

**GIURISPRUDENZA PENALE
TRIMESTRALE**



4, 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. **4, 2021** chiuso in data **30 maggio 2022**.

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.

INDICE

NOVITÀ

CORTE COSTITUZIONALE _____	4
CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE _____	4
CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI SEMPLICI _____	7
LEGISLAZIONE _____	13

CONTRIBUTI

F. M. MAGNELLI, Bancarotta documentale specifica, generica o semplice? La Cassazione alla ricerca degli “indici di fraudolenza” perduti in caso di omessa tenuta della contabilità _____	16
F. COLAIANNI – D. COLOMBO, Indebita compensazione e dichiarazione fraudolenta tra crediti non spettanti e inesistenti. Focus sul cd. “superbonus 110%” _____	32
E. NAPOLETANO – L. ACAMPORA – A. MASI – I. VERGINELLI, La «significatività» e la «misurabilità» dell’inquinamento ambientale: un approccio tecnico per recuperare determinatezza della fattispecie penale _____	45
F. LOMBARDI, L’occultamento della sostanza stupefacente tra concorso nella detenzione e favoreggiamento _____	61
G. B. CHERCHI, Suicidio medicalmente assistito e teoria del reato _____	66
G. CENTAMORE, La valutazione di configurabilità del reato nel sequestro preventivo: altre declinazioni del principio di proporzionalità _____	81
A. QUATTROCCHI, La confisca urbanistica non è incostituzionale (per il momento) _____	87
F. PROCOPIO – G. BELLINI, Confisca ambientale: storia di una misura costituzionalmente (il)legittima e del suo possibile epilogo legislativo _____	98
R. BERTUOL, La nuova disciplina per l’acquisizione dei tabulati telefonici: l’interpretazione “autentica” del legislatore e la parola fin alla (fin troppo) lunga querelle giurisprudenziale __	108
G. LORENZI, La rilevanza delle iscrizioni ex art. 335 c.p.p. ai fini del giudizio prognostico sul pericolo di <i>reiteratio criminis</i> _____	119
M. VULCANO, Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla <i>compliance</i> 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario _____	126
A. PERRUCCIO, La Cassazione scioglie i nodi interpretativi sulla natura dei poteri del magistrato di sorveglianza in materia di lavoro extra-murario _____	142



NOVITÀ

CORTE COSTITUZIONALE

Questioni decise

Articolo 438 c.p.p. – Delitti puniti con la pena dell’ergastolo – Preclusione del rito abbreviato – Imputato riconosciuto incapace di intendere e di volere al momento del fatto – Violazione dell’art. 111 Cost. – Infondatezza.

Corte cost., Sent. 29 ottobre 2021, n. 208

Presidente Coraggio, Relatore Viganò

Il G.U.P. del Tribunale di Rimini aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 438, comma 1 *bis*, c.p.p., introdotto dalla legge 12 aprile

2019, n. 33, laddove non prevede che l’imputato infermo di mente, riconosciuto incapace di intendere e di volere al momento del fatto, con perizia accertata in sede di incidente probatorio, possa chiedere di definire il processo con giudizio abbreviato nel caso di reato astrattamente punibile con la pena dell’ergastolo.

Con la sentenza n. 208 del 2021, la Corte Costituzionale ha dichiarato la questione non fondata.

Questioni sollevate

Articolo 3, comma 4, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 – Misure di prevenzione – Divieti di possedere ed usare apparati di comunicazione e di accedere ad internet – Limiti temporali al divieto – Assenza Diritto al rispetto della vita privata e libertà di espressione – Violazione – Questione di legittimità costituzionale.

Cassazione Penale, Sez. V, Ordinanza, 16 dicembre 2021 (ud. 25 ottobre 2021), n. 46706

Presidente Sabeone, Relatore Riccardi

In tema di misure di prevenzione, con l’ordinanza in epigrafe la quinta Sezione penale della Corte di

cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 4, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per contrasto con gli artt. 3, 15, 21 e 117 Cost. in relazione agli artt. 8 e 10 CEDU, nella parte in cui non prevede una durata minima e massima dei divieti di possedere ed usare apparati di comunicazione, inclusi i telefoni cellulari, e di accedere ad internet, imposti con l’avviso orale del Questore e nella parte in cui affida il potere di limitazione all’autorità amministrativa.

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE

Questioni decise

Articolo 416 bis c.p. – Affiliazione alla Ndrangheta secondo il rituale previsto dalla associazione – Associazione per delinquere di stampo mafioso – Configurazione della fattispecie – Condizioni.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 36958

Presidente Cassano, Relatore Pellegrino

Con ordinanza n. 5071/2021 era stata rimessa alle Sezioni unite la seguente questione di diritto: “se la mera affiliazione ad una associazione a delinquere di stampo mafioso cd. storica, nella specie ‘Ndrangheta’, effettuata secondo il rituale previsto dalla associazione stessa, costituisca fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla

condotta di partecipazione, tenuto conto della formulazione dell’art. 416-bis c.p. e della struttura del reato dalla norma previsto”.

Con la sentenza n. 36958, depositata in data 11 ottobre 2021, è stato affermato il seguente principio di diritto: “la condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso si sostanzia nello stabile inserimento dell’agente nella struttura organizzativa dell’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”.

Articoli 240 c.p., 321 c.p.p. – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa – Ordinanza che dispone il sequestro – Motivazione del *periculum in mora* – Necessità.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 11 ottobre 2021 (ud. 24 giugno 2021), n. 36959

Presidente Fumu, Relatore Andreazza

Con ordinanza n. 9335/2021 era rimessa alle Sezioni Unite una questione di diritto relativa all'obbligo (o meno) di motivazione sul *periculum in mora*, in caso di sequestro di beni costituenti il profitto di reato finalizzato alla confisca facoltativa.

Con la sentenza n. 36959, depositata in data 11 ottobre 2021, è stato affermato il seguente principio di diritto: *“il provvedimento di sequestro preventivo ex art. 321 comma 2 c.p.p., finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 c.p., deve contenere la concisa motivazione anche del periculum in mora, da rapportare alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca prima della definizione del giudizio, salvo restando che, nelle ipotesi di sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, la motivazione può riguardare la sola appartenenza del bene al novero di quelli confiscabili ex lege”*.

Articoli 84, 575 c.p. – Omicidio doloso realizzato a seguito di atti persecutori nei confronti della medesima vittima – Integrazione di un reato complesso ai sensi dell'art. 84, primo comma, cod. pen.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 26 ottobre 2021 (ud. 15 luglio 2021), n. 38402

Presidente Cassano, Relatore Zaza

Era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: *“Se, in caso di omicidio commesso dopo la esecuzione di condotte persecutorie poste in essere dall'agente nei confronti della medesima persona offesa, i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, comma primo, n. 5.1, cod. pen., concorrano tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso, ai sensi dell'art. 84, comma primo, cod. pen.”*.

Con sentenza n. 38402 depositata il 26 ottobre 2021, le Sezioni Unite penali hanno affermato che: *“la fattispecie del delitto di omicidio, realizzata a seguito di quella di atti persecutori nei confronti della medesima vittima, contestata e ritenuta nella forma di delitto aggravato ai sensi degli artt. 575, 576, comma primo, n. 5.1, cod. pen. – punito con la pena edittale dell'ergastolo – integra, in ragione*

dell'unitarietà del fatto, un reato complesso ai sensi dell'art. 84, primo comma, cod. pen.”.

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

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 28 ottobre 2021 (ud. 29 aprile 2021), n. 39005

Presidente Cassano, Relatore Di Stefano

Con ordinanza n. 8077/2021, la Corte di cassazione, Sezione sesta, aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: *“se nel disporre la misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa, ex art. 282-ter c.p.p., il giudice deve necessariamente determinare specificamente i luoghi oggetto di divieto”*.

Con sentenza n. 39005, pronunciata in data 29 aprile 2021 e depositata in data 28 ottobre 2021, le Sezioni Unite hanno affermato che: *“il giudice che ritenga adeguata e proporzionata la sola misura cautelare dell'obbligo di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa (art. 282-ter, comma 1, cod. proc. pen.) può limitarsi ad indicare tale distanza. Nel caso in cui, al contrario, nel rispetto dei predetti principi, disponga, anche cumulativamente, le misure del divieto di avvicinamento ai luoghi da essa abitualmente frequentati e/o di mantenimento della distanza dai medesimi, deve indicarli specificamente”*.

Articoli 61 n. 5, 624, 625 c.p. – Furto commesso in tempo di notte – Aggravante – Minorata difesa – Ricorrenza – Prova.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 8 novembre 2021 (ud. 15 luglio 2021), n. 40275

Presidente Cassano, Relatore Beltrani

Con ordinanza n. 10778 del 2021 la Corte di cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: *“se il furto commesso in tempo di notte debba ritenersi solo per questo aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 5 cod. pen.”*.

Con sentenza n. 40275/2021, le Sezioni Unite hanno affermato i seguenti principi di diritto:

– *“ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della c.d. 'minorata difesa', prevista dall'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l'agente ha profittato in modo tale da ostacolare la predetta difesa, devono essere accertate alla stregua di concreti e concludenti elementi di fatto atti a dimostrare la particolare situazione di vulnerabilità –*

oggetto di profittamento – in cui versava il soggetto passivo, essendo necessaria, ma non sufficiente, l' idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione del reato”;

– “la commissione del reato ‘in tempo di notte’ può configurare la circostanza aggravante in esame, sempre che sia raggiunta la prova che la pubblica o privata difesa ne siano rimaste in concreto ostacolate e che non ricorrano circostanze ulteriori, di natura diversa, idonee a neutralizzare il predetto effetto”.

Articolo 321 c.p.p. – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca del prezzo o del profitto del reato – Oggetto della confisca – Denaro – Natura della confisca – Confisca diretta.

Cass. pen., Sez. Un., Sent. 18 novembre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 42415

Presidente Cassano, Relatore Mogini

Con l'ordinanza n. 7021/2021 la Corte di cassazione, Sezione sesta, aveva rimesso alle Sezioni unite la

seguente questione di diritto: *“se il sequestro delle somme di denaro giacenti su conto corrente bancario debba sempre qualificarsi finalizzato alla confisca diretta del prezzo o del profitto derivante dal reato anche nel caso in cui la parte interessata fornisca la prova della derivazione del denaro da un titolo lecito”.*

Con sentenza numero 42415, depositata il 18 novembre 2021, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: *“qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca viene eseguita, in ragione della natura del bene, mediante l'ablazione del denaro, comunque rinvenuto nel patrimonio del soggetto, che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario da quest'ultimo conseguito per effetto del reato; tale confisca deve essere qualificata come confisca diretta, e non per equivalente, e non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita del numerario oggetto di ablazione”.*

Questioni rimesse

Articolo 409 c.p.p. – Richiesta di archiviazione – Ordinanza di rigetto – Indicazione di provvedere all'interrogatorio dell'indagato – Mancata indicazione delle ulteriori indagini da compiere – Abnormità dell'ordinanza.

Cass. pen., Sez. II, Ord. 7 ottobre 2021 (ud. 28 settembre 2021), n. 36417

Presidente Diotallevi, Relatore Minutillo

In merito ai poteri del Giudice per le Indagini Preliminari a seguito di presentazione di richiesta di archiviazione, con l'ordinanza in epigrafe, alla luce del contrasto presente all'interno della giurisprudenza di legittimità, è stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: *“se sia abnorme il provvedimento con il quale il G.i.p., decidendo sulla richiesta di archiviazione, restituisca gli atti al Pubblico Ministero perché provveda all'interrogatorio dell'indagato, laddove tuttavia nell'ordinanza medesima manchi l'indicazione delle ulteriori indagini da compiere”.*

Articoli 165 c.p., 444 c.p.p. – Applicazione della pena su richiesta delle parti – Ratifica dell'accordo da parte del giudice – Subordinazione d'ufficio della sospensione condizionale della pena alle condizioni previste dall'art. 165, comma 4, cod. pen. – Ammissibilità.

Cass. pen., Sez. V, Ord. 18 ottobre 2021 (ud. 7 ottobre 2021), n. 37698

Presidente Vessichelli, Relatore Morosini

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di cassazione, sezione quinta, ha rimesso alle Sezioni Unite le seguenti questioni di diritto:

– “se, in tema di patteggiamento, il giudice, ratificando l'accordo intervenuto tra le parti, possa, di ufficio, subordinare il beneficio della sospensione condizionale della pena a una delle condizioni previste dall'art. 165, comma primo, cod. pen. nel caso in cui tale condizione sia rimasta estranea alla pattuizione e, in particolare, se sia possibile subordinarlo alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività in caso di mancato esplicito consenso dell'imputato”;

– “se, in tema di prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, il computo della durata di tale misura debba essere effettuato con riferimento solo al criterio dettato dall'art. 165, comma primo, cod. pen. (per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa) oppure con riferimento al criterio desumibile dal combinato disposto degli artt. 18 bis disp. coord. cod. pen. e 54, comma 2, d.lgs. n. 274 del 2000 (non inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi)”.

Articolo 131 bis c.p. – esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto – continuazione tra i reati – Ostatività.

Cass. pen., Sez. V, Ord. 25 ottobre 2021 (ud. 8 ottobre 2021), n. 38174

Presidente Pezzullo, Relatore Carusillo

In tema di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.), con l'ordinanza in epigrafe la quinta Sezione penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: *“se, ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen., sia di per sé ostativa la continuazione tra i reati”*.

La soluzione di tale questione – si specifica nell'ordinanza – *“include, eventualmente, anche quella subordinata concernente le condizioni alle quali possa ritenersi operante la particolare tenuità del fatto in presenza del reato continuato nel caso in cui non si reputi in sé ostativo tale reato all'applicazione della causa di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen.”*.

Articolo 603 c.p.p. – Sentenza di assoluzione in primo grado – Processo di appello – Citazione dell'imputato per l'espletamento dell'interrogatorio – Necessità.

Cass. pen., Sez. I, Ord. 7 dicembre 2021 (ud. 21 settembre 2021), n. 45179

Presidente Tardio, Relatore Liuni

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione prima, ha rimesso alle Sezioni Unite una questione di diritto, relativa alla applicabilità del principio stabilito dalla recente sentenza della Corte EDU Maestri e altri c. Italia.

In particolare, la menzionata sentenza della Corte europea ha censurato l'ordinamento processuale italiano per non avere previsto – a garanzia dell'imputato assolto nel primo grado di giudizio e condannato nel processo di appello – uno specifico onere di audizione del medesimo prima di assumere la decisione di condanna.

Secondo la Corte EDU, in questo caso è necessario che l'imputato, qualora assente, sia destinatario di una chiamata in giudizio al fine di porlo in condizione di rendere l'esame. A questo scopo non è sufficiente l'ordinaria citazione per il giudizio di appello, ma è richiesta una chiamata specifica con l'indicazione dell'incombente istruttorio da compiersi.

In conseguenza di tali considerazioni, grava sul giudice di appello l'obbligo di assicurare la partecipazione dell'imputato al processo con azioni positive, salvo il diritto di quest'ultimo alla rinuncia espressa e inequivocabile alle proprie garanzie difensive.

Ad avviso della Corte di cassazione, la sentenza Maestri c. Italia *“individua un vulnus sia procedurale che sostanziale, laddove non vi sia stata apposta citazione dell'imputato per l'esame innanzi al giudice di appello prima di essere condannato – per la prima volta – a seguito di un giudizio di primo grado definito con pronuncia di assoluzione”*.

Per tali ragioni, la Corte ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della *“applicabilità generale del dictum della sentenza 8 luglio 2021 della Corte EDU, fissando criteri orientativi per le decisioni future, oltre che per quella in esame”*.

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI SEMPLICI

Articolo 657 c.p.p. – Custodia cautelare – Periodo scontato in epoca precedente rispetto alla consumazione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire – Scomputo – Esclusione.

Cass. pen., Sez. I, Sent. 13 ottobre 2021 (ud. 17 settembre 2021), n. 37327

Presidente Zaza, Relatore Aliffi

In tema di computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo (art. 657 c.p.p.), con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi – escludendola e ravvisando di non dover neanche sollevare questione di legittimità

costituzione – sull'ipotesi di scomputo del periodo di custodia cautelare scontato in epoca precedente rispetto alla consumazione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire.

Il meccanismo di *“compensazione”* delineato dall'art. 657 c.p.p. incontra, infatti, un espresso limite di ordine temporale delineato dal quarto comma della medesima disposizione, in forza del quale la fungibilità opera soltanto per la custodia cautelare subita o le pene espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire (ai sensi dell'art. 657 c. 4 c.p.p., *“in ogni caso sono computate soltanto la custodia cautelare subita*

o le pene espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire”).

La ricorrente aveva chiesto alla Corte di sollevare questione di legittimità costituzionale dell’art. 657 c. 4 c.p.p. nella parte in cui limita l’applicazione della fungibilità della detenzione sofferta senza titolo alla sua anteriorità rispetto al reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire, trattandosi di scelta legislativa che, “*facendo dipendere l’operatività della fungibilità da un fattore meramente casuale di natura temporale, oltre a vulnerare la parità di trattamento di cui all’art. 3 della Costituzione ed il principio del favor libertatis, si pone in contrasto con la finalità rieducativa della pena prevista dall’art. 27, comma 3, Costi. e con il divieto di ricorrere a presunzioni assolute nell’applicazione di disposizioni normative che incidono sulla libertà personale*”.

La Cassazione ha ritenuto di non dover sollevare questione di legittimità costituzionale, essendo la stessa tematica già stata oggetto di due diverse pronunce della Consulta: la sentenza n. 198 del 27 luglio 2014 e l’ordinanza n. 117 del 12 aprile 2017.

Con la prima decisione, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell’art. 657 c. 4 c.p.p. con riguardo all’argomento, ripreso dal ricorrente, secondo il quale, “*a parità di situazioni, la possibilità di ‘compensare’ la pena da espiare con l’ingiusta carcerazione già subita verrebbe fatta dipendere da un fattore meramente casuale di natura temporale, ossia la circostanza che l’ingiusta carcerazione segua, e non già preceda, la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire*”.

Ebbene, in tale occasione, il giudice delle leggi ha osservato come la previsione normativa censurata trovi, in realtà, giustificazione sotto due distinti profili. Da un lato, “*è imposta dall’esigenza di evitare che l’istituto della fungibilità si risolva in uno stimolo a commettere reati, trasformando il pregresso periodo di carcerazione in una ‘riserva di impunità’ utilizzabile per elidere le conseguenze di futuri illeciti penali, mentre persegue lo scopo di porre rimedio a disfunzioni del sistema giudiziario e di compensare chi ne abbia patito le conseguenze in termini di privazione della libertà personale, poi rimasta priva di valido titolo*”. Dall’altro, “*la pena in ogni caso, seppur scontata mediante l’imputazione ad essa del periodo di ingiusta detenzione sofferta per altro reato, per assolvere alle funzioni preventive e di recupero del reo che le sono attribuite dall’ordinamento, deve sempre*

seguire, e non precedere, il fatto criminoso cui accede e che mira a sanzionare”.

Non vi è, dunque, alcun conflitto né con il principio di eguaglianza, dal momento che “*la situazione di chi ha sofferto la custodia cautelare, o espiato una pena senza titolo, dopo la commissione di altro reato non corrisponde a quella di chi l’ha subita o eseguita anteriormente*”, né con l’art. 13 Cost. perché “*sacrifica la libertà individuale a ragione dell’esigenza di non incentivare la commissione di ulteriori fatti criminosi, contando su una sostanziale impunità, e di non stravolgere le funzioni di prevenzione e di emenda della pena*”, né, infine, con l’art. 27 Cost. “*per l’impossibilità di concepire una funzione rieducativa in relazione a reati che debbano essere ancora commessi*”.

Con la seconda decisione, la Corte Costituzionale, nel richiamare i principi già espressi con la sentenza n. 198/2014, ha affermato che l’art. 657 cod. proc. pen. “*non contiene, in alcun modo, regole irragionevolmente discriminatorie e ha ribadito la piena coerenza con i parametri costituzionali dell’orientamento esegetico che nega la compensazione tra pena da espiare e periodo di detenzione ingiusta già sofferto, anche se questo derivi dall’unificazione per continuazione dei reati separatamente giudicati, nel senso che soltanto ‘ove il giudice dell’esecuzione verifichi (nel rispetto degli accertamenti già svolti in sede cognitiva) che il reato associativo, con pena da espiare, è stato commesso in epoca anteriore alla carcerazione sine titolo patita per i reati-fine dell’associazione, egli deve scomputare senz’altro quest’ultima dalla pena relativa al primo reato, quale che sia la data del suo accertamento’, escludendo tale beneficio nel caso opposto*”.

In conclusione “*la ratio dell’istituto fondata sull’esigenza di evitare, sempre e comunque, la preconstituzione di riserve di impunità a favore di chi sia stato cautelarmene detenuto per altro fatto al punto da non ammettere neppure distinguo a seconda che la sentenza assolutoria per il diverso fatto per cui il condannato ha subito custodia cautelare sia divenuta definitiva prima o dopo la commissione del nuovo reato*”.

Articolo 378 c.p. – Favoreggiamento – Difensore dell’indagato – Informazione della possibilità di essere sottoposto a misura cautelare – Integrazione della fattispecie – Condizioni.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 14 ottobre 2021 (ud. 14 settembre 2021), n. 37512

Presidente Di Stefano, Relatore Capozzi

In tema di favoreggiamento, segnaliamo ai lettori la pronuncia con cui la sesta sezione penale della Corte di Cassazione ha ribadito che *“non integra il delitto di favoreggiamento personale la condotta del difensore che, avendo ritualmente preso visione di atti processuali dai quali emergano gravi indizi di colpevolezza a carico del proprio assistito, lo informi della possibilità che nei suoi confronti possa essere applicata una misura cautelare, atteso che la legittima acquisizione di notizie che possono interessare la posizione processuale dell’assistito ne rende legittima la rivelazione a quest’ultimo in virtù del rapporto di fiducia che intercorre tra professionista e cliente e che che attiene al fisiologico esercizio del diritto di difesa”*. Al contrario – si precisa nella sentenza *“ –qualora l’acquisizione di notizie avvenga in maniera illegale – come nel caso di concorso nel delitto di rivelazione o di utilizzazione di segreti d’ufficio o nella fraudolenta presa visione o estrazione di copie di atti che devono rimanere segreti – si verifica una sorta di ‘solidarietà anomala’ con l’imputato in virtù della quale l’aiuto del difensore è strumentale non già alla corretta, scrupolosa e lecita difesa ma alla elusione o deviazione delle investigazioni e, quindi, al turbamento della funzione giudiziaria rilevante ai sensi dell’art. 378 cod. pen.”*.

Articolo 624 bis c.p. – Furto in abitazione – Privata dimora – Nozione – Studio legale – Inclusione.

Cass. pen., Sez. IV, Sent. 27 ottobre 2021 (ud. 15 settembre 2021), n. 38412

Presidente Serrao, Relatore Ranaldi

In tema di furto in abitazione (art. 624 bis c.p.), con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione, Sezione quarta, è tornata a pronunciarsi sulla qualificabilità dello studio legale come luogo di privata dimora. La più recente e condivisibile giurisprudenza di legittimità – si legge nella sentenza – *“ha ritenuto corretta la qualificazione ex art. 624-bis cod. pen. del furto commesso di notte all’interno di uno studio legale, ricorrendo i presupposti dello ‘ius excludendi alios’, dell’accesso non indiscriminato al pubblico e della presenza costante di persone, anche eventualmente in orario notturno, essendo il titolare libero di accedervi in qualunque momento della giornata; ciò in quanto, ai fini della configurabilità del reato previsto dall’art. 624-bis cod. pen., rientrano nella nozione di privata dimora i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata*

– compresi quelli destinati ad attività lavorativa o professionale – e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare”.

Tale orientamento – si precisa – *“è in linea con l’interpretazione letterale e sistematica della norma incriminatrice in riferimento esplicitata dalle Sezioni Unite D’Amico, nella sentenza n. 31345 del 23/03/2017. In tale importante decisione, il Supremo Consesso ha delineato la nozione di privata dimora sulla base dei seguenti, indefettibili elementi: a) utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (riposo, svago, alimentazione, studio, attività professionale e di lavoro in genere), in modo riservato ed al riparo da intrusioni esterne; b) durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona, in modo che tale rapporto sia caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità; c) non accessibilità del luogo, da parte di terzi, senza il consenso del titolare. Ha, quindi, affermato il principio secondo cui, ai fini della configurabilità del reato previsto dall’art. 624 bis cod. pen., rientrano nella nozione di privata dimora esclusivamente i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare, compresi quelli destinati ad attività lavorativa o professionale”*.

Sulla base di tali coordinate interpretative, *“appare corretta la considerazione della Corte territoriale che ha ricondotto il furto in disamina nella fattispecie di cui all’art. 624-bis cod. pen. In effetti, la detenzione da parte del titolare, nel proprio studio professionale, di ori ed oggetti personali di valore accentua la destinazione a privata dimora del luogo in cui tali beni sono stati depredati, trattandosi, evidentemente, di area riservata, non accessibile a terzi senza il consenso del proprietario, in cui si svolgevano, non occasionalmente, atti della vita privata, in relazione alla tenuta e custodia in tale luogo di beni preziosi strettamente e intimamente legati alla persona del titolare”*.

Si tratta, in conclusione, *“di un luogo avente le stesse caratteristiche dell’abitazione, in termini di riservatezza e, conseguentemente, di non accessibilità, da parte di terzi, senza il consenso dell’avente diritto”*, in linea con la giurisprudenza che ha riconosciuto il carattere di privata dimora (anche) ai luoghi di lavoro se in essi, o in parte di essi, il soggetto compia atti della vita privata in modo riservato e precludendo l’accesso a terzi.

Articolo 346 bis c.p. – Traffico di influenze illecite – Influenza illecita – Nozione.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 9 novembre 2021 (ud. 8 luglio 2021), n. 40518

Presidente Fidelbo, Relatore Calvanese

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, si è pronunciata in merito alla fattispecie di traffico di influenze illecite.

I Giudici hanno ricordato come, con l'art. 346 bis c.p., "il legislatore abbia inteso punire, in via preventiva e anticipata, il fenomeno della corruzione, sottoponendo a sanzione penale tutte quelle condotte, in precedenza irrilevanti, prodromiche rispetto ai reati di corruzione, consistenti in accordi aventi ad oggetto le illecite influenze su un pubblico agente che uno dei contraenti (il trafficante) promette di esercitare in favore dell'altro (il privato interessato all'atto) dietro compenso (per sé o altri o per remunerare il pubblico agente)".

La lettura della norma – prosegue il provvedimento "–consente di individuare il nucleo dell'antigiuridicità della condotta penalmente sanzionata non nel mero sfruttamento (vero o vantato) di relazioni con il pubblico agente (che costituisce piuttosto il mezzo attraverso il quale il soggetto agente riesce ad ottenere dal privato la dazione indebita, anche solo come promessa), bensì in tutte quelle forme di intermediazione che abbiano come finalità 'l'influenza illecita' sulla attività della pubblica amministrazione. Le parti devono avere di mira un'interferenza illecita, resa possibile grazie allo sfruttamento di relazioni con il pubblico agente; la norma, peraltro, non chiarisce quale sia la influenza illecita che deve tipizzare la mediazione e non è possibile, allo stato della normativa vigente, far riferimento ai presupposti e alle procedure di una mediazione legittima con la pubblica amministrazione (c.d. lobbying), attualmente non ancora regolamentata".

La Corte prosegue osservando come il contenuto indeterminato della norma comporti il rischio di "attrarre nella sfera penale – a discapito del principio di legalità – le più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione, connotate anche solo da opacità o scarsa trasparenza, ovvero quel 'sottobosco' di contatti informali o di aderenze difficilmente catalogabili in termini oggettivi e spesso neppure patologici, quanto all'interesse perseguito. È necessario, quindi, ancorare la fattispecie ad un elemento certo che connoti la mediazione illecita e

che costituisca una guida sicura per gli operatori e per l'interprete della norma".

In conclusione – si legge nella sentenza "–l'unica lettura della norma che soddisfa il principio di legalità è quella che fa leva sulla particolare finalità perseguita attraverso la mediazione: la mediazione è illecita quando è finalizzata alla commissione di un 'fatto di reato' idoneo a produrre vantaggi per il privato committente".

Articolo 344 bis c.p.p. – Improcedibilità del giudizio di cassazione per superamento del termine di durata massima di un anno – Inammissibilità del ricorso – Declaratoria di improcedibilità – Impossibilità – Non retroattività della norma – Principi costituzionali di uguaglianza, legalità e giusto processo – Violazione – Infondatezza.

Cass. pen., Sez. VII, Ord. 28 novembre 2021 (ud. 19 novembre 2021), n. 43883

Presidente Vessicelli, Relatore Miccoli

In tema di improcedibilità del giudizio di cassazione per superamento del termine di durata massima di un anno di cui all'art. 344 bis c.p.p. (inserito dall'art. 2, comma 2, lett. a) della legge 27 settembre 2021, n. 134, cd. "riforma Cartabia"), con l'ordinanza in epigrafe la Corte di cassazione, settima Sezione penale, ha affermato che:

– la inammissibilità del ricorso, impedendo la costituzione di un valido rapporto processuale, osta alla declaratoria di improcedibilità;

– è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, legge cit., in relazione agli artt. 3, 25 e 111 Cost., nella parte in cui prevede che le disposizioni relative al nuovo istituto si applichino ai soli procedimenti di impugnazione aventi ad oggetto reati commessi a far data dal 1 gennaio 2020, in quanto la previsione di un regime transitorio è funzionale all'esigenza di coordinamento con la riforma introdotta dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, in materia di sospensione del termine di prescrizione nei giudizi di impugnazione, anch'essa applicabile ai reati commessi dal 1 gennaio 2020 ed essendo ragionevole la graduale introduzione dell'istituto per consentire un'adeguata organizzazione degli uffici giudiziari.

Articolo 1, d. lgs. n. 231/2001 – Responsabilità da reato dell'ente – Società unipersonali – Applicabilità del Decreto 231 – Condizioni.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 6 dicembre 2021 (ud. 16 febbraio 2021), n. 45100

Presidente Fidelbo, Relatore Silvestri

In tema di responsabilità degli enti, con la pronuncia in epigrafe la Sesta sezione penale della Corte di Cassazione ha affrontato il tema della applicabilità del D. Lgs. n. 231/2001 alle società unipersonali.

Il problema dell'inclusione della società unipersonale nel raggio d'azione del d. lgs. 231 – si legge nella sentenza – “è ben distinto, anche nella considerazione del legislatore, da quello dell'applicazione del decreto all'impresa individuale. Si è consapevoli che la estrema semplificazione della struttura, l'origine e la consistenza patrimoniale dell'ente, la gestione della società unipersonale inducono a ritenere, sul piano percettivo, inesistenti le differenze con l'impresa individuale ed a considerare di fatto coincidenti i due soggetti: tuttavia, i due istituti restano profondamente diversi”.

La società unipersonale – prosegue il collegio – “è un soggetto giuridico autonomo e distinto dalla persona fisica dell'unico socio; un soggetto metaindividuale a cui la legge riconosce, in presenza di determinati presupposti, una personalità diversa rispetto a quella della persona fisica. Si tratta, cioè, di un soggetto che ha un proprio patrimonio autonomo, che costituisce un autonomo centro di imputazione di interessi, che ha una sua soggettività, che la legge fa discendere automaticamente in presenza di determinati presupposti”.

Ciò premesso, “si deve evitare che la persona fisica, da una parte, si sottragga alla responsabilità patrimoniale illimitata, costituendo una società unipersonale a responsabilità limitata, ma, al tempo stesso, eviti l'applicazione del d. lgs. n. 231, sostenendo di essere una impresa individuale. Il fenomeno è quello della creazione di persone giuridiche di ridottissime dimensioni allo scopo di frammentare e polverizzare i rischi economici e normativi”. Ne consegue la necessità di “accertare in concreto se, in presenza di una società unipersonale a responsabilità limitata, vi siano i presupposti per affermare la responsabilità dell'ente; un accertamento che non è indissolubilmente legato a criteri quantitativi, cioè di dimensioni della impresa, di tipologia della struttura organizzativa della società, quanto, piuttosto, a criteri funzionali, fondati sulla impossibilità di distinguere un interesse dell'ente da quello della persona fisica che lo governa, e dunque, sulla impossibilità di configurare una colpevolezza normativa dell'ente – di fatto inesigibile – disgiunta da quella dell'unico socio”.

Nel caso di specie – si conclude – “il Tribunale non ha fatto corretta applicazione dei principi indicati, essendosi limitato ad affermare che le società ricorrenti non costituirebbero un autonomo centro di interessi distinti dalla persona fisica – unico socio ed autore del reato presupposto – e dunque non sarebbero assoggettate al d. lgs. n. 231, trattandosi di imprese sostanzialmente individuali. Un ragionamento viziato, in cui nessuna indicazione è stata fornita su come nel tempo dette società abbiano operato, sulle dimensioni delle imprese, sulla loro struttura, su quali siano stati i rapporti tra esse e l'unico socio, quale sia stata l'attività in concreto posta in essere, se sia distinguibile un interesse della società da quello del socio unico”.

Articolo 646 c.p. – Appropriazione indebita – Amministratore condominiale – Ricezione di somme da destinare al condominio – Omissione dei dovuti pagamenti – Sussistenza del fatto.

Cass. pen., Sez. II, Sent. 14 dicembre 2021 (ud. 27 ottobre 2021), n. 45902

Presidente Rago, Relatore Pellegrino

Con la pronuncia in esame, i giudici di legittimità hanno ricordato come il delitto di appropriazione indebita “si realizzi rispetto alle somme di denaro che siano affidate al detentore con un vincolo di destinazione, con l'accertamento della mancata destinazione delle somme alla finalità convenuta, indipendentemente dall'individuazione dell'atto di disposizione che sia stato effettuato con l'uso di tali somme”.

Nel caso di specie “si è verificato che, a fronte degli incassi di somme da parte dell'amministratore di condominio da destinare ai pagamenti delle spese condominiali, era risultato un ammanco di somme che, logicamente, non erano state destinate alle finalità per le quali i condomini le avevano affidate all'amministratore. Ciò era sufficiente per dimostrare la responsabilità dell'imputato, considerata la veste di mandatario dell'imputato e l'assenza di prove contrarie fornite dallo stesso per giustificare la differenza tra le somme che dovevano risultare in cassa o impiegate per i pagamenti, e le somme effettivamente rinvenute”.

Tale situazione è risultata dimostrata dal fatto che “i condomini avessero chiesto spiegazioni all'amministratore che, come risulta da alcuni verbali di assemblee condominiali, aveva ammesso l'esistenza di debiti anche significativi. In particolare, l'imputato, all'atto della cessazione dell'incarico,

aveva consegnato a ciascun nuovo amministratore un documento denominato 'situazione contabile' in cui aveva indicato la somma della quale il condominio era nei suoi confronti creditore; lo stesso, inoltre, si era impegnato nei confronti di quasi tutti i condomini a restituire le somme mancanti".

In conclusione, è stato riaffermato il seguente principio di diritto: "integra il reato di appropriazione indebita la condotta dell'amministratore condominiale che, ricevute le somme di denaro necessarie dai condomini, ometta di effettuare i dovuti pagamenti senza necessità di provare la diversa destinazione impressa alle somme".

Articolo 90 c.p.p. – Diritti della persona offesa dal reato – Applicabilità alla procedura del Mandato di arresto europeo – Esclusione.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 28 dicembre 2021 (ud. 16 dicembre 2021), n. 47244

Presidente Fidelbo, Relatore D'Arcangelo

Con la sentenza in epigrafe la sesta Sezione penale della Corte di Cassazione ha affermato che l'art. 90 cod. proc. pen. non si applica al procedimento di consegna esecutivo di un mandato di arresto europeo, non rientrando la persona offesa, a norma dell'art. 17, comma 1, legge 22 aprile 2005, n. 69, tra i soggetti legittimati a parteciparvi.

Tale disposizione – si legge nella sentenza – "mutuando l'archetipo delineato per il procedimento estradizionale dall'art. 702 cod. proc. pen., disciplina specificamente i soggetti legittimati e prevede che, salvo i casi di consenso dell'interessato all'esecuzione del mandato di arresto europeo, la corte di appello decide con sentenza in camera di consiglio sull'esistenza delle condizioni per l'accoglimento della richiesta di consegna, sentiti il procuratore generale, il difensore, e, se compare, la persona richiesta in consegna, nonché, se presente, il rappresentante dello Stato richiedente".

Tale previsione, dunque, "enuncia tassativamente i soggetti legittimati a intervenire nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo innanzi all'autorità giudiziaria e non contempla la persona offesa. Nessuno spazio è, dunque, previsto nella disciplina interna, né tanto meno nella decisione quadro 2002/584 per l'intervento di parti diverse da quelle espressamente contemplate e, segnatamente, di parti private diverse dalla persona richiesta in consegna".

Nemmeno "può consentirsi l'intervento della parte lesa nel procedimento di esecuzione del mandato di

arresto europeo ricorrendo alla previsione generale dell'art. 90 cod. proc. pen., che consente alla stessa il deposito di memorie in ogni stato e grado del giudizio. L'art. 39, primo comma, della legge n. 69 del 2005 sancisce, infatti, che 'per quanto non previsto dalla presente legge si applicano le disposizioni del codice di procedura penale e delle leggi complementari, in quanto compatibili'. Tale previsione qualifica il sistema delineato dalla legge italiana di attuazione della decisione quadro come 'aperto' e, dunque, preordinato a recepire la disciplina del codice di procedura speciale e delle leggi complementari".

