⁵⁵. Affermazione che viene comunque neutralizzata dalla constatazione che, pur se in mancanza di tale esplicito riferimento,

la corte d'appello ha di fatto proceduto ad una riduzione della pena irrogata dal *tribunal correctionnel*.

In secondo luogo, i giudici di Strasburgo escludono altresì il rispetto del requisito della connessione temporale sufficientemente stretta. La trattazione dei due procedimenti, durata complessivamente più di sette anni e mezzo, si è difatti svolta solo parzialmente in concomitanza. Mentre la procedura dinanzi l'AMF si era definitivamente conclusa nel 2009, il processo penale sfocia in una pronuncia definitiva solo nel gennaio del 2014⁵⁶.

In definitiva, la Corte EDU conclude che «*le requérant a subi un préjudice disproportionné en conséquence de la double poursuite et de la double condamnation, par la commission des sanctions de l'AMF et les juridictions pénales, pour les mêmes faits*»⁵⁷.

A tale ultimo proposito, è di un particolare interesse il fatto che i Giudici di Strasburgo abbiano dunque ritenuto sussistente una violazione del divieto di *bis repetitum* pur in presenza di una concreta presa in considerazione, nell'ambito della commisurazione della sanzione da irrogare nel giudizio istaurato per secondo, della pena già disposta nel procedimento conclusosi per primo, quale era, in questo caso la procedura amministrativa dinanzi l'AMF⁵⁸. Tale precisazione sembrerebbe testimoniale una volontà della Corte EDU di promuovere una tutela più orientata verso l'aspetto sostanzialistico del principio *de qua*, in un'ottica di effettiva protezione dei diritti fondamentali del *reo*.

È bene tenere a mente che la condanna subita dallo Stato francese in occasione dell'affaire *Nodet* si fonda, in realtà, su vicende processuali svoltesi prima della novella legislativa del 2016. È ancora presto per dire se il meccanismo di coordinamento tra le due distinte autorità giudicanti implicate, così come recentemente riformato, sarà idoneo a far rifuggire allo Stato francese una nuova condanna da parte

della Corte EDU. In ogni caso, sin da adesso, i limiti della riforma del sistema repressivo in materia di *abus de marché* sono abbastanza evidenti, circoscritti come sono ad ipotesi puntualmente identificate.

8. Considerazioni conclusive.

Al netto di quanto sin qui esposto, sia la normativa italiana che la *répression à la française*, appaiono non ancora pienamente allineate ai parametri di conformità rispetto al canone del *ne bis in idem* più volte ribaditi in ambito europeo.

Nondimeno, il novellato sistema sanzionatorio francese costituisce un modello al quale il legislatore italiano potrebbe volgere lo sguardo per trarre ispirazione, nel senso di un – pur circoscritto – approfondimento della tutela riconosciuta al soggetto accusato di aver commesso una infrazione a vario titolo riconducibile all'alveo degli abusi di mercato. Pur non risolvendo il *deficit* sistemico più volte evidenziato dai Giudici di Strasburgo, è pacifico che la predisposizione di un meccanismo di concerto obbligatorio tra autorità giudiziaria e amministrativa possa essere considerata un primo importante *step*. Da non sottovalutare sono, da ultimo, le implicazioni della tematica in esame che, lungi dal rimanere circoscritta al solo ambito qui esaminato, risulta astrattamente in grado di intaccare *in toto* l'impianto di tutele del *reo*, con evidenti ricadute in termini di garanzia del contraddittorio, economia processuale ed esposizione alla potestà requisitoria e sanzionatoria statale sotto una duplice veste. Potenziali esiti di così ampio respiro richiederebbero una maggiore attenzione, un'analisi più accurata e una soluzione che possa dirsi anch'essa di carattere *sistemico*.

Giulia Titola

Dottoressa in Giurisprudenza.

¹ Mazzacuvà N. – Amati A., *Gli abusi di mercato*, in *Diritto penale dell'economia*, Cedam, 2018, 306.

² In particolare, gli elementi caratterizzanti l'*inside information*, così come previsti dalle normative italiana e francese e, segnatamente, dall'art. 180 del T.U.F. e dall'art. L465-1 del *Code monétaire et financier*, sulla scia della definizione di cui all'art. 7, par. 1 del reg. (UE) 596/2014, risultano pienamente coincidenti e si identificano nei caratteri di precisione, non pubblicità, nel fatto di concernere direttamente o indirettamente uno o più emittenti o uno o più strumenti finanziari e nella *price sensitivity*.