L'operatività della clausola di rinvio alla disciplina processuale comune "postula, tuttavia, sul piano logico, una lacuna nella legge n. 69 del 2005 e che la disposizione di cui si invoca l'applicazione sia compatibile con gli scopi della disciplina e la natura del procedimento in materia mandato di arresto europeo. Nel caso di specie, tuttavia, l'elencazione tassativa dei soggetti ammessi a contraddire in ordine all'esecuzione del mandato di arresto europeo innanzi all'autorità giudiziaria italiana operata dall'art. 17, primo comma, della legge n. 69 del 2005 esclude in radice la ricorrenza di una lacuna della legge".

Articoli 715, 716 c.p.p. – Estradizione – Misure precautelari – Arresto provvisorio – Presupposti – Condizioni previste dall'art. 715, comma 2, c.p.p.

Cass. pen., Sez. VI, Sent. 30 dicembre 2021 (ud. 29 dicembre 2021), n. 47415

Presidente Fidelbo, Relatore Vigna

In tema di estradizione, con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione, Sezione sesta, ha affermato che "l'arresto provvisorio da parte della polizia giudiziaria non richiede, ai sensi dell'art. 716 cod. proc. pen., l'avvenuta proposizione della domanda di estradizione da parte dello Stato estero, essendo sufficiente l'inoltro della domanda di arresto provvisorio e la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 715, comma 2, cod. proc. pen. La segnalazione all'Interpol da parte dello Stato richiedente, infatti, costituisce di per sé una domanda volta all'adozione della misura precautelare, preordinata all'inoltro della domanda di estradizione".

Al riguardo il Collegio ha pure precisato che "ai fini della convalida dell'arresto operato d'urgenza dalla polizia giudiziaria e dell'applicazione provvisoria di misure cautelari (...) non è richiesta la trasmissione del provvedimento limitativo della libertà personale adottato dall'autorità estera, ma unicamente la dichiarazione che tale provvedimento sia stato

emesso, giacché l'inserimento nel bollettino delle ricerche della richiesta di arresto provvisorio a fini estradizionali o la diffusione di ricerca per l'arresto provvisorio da parte dello Stato estero, con l'indicazione del provvedimento restrittivo della

libertà personale, è sufficiente ad integrare la condizione richiesta dall'art. 715, comma 1, lett. a), cod. proc. pen. per la convalida dell'arresto e l'applicazione provvisoria di misure cautelari".

LEGISLAZIONE

Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 184 – “Attuazione della direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti”.

Nella Gazzetta Ufficiale n. 284 del 29 novembre 2021 è stato pubblicato il Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 184, che costituisce la “Attuazione della direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti”.

Il provvedimento è entrato in vigore il 14 dicembre 2021 e ha introdotto le seguenti novità.

Anzitutto, è stato modificato l'art. 493 *ter* c.p., fino ad ora rubricato “*Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento*”.

Le modifiche consistono ne (i.) la sostituzione della rubrica, ora del seguente tenore “*Indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti*”; (ii.) la rilevanza della condotta in caso di indebito utilizzo di qualunque strumento di pagamento diverso dai contanti.

In secondo luogo, è stato inserito l'art. 493 *quater* c.p., che prevede la nuova fattispecie di “*Detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti*”.

La nuova norma così dispone:

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di farne uso o di consentirne ad altri l'uso nella commissione di reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti, produce, importa, esporta, vende, trasporta, distribuisce, mette a disposizione o in qualsiasi modo procura a sé o a altri apparecchiature, dispositivi o programmi informatici che, per caratteristiche tecnico-costruttive o di progettazione, sono costruiti principalmente per commettere tali reati, o sono specificamente adattati

al medesimo scopo, è punito con la reclusione sino a due anni e la multa sino a 1000 euro.

2. In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il delitto di cui al primo comma è sempre ordinata la confisca delle apparecchiature, dei dispositivi o dei programmi informatici predetti, nonché la confisca del profitto o del prodotto del reato ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto.

In terzo luogo, il decreto modifica l'art. 640 *ter* c.p., che prevede il reato di “*Frode informatica*”, introducendo nell'aggravante di cui al secondo comma l'ipotesi che la condotta fraudolenta produca “*un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale*”.

Infine, il presente provvedimento inserisce il nuovo art. 25 *octies*.¹ all'interno del d. lgs. n. 231/2001, rubricato “*Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti*”.

La nuova norma così dispone:

1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dal codice penale in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per il delitto di cui all'articolo 493 *ter*, la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote;
b) per il delitto di cui all'articolo 493 *quater* e per il delitto di cui all'articolo 640 *ter*, nell'ipotesi aggravata dalla realizzazione di un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale, la sanzione pecuniaria sino a 500 quote.

2. Salvo che il fatto integri altro illecito amministrativo sanzionato più gravemente, in relazione alla commissione di ogni altro delitto contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio previsto dal codice penale, quando ha ad oggetto strumenti di pagamento diversi dai contanti, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore ai dieci anni, la sanzione pecuniaria sino a 500 quote;

b) se il delitto è punito con la pena non inferiore ai dieci anni di reclusione, la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote.

3. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui ai commi 1 e 2 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2.

Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188 – *“Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali”*.

Nella Gazzetta Ufficiale n. 284 del 29 novembre 2021 è stato pubblicato il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188 che introduce *“Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali”*.

Il recepimento di tale Direttiva giunge con notevole ritardo, se si considera che il termine fissato dal testo europeo era il 1° aprile 2018. Ad ogni modo, il testo rappresenta un passo significativo verso la piena e concreta attuazione del principio, non solo europeo ma anche costituzionale, della presunzione di non colpevolezza.

Va precisato che l'atto normativo è rivolto solo alle autorità pubbliche che si trovano a confrontarsi con tale principio; non invece ai privati, in particolare non agli organi di informazione.

Il Decreto è composto da sei articoli.

L'art. 1 annuncia l'introduzione di disposizioni integrative-rafforzative *“di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali”* nei confronti delle persone fisiche sottoposte a indagini o imputate in un procedimento penale. Si nota dunque che il decreto non si applica alle persone giuridiche, indagate o imputate nel processo penale ai sensi del d. lgs. n. 231/2001.

L'art. 2 stabilisce il *“divieto alle autorità pubbliche di indicare pubblicamente come colpevole la persona sottoposta a indagini o l'imputato fino a quando la*

colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili”. In caso di violazione di tale divieto, la norma prevede il diritto di rettifica in capo all'interessato, ferme restando le sanzioni penali e disciplinari e il risarcimento del danno.

L'art. 3 introduce una serie di modifiche al d. lgs. n. 106/2006 (riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero). In particolare, sono previste le modalità di diffusione al pubblico delle informazioni relative ai procedimenti penali, che deve avvenire *“esclusivamente tramite comunicati ufficiali oppure, nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti, tramite conferenze stampa”*. Stesse modalità di comunicazione delle notizie rilevanti sono previste nei confronti degli ufficiali di polizia giudiziaria, previa autorizzazione del Procuratore.

Inoltre, la norma stabilisce le condizioni per la diffusione delle notizie, che è consentita solo *“quando è strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o ricorrono altre specifiche ragioni di interesse pubblico”* e *“in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende e da assicurare, in ogni caso, il diritto della persona sottoposta a indagini e dell'imputato a non essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili”*.

L'art. 4 anzitutto introduce nel codice di procedura penale l'art. 115 bis, rubricato *“Garanzia della presunzione di innocenza”*. La norma impone all'autorità giudiziaria un duplice obbligo nella redazione dei provvedimenti in materia penale:

- *“nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato”* l'obbligo di non indicare l'indagato o l'imputato *“come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili”*,
- *“nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza”* l'obbligo di limitare *“i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento”*

Inoltre, la disposizione introduce modifiche:



- in tema di riparazione per ingiusta detenzione, all'314 c.p.p., stabilendo che l'esercizio del diritto al silenzio ex art. 64, comma 3, lett. b), c.p.p. non incide sul diritto alla riparazione;
- in tema di obbligo del segreto investigativo, all'329 c.p.p., stabilendo che la deroga al divieto di pubblicazione degli atti operi solo quando sia *strettamente* necessaria per la prosecuzione delle indagini;
- in tema di partecipazione dell'imputato all'udienza, all'474 c.p.p., introducendo il nuovo comma 1 *bis*, che garantisce in ogni caso il diritto "il diritto dell'imputato e del difensore di consultarsi riservatamente, anche attraverso l'impiego di strumenti tecnici idonei, ove disponibili".

Infine, l'art. 5 regola le modalità di raccolta, analisi e trasmissione alla Commissione Europea dei dati statistici previsti dall'art. 11 della Direttiva e l'art. 6 introduce la clausola di invarianza finanziaria.

Il provvedimento è entrato in vigore in data 14 dicembre 2021.

Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 195 – *“Attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante diritto penale”*.

Nella Gazzetta Ufficiale n. 285 del 30 novembre 2021 è stato pubblicato il Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 195, che costituisce la *“Attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante diritto penale”*.

Il testo normativo, che è entrato in vigore in data 15 dicembre 2021, giunge in ritardo rispetto ai tempi di

recepimento, stabiliti dalla stessa Direttiva entro il termine del 3 dicembre 2020. La Commissione Europea aveva infatti iniziato una procedura di infrazione nei confronti del nostro paese ex art. 258 TFUE.

Il decreto si compone di due articoli, solo il primo dei quali introduce le novità di interesse.

Il decreto introduce modifiche alla fattispecie di ricettazione (art. 648 c.p.), riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.), impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648 *ter* c.p.), autoriciclaggio (art. 648 *ter.1* c.p.).

Per tutte tali fattispecie sono previsti (i.) l'ampliamento del catalogo dei reati presupposto, che ora comprende anche i delitti colposi e le contravvenzioni punite con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi; (ii.) una diversa risposta sanzionatoria a seconda che il reato presupposto consista in un delitto o in una contravvenzione.

Per quanto riguarda la ricettazione sono inoltre previsti (i.) una aggravante, qualora il fatto sia stato commesso nell'esercizio di una attività professionale; (ii.) una nuova ipotesi di ricettazione di speciale tenuità, qualora il reato presupposto sia costituito da una qualsiasi contravvenzione.

Per il solo autoriciclaggio, la attenuante ad effetto speciale di cui al secondo comma, che in precedenza prevedeva la più mite sanzione della reclusione da uno a quattro anni, è ora qualificata come circostanza attenuante comune.

Da ultimo, merita segnalare che è stata eliminata la condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della giustizia prevista dall'articolo 9 c.p. per i reati di ricettazione e autoriciclaggio commessi dal cittadino all'estero.

CONTRIBUTI

Bancarotta documentale specifica, generica o semplice? La Cassazione alla ricerca degli “indici di fraudolenza” perduti in caso di omessa tenuta della contabilità.

di **F. M. Magnelli**

La sentenza in commento (Cass., Sez. V, n. 32733-21), resa in materia di bancarotta documentale, offre lo spunto per una più ampia riflessione sui rapporti tra le diverse fattispecie di bancarotta documentale (generica, specifica e semplice) con particolare riferimento al caso, molto frequente nella prassi giudiziaria, in cui la contabilità dell'impresa fallita sia stata consegnata al curatore solo parzialmente. Ipotesi, questa, in cui le sopraindicate fattispecie delittuose paiono ugualmente concorrere.

Sommario. **1.** Il caso affrontato dalla Corte: l'omessa appostazione di un'operazione, potenzialmente distrattiva, nella contabilità della società fallita. - **2.** Le diverse ipotesi di bancarotta documentale previste dalla Legge Fallimentare. - **a)** La bancarotta fraudolenta documentale “specificata” e “generica”: art. 216 co.1 n. 2 L.F. - **b)** (segue) La bancarotta documentale semplice. - **3.** *Trend* giurisprudenziali problematici e casi *border-line*. - **a)** La fungibilità e la “crasi” delle ipotesi di bancarotta fraudolenta nelle imputazioni e nelle sentenze. - **b)** La trasformazione dell'evento del reato di bancarotta documentale generica in mero evento di pericolo e il problema del “curatore-modello”. - **c)** L'omessa tenuta, anche soltanto parziale, della contabilità: il triello tra le fattispecie documentali. - **4.** Considerazioni conclusive: la “vocazione concorsuale” della frode documentale e l'ipotesi della “bancarotta documentale riparata”.

1. Il caso affrontato dalla Corte: l'omessa appostazione di un'operazione, potenzialmente distrattiva, nella contabilità della società fallita.

L'imputato ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello territoriale che, confermando quella di primo grado, lo aveva condannato per bancarotta fraudolenta documentale.

Egli, amministratore unico di un'impresa fallita, era stato tratto a giudizio con l'accusa di aver distratto il corrispettivo della cessione delle quote di due società detenute da quella oggetto di fallimento, e per aver omesso di annotare tale operazione nella contabilità della fallita, così impedendo al Curatore di poter ricostruire compiutamente l'andamento degli affari, quantomeno in riferimento a tale iniziativa economica.

In entrambi i gradi di merito, l'imputato era stato assolto dalla distrazione fallimentare, ma ritenuto responsabile per bancarotta documentale, in quanto le omissioni contabili rilevate dal Curatore avevano “ostacolato la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari della fallita, in un contesto di consapevole e volontaria frammentarietà delle

annotazioni, finalizzata «a recare pregiudizio al soddisfacimento delle pretese creditorie»”.

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto del difensore dell'amministratore, richiamando, nel corpo della sentenza, una *summa* dei più recenti approdi giurisprudenziali in materia di bancarotta documentale, e, in particolare, i *dicta* delle pronunce che hanno inteso tracciare il confine tra diverse forme di bancarotta nel caso in cui la contabilità rinvenuta risulti parzialmente mancante, sia in quanto non tenuta sin dal principio, sia perché in cui non sia stata consegnata al Curatore, sia, infine, perché carente di alcune annotazioni rilevanti, come nel caso di specie.

Oggetto specifico della decisione è la seguente questione: “*se le rilevate omissioni annotative, relative ad un'unica operazione, configurino l'elemento materiale del reato contestato e se, ed in quale misura, la ricostruzione aliunde dei termini della cessione (rectius: della annotazione relativa al titolo sotteso ai debiti oggetto di accollo) incida sull'offensività della condotta*”.

Anzitutto, la sentenza inquadra il fatto nella bancarotta fraudolenta documentale cd. “generica”, perché si risolve in una tenuta irregolare della

contabilità atta a non permettere la ricostruzione degli affari, nonostante – si legge tra le righe¹ – l’ambiguità del capo di imputazione, che, impropriamente, faceva pure riferimento al “fine di recare pregiudizio ai creditori”, elemento, questo, non richiesto per l’integrazione dell’ipotesi in questione, essendo tipico della cd. bancarotta documentale “specificata”.

Venendo al cuore del problema, la Corte censura la sentenza d’appello sotto due profili: il primo, per non aver argomentato in ordine all’attitudine dell’unica appostazione dolosamente omessa ad integrare l’evento della fattispecie (l’impossibilità di ricostruire l’andamento degli affari); il secondo, per non aver dato adeguato peso all’assoluzione intervenuta in relazione alla corrispondente fattispecie patrimoniale, tale da mettere in dubbio l’ipotizzata volontarietà di detta mancata appostazione, e, quindi, l’intento fraudolento.

Sotto il primo profilo, involgente l’elemento oggettivo, la Cassazione ha ribadito la necessità, ai fini dell’integrazione dell’art. 216 n. 2 L.F., di verificare rigorosamente l’impatto della mancata annotazione (più in generale, del *deficit* di corretta tenuta della contabilità) sull’attendibilità generale delle scritture, nonché sulla “particolare diligenza” spiegata dal Curatore per far fronte a tale mancanza.

In secondo luogo, sul versante soggettivo, la Corte ha ritenuto che la condanna per l’omissione contabile stride, in assenza di ulteriori “indici di frodolenza”, con l’intervenuta assoluzione per la contestata cessione dei crediti societari, di cui al collegato capo di imputazione: in altre parole, che interesse illecito avrebbe avuto l’amministratore nell’omettere di annotare un’operazione economica ritenuta – anche a posteriori – come “non pregiudizievole” per gli interessi e il patrimonio dell’impresa?

Del resto, rileva la Cassazione, così facendo la Corte territoriale ha anche eluso la doverosa distinzione tra bancarotta fraudolenta documentale e la corrispondente fattispecie semplice, che si distinguono, oltre che per l’evento del reato, anche dall’elemento soggettivo: dolo generico costituito dalla consapevole tenuta irregolare delle scritture volta a rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio per la prima; dolo o, indifferentemente, colpa per la seconda. Con la conseguenza che, nel caso di specie, i Giudici di merito avrebbero dovuto quantomeno chiedersi se l’omessa annotazione

fosse preordinata a celare tale operazione o sia stata frutto di mera sciatteria o dimenticanza.

La Corte chiude la parte motiva affermando, sulla base delle considerazioni svolte, il seguente principio di diritto: *“In tema di bancarotta fraudolenta documentale (art. 216, comma primo, n. 2, L.F.), è illegittima l’affermazione di responsabilità dell’amministratore che faccia derivare l’esistenza dell’elemento soggettivo del reato dal solo fatto, costituente l’elemento materiale del reato, che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, considerato che, in tal caso, trattandosi per di più, nella specie, di omissione limitata ad una singola operazione, che impone di chiarire gli elementi sulla base dei quali l’imputato abbia avuto coscienza e volontà di realizzare detta oggettiva impossibilità e non, invece, di trascurare semplicemente la regolare tenuta delle scritture, senza por mente alle conseguenze di tale condotta, considerato che, in quest’ultimo caso, si integra l’atteggiamento psicologico del diverso e meno grave reato di bancarotta semplice di cui all’art. 217, comma secondo, L.F.”.*

La Corte ha conclusivamente annullato la sentenza, rinviando ad altra sezione della Corte territoriale per un nuovo giudizio che emendi le criticità rilevate.

La sentenza in commento offre numerosi spunti di interesse.

Anzitutto, nel corpo del testo richiama i più recenti orientamenti volti a distinguere le diverse forme di bancarotta documentale, operazione, questa, da sempre molto problematica a causa della loro somiglianza e ambiguità sul piano descrittivo.

In secondo luogo, le argomentazioni spese dalla Corte evocano ulteriori riflessioni in riferimento al caso, molto frequente nella prassi giudiziaria, in cui le scritture contabili siano state tenute solo parzialmente, o in modo confusionario, o siano state consegnate solo parzialmente alla curatela. In simili ipotesi, tutte e tre le forme di bancarotta documentale si contendono il campo, dando vita ad un concorso (reale o apparente?) di norme.

Ad avviso di chi scrive, tali approfondimenti necessitano, stante la tecnicità delle norme in commento, di un breve e sommario inquadramento delle diverse fattispecie (Par. 2). Si procederà, quindi, con l’evidenziazione dei casi e dei fenomeni giurisprudenziali più problematici, con la trattazione del caso specifico oggetto del presente lavoro (Par. 3). Infine, si tenterà, alla luce dei più recenti approdi

giurisprudenziali, di offrire all'interprete qualche elemento utile a demarcare le diverse ipotesi di bancarotta nei casi *border-line*. (par. 4).

2. Le diverse ipotesi di bancarotta documentale previste dalla Legge Fallimentare.

a) La bancarotta fraudolenta documentale “specificata” e “generica”: art. 216 co.1 n. 2 L.F.

Prima di addentrarsi nella rassegna dei più recenti approdi giurisprudenziali in materia di bancarotta documentale fraudolenta e semplice, è opportuno soffermarsi su un – necessariamente schematico – inquadramento delle diverse ipotesi di bancarotta documentale², partendo proprio dalle fattispecie fraudolente.

L'art. 216 L.F., al n. 2 del primo comma, punisce con la stessa pena prevista per la bancarotta fraudolenta patrimoniale (da tre a dieci anni di reclusione) la condotta di chi *“ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari”*.

L'apparente unitarietà della formulazione del reato cela due distinte fattispecie³: esse risultano accomunate unicamente dall'oggetto del reato, per entrambe consistenti dai libri e dalle scritture contabili, ancorché non obbligatorie, purché utili alla ricostruzione dell'andamento aziendale⁴, mentre differiscono sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo.

La prima, definita “specificata”, enuclea una serie di condotte materiali (sottrazione, distruzione, falsificazione, anche solo parziali) aventi ad oggetto contabilità e libri aziendali, accomunate dal dolo specifico consistente nel procurare a sé o ad altri ingiusto profitto o recare pregiudizio ai creditori. Trattasi, dunque, di reato di mera condotta e a dolo specifico.

La sottrazione è, tra queste, la condotta di più lata applicazione, comprendendo tanto il materiale occultamento, quanto – e questo, come vedremo, costituisce un primo profilo d'interferenza con le altre ipotesi delittuose – la mancata tenuta delle stesse, anche parziale⁵; la distruzione può concretarsi tanto nella eliminazione fisica, quanto nella mera alterazione materiale delle scritture in modo da

renderle inintelligibili; la falsificazione può essere compiuta sia materialmente che ideologicamente⁶. Bisogna subito avvertire che tali condotte, formalmente distinte, sono state ritenute perfettamente fungibili dalla giurisprudenza: nella prassi si ammette la formulazione di capi di imputazione indefiniti ed alternativi, essendo incerta per l'Accusa la “sorte” dei documenti in questione, senza che si ritenga violato il diritto di difesa dell'imputato; similmente, anche in sede di accertamento, la Corte di Cassazione ritiene che non sia violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza *“nell'ipotesi in cui la condanna per il reato di bancarotta fraudolenta documentale sia pronunciata per omessa tenuta delle scritture contabili, piuttosto che per sottrazione o distruzione delle stesse come indicato nell'imputazione, poichè tali fattispecie si equivalgono”*⁷.

In dottrina è stato rilevato che una simile indulgenza sia coerente con la *ratio* dell'incriminazione, in quanto *“ciò che conta è la mancanza, almeno parziale, della contabilità utile a ricostruire la vita dell'impresa, abbracciando ogni forma di occultamento che renda inaccessibile agli organi del fallimento il dato rappresentativo completo, o più seriamente difficile la sua ricostruzione”*⁸; effettivamente, da un'attenta analisi giurisprudenziale emerge come la fattispecie in commento sia sostanzialmente divenuta “a condotta libera”, essendo la “tensione criminale” della norma tutta incentrata sull'oggetto del dolo specifico richiesto dalla fattispecie.

Sul versante soggettivo, si è detto che le condotte fraudolente devono essere orientate a recare pregiudizio ai creditori o a conseguire ingiusto profitto. Apparentemente, tali finalità sono alternative; tuttavia, parte della dottrina le interpreta sostanzialmente come una sorta di endiadi, essendo difficile ipotizzare la volontà di danneggiare i creditori senza, al contempo, voler conseguire un ingiusto profitto; tale rilievo implica che tali obiettivi debbano essere perseguiti cumulativamente⁹.

Non mancano, tuttavia, posizioni dottrinali diverse, le quali, nell'ottica di avvicinare le due forme di bancarotta documentale specifica e generica, si discostano dalla lettera della norma per affermare che il richiamo al fine fraudolento sia effettuato in senso lato, atecnico, essendo bastevole che le condotte siano sorrette da tale finalità. Una tale lettura sarebbe utile perché *“in tutte le ipotesi per cui (come di regola accade) il dolo specifico non si potesse*

*dimostrare, il fatto resterebbe irrazionalmente e iniquamente impunito. Basterebbe al reo affermare che ha agito a fini particolari, per sfuggire alla punizione*¹⁰.

Tale posizione non pare condivisibile, non soltanto perché, come si dirà, renderebbe ancor più difficoltosa la distinzione tra le fattispecie documentali fraudolente da quella semplice, anch'essa punibile – oltre che in forma colposa – a titolo di dolo generico, ma perché è proprio il dolo specifico l'elemento di disvalore che giustifica la parificazione sanzionatoria tra bancarotta fraudolenta documentale e patrimoniale. In altre parole, il connotato "teleologico" della bancarotta fraudolenta documentale, ossia la sua vocazione servente rispetto alle malefatte dell'imprenditore bancarottiere, si rinviene proprio nella spiccata tensione della fattispecie al conseguimento di quell'ingiusto profitto costituito proprio dalla distrazione, occultamento e dissipazione di quei beni che, nel corso della procedura fallimentare, avrebbero dovuto essere oggetto del concorso dei creditori. Questo tema verrà ulteriormente precisato nelle conclusioni.

La bancarotta fraudolenta documentale "generica" costituisce la forma alternativa rispetto a quella sorretta dal dolo specifico, e consiste nel tenere i libri e le scritture contabili in guisa da rendere – relativamente¹¹ – impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. Trattasi di reato d'evento a dolo generico.

Secondo una felice espressione dottrinale che coglie l'essenza di detta fattispecie, il reato sanziona *"la tenuta della contabilità in modo così incompleto e frammentario da non consentire, in sede fallimentare, una sia pure approssimativa ricostruzione del movimento degli affari in misura tale da rendere le scritture reperite inidonee alle esigenze pratiche della procedura fallimentare nel cui ambito la contabilità adempie alla sua funzione di presidio delle ragioni creditorie"*¹², rimanendo indefinite sia le concrete modalità della condotta, sia il fine perseguito dall'agente, essendo l'offensività della fattispecie tutta incentrata sull'effetto finale dell'azione criminosa.

Da quanto sopra si rileva che la norma, più che alternativa, ha portata residuale e generale rispetto alla "specificata", nel senso che mira a sanzionare tutte quelle condotte – in qualunque modo esse si concretino – il cui risultato sia quello di ostacolare concretamente l'operato della Curatela fallimentare

a prescindere dai fini concretamente perseguiti dal fallito¹³.

Da tale ultima considerazione si evidenzia la vastissima latitudine applicativa di tale fattispecie, testimoniata dalla florida produzione giurisprudenziale, alimentantesi dalla voluta indeterminatezza della condotta tipica, che spazia dal mero disordine amministrativo-contabile delle scritture¹⁴ per arrivare alla radicale o parziale omessa tenuta delle stesse¹⁵.

A tal proposito, in disparte il rilievo circa l'evidente caduta della legalità, sotto il profilo del deficit di tassatività, che affligge tale fattispecie, in questa sede merita rilevare che la legge parla di *"tenuta in guisa da"*, il che evocherebbe un comportamento di tipo attivo; viceversa, l'omessa tenuta è propria soltanto della fattispecie semplice, e, seppur con qualche sforzo interpretativo, della condotta di sottrazione od occultamento propria della gemella specifica¹⁶.

Ciononostante, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che il compito di distinguere la fattispecie in commento dalla gemella "specificata" è affidato all'evento e dall'elemento soggettivo, costituito dal dolo generico, in quanto reato a condotta libera: *"Il tenore letterale della fattispecie contestata, ove la stessa incrimina la tenuta della contabilità in modo da impedire la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari della fallita, non esclude, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, che la condotta possa essere realizzata nella forma omissiva della pura e semplice mancata tenuta della contabilità"*¹⁷.

Come anticipato, la struttura dell'elemento soggettivo è caratterizzata dal dolo generico, che, secondo la giurisprudenza oggi maggioritaria, è costituito *"dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità potrà rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio, non essendo, per contro, necessaria la specifica volontà di impedire quella ricostruzione"*¹⁸.

Dalla formulazione di quest'ultima massima, risulta evidente che la giurisprudenza ritiene integrato l'elemento soggettivo anche nell'intensità minore, del dolo diretto e finanche del dolo eventuale, mentre la dottrina maggioritaria propugna una lettura tesa ad escludere i minori gradi di intensità, per lasciar spazio soltanto al dolo intenzionale¹⁹.

b) (segue) La bancarotta documentale semplice.

L'art. 217, co.2 L.F. punisce, con pena sensibilmente minore rispetto alle omologhe fraudolente, il fallito *“che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.”*

Per unanime opinione di dottrina e giurisprudenza, trattasi di fattispecie di pericolo astratto e di mera condotta, volta a sanzionare penalmente gli obblighi civilistici di corretta e puntuale tenuta dei libri e scritture contabili obbligatori in relazione alla tipologia e alla dimensione dell'impresa²⁰.

Oggetto del reato sono, in via esclusiva e tassativa, i soli libri e scritture obbligatori, a prescindere dalla loro concreta utilità alla ricostruzione del patrimonio dell'impresa: ciò è coerente col fatto che in questa fattispecie, a differenza delle omologhe fraudolente, la prospettiva di tutela dei creditori concorsuali rimane celata nell'ombra: del resto, il reato si nutre del rinvio implicito agli artt. 2214 e ss. c.c., che, col fallimento, non hanno alcuna attinenza e contemplan libri (ad esempio, quelli di cui all'art. 2421 c.c.) per nulla attinenti alla dimensione patrimoniale dell'impresa.

Da quanto sopra, a fronte di una norma che parrebbe incriminare la mera disubbidienza agli obblighi civilistici, si spiega la necessità, avvertita da parte della dottrina più attenta, di recuperare in sede giurisdizionale l'offensività che il dettato normativo lascia in ombra: in ossequio a tale principio, deve essere esclusa la rilevanza penale delle irregolarità *“minime, ossia effettivamente non idonee, a cagione della scarsa importanza pratica della trascuratezza riscontrabile, ad impedire l'effettuazione della tracciabilità delle movimentazioni finanziarie e della massa patrimoniale dell'impresa”*²¹.

L'elemento soggettivo del reato in discorso può essere costituito indifferentemente dal dolo e dalla colpa. Ciò parrebbe, a prima vista, non soltanto contraddire la lettera della norma, ma, soprattutto, il disposto dell'art. 42 c.p., il quale, come noto, esige la punibilità a titolo colposo per i delitti soltanto in presenza di una *“previsione espressa”*, che qui non c'è. Ciononostante, la giurisprudenza costante ha, in virtù della collocazione sistematica del reato in commento, ritenuto che *“la bancarotta semplice documentale è punibile a titolo di colpa, in quanto la nozione di “previsione espressa” non equivale a quella di “previsione esplicita”, e, nel caso della bancarotta semplice documentale, la previsione implicita è*

*desumibile dalla definizione come dolosa della bancarotta fraudolenta documentale”*²².

La necessità di conferire una maggiore tassatività alla fattispecie sotto il profilo soggettivo deriva dal fatto che mancano, all'interno della norma, espressi richiami ai concetti di negligenza, imperizia o imprudenza; parametri, questi, che consentirebbero di modulare la risposta punitiva in base alle caratteristiche professionali dell'imprenditore o, comunque, del soggetto tenuto alla tenuta dei documenti, alla luce della natura e delle dimensioni dell'impresa.

La circostanza, comunque, che il reato in commento possa essere punito sia a titolo di colpa che di dolo generico, non fa che esacerbare i problemi di convivenza con la corrispondente bancarotta documentale generica che, come visto, è anch'essa integrata dal dolo: sul tema si ritornerà nel prosieguo.

3. Trend giurisprudenziali problematici e casi border-line.

a) La fungibilità e la “crasi” delle ipotesi di bancarotta fraudolenta nelle imputazioni e nelle sentenze.

La formulazione poco limpida del dettato normativo, la scarsa visibilità del bene giuridico protetto, l'oggettiva somiglianza delle fattispecie: tutti questi difetti testuali si riflettono su una giurisprudenza, anche di legittimità, che pare davvero faticare a tracciare confini ed operare distinguo tra le diverse ipotesi delittuose.

Non è, dunque, casuale che un diffuso *trend* giurisprudenziale sia costituito dalla fungibilità tra le diverse forme di bancarotta documentale.

Si legga, ad esempio, la seguente massima, espressione di un solido filone interpretativo: *“Ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta documentale, le condotte di mancata consegna ovvero di sottrazione, di distruzione o di omessa tenuta dall'inizio della documentazione contabile, sono tra loro equivalenti, con la conseguenza che non è necessario accertare quale di queste ipotesi si sia in concreto verificata se è comunque certa la sussistenza di una di esse ed è inoltre acquisita la prova in capo all'imprenditore dello scopo di recare pregiudizio ai creditori e di rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari”*²³.

Limitando l'analisi alla prima parte della *summa*, si nota come siano considerate del tutto equivalenti le condotte descritte all'art. 216 co.1 n. 2 L.F., siano esse costituite da "mancata consegna", oppure da "omessa tenuta", oppure ancora di "sottrazione e distruzione". In buona sostanza, la Cassazione ci dice che non importa che fine abbiano fatto, in concreto, le scritture contabili: l'importante, ai fini dell'integrazione del reato, è che non sono dove avrebbero dovuto essere.

Già a livello astratto, questa impostazione non pare corretta, in quanto, così facendo, condotte diverse (ed assistite da forme di dolo diverse) vengono, di fatto, trasfuse in un'unica macro-fattispecie.

Questo orientamento, che si muove a livello sostanziale, si riverbera anche sul piano processuale. Da un lato, la Cassazione ha affermato che non è affetta da nullità un'imputazione che non identifichi compiutamente quali condotte siano state effettivamente commesse in relazione ai documenti dell'impresa fallita, o in cui le diverse ipotesi delittuose siano formulate in via alternativa: *"È ammissibile la contestazione alternativa dei delitti di bancarotta fraudolenta documentale per sottrazione, distruzione o occultamento di scritture contabili, per la cui sussistenza è necessario il dolo specifico di recare pregiudizio ai creditori, e di fraudolenta tenuta delle stesse, che integra una ipotesi di reato a dolo generico, non determinando tale modalità alcun vizio di indeterminatezza dell'imputazione"*²⁴.

Dall'altro, che non è violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza se, a fronte dell'addebito di bancarotta documentale specifica, interviene condanna per bancarotta generica, e viceversa, oppure quando, a fronte di un'originaria imputazione di bancarotta fraudolenta documentale, intervenga condanna per la corrispondente fattispecie semplice²⁵.

Se, tutto sommato, pare immune da criticità la facoltà, per il giudice, di inquadrare con ampi margini d'apprezzamento il fatto nell'una o nell'altra forma di bancarotta fraudolenta – che si equivalgono sul piano sanzionatorio – ci pare decisamente più criticabile ritenere sempre ammissibili capi di imputazione in cui la condotta è descritta in modo indefinito o in via alternativa, in quanto le due forme di bancarotta fraudolenta documentale, se non per i medesimi limiti edittali, non si equivalgono affatto sotto il profilo degli elementi costitutivi, neppure sul piano oggettivo.

Infatti, la forma "specificata" descrive una condotta di tipo attivo che ha ad oggetto scritture già esistenti e formate, mentre la seconda (quella generica) descrive una condotta che ha ad oggetto le modalità di tenuta – o mancata tenuta – della documentazione rilevante. La forma "generica", poi, richiede la causazione dell'evento della impossibilità della ricostruzione del patrimonio e dell'andamento degli affari, cosa che la prima non menziona affatto. Sotto il profilo del rispetto del diritto di difesa, alla stregua del quale la correttezza del capo di imputazione deve essere valutata, chiunque pratici la materia ben conosce quanto sia complicato impostare una difesa nel caso – tanto frequente nella prassi - in cui la contabilità rinvenuta sia soltanto incompleta, nell'incertezza di un'imputazione che non specifica se sia stata sottratta, meramente persa, o non tenuta *ab origine*. Dubbio, questo, che è l'Accusa a dover sciogliere.

Leggendo la seconda parte della massima, risulta evidente un'altra, diffusissima, tendenza giurisprudenziale: quella di *fondere* le diverse forme di bancarotta fraudolenta documentale, per dar vita ad un "ibrido" che nella legge fallimentare non ha cittadinanza.

Si nota, infatti, che l'evento del reato costituito "dall'impossibilità di ricostruire l'andamento degli affari" - elemento che caratterizza, come visto, la bancarotta documentale generica - è stato impropriamente ricondotto ad oggetto del dolo specifico della bancarotta documentale specifica: *"è inoltre acquisita la prova in capo all'imprenditore dello scopo di recare pregiudizio ai creditori e di rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari"*.

In questo modo, l'evento è attratto all'interno del dolo specifico, con l'ovvia conseguenza che, per l'integrazione della fattispecie, non sarà più necessario che la condotta abbia effettivamente determinato l'impossibilità di ricostruire la ricostruzione degli affari, essendo bastevole che a tale risultato essa sia stata orientata. In tal modo, si verifica un'ulteriore anticipazione del penalmente rilevante, con il passaggio della fattispecie da reato d'evento (e, secondo alcuni, di danno) a una nuova gemmazione strutturata su una condotta sorretta da dolo specifico.

Infatti, aderendo a tale orientamento, al fine di addivenire a condanna sarà sufficiente una condotta, attiva od omissiva, di scorretta tenuta della contabilità, purché vi sia prova che sia stata

finalizzata a rendere più difficoltoso lo svolgimento della procedura concorsuale, anche se il risultato criminoso prefissato non si sia realizzato, perché, ad esempio, è stato comunque possibile reperire agilmente i beni che il fallito intendeva sottrarre o perché il curatore è riuscito a ricostruire facilmente le vicende dell'impresa decotta.

L'erroneità di questa interpretazione giurisprudenziale, che comporta, come visto, una crisi tra le due forme di bancarotta documentale, è stata tuttavia oggetto di censura in alcune recenti pronunce di legittimità. In un recente arresto, infatti, la Cassazione ha annullato la sentenza dei giudici di merito, che, *“non cogliendo la struttura di norma mista alternativa della disposizione summenzionata, hanno operato una “fusione” tra le due fattispecie previste dalla medesima, trasformando la seconda in una sorta di evento della condotta oggetto della prima, ma, ciò che più rileva alla luce dei motivi di ricorso, sostituendo il dolo generico richiesto per la sussistenza dell'una a quello specifico invece necessario al perfezionamento dell'altra”*²⁶. Le due ipotesi, invece, devono mantenere la propria autonomia in quanto strettamente alternative fra loro²⁷.

b) La trasformazione dell'evento del reato di bancarotta documentale generica in mero evento di pericolo e il problema del “curatore-modello”.