³ Seppur non sia questa la sede per una compiuta trattazione del tema, si ritiene comunque opportuno rilevare la sussistenza di divergenze regolative tra i regimi italiano e francese quanto, segnatamente, ai soggetti attivi del reato. Questioni – talvolta anche di non poco conto – sorgono anzitutto quanto all'esclusione italiana dall'ambito del penalmente rilevante della figura dell'insider secondario, a fronte della pacifica punibilità della condotta del «portatore di conoscenza

occasionale di un'informazione privilegiata» (così Mazzacuva N. –Amati A., *op. cit.*, 302; sul tema v. anche Jeandidier W., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 2005, 129 ss.); inoltre, altrettanto interessante è il distinto approccio adottato dai due paesi quanto alla punibilità dell'ente, con implicazioni che, lungi dal rimanere confinate alla mera reprimibilità dell'utilizzo abusivo di inside information che possa riconoscersi quale imputabile all'ente, assume proporzioni "sistemiche". Sul tema MAZZACUVA N. –AMATI A., *op. cit.*, 31 ss.; Longari C., *I reati finanziari*, in Rampioni R. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Giappichelli, 2019, 220 ss.; Y.D., *Point sur la responsabilité pénale des personnes morales*, www.actu.dalloz-etudiant.fr, 2012; Boulloc B., *Personne morale. Conditions. Fusions de société. Fusion- absorption.*, in *RTD comm.*, 2000, 1024; Iacopelli M. – Catelan N., *Délit et manquement d'initiés*, in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2015, 1 ss..

⁴ Viganò F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, www.penalecontemporaneo.it, 2014: «(...) negli ultimi anni è in effetti cresciuto l'interventismo della Corte EDU nei confronti delle scelte dei legislatori statali in materia penale, tradizionalmente considerata come una proiezione della sovranità statale, e anche per tale motivo particolarmente refrattaria al processo di armonizzazione su scala sovranazionale che ha interessato da tempo altri settori dell'ordinamento».

⁵ Così Menardo N., *Il ne bis in idem negli abusi di mercato - interferenze tra illecito penale e illecito amministrativo nei reati di market abuse*, www.giurisprudenzapenale.com, 2018.

⁶ Corte EDU, 10 febbraio 2009, n. 14939/09, *Zolotoukhin c. Russia*.

⁷ V. Menardo N., *op. cit.*

⁸ Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e a. c. Paesi Bassi*.

⁹ Cfr. Corte EDU, 10 febbraio 2009, n. 14939/09, *Zolotoukhin c. Russia*.

¹⁰ *Ibidem*, par. 84: «La Cour doit donc faire porter son examen sur ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace».

¹¹ Rafaraci T., voce *ne bis in idem*, Enc. dir., III, Giuffrè, 2010.

¹² Sul punto si veda Menardo N., *op. cit.*, 89-90.

¹³ Per una trattazione più esaustiva del tema si veda Rafaraci T., *op. cit.*

¹⁴ Mazzacuva N. – Amati A., *op. cit.*, 352.

¹⁵ Così Vialle M., *Le principe non bis in idem en droit français : où on est?*, www.village-justice.com, 2018.

¹⁶ Il cui testo prevede che «la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée».

¹⁷ Il cui testo prevede che «l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée».

¹⁸ Il riferimento è alla formulazione dell'art. 649 c.p.p. italiano, all'interno del quale si fa espressamente riferimento all'intervenuta sentenza penale di condanna o di assoluzione, la quale preclude l'istaurazione di un ulteriore procedimento, anch'esso penale. Ma, occorre chiarirlo, da tale maggiore precisione (se così la si vuol chiamare) non discendono maggiori certezze applicative.

¹⁹ Cons. const., 28 luglio 1989, n. 89-260. Sul fondamento di tale pronuncia, la *Chambre criminelle* della Corte di cassazione francese ha espressamente ammesso la possibilità di cumulo sanzionatorio in *matière fiscale* (Cass. crim., 20 giugno 1996, n. 268, in *Bull. Crim.*, 1996) e in *matière boursière* (Cass. crim., 1 marzo 2000, n. 98, in *Bull. crim.*, 2000). V. a tal proposito Campagne T., *La mutation de la règle "ne bis in idem" en droit pénal français*, www.lepetitjuriste.fr, 2016.

²⁰ Così Campagne T., *art. cit.*

²¹ Si veda a tal proposito il pt. 94 della sentenza Corte EDU, 4 marzo 2014, n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*: «La Corte rammenta la sua consolidata giurisprudenza ai sensi della quale, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della «sanzione» (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22). Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'articolo 6 § 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale». Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale» (*Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, §§ 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e *Zaicevs c. Lettonia*, n. 65022/01, § 31, CEDU 2007-IX (estratti))».