Si è detto che la bancarotta documentale generica è caratterizzata da una struttura a condotta tendenzialmente libera e di evento di danno²⁸.

Quest'ultimo, costituito da “l'impossibilità di ricostruire il patrimonio o l'andamento degli affari” è l'elemento costitutivo che distingue l'ipotesi delittuosa in parola sia dalla variante “specificata”, sia dalla bancarotta semplice, nei quali è assente.

La centralità dell'evento nella struttura della norma è stata marcatamente sottolineata dalla dottrina maggioritaria *“nella bancarotta fraudolenta documentale generica il fulcro nella dinamica del reato ruota attorno alla tensione finalistica della condotta rispetto all'impossibilità della ricostruzione del patrimonio nonché alla relativa voluntas criminis, la quale necessariamente deve accompagnare il corrispondente contegno manipolativo”*²⁹.

Senonché, la Cassazione, ormai da molti anni, propugna una lettura dell'evento del reato assai estensiva, in quanto, per la sua configurazione, il concetto di impossibilità ricostruttiva -direttamente

lesiva degli interessi creditori - è univocamente interpretato in senso relativo e non assoluto³⁰.

Di talché, secondo l'orientamento storicamente dominante, anzitutto la *difficoltà ricostruttiva* ben può riguardare non *tutti* gli affari, ma soltanto *alcuni* di essi - e ciò è plasticamente evidente nella sentenza in commento, in cui l'omissione annotativa riguardava *un'unica* operazione - ; in secondo luogo, il fatto che il Curatore allo scopo si avvalga di documentazione reperita *aliunde* (estratti conto bancari, dichiarazioni fiscali, ecc.) costituisce la cartina di tornasole dell'insufficienza della documentazione reperita³¹.

A fronte di tale orientamento, che, nel suo risvolto pratico, determina un significativo ampliamento del penalmente rilevante, riscontriamo alcune pronunce, allo stato isolate e risalenti, che conferiscono un qualche effetto *pro reo* alla documentazione ufficiosa o in nero fornita dal fallito:

*“il reato di bancarotta fraudolenta non sussiste quando la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari possa essere attuata con il ricorso alla contabilità ufficiosa o comunque per altra via in base a documenti e dati provenienti dal fallito, sempre che non sia necessario far capo a fonti di documentazione esterne o private”*³².

Al netto di queste isolate pronunce, rimane il dato di fatto che l'evento della frode documentale generica, nella dimensione giurisprudenziale della norma, si è trasfigurato da impossibilità a “una difficoltà ricostruttiva richiedente particolare diligenza” in capo alla Curatela.

Con due conseguenze, di non poco rilievo.

La prima è che si assiste ad un'impropria trasfigurazione dell'evento di danno in evento di pericolo, in quanto la difficoltà ricostruttiva in capo al tutore delle istanze creditorie costituisce, a ben guardare, non necessariamente implica una reale offesa al ben giuridico tutelato. In tal modo, il requisito di fattispecie ha perso il suo ruolo di evento *strictu sensu* e con marcata funzione tipizzante.

In secondo luogo, la sussistenza dell'evento è rimessa, *case by case*, all'attitudine e alla diligenza spiegata dal Curatore, che, in quanto essere umano, può essere più o meno accorto e competente. Con l'ulteriore risultato che la sussistenza del fatto-reato oggi dipende (anche) dalle attitudini e dalle capacità di un soggetto diverso dal reo, il che pare, francamente, inaccettabile.

Certo, questo deficit può essere mitigato mediante la tipizzazione di un ... *“curatore modello”*, del quale,

però, manca ogni standardizzazione tanto legislativa che giurisprudenziale.

Infine, un'ultima parola in ordine alla rilevanza sul piano penale di una ricostruzione che sia almeno parziale del patrimonio o dell'andamento societario: caso, questo, assai frequente nella prassi in cui la documentazione è attendibile ma lacunosa. In questi frequentissimi casi, nessuno spazio è lasciato all'impunità; tuttavia, la giurisprudenza ha aperto alla possibilità di ritenere configurabile l'attenuante del danno di speciale tenuità ex art. 219 L.F., applicabile anche alle frodi documentali, a seconda dell'impatto che abbia avuto l'ammanco contabile sulla ricostruzione dell'attivo³³.

c) L'omessa tenuta, anche soltanto parziale, della contabilità: il "triello" tra le fattispecie documentali.

Il caso più problematico, nonché di frequentissima applicazione pratica, è quello nel quale la contabilità della società sia stata consegnata al Curatore solo parzialmente: tanto nell'ipotesi in cui sia stata assente *ab origine*, quanto in quella, spesso contestata in via alternativa nell'imputazione, in cui la contabilità esista, ma poi sia stata sottratta, occultata o perduta.

Questi casi generalmente si originano dal fatto che la curatela, all'interno della relazione ex art. 33 L.F. inviata alla Procura della Repubblica, sovente segnala che la contabilità rinvenuta risulta frammentaria o incompleta, magari perché è stata tenuta fino ad una certa annualità, oppure perché lo studio contabile che la deteneva ha perso i contatti con l'amministratore (ipotesi, questa, assai verosimile nei casi di realtà imprenditoriali in via di decozione, in cui i professionisti che assistono l'impresa non vengono più pagati per le loro attività). Tali mancanze contabili comportano l'impossibilità, seppur relativa, di ricostruire compiutamente l'andamento dell'impresa nel periodo corrispondente all'omissione, per cui al Curatore restano da percorrere due strade: incrociare i dati in suo possesso con quelli detenuti dall'Agenzia delle Entrate o dagli istituti di credito, oppure arrendersi al "buco contabile".

Ebbene, la situazione descritta può essere inquadrata in *tutte* le fattispecie documentali summenzionate: nella bancarotta fraudolenta documentale specifica, allorché si ritenga che la contabilità sia stata sottratta od occultata proprio allo scopo di impedire al Curatore di ricostruire i vari rapporti di dare – avere, con pregiudizio dei creditori; nella bancarotta

generica, ove l'ammanco abbia determinato l'impossibilità di ricostruire il patrimonio; nella bancarotta semplice, allorché si ritenga che la parziale mancanza delle scritture sia dovuta a mera disattenzione, non preordinata all'occultamento di condotte gestionali poco limpide commesse dal fallito.

Al fine di inquadrare correttamente la problematica, occorre muoversi per gradi, con l'ausilio dei più recenti orientamenti giurisprudenziali.

In primis, occorre distinguere in quali delle due forme di bancarotta documentale fraudolenta si versi dal punto di vista oggettivo, avuto riguardo all'individuazione, esatta, della condotta contestata. S'è detto che la condotta consiste nella *mancata tenuta della contabilità*: ebbene, secondo l'orientamento dominante, tanto nel caso in cui la condotta oggetto di giudizio consiste nell'omessa tenuta *ab origine*, quanto in quello della mancata consegna *ex post* al Curatore della contabilità dapprima esistente, il fatto è da ricondursi all'ipotesi di bancarotta documentale specifica, per cui andrà accertata – mediante indici fattuali univoci – la finalizzazione della condotta a creare documento ai creditori: "*l'occultamento delle scritture contabili, per la cui sussistenza è necessario il dolo specifico di recare pregiudizio ai creditori, consistendo nella fisica sottrazione delle stesse alla disponibilità degli organi fallimentari, anche sotto forma della loro omessa tenuta, costituisce una fattispecie autonoma ed alternativa - in seno all'art. 216, comma primo, lett. b), 1. fall. - rispetto alla fraudolenta tenuta di tali scritture*"³⁴.

Secondo questo orientamento, dunque, questa ipotesi delittuosa ricorre sia quando siano state poste in essere condotte attive (di distruzione, di occultamento, di falsificazione) su scritture contabili già precedentemente formate, sia quando, durante la vita dell'impresa, la doverosa tenuta della contabilità sia stata dolosamente omessa. Il pregio di una simile interpretazione sta nel fatto che la riconduzione dell'omessa tenuta della contabilità nell'alveo delle condotte di cui alla prima parte dell'art. 216 co.1 n. 2 L.F. – e non nella gemella generica – impone al Giudice una più penetrante verifica in ordine alla sussistenza del dolo specifico richiesto da questa fattispecie: vaglio che diviene tanto più importante quando la condotta oggetto di giudizio non sia una completa omissione, ma, come spesso accade, un'omissione riguardante solo talune annualità.

In quest'ultimo caso, infatti, è dirimente stabilire se l'omissione sia stata orientata dalla volontà di recare pregiudizio ai creditori (ad esempio, non tenere la contabilità al fine di celare condotte distrattive) o se derivi da mera negligenza o disinteresse.

Questa interpretazione, tuttavia, sembra porsi in contrasto con quel recente orientamento giurisprudenziale, reso in riferimento alla condotta di falsificazione delle scritture contabili, secondo il quale *“In tema di bancarotta documentale, la condotta di falsificazione delle scritture contabili prevista dalla prima parte dell'art. 216, comma 1 n.2, legge fall. può avere natura tanto materiale che ideologica, consistendo comunque nella manipolazione di una realtà contabile già definitivamente formata; la bancarotta generica si realizza sempre con una falsità ideologica contestuale alla tenuta della contabilità, e cioè mediante l'annotazione originaria di dati oggettivamente falsi o l'omessa annotazione di dati veri, realizzata con le ulteriori connotazioni modali descritte dalla norma incriminatrice”*³⁵. In entrambi i casi, il *discrimen* tra le due ipotesi può essere tracciato con riferimento al momento in cui la condotta delittuosa è stata posta in essere: alla bancarotta documentale specifica possono essere ascritte quelle manipolazioni commesse sulla contabilità già esistente; alla gemella generica, invece, quelle commesse contestualmente agli eventi patrimonialmente rilevanti che dovevano (e non sono stati) essere annotati. Di talché, a rigore, è nell'ambito della variante generica che andrebbe inquadrata l'omessa tenuta³⁶.

Chiarito il - già sfumato e controverso - confine tra le due forme di bancarotta fraudolenta documentale sotto il profilo oggettivo, occorre ulteriormente distinguere i casi in cui l'omessa tenuta può rilevare, invece, come bancarotta semplice.

Si è già detto che, dal punto di vista oggettivo, al netto del tipo di scritture che possono essere oggetto dei rispettivi reati, l'evento del reato costituito dall' *“impossibilità di ricostruire il patrimonio o l'andamento degli affari”* non si distingue per una vera portata specializzante.

Si è visto, infatti, che l'orientamento assolutamente dominante in legittimità, ritiene che *“il delitto di bancarotta fraudolenta sussiste ... anche quando gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza”*³⁷.

Considerando, quindi, la sovrapponibilità della descrizione della condotta delittuosa sul piano

lessicale, il difficile compito di demarcare l'operatività delle due fattispecie sembra spettare all'elemento soggettivo.

E infatti, a tal proposito, l'orientamento dominante ritiene che, in via generale, che *la bancarotta semplice e quella fraudolenta documentale si distinguono in relazione al diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo, che, ai fini dell'integrazione della bancarotta semplice ex art. 217, comma secondo, legge fall., può essere indifferentemente costituito dal dolo o dalla colpa, ravvisabili quando l'agente ometta, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture contabili, mentre per la bancarotta fraudolenta documentale, ex art. 216, comma primo, n. 2), legge fall., l'elemento psicologico deve essere individuato esclusivamente nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà dell'irregolare tenuta delle scritture, con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore”*³⁸.

Questo orientamento, però, non conduce a risultati pienamente appaganti.

Se, infatti, come più volte ribadito dalla Cassazione, la bancarotta semplice può essere integrata sia dal dolo generico che dalla colpa, mentre la frode contabile è soltanto dolosa, sussiste un'evidente area di interferenza tra le fattispecie allorquando l'omissione contabile si ipotizzi commessa con dolo. E così, in tutti i casi in cui l'agente ometta di tenere le scritture contabili obbligatorie degli ultimi tre anni in modo parziale, frammentario, o, comunque, irregolare, si da determinare l'impossibilità - nei termini poc'anzi ricordati - di ricostruire l'andamento degli affari o il patrimonio sociale, le due norme concorrono, in quanto il fatto può essere sussunto in entrambe le previsioni incriminatrici.

Epperò, nella stragrande maggioranza dei casi, il concorso fra norme si risolverà a tutto favore della fattispecie fraudolenta, in quanto l'evento specializzante - l'impossibilità di ricostruire il patrimonio o l'andamento degli affari - è integrato, come sappiamo, anche soltanto se l'ammacco contabile abbia costretto il Curatore ad un'opera ricostruttiva di particolare diligenza. Cosicché, salvo che il *deficit* contabile sia manifestamente colposo, si ricadrà sempre nella fattispecie più grave, e ciò in quanto l'imprenditore/amministratore, per usare parole care a certa giurisprudenza *“accetta il rischio”* che la sua *“malagestione”* delle scritture contabili

dell'impresa possa determinare difficoltà ricostruttive rilevanti, in caso di successivo fallimento. Ad avviso di chi scrive questa deriva giurisprudenziale non è sostenibile e contraddice lo spirito della norma, perché determina sistematicamente la ricaduta di queste ipotesi *border line* solo e sistematicamente nella fattispecie foriera di più gravi conseguenze sul piano sanzionatorio, relegando la bancarotta semplice a limitatissimi casi di irregolarità contabili, spesso neppure segnalate dalla curatela. Né peraltro, un così fragile argine giustifica il significativo divario di pena intercorrente tra l'una e l'altra ipotesi.

Per risolvere il problema paiono percorribili due strade.

La prima potrebbe essere quella consistente nel valorizzare l'evento in termini assoluti: sarà bancarotta fraudolenta solo allorché sia *davvero* impossibile ricostruire significative vicende societarie poco limpide³⁹. Tale opzione, però, si scontra con l'orientamento dominante che, come più volte ricordato, interpreta il significato di impossibilità come mera *"difficoltà superabile con particolare diligenza"*.

La seconda opzione è quella di valorizzare l'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta documentale generica – all'interno della quale ricondurre l'omessa tenuta della contabilità - nel senso di ritenere integrata la fattispecie più grave soltanto ove il dolo sia intenzionale. In buona sostanza, a livello astratto, si ritiene che l'espressione *"in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari"* debba essere interpretata nel senso che la condotta di tenuta irregolare delle scritture sia stata a ciò *univocamente* orientata e non che tale eventualità sia stata meramente *"accettata"* dall'agente, come sostenuto dalla giurisprudenza prevalente.

Questa interpretazione non è nuova in giurisprudenza, seppur espressione di un orientamento rimasto minoritario: in un risalente arresto la Cassazione ha stabilito che *"per le ipotesi di tenuta irregolare della contabilità, caratterizzate dalla tenuta delle scritture "in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari" è richiesto, invece, il dolo intenzionale, perché la finalità dell'agente è riferita a un elemento costitutivo della stessa fattispecie oggettiva"*⁴⁰; questa interpretazione avrebbe il pregio di avvicinare lo standard probatorio tra le due forme di bancarotta fraudolenta documentale sul piano

soggettivo, marcando le differenze con quello sufficiente a integrare la fattispecie semplice, giacché per le frodi contabili *"è pur sempre necessario escludere in entrambi i casi la rilevanza di un atteggiamento psicologico di mera superficialità dell'imprenditore fallito" ... "infatti un atteggiamento di superficialità caratterizza la bancarotta documentale semplice, che può essere caratterizzata dal dolo o indifferentemente dalla colpa, che sono ravvisabili quando l'agente ometta, rispettivamente, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture"*⁴¹.

La valorizzazione di questo orientamento consentirebbe, già sul piano astratto, di differenziare dal punto di vista soggettivo bancarotta fraudolenta generica e quella semplice: la prima punibile solo a titolo di dolo intenzionale, la seconda a titolo di dolo diretto o colpa.

Eppure, questo orientamento non pare aver riscosso molto successo, in quanto numerose sentenze successive si sono spese nel ribadire che *"in tema di bancarotta fraudolenta documentale, il reato previsto dall'art. 216, comma primo n. 2, della legge fallimentare richiede il dolo generico, costituito dalla consapevolezza nell'agente che la omessa o irregolare tenuta della contabilità rende impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio, non essendo, per contro, necessaria la specifica volontà di impedire quella ricostruzione"*⁴². Formula linguistica, questa, che sembra aprire la strada a una contestazione a titolo di dolo meramente *eventuale*. Deve rilevarsi, comunque, che la giurisprudenza di legittimità si stia da ultimo dimostrando una maggiore sensibilità, nell'ottica di recuperare sul versante dell'elemento soggettivo gli intenti ingannatori che la disposizione di cui all'art. 216 co. 2 L.F., in via astratta, oblitera.

Tale sforzo interpretativo si concentra sul riscontro, nel fatto concreto, di *"indici di fraudolenza della condotta"*: trattasi di elementi fattuali, diversi e complementari rispetto a quelli costituenti gli elementi della condotta delittuosa, rappresentati da circostanze esterne atte a colorare una condotta, di per sé astrattamente neutra, del grado di disvalore necessario a fondare una condanna per bancarotta fraudolenta, piuttosto che semplice⁴³.

A tal proposito, la Cassazione ha stabilito che *"in tema di bancarotta fraudolenta documentale ex art. 216, comma primo, n. 2, legge fall., il dolo generico deve essere desunto, con metodo logico inferenziale, dalle modalità della condotta contestata, e non dal*

solo fatto che lo stato 'delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, fatto che costituisce l'elemento materiale del reato ed è comune alla diversa e meno grave fattispecie di bancarotta semplice'⁴⁴. E che, tra gli indicatori astrattamente rilevanti non assume rilievo "la circostanza che l'imprenditore si sia reso irreperibile dopo il fallimento, costituendo detta condotta un posterius rispetto al fatto-reato"⁴⁵.

Poi, in caso di assoluzione da parallele fattispecie di bancarotta patrimoniale, o, in radice, "in assenza di una contestazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale, la motivazione concernente la sussistenza degli indici di frode della condotta di tenuta irregolare delle scritture contabili deve essere maggiormente rigorosa, in quanto la consapevolezza di rendere impossibile la ricostruzione patrimoniale e finanziaria della società fallita di per sé celerebbe, sul piano pratico, lo scopo di danneggiare i creditori (animus nocendi) o di procurarsi un vantaggio (animus lucrandi), essendo sovente funzionale alla dissimulazione o all'occultamento di atti depauperativi del patrimonio sociale penetrante sulla fondatezza dell'addebito di bancarotta fraudolenta documentale"⁴⁶.

In altro arresto, sempre riguardante una condanna per bancarotta fraudolenta documentale, la Cassazione ha rilevato che "l'assunzione della carica di amministratore in altre quattro società non assume - in assenza di ulteriori elementi non esplicitati (società decotte condotte al fallimento, assunzione di un ruolo di mera 'testa di legno' con il compito di una diversa allocazione della responsabilità penale, ecc.) - alcun valore indiziante del dolo" necessario all'integrazione della fattispecie fraudolenta, invitando, pertanto, il giudice del rinvio a ricercare altri elementi fattuali idonei a chiarire se l'ammacco contabile sia stato preordinato a celare operazioni fraudolente o se, invece, si imputabile a mera negligenza, "senza por mente alle conseguenze di tale condotta"⁴⁷.

Insomma, dalle ultime pronunce rese sul punto, la Cassazione, preso atto dell'oggettiva somiglianza sul piano materiale tra la fattispecie fraudolenta generica e la corrispondente gemella semplice, ha condivisibilmente richiamato i giudici di merito ad una maggiore attenzione alla valorizzazione di quegli elementi fattuali atti a disvelare - o meno - un vero e proprio intento fraudolento celato dietro ad una

condotta meramente *non compliant* rispetto agli obblighi civilistici.

Col meritorio risultato di recuperare, in concreto, quei criteri distintivi che, come rilevato, rimangono in ombra nelle fattispecie astratte.

4. Considerazioni conclusive: la "vocazione concorsuale" della frode documentale e l'ipotesi della "bancarotta documentale riparata".

A fronte di quanto esposto sinora, possono suggerirsi alcuni spunti interpretativi e operativi, al fine di una maggiore riuscita dell'*actio finium regundorum* da ultimo esperita dalla Cassazione riguardo alle fattispecie documentali previste dalla Legge Fallimentare.

Anzitutto, è bene ribadire quanto sia importante che le due varianti di bancarotta fraudolenta documentale mantengano la loro autonomia.

A ben guardare, infatti, il fatto tipico previsto dall'ipotesi *specificata* descrive condotte, che, già di per sé, manifestano *intrinsecamente* una frode avente ad oggetto documenti contabili già precedentemente formati, che il reo intende celare alla Curatela. In questo caso, già a livello oggettivo non c'è pericolo di confusione con la bancarotta semplice: si tratta di azioni di "sottrazione, distruzione, falsificazione" *ex se* chiaramente orientate a danneggiare i creditori. Il dolo specifico non fa che confermare e, in un certo senso, rafforzare questa vocazione naturale. La fattispecie mira a sanzionare il comportamento del fallito o fallendo che, in funzione della procedura concorsuale, vuole nascondere le tracce contabili di precedenti operazioni fraudolente o relative a beni che sarebbero (o avrebbero dovuto essere) assoggettati al concorso.

Invece, la condotta descritta nella seconda variante è strettamente legata al modo e al momento in cui le scritture sono state scritte o tenute. Essendo, questo, un reato a forma libera, ritengo che sia a *questa* variante - e non alla gemella *specificata*, come ritenuto dalla giurisprudenza - che vada ascritta la mancata tenuta della contabilità, comprendendo sia il fatto di non averla istituita da principio sia il fatto di aver ommesso annotazioni per un certo periodo. Del resto, la giurisprudenza ha già chiarito che la falsificazione della contabilità, ove avvenuta contestualmente alla sua redazione, è un fatto integrante la variante generica, ma se la falsificazione avviene successivamente siamo innanzi alla fattispecie *specificata*: il momento in cui si pone la condotta delittuosa sembra divenire determinante per

l'individuazione della fattispecie⁴⁸. Dunque, l'omissione contabile originaria, a mio avviso, può essere assimilata a una modalità – chiaramente illegittima – di tenuta della contabilità, ad essa contestuale. Il momento in cui si pone la condotta contestata gioca un ruolo importante: se successivo alla redazione delle scritture, può ipotizzarsi la forma specifica, se contestuale, quella generica⁴⁹.

A questo punto, però, è necessario un ulteriore sforzo per distinguere la fattispecie generica dall'omologa semplice, poiché dal punto di vista oggettivo risultano in larga parte sovrapponibili. Come visto, ricorrere all'elemento soggettivo può non essere appagante: è necessario un *quid pluris*.

Ebbene, ritengo che anche in riferimento alla variante generica non possa prescindersi da una sorta di requisito implicito della condotta delittuosa, che risulta invece più marcato nell'*explicit* della variante a dolo specifico: la preordinazione del fatto-reato alla procedura concorsuale⁵⁰.

Ritengo, infatti, che entrambe le frodi documentali necessitino –soprattutto con riferimento a quella generica – di una sorta di elemento costitutivo occulto, costituito dal fatto che la condotta delittuosa, per definirsi *davvero* fraudolenta, deve essere inevitabilmente orientata in previsione di una procedura concorsuale: ciò sia per la collocazione sistematica della norma, che la vede giustapposta alle fattispecie patrimoniali, sia perché soltanto la presenza di un elemento comune alle due ipotesi può giustificare la loro equiparazione a livello sanzionatorio⁵¹.

Il “bisogno” di questo requisito, dicevo, è particolarmente avvertito nella fattispecie a dolo generico: sia perché è un reato a forma libera e, come tale, l'agire del fallito può non essere manifestamente indicativo di frode; sia perché, come ripetuto più volte, non presenta, a livello oggettivo, alcuna differenza con il fatto tipico della omologa bancarotta semplice, al netto, ovviamente, dell'evento del reato, del quale, tuttavia, abbiamo già constatato la scarsa portata selettiva.

Dal punto di vista sistematico, poi, questa interpretazione si pone in linea con la natura delle frodi documentali, nonché con il loro ruolo di “reati stampella” della bancarotta fraudolenta patrimoniale: la prospettiva concorsuale della condotta pare un requisito di fattispecie davvero imprescindibile⁵².

In concreto, la preordinazione ai fini concorsuali ben può essere riscontrata proprio mediante la presenza,

case by case, dei menzionati indicatori di fraudolenza, da ultimo valorizzati dalla Cassazione.

E, quindi, per tornare all'esempio della sentenza, una singola omissione annotativa relativa ad un'operazione “sospetta”, potrà essere valutata diversamente a seconda della storia aziendale in cui l'operazione (e l'omissione) è posta in essere: sarà bancarotta fraudolenta documentale se in quel momento l'impresa era in un momento di crisi, sarà bancarotta semplice se, in quel momento, alcuna procedura concorsuale si affacciava all'orizzonte; in caso di mancata tenuta della contabilità, si dovrà dare rilevanza a quelle annualità in cui l'impresa già versava in un momento di crisi tendenzialmente irreversibile, mentre alcuna rilevanza potrà avere l'impossibilità di ricostruire il patrimonio e gli affari relativi agli anni precedenti⁵³.

In ultima analisi, *fraudolenza* fa rima con *insolvenza*: e ciò vale tanto in termini penalistici quanto lessicali. Il richiamo implicito alla prospettiva concorsuale, però, potrebbe venire in gioco anche sul piano oggettivo, nel senso della possibile valorizzazione, in ottica di elisione della responsabilità penale, di tutte quelle condotte *attive e sopravvenute* al fatto-reato mediante le quali il fallito fornisca un aiuto solido alla ricostruzione del patrimonio, pur a fronte di una pregressa tenuta scorretta (o del tutto assente) dei documenti dell'impresa.

In questi casi, l'applicazione diretta della cennata regola selettiva - costituita dalla prospettiva concorsuale del fatto-reato - consente di escludere la responsabilità *ex art. 216 L.F.* ove il fallito cooperi con gli organi fallimentari affinché, anche mediante l'aiuto di contabilità ufficiosa, sia possibile ricostruire il patrimonio o e l'andamento dell'impresa.

In assenza di un'apposita causa di non punibilità, simili condotte potranno rilevare nel senso di escludere la tipicità, in quanto questa condotta, pur se sopravvenuta al fallimento, va ad elidere la portata offensiva dei fatti precedentemente commessi, sulla falsariga di quell'orientamento che, per le parallele fattispecie patrimoniali, prende il nome di “*bancarotta riparata*”⁵⁴.

A differenza della bancarotta riparata classica, che, per esser riconosciuta come tale, postula il compimento di attività reintegratorie del patrimonio aziendale che avvengano *prima* della dichiarazione di fallimento, nel caso che occupa la riparazione degli ammanchi contabili ben può – anzi, di norma, dovrebbe – verificarsi *successivamente* al fallimento, nel momento in cui gli organi fallimentari sono

impegnati nella ricostruzione della storia e del patrimonio dell'azienda decotta.

In questa ipotesi la responsabilità per bancarotta fraudolenta fallimentare potrebbe essere esclusa, qualora il reo serbi una condotta attiva e d'ausilio agli organi fallimentari, idonea a sanare il *deficit* contabile, in tal guisa elidendo l'offesa agli interessi creditori che, con la sua condotta pregressa, aveva messo a repentaglio.

Da un punto di vista di politica criminale, la valorizzazione della bancarotta riparata anche in ambito documentale, con il suo effetto "premiante", potrebbe offrire – contrariamente a quanto oggi spesso avviene, in cui l'imprenditore fallito,

sentendosi ormai "spacciato", si rende irreperibile o, comunque, assume un atteggiamento di rassegnata chiusura nei confronti della curatela - un forte incentivo per il reo a collaborare con gli organi fallimentari, con effetti positivi sul buon esito e sulla speditezza della procedura concorsuale.

E così, l'esaltazione della *prospettiva concorsuale* della frode documentale, pur muovendo dall'esigenza di recuperare la dimensione "gestaltica"⁵⁵ della fattispecie, potrebbe riverberarsi su istanze schiettamente pratiche.

Francesco Matteo Magnelli

Magistrato ordinario in tirocinio

¹ Cfr. par. 1.4. della parte motiva. Sulle problematiche scaturenti dal fenomeno delle "imputazioni alternative" si tornerà nel prosieguo.

² Per approfondire, Voce "Fallimento" (reati in materia di), in *Enc. Dir.*, VI, 2013, 283 e ss.; GAMBARDELLA M., *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, vol. 7/8, 2018, 2316 e ss.; N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, 226; CRISTOFORI G.: *La bancarotta fraudolenta documentale*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Diritto penale dell'economia* (a cura di), Milano, 2019, 2175 e ss.

³ "Da una parte è oggetto di tutela penale la condotta dell'imprenditore che, se viene dichiarato fallito, sottragga, distrugga ovvero falsifichi, in tutto o in parte, i libri e le scritture contabili con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto oppure di recare pregiudizio ai suoi creditori. Dall'altra, la medesima fattispecie incriminatrice prescrive un'ulteriore condotta tipica: la tenuta dei libri e delle scritture contabili in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari dell'impresa.", così CRISTOFORI, *op. cit.*, 2177.

⁴ A differenza della bancarotta documentale semplice, il cui oggetto può essere costituito solo e soltanto dai libri e dalle scritture obbligatorie in relazione all'impresa oggetto di fallimento, nelle fattispecie fraudolente rilevano anche le condotte commesse su libri e contabilità meramente facoltative, purché idonee a ricostruire attività e passività aziendali. Particolare interesse destano le pronunce giurisprudenziali in materia di bilancio e contabilità "in nero": mentre il primo, nonostante la sua funzione rappresentativa dell'andamento della società, non è mai oggetto del reato *de quo*, in quanto non rientra né nella nozione di "libro" né di "contabilità" (Cass. pen, sez. V, n. 42568/2018), il rinvenimento della seconda può giovare alla ricostruzione delle attività dell'impresa fallita, ma non è idoneo ad escludere la sussistenza del reato commesso sui documenti "ufficiali" (Cass. Pen., sez. V, n. 1925/2018). Ad avviso di chi scrive, tanto il bilancio quanto la contabilità "parallela" possono viceversa rilevare *pro reo*, nel senso che ove tali documenti siano confluiti, con la collaborazione del fallito, nelle mani della curatela, in modo da aiutarla concretamente nella ricostruzione del patrimonio pur a fronte dell'incompletezza della contabilità e dei libri obbligatori, una simile condotta potrebbe essere idonea quantomeno ad impedire la responsabilità per bancarotta patrimoniale "generica". Sul punto, si vedano le considerazioni conclusive di cui all'ultimo paragrafo.

⁵ Cass. Pen, Sez. V, n. 9921/2018.

⁶ Cass. Pen., Sez. V, n. 41051/2014. più di recente, v. Cass. Sez. V, n. 5081/2020, richiamata dalla sentenza in commento.

⁷ Cass. Pen., Sez. V, n. 42754/2017 - Rv. 271847 – 01, in *C.E.D.* Il tema verrà approfondito successivamente.

⁸ Così ALESSANDRI A., *Diritto penale commerciale*, Torino, 2019, 71.

⁹ Così, MAZZACUVA N., AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., 235. Gli AA. sottolineano peraltro la necessità che vengano sempre prese in considerazione entrambe le finalità: "la questione è di importanza fondamentale anche sul piano delle concrete conseguenze che potrebbero derivare da un'applicazione letterale della disposizione incriminatrice, sol se si consideri che si dovrebbe ammettere l'integrazione della condotta anche in quei casi in cui non vi è stata neanche la mera accettazione del rischio di recare pregiudizio ai creditori: il che sembra inammissibile trattandosi, pur sempre, di reati fallimentari."

¹⁰ Così, GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006, 101.

¹¹ È un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello per cui non è necessario che la ricostruzione sia resa assolutamente impossibile dalla mancanza, anche solo parziale, della documentazione, essendo sufficiente la circostanza che la Curatela sia dovuta ricorrere a documentazione reperita *aliunde*, come, ad esempio, agli estratti conto bancari, o a contabilità reperita altrove, perché l'evento possa dirsi integrato: *ex multis*, v. Cass. Pen, sez. V, n. 1925/2018, Rv. 274455 – 01, in *C.E.D.*: "Il delitto sussiste, non solo quando la ricostruzione del patrimonio e del movimento

degli affari del fallito si renda impossibile per il modo in cui le scritture contabili sono state tenute, ma anche quando gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza.” Anzi, la giurisprudenza valorizza proprio tali “sforzi” per dar prova dell’insufficienza originaria della documentazione reperita: “la necessità di acquisire i dati documentali presso terzi costituisce riprova che la tenuta dei libri e delle altre scritture contabili era tale da rendere, se non impossibile, quantomeno molto difficoltosa la ricostruzione del patrimonio o del movimento di affari.” Cass. Sez. V, n. 21028 /2020, Rv. 279346 – 01, in C.E.D.

¹² Espressione di SOANA G.L., *I reati fallimentari*, Milano, 2012, 173.

¹³ Cfr. CRISTOFORI, *La bancarotta fraudolenta documentale*, cit., 2219, il quale sottolinea la funzione di norma di chiusura del sistema.

¹⁴ Cass. Pen. Sez. V, Sentenza n. 4416/1998 (Rv. 211047 – 01), in C.E.D.

¹⁵ Condotta, questa foriera di rilevanti interferenze sia con l’adiacente ipotesi documentale specifica, sia con quella di bancarotta semplice, come avremo modo di notare nel prosieguo.

¹⁶ *Contra*, in dottrina, CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013, 126, il quale, valorizzando l’evento del reato e un’interpretazione sistematica, ha sottolineato che nella bancarotta generica debba rientrare l’ipotesi in cui la contabilità non sia tenuta del tutto “non potendosi dubitare come anche e soprattutto ciò impedisca la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari”.

¹⁷ Così, Cass. Pen. Sez. V, Sentenza n. 18146/2015.

¹⁸ Cfr. Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 5264/2013 (Rv. 258881 – 01), in C.E.D. Del tutto minoritario è l’orientamento secondo il quale anche questa fattispecie sia connotata da dolo specifico, (ad esempio, cass. Sez. V, n. 6650/1992): del resto, la lettera della norma non lascia spazio ad una simile interpretazione, in quanto il dolo specifico risulta testualmente collegato alle sole condotte di distruzione, sottrazione e falsificazione della documentazione dell’impresa.

¹⁹ CRISTOFORI, *op. cit.*, 2232, il quale richiama il pensiero espresso sul punto da SOANA G.L.;178. Deve tuttavia rilevarsi che altra parte della dottrina, con PALLADINO P., *L’elemento soggettivo nella bancarotta fraudolenta documentale*, in Cass. Pen., 2007, 278, rifiuta tale lettura, “venendosi in tal modo a confondere un connotato della condotta con l’intenzione dell’agente, ed introducendosi un requisito non espressamente richiesto dalla norma.”

²⁰ In dottrina, v. CORUCCI E., *op.cit.*, 162, nonché CAPPITELLI, *Molte ombre e poche luci in tema di bancarotta semplice documentale*, in Cass. Pen., 9/2011, 3139.

²¹ Così, CAPPITELLI, *Molte ombre e poche luci...*, cit. 3143, il quale riprende il rilievo sul punto di ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Milano, 1959, 178.

²² *Ex multis*, Cass. Pen., sez. V, n. 38598/2009. Fortemente contrario ad una simile interpretazione, in considerazione dell’assenza di elementi che esplicitino la volontà legislativa in tal senso, CAPPITELLI, *op. ult. cit.*, 3147, il quale evidenzia come nel caso di specie, “davvero nessun elemento normativo richiama, nemmeno indirettamente, la colpa”.

²³ Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 47923/2014 (Rv. 261040 – 01), in C.E.D.

²⁴ Cass. Pen., Sez. V, n. 8902/2021.

²⁵ “Non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza, ex art. 521 cod. proc. pen., la condanna per bancarotta documentale semplice dell’imputato di bancarotta documentale fraudolenta, non sussistendo tra il fatto originariamente contestato e quello ritenuto in sentenza un rapporto di radicale eterogeneità o incompatibilità né un “vulnus” al diritto di difesa, trattandosi di reato di minore gravità.” Così, Cass. Pen., sez. V, Sentenza n. 33878/2017 (Rv. 271607 – 01) in C.E.D.

²⁶ Cass. Pen., sez. V, n. 18634/2017.

²⁷ V., più di recente, Cass. Pen., sez. V, n. 21692/2021, in cui la Cassazione ha annullato la sentenza in quanto la Corte di merito “ha confuso le due ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale, atteso che l’ipotesi, caratterizzata dal dolo generico, di tenuta delle scritture contabili in guisa da non consentire detta ricostruzione presuppone un accertamento condotto su libri contabili effettivamente rinvenuti e posti a disposizione dei predetti organi, circostanza questa che in sentenza viene esclusa”.

²⁸ V. retro, par. 2; in dottrina, v. CRISTOFORI, *op.cit.*, 2220.

²⁹ Così, CRISTOFORI, *op. cit.*, che richiama il pensiero espresso sul punto da AMATI-MAZZACUVA, *op. cit.*, 193.

³⁰ Questo orientamento ha radici antiche: “L’art 216 PP n 2 legge fallimentare mira a garantire il particolare interesse, che i creditori hanno, alla conoscenza del patrimonio destinato a soddisfare le loro ragioni e, perciò, tende ad impedire quei comportamenti, che tale interesse ledono, in quanto rendono impossibile o, per lo meno, assai difficile agli organi fallimentari l’accertamento dell’effettiva situazione patrimoniale dell’imprenditore e le vicende attraverso le quali il patrimonio è passato.” Sez. 5, Sentenza n. 409/1971 (Rv. 117930 – 01) in C.E.D.. Limpida e lapidaria Cass. Sez. 5, Sentenza n. 14905/1977: “ai fini della sussistenza del delitto di bancarotta fraudolenta documentale, la notevole difficoltà nella ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari equivale ad impossibilità”.

³¹ *Sussiste il reato di bancarotta fraudolenta documentale anche quando la documentazione possa essere ricostruita “aliunde”, poiché la necessità di acquisire i dati documentali presso terzi costituisce riprova che la tenuta dei libri e delle altre scritture contabili era tale da rendere, se non impossibile, quantomeno molto difficoltosa la ricostruzione del patrimonio o del movimento di affari* (Cass. Pen. Sez V, n. 21028/2020).

³² Cass. Pen. Sez.V, n. 13600/1989 Rv. 182253 – 01, in C.E.D.

³³ *“In tema di reati fallimentari, il danno di speciale tenuità di cui alla circostanza attenuante prevista dall’art. 219, comma terzo, legge fall., è quello cagionato dal fatto di reato globalmente considerato e non quello derivante dal passivo fallimentare, talché, in ipotesi di bancarotta semplice documentale, detto danno deve valutarsi sia in relazione all’impossibilità di ricostruire totalmente o parzialmente la situazione contabile dell’impresa fallita o di esercitare le azioni revocatorie o altre azioni a tutela dei creditori, sia in relazione alla diminuzione che l’omessa tenuta dei libri contabili abbia determinato nella quota di attivo oggetto di riparto tra i creditori”*. Cass. Pen., Sez. V, n.11725/2019 (dep. 2020) Rv. 279098 – 01, in C.E.D..

³⁴ Così, da ultimo, Cass. Pen., sez. V, n. 34025/2021.

³⁵ Cass. Pen., sez. V, n. 5081/2020, cit.

³⁶ Contrario *ab imis* all’inclusione della omessa tenuta della contabilità nell’alveo della bancarotta fraudolenta documentale, SANTORIELLO C., *Bancarotta documentale fraudolenta e semplice: somiglianze e (spesso trascurate) differenze*. In *lpenalista.it*, 16.12.2016, il quale sottolinea come soltanto l’art. 217 L.F. – a differenza del 216 - contempla espressamente l’omessa tenuta della contabilità e avverte che ritenere tale fatto sussumibile all’interno della frode documentale comporta, di fatto, un’*interpretatio abrogans* della fattispecie semplice. Sul punto si tornerà successivamente.

³⁷ Cass. Pen., sez. V, n. 45174/2015.

³⁸ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez.V, n. 2900/2019.

³⁹ *“In tal senso, l’inidoneità delle scritture alla ricostruzione della situazione patrimoniale deve essere sistematica e tale da non consentire di apprezzare nemmeno un quadro approssimativo della situazione patrimoniale dell’impresa: si tratta, infatti, di un’ipotesi di falso ‘globale’, la quale prescinde dalla rilevanza e dalla dimostrazione del singolo falso-componente, polarizzandosi unicamente sul risultato complessivo che deriva dalla condotta”* così, G. MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, 2018, 168, cui si rimanda per la ricchezza espositiva e di note bibliografiche.

⁴⁰ Cass. Pen., Sez. V, n. 1137/2009. In precedenza, sulla stessa linea, Cass. Pen., Sez. V, n. 5905/2000.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² V., ad es., Cass. Pen., Sez. V, n. 47923/2014.

⁴³ Chiosa, in un recente arresto, la Corte: trattasi di *“circostanze di fatto ulteriori, in grado di illuminare la ratio dei menzionati eventi alla luce della finalità di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto ovvero di recare pregiudizio ai creditori, nel caso della bancarotta fraudolenta documentale specifica; della consapevolezza che l’irregolare tenuta della documentazione contabile è in grado di arrecare pregiudizio alle ragioni del ceto creditorio, nel caso della bancarotta fraudolenta documentale generica”* (Cass. Pen., sez. V, n.34025/2021).

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. V, n. 20571/2021.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Cass. Pen., Sez. V, n. 20882/2021.

⁴⁷ Cass. Pen., Sez. V, n. 24236/2021.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. V, n. 5081/2020, più volte citata.

⁴⁹ Sulla necessità di inquadrare rigorosamente la condotta contestata nell’una o nell’altra variante di bancarotta fraudolenta documentale, v., da ultimo, Cass. Pen., sez. V, n. 26533/2021, che ha annullato la sentenza della Corte territoriale che, a fronte di una imputazione in forma *“alternativa”* o *“mista”*, non aveva chiarito in quale delle due forme andava sussunto il fatto.

⁵⁰ In questa via si estendono alla bancarotta documentale generica le considerazioni svolte da parte dottrina a proposito della bancarotta fraudolenta specifica, in riferimento al dolo: *“Ed allora non resta che concordare con l’interpretazione che ritiene necessaria la contestuale presenza del duplice scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto unitamente a quello di recare pregiudizio ai creditori: il che, fra l’altro, consente di circoscrivere nel tempo la tipicità dei comportamenti previsti dalla legge, assumendo rilevanza, in tal modo, quelle sole condotte che sono commesse, se non proprio nell’imminenza, quantomeno in previsione del fallimento”* (così, MAZZACUVA-AMATI, *op. cit.*, 235)

⁵¹ Secondo G. MONTANARA, *Le fattispecie di bancarotta. Il ricorso abusivo al credito. Le circostanze aggravanti e attenuanti*, in AA.VV., *Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco*, in U. Apice (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Torino, 2011, Vol. III, si tratterebbe di una sorta di dolo specifico *“implicito”* e *“uniforme”* per tutte le fattispecie fraudolente.

⁵² In questo senso, davvero condivisibili le considerazioni spese sull’elemento soggettivo delle frodi contabili svolte da MINICUCCI, *op. cit.*, 169, secondo il quale *“avendo il falso contabile come naturale destinatario gli organi della procedura fallimentare, non può certo mancare al reo la rappresentazione del termine di riferimento della condotta, alternativamente fissato nell’impedimento dell’apprensione di dati aziendali ovvero nella raffigurazione fallace dei medesimi; il che val quanto dire che deve rappresentarsi chiaramente e concretamente l’insorgere o l’essere dell’insolvenza, unitamente alla rilevanza concorsuale delle scritture oggetto della condotta”*.

⁵³ Il richiamo al contesto temporale in cui si è posta la condotta delittuosa è stato effettuato anche da Cass. Pen., Sez. V, n. 8429/2020, annotata da D’AVIRRO A., *Bancarotta fraudolenta documentale. La S.C. afferma (ancora) il ruolo determinante*



del dolo specifico in *Ilpenalista.it*, 13.5.2020. In tale arresto, la Cassazione ha escluso l'esistenza del dolo specifico di frode nello smarrimento o sottrazione del libro inventari relativo a un'annualità assai precedente alla data del fallimento.

⁵⁴ *“La c.d. bancarotta riparata, che determina l'insussistenza dell'elemento materiale del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, si configura quando la sottrazione dei beni facenti parte del compendio aziendale viene annullata da un'attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento e così annulli il pregiudizio per i creditori o anche solo la potenzialità di un danno”*, così Cass. Pen. Sez. V n. 31806/2020. In dottrina, P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta cd. "riparata"*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 29.5.2015.

⁵⁵ L'aggettivo si collega al termine tedesco *“gestalt”* e sta ad indicare una visione d'insieme della norma incriminatrice, che riesca, al contempo, a comprenderne i requisiti espliciti e ad enucleare, cogliendolo nella sua più profonda essenza, il *tipo* criminoso. L'interpretazione gestaltica tenta di cogliere l'essenza ultima della fattispecie dipartendo il *tatbestand* per poi ridisegnarlo in una dimensione evoluta, in quanto la comprensione del tutto non è meramente costituita dalla somma delle sue parti. In tema, e per altri interessanti spunti, si rimanda all'opera di M. PAPA, *A fantastic voyage*, II ed., Torino, 2019, 27 e *passim*.

Indebita compensazione e dichiarazione fraudolenta tra crediti non spettanti e inesistenti. Focus sul cd. “superbonus 110%”.

di **F. Colaianni** e **D. Colombo**

L'indebita compensazione di crediti fiscali è soggetta a sanzioni amministrative e penali, le quali sono modulate in maniera differente a seconda che il credito utilizzato sia “non spettante” oppure “inesistente”. Tuttavia, la distinzione tra le due nozioni non sempre è agevole. In questo scritto si analizzeranno gli approdi giurisprudenziali sul tema, in forza dei quali si è in seguito tentato di tratteggiare l'ambito oggettivo di applicazione delle norme sanzionatorie, con particolare attenzione a quelle penali.

Nella seconda parte del presente lavoro, il focus è rivolto alla disciplina del c.d. “Superbonus 110%”. In particolare, le regole generali delineate nella prima parte vengono applicate alla fattispecie concreta, evidenziando punti critici e proponendo possibili soluzioni.

Sommario. **1.** Premessa. La compensazione fiscale in generale. – **2.** La distinzione in ambito tributario tra crediti di imposta “inesistenti” e “non spettanti”. – **3.** I risvolti penali della distinzione. – **3.1.** L'indebita compensazione. – **3.2.** La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici. – **3.3.** Rapporti tra le due fattispecie delittuose. – **4.** Il c.d. “Superbonus 110%”. – **4.1.** La disciplina prevista dal Decreto Rilancio e dai successivi interventi normativi. – **4.2.** I possibili scenari sanzionatori. – **5.** Conclusioni.

1. Premessa. La compensazione fiscale in generale.

La compensazione è, come noto, una causa di estinzione dell'obbligazione a carattere soddisfacente, disciplinata dagli artt. 1241 e ss. del codice civile. In forza di tale istituto, quando due soggetti sono obbligati l'uno verso l'altro, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla legge.

Nell'ambito dei rapporti tra cittadino ed Erario, ben possono verificarsi situazioni in cui al primo, tipicamente in qualità di contribuente-debitore del secondo, vengano riconosciuti crediti di vario genere nei confronti dell'ente impositore. In questi casi, il contribuente è sia debitore, sia creditore verso lo Stato.

Onde evitare un farraginoso e controproducente rincorrersi di pagamenti e rimborsi, l'art. 8, comma 1, l. 212/2000 (c.d. Statuto dei diritti del Contribuente) prevede espressamente che anche l'obbligazione tributaria possa essere estinta per compensazione.

In particolare, sono previsti due tipi di possibile compensazione: le compensazioni cc. dd. orizzontali e quelle cc. dd. verticali.

Le compensazioni orizzontali (normativamente disciplinate dall'art. 17 d. lgs. 241/1997) sono quelle mediante le quali un credito di imposta o

contributivo viene impiegato per compensare debiti relativi a tributi e contributi di natura diversa.

Le compensazioni verticali sono invece quelle compensazioni effettuate utilizzando determinati crediti ai fini del pagamento di un debito relativo al medesimo tributo. Frequentemente, siffatti crediti vengono “riportati a nuovo”, ossia utilizzati in un periodo di imposta successivo a quello di maturazione, allo scopo di compensare il debito di imposta, relativo al medesimo tributo, sorto in tal successivo periodo.

Da un punto di vista fiscale, la differenza tra compensazioni orizzontali e verticali assume rilevanza nella misura in cui solo le prime sono soggette a determinati requisiti e limiti. In particolare: *i)* l'art. 34, comma 1, l. 388/2000 prevede un limite massimo per la compensazione di euro 700.000; *ii)* la compensazione orizzontale per importi superiori a euro 5.000 necessita l'apposizione del visto di conformità di cui all'art. 35, comma 1, lettera a) d. lgs. 241/1997; *iii)* ai sensi dell'art. 31 d.l. 78/2010, la presenza di ruoli scaduti di importo superiore a euro 1.500 impedisce la compensazione fino al pagamento dei suddetti ruoli.

Delineata così per sommi capi la disciplina relativa alle compensazioni fiscali, in questa sede verranno esaminati i risvolti patologici riguardanti quelle situazioni in cui il contribuente, al fine di ottenere un

ingiustificato risparmio fiscale, ricorre a indebite compensazioni di crediti in realtà non spettanti o addirittura inesistenti.

Il legislatore è intervenuto per arginare questo genere di comportamenti, prevedendo apposite sanzioni, in ambito sia amministrativo sia penale, tese a tutelare l'interesse erariale all'esatta percezione dei tributi.

Più nel dettaglio, le sanzioni previste sono modulate diversamente a seconda che il contribuente abbia indebitamente utilizzato un credito "non spettante" ovvero un credito "inesistente", configurando quest'ultimo un'ipotesi di più accentuata pericolosità e stigmatizzata con un trattamento sanzionatorio più severo.

La distinzione tra crediti "non spettanti" e crediti "inesistenti", tuttavia, oltre a non essere sempre stata sufficientemente valorizzata¹, non è nemmeno sempre agevole. Compito dell'interprete è districarsi tra due concetti che sembrano talvolta sovrapporsi, chiarendo i tratti distintivi di ciascuno e delineando le conseguenze che derivano da una qualificazione rispetto all'altra.

2. La distinzione in ambito tributario tra crediti di imposta "inesistenti" e "non spettanti".

Al precipuo scopo di semplificare gli adempimenti dei contribuenti, il d. lgs. 241/1997, tra le varie misure di intervento, ha consentito la compensazione, tramite il c.d. modello F24, di crediti vantati nei confronti di vari enti impositori con debiti anche di natura diversa. In particolare, l'art. 17 d. lgs. 241/1997 disciplina i casi di compensazione tra crediti (di imposta o contributivi) e debiti maturati in relazione ad altri tributi o contributi, delineando analiticamente le ipotesi per cui la compensazione è ammessa.

La riforma operata dal d. lgs. 158/2015, incidendo sull'art. 13 d. lgs. 471/1997, ha – in ambito fiscale e con riferimento alle ipotesi di compensazione – differenziato il trattamento sanzionatorio previsto per le violazioni degli obblighi di versamento, dacché viene operata una distinzione a seconda che sia indebitamente utilizzato in compensazione un credito "non spettante" ovvero "inesistente".

In particolare, ai sensi dell'art. 13, comma 4, d. lgs. 471/1997, «nel caso di utilizzo di un'eccedenza o di un credito d'imposta esistenti in misura superiore a quella spettante o in violazione delle modalità di utilizzo previste dalle leggi vigenti si applica, salva

l'applicazione di disposizioni speciali, la sanzione pari al trenta per cento del credito utilizzato».

Ai sensi del successivo comma 5, invece, «nel caso di utilizzo in compensazione di crediti inesistenti per il pagamento delle somme dovute è applicata la sanzione dal cento al duecento per cento della misura dei crediti stessi. Per le sanzioni previste nel presente comma, in nessun caso si applica la definizione agevolata prevista dagli articoli 16, comma 3, e 17, comma 2, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472. Si intende inesistente il credito in relazione al quale manca, in tutto o in parte, il presupposto costitutivo e la cui inesistenza non sia riscontrabile mediante controlli di cui agli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e all'articolo 54-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633»².

Come già accennato, la distinzione ha evidenti riflessi in punto di trattamento sanzionatorio, in considerazione della maggiore pericolosità insita nell'utilizzo in compensazione di un credito inesistente, il quale, essendo supportato da documentazione decettiva, è di più difficile riconoscimento, da parte dell'Amministrazione finanziaria, rispetto a un credito meramente non spettante.

L'intervento riformatorio attuato per mezzo del d. lgs. 158/2015 ha segnato una netta cesura tra crediti inesistenti e crediti non spettanti. Distinzione che è stata ribadita di recente da un tritico di sentenze della Suprema Corte³, in cui i giudici di legittimità – riconoscendo come l'applicazione del termine di decadenza c.d. "lungo", previsto dall'art. 27, comma 16, d.l. 185/2008, presupponga l'utilizzo non già di un mero credito "non spettante", bensì di un credito "inesistente" – hanno definitivamente statuito, superando qualsivoglia orientamento contrario, la valenza della differenziazione tra le due tipologie di crediti indebitamente compensati.

Asseverata la dignità della distinzione, problematico risulta tuttavia discriminare i casi concreti e ricondurli correttamente all'una o all'altra ipotesi.

Quanto alla non spettanza, il dato normativo offerto dall'art. 13, comma 4, d. lgs. 471/1997 si articola in due parametri: uno quantitativo, secondo cui rileverebbero quei crediti – esistenti – utilizzati in compensazione «in misura superiore» a quella spettante, e un altro procedurale, in base al quale la

non spettanza deriverebbe dalla «violazione delle modalità di utilizzo previste dalle leggi vigenti».

Per quanto attiene invece all'inesistenza, è lo stesso art. 13, comma 5, d. lgs. 471/1997 a fornire una definizione normativa della nozione, chiarendo che «si intende inesistente il credito in relazione al quale manca, in tutto o in parte, il presupposto costitutivo e la cui inesistenza non sia riscontrabile mediante controlli» di cui agli artt. 36-bis e 36-ter d.P.R. n. 600/1973 e all'art. 54-bis d.P.R. n. 633/1972. Sul solco di tale definizione, la Suprema Corte ha affermato che «il credito fiscale illegittimamente utilizzato dal contribuente può dirsi "inesistente" quando ne manca il presupposto costitutivo (ossia, quando la situazione giuridica creditoria non emerge dai dati contabili-patrimoniali-finanziari del contribuente) e quando tale mancanza [non] sia evincibile dai controlli automatizzati o formali sugli elementi dichiarati dal contribuente stesso o in possesso dell'anagrafe tributaria [...] su cui detti controlli anche si fondano»⁴. Dunque, per credito "inesistente" deve intendersi quello connotato da due e congiunti requisiti: i) la mancanza del presupposto costitutivo, con la conseguenza che il credito è stato indicato dal contribuente in maniera fraudolenta o, comunque, sulla base di una rappresentazione mendace dei dati; ii) l'impossibilità di riscontrare l'inesistenza del credito mediante i controlli automatizzati e formali delle dichiarazioni.

Siccome tali requisiti devono presentarsi congiuntamente, qualora non sussista anche uno solo di essi, il credito d'imposta non potrà essere qualificato come inesistente, bensì come meramente non spettante. Per esempio, laddove manchi il presupposto costitutivo, ma a supporto del credito venga presentata una documentazione regolare, si ricadrà nell'ambito della non spettanza, e non in quello dell'inesistenza.

La difficoltà nell'individuare gli elementi distintivi tra le due tipologie di crediti indebitamente compensati determina conseguenze rilevanti non soltanto in ambito tributario – come si è visto – ma anche in ambito penale.

3. I risvolti penali della distinzione.

3.1. L'indebita compensazione.

Nell'ambito dell'impianto penalistico costruito dal d. lgs. 74/2000, la distinzione tra crediti di imposta "inesistenti" e crediti di imposta "non spettanti"

riveste particolare importanza con riferimento al delitto di indebita compensazione, previsto e punito dall'art. 10-*quater* del citato Decreto.

Tale articolo – introdotto per effetto del d.l. 223/2006 e riformulato ad opera del d. lgs. 158/2015 – si struttura in due distinti commi, contenenti ciascuno un'autonoma fattispecie di reato. In particolare, l'ipotesi delittuosa prevista dal comma 1 punisce con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versi le somme dovute⁵, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'art. 17 d. lgs. 241/1997, crediti *non spettanti*, per un importo annuo superiore a euro cinquantamila; il comma 2 punisce invece con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque non versi le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'art. 17 d. lgs. 241/1997, crediti *inesistenti*, per un importo annuo superiore a euro cinquantamila⁶.

Come noto, l'art. 10-*quater* d. lgs. 74/2000 tutela l'interesse erariale alla tempestiva ed efficace riscossione delle entrate patrimoniali. Tutela quanto più necessaria se si considera che l'indebita compensazione non è immediatamente ravvisabile da parte del fisco, essendo infatti necessario il previo riscontro dell'inesistenza o della non spettanza del credito di imposta utilizzato in compensazione⁷.

Pare inoltre condivisibile l'opinione di chi, constatando l'idoneità di un modello di pagamento mendace ad ostacolare l'evidenza dell'omesso pagamento, in ciò ne riconosce un ulteriore disvalore, anch'esso colpito dal delitto *de quo*⁸.

Sebbene il legislatore adoperi il pronome indefinito "chiunque", il delitto di indebita compensazione si configura come reato proprio, giacché può essere commesso esclusivamente da quei contribuenti che, al momento della redazione e dell'invio del modello F24, abbiano effettuato, nel periodo d'imposta, indebite compensazioni in misura tale da integrare la soglia di punibilità prevista, pari – per entrambi i commi dell'art. 10-*quater* – a euro cinquantamila⁹.

La condotta punita dall'art. 10-*quater* consiste, più dettagliatamente, nella compensazione di crediti «non spettanti» (comma 1) o «inesistenti» (comma 2), realizzata – per espresso richiamo normativo – sulla base di quanto disposto dall'art. 17 d. lgs. 241/1997¹⁰.

L'art. 10-*quater* d. lgs. 74/2000 non richiama, invece, l'art. 13 d. lgs. 241/1997, disposizione che, come visto più sopra, offre una definizione delle diverse nozioni di credito "non spettante" e di credito "inesistente"¹¹.

In dottrina¹² si ritiene comunque che, analogamente a quanto previsto in sede tributaria, per crediti “non spettanti” debbano intendersi quei crediti di imposta utilizzati in misura eccedente rispetto a quella spettante o in violazione delle modalità di utilizzo del credito normativamente previste. Costituirebbero invece crediti “inesistenti” quelli non sussistenti materialmente da una prospettiva oggettiva o soggettiva¹³, quelli sottoposti a condizione sospensiva, quelli già utilizzati. In giurisprudenza vi sono inoltre opinioni contrastanti sulla qualificazione da attribuire al credito che, pur esistente, deriva da dichiarazioni omesse¹⁴.

La giurisprudenza di legittimità¹⁵ ha ricondotto la nozione di crediti non spettanti a quei casi in cui un credito di imposta effettivamente sussista, ma il contribuente, nell’ambito della procedura di compensazione, l’abbia erroneamente utilizzato. In questa prospettiva, rientrerebbero nella sfera applicativa dell’art. 10-*quater*, comma 1, d. lgs. 74/2000, ad esempio, le ipotesi in cui il contribuente utilizzi in compensazione un credito per il quale abbia già richiesto il rimborso in dichiarazione, in cui sia utilizzato un credito non compreso nell’art. 17 d. lgs. 241/1997, in cui non venga rispettata la procedura e la modalità prevista per la compensazione, in cui sia superato il *plafond* annuale e pertanto si utilizzi in compensazione un credito eccedente l’importo spettante.

In ogni caso, secondo alcune pronunce della Suprema Corte¹⁶, nel caso in cui venga contestata l’indebita compensazione, sarebbe onere dell’imputato «vincere la “presunzione” fiscale derivante dal meccanismo di affidamento costruito sulla correttezza del comportamento del contribuente», ossia dimostrare la correttezza della compensazione realizzata, in ragione dell’effettiva esistenza e spettanza del credito. In altri termini, in virtù del rinvio operato dall’art. 10-*quater* d. lgs. 74/2000 alla norma extrapenale dell’art. 17 d. lgs. 241/1997, per la Pubblica Accusa sarebbe sufficiente richiamare l’accertamento della pretesa tributaria, essendo invece onere dell’imputato «contestare la sussistenza dei presupposti del reato, offrendo elementi di giudizio per valutare la pretesa»¹⁷.

La netta distinzione (quantomeno ai fini sanzionatori) tra crediti non spettanti e crediti inesistenti, tradottasi nelle due autonome fattispecie delittuose di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 10-*quater*, comporta che, qualora si utilizzino in compensazione

più crediti, taluni non spettanti e talaltri inesistenti, i relativi importi dovranno essere computati in maniera indipendente, riferendo poi ciascun ammontare alla propria specifica soglia, non potendo invece farsi riferimento – per valutare l’integrazione della medesima – all’importo complessivo indebitamente compensato.

La previsione di due autonome fattispecie delittuose, con differenti cornici edittali, implica la rilevanza della distinzione tra crediti non spettanti e crediti inesistenti anche sotto il profilo del dolo¹⁸. In particolare, è stato evidenziato¹⁹ come, mentre nell’utilizzo di crediti inesistenti, la configurabilità del dolo sia implicata dalla predisposizione di documentazione volta a creare artatamente una giustificazione formale per la compensazione, nella diversa ipotesi di crediti non spettanti la sussistenza del dolo debba essere attentamente vagliata, ben potendo l’indebita compensazione effettuata dal contribuente essere fondata sulla sincera convinzione – derivata da una erronea interpretazione della disciplina tributaria – dell’effettiva spettanza del credito²⁰.

Occorre infine rilevare come l’art. 13, comma 1, d. lgs. 74/2000, prevedendo una causa di esclusione della punibilità nel pagamento del debito tributario, si riferisca – per quanto concerne l’art. 10-*quater* – al solo comma 1. Pertanto, qualora si utilizzino indebitamente in compensazione crediti non spettanti, la punibilità potrà essere esclusa qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, vengano estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti. Laddove invece l’indebita compensazione abbia avuto ad oggetto crediti inesistenti deve escludersi la valenza esimente di qualsivoglia condotta riparatoria *post factum*²¹.

3.2. La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

I crediti di imposta assumono rilevanza penale anche nell’ambito del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici. L’art. 3 d. lgs. 74/2000, infatti, punisce con la reclusione da tre a otto anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, compiendo operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l’accertamento e ad

indurre in errore l'amministrazione finanziaria, indichi in una delle dichiarazioni relative a dette imposte, integrando le soglie di punibilità previste, elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi o, infine, «*crediti e ritenute fittizi*».

Di tutta evidenza è la differenza rispetto al delitto di cui all'art. 10-*quater*. Mentre, infatti, per disegnare la fattispecie di indebita compensazione, il legislatore si è premunito di distinguere tra crediti “non spettanti” e “inesistenti”, per la diversa fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, è stato lasciato all'interprete l'arduo compito di comprendere se, nella nozione di fittizietà, debba essere ricompresa solo l'inesistenza ovvero anche la non spettanza.

A favore della prima soluzione propenderebbe una interpretazione sistematica del *corpus* normativo del d. lgs. 74/2000.

Occorre preliminarmente sottolineare come il d. lgs. 74/2000 non fornisca alcuna definizione del concetto di “fittizietà”. Tale omissione ha condotto a vivaci dibattiti dottrinali, vertenti sull'esatto significato da attribuire all'attributo “fittizi”, adoperato – nella formulazione originaria del Decreto – per connotare, oltre i crediti di imposta, gli elementi passivi nell'ambito delle fattispecie dichiarative.

Con riguardo a questi ultimi, un punto di svolta è stato segnato dal d. lgs. 158/2015, il quale, benché non abbia fornito alcuna definizione del concetto di “fittizietà”, ha purtuttavia sostituito, nel disposto di cui all'art. 4 d. lgs. 74/2000, l'attributo “fittizi” con quello “inesistenti”, chiarendo altresì che, ai fini del reato di dichiarazione infedele, non rileva l'indeducibilità di elementi passivi “reali”.

La circostanza che la riforma sia intervenuta solo sul reato di dichiarazione infedele ha indotto parte della dottrina²² a ritenere, sulla base del canone ermeneutico secondo cui *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*, che nei reati di dichiarazione fraudolenta il concetto di fittizietà debba intendersi in un'accezione più ampia, sì da ricomprendervi anche gli elementi passivi meramente indeducibili.

Un diverso e maggioritario orientamento²³ ritiene invece che la riforma operata dal d. lgs. 158/2015, avendo abrogato l'art. 7 d. lgs. 74/2000²⁴, abbia inteso statuire la generale irrilevanza ai fini penali dei costi indeducibili.

L'indirizzo da ultimo riportato pare preferibile. Innanzitutto, è opportuno rilevare come, con

riferimento al delitto di cui all'art. 2 d. lgs. 74/2000, in dottrina sia relativamente pacifica l'opinione che limita la fittizietà all'inesistenza storico-naturalistica²⁵. Se tale impostazione è corretta, allora tanto con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2, quanto con riferimento a quella di cui all'art. 4 d. lgs. 74/2000, «*la nozione di elemento passivo fittizio coincide con quella di elemento passivo inesistente*», sicché, ponendosi in una prospettiva sistematica, «*non sembra logico ritenere che tale locuzione possa assumere, in assenza di specifiche indicazioni, un diverso significato nell'ambito dell'art. 3. Ne consegue che, anche in relazione all'art. 3, l'elemento passivo fittizio deve essere identificato con il componente negativo di reddito inesistente, cioè disancorato dal dato fattuale*»²⁶.

La soluzione a cui la dottrina maggioritaria, in tema di elementi passivi, è pervenuta con riferimento al significato da attribuire all'aggettivo “fittizi”, sembra giustificare l'interpretazione secondo cui, nelle intenzioni del legislatore, i concetti di fittizietà e inesistenza siano – nell'ambito del d. lgs. 74/2000 – sinonimi. Diversamente opinando, si dovrebbe necessariamente riconoscere una inverosimile schizofrenia lessicale in capo al legislatore, in quanto lo stesso termine – “fittizi” – verrebbe ad assumere significati di volta in volta, e senza un obiettivo parametro dirimente, profondamente diversi.

Rebus sic stantibus, pare allora sistematicamente coerente ritenere che, anche con riferimento ai crediti fittizi di cui all'art. 3 d. lgs. 74/2000, rilevino esclusivamente i crediti inesistenti, e non anche quelli meramente non spettanti, giacché la non spettanza è nozione ontologicamente incompatibile con quella di inesistenza, con ciò esulando dalla cornice semantica della fittizietà così come intesa nel d. lgs. 74/2000.

D'altra parte, a favore di tale orientamento depone anche il tenore complessivo della norma, secondo un'interpretazione sistematica. La nozione di frode, che connota i «*mezzi*» – idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria – di cui all'art. 3, stabilisce infatti uno stretto legame con il concetto di credito inesistente. Come visto, infatti, il credito inesistente è quello per cui, oltre a mancare il presupposto costitutivo, non sia possibile riscontrare l'inesistenza tramite controlli formali e automatizzati. Tale impossibilità deriva tipicamente dall'impiego di documentazione ideologicamente falsa, avente

funzione decettiva: in una parola, fraudolenta. Da ciò deriva che nella fattispecie in esame fraudolenza e inesistenza vengono a costituire un rapporto biunivoco sicché, anche da questo ulteriore punto di vista, non pare che i crediti meramente non spettanti possano trovare spazio nell'alveo dell'art. 3.

3.3. Rapporti tra le due fattispecie delittuose.

Tra le fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e di indebita compensazione si potrebbe configurare un concorso. Non pare infatti irrealizzabile l'ipotesi di un contribuente che, oltre a presentare una dichiarazione fraudolenta, si sottragga al versamento dell'imposta dovuta sulla base di tal dichiarazione²⁷.

Il concorso tra le due norme, tuttavia, è soltanto apparente. Infatti, l'imposta non versata ai sensi dell'art. 10-*quater* d. lgs. 74/2000 non può coincidere, in ossequio al principio di divieto di *bis in idem* sostanziale, con l'imposta evasa ai sensi dell'art. 3 del medesimo Decreto. Nel disvalore del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici è infatti assorbito quello derivante dall'ovvia circostanza del mancato versamento dell'imposta evasa in dichiarazione.

La diversità del disvalore è testimoniata dalla diversa cornice edittale che interessa le due fattispecie delittuose, pur grave in entrambi i casi: reclusione da tre a otto anni per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, reclusione da sei mesi a due anni (in caso di credito non spettante) o da un anno e sei mesi a sei anni (in caso di credito inesistente) per il delitto di indebita compensazione. In altre parole, laddove l'imposta evasa in dichiarazione coincida con l'omesso versamento attuato tramite indebita compensazione, delle due l'una: o l'indebita compensazione è avvenuta in sede di modello F24, ma la dichiarazione è corretta, sicché troverà applicazione il solo art. 10-*quater*, oppure il credito fittizio è stato fraudolentemente indicato nella dichiarazione stessa, di talché il delitto di indebita compensazione sarà "assorbito" in quello di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, integrando la condotta di omesso versamento un mero *post factum* non punibile²⁸.

4. Il c.d. "Superbonus 110%".

4.1. La disciplina prevista dal Decreto Rilancio e dai successivi interventi normativi.

Il Superbonus è un'agevolazione introdotta dal d.l. 34/2020 (c.d. Decreto Rilancio), consistente nell'elevazione al 110% dell'aliquota di detrazione dei costi sostenuti per specifici interventi in ambito di efficienza energetica, di interventi antisismici, di installazione di impianti fotovoltaici o delle infrastrutture per la ricarica di veicoli elettrici negli edifici. L'agevolazione si aggiunge alle detrazioni già previste per gli interventi di recupero del patrimonio edilizio, compresi quelli per la riduzione del rischio sismico (c.d. Sismabonus) e di riqualificazione energetica degli edifici (c.d. Ecobonus).

Sebbene la formulazione originaria del Decreto Rilancio avesse previsto la spettanza della detrazione per i soli costi sostenuti dal 1° luglio 2020 al 31 dicembre 2021, successivi interventi normativi – in particolare, le disposizioni contenute nella l. 178/2020 (c.d. legge di bilancio 2021) e nel d.l. 59/2021 – hanno esteso la cornice temporale di applicazione dell'agevolazione. In particolare, stando alla normativa ad oggi vigente, il Superbonus si applica ai costi sostenuti entro il:

- 30 giugno 2022 dalle persone fisiche, al di fuori dell'esercizio di attività di impresa, arte o professione, per interventi su edifici unifamiliari o su unità immobiliari, funzionalmente indipendenti e che dispongano di uno o più accessi autonomi dall'esterno, situate all'interno di edifici plurifamiliari (art. 119, commi 1 e 4 d.l. 34/2020 e successive modificazioni);
- 30 giugno 2022 dalle persone fisiche, al di fuori dell'esercizio di attività di impresa, arte o professione, per interventi su edifici composti da due a quattro unità immobiliari distintamente accatastate, posseduti da un unico proprietario o in comproprietà da più persone fisiche. Solo nel caso in cui alla scadenza del predetto termine del 30 giugno 2022, siano stati effettuati lavori per almeno il 60 per cento dell'intervento complessivo, il Superbonus spetta anche per i costi sostenuti entro il 31 dicembre 2022 (art. 119, comma 8-*bis* d.l. 34/2020 e successive modificazioni);
- 31 dicembre 2022 dai condomini (art. 119, comma 8-*bis* d.l. 34/2020 e successive modificazioni);
- 30 giugno 2023 dagli Istituti Autonomi Case Popolari comunque denominati nonché dagli enti aventi le stesse finalità sociali dei predetti istituti, costituiti nella forma di società e che rispondono ai requisiti della legislazione europea in materia di "*in house providing*" per gli interventi di risparmio

energetico. Qualora a tale data siano stati effettuati lavori per almeno il 60 per cento dell'intervento complessivo, la detrazione spetta anche per le spese sostenute entro il 31 dicembre 2023 (art. 119, commi 3-bis e 8-bis d.l. 34/2020 e successive modificazioni)²⁹.

Per quanto attiene più nel dettaglio agli interventi rilevanti ai fini dell'applicazione dell'agevolazione, la normativa chiarisce come il Superbonus spetti in caso di: *i*) interventi di isolamento termico sugli involucri; *ii*) sostituzione degli impianti di climatizzazione invernale sulle parti comuni; *iii*) sostituzione di impianti di climatizzazione invernale sugli edifici unifamiliari o sulle unità immobiliari di edifici plurifamiliari funzionalmente indipendenti; *iv*) interventi antisismici (in questo caso, la detrazione già prevista dal Sismabonus è elevata al 110% per le spese sostenute dal 1° luglio 2020 al 31 dicembre 2021).

Ai costi sostenuti per tali forme di intervento (dette "principali" o "trainanti"), si sommano quelli relativi a interventi (detti "aggiuntivi" o "trainati") eseguiti insieme ad almeno uno degli interventi principali di isolamento termico, di sostituzione degli impianti di climatizzazione invernale o di riduzione del rischio sismico. In particolare, rilevano gli interventi di efficientamento energetico, di installazione di impianti solari fotovoltaici e/o di infrastrutture per la ricarica di veicoli elettrici, di eliminazione delle barriere architettoniche.

Affinché gli interventi testé sommariamente richiamati possano beneficiare del Superbonus, si prevede quale requisito essenziale il rispetto di taluni parametri normativamente previsti. A mero titolo esemplificativo, si prevede quale requisito per l'accesso al beneficio – tra gli altri – il miglioramento di almeno due classi energetiche dell'edificio ovvero, se ciò non sia possibile, il conseguimento della classe energetica più alta, da dimostrare mediante l'attestato di prestazione energetica (A.P.E.).

Qualora gli interventi posti in essere rispettino tutti i requisiti previsti per l'applicazione del Superbonus, la detrazione è riconosciuta nella misura del 110%, da ripartire tra gli aventi diritto in cinque quote annuali di pari importo e, per i costi sostenuti nel 2022, in quattro quote annuali di pari importo, entro i limiti di capienza dell'imposta annua derivante dalla dichiarazione dei redditi

L'aspetto che più rileva in questa sede è dato dalla possibilità, in luogo della fruizione diretta della

detrazione, di optare per un contributo anticipato sotto forma di sconto praticato dai fornitori dei beni o servizi (ai quali verrà successivamente riconosciuto un corrispondente credito d'imposta) o, in alternativa, per la cessione del credito corrispondente alla detrazione spettante. In tal caso si dovrà inviare una comunicazione per esercitare l'opzione.