²² Corte EDU, 4 marzo 2014, n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 96.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Corte EDU, 4 marzo 2014, n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 96 ss.

²⁵ Corte EDU, 4 marzo 2014, n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 96: «Dunque, non si prefiggevano unicamente, come sostiene il Governo (paragrafo 91 supra), di riparare un danno di natura finanziaria. Al riguardo, è opportuno notare che le sanzioni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori».

²⁶ A tal proposito v. Mazzacuva N. – Amati A., *op. cit.*, 360 ss.

²⁷ v. Mazzacuva N. – A. Amati A., *op. cit.*, 362.

²⁸ Ai fini della stesura del presente lavoro, si è ritenuto opportuno soffermarsi sui provvedimenti che più hanno fatto discutere gli addetti ai lavori. Per ulteriori spunti di riflessione si rinvia, per completezza, Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, e la parallela decisione della Corte Costituzionale, Corte Cost., 20 maggio 2016, n. 112; Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016; Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015.

²⁹ Per un'analisi più approfondita del dispositivo dell'ordinanza si veda SCOLETTA M., *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, www.penalecontemporaneo.it, 2014, DE MARTINO L., *Insider trading e principio del ne bis in idem: profili di illegittimità costituzionale del "doppio binario" al vaglio della Consulta*, in *Rivista nel diritto*, 2014.

³⁰ In tale contesto, veniva richiesta alla Corte costituzionale una pronuncia di tipo manipolativo, finalizzata a sancire in maniera inequivocabile la primazia del procedimento penale nell'ipotesi di realizzazione di un abuso di informazioni privilegiate e, segnatamente, alla sostituzione dell'assunto di cui *supra* con la formula «salvo che il fatto costituisca reato».

³¹ Trattatasi, ad onor del vero, di orientamento di difficile accoglimento, e ciò in ragione del fatto che l'articolo da ultimo menzionato si riferisce alla fase di esecuzione della pena, e non alla commisurazione della medesima.

³² Ai fini di una più ampia comprensione dell'interesse dell'ordinanza *de qua*, oltre che dei successivi risvolti ad essa riconducibili, si ritiene imprescindibile un breve cenno alla vicenda fattuale ad essa sottesa. L'imputato, persona fisica, veniva condannato dalla Corte d'appello di Roma, adita in ragione del ricorso effettuato contro la decisione 16113/07 della CONSOB, in solido con due società, la Magiste International s.a. e la Garlsson Real Estate, per la commissione dell'illecito di manipolazione di mercato di cui all'art. 187-ter del T.U.F. In particolare, la condanna era giustificata in ragione dell'anomalo andamento dei titoli della RCS MediaGroup s.p.a., il quale era riconducibile alla condotta posta in essere dall'imputato, tesa ad attirare l'attenzione del pubblico sui suddetti titoli e, per tale via, sostenerne le quotazioni per il perseguimento di finalità personali. Contro la decisione della Corte d'appello di Roma veniva poi effettuato ricorso per cassazione nell'interesse dell'imputato, il quale sfociò nell'ordinanza *de qua*.

³³ Tale articolo, rubricato «Diritto di ricorso in materia penale», prevede: «1. Chiunque venga dichiarato colpevole di una infrazione penale da un tribunale ha il diritto di sottoporre ad un Tribunale della giurisdizione superiore la dichiarazione di colpa o la condanna. L'esercizio di questo diritto, ivi inclusi i motivi per cui esso può essere invocato, sarà stabilito per legge. 2. Tale diritto potrà essere oggetto di eccezioni in caso di infrazioni minori come stabilito da legge o in casi nei quali la persona interessata sia stata giudicata in prima istanza da un Tribunale della giurisdizione più elevata o sia stata dichiarata colpevole e condannata a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento».

³⁴ Cfr. C. Cass, ord. 21 gennaio 2015, n. 950, par. 22.

³⁵ Così come definita da Viganò F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, www.penalecontemporaneo.it, 2016.

³⁶ La trattazione delle due ordinanze avvenne difatti in maniera congiunta in quanto, secondo le parole della stessa Consulta, esse «pongono questioni analoghe per oggetto, termini e parametri. Entrambe le ordinanze di rimessione, infatti, pongono questioni relative al rispetto del ne bis in idem come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in casi di cosiddetto "doppio binario" sanzionatorio, cioè in casi nei quali la legislazione nazionale prevede un doppio livello di tutela, penale e amministrativo. In particolare, le due ordinanze riguardano il settore degli abusi di mercato».