In particolare, la cessione può essere disposta in favore sia dei fornitori dei beni e dei servizi necessari alla realizzazione degli interventi, sia di altri soggetti (persone fisiche, anche esercenti attività di lavoro autonomo o d'impresa, società ed enti), sia di istituti di credito e intermediari finanziari. I soggetti che ricevono il credito hanno, a loro volta, la facoltà di cessione (art. 121 d.l. 34/2020 e successive modificazioni).

Ad ogni modo, per esercitare l'opzione, oltre al soddisfacimento dei requisiti necessari per ottenere l'agevolazione, è richiesto anche: *a*) il visto di conformità dei dati relativi alla documentazione, rilasciato dagli intermediari abilitati alla trasmissione telematica delle dichiarazioni (dottori commercialisti, ragionieri, periti commerciali e consulenti del lavoro) o dai CAF; *b*) l'asseverazione tecnica relativa agli interventi di efficienza energetica e di riduzione del rischio sismico, che certifichi il rispetto dei requisiti tecnici necessari ai fini delle agevolazioni fiscali e la congruità delle spese sostenute in relazione agli interventi agevolati.

4.2. I possibili scenari sanzionatori.

Come visto, la disciplina del Superbonus prevede un'agevolazione costituita da una detrazione pari al 110% delle spese sostenute per specifici interventi di miglioria, detrazione che, ai sensi dell'art. 121 d.l. 34/2020 e successive modificazioni, può essere ceduta come credito d'imposta.

Quid iuris, in caso di violazione delle succitate disposizioni?

È facile pensare che l'attività di controllo dell'Amministrazione finanziaria sulla regolarità delle operazioni eseguite sarà accentuata laddove si sia optato per lo sconto in fattura o per la cessione del credito. Il legislatore ha peraltro disegnato una norma *ad hoc*, contenuta nell'art. 122-bis d.l. 34/2020 e successive modificazioni, la quale consente all'Agenzia delle Entrate, al fine di garantire adeguati e tempestivi controlli in situazioni ritenute a rischio,

di sospendere temporaneamente gli effetti delle comunicazioni di cessione del credito.

È opportuno altresì evidenziare come responsabile delle eventuali violazioni sia primariamente il soggetto che abbia sostenuto i costi per gli interventi di miglioria e, conseguentemente, ha beneficiato dell'agevolazione fiscale. In caso di sconto in fattura o credito d'imposta, i – rispettivamente – fornitori e cessionari «rispondono solo per l'eventuale utilizzo del credito d'imposta in modo irregolare o in misura maggiore rispetto al credito d'imposta ricevuto» (art. 121, comma 4 d.l. 34/2020 e successive modificazioni).

Ciò chiarito, l'analisi delle possibili sanzioni conseguenti a violazioni della disciplina in tema di Superbonus deve seguire due binari: quello tributario prima e quello penale poi.

Con riferimento alle conseguenze fiscali delle violazioni della disciplina, la normativa prevede in primo luogo la revoca del beneficio. In particolare, ai sensi dell'art. 121, comma 5 d.l. 34/2020 e successive modificazioni, «qualora sia accertata la mancata sussistenza, anche parziale, dei requisiti che danno diritto alla detrazione d'imposta, l'Agenzia delle entrate provvede al recupero dell'importo corrispondente alla detrazione non spettante nei confronti dei soggetti» che hanno sostenuto i costi di intervento. Tale importo è maggiorato degli interessi di cui all'art. 20 D.P.R. 602/1973 e delle sanzioni di cui all'art. 13 d. lgs. 471/1997.

Quanto ai soggetti nei cui confronti le sanzioni possono essere irrogate, rileveranno coloro che hanno sostenuto le spese di intervento, nonché eventualmente – in forza dell'art. 9, comma 1, d. lgs. 472/1997 – i fornitori (in caso di sconto in fattura) e i cessionari (in caso di cessione del credito)³⁰.

Per quanto attiene invece all'elemento oggettivo della fattispecie, occorre distinguere i casi in cui le violazioni alla disciplina del Superbonus configurino l'utilizzo di crediti non spettanti dalle ipotesi in cui invece si assiste all'inesistenza, totale o parziale, di un asserito credito.

Ora: ricordando come, ai sensi dell'art. 13, comma 4, d. lgs. 471/1997, i crediti non spettanti ricorrono «nel caso di utilizzo di un'eccedenza o di un credito d'imposta esistenti in misura superiore a quella spettante o in violazione delle modalità di utilizzo previste dalle leggi vigenti», si deve ritenere che, con riferimento alla disciplina del Superbonus, si sarà in presenza di crediti non spettanti quando vi siano

stati lavori regolarmente eseguiti, ma si sia incorso in irregolarità che abbiano eroso la spettanza del credito ovvero abbiano violato le modalità di utilizzo previste. Nella prima ipotesi rientra il caso, ad esempio, in cui vengano superati i limiti di spesa e dichiarato in detrazione un importo superiore a quello effettivamente spettante; nella seconda ipotesi può invece essere ricondotto il caso in cui non si rispetti la ripartizione della detrazione in cinque quote annuali di pari importo.

Applicando invece le regole sopraesposte per l'individuazione dei crediti inesistenti, con riferimento alla disciplina del Superbonus, si sarà in presenza di utilizzo di un credito inesistente nel caso in cui, ad esempio, a fronte della predisposizione di documentazione falsa atta all'elusione del riscontro dell'irregolarità, i lavori di intervento non siano mai stati materialmente eseguiti o terminati, oppure non abbiano determinato il salto di due classi energetiche, o non siano stati effettuati dal soggetto indicato, bensì da un altro.

In ambito penale, le violazioni alla disciplina del Superbonus possono integrare i reati di indebita compensazione o di dichiarazione fraudolenta, a seconda, rispettivamente, che vi sia un omesso versamento dell'imposta effettivamente dovuta in ragione di un'indebita compensazione realizzata in sede di modello F24 ovvero si presenti una dichiarazione mendace a causa della fraudolenta indicazione della detrazione non spettante o del credito fittizio.

Deve ritenersi invece esclusa l'applicabilità di reati di diritto penale comune, in particolare l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-ter c.p.) e la truffa in danno dello Stato (art. 640, comma 2, n. 1, c.p.). Infatti, secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³¹, intervenute da tempo per dirimere tratteggiati contrasti giurisprudenziali, vi sarebbe un principio di "specialità di sistema", in forza del quale, riconoscendo la specialità dei reati tributari rispetto a quelli comuni, questi ultimi dovrebbero lasciare il campo ai primi, non essendo configurabile alcuna ipotesi di concorso.

Innanzitutto, va analizzato il caso in cui il fruitore dei lavori di intervento decida di sfruttare direttamente l'agevolazione concessa dalla disciplina del Superbonus, attuando – in sede di dichiarazione – una detrazione d'imposta. Tale detrazione costituisce una componente che incide sulla determinazione dell'imposta dovuta, assumendo dunque la qualifica

di “elemento passivo” ai sensi dell’art. 1, lett. b), d. lgs. 74/2000. Di conseguenza, laddove tale detrazione non fosse dovuta in base a una corretta applicazione della normativa relativa al Superbonus, potranno eventualmente essere integrati i delitti di cui all’art. 2 (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) o di cui all’art. 3 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici) del d. lgs. 74/2000.

In particolare, nell’alveo applicativo dell’art. 2 rientreranno tipicamente i casi in cui l’illecita detrazione sia sostenuta da fatture per operazioni inesistenti. Si pensi alle ipotesi in cui la condotta fraudolenta abbia ad oggetto opere mai realizzate o compiute solo in parte ovvero lavori sovrappuntati. Sarà invece integrato il delitto di cui all’art. 3 laddove il contribuente corrobori fraudolentemente l’asserita liceità della detrazione mediante altri artifici. Un esempio può essere costituito dall’utilizzo di visti di conformità o asseverazioni ideologicamente falsi, in concorso tra contribuente e consulente.

Qualora l’agevolazione assuma le forme del credito di imposta (vuoi mediante lo sconto in fattura, vuoi mediante trasformazione della detrazione in credito e contestuale cessione), potranno trovare applicazione, in alternativa, l’art. 3 o l’art. 10-*quater* d. lgs. 74/2000.

Non pare invece configurabile il delitto di cui all’art. 2. Tale norma, infatti, richiama esclusivamente gli elementi passivi (fittizi), senza operare alcun riferimento anche ai crediti. L’omissione pare fondare l’irrelevanza dell’utilizzo di un credito di imposta, ancorché supportato da fatture o documenti equipollenti, in relazione al reato *de quo*. Una simile esegesi trova giustificazione in due riflessioni di carattere generale.

In primo luogo, nel novero degli elementi passivi sono incluse, ai sensi dell’art. 1, lett. b), d. lgs. 74/2000, solo «*le componenti che incidono sulla determinazione dell’imposta dovuta*». Ora: un credito d’imposta, sebbene rilevante nell’ambito dell’esposizione debitoria del contribuente, tuttavia non incide sulla determinazione dell’imposta dovuta. Mentre la detrazione costituisce un passaggio del procedimento di calcolo del tributo da corrispondere all’erario, il credito di imposta assume rilevanza solo in un momento successivo, quando l’imposta dovuta è già stata determinata. Peraltro, se così non fosse, non avrebbe senso parlare di “compensazione”, giacché l’uso del credito si porrebbe a monte del

sorgere del debito, di talché all’esito del procedimento di calcolo dell’imposta dovuta si avrebbe sempre una situazione univoca, debitoria o creditoria.

Il rinvio della rilevanza del credito di imposta ad un momento successivo alla determinazione dell’imposta dovuta pare poi confermata dallo stesso legislatore, il quale, nel dettare la disciplina del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3 d. lgs. 74/2000), si riferisce distintamente tanto agli elementi passivi, quanto ai crediti. Orbene, se la nozione di credito d’imposta fosse riconducibile a quella di componente che incide sulla determinazione dell’imposta dovuta, essa sarebbe compresa nella definizione di elemento passivo, sicché parrebbe del tutto pleonastico il riferimento espresso nella disposizione dell’art. 3. A parere di chi scrive, la specifica rilevanza attribuita ai crediti d’imposta implica una loro sostanziale differenza rispetto agli elementi passivi, enfatizzata peraltro dall’uso della congiunzione disgiuntiva «*o*». Riassumendo: poiché l’art. 2 si riferisce ai soli elementi passivi, bisogna ritenere che l’utilizzo illecito di un credito d’imposta non possa integrare tale delitto, essendo sussumibile invece nella fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, in cui i crediti trovano specifica ed espressa rilevanza³².

Ciò chiarito, nel caso in cui la detrazione venga trasformata, in forza dell’esercizio dell’opzione da parte del fruitore dei lavori di intervento, in credito di imposta, potranno trovare applicazione gli artt. 3 e 10-*quater* d. lgs. 74/2000, a seconda, rispettivamente, che si presenti una dichiarazione fraudolenta, avendo falsamente indicato un credito - appunto - fittizio, ovvero si realizzi un’indebita compensazione in sede di modello F24.

Preliminarmente, è opportuno osservare come la distinzione tra crediti non spettanti e crediti inesistenti, con riferimento alle irregolarità nell’applicazione della disciplina sul Superbonus, sia analoga a quanto rilevato con riferimento alle sanzioni tributarie. In particolare, dovranno essere qualificati come non spettanti quei crediti esistenti ma il cui utilizzo è stato viziato da violazioni quantitative o procedurali; dovranno invece essere ricondotti alla nozione di inesistenza quei crediti rispetto ai quali manchi, in tutto o in parte, il presupposto costitutivo, e la cui inesistenza non è

riscontrabile mediante i controlli automatizzati e formali delle dichiarazioni.

La distinzione tra crediti non spettanti e inesistenti, come già esposto di fatto complessa, assume notevole rilevanza anche in questa sede concreta, sia perché, nell'ambito dell'art. 10-*quater*, comporta la configurabilità di differenti e autonome fattispecie delittuose, sia perché, con riferimento all'art. 3, è da ritenere che solo i crediti inesistenti possano essere considerati "fittizi", potendo pertanto essi soli – e non anche i crediti meramente non spettanti – integrare il reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

Particolarmente delicata è la corretta individuazione del soggetto penalmente responsabile per l'utilizzo del credito non spettante o inesistente.

L'art. 3 d. lgs. 74/2000 punisce chi «*indica*» in dichiarazione crediti fittizi; l'art. 10-*quater* invece sanziona penalmente chi «*non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione*» crediti non spettanti (comma 1) o inesistenti (comma 2).

Soggetto attivo delle ipotesi delittuose è dunque il concreto utilizzatore del credito di imposta, da individuare nel fornitore operante lo sconto in fattura o nel cessionario del credito. Il beneficiario dell'agevolazione (fruitore dello sconto in fattura o cedente del credito) potrà rispondere a titolo di concorso al ricorrere degli elementi previsti dall'art. 110 c.p.

Qualora l'utilizzatore del credito non sia consapevole, neanche nelle forme del dolo eventuale, della non spettanza o dell'inesistenza dello stesso – eventualità presumibilmente di raro riscontro pratico, ma astrattamente configurabile – si rientrerà nell'ipotesi di errore sul fatto, con conseguente esclusione della punibilità ai sensi dell'art. 47, comma 1, c.p. (a nulla rilevando l'eventuale colpa alla base dell'errore, in quanto i reati *de quibus* non sono punibili come delitti colposi). Laddove, tuttavia, l'errore sul fatto sia stato determinato dall'inganno del fruitore dei lavori di intervento (il quale, ad esempio, abbia consapevolmente fornito al cessionario del credito un'asseverazione ideologicamente falsa), troverà applicazione la disciplina dell'"autore mediato" di cui all'art. 48 c.p., sicché penalmente responsabile sarà il fruitore medesimo.

5. Conclusioni.

Per quanto i dati normativi distinguano nettamente tra crediti non spettanti e crediti inesistenti, l'effettiva sussunzione delle fattispecie concrete nell'una o nell'altra categoria è attività ermeneutica di notevole difficoltà.

La distinzione evidentemente non è di marginale importanza, attese le conseguenze sanzionatorie che ne derivano. In particolare, si è visto come, in ambito tributario, l'utilizzo indebito di un credito non spettante sia colpito dalla sanzione amministrativa del 30% del credito utilizzato, mentre l'indebita compensazione di un credito inesistente sia soggetta a una sanzione che spazia dal 100% al 200% del credito. In ambito penale, poi, l'indebita compensazione di un credito non spettante è punita con la reclusione da sei mesi a due anni, mentre ove il credito utilizzato sia inesistente, la cornice edittale ha un minimo di un anno e sei mesi e un massimo di sei anni di reclusione, con tutte le conseguenze sul piano delle indagini e del processo.

Siccome ad assurgere al ruolo di discriminante tra le due tipologie di crediti indebitamente compensati è essenzialmente la sussistenza o meno di un presupposto costitutivo, il riscontro di un credito non spettante invece di un credito inesistente dipenderà dall'interpretazione della norma da cui il credito stesso origina.

Norma che, invero, ben potrebbe essere contenuta in disposizioni di non facile lettura e dal significato equivoco, sicché diventa incerta non solo la distinzione tra crediti non spettanti e inesistenti, ma anche quella più generale tra crediti debitamente e indebitamente compensati.

La disciplina dettata dal legislatore in tema di Superbonus è un emblematico esempio del grado di complessità che spesse volte caratterizza la disciplina fiscale, determinando il contagio della normativa penal-tributaria, lasciando sovente l'interprete privo di oggettivi punti di riferimento tramite cui orientarsi e costringendo la stessa Amministrazione finanziaria a tentar di districarsi nell'ingarbugliato dettato normativo tramite – sul fronte interno – circolari e – sul fronte esterno – le famigerate FAQ, le quali tuttavia, come noto, sono meri atti interni, non normativi.

Alla luce di tutto ciò, pare allora opportuno e doveroso ricordare che, laddove vi siano condizioni di obiettiva incertezza sulla portata e sull'ambito applicativo della disposizione fiscale, non possano essere irrogate sanzioni, né amministrative né

tantomeno penali³³. Ciò in forza – in ambito tributario – dell’art. 10, comma 3, l. 212/2000 (il cui contenuto è analogo a quello dell’art. 6, comma 2, d. lgs. 472/1997), nonché – in ambito penale – dell’art. 15 d. lgs. 74/2000.

Francesco Colaiani

Avvocato del Foro di Milano

Professore a contratto di Diritto Penale Tributario

Davide Colombo

Dottore in giurisprudenza

¹ Cfr., tra le pronunce più recenti, Cass. civ., sez. trib., 13 gennaio 2021, n. 354; Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2020, n. 24093; Cass. civ., sez. trib., 2 agosto 2017, n. 19237; Cass. civ., sez. trib., 21 aprile 2017, n. 10112.

² L’Amministrazione finanziaria (Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate n. 36/E dell’8 maggio 2018) ha chiarito come la sanzione di cui all’art. 13, comma 5, d. lgs. 471/1997 non si applichi in caso di indebita compensazione di crediti inesistenti già recuperati in ambito accertativo e in relazione ai quali siano già state irrogate sanzioni per infedele dichiarazione e illegittima detrazione ex artt. 5, comma 4, e 6, comma 6, del medesimo Decreto. Diversamente opinando, infatti, verrebbe illegittimamente sanzionata due volte la medesima violazione.

³ Cass. civ., sez. trib., 12 maggio 2021, nn. 34443, 34444 e 34445.

⁴ Cass. civ., sez. trib., 12 maggio 2021, n. 34445.

⁵ Il generico riferimento alle «*somme dovute*» non fornisce indicazioni chiare su quali siano i debiti rilevanti nell’ambito applicativo dei delitti di indebita compensazione. Mentre la dottrina maggioritaria (ex multis A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 355, nonché, più di recente, N. ZANOTTI, *Brevi note sulla condotta che integra il delitto di “indebita compensazione” di cui all’art. 10-quater d. lgs. n. 74/2000*, in *Riv. dir. trib. – supplemento online*, 19 novembre 2020) propende per una interpretazione restrittiva, sì da dar rilievo al solo debito per imposte sui redditi o IVA, invece tanto la giurisprudenza consolidata (per tutte, Cass. pen., sez. III, 3 marzo 2020, n. 13149, con commento di L. AMBROSI – A. IORIO, *Indebite compensazioni: il fronte penale si estende*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 aprile 2020, p. 27) quanto l’Amministrazione finanziaria (cfr. Circolare dell’Agenzia delle Entrate 28/E del 2 agosto 2006), sostenute da una parte minoritaria della dottrina (si veda G.L. SOANA, *I reati tributari*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 410 e ss.), accolgono una impostazione estensiva, tale cioè da ricomprendere nel novero delle «*somme dovute*» non solo i debiti attinenti alle imposte sui redditi e all’IVA, bensì tutti i debiti compensabili, anche quelli previdenziali e assistenziali. Secondo la Suprema Corte, siffatta esegesi si rende necessaria per scongiurare un inaccettabile trattamento differenziato tra situazioni sostanzialmente identiche, che conseguentemente induca il contribuente a compensare debiti di natura diversa da quelli relativi alle imposte sui redditi e all’IVA.

Invero, l’interpretazione restrittiva pare preferibile, in quanto coerente con la *ratio* ispiratrice dell’impianto normativo del d. lgs. 74/2000, il quale, come ravvisabile già dalla denominazione, è diretto a sanzionare penalmente (solo) le violazioni in materia di imposte sui redditi e IVA.

⁶ La distinzione tra le due fattispecie si fonda sul presupposto, come si legge nella Relazione Illustrativa al d. lgs. n. 158 del 2015, che l’indebita compensazione di crediti inesistenti costituisca una ipotesi «*estremamente offensiva*», tale da giustificare una maggior severità repressiva.

⁷ G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., p. 401.

⁸ D. BADODI, *Commento sub art. 10-quater*, in C. NOCERINO – S. PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 243.

⁹ P. BERNAZZANI, *Indebita compensazione*, in AA. VV., *Diritto penale dell’economia*, Tomo I, Utet, Torino, 2019, p. 355. Cfr. anche E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 322.

¹⁰ L’espresso richiamo dell’art. 17 d. lgs. 241/1997 induce a ritenere che, nella sfera applicativa del delitto *de quo*, rilevi solo l’indebita compensazione orizzontale, ossia quella attinente a debiti e crediti riferiti a tributi diversi, e non anche la compensazione verticale (in questo senso A. D’AVIRRO – M. GIGLIOLI – M. D’AVIRRO, *Reati tributari e sistema normativo europeo*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2017, p. 447. Della stessa opinione anche F. ZUNICA – A. GENTILI, *I delitti di occultamento, omesso versamento e indebita compensazione*, in A. SCARCELLA (a cura di), *La disciplina penale in materia d’imposte dirette e IVA*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 264, secondo i quali, in ossequio al principio di legalità operante in ambito penale, non è consentita alcuna estensione tale da ricomprendere ipotesi di compensazione verticale, del novero dei casi contemplati e disciplinati dall’art. 17 d. lgs. 241/1997).

Tale orientamento interpretativo non è condiviso dalla giurisprudenza di legittimità (ex multis, tra le più recenti, Cass. pen., sez. III, 19 febbraio 2020, n. 14763, con commento di L. AMBROSI, *Indebita compensazione ad ampio raggio*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2020, p. 30), secondo la quale il riferimento all’art. 17 d. lgs. 241/1997 non esclude l’applicazione delle fattispecie penali anche ai casi in cui vengono in considerazione tributi della stessa specie.

La dottrina maggioritaria, proprio facendo leva sulla lettera della disposizione, si è fin da subito mostrata molto critica nei confronti dell'impostazione giurisprudenziale, in quanto l'art. 17 d. lgs. 241/1997, richiamato dalle fattispecie delittuose dell'art. 10-*quater* d. lgs. 74/2000, si riferisce alle sole compensazioni orizzontali, e non anche a quelle verticali (per tutti, in commento critico a Cass. pen., sez. III, 11 novembre 2010, n. 42462, A. PERRONE, *Limiti di applicabilità del reato previsto dall'art. 10-*quater* del D. lgs. n. 74/2000: un opinabile orientamento della Suprema Corte*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, n. 9, p. 145).

¹¹ La difficoltà dell'interprete nel distinguere le due tipologie di crediti indebitamente compensati venne lucidamente pronosticata già all'indomani dell'emanazione del d. lgs. 158/2015 dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nella Relazione n. III/05/2015, p.28.

¹² E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, cit., p. 324.

¹³ Un credito d'imposta soggettivamente inesistente è anche quel credito la cui spettanza è riconosciuta ad un soggetto diverso dal contribuente che lo utilizza in compensazione.

¹⁴ Secondo Cass. pen., sez. III, 21 giugno 2018, n. 43627, si tratterebbe di credito inesistente, giacché utilizzabili in compensazione sono solo i crediti risultanti dalle dichiarazioni effettivamente presentate. Diversamente, Cass. pen., sez. III, 25 settembre 2018, n. 41229 configura un credito non spettante.

Occorre segnalare come invece la Cassazione Civile Tributaria ritenga che il credito debba essere riconosciuto come spettante in sede giudiziale qualora il contribuente sia in grado di dimostrare l'esistenza del credito e il suo utilizzo, anche in compensazione, entro il termine biennale dall'anno in cui lo stesso è sorto (*ex multis* Cass. civ., sez. trib., 13 settembre 2018, n. 22331). Sullo stesso solco si colloca anche la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 21/E del 25 giugno 2013, in cui l'Amministrazione finanziaria ha chiarito che «*la dimostrazione dell'esistenza contabile del credito pone il contribuente, ancorché tardivamente, nella medesima condizione in cui si sarebbe trovato qualora avesse correttamente presentato la dichiarazione*».

¹⁵ Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2015, n. 36393.

¹⁶ Da ultima Cass. pen., sez. III, 11 settembre 2020, n. 25922.

¹⁷ Nel caso di specie, la Cassazione ha ritenuto che «*la mancata presentazione della dichiarazione impedisce la verifica della spettanza del credito e si pone come condizione ostativa alla successiva legittima utilizzazione in occasione della compensazione con altri debiti nei confronti dell'Erario*».

¹⁸ Come noto, il delitto di cui all'art. 10-*quater* è punito a titolo di dolo generico, il quale, in mancanza di qualsivoglia riferimento normativo a una specifica finalità evasiva, ben può assumere le forme del dolo eventuale (A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., p. 470. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, 12 aprile 2018, n. 26236). Inoltre, accogliendo la tesi che riconosce alle soglie di punibilità previste dal d. lgs. 74/2000 natura di elementi costitutivi del reato (In dottrina *ex multis* V. NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Ipsoa, Milano, 2000, p. 117; A. PERINI, *Diritto penale tributario*, in A. CIANCI – A. PERINI – C. SANTORIELLO, *La disciplina penale dell'economia*, II, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 78 ss.; in giurisprudenza, per tutte, Cass. pen., sez. III, 13 marzo 2020, n. 9963). Si deve ritenere che anche l'integrazione della soglia di euro cinquantamila deve essere investita dal dolo dell'agente.

Sempre con riferimento all'elemento soggettivo richiesto dal delitto *de quo*, la Suprema Corte (Cass. pen., sez. III, 26 novembre 2021, nn. 43620 e 43621) ha affermato la sussistenza del dolo anche qualora il professionista autorizzato a presentare il modello F24 intenda, essendo a conoscenza dell'inesistenza dei crediti portati in compensazione, provvedere successivamente al ricalcolo delle somme da versare ovvero alla modifica del codice tributo erariale originariamente indicato, nel rispetto del c.d. meccanismo CIVIS. Infatti, secondo i giudici di legittimità, il meccanismo CIVIS ha la sola funzione di correggere eventuali errori commessi nella redazione del modello F24, non ponendosi invece come sistema per dichiarare intenzionalmente crediti non esistenti, con la riserva di operare una preordinata modifica successiva. Peraltro, anche volendo riconoscere l'effettività dell'errore commesso, si tratterebbe comunque, alla luce dell'attività professionale svolta, di errore inescusabile.

¹⁹ S. CAPOLUPO, *Indebita compensazione: i punti controversi*, in *Fisco*, 2006, n. 46, p. 7069.

²⁰ Cass. pen., sez. III, 12 settembre 2018, n. 5934.

²¹ Ciò, naturalmente, a meno che non sia lo stesso legislatore a prevedere la valenza esimente della condotta *post factum*. È il caso, ad esempio, della disciplina prevista dall'art. 5, commi 7 e ss. d.l. 146/2021. Tale normativa dispone infatti una "sanatoria" per l'indebita compensazione di crediti inesistenti utilizzati dai contribuenti che abbiano sostenuto investimenti in attività di ricerca e sviluppo. In particolare, viene esclusa la punibilità per il delitto di indebita compensazione (in aggiunta all'esclusione dell'irrogazione di sanzioni amministrative) qualora venga correttamente perfezionata la procedura di riversamento spontaneo, anche rateizzato, disciplinata dalle norme sopra richiamate. Per un commento più approfondito della disciplina di cui trattasi, si veda Circolare Assonime n. 30/2021.

²² G. LUNGHINI, *Commento sub art. 1*, in C. NOCERINO – S. PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, cit., p. 10.

²³ C. SANTORIELLO – A. PERINI, *La riforma dei reati tributari*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 15; A. PERINI, *Il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in A. GIARDA – A. PERINI – A. VARRASO (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, Cedam, Padova, 2016, p. 225. L'Autore da ultimo citato si esprime in termini analoghi anche in A. PERINI, *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 1/2016.

²⁴ Art. 7 d. lgs. 74/2000:

«1. Non danno luogo a fatti punibili a norma degli articoli 3 e 4 le rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio eseguite in violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza ma sulla base di metodi costanti di impostazione contabile, nonché le rilevazioni e le valutazioni estimative rispetto alle quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio.

2. In ogni caso, non danno luogo a fatti punibili a norma degli articoli 3 e 4 le valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al dieci per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste nel comma 1, lettere a) e b), dei medesimi articoli».

²⁵ Per tutti I. CARACCIOLI, *Gli elementi negativi fittizi nel reato di infedele dichiarazione*, in R. LUPI (a cura di), *Fiscalità d'impresa e reati tributari*, Il Sole 24 Ore, 2000, pp. 105 ss.

²⁶ E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, cit., p. 167.

²⁷ G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., p. 373.

²⁸ La soluzione proposta, che pare la maggiormente coerente con i principi generali dell'ordinamento, non è stata fino ad oggi né corroborata né confutata dalla giurisprudenza, la quale infatti non ha ancora avuto modo di pronunciarsi sulla questione.

²⁹ I termini indicati sono quelli in vigore al momento in cui si scrive. E' plausibile che tali scadenze temporali vengano ulteriormente prorogate in sede di legge di bilancio per il 2022, pur mantenendo inalterato il meccanismo di funzionamento dell'agevolazione.

³⁰ L'Agenzia delle Entrate (Circolare dell'Agenzia delle Entrate 24/E dell'8 agosto 2020) ha tuttavia chiarito, ponendosi nel solco del dettato normativo, che, se il cessionario del credito lo acquisisce in buona fede, nel caso in cui vengano riscontrate delle irregolarità, non viene perso il diritto di utilizzazione del credito, il quale verrà recuperato, maggiorato di interessi e delle sanzioni di cui all'art. 13 del d. lgs. 471/1997, sull'effettivo beneficiario.

³¹ Cass. pen., SS. UU., 28 ottobre 2010, n. 1235, con nota di L. DELLA RAGIONE, *Frode fiscale e truffa aggravata: le sezioni unite tornano sul concorso apparente di norme*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2011, pp. 1223 e ss.

³² Una soluzione analoga è stata d'altra parte offerta, con riferimento al delitto di cui all'art. 4 (dichiarazione infedele) d. lgs. 74/2000, da Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 35, con commento di A. TERMINE, *Infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla soglia di punibilità di 50.000 euro del delitto di indebita compensazione ex art. 10-quater d. lgs. 74/2000*, in *Dir. pen. cont.*, 12 aprile 2018.

³³ Il problema, delicato e assai rilevante, del cumulo di sanzioni amministrativo-tributarie e penali, in violazione del principio del divieto di *bis in idem* così come elaborato dalla giurisprudenza sovranazionale, è assolutamente rimarchevole con riferimento alla problematica in esame, ma costituisce una questione che, per la sua ampiezza, non può essere approfondita in questa sede.

La «significatività» e la «misurabilità» dell'inquinamento ambientale: un approccio tecnico per recuperare determinatezza della fattispecie penale¹.

di **E. Napoletano, L. Acampora, A. Masi, I. Verginelli**

Storicamente le norme penali ambientali hanno sofferto di una distanza rispetto alla concretezza della fattispecie: termini generali ed astratti risultano essere troppo spesso di difficile applicazione al caso concreto.

Il diritto penale ambientale e le fattispecie declinate a tutela del bene giuridico "ambiente", introdotte al Titolo VI-bis del Codice Penale dalla legge n. 68/2015 – hanno sofferto questa problematica, acuendo in tal modo la distanza tra la tutela ambientale e le problematiche concrete e riducendo il dibattito giurisprudenziale all'interno delle aule ad un mero confronto dialettico, con perizie "asettiche" da parte di consulenti.

Questi due mondi, quello normativo e quello tecnico-consulenziale, non sono riusciti a trovare una sintesi chiara ed efficacemente applicabile nelle parole del Codice penale.

Proprio per questo, l'articolo, in questo, rappresenta un unicum all'interno del panorama dottrinale italiano: il dialogo in questo caso tra le due aree del diritto penale ambientale si pone un obiettivo assai arduo ma, altresì, attuale: declinare, in termini concreti, quantificabili e misurabili, categorie giuridiche e normative presenti nelle varie fattispecie del Titolo VI bis del Codice penale.

L'articolo prende spunto dalla fattispecie di inquinamento ambientale (art. 452-bis c.p.), ponendosi il difficile obiettivo di poter dare determinatezza ai due concetti di «significatività» e di «misurabilità», fondamenta della fattispecie stessa, attraverso sia un approccio giurisprudenziale, più classico e teorico, sia un nuovo punto di vista tecnico, concreto e capace, anche, di creare una prima matrice di calcolo e studio che, tenuto conto di numerose variabili, provi a quantificare concetti e categorie generali ed astratte.

Sommario. 1. Premessa. – 2. Diagnosi del nuovo delitto di inquinamento ambientale. – 2.1. Le richieste di «determinatezza» e «tassatività» della fattispecie. – 2.2. La tecnica descrittiva dell'inquinamento penalmente rilevante. – 2.3. Il recupero di determinatezza attraverso il ricorso al «diritto vivente». – 2.4. Osservazioni critiche. – 3. Ipotesi tecnica di recupero di «determinatezza» della fattispecie. – 3.1. La «misurabilità». – 3.1.1. Matrice acqua. – 3.1.2. Matrice aria. – 3.1.3. Matrice suolo. – 3.2. La «significatività». – 3.2.1. Entità del titolo. – 3.2.2. Stabilità nel tempo del superamento. – 3.2.3. Estensione della sorgente di contaminazione. – 3.2.4. Tipologia di contaminazione. – 3.2.5. Prossimità e tipologia di recettori esposti (rischio sanitario). – 3.2.6. Presenza di aree protette, falde e corpi idrici superficiali. – 3.2.7. Evidenza rischi non accettabili. – 4. Un possibile metodo di indagine per definire la «significatività». – 4.1. Individuazione dei valori dei parametri. – 4.1.1. Entità del superamento. – 4.1.2. Stabilità nel tempo. – 4.1.3. Estensione della sorgente. – 4.1.4. Tipologia di contaminante. – 4.1.5. Prossimità e tipologia di recettori. – 4.1.6. Presenza di aree protette, falde e corpi idrici superficiali. – 4.1.7. Matrice di screening finale. – 5. Considerazioni a margine del metodo proposto.

1. Premessa.

Fino alla Legge 22 maggio 2015, n. 68², che ha introdotto nel codice penale nuove "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente", quasi tutte le violazioni ambientali – eccezion fatta per le ipotesi di trasporto, traffico o organizzazione illecita di rifiuti (ex art. 260 D.Lgs. n. 152/06) – erano punite o come semplici violazioni amministrative o come reati contravvenzionali nella forma delle fattispecie di pericolo astratto, dimostrando tutta la loro

inadeguatezza e inefficacia sul piano della prevenzione generale della sanzione penale, specialmente dinanzi ad eventi inquinanti di rilevante gravità, propri del settore industriale. Da qui, allora, il sempre crescente intervento suppletivo della giurisprudenza alle carenze del Legislatore con applicazioni interpretative dei fenomeni inquinanti, ora ricondotti entro le ipotesi contravvenzionali del "disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone" (art. 659 c.p.) ora al "getto pericoloso di

cose” (art. 674 c.p.), per sanzionare fenomeni di inquinamento acustico, olfattivo e inquinante di minore gravità; ora, invece, ricondotti entro le ipotesi delittuose di “rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro” (art. 437, co. 2, c.p.) o del delitto di “crollo di costruzioni o altri disastri dolosi”, meglio conosciuto come “disastro innominato” (art. 434 c.p.), a seconda che l’impatto ambientale prodotto dall’inquinamento di uno stabilimento industriale si sia risolto in danno dei soli lavoratori o anche della popolazione generale ovvero ancora delle matrici ambientali.

Al Legislatore del 2015, quindi, veniva chiesto a gran voce dai Giudici delle leggi³ e dal Parlamento Europeo⁴ di superare quel *deficit* di *determinatezza* e *tassatività* del previgente sistema penalistico, definendo un nuovo diritto penale dell’ambiente che tenesse conto di tutti i limiti dei previgenti strumenti di tutela (amministrativi e penali) emersi nella storia dei grandi processi industriali⁵: il petrolchimico di Porto Marghera e di Montedison, il cementificio del gruppo Eternit, la centrale Tirreno-Power di Vado Ligure e, più di recente, i casi del Centro Olio Val d’Agri e l’acciaiera ex ILVA di Taranto.

Un primo timido adeguamento alle indicazioni comunitarie è avvenuto con il Decreto Legislativo 7 luglio 2011, n. 121 recante «Attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell’ambiente, nonché della direttiva 2009/123/CE che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all’inquinamento provocato dalle navi e all’introduzione di sanzioni per violazioni»⁶. Nella relazione di accompagnamento al Decreto Legislativo si legge che il Legislatore delegato – rinviando ad un successivo intervento normativo più strutturato – ha ritenuto di escludere l’introduzione di nuove fattispecie penali, in ordine al recepimento della Direttiva 2009/123/CE, in quanto riteneva già efficaci le sanzioni previste agli articoli 8, in materia di “Inquinamento doloso”, e 9, in materia di “Inquinamento colposo”, previste nel D.Lgs. n. 202/2007, di recepimento della precedente Direttiva 2005/35/CE⁷.

Un intervento maggiormente risolutivo avviene il 29 maggio 2015 con l’entrata in vigore della Legge 22 maggio 2015, n. 68 recante «Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente», una riforma tanto attesa vista l’ormai conclamata necessità di rinnovare le tecniche di tutela del bene giuridico ambiente.

La novità più rilevante è certamente costituita dall’inserimento nel codice penale di un intero Titolo

dedicato ai «Delitti ambientali»⁸. Una scelta condivisibile perché ambisce a riorganizzare l’eterogeneità e frammentarietà della previgente disciplina penalistica di tutela dell’ambiente nell’ambito della sua sede naturale, il codice penale, così da ricorrere a punto di riferimento agevole *in primis* per il cittadino, affinché possa efficacemente conoscere e orientare le proprie condotte secondo ciò che è lecito da ciò che non lo è, e *in secundis* per l’operatore del diritto sapere quali sono le norme poste a presidio del bene ambiente.

Sul piano della repressione penale il legislatore ha introdotto nel codice penale nuove fattispecie delittuose che, almeno nelle intenzioni, avrebbero dovuto e dovrebbero superare quel deficit di *determinatezza* e *tassatività* e garantire una più efficace risposta di tutela dell’ambiente; su tutti i nuovi delitti *dolosi* di inquinamento e disastro ambientale (artt. 452-*bis* e 452-*quater* c.p.), fattispecie di reato, queste, disegnate dal Legislatore come *reati di danno* e di *evento*, nei quali la *condotta criminosa* penalmente rilevante si risolve in una *lesione del bene giuridico* dell’Ambiente.

Ciò avrebbe dovuto comportare la fine dell’intervento suppletivo della giurisprudenza nell’applicare l’ipotesi contravvenzionale del “getto pericoloso di cose” (art. 674 c.p.) a fenomeni inquinanti di minore gravità e il delitto di “disastro innominato” (art. 434 c.p.), a eventi inquinanti più gravi, riconducendo la natura di questi fenomeni ambientali entro schemi descrittivi propri delle nuove fattispecie di inquinamento e disastro ambientale.

Non resta, allora, che valutare se la tecnica di legiferazione adottata dal Legislatore del 2015 recupera *determinatezza* e *tassatività* così da descrivere, ora, se la condotta di inquinamento ambientale penalmente rilevante fornisca o no ai cittadini chiare indicazioni per orientare consapevolmente le proprie condotte secondo ciò che è illecito da ciò che non lo è.

2. Diagnosi del nuovo delitto di inquinamento ambientale.

2.1. Le richieste di «determinatezza» e «tassatività» della fattispecie.

Come noto, l’art. 452-*bis* c.p. prevede che è punito con la pena della reclusione e della multa “*chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un*

deterioramento significativi e misurabili (a) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; (b) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna". Inoltre, "quando l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata"⁹.

Il fatto criminoso di inquinamento ambientale descritto nell'art. 452-bis del codice penale, letto nella sua interezza, non brilla certamente per chiarezza.

La nascita e la scrittura di una norma penale costituisce l'accadimento più importante in un ordinamento giuridico democratico per il suo oggettivo significato di introduzione nel tessuto sociale di una nuova regola di comportamento per tutti i consociati alla cui violazione scatta la sanzione penale. Anselm Feuerbach, illustre criminalista tedesco dei primi anni dell'Ottocento, sintetizza il fondamento politico del principio di legalità nella formula latina *nulla poena sine lege* e la raccorda concettualmente con il problema del fondamento della pena, ravvisato nelle finalità di prevenzione generale cui la sanzione penale è chiamata ad esercitare: se la minaccia della sanzione penale deve funzionare da deterrente psicologico nel distogliere la generalità dei consociati dal commettere reati, allora, è necessario che i cittadini conoscano prima quali sono i fatti, la cui realizzazione comporta l'infrazione della sanzione.

Tuttavia, il principio di legalità sarebbe rispettato soltanto *"nella forma, ma eluso nella sostanza, se la legge che eleva a reato un dato fatto lo configurasse in termini così generici da non lasciar individuare con sufficiente precisione il comportamento penalmente sanzionato: appartiene alla stessa ragione ispiratrice del principio di legalità l'esigenza della tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale"*¹⁰; laddove – si badi bene – ancorché possano sembrare sinonimi, la "determinatezza" attiene alla tecnica legislativa di formulazione della fattispecie incriminatrice mentre, invece, la "tassatività" attiene al divieto per il Giudice di applicare la norma penale a casi da essa non espressamente previsti.

In questo senso, il principio di determinatezza fa da contrappeso al criterio di frammentarietà in materia penale in quanto, se è vero che la tutela penale è apprestata soltanto contro determinate forme di

aggressione ai beni giuridici protetti, è altrettanto necessario, allora, che il legislatore specifichi con sufficiente precisione i comportamenti che integrano siffatte modalità aggressive.

Il ruolo del principio di determinatezza è, dunque, centrale nel sistema penale perché coinvolge la tecnica di formulazione delle fattispecie criminose e tende a salvaguardare i cittadini dagli eventuali *abusi interpretativi* del potere giudiziario nella fase applicativa della norma al fatto concreto.

Il principio di determinatezza rappresenta, quindi, *"una condizione indispensabile perché la norma possa efficacemente fungere da guida del comportamento del cittadino"*¹¹ il quale, per vedersi rimproverato un reato, deve essere messo nelle condizioni di conoscere perfettamente, prima di porre in atto la sua condotta, il contenuto e il significato della relativa incriminazione onde poter orientare secondo Legge le proprie azioni. Quanto più il cittadino sarà posto in condizione di discernere senza ambiguità ciò che è lecito da ciò che non lo è, tanto più crescerà il suo rapporto di fiducia partecipativa nei confronti dello Stato e delle sue istituzioni, evitando così il rischio di trovarsi vittima di spregiudicate "operazioni creatrici" dell'illecito penale ad opera di una giurisprudenza sostitutiva delle deficienze del Legislatore.

2.2. La tecnica descrittiva dell'inquinamento penalmente rilevante.

È dunque secondo queste coordinate normative che occorre leggere la descrizione della nuova fattispecie di inquinamento ambientale, articolata secondo cinque elementi:

- la condotta deve essere "abusiva";
- l'evento di danno deve estrinsecarsi in una "compromissione" o in un "deterioramento";
- gli indicatori per determinare la gravità dell'evento sono la "significatività" e la "misurabilità".

Cinque termini che, nello schema legale della fattispecie incriminatrice, si inseriscono quali *elementi di normazione*, figli di una tecnica di legiferazione – a giudizio di chi scrive – assai confusionaria.

Sul piano descrittivo della condotta criminosa di inquinamento il cittadino, per potersi orientare secondo Legge, deve sapere quando questa si qualificabile come *abusiva* e, in secondo luogo, quando la stessa abbia causato una *compromissione*

o un *deterioramento* di taluna delle matrici ambientali tutelate dalla norma penale che abbia raggiunto una soglia di *significatività* che sia oggettivamente *misurabile*.

Soffermandoci soltanto alla lettura della norma così com'è descritta dal Legislatore del 2015 nell'art. 452-*bis* del codice penale, tale chiarezza interpretativa non emerge affatto e la sensazione di trovarsi disorientati dall'impossibilità di cogliere prima della commissione del fatto quale sia la differenza tra un *danneggiamento* o una *compromissione* di una matrice ambientale e di sapere quali sono i parametri a cui rifarsi per valutare l'entità del *danno* per misurarne la portata e stabilirne con ragionevole certezza la *significatività* del dato oggettivo è assai forte e all'evidenza in contrasto con lo scopo del principio di legalità, declinato nel principio della sufficiente determinatezza della fattispecie criminosa.

Tuttavia, non può sottacersi che la Corte di Cassazione¹² ha, nella quasi totalità dei casi, respinto le eccezioni sollevate sotto il profilo della violazione del principio di tassatività, ricorrendo ora al criterio del "significato linguistico" – per cui al Giudice sarebbe sempre possibile rintracciare un significato determinato, corrispondente al normale uso linguistico, dei termini impiegati nelle norme sospettate di eccessiva indeterminazione – ora al "diritto vivente" – identificato con l'interpretazione costante o comunque dominante che la giurisprudenza di legittimità conferisce alla norma incriminatrice o, in mancanza di un indirizzo costante o prevalente, identificato nella decisione insindacabile del Giudice nel valutare le varie interpretazioni giurisprudenziali.

2.3. Il recupero di determinatezza attraverso il ricorso al «diritto vivente».

Il "diritto vivente" della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione parrebbe aver superato il *deficit* di determinatezza della norma incriminatrice dell'inquinamento ambientale quanto ai termini della "compromissione" o "deterioramento" nonché della "significatività" e "misurabilità": ma è davvero così?

Innanzitutto, è ben fin da subito ricordare che all'indomani della pubblicazione della Legge 22 maggio 2015 n. 68, il Massimario della Cassazione, proprio perché la norma si presentava oscura, è intervenuto fornendo delle prime interpretazioni.

Riferendosi alla "compromissione" o al "deterioramento", il Massimario chiarisce che *"dal punto di vista strettamente lessicale, la prima espressione si distingue dalla seconda per una proiezione dinamica degli effetti, nel senso appunto di una situazione tendenzialmente irrimediabile ("compromessa") che può perciò teoricamente ricomprendere condotte causali al tempo stesso minori o maggiori di un'azione di danneggiamento, ma che rispetto a questo abbiano un maggior contenuto di pregiudizio futuro"*¹³.

Questa interpretazione è stata smentita dalla prima pronuncia della Cassazione in quanto attribuisce alla compromissione un'intensità lesiva più elevata rispetto al deterioramento, che viene descritto come *"una perdita del grado di usabilità e/o di funzionalità ecologica"*, mentre invece la norma prevede alternativamente le due nozioni senza stabilire un rapporto di progressione: *"l'indicazione dei due termini con la congiunzione disgiuntiva "o" svolge una funzione di collegamento tra i due termini – autonomamente considerati dal legislatore, in alternativa tra loro – che indicano fenomeni sostanzialmente equivalenti negli effetti, in quanto si risolvono entrambi in una alterazione, ossia in una modifica dell'originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema caratterizzata, nel caso della compromissione, in una condizione di rischio o pericolo che potrebbe definirsi di "squilibrio funzionale", perché incidente sui normali processi naturali correlati alla specificità della matrice ambientale o dell'ecosistema"*¹⁴ e che attiene alla *"relazione del bene aggredito con l'uomo e ai bisogni o interessi che il bene medesimo deve soddisfare"*¹⁵; invece, in quello del *"deterioramento, come "squilibrio strutturale", caratterizzato da un decadimento di stato o di qualità di questi ultimi"*¹⁶ e che consiste in una *"riduzione della cosa che ne costituisce oggetto in uno stato tale da diminuirne in modo apprezzabile, il valore o da impedirne anche parzialmente l'uso, ovvero da rendere necessaria, per il ripristino, una attività non agevole"*¹⁷. Da ciò consegue che *"non assume rilievo l'eventuale reversibilità del fenomeno inquinante, se non come uno degli elementi di distinzione tra il delitto in esame e quello, più severamente punito, del disastro ambientale di cui all'art. 452 quater c.p."*¹⁸.

Le condotte poste in essere successivamente all'iniziale deterioramento o compromissione del bene non costituiscono, quindi, un *post-factum* non

punibile ma integrano, invece, singoli atti di un'unica azione lesiva che spostano in avanti la cessazione della consumazione, sino a quando la compromissione o il deterioramento diventano irreversibili o comportano una delle conseguenze tipiche previste dal successivo reato di disastro ambientale. L'evento può assumere il carattere di *significatività* anche a seguito di un'attività seriale ripetuta nel tempo, ciascuna delle quali, isolatamente considerata, non è in grado di incidere sul bene tutelato in termini, appunto, di *significatività*. Da ciò deriva che l'evento è unico, allorché sia il risultato della sommatoria di una pluralità di condotte, all'esito delle quali il deterioramento o la compromissione di un medesimo contesto ambientale raggiunge il grado di compromissione richiesto per l'integrazione del fatto.

L'ambito di operatività dell'art. 452-bis c.p. è delimitato dalla ulteriore precisazione che la compromissione o il deterioramento devono essere comunque, "significativi" e "misurabili", venendo così elevato in modo considerevole il livello di lesività della condotta, escludendo i fatti di minore rilievo. Il Massimario chiarisce che "se la "significatività" indica una situazione di chiara evidenza dell'evento di inquinamento in virtù della sua dimensione, la richiesta compresenza di un coefficiente di "misurabilità" rimanda alla necessità di una oggettiva possibilità di quantificazione, tanto con riferimento alle matrici aggredite che ai parametri scientifici (biologici, chimici, organici, naturalistici, etc.) dell'alterazione". A tal proposito la Cassazione ha precisato che "occorre verificare se vi siano parametri di riferimento fissati dal legislatore e, in secondo luogo, valutare se lo scostamento sia stato significativo: cioè se questo abbia raggiunto un livello di intensità tale da superare il mero pericolo derivante dalla violazione degli standards – eventualmente rilevante a titolo contravvenzionale – ma abbia comportato un danno effettivo all'ambiente. (...) Laddove, poi, manchi il riferimento a dei limiti tabellari, pur non potendo escludere che l'inquinamento sia comunque misurabile, ove sia possibile quantificare il livello di compromissione delle matrici ambientali interessate tramite la verifica di parametri (chimici, biologici, naturalistici, organici), soccorre il parametro della *significatività* in funzione integrativa e compensativa. In sostanza, quindi, il requisito della *misurabilità* fa riferimento alla

possibilità di rappresentazione quantitativa del fenomeno, mentre quello della significatività attiene ai riflessi sulla componente interessata ed opera quando la lesione abbia raggiunto un livello di intensità tale che l'evento non è soltanto pericoloso per l'ambiente ma lo ha effettivamente compromesso o deteriorato. (...) Tali definizioni consentono, in definitiva, di tracciare una linea netta di demarcazione rispetto alle fattispecie contravvenzionali previste nel Decreto ambientale: il confine sul lato inferiore della condotta dovrebbe essere rappresentato dal mero superamento dei limiti tabellari – le concentrazioni soglie di rischio (CSR) punite dalla diversa fattispecie di pericolo prevista dall'art. 257 del D.Lgs. 152 del 2006, ove non seguito dalla bonifica del sito – che non abbia arrecato un evento di notevole inquinamento; mentre sul versante opposto la fattispecie confina, nella progressione immaginata dal legislatore, con il più grave reato di disastro, che pretende – come si dirà oltre – un'alterazione "irreversibile o particolarmente onerosa" dell'ecosistema: di modo che l'inquinamento è ravvisabile in tutte le condotte di danneggiamento delle matrici che, all'esito della stima fattane, producono una alterazione significativa del sistema, senza assumere le connotazioni dell'evento tendenzialmente irrimediabile"¹⁹.

2.4. Osservazioni critiche.

Se è vero che lo scopo del *principio di determinatezza* è la descrizione sufficientemente chiara e precisa della condotta che costituisce un illecito penale, circoscrivendo la sanzione penale a specifiche modalità di aggressione del bene giuridico protetto, così da mettere il cittadino nella condizione di conoscere prima il contenuto e il significato della relativa incriminazione senza ambiguità tra ciò che è lecito da ciò che non lo è, allora, è altrettanto vero che il *principio di tassatività* impone al Giudice di applicare la norma penale ai soli casi da essa espressamente previsti, salvaguardando in tal modo i cittadini dagli eventuali *abusi interpretativi* del potere giudiziario nella fase di accertamento giudiziale del fatto che, nell'incertezza testuale del significato della norma, muterebbe da Giudice a Giudice.

Il ragionamento della Cassazione viola proprio questi principi, arrogandosi il diritto di interpretare termini vaghi e generici, sostituendosi, in tal modo al ruolo che avrebbe dovuto assolvere più efficacemente il

Legislatore del 2015. Per vero, l'opera interpretativa della Suprema Corte ha avuto certamente il merito di produrre "diritto vivente" che ha fornito utili chiarimenti per ciò che debba intendersi per "compromissione" o "deterioramento" o ancora per la "misurabilità" del danno ambientale.

Tuttavia, un punto è insuperabile: la *significatività* dello scostamento è l'unico vero punto che nemmeno il diritto vivente è stato in grado – e probabilmente non lo sarà nemmeno in futuro – di declinare con ragionevole certezza e rigore scientifico. Ricorrendo al ragionamento Aristotelico, se la Tesi condivisa della nostra argomentazione è che il superamento di un limite non equivale automaticamente ad una situazione di danno o di pericolo per l'ambiente, allora l'Antitesi è che la Legge non può predeterminare quando lo scostamento dal limite assume rilevanza o no. Ancor più complesso e discrezionale sarebbe stabilire il livello di significatività in assenza di limiti tabellari fissati dalla Legge. Né tanto meno questa valutazione può essere demandata all'opera interpretativa del Giudice perché sarebbe suscettiva di applicazioni troppo duttili e perciò facilmente manipolabili, attribuendogli un ruolo suppletivo del Legislatore, vietato dal principio di legalità sancito a livello costituzionale nell'art. 25.

Appare, allora, centrale per superare questa aleatorietà interpretativa della fattispecie delittuosa in esame e sottrarre una disomogeneità in fase applicativa ad opera dei Giudici, recuperare in chiave tecnica quel deficit di determinatezza della fattispecie negli indicatori della misurabilità e significatività che concorrono a definire la portata offensiva della compromissione o deterioramento della condotta abusiva di inquinamento.

3. Ipotesi tecnica di recupero della «determinatezza» della fattispecie.

3.1. La «misurabilità».

Per essere in grado di valutare la portata di un evento negativo sull'ambiente, verosimilmente, si dovrà quantificare o stimare la portata degli effetti negativi ad esso legati.

La misurabilità è, quindi, strettamente legata alla quantificazione.

È chiaro, poi, che la semplice quantificazione *ex post* rispetto all'evento negativo, seppur utile a fornire un'istantanea di quello che è lo stato dell'ambiente,

non può costituire una prova a carico di chi è responsabile dell'evento se non si è in grado di confrontarla con la situazione *ex ante*; bisogna, cioè, poter accertare un avvenuto deterioramento o compromissione.

Se si pensa al caso del rilascio di sostanze inquinanti all'interno di una o più matrici ambientali (acqua, aria e suolo), il concetto di misurabilità si traduce, per un tecnico, nella misura delle concentrazioni di tali inquinanti nel comparto ambientale interessato.

Due sono i quesiti che sorgono in questo caso:

- Siamo davvero in grado di misurare qualsiasi concentrazione?
- Cosa misurare?

Il primo quesito riguarda, molto semplicemente, i limiti che ci vengono imposti dalla tecnologia che abbiamo a disposizione; parleremo, quindi, del LOD (Limit of Detection) e del LOQ (Limit of Quantification). Il limite di rilevabilità (LOD) è, secondo la definizione data dall'INAIL²⁰, "*il valore misurato, ottenuto con una procedura di misura assegnata, per il quale la probabilità di dichiarare erroneamente l'assenza di una componente costituente un materiale è β , essendo data la probabilità α di dichiarare erroneamente la sua presenza; la lupac raccomanda valori di α e β uguali a 0,05*"; il limite di quantificazione (LOQ), invece, è "*il valore oltre il quale è legittimo eseguire misure quantitative*". Se il segnale ottenuto nella misurazione di un analita è maggiore del LOD possiamo affermare, con un piccolissimo livello di incertezza, che questo è effettivamente presente ma sarà possibile andare a svolgere misure quantitative solamente se il segnale è maggiore del LOQ. È logico che il LOD è minore del LOQ.

I due limiti dipendono dal tipo di strumento utilizzato e dai criteri considerati per il calcolo statistico e la metodologia impiegata per il calcolo deve essere sempre riportata nel momento in cui si forniscono questi valori.

Per rispondere alla seconda domanda, invece, basta riflettere sul fatto che esistono centinaia di migliaia di sostanze chimiche tra naturali e di sintesi e che, nel caso di uno sversamento, una o, verosimilmente, più di queste saranno presenti nell'area interessata dallo sversamento stesso in concentrazioni più o meno elevate. È evidente che l'indagine non potrà basarsi su un'analisi di ogni sostanza esistente ma sarà funzione di due elementi principali: il tipo di evento

avvenuto/attività condotta sul sito, i contaminanti normati.

Per chiarire il concetto del legame tra attività e classe di contaminante da indagare, si riporta un esempio non esaustivo nella Tabella 1.

Il tema delle sostanze normate è, banalmente, legato al fatto che, se anche avessimo delle misurazioni relative a tutti gli elementi e/o composti presenti in un sito, non sapremmo come comportarci nel caso in cui non dovessimo disporre di un valore di riferimento fornito dal legislatore (in base a cosa potremmo definire un eccesso?).

Tabella 1: Legame attività-sostanza²¹

Attività	Metalli e Inorganici	BTEX e Idrocarburi	IPA	Solventi clorurati	Fenoli	PCB	Diossine e Furani	Pesticidi
Punti vendita carburante	x	x		x				
Acciaierie	x	x						
Industria chimica	x	x	x	x	x	x	x	
Lavorazione del legno	x	x			x	x	x	x
Aeroporti	x	x	x	x				

È necessario comunque far notare che si sta sempre più ponendo l'attenzione su contaminanti (detti emergenti) che, pur essendo sempre più frequentemente rilevati, non sono attualmente normati in ambito nazionale (antibiotici, microplastiche, PFAS). La mancanza di valori limite per queste sostanze, che, comunque, destano preoccupazione dal punto di vista ambientale e sanitario, è dovuta alla scarsa conoscenza degli effetti e/o alla loro recente scoperta nelle varie matrici ambientali. È ragionevole attendersi, quindi, un progressivo aggiornamento della normativa; con la Direttiva 2184/2020 UE, concernente la qualità delle acque destinate ad uso umano, che dovrà essere recepita in Italia, ad esempio, sono stati introdotti limiti sulle sostanze perfluoro alchiliche. Va comunque detto che, per alcuni contaminanti non normati all'interno della normativa specifica, cui faremo riferimento più avanti, esistono dei limiti

definiti da organismi riconosciuti a livello internazionale (come OMS e ISS) che, di fatto, assumono valenza vincolante per lo Stato membro. Ad ogni modo, per definire meglio il concetto di misurabilità è fondamentale andare a considerare le singole matrici ambientali interessate, poiché per ognuna di esse si presentano scenari specifici per quanto riguarda la normativa di riferimento (valori limite) e, quindi, le specifiche sostanze da andare a ricercare.

3.1.1. Matrice acqua.

Per ciò che concerne la matrice acqua, bisogna, innanzitutto, fare una distinzione, seppur non esaustiva, tra:

- Acque superficiali che, secondo il D.Lgs. 152/2006, vengono definite come *“le acque interne, ad eccezione di quelle sotterranee, le acque di transizione e le acque costiere, tranne per quanto riguarda lo stato chimico, in relazione al quale sono incluse anche le acque territoriali”*;
- Acque sotterranee che, sempre in accordo con il D.Lgs. 152/2006, *“sono tutte le acque che si trovano sotto la superficie del suolo nella zona di saturazione e a contatto diretto con il suolo o il sottosuolo”*.

La normativa cui dover far riferimento per quanto riguarda la prima categoria è contenuta nella Parte III del D.Lgs. 152/2006. Per quanto riguarda la seconda, invece, i limiti da considerare sono riportati all'interno della Parte V dello stesso decreto.

Nel caso in cui le acque siano destinate al consumo umano, tuttavia, i valori limite da rispettare ai punti di prelievo sono rintracciabili nel D.Lgs. 31/2001. Nel momento, quindi, in cui bisogna andare a valutare l'applicabilità di una norma piuttosto che dell'altra, potrebbero sorgere alcuni problemi legati alle sostanze normate e ai rispettivi valori limite assegnati. In conformità con il Principio di Precauzione²², però, in caso di incertezza, sarà opportuno porsi nella situazione più cautelativa.

In Tabella 2, si riporta un confronto tra i limiti del D.Lgs. 152/2006 e quelli del D.Lgs. 31/2001 per alcune sostanze. Da un'analisi più approfondita degli allegati ai due decreti, due elementi appaiono evidenti: il primo è che il numero di sostanze normate dal D.Lgs. 152/2006 è nettamente superiore rispetto a quello delle sostanze citate nel D.Lgs. 31/2001, questo, probabilmente, in virtù del fatto che il primo non deve tener conto esclusivamente delle

ricadute sulla salute umana; il secondo è che, per molti dei parametri presenti in entrambi i decreti, i limiti sono praticamente sovrapponibili.

Tabella 2: Esempio confronto limiti D.Lgs. 152/2006 e D.Lgs. 31/2001

Sostanza	D.Lgs. 152/2006 [µg/L]	D.Lgs. 31/2001 [µg/L]
Boro	1000	1
Cadmio	5	5
Cromo VI	5	-
Rame	1000	10000
Piombo	10	10
Zinco	3000	-
Nitrati	-	50
Benzene	1	1
Cloruro di vinile	0.5	0.5

3.1.2. Matrice aria.

In questo caso, le fonti normative cui riferirsi sono due: la Parte V del D.Lgs. 152/2006, che “*si applica agli impianti, inclusi gli impianti termici civili non disciplinati dal titolo II, ed alle attività che producono emissioni in atmosfera*” e il D.Lgs. 155/2010 per i limiti riferiti all'aria ambiente. Nelle Tabelle 3 e 4, si riportano alcuni limiti contenuti all'interno di quest'ultimo.

Tabella 3: Limiti Biossido di zolfo, Allegato 2 D.Lgs. 155/2010

Biossido di zolfo	Protezione della salute umana	Protezione della vegetazione
Soglia di valutazione superiore	60% del valore limite sulle 24 ore (75 µg/m ³ da non superare più di 3 volte per anno civile)	60% del livello critico invernale (12 µg/m ³)
Soglia di valutazione inferiore	40% del valore limite sulle 24 ore (50 µg/m ³ da non superare più di 3 volte per anno civile)	40% del livello critico invernale (8 µg/m ³)

Tabella 4: Limiti particolato atmosferico, Allegato 2 D.Lgs. 155/2010

Particolato atmosferico (PM10, PM2.5)	Media su 24 ore PM10	Media annuale PM10	Media annuale PM2.5
Soglia di valutazione superiore	70% del valore limite (35 µg/m ³ da non superare più di 35 volte per anno civile)	70% del valore limite (28 µg/m ³)	70% del valore limite (17 µg/m ³)
Soglia di valutazione inferiore	50% del valore limite (25 µg/m ³ da non superare più di 35 volte)	50% del valore limite (20 µg/m ³)	50% del valore limite (12 µg/m ³)

	per anno civile)		
--	------------------	--	--

3.1.3. Matrice suolo.

Per questa matrice, i riferimenti normativi sono contenuti all'interno della Parte IV del D.Lgs. 152/2006.

Nella tabella che segue, si riporta uno stralcio della tabella presente nell'Allegato 5.

Tabella 5: Esempio limiti Tabella 1 Allegato 5 Parte IV D.Lgs. 152/2006

Sostanza	A Siti ad uso verde pubblico, privato e residenziale (mg kg ⁻¹ espressi come ss)	B Siti ad uso commerciale e industriale (mg kg ⁻¹ espressi come ss)
Arsenico	20	50
Cadmio	2	15
Cromo VI	2	15
Benzene	0.1	2
Etilbenzene	0.5	50
Toluene	0.5	50
Benzo(a)pirene	0.1	10
Triclorometano	0.1	5
Tetracloroetilene (PCE)	0.5	20
Cloruro di vinile	0.01	0.1

È interessante spendere qualche parola su quanto riportato in Tabella 5. I limiti fanno riferimento al suolo superficiale e profondo in caso di sito in cui sia necessario valutare la necessità di un intervento di bonifica e, come è evidenziato dalle classi A e B, esistono due diversi valori di screening. La classe A è riferita a siti ad uso “residenziale”, mentre la classe B a siti con usi commerciali e industriali; i limiti, per la stessa sostanza, per la classe B sono più alti rispetto a quelli individuati per la classe A. Come è noto a chi opera nel settore delle bonifiche, infatti, la necessità di intervento è legata al rischio sanitario (non ambientale), dunque diventa necessario stabilire il tipo di recettore esposto e lo scenario di esposizione di questo e il grado di protezione che si intende garantirgli.

Sebbene il danno sanitario, inteso come danno sulla salute della popolazione, sia compreso nel danno ambientale, non si può certo dire che lo esaurisca; quest'ultimo, infatti, non considera esclusivamente gli effetti avversi provocati sulla popolazione esposta, come si evince dalla normativa. Dalla precisazione fatta poco prima, però, si può cominciare a comprendere quanto verrà specificato successivamente e cioè che non esiste una significatività che possa essere stabilita

aprioristicamente; questa andrà valutata, di volta in volta, tenendo in considerazione vari elementi, di cui la tipologia di recettore non costituisce che un esempio.

3.2. La «significatività».

La significatività viene descritta dalla Corte di Cassazione – come detto – in “una situazione di chiara evidenza dell’evento di inquinamento in virtù della sua dimensione”. Dal punto di vista tecnico, questo si traduce col dover andare a considerare una serie di parametri che possono entrare in gioco simultaneamente o singolarmente in funzione dell’evento di contaminazione.

I parametri che possono concorrere alla definizione della significatività devono tener conto, in via generale, della tipologia di inquinante, della specificità del sito e della natura del superamento dei limiti imposti dalla norma. Nel dettaglio, per definire un evento significativo, dal punto di vista tecnico, bisogna sicuramente tener conto di:

- entità del superamento;
- stabilità nel tempo del superamento;
- estensione della sorgente di contaminazione;
- tipologia di contaminate (caratteristiche fisico-chimiche);
- prossimità e tipologia di recettori esposti (rischio sanitario);
- presenza di aree protette, falde e corpi idrici superficiali;
- evidenza di rischi non accettabili.

3.2.1. Entità del superamento.

L’associazione tra evento di contaminazione e superamento dei valori limite previsti dalle norme è abbastanza immediata e, sicuramente, non è sbagliata. Tuttavia, il mero superamento del limite non ci dà informazioni sulla significatività dell’evento, che, di fatto, dovrà essere proporzionale, verosimilmente, all’entità del superamento (di quanto il valore riscontrato è superiore al limite?).

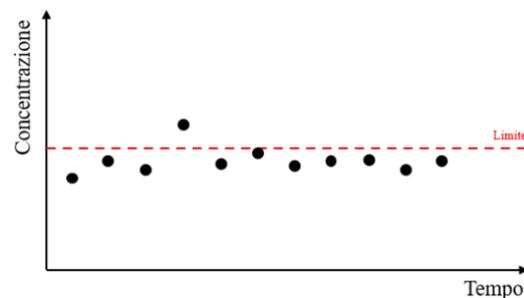
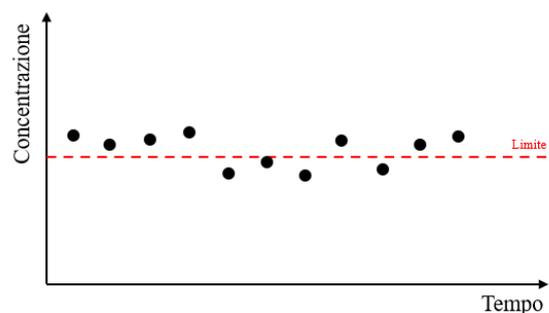
Quanto appena detto, è concorde con quanto affermato dalla Corte di Cassazione, la quale specifica che “occorre verificare se vi siano parametri quali-quantitativi di riferimento fissati dal legislatore e, in secondo luogo, valutare se lo scostamento sia stato significativo: cioè se questo abbia raggiunto un livello di intensità tale da superare il mero pericolo derivante dalla violazione degli standards eventualmente rilevante a titolo contravvenzionale

ma abbia comportato un danno effettivo all’ambiente”²³.

3.2.2. Stabilità nel tempo del superamento.

Riuscire a capire quale sia il ruolo di questo parametro nella definizione della significatività è cosa abbastanza facile. È chiaro, infatti, che sarà ragionevole associare un evento significativo ad un superamento protratto nel tempo piuttosto che ad uno sporadico.

Figura 1: Evento protratto nel tempo ed Evento sporadico



3.2.3. Estensione della sorgente di contaminazione.

Anche il ruolo di questo elemento è di immediata comprensione. Una contaminazione di elevata estensione areale inciderà sulla significatività dell’evento in maniera diversa rispetto a quanto non potrà fare una sorgente di estensioni ridotte.

3.2.4. Tipologia di contaminante.

Le caratteristiche chimico-fisiche e, dunque, gli effetti del contaminante per cui si è evidenziato un superamento concorrono, sicuramente, alla definizione della significatività dell’evento di contaminazione.

Dal punto di vista ambientale, due caratteristiche di assoluto interesse sono la degradabilità e la mobilità del contaminante in esame.

Dal punto di vista degli effetti, è ragionevole considerare la Tossicità come parametro fondamentale. Bisogna puntualizzare che i dati tossicologici cui si fa riferimento sono, nella maggior parte dei casi, riferiti agli effetti sulla salute umana e, quindi, tengono un po' meno conto degli altri bersagli che, pure, dovrebbero essere considerati nella valutazione della significatività dell'evento.

a. Degradabilità.

La degradabilità ha a che fare con la stabilità di una certa sostanza. Generalmente, a sostanze non degradabili si tende ad associare un livello di allerta maggiore.

Dire, però, che il grado di attenzione che si deve porre nei confronti delle sostanze che, al contrario, subiscono processi degradativi nell'ambiente (spesso mediati da microorganismi) è sempre basso non è del tutto corretto.

L'esempio che qui si riporta è quello della degradazione (declorurazione) riduttiva del Percloroetilene (PCE). Il PCE è un solvente clorurato inserito nella categoria 2A dallo IARC (vedere Tabella 6). Se immesso nell'ambiente, questo può subire processi degradativi che portano il carbonio presente nella molecola a ridursi, sostituendo i sostituenti alogenati (atomi di cloro) con gli atomi di idrogeno, fino all'ottenimento dell'Etano, come mostrato in Figura 2. I prodotti "figli" non sono meno pericolosi del loro "genitore"; in particolare, il Cloruro di vinile (VC) è più cancerogeno (inserito nella categoria 1 dallo IARC), più tossico e anche più mobile del PCE. Se, quindi, il percorso degradativo dovesse interrompersi al VC è ovvio che non si otterrebbe alcun giovamento da questo.

Fatta questa dovuta precisazione, è possibile affermare che, in via generale più un composto è biodegradabile, meno significativo sarà l'evento di contaminazione.

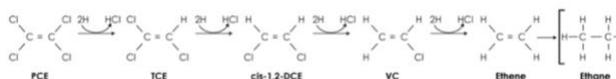


Figura 2: Degradazione riduttiva PCE²⁴

b. Mobilità.

La mobilità si riferisce alla tendenza di una sostanza a migrare, portando così la contaminazione ad

estendersi. È legata alla propensione del composto a passare da fasi meno mobili (adsorbito al suolo) a fasi più mobili (disciolto in acqua). La mobilità dipende dal tipo di sostanza e dalle condizioni ambientali.

Una valutazione della mobilità può essere fatta in funzione di parametri come la Solubilità e il Coefficiente di ripartizione suolo-acqua.

Definite le condizioni di temperatura e pressione, la Solubilità esprime la massa massima della data sostanza che può essere contenuta nell'unità di volume di acqua alle date condizioni di temperatura e pressione. Più il contaminante è solubile, più questo tenderà a disciogliersi in acqua.

Il Coefficiente di ripartizione suolo-acqua è definito come il rapporto, all'equilibrio, tra la frazione della sostanza adsorbita al suolo, espressa come massa di contaminante su massa di suolo e quella presente in acqua, espressa come massa di contaminante su volume di acqua. Più è alto questo coefficiente, più alta è la tendenza del contaminante a rimanere adsorbito al suolo.

Un'altra proprietà che può essere valutata è la Volatilità di una sostanza, ossia la sua tendenza a passare in fase vapore. La presenza di un contaminante volatile obbliga il tecnico, infatti, a dover considerare uno scenario di esposizione dei bersagli, sia on-site che off-site, in più.

La volatilità può essere valutata in termini di Tensione di vapore che, in funzione della temperatura, è la pressione esercitata, all'equilibrio, da un dato composto allo stato vapore sul suo liquido o solido, e di Costante di Henry, che può essere vista come un coefficiente di ripartizione aria-acqua.

Alti valori di questi due parametri sono associati a sostanze volatili.

È chiaro che ad una maggiore mobilità del contaminante è naturale associare una maggiore significatività dell'evento legato al rilascio dello stesso.

I valori dei parametri citati in questa sezione per molte delle sostanze con cui ci si trova spesso a lavorare sono riportati all'interno della banca dati ISS-INAIL²⁵.

c. Tossicità.

La Tossicità è definita come la capacità di una sostanza di arrecare un danno alla vita di un organismo. Gli effetti negativi variano in funzione

della sostanza e anche della dose cui l'organismo è esposto, per questo si conducono studi di:

- Tossicità acuta, volti a valutare gli effetti dovuti all'esposizione di breve durata a dosi abbastanza elevate della sostanza in esame;
- Tossicità cronica, che valutano gli effetti a lungo termine legati ad una esposizione prolungata a dosi anche basse. Gli studi sulla tossicità cronica portano alla distinzione tra sostanze cancerogene e sostanze non cancerogene.

L'International Agency for Research on Cancer (IARC) ha fornito una classificazione (riportata in Tabella 6) delle sostanze rispetto al loro livello cancerogeno per l'uomo.

Tabella 6: Classificazione IARC²⁶

Livello cancerogeno nell'uomo	Categoria	Descrizione
Cancerogeno	1	Nesso causale tra esposizione e insorgenza della patologia
Probabilmente cancerogeno	2A	Evidenza di cancerogenicità limitata negli uomini e sufficiente negli animali di laboratorio
Possibilmente cancerogeno	2B	Evidenza di cancerogenicità limitata negli uomini e negli animali di laboratorio
Non classificabile	3	Prove non sufficienti
Probabilmente non cancerogeno	4	Assenza di attività cancerogena

Appare quasi scontato affermare che la significatività dell'evento è direttamente proporzionale alla tossicità del composto che risulta contaminare una determinata area.

3.2.5. Prossimità e tipologia di recettori esposti (rischio sanitario).

La significatività di un evento è necessariamente legata anche alla tipologia dei bersagli o recettori oggetto della contaminazione ed inoltre alla distanza, ovvero alla prossimità, di questi ultimi rispetto alla sorgente inquinante.

a. Tipologia di recettori esposti.

È necessario andare ad individuare la tipologia di recettori che potrebbero entrare a contatto o sono già entrati a contatto con l'evento di contaminazione. Similmente a quanto disposto dall'analisi di rischio²⁷, si potrebbe pensare a

considerare l'esposizione, simultanea e non dei seguenti bersagli:

- Bambini;
- Adulti + bambini;
- Adulti;
- Lavoratori adulti (contesto industriale).