³⁷ Cfr. Viganò F., *art. cit.*

³⁸ Quanto alle ragioni sottese alla triplice dichiarazione di inammissibilità, si rinvia al testo della decisione Corte Cost., 12 maggio 2016, n. 102, www.cortecostituzionale.it.

³⁹ C. Cass., ord. 15 aprile 2019, n. 39999.

⁴⁰ Tripodi A.F., *Ne bis in idem e insider trading: dalla cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*, *Giur. It.*, 2020, 932.

⁴¹ Il riferimento è, in particolare, all'arringa difensiva dell'avvocato Jean-Daniel Bretzer in occasione del rinomatissimo *affaire Altran*, TGI Paris, 10 dicembre 2012. V. al riguardo Dufour O., *L'affaire Altran jugée...14 ans après les faits*, www.actu-juridique.fr, 2016.

⁴² Cons. Const., 18 marzo 2015, n. 2014/453-454 e 2015/462 QPC. V. al riguardo N. Rontchevsky N. -M. Storck M. - Goyet C., *Le Conseil constitutionnel met fin au cumul de poursuites et de sanctions pénales et administratives pour manquement et pour délit d'initié et impose une réforme du cadre répressif des abus de marché*, in *RDT Com.*, 2015, 320.

⁴³ Così N. Rontchevsky N. - M. Storck M. - Goyet C., *art. cit.*, 320.

⁴⁴ Coerentemente con la precedente, nonché ormai risalente, giurisprudenza del *Conseil*, la quale aveva escluso l'aprioristica divergenza tra divieto di *bis repetitum* e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato, fermo restando il necessario rispetto del principio di necessità delle pene (cfr. *Cons. const.*, 28 luglio 1989, n. 89-260).

⁴⁵ Sul punto N. Rontchevsky N. - M. Storck M. - Goyet C., *art. cit.*, 324.

⁴⁶ Cfr. art. L465-3-6 pt. II del *Code monétaire et financier*.

⁴⁷ Cfr. art. L465-3-6 pt. III del *Code monétaire et financier*.

⁴⁸ Cfr. art. L465-3-6 pt. IV del *Code monétaire et financier*.

⁴⁹ Per una trattazione più esaustiva delle novità introdotte dalla riforma de qua v. Quentin B., *Premières observations sur la loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché*, *Revue Lamy droit des affaires*, www.lamyline.fr, 2016.

⁵⁰ Corte EDU, 6 giugno 2019, c-47342/14, *Nodet c. Francia*.

⁵¹ Così Scoletta M., *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, www.penalecontemporaneo.it, 2019.

⁵² Corte EDU, 6 giugno 2019, c-47342/14, *Nodet c. Francia*, par. 47: «La Cour constate tout d'abord qu'en l'espèce la mixité des procédures était une conséquence sinon certaine, du moins possible et prévisible, aussi bien en droit qu'en pratique, du même comportement reproché au requérant».

⁵³ Così Scoletta M., *art. cit.*

⁵⁴ Corte EDU, 6 giugno 2019, c-47342/14, *Nodet c. Francia*, par. 49: «(...) Toutefois, la cour d'appel s'est quant à elle fondée à la fois sur le travail des enquêteurs de l'AMF et sur celui des enquêteurs de la brigade financière (paragraphe 23 ci-dessus). La Cour note au surplus que ces derniers ont été saisis le 11 septembre 2007 pour procéder à leurs propres investigations (paragraphe 19 ci-dessus), et ce alors que le rapport d'enquête de la direction des enquêtes et de la surveillance des marchés de l'AMF avait été déposé depuis plus d'un an (paragraphe 13 ci-dessus). Il y a donc eu à tout le moins répétition dans le recueil des éléments de preuve».

⁵⁵ Corte EDU, 6 giugno 2019, c-47342/14, *Nodet c. Francia*, par. 50.

⁵⁶ Corte EDU, 6 giugno 2019, c-47342/14, *Nodet c. Francia*, par. 52, all'interno del quale i giudici aggiungono altresì che il governo francese, «qui s'en remet à la sagesse de la Cour sur le fond de l'affaire, ne justifie pas d'un tel délai».

⁵⁷ Corte EDU, 6 giugno 2019, c-47342/14, *Nodet c. Francia*, par. 53.

⁵⁸ Come sottolineato da Scoletta M., *art. cit.*



TRIMESTRALE, 3, 2021