Anche in questo caso, è di semplice comprensione che la presenza bambini, elemento da tutelare e proteggere, potrebbe portare a definire con maggiore probabilità un evento come significativo. La sola presenza di adulti o lavoratori adulti, però, non è necessariamente legata ad una non significatività dell'evento, ma il peso di questi ultimi in un bilancio finale di tutti i parametri, sarà sicuramente minore.

In questa fase, oltre alla tipologia di recettori coinvolti, sarà necessario andare ad identificare le vie di esposizione dei recettori agli inquinanti e quindi le dosi assunte dalle persone che possono frequentare i punti di esposizione nel tempo. Al fine di stimare le dosi assunte, è essenziale andare a stabilire diversi parametri: frequenza di esposizione (giorni/anno; ore/giorno); durata di esposizione (anni); tassi di inalazione, ingestione o contatto; peso corporeo dei recettori.

b. Prossimità dei recettori.

Una volta identificati il tipo di recettori e le dosi assunte, è necessario definire la prossimità di questi ultimi rispetto all'evento di contaminazione. È chiaro che all'aumentare della distanza dal luogo della contaminazione diminuisce la possibilità di definire un evento significativo. Ovviamente, un contatto diretto e quindi distanza pari a zero rispetto all'evento di contaminazione potrebbe portare a definire con più probabilità un evento come significativo.

3.2.6. Presenza di aree protette, falde e corpi idrici superficiali.

La presenza di un evento di contaminazione all'interno o nelle vicinanze dei confini di aree protette (terrestri, fluviali, lacuali e marine), identificate sia a livello nazionale che regionale, è sicuramente uno dei fattori determinanti nel momento in cui si intende valutare la significatività un evento di contaminazione; questa, si capisce bene, dovrà crescere con il diminuire della distanza della sorgente dall'area stessa.

Lo stesso si può dire per la prossimità dell'area interessata dall'evento a falde e/o a corpi idrici superficiali.

3.2.7. Evidenza rischi non accettabili.

Questa considerazione può essere svolta a valle, ad esempio, di un'analisi di rischio²⁸. Qualora, al termine di questa, ci sia evidenza e certezza del rischio associato alla contaminazione, bisognerà procedere obbligatoriamente con attività di bonifica o messa in sicurezza. A quel punto, l'evento dovrà essere considerato con certezza e senza possibilità di ulteriori considerazioni come del tutto significativo.

4. Un possibile metodo di indagine per definire la «significatività».

Nel paragrafo precedente, abbiamo descritto i fattori che concorrono a definire la significatività di un evento di contaminazione; in questo, invece, ci poniamo come obiettivo quello di fornire un metodo da poter applicare per poter stimare il grado di significatività dell'evento stesso.

L'approccio proposto è di tipo quali-quantitativo, di facile interpretazione anche per il personale non prettamente tecnico.

Per ogni fattore descritto nel capitolo precedente, si definiranno delle classi cui verrà assegnato un punteggio. Al termine della procedura, quindi, si andranno ad aggregare i punteggi ottenuti secondo la formula (1) tenendo anche conto di fattori correttivi che considerino il "peso" di ogni parametro. Il valore dell'indice di significatività (I) ottenuto dovrà essere poi confrontato con quelli riportati in una tabella di screening (Tabella 17).

$$(1) \quad I = \alpha S + \beta N_S + \gamma E + \delta C + \varepsilon R + \theta A$$

In questo breve lavoro, sarà possibile rintracciare le basi del procedimento, poiché una sua implementazione potrà essere possibile solamente a valle di una concertazione con gli Enti competenti come il Ministero della transizione ecologica (ex MATTM), il Ministero della salute, l'ISPRA, l'ISS e l'INAIL, i quali avranno il compito di stabilire i punteggi e i pesi da assegnare ai parametri individuati nel capitolo precedente e, dunque, di validare l'algoritmo.

Quanto appena detto in breve verrà di seguito esposto in maniera più dettagliata per ognuno dei parametri evidenziati.

4.1. Individuazione dei valori dei parametri.

4.1.1. Entità del superamento.

Come già detto, più la concentrazione rilevata (C_{ril}) si discosta dal limite normativo (C_{lim}), più la significatività dell'evento aumenta; dunque, si potrà introdurre un fattore S che consideri proprio questo elemento. In Tabella 7, si evidenziano le classi individuate.

Tabella 7: Valori fattore S

Entità del superamento	S
$C_{lim} \leq C_{ril} < 5C_{lim}$	da definire
$5C_{lim} \leq C_{ril} < 10C_{lim}$	da definire
$10C_{lim} \leq C_{ril} < 100C_{lim}$	da definire
$100C_{lim} \leq C_{ril} < 1000C_{lim}$	da definire
$C_{ril} \geq 1000C_{lim}$	da definire

4.1.2. Stabilità nel tempo.

All'aumentare del numero di superamenti rispetto alle misurazioni effettuate (N_S), deve necessariamente aumentare anche la significatività dell'evento. Un superamento sporadico, seppur importante rispetto al valore limite, potrebbe destare, infatti, meno preoccupazione di un superamento più contenuto ma sistematico. In Tabella 8, si riassumono le classi proposte per il fattore N_S .

Tabella 8: Valori fattore N_S

Percentuale di superamenti	N_S
$\geq 10\%$	da definire
$\geq 50\%$	da definire
$\geq 95\%$	da definire

4.1.3. Estensione della sorgente.

Il parametro che tiene conto dell'estensione della sorgente di contaminazione, definito in questo lavoro come E , assumerà un determinato valore in funzione delle classi riportate nella tabella che segue.

Tabella 9: Valori fattore E

Estensione della sorgente	E
$\leq 0.2 \text{ ha}$	da definire
$0.2 \text{ ha} - 1 \text{ ha}$	da definire
$1 \text{ ha} - 10 \text{ ha}$	da definire
$\geq 10 \text{ ha}$	da definire

4.1.4. Tipologia di contaminante.

Il fattore relativo al contaminante (C) deve tener conto di quelle che sono le caratteristiche già citate nel capitolo precedente: degradabilità (D), mobilità (M) e tossicità (T). La formula (2) è un esempio di come il poter esprimere C in funzione di D , M e T .

$$C = \delta_1 D \cdot \delta_2 M \cdot \delta_3 T \quad (2)$$

È evidente, a questo punto, che per poter definire C , diventa fondamentale assegnare dei valori alle tre caratteristiche già più volte citate.

È logico attendersi che ad una maggiore significatività dell'evento si associ, per come la formula (1) è stata proposta, un valore di C elevato. Nelle tabelle 10, 11 e 12 sono visibili le classi proposte per D , M e T . La degradabilità può essere stimata, ad esempio, in funzione del tempo di dimezzamento di ogni sostanza; per la mobilità, si può far riferimento al valore del Coefficiente di ripartizione suolo-acqua, K_d , o, per i composti organici, al Coefficiente di ripartizione carbonio organico-acqua, K_{OC} .

Tabella 10: Valori fattore D ²⁹

Degradabilità (tempo di dimezzamento $t_{1/2}$)	D
< 15 d	da definire
15 d – 50 d	da definire
50 d – 150 d	da definire
≥ 150 d	da definire

Tabella 11: Valori fattore M per composti organici

Mobilità contaminante (K_{OC})	M
< 10 ² ml/g	da definire
10 ² ml/g – 10 ³ ml/g	da definire
10 ³ ml/g – 10 ⁴ ml/g	da definire
10 ⁴ ml/g – 10 ⁵ ml/g	da definire
≥ 10 ⁵ ml/g	da definire

Tabella 12: Valori fattore T

Tossicità contaminante (da classificazione IARC)	T
1	da definire
2A	da definire
2B	da definire
3	da definire
4	da definire

4.1.5. Prossimità e tipologia di recettori.

In virtù di quanto detto precedentemente, il parametro R riferito ai recettori deve essere funzione della tipologia di recettori esposti (T_R) e della prossimità (P_R) di questi rispetto alla sorgente di contaminazione secondo la formula (3).

$$R = \varepsilon_1 T_R \cdot \varepsilon_2 P_R \quad (3)$$

Come per gli altri parametri, nelle tabelle che seguono si riportano le possibili classi da considerare.

Tabella 13: Valori fattore T_R

Tipologia di recettore	T_R
Lavoratore adulto	da definire
Adulto	da definire
Adulto+Bambino	da definire
Bambino	da definire

Tabella 14: Valori fattore P_R

Prossimità dei recettori	P_R
< 10 m	da definire
10 m – 100 m	da definire
100 m – 500 m	da definire
500 m – 1000 m	da definire
≥ 1000m	da definire

4.1.6. Presenza di aree protette, falde e corpi idrici superficiali.

Il fattore A della formula (1) potrà essere espresso in funzione della presenza di Aree protette e/o di corpi idrici superficiali e della soggiacenza della falda attraverso la seguente formula

$$A = \theta_1 A_P \cdot \theta_2 A_S \cdot \theta_3 A_F \quad (4)$$

Nell'ipotesi in cui si considerino l'area protetta e il corpo idrico superficiale come dei possibili recettori, i fattori A_P e A_S potranno stabilirsi in funzione delle classi di cui alla Tabella 15.

Tabella 15: Valori fattore A_P e A_S

Distanza da aree protette e corpo idrico superficiale	A_P ; A_S
< 10 m	da definire
10 m – 100 m	da definire
100 m – 500 m	da definire
500 m – 1000 m	da definire
≥ 1000 m	da definire

In Tabella 16, invece, si riportano le classi individuate in funzione della soggiacenza della falda.

Tabella 16: Valore fattore A_F

Distanza verticale dalla falda	A_F
< 3 m	da definire
3 m – 10 m	da definire
10 m – 50 m	da definire
≥ 50 m	da definire

4.1.7. Matrice di screening finale.

Una volta valutati tutti i parametri e i rispettivi pesi, si passa al calcolo dell'indice *I*, il cui valore dovrà essere confrontato con quelli presenti nella matrice di screening, al fine di valutare la significatività dell'evento in esame.

Di seguito, si riporta una ipotetica matrice di riferimento.

Tabella 17: Matrice di screening (*A*, *B*, *C* e *D* sono i valori ottenuti alla fine della procedura di calcolo)

Significatività	<i>I</i>
Non significativo	da <i>A a B</i>
Poco significativo	da <i>B a C</i>
Significativo	da <i>C a D</i>
Molto significativo	da <i>D ad E</i>

5. Considerazioni a margine del metodo proposto.

Il metodo proposto ambisce a definire tecnicamente il concetto di «misurabilità» e «significatività» di un evento di contaminazione. In questo caso, come visto, i limiti normativi costituiscono degli elementi fondamentali per declinare entrambi i concetti.

È necessario, però, considerare anche che questi entrano in gioco in tutti i casi in cui si potrebbe configurare un danno per l'ambiente (dunque non solo in caso di contaminazione) e che, a volte, riuscire a «quantificare» la portata dell'evento potrebbe essere complesso o potrebbe richiedere procedure diverse rispetto a quelle descritte fino ad ora.

Basti pensare, su tutti, al caso del «Corallo rosso mediterraneo», specie a rischio estinzione, trattato dalla Cassazione in una recente pronuncia³⁰: viene condannato per inquinamento ambientale l'imputato responsabile della compromissione dell'habitat marino come conseguenza delle attività di pesca abusiva. Gli squilibri funzionali causati da una tale compromissione, secondo quanto riportato nella sentenza, si sarebbero risolti nell'arco di 50 anni, lasso temporale in cui è stato previsto il ripristino delle condizioni *ex ante*. È chiaro che questo limite temporale non può che essere frutto di

valutazioni effettuate da professionisti competenti nel campo delle scienze naturalistiche che, pur non avendo limiti normativi cui far riferimento, sono in grado, date le loro conoscenze, di «misurare» l'evento incriminato e, dunque, di definirne la significatività. Come è evidente, anche casi come quello appena citato rientrano nel perimetro del danno ambientale ma, a differenza di un evento di contaminazione, non essendo possibile far riferimento ad alcun tipo di limite normativo, l'unico modo per poter andare a valutare misurabilità e significatività è il ricorso ad un parere tecnico che possa correlare il danno a parametri diversi da quelli specifici per un evento di contaminazione quali, ad esempio, il tempo necessario a ristabilire lo status quo ante della matrice ambientale colpita (come nell'esempio del corallo) e/o le risorse economiche necessarie per l'eventuale intervento di ripristino.

In definitiva, soltanto attraverso la definizione di un metodo di indagine chiaro e uniforme a tutti i tecnici che, su nomina di parte o del Giudice, sono chiamati a definire l'entità dell'evento inquinante, si recupera quel deficit di determinatezza della fattispecie penale di inquinamento, vincolando l'organo giudicante ad applicazioni della norma entro limiti quanto più stringenti della portata operativa della condotta penalmente rilevante.

Enrico Napoletano

Avvocato penalista

Professore a contratto di diritto penale ambientale

Luigi Acampora

Ingegnere dell'ambiente e del territorio

Alessandra Masi

Dottoressa in Ingegneria Civile e Ambientale

Iason Verginelli

Ricercatore di Ingegneria Sanitaria Ambientale

¹ Il presente studio è stato svolto nell'ambito di un Project Work, parte del corso di «Valutazione e gestione dei rischi per l'ambiente, la salute e la sicurezza», uno dei molteplici percorsi formativi in «Industrial Engineering e Management» finanziati dal Ministero dello Sviluppo Economico.

² Il provvedimento in esame è stato approvato dalla Camera dei deputati il 26 febbraio u.s., in un testo risultante dall'unificazione dei seguenti disegni di legge di iniziativa parlamentare: A.C. 342 (REALACCI), A.C.957 (MICILLO) e A.C.1814 (PELLEGRINO). In proposito, si vedano i lavori preparatori alla Legge, e precisamente, *Nota breve per l'esame in Assemblea del disegno di legge A.S. n. 1345-B «Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente»*, in Servizio Studi del Senato, n. 74, Maggio 2015; *Nota breve del disegno di legge A.S. n. 1345-A «Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente»*, in Servizio Studi del

Senato, n. 48, Febbraio 2015; Dossier "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente", in Servizio Studi del Senato, XVII legislatura, Marzo 2014.

³ Corte Costituzionale, Sentenza n. 327 del 30/07/2008 (ud. c.c. del 25/06/2008), in G.U., n. 33 del 06/08/2008; in proposito, si veda, FLICK, *Parere pro veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 c.p.*, in Cass. pen., 01/2015, 12.

⁴ Il 21 maggio 2008 il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione legislativa sulla proposta di Direttiva per la tutela penale dell'ambiente (la Direttiva 2008/99/CE), in cui, premesso che «i sistemi sanzionatori vigenti non sono sufficienti a garantire la piena osservanza della normativa comunitaria», si chiedono «sanzioni maggiormente dissuasive per le attività che danneggiano l'ambiente, le quali tipicamente provocano o possono provocare un deterioramento significativo della qualità dell'aria, compresa la stratosfera, del suolo, dell'acqua, della fauna e della flora, compresa la conservazione delle specie», quando ciò avvenga «intenzionalmente o per grave negligenza». La proposta è stata approvata e la Direttiva 2008/99/CE del 19 novembre 2008 doveva essere trasposta negli ordinamenti giuridici degli Stati membri entro il 26 dicembre 2010¹. La Direttiva obbliga, così, i Legislatori dell'Unione ad adottare un modello di tutela dell'ambiente più efficace favorendo l'inserimento di fattispecie incriminatrici incentrate non soltanto sulla punizione delle violazioni della normativa extrapenale di settore, ma anche sulla realizzazione di una effettiva situazione di danno o di pericolo concreto per il bene protetto. Il modello di «crimine ambientale» indicato nella Direttiva doveva caratterizzarsi: (i) dalla gravità oggettiva delle conseguenze che il comportamento posto in essere provoca, o può provocare, sia nei confronti della integrità fisica delle persone (morte o lesioni gravi), sia alle risorse ambientali (danni rilevanti alla loro qualità); (ii) dalla gravità del rimprovero che può essere mosso all'autore, cioè dolo o negligenza grave; (iii) dalla possibilità che del crimine, se realizzato a vantaggio di una persona giuridica e da soggetti titolari di una posizione dominante in seno alla stessa, debba rispondere anche la persona giuridica; (iv) dalla possibilità che siano puniti tutti coloro che agevolano in qualsiasi modo la commissione di detto crimine; (v) dalla possibilità che il comportamento punito non sia necessariamente «attivo» e che, pertanto, anche l'inosservanza di un obbligo di agire potendo avere gli stessi effetti della condotta attiva deve essere passibile di sanzione adeguata.

⁵ Per un approfondimento sui casi processuali richiamati, si vedano, FOFFANI-CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, Torino, 2017; NAPOLETANO, *Manuale di diritto penale ambientale*, Zanichelli ed., Bologna, 2021; ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

⁶ RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in www.lexambiente.it, 4.

⁷ Il Decreto Legislativo n. 121/2011 si limita ad introdurre nel codice penale soltanto due nuove fattispecie contravvenzionali: gli artt. 727-bis e 733-bis, riferiti rispettivamente all'uccisione, distruzione, prelievo o possesso di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche e al danneggiamento di habitat all'interno di un sito protetto.

⁸ Nel d.d.l. n. 342-C, proposto dall'On. REALACCI, si legge che la necessità di intervenire attraverso l'inserimento di un autonomo titolo del codice penale dedicato al contrasto delle fattispecie criminali a danno dell'ambiente deriva dalla consapevolezza che «le ecomafie in Italia (...) hanno un giro di affari di oltre 16 miliardi di euro. Cemento e rifiuti si confermano settori clou del florido business dell'eco-criminalità. (...) È ormai generalmente avvertita la necessità di introdurre nel sistema penale un gruppo omogeneo di norme che tutelino l'ambiente, e che quindi superino la pluralità di normative disorganiche sparse in diversi testi di legge, che rendono estremamente difficoltosa la percezione di esse sia da parte del cittadino che da parte dell'interprete». Fra le possibili opzioni di politica criminale, quella di creare un testo unico o di inserire un nuovo titolo di reato nell'ambito del codice penale, il Legislatore ha preferito seguire la «seconda soluzione, giacché essa è stata adottata in alcune fra le più importanti codificazioni europee, come il codice penale tedesco e il codice penale spagnolo, e vista la preferenza espressa in questo senso anche nello schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale italiano del 1992. La ragione principale dell'inserimento di tali nuove fattispecie criminose nell'ambito del codice penale risiede infatti indubbiamente in una maggiore attitudine alla sintesi della normazione codicistica e per una finalità che si può definire di «orientamento culturale» dei cittadini, volta a definire a livello normativo-codicistico i beni giuridici fondanti la convivenza civile nella società».

⁹ Senza pretesa di esaustività, sulla riforma degli "eco-delitti", si vedano, su tutti, tra le opere monografiche e manualistiche: ACCINNI, *Disastro ambientale, Dall'horror vacui all'horror pleni*, Milano, 2018; CORNACCHIA-PISANI, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit.; FICCO (a cura di), *Gestire i rifiuti tra legge e tecnica*, Edizioni Ambiente, Milano, 2018; FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente, i reati e le sanzioni, il sistema delle responsabilità, le indagini, il processo e la difesa*, Milano, 2015; MANNA (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2016; NAPOLETANO, *Manuale di diritto penale ambientale*, cit.; PARODI (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, vol. II, Torino, 2017; RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, III ed., Torino, 2018; ID., *I nuovi ecoreati, Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015; ID., *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018; SATTA, *Disastro ambientale e rifiuti radioattivi. Prevenzione e sanzione unione europea, Italia e Spagna*, Napoli, 2008; tra le pubblicazioni e note a sentenza, si vedano, invece: AMOROSO, *Il disastro ambientale tra passato e futuro*, in Cass. pen., 09/2018, 2953; FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo Stato di diritto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente, voce per*

il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016", in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2015; MELZI D'ERIL, *L'inquinamento ambientale a tre anni dall'entrata in vigore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; MORLINO, Rel. n. III/04/2015, Corte di Cassazione. Ufficio del Massimario. Settore penale, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, 2015; PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 32/2015, 10; RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015, n. 68*, in *Lex Ambiente*, 8 giugno 2015; RICCARDI, *L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione compromette il fatto tipico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017; ID., *Dolo e colpa nei reati ambientali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015; ID., *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

¹⁰ Così, FIANDACA-MUSCO, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, VII ed., 2017, 85.

¹¹ Così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 86.

¹² Da ultimo, Cass. Pen., Sez. III, Sentenza del 30/01/2020, n. 9736, Pres. RAMACCI L., Rel. CORBETTA S. secondo cui «la fattispecie in esame non confligge con l'art. 25, comma 2, Cost., in quanto le espressioni impiegate dal legislatore appaiono sufficientemente univoche nella descrizione del fatto vietato, che, essendo modellato come reato di evento a forma libera, si incentra sulla causazione di una "compromissione" o di un "deterioramento": locuzioni che rimandano a un fatto di danneggiamento in relazione alle quali la giurisprudenza di questa Corte ha fornito un'interpretazione uniforme e costante. Ciò consente di ritenere rispettato il vincolo imposto dall'art. 25, comma 2, Cost. nella descrizione dell'illecito penale».

¹³ MORLINO, Rel. n. III/04/2015, Corte di Cassazione. Ufficio del Massimario, cit., 4.

¹⁴ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016 (ud. 21 settembre 2016), n. 46170, SIMONELLI, Rv. 268059.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. III, 30 Marzo 2017 (ud. 31 Gennaio 2017) n. 15865, RIZZO, Rv. 269489.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. III, SIMONELLI, cit.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, RIZZO, cit.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. III, SIMONELLI, cit.

¹⁹ Cass. pen., Sez. III, SIMONELLI, cit.

²⁰ <https://www.inail.it/cs/internet/limiti-di-rilevabilit-e-quantificazione.html>

²¹ INAIL (2014). Il rischio chimico per i lavoratori nei siti contaminati. Manuale Operativo.

²² Sull'evoluzione comunitaria e sul percorso giurisprudenziale del principio di precauzione si veda, per tutti, FICCO (a cura di), *Gestire i rifiuti tra legge e tecnica*, Ed. Ambiente, VII ed., Milano, 2019, 35; GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 9 ss; JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990; BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, a cura di PRIVITERA; ID., *Conditio humana, Il rischio nella società globale*, Bari, 2008.

²³ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016 (ud. 21 settembre 2016), n. 46170, SIMONELLI, Rv. 268059.

²⁴ Major, David. (2009). Remediation of DNAPL through Sequential In Situ Chemical Oxidation and Bioaugmentation. 93.

²⁵ ISS-INAIL (2018), "Banca Dati ISS-INAIL per Analisi di Rischio Sanitario Ambientale" e documento di supporto.

²⁶ IARC (2015). "Preamble". IARC Monographs (January 2006 ed., Last Update 2015)

²⁷ ISPRA (2008), Criteri metodologici per l'applicazione dell'analisi assoluta di rischio ai siti contaminati (Rev.2).

²⁸ ASTM (2000). Standard Guide for Risk-Based Corrective Action. Designation: E-2081-00.

²⁹ ARPA Veneto, 2013. Studio sulla dispersione di sostanze tossiche nella laguna di Venezia, Allegato 3: Cinetiche di biodegradazione in corpi idrici superficiali.

³⁰ Cass. Pen., Sez. III, Sentenza del 30 Gennaio 2020, n. 9736.

L'occultamento della sostanza stupefacente tra concorso nella detenzione e favoreggiamento.

di **F. Lombardi**

L'Autore commenta la sentenza n. 41579/2021, con la quale la Corte di legittimità ritorna sulla tematica del concorso di persone nella detenzione di sostanza stupefacente, con particolare riferimento alle condotte di occultamento della stessa al momento dell'accesso delle forze dell'ordine nell'appartamento ove è detenuta la droga, e di resistenza attiva volta a ritardare od ostacolare l'ingresso dei militari nell'immobile, ritenendole un valido apporto causale tale da integrare il concorso nel delitto di detenzione di sostanze stupefacenti da altri commesso.

Sommario. **1.** La vicenda e la questione giuridica sottesa: il concorso nella detenzione di sostanze stupefacenti. – **2.** La zona grigia: occultamento o dismissione della sostanza stupefacente. – **3.** Repliche alla tesi del concorso nella detenzione.

1. La vicenda e la questione giuridica sottesa: il concorso nella detenzione di sostanze stupefacenti.

Si segnala la sentenza n. 41579/2021, con la quale la Corte di legittimità ritorna sulla tematica del concorso di persone nella detenzione di sostanza stupefacente, con particolare riferimento alle condotte di occultamento della stessa al momento dell'accesso delle forze dell'ordine nell'appartamento ove è detenuta la droga, e di resistenza attiva volta a ritardare od ostacolare l'ingresso dei militari nell'immobile, ritenendole un valido apporto causale tale da integrare il concorso nel delitto di detenzione di sostanze stupefacenti da altri commesso.

Le difficoltà esegetiche sono evidentemente legate alla natura del delitto di detenzione ex art. 73 d.P.R. 309/1990, che, in quanto reato permanente, gode sul piano strutturale di un momento di perfezionamento della fattispecie illecita, che si verifica quando ne siano integrate tutte le componenti letterali, e di un istante consumativo, che invece si realizza con la cessazione della condotta detentiva cui consegue la rimozione della condizione antiggiuridica¹.

Tra i due momenti si inserisce un lasso temporale più o meno duraturo nel quale persiste la compressione del bene giuridico tutelato, persistenza che nel caso di specie si cristallizza nel costante pericolo che la sostanza venga immessa nel mercato, con connessi effetti pregiudizievoli per la salute pubblica; sicché si sono poste due questioni di rilievo.

Da un lato, si è reso doveroso individuare i requisiti generali affinché si possa discorrere di concorso nel reato di detenzione di sostanza drogante.

Dall'altro lato, si è posta la problematica relativa alla distinzione tra il concorso nella detenzione di stupefacenti e il favoreggiamento personale, avuto riguardo alla peculiare condotta di chi si disfa della sostanza o la occulta al momento dei controlli di polizia giudiziaria. Infatti, in questo caso, viene astrattamente in rilievo l'ipotesi di cui all'art. 378 co. 1 c.p. che punisce «chiunque, dopo che fu commesso un delitto [...], e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni [...]».

Orbene, sul piano generale, occorre innanzitutto chiarire che per detenzione di sostanza stupefacente si intende, per opinione consolidata, la disponibilità della stessa e la possibilità di accedervi *ad libitum*, pur nel difetto dell'esercizio continuo o immediato di un potere manuale su di essa².

Il concorso nella detenzione transita allora per la verifica del collegamento funzionale tra la persona soggetta a verifica giudiziale e il contesto spaziale in cui è allocata la sostanza stupefacente o, comunque, tra la prima e il detentore principale. Le fattispecie più ricorrenti nella prassi giudiziaria attengono al fenomeno della convivenza di più persone negli immobili ove viene rinvenuta la sostanza drogante e alla compresenza di più soggetti su veicoli ove la stessa è trasportata.

Nelle situazioni "fisiologiche", legate cioè all'ordinario svolgersi della relazione tra persona e cosa illecita, gli approdi giurisprudenziali fanno

applicazione dei principi fondamentali in materia di concorso di persone nel reato sotto lo speciale profilo del contribuato agevolatore. Si è infatti distinto tra connivenza non punibile, nella quale l'agente mantiene un comportamento meramente passivo e realizza un'assistenza inerte e senza iniziative a tale condotta, pur conoscendola ed eventualmente aderendovi intimamente, e concorso ex art. 110 c.p., il quale esige un contribuato causale in termini, sia pur minimi, di facilitazione della condotta delittuosa, essendo dunque richiesto un consapevole contribuato che può manifestarsi anche in forme che agevolino il proposito criminoso del concorrente, garantendogli una certa sicurezza o, anche implicitamente, una collaborazione sulla quale poter contare³.

Di regola, dunque, la mera coabitazione o presenza sul luogo ove viene rinvenuta la droga, in via principale riferibile ad altri, non sarà sufficiente a ritenere configurato il concorso nel delitto di detenzione commesso dall'autore principale, in particolare perché, salvo casi tipizzati, di regola non insistono sui consociati obblighi di evitare il fatto illecito altrui o relativi obblighi di denuncia; occorreranno a tal fine ulteriori elementi sintomatici del potere di fatto sulla *res* o della messa in atto di un contribuato che agevoli la protrazione della detenzione o rafforzi il proposito illecito altrui, almeno sotto il profilo della promessa di ausilio in caso di futura necessità, anche al solo fine di sfuggire agli eventuali controlli o alle investigazioni della polizia giudiziaria⁴.

Si immagini la condotta tipica del "palo" (o vedetta) soggetto che, collocandosi in una postazione utile all'osservazione dell'area circostante, si rende disponibile a segnalare l'eventuale arrivo delle forze di polizia o di altri soggetti che possano arrecare ostacoli allo svolgimento dell'azione delittuosa⁵.

2. La zona grigia: occultamento o dismissione della sostanza stupefacente.

I casi più controversi attengono invece alla realizzazione di una condotta con la quale taluno si disfa, nell'interesse del detentore principale, della sostanza stupefacente: si immagini Tizio, il quale getti dal veicolo in corsa la sostanza stupefacente appena avvedutosi di una pattuglia dei Carabinieri in procinto di intimare l'alt; o Caio il quale lanci dal balcone dell'abitazione la sostanza drogante ivi custodita, durante l'ingresso dei militari nell'immobile.

Orbene, non v'è dubbio che, qualora il supporto fornito in tale fase, di per sé costituente il preludio alla cessazione della condotta detentiva, rappresenti la materializzazione della promessa di aiuto formulata *ex ante* dall'agente in favore del detentore principale o l'epilogo di altro tipo di ausilio già fornito alla detenzione nella sua estrinsecazione fisiologica, si è in presenza di un concorso nel delitto di detenzione⁶.

Maggiori dubbi affiorano laddove, in assenza di elementi pregressi che attestino la sussistenza di un contribuato già formato, l'agevolazione si incentri esclusivamente sull'abbandono della sostanza drogante, vale a dire sul gesto di "rottura" della relazione funzionale che è il nucleo essenziale del delitto in esame, allo scopo di sottrarre il detentore principale alle attività di indagine. In altri termini, *quid iuris* qualora il fatto del terzo si esaurisca nel gesto di disfarsi della sostanza stupefacente, con ciò mettendo fine alla stessa detenzione?

Nessuna incertezza sussisterebbe laddove si interpretasse la nozione di delitto "commesso" di cui all'art. 378 c.p. in termini di delitto "consumato". In questo caso non vi sarebbe spazio per il favoreggiamento nel tempo in cui perdura la detenzione, richiedendosi l'avvenuta cessazione della stessa⁷.

Non stupisce allora che, secondo accreditata giurisprudenza, nei reati permanenti qualunque agevolazione del colpevole, prima che la condotta di questi sia cessata, si risolve inevitabilmente in un concorso, quanto meno a carattere morale⁸.

A supporto di tale posizione esegetica, si è d'altronde osservato che chiunque si disfi della sostanza stupefacente previamente detenuta da altri, inevitabilmente instaura un contatto materiale con la *res illicita*, di per sé idoneo a configurare detenzione, seppur destinata ad esaurirsi nel brevissimo periodo, trattandosi di condotta che immediatamente segna la cesura tra detentori e droga⁹.

Va tuttavia rilevato come in alcuni casi la condotta di chi si disfa della sostanza sia stata valorizzata ai fini del concorso nel reato di detenzione non perché sia essa stessa in grado di cristallizzare una relazione materiale che avvince il concorrente alla *res*, bensì quale indice della comune detenzione¹⁰. Inoltre, il principio è stato non di rado formulato in relazione a casi in cui la condotta dell'agevolatore non era orientata all'abbandono o alla dismissione della sostanza drogante, bensì al mero occultamento, in vista sì dell'elusione dei controlli, ma con primaria

finalità di successivo ripristino della disponibilità in capo al detentore principale¹¹; o, in altre ipotesi, è stato sancito nell'ambito di fattispecie in cui l'imputato aveva partecipato attivamente ad attività funzionali alla gestione dello stupefacente ed erroneamente era stata chiesta la riqualificazione in favoreggiamento¹².

Del resto, la stessa espressione "fuori dei casi di concorso nel medesimo" contenuta nell'art. 378 c.p., se correttamente interpretata, ammette senza limitazioni la configurabilità del delitto di favoreggiamento nei reati permanenti, anche durante la fase intermedia collocabile tra il perfezionamento della fattispecie e la sua consumazione, risultando altrimenti la locuzione del tutto pleonastica ove si ammettesse il favoreggiamento nel sol caso di reato permanente già "consumato", condizione quest'ultima evidentemente incompatibile con il fenomeno concorsuale¹³.

Trova dunque ragion d'essere il diverso approccio ermeneutico, secondo cui l'aiuto prestato ad un soggetto che protrae la condotta di un reato permanente configura di regola il concorso in detto reato, a meno che, per la sua concreta morfologia, non si traduca in un sostegno o in un incoraggiamento dell'altro nella perduranza della condotta criminosa, costituendo al contrario soltanto un impulso alla cessazione di essa, sia pure per ottenere l'impunità. Detto altrimenti, l'aiuto fornito durante la permanenza del reato può costituire, a seconda dei casi, concorso o favoreggiamento, in relazione allo scopo dell'agente, da valutarsi in concreto¹⁴.

Occorre allora distinguere il caso in cui l'agente, che non abbia già posto in essere contributi agevolatori, materiali o morali, durante la permanenza del reato, si disfi della cosa ponendo termine alla detenzione, al fine di aiutare taluno a sottrarsi alle investigazioni, dal caso in cui tale soggetto si limiti ad occultare la cosa per consentire il pronto ripristino della situazione antecedente in favore del detentore principale appena cessati i controlli di polizia.

Il primo caso, che si verifica ogni qual volta venga meno la possibilità di ripristinare il possesso della sostanza stupefacente, dovrebbe rientrare nel tessuto letterale del delitto di favoreggiamento¹⁵.

Non si ignora l'autorevole orientamento dottrinale secondo cui si tratterebbe più correttamente di concorso nella detenzione di stupefacenti, perfezionandosi la stessa sia sul piano oggettivo

mediante il maneggio della sostanza, sia sul piano soggettivo, essendo sufficienti la consapevolezza e la volontà di detto maneggio¹⁶.

3. Rепliche alla tesi del concorso nella detenzione.

L'obiezione può essere sottoposta a revisione critica. Giova muovere dalla considerazione per cui, per la punibilità del concorrente nel reato si richiede, sotto il versante psicologico, sia il dolo di concorso, che costituisce il sostrato psicologico del contributo alla condotta altrui, quale consapevolezza e volontà dell'apporto funzionale all'altrui esecuzione criminosa, sia il dolo del reato monosoggettivo, quale rappresentazione e volontà che sia commessa una fattispecie criminosa tipica¹⁷. In questo caso, secondo l'orientamento dominante, risponde di concorso in un reato monosoggettivo a dolo specifico, quale è la detenzione dello stupefacente a fini di spaccio, anche il soggetto che apporti un contributo che non sia soggettivamente animato dalla particolare finalità richiesta dalla norma incriminatrice, a condizione che almeno uno degli altri concorrenti agisca con tale intenzione e che della stessa il primo sia consapevole¹⁸.

Non è quindi mediante una analisi del coefficiente psichico che si può affermare l'esclusione della responsabilità concorsuale di chi occulti la sostanza stupefacente detenuta da altri, in quanto non è necessario che egli sia mosso dalla finalità di spaccio sussistente in capo al detentore principale, scopo che in effetti appartarrebbe solo a quest'ultimo e non potrebbe dirsi assunto anche dal concorrente che volesse liberarsi della sostanza per eludere le investigazioni.

L'aspetto su cui indugiare è costituito invece dall'analisi oggettiva del suddetto apporto collaborativo, così da indagarne il possesso dei requisiti strutturali richiesti dalla dommatica penalistica per il contributo concorsuale, tra i quali si annovera l'efficacia causale o agevolatrice rispetto ad un atto dell'azione tipica o alla realizzazione dell'evento vietato¹⁹. La condotta del concorrente deve cioè atteggiarsi, se non a *condicio sine qua non* dell'evento vietato, almeno a fattore che faciliti l'esecuzione del reato, nella maniera in cui ad esso possa conseguire – nella logica dell'adeguatezza – la produzione del risultato antiggiuridico: nel caso in esame, tale risultato non si esaurisce nel profilo (statico) del solo possesso ma, a parere di chi scrive, lambisce l'evento giuridico incarnato dalla concreta

proiezione (dinamica) della sostanza drogante verso il mercato dei consumatori. Orbene, non appare sostenibile che tali connotati possano essere attribuiti alla condotta di chi, lungi dal consentire la perduranza del reato e la protrazione del rischio di diffusione, non faccia altro che cagionarne immediatamente la cessazione mediante comportamenti non solo inidonei ma financo ostativi rispetto al principale scopo dell'esecutore, costituito dalla cessione dello stupefacente a terzi acquirenti. Nel diverso caso relativo al mero occultamento momentaneo della sostanza, l'agente sarebbe invece responsabile di concorso nel delitto di detenzione di sostanza stupefacente, sia perché la condotta di

mero occultamento in luoghi noti è idonea a instaurare significativi poteri di fatto sulla *res* in capo al concorrente, sia perché lo scopo dell'azione non è eludere le investigazioni cessando al contempo il fenomeno detentivo, ma semplicemente occultare la detenzione in vista del successivo ripristino della stessa²⁰; in questa ipotesi, il concorrente è pieno partecipe del reato monosoggettivo in tutte le sue componenti strutturali anche psichiche.

Filippo Lombardi
Magistrato ordinario

¹ M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1, p. 210 ss.; Cass., sez. IV, 3 giugno 2009, dep. 4 settembre 2009, n. 34332, Rv. 245200; Cass., sez. VI, 27 febbraio 1995, dep. 6 maggio 1995, n. 751, Rv. 201191.

² Cass., sez. VI, 16 gennaio 2019, dep. 4 aprile 2019, n. 14955, Rv. 275537; Cass., sez. III, 21 novembre 2013, dep. 23 gennaio 2014, n. 3114; Cass. sez. IV, 13 novembre 2008, dep. 22 dicembre 2008, n. 47472; Cass. sez. VI, 9 giugno 1997, dep. 18 settembre 1997, n. 8402, Rv. 209101; Cass. sez. VI, 39 settembre 1993, dep. 21 gennaio 1994, n. 579, Rv. 196117; Cass. sez. VI, 4 giugno 1991, dep. 6 agosto 1991, n. 8725; nella manualistica, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 529.

³ Cass. sez. IV, 20 novembre 2020, dep. 7 dicembre 2020, n. 34754, Rv. 280244; Cass., sez. IV, 11 giugno 2014, n. 24615; in dottrina, M. N. MASULLO, *In tema di condivisione dei luoghi di detenzione della sostanza stupefacente e partecipazione nell'altrui reato*, in *Cass. pen.*, 2015, 9, 3078; P. COCO, *L'imputazione del contributo causale atipico*, Jovene, 2008, p. 20 ss.; M. RONCO, *Le interrelazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 821 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1123 ss.

⁴ V. CILIBERTI, *Detenzione di sostanza stupefacente altrui. Connivenza non punibile e concorso nella detenzione illecita di sostanze stupefacenti*, in *Giur. it.*, 2019, 4, p. 935 ss.

⁵ Cass., sez. IV, 8 novembre 2018, dep. 23 novembre 2018, n. 52791.

⁶ Cass., sez. I, 27 aprile 2017, n. 18018, in *Guida dir.*, 2018, 23, p. 85; nella manualistica, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2013, p. 437; v. anche A. MARCHINI, *Il discrimine tra favoreggiamento personale e concorso nel reato di illecita detenzione di sostanza stupefacente*, in *Cass. pen.*, 2020, 3, p. 1260; F. RINALDINI, sub art. 110 c.p., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini – G. L. Gatta, V. ed., Ipsoa, 2021, p. 1777; M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Cedam, 1984.

⁷ G. LEO, *Reati permanenti e condotta d'ausilio: favoreggiamento o concorso nel fatto presupposto?*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 8, p. 953.

⁸ Cass., sez. III, 17 settembre 2019, dep. 9 gennaio 2020, n. 364, Rv. 278392; Cass. sez. un., 24 maggio 2012, n. 36258, Rv. 253151; Cass. sez. VI, 7 dicembre 2016, dep. 2017, n. 2668, Rv. 268973; Cass., sez. IV, 8 marzo 2006, n. 12915, Rv. 233724.

⁹ In dottrina, P. PISA, *Detenzione di stupefacenti in "famiglia": concorso nel reato, favoreggiamento e connivenza non punibile*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 4, p. 442.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. VI, 13 novembre 2019, dep. 7 febbraio 2020, n. 5229, in materia di coltivazione di piante da cui estrarre stupefacente.

¹¹ Cass. sez. IV, 8 marzo 2006, dep. 12 aprile 2006, n. 12915 sul caso dell'occultamento all'interno di un pozzetto collegato ad una grondaia dell'abitazione; conf. Cass. sez. IV, 22 aprile 1997, n. 4243, Rv. 207799, sul caso della donna che aveva nascosto la sostanza all'interno del reggiseno al momento dei controlli.

¹² Cass., sez. IV, 25 settembre 2008, dep. 20 ottobre 2008, n. 39267.

¹³ Secondo Cass., sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2802, il reato di favoreggiamento postula l'anteriorità, rispetto ad esso, dell'ipotesi criminosa principale, ma non anche che quest'ultima sia già esaurita nel momento in cui la condotta favoreggiatrice sia posta in essere.

¹⁴ Cass., sez. IV, 11 giugno 2019, dep. 3 luglio 2019, n. 28890, Rv. 276571; Cass., sez. IV, 17 maggio 2018, dep. 5 giugno 2018, n. 25136; Cass. sez. IV, 16 novembre 2017, dep. 8 febbraio 2017, n. 6128, Rv. 271968; Cass. sez. IV, 6 febbraio 2007, n.



12793, 236195; L. PIRAS, *Concorso di persone, connivenza non punibile e favoreggiamento personale: differenze*, in *Dir. e giust.*, 2015, 4, p. 184.

¹⁵ In questo caso, infatti, è incontestabile che l'azione fissa il momento della consumazione del reato, v. in tal senso Cass., sez. VI, 27 febbraio 1995, n. 751, cit., e assume esclusivamente una idoneità ad aiutare taluno a eludere le investigazioni.

¹⁶ G. AMATO, *Ogni agevolazione del colpevole configura un concorso nel reato*, in *Guida dir.*, 2021, 31, p. 84; ID., *Stupefacenti: quale discriminazione tra concorso di persone nella detenzione, connivenza e favoreggiamento?*, in *Cass. pen.*, 2007, 9, p. 3439 ss.

¹⁷ Per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2013, p. 539 s.

¹⁸ Cass., sez. II, 7 giugno 2019, n. 38277, Rv. 276954; Cass., sez. III, 15 marzo 2019, n. 19213; Cass., sez. V, 13 gennaio 2016, n. 8352, Rv. 266066; Cass., sez. un., 14 dicembre 1995, in *Studium juris*, 1995, p. 746; Cass., sez. un., 27 settembre 1995, n. 30, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1087; in dottrina, di recente C. CARACCIOLI, A. VALENTE, *Responsabilità penale del fiscalista: il concorso nei reati tributari*, in *Il Fisco*, 2020, 22, p. 2043; V. CARDONE, *Sul concorso del consulente fiscale nei reati tributari commessi dal contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 1, p. 5; quanto ai reati plurisoggettivi, in particolare associativi, si ritiene invece che tutti i soggetti agenti debbano essere animati dalla particolare finalità, si veda *ex multis* Cass., sez. fer., 23 agosto 1994, in *Cass. pen.*, 1994, 2678.

¹⁹ L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, 1981, p. 138; F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, Jovene, 2012, p. 253 ss.

²⁰ I. FIGIACONI, *Mutamento d'indirizzo sulla detenzione di stupefacenti in famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 6, p. 712 ss.

Suicidio medicalmente assistito e teoria del reato.

di **G. B. Cherchi**

Nonostante siano trascorsi più di due anni dalla decisione della Corte costituzionale, che ha sciolto i dubbi circa l'ammissibilità del suicidio medicalmente assistito, resta dibattuta la veste dogmatica della causa di non punibilità.

Il contributo analizza le conclusioni finora proposte dalla dottrina che la riporta essenzialmente ad una riduzione dell'area della tipicità penale o ad una scriminante.

L'analisi approfondisce in particolare le caratteristiche della scriminante e arricchisce il dibattito proponendo di ricostruire tale giustificazione nell'ambito di una causa di non punibilità in senso stretto. Nel fare ciò, verrà posta particolare attenzione anche alle ricadute pratiche delle tesi proposte, con specifico riguardo ai fenomeni di medicina difensiva.

Sommario. 1. Questioni dogmatiche alla luce della sentenza 25 settembre 2019. – 2. Il suicidio medicalmente assistito tra tipicità ed offensività. – 2.1. L'aiuto al suicidio è un fatto inoffensivo? – 2.2. L'art. 580 c.p. e lo spazio libero dal diritto penale. – 3. Scriminanti e suicidio medicalmente assistito. – 3.1. Il consenso dell'avente diritto: autodeterminazione e diritto a morire. – 3.2. È configurabile una scriminante "procedurale" dell'aiuto al suicidio? – 3.3. L'inosservanza della procedura. – 3.3.1. L'inosservanza dolosa. – 3.3.2. L'inosservanza colposa e i parallelismi con la posizione del medico psichiatra. – 3.3.3. Medicina difensiva e chilling effect. – 3.4. Procedura medicalizzata e referendum abrogativo: cenni. – 4. La non punibilità tout court dell'aiuto al suicidio. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Questioni dogmatiche alla luce della sentenza 25 settembre 2019.

Con la pronuncia 242/2019 la Corte costituzionale, pur non dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p., ha operato chirurgicamente sulla norma, ritagliando l'area del penalmente rilevante. Più specificatamente, la Corte ha escluso la punibilità ex art. 580 c.p. di chi agevola l'esecuzione del proposito suicidario altrui, al ricorrere di specifiche condizioni e in conformità a idonea procedura¹.

Tuttavia, le questioni interpretative legate al come tale sentenza debba essere concretamente applicata sono tutt'altro che soppite.

Tra le problematiche ancora aperte, che qui si analizzerà, vi è quella legata all'inquadramento, da un punto di vista di teoria generale, della ipotesi di non punibilità, intesa in senso lato, individuata dalla Corte.

2. Il suicidio medicalmente assistito tra tipicità e offensività.

Una prima soluzione potrebbe essere nel senso dell'inoffensività della condotta di agevolazione al suicidio, dal momento che il bene giuridico tutelato non sarebbe più quello della vita ma quello di autodeterminazione dell'individuo².

Questa impostazione, sposata dalla Corte D'Assise di Milano³ e sostenuta dal giudice remittente⁴, si basa sulla moderna concezione del principio di offensività e dei suoi corollari, quale "declinazione contemporanea del diritto penale del fatto, tradizionalmente contrapposto al diritto penale d'autore"⁵, che costituisce sia un parametro di ragionevolezza della norma penale (cd. offensività in astratto) sia un criterio ermeneutico (cd. offensività in concreto)⁶.

La tutela penale, poiché "comporta sempre il sacrificio di diritti fondamentali dell'individuo"⁷, può considerarsi ragionevole solo qualora sia diretta a proteggere, un bene di rilievo costituzionale⁸. Il reato non è quindi unicamente il fatto tipico, ma "il fatto offensivo tipizzato"⁹, tale per cui l'offesa deve esser intesa quale elemento costitutivo, espresso od implicito, della tipicità.

È possibile così constatare che l'operazione condotta dalla Corte costituzionale non si sostanzierebbe in un bilanciamento tra diritti, ma in un giudizio di ragionevolezza in astratto delle scelte d'incriminazione, alla luce degli interessi tutelati, da un lato, e di quelli sacrificati, dall'altro¹⁰. Essendo mutato il bene giuridico tutelato, questa soluzione inciderebbe sull'area

del penalmente rilevante, determinando una riduzione dell'area della tipicità¹¹.

Non sarebbe "la libertà di autodeterminazione a delimitare l'ambito di indisponibilità del diritto alla vita ma l'opposto: l'indisponibilità del diritto alla vita, assicurata dall'incriminazione a tutto tondo di aiuto e istigazione al suicidio e dell'omicidio del consenziente, rappresenta una limitazione dell'autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, che si giustifica solo in quanto sorretta dall'esigenza di tutelare interessi meritevoli di tutela e di rango costituzionale, al pari dell'interesse sacrificato"¹².

Dal momento che la condotta è inoffensiva, il riconcorso alla pena sarebbe illegittimo perché non necessario¹³.

2.1. L'aiuto al suicidio è un fatto inoffensivo?

Nonostante la bontà di questa impostazione, non parrebbe essere questa la soluzione nella mente del Giudice costituzionale.

Anzitutto "il mutamento dello spettro di tutela dell'art. 580 c.p. non pare un'operazione metodologicamente corretta: rispetto ad un assetto penalistico che rimane formalmente inalterato, non è lecito dedurre *sic et simpliciter* una metamorfosi degli interessi protetti"¹⁴.

La Consulta, infatti, prende "una posizione netta e chiara sul bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice dell'istigazione o aiuto al suicidio, che viene fermamente individuato nella vita"¹⁵ e "rivitalizza"¹⁶ l'art. 580 affermando che l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio è funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle cd. *vulnerable people*, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio¹⁷.

Con queste premesse "si edificano degli argini robusti, per impedire che il piano su cui è adagiato (in equilibrio precario) l'aiuto al suicidio si inclini troppo, fino a trasformarsi nel famigerato è temibile pendio scivoloso e ingovernabile"¹⁸.

2.2. L'art. 580 c.p. e lo spazio libero dal diritto penale.

Si può quindi affermare che con l'ordinanza del 2018 e la successiva sentenza del 2019, la Corte ha rigettato l'idea di uno spazio libero dal diritto.

Questa concezione è stata elaborata e proposta soprattutto con riferimento alle tematiche bioetiche, "quando si è cercato di introdurre la possibilità di una loro legittimazione senza poterle tuttavia approvare come opzioni che l'ordinamento sostiene"¹⁹. Lo Stato assume una posizione neutrale ed equidistante, astenendosi dall'introdurre una disciplina *ad hoc* o dall'imporre controlli *ex ante* e lasciando che la scelta etica sia compiuta da un soggetto responsabile.

Questa elaborazione è però criticabile e non offre la soluzione più opportuna. Lo Stato, infatti, non può limitarsi a non decidere, sposando una posizione rinunciataria, in quanto i beni in gioco sono "fondamentali"²⁰. Anzi, proprio perché si tratta di questioni così rilevanti e drammatiche, non possono essere lasciate a una sorta di "codice di autodisciplina da parte della società, dovendosi prevedere meccanismi legali di verifica delle scelte"²¹, nell'ottica del bilanciamento e della tutela dei soggetti che tali scelte stanno compiendo.

La Corte costituzionale è conscia di ciò, tanto da rilevare che se fosse eliminato il presidio penale posto dall'art. 580 c.p., con una pronuncia ablativa "secca", si "spianerebbe la strada" a scelte suicide "in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite"²². L'ordinamento, per mezzo della Corte, percepisce la necessità di presidiare penalmente le condotte di agevolazione al suicidio, le quali, tuttavia, al ricorrere di determinate circostanze, non sono sanzionabili perché poste in essere in conformità all'ordinamento.

Emerge così la presenza di un valore contrapposto a quello espresso dalla norma incriminatrice, che funge da giustificazione, purché il soggetto si muova nell'area di liceità ritagliata dalla Corte.

Sembrerebbe quindi più corretto muoversi sul piano del rapporto regola-eccezione, proprio delle scriminanti²³.

3. Scriminanti e suicidio medicalmente assistito.

Da un punto di vista politico-sostanziale, le scriminanti sono il frutto di un giudizio di bilanciamento di beni o interessi meritevoli di tutela, risolto dall'ordinamento nel senso di render lecito il comportamento che altrimenti integrerebbe la fattispecie di reato, in quanto espressione di un interesse prevalente²⁴.

Il presupposto operativo della scriminante è quindi l'esistenza di un comportamento penalmente rilevante.

Per le ragioni sopra esposte, la Consulta, pur salvando l'art. 580, e quindi mantenendo ferma l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, evidenzia che il diritto alla vita non può essere considerato un diritto assoluto e incondizionato, *i.e.* un vero e proprio "diritto tiranno"²⁵, ma deve necessariamente relazionarsi con gli altri diritti fondamentali, nell'ottica del bilanciamento²⁶. Una tale posizione si porrebbe in evidente contrasto sia con le aperture legislative e giurisprudenziali sia, soprattutto, con la concezione "individuo-centrica" che anima l'ordinamento. Non solo, così ragionando si rischia di trasformare la persona in un mero strumento di politica generalpreventiva della morale, celata sotto la copertura della sacralità della vita²⁷.

D'altro canto, appare altamente improbabile che "l'obbligo di tutela sia così assoluto ed incondizionato da escludere l'operatività di qualsiasi scriminante"²⁸.

L'operatività dell'incriminazione è quindi limitata ad alcune fattispecie, contemperando così le istanze di protezione dei più deboli con il rispetto della dignità e della volontà di quei soggetti in grado di autodeterminarsi, gli unici reali protagonisti del bilanciamento²⁹.

Come accennato, la Corte non persegue la creazione di uno spazio libero dal diritto penale, ma mira al raggiungimento del "diritto penale del rispetto"³⁰. Ciò cui si ambisce, è un diritto penale equidistante dalle ideologie e dai convincimenti etici soggettivi, intimi, personali e rispettoso sia di chi "abbia deciso 'per la vita ad ogni costo', sopportando con coraggio e abnegazione, o magari anche solo per rassegnazione, la prigionia del corpo ridotto a puro sostrato organico, assieme a condizioni fisiche e patologiche gravosissime"; ma anche di "chi autonomamente e consapevolmente decide per la dignità di vivere, o per la dignità del morire, e aspira al proprio trapasso come 'liberazione' dalle catene di un corpo ormai inerte, afinalistico, capace solo di trasmettere dolore e angoscia"; e, dunque, di "chi in queste drammatiche condizioni si limita a invocare un'alternativa pietosa, un 'aiuto nel morire', e una solidarietà che l'ordinamento giuridico non può censurare con la scure della sanzione penale"³¹.

L'obbiettivo è quindi superare ad un tempo sia quelle tesi che attribuiscono all'individuo piena autonomia,

secondo cui è bene tutto ciò che è frutto dell'autodeterminazione del singolo³², sia quelle di stampo paternalistico³³ che si fondano su un agire assertivo e talvolta imperativo del medico³⁴.

3.1. Il consenso dell'avente diritto: autodeterminazione e diritto a morire.

Accertato quindi che quella introdotta dalla Corte parrebbe essere una scriminante, rimane la fondamentale questione di comprendere di quale tipologia di causa di giustificazione si sta disquisendo.

Affermare che la Corte ha introdotto una nuova tipologia di scriminante potrebbe sollevare non poche questioni soprattutto in ordine al rispetto del principio di legalità³⁵.

Pertanto, è più opportuno individuare una causa di giustificazione codicistica che sia idonea a ricomprendere anche la scriminante coniata dalla Corte costituzionale³⁶. La norma che meglio assolve a questo compito è l'art. 51 c.p. che disciplina l'esercizio di un diritto.

Il diritto in questione è quello di autodeterminazione della persona, con il quale s'intende "l'autodeterminazione nella vita e nel corpo" che "rappresenta il punto più intenso ed estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica"³⁷, declinato nella forma dell'autodeterminazione terapeutica.

Questo diritto non è rimasto sempre uguale ed immutato, anzi ha risentito della interazione con altri principi e diritti, arricchendosi nel corso degli anni di nuove sfaccettature, che hanno contribuito a definirne contorni e contenuti.

Inizialmente il rapporto di cura medico-paziente si articolava unicamente nel diritto di rifiutare le cure, anche nel caso in cui da questo rifiuto fosse dipeso il venir meno della propria vita³⁸.

In un momento successivo, con la legge 219/2017, è stata riconosciuta la facoltà al paziente di avvalersi della sedazione palliativa profonda, il cui obiettivo principe è certamente quello di alleviare le sofferenze, ma che ha come ulteriore conseguenza quella di procurare una morte indolore³⁹.

Da ultimo, superando quelle che parevano essere le manchevolezze della riforma del 2017⁴⁰, la pronuncia della Corte Costituzionale ha riconosciuto il diritto del paziente, qualora ricorrano determinate circostanze, di invocare l'aiuto del personale sanitario affinché siano predisposte le misure

necessarie perché possa autonomamente porre fine alle proprie sofferenze.

La progressione qui schematizzata, è rinvenibile proprio nelle parole della Corte nella parte in cui afferma che *“se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale è considerato dall’ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l’interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea ed indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione”*⁴¹.

In definitiva, quelli poc’anzi enunciati, sono tutte e tre espressioni di un più generale diritto e costituiscono tre forme diverse di congedo dalla vita terrena⁴². “Ciò che unisce il riconoscimento giuridico di questi tre diritti, quando vengano esercitati con finalità terminali, è la compassione (e il senso di umanità, ndr) verso il malato che viva di sofferenze intollerabili rese possibili dallo stesso stato della medicina, che prolunga artificialmente l’esistenza senza poter eliminare il dolore infinito di certe situazioni patologiche incurabili, anche se non terminali”⁴³.

3.2. È configurabile una scriminante “procedurale” dell’aiuto al suicidio?

Autorevole dottrina ritiene che quella ora analizzata sia una particolare tipologia di scriminante, *i.e.* una scriminante procedurale⁴⁴.

Si tratta di una categoria dogmatica di matrice tedesca⁴⁵, che teorizza un intervento della sanzione penale solo eventuale, ossia qualora non venga rispettata una determinata procedura amministrativa che realizza un controllo *ex ante* sulla liceità della condotta. Possono distinguersi due ipotesi⁴⁶.

La prima è quella in cui si ha una condotta lecita, sanzionata penalmente solo qualora sia violato il limite di rischio consentito: l’ordinamento ammette l’esercizio di determinate attività che sono da considerarsi lecite fintanto che rimangano circoscritte nell’ambito dell’area del cd. “rischio lecito o consentito”.

La seconda è quella in cui la condotta o l’attività sono così pericolose da essere considerate illecite *ab origine* e quindi penalmente sanzionabili. Tuttavia, tali attività possono essere svolte se previamente

autorizzate da un’autorizzazione o da una concessione, operante come causa di giustificazione; in sua presenza la condotta sarà da considerarsi atipica o non anti-giuridica, a seconda che si acceda alla teoria bipartita o tripartita del reato⁴⁷.

Ci sono altre ipotesi, che concettualmente costituiscono un sottogruppo della categoria da ultimo esposta, caratterizzate da “condotte ad alto rischio etico di illiceità o contrassegnate da conflitti di doveri”⁴⁸, dove il legislatore, consapevole di dover astenersi⁴⁹ dall’imporre scelte connotate da un vivo personalismo etico e culturale, per non incappare nei rischi dello spazio libero del diritto, affida la risoluzione del bilanciamento ad una procedura. Nel rispetto del pluralismo, quindi, l’ordinamento né vieta, né liberalizza, ma semplicemente disciplina i presupposti e le modalità attraverso i quali il singolo è libero di pervenire ad una decisione⁵⁰.

Si pensi alla disciplina dell’aborto. La legge n. 194, 22 maggio 1978, garantisce la possibilità per la donna di interrompere la gravidanza qualora non siano trascorsi più di 90 giorni dal concepimento e sussistano specifiche e serie ragioni *“per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica”*.

L’accertamento dei requisiti, che da un punto di vista di cronologico precede la fase “operativa”, è funzionale ad operare il bilanciamento dei beni ed interessi in gioco: la sussistenza delle circostanze di legge, determina il prevalere del diritto di autodeterminazione della madre, che potrà così accedere alla procedura medicalizzata di interruzione della gravidanza. Qualora non ricorrano le circostanze indicate dalla legge ovvero non ci si avvalga della procedura garantita dal sistema sanitario, è punibile tanto la condotta della madre quanto quella dei terzi che indebitamente hanno cagionato l’aborto.

In materia di fine vita, questa tecnica ben si concilia con il “modello relazionale di tipo narrativo”⁵¹ fondato sul dialogo, sull’empatia e sullo scambio di informazioni e conoscenza, nella costante ricerca del *best interest* del paziente⁵².

Dal momento che *“il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura”*, la decisione finale è frutto di un percorso clinico ma soprattutto psichico, durante il quale il paziente è posto nelle condizioni di maturare liberamente ed

autonomamente, la scelta che più si addice alle proprie condizioni e convinzioni.

Si discute su quale sia la funzione svolta dalla procedura.

Taluni ritengono che la procedura sia costitutiva del diritto, il quale “non viene meramente ‘accertato’ attraverso la procedura, perché la procedura è, e soprattutto deve essere, funzionale a tutelare insieme i diritti della persona che decide, quelli di un eventuale terzo e il controllo pubblicistico su tali scelte, anche a garanzia del pluralismo etico”⁵³.

Altri, proprio partendo dal fatto che è il diritto sottostante a determinare la liceità della condotta descritta dalla norma incriminatrice, ritengono che la procedura sia meramente dichiarativa⁵⁴. La procedura, per quanto significativo sia il ruolo assegnato dalla norma ai diversi soggetti chiamati ad operare, resta soltanto servente rispetto al bene che si ritiene prevalente⁵⁵.

Questa seconda impostazione sembrerebbe essere preferibile.

Alla base dell’interruzione della gravidanza, così come dell’aiuto medicalizzato al suicidio, si colloca il diritto alla libera autodeterminazione terapeutica⁵⁶. È pertanto il diritto a giustificare la condotta e non la procedura grazie alla quale quest’ultimo si estrinseca.

Se la procedura avesse efficacia costitutiva, anzitutto, si rischierebbe “di lasciare indebitamente nell’ombra le reali situazioni giuridiche soggettive riconosciute o attribuite dallo stesso ordinamento”⁵⁷. Secondariamente, posto che anche gli stessi sostenitori della portata costitutiva della procedura rilevano che questa non esautorava il diritto sostanziale dalla giustificazione, il quale “continua a contenere una chiara definizione dei presupposti di liceità”⁵⁸, non appare del tutto chiaro come questa possa avere una funzione diversa da quella “servente”⁵⁹ rispetto al bene ritenuto prevalente nel conflitto.

Se l’ordinamento riconosce un diritto, ad interrompere la gravidanza o a disporre della propria vita, sta introducendo una scriminante e “ove pure le si aggiungessero modalità procedurali, si tratterebbe di una causa di giustificazione sostanziale”⁶⁰. Questo perché il diritto è precostituito rispetto alla procedura, che è volta unicamente a disciplinarne le modalità di esercizio. Se non c’è il diritto, non c’è scriminante, procedurale o sostanziale che sia.

Il riconoscimento del diritto non è quindi *ex post*⁶¹: il diritto è anteriore rispetto alla richiesta stessa di

aiuto medicalizzato a morire; tale richiesta costituisce l’*input* che dà inizio alla fase procedurale, volta a verificare se l’autodeterminazione del paziente possa essere considerata prevalente o meno sul bene vita. In quest’ottica, la procedura è diretta alla composizione del conflitto tra interessi, riconosciuti dalla norma incriminatrice e dalla scriminante.

Si potrebbe sostenere che la procedura non sia tanto funzionale al diritto in sé considerato, ma piuttosto sia prodromica al suo un pieno, libero ed effettivo esercizio, al riparo da strumentalizzazioni “che non si può fingere che non ci sia(no)”⁶² e in armonico bilanciamento con gli altri interessi tutelati dall’ordinamento.

Così ragionando, è di tutta evidenza che la consistenza dogmatica delle scriminanti procedurali è particolarmente precaria⁶³ e sarebbe, forse, più opportuno parlare di scriminate sostanziale connotata da elementi operativi procedurali, *rectius* da garanzie procedurali, stante la drammaticità del conflitto di beni sottesi, grazie ai quali individuare il bene in concreto prevalente.

3.3. L’inosservanza della procedura.

In un’ottica *de iure* condendo, e sottolineando che si tratta di interrogativi che non sono stati sondati né dalla pronuncia costituzionale né dalla recente giurisprudenza di merito, ci si chiede se e quali possano essere le conseguenze penali del mancato rispetto degli *step* procedurali individuati dalla Consulta da parte del sanitario⁶⁴.

Ci si riferisce al mancato rispetto delle condizioni biologiche, ambientali e personalistiche⁶⁵, nonché delle modalità operative, mutate in buona parte dalla legge 219 del 2017, così come individuate dalla Corte⁶⁶.

Preliminarmente, appare opportuno sottolineare che l’accertamento degli elementi costituenti della procedura avviene sulla base di un giudizio *ex ante*⁶⁷, ossia facendo riferimento al momento in cui la condotta è posta in essere, e a base totale, ossia considerando tutte le circostanze del caso concreto al fine di assicurare una più pregnante tutela. Non ci si può, infatti, accontentare di un giudizio limitato ai solo elementi noti all’agente (cd. giudizio a base parziale), ma devono rientrare anche tutti gli altri, valutando se avrebbe dovuto conoscerli o sono stati da lui ignorati per colpa.

Si badi però che il metro di valutazione non coincide con l’intero patrimonio di conoscenze disponibili al

momento del fatto, dal momento che comporterebbe la sottrazione della situazione di pericolo ad un'autentica e realistica possibilità di valutazione da parte del soggetto concreto, ma con quello dello "specialista esperto in ordine alla specifica situazione di conflitto di beni in atto, salve sempre le eventuali conoscenze ancora superiori del soggetto attivo del fatto tipico"⁶⁸. Il giudizio è così ancorato "a parametri obiettivi sufficientemente severi, che non trasmodano tuttavia nell'irrealistica ed impraticabile pretesa di chiamare in causa colui che incarna l'intero patrimonio di conoscenze disponibili al momento del fatto"⁶⁹.

Posta questo inquadramento, si può passare ora all'analisi delle ipotesi di inosservanza della procedura.

3.3.1. L'inosservanza dolosa.

Il primo caso è quello in cui il sanitario, mosso da un bieco impulso o da compassione, omette volontariamente taluni *step* della procedura.

Si tratta, in vero, di una fattispecie di difficile realizzazione: trattandosi di un suicidio assistito medicalmente, è il paziente a dover attivare il congegno o assumere il farmaco, potendosi quindi sottrarre al fatidico gesto in qualunque momento. Qualora la procedura si concluda con il decesso del paziente, che quindi ha voluto portarla a termine, è irrilevante quale sia la *forma mentis* del sanitario e quale fosse la sua posizione rispetto al paziente. Se l'obiettivo della procedura è la tutela della volontà del paziente e del suo diritto all'autodeterminazione terapeutica, alcuna questione si pone in un quadro siffatto. In quest'ottica quindi la violazione della procedura, ininfluenza sul processo motivazionale e decisionale del paziente, si risolverebbe in una condotta del tutto inoffensiva ed in quanto tale non sanzionabile penalmente.

Ben diverso è il caso in cui il sanitario abbia incitato o indotto taluno a compiere *manu propria* il fatale gesto. In tale circostanza il processo motivazionale del paziente è stato alterato e l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 580 c.p. è inevitabile.

Questa soluzione, certamente sostenibile, presenta una criticità difficilmente superabile: a fronte di una condotta dolosa, il sanitario potrebbe andare esente da responsabilità, mentre, nel caso di condotta "solo" colposa, sarebbe punibile, come si dirà a breve, ex artt. 590 *sexies* e 589 c.p. Non solo, se si optasse per l'impunità in caso di inosservanza dolosa, la

procedura sarebbe di per sé priva di alcuna importanza e i sanitari potrebbero essere liberi di seguirla o meno.

Appare evidente l'irragionevolezza e le conseguenze illogiche a cui condurrebbe una tale impostazione. Pertanto, appare più coerente dal punto di vista sistematico, anche se più afflittiva, la soluzione che impone l'applicazione dell'art. 580 c.p. a tutte le ipotesi di dolosa omissione della procedura, procedendo poi ad una eventuale diminuzione della pena, in ragione della gravità dell'inosservanza, in sede di individuazione delle circostanze⁷⁰ e di quantificazione della sanzione.

3.3.2. L'inosservanza colposa e i parallelismi con la posizione del medico psichiatra.

Veniamo ora alle ipotesi di inosservanza colposa.

La circostanza, che concerne la mancata osservanza o di taluni *step* procedurali o di elementi fattuali che dovevano essere tenuti in considerazione, potrebbe essere inquadrata nell'ultimo comma dell'art. 59: il sanitario, ritenendo erroneamente sussistenti tutti gli elementi della procedura, e quindi ritenendo che la sua condotta sia scriminata, predispone tutti gli strumenti ed i macchinari per consentire al malato di compiere l'ultimo gesto fatale ovvero gli prescrive il farmaco letale.

In virtù della rilevanza putativa della scriminante, la condotta ora descritta andrebbe essente da responsabilità anche nel caso di errore determinato da colpa, essendo l'agevolazione al suicidio punita unicamente a titolo di dolo.

La rilevanza del putativo evita fenomeni di medicina difensiva, che potrebbero paralizzare l'attività dei medici anestesisti, oltremodo preoccupati delle possibili conseguenze delle loro condotte "solo" colpose, in linea con i più recenti interventi legislativi in materia di colpa medica.

Ad ogni modo, per impedire la creazione di sacche di impunità e la deresponsabilizzazione dei sanitari, ci si chiede se può residuare una responsabilità per colpa. Si potrebbe ritenere configurabile l'omicidio colposo ex artt. 590 *sexies* e 589 c.p., per aver il sanitario cagionato la morte del paziente, violando le regole cautelari che regolamentano la procedura di suicidio medicalmente assistito. Accertata l'esistenza di una posizione di garanzia del medico, egli sarebbe sicuramente responsabile per non aver osservato le regole cautelari prescritte, che gli imponevano di vigilare sull'incolumità del paziente, il quale,

utilizzando i mezzi da lui predisposti, si è cagionato la morte *manu propria*.

La tesi sembrerebbe trovare una conferma nella ormai costante giurisprudenza della Suprema Corte circa la responsabilità colposa del medico psichiatra per gli atti autolesionistici del proprio paziente⁷¹. Egli è gravato da un duplice obbligo, di controllo, equiparando il paziente ad una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante ha il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e di protezione del paziente medesimo, in quanto soggetto debole, da comportamenti pregiudizievole per se stesso⁷². Pertanto, nel caso di suicidio di paziente psichicamente instabile, la responsabilità dello psichiatra potrà essere esclusa solo qualora sia fornita la prova che egli ha individuato la terapia più corrispondente alle condizioni del malato e alle *leges artis* e che non avrebbe dovuto comportarsi diversamente.

3.3.3. Medicina difensiva e chilling effect.

Se, da un alto, l'incriminazione delle condotte colpose è funzionale a garantire protezione ai pazienti, responsabilizzando i sanitari, dall'altro, ci si espone al rischio di comportamenti difensivi dei medici, che potrebbero preferire rifugiarsi dietro all'obiezione di coscienza⁷³ piuttosto che agire, rischiando di essere sanzionati penalmente⁷⁴.

La medicina difensiva rientra nell'ambito del cd. *chilling effect*, ossia quel fenomeno con cui si suole indicare la riluttanza a tenere una determinata condotta, pur riconducibile ad un diritto fondamentale, per paura di incorrere in sanzioni⁷⁵.

Il rischio, come accennato, è quindi che l'esigenza di tutela delle *vulnerable people* paralizzi l'attività di assistenza medicalizzata al suicidio, di fatto annullandola completamente: il "semplice timore" della sanzione penale avrebbe una portata tanto dirompente da annichilire sia il diritto di autodeterminazione terapeutica, sia la legittimazione costituzionale dell'attività medica stessa.

In quest'ottica, per impedire la cd. *overdeterrence*, occorre chiedersi se tutte le violazioni colpose sono idonee ad integrare la fattispecie ex artt. 590 *sexies* e 589 c.p.

È possibile distinguere tra errori significativi, ossia quelli che cadono su elementi essenziali della procedura e della diagnosi, quale la capacità ad esprimere il consenso del paziente, e non significativi,

che invece attengono ad aspetti secondari che non incidono sul processo deliberativo del paziente, quale, ad esempio, l'aver prescritto il farmaco decorsi decorso un termine di poco inferiore a quello eventualmente previsto dalla legge.

Mentre le condotte che rientrerebbero nella prima ipotesi sarebbero meritevoli di sanzione penale, nella seconda, confluirebbero violazioni procedurali che potrebbero integrare, utilizzando un linguaggio caro alla Suprema Corte, ipotesi di colpa lieve⁷⁶ ovvero essere considerate, forse più correttamente, del tutto inoffensive. Grazie a questa distinzione è possibile garantire una maggiore differenziazione delle condotte, selezionando quelle effettivamente meritevoli di sanzione.

3.4. Procedura medicalizzata e referendum abrogativo: cenni.

Sempre in un'ottica *de iure condendo*, e ipotizzando possibili scenari futuri, le problematiche circa il rispetto della procedura potrebbero continuare a porsi anche nel caso di successo della campagna referendaria⁷⁷, che mira alla parziale abrogazione dell'art. 579 c.p., attraverso l'eliminazione per intero del 2° comma e di una parte del 1° e del 3° comma. È ipotizzabile che, a fronte di una liberalizzazione di forme di eutanasia cd. "attiva"⁷⁸, sia comunque necessario scandire il procedimento in *steps* volti a garantire un effettivo esercizio del diritto di autodeterminazione del paziente. Ecco che quindi si potrebbe realizzare un recupero della procedura medicalizzata e dei suoi presupposti così come ricostruiti dalla Corte costituzionale nel caso Fabo-Cappato. Le relative problematiche sin qui analizzate, potrebbero così nuovamente riproporsi.

4. La non punibilità tout court dell'aiuto al suicidio.

Un'ultima soluzione percorribile è quella di considerare la non punibilità del suicidio medicalmente assistito come una causa di non punibilità in senso stretto⁷⁹. Il fatto, tipico, antiguridico e colpevole, non è punibile per ragioni di opportunità e convenienza⁸⁰.

Le cause di non punibilità devono avere un puntuale fondamento nella Costituzione o in altra legge costituzionale⁸¹ e l'esenzione dalla pena deve essere "il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco"⁸².

Le ragioni alla base di una causa di non punibilità potrebbero rinvenirsi nel collegamento tra diritto all'autodeterminazione del paziente, così come ricostruito dalla Corte costituzionale, e conseguente dovere del medico, salva l'obiezione di coscienza, di dar seguito alle richieste formulate dal malato.

Dal momento che, come visto, la richiesta di aiuto medicalizzato a morire è uno dei possibili esiti del trattamento terapeutico, che si incardina nel rapporto dialogico tra medico e paziente, la condotta del sanitario, che asseconda la scelta del paziente, deve andare esente da responsabilità penale.

Questa soluzione avrebbe una significativa conseguenza. Le cause di non punibilità, così come le scriminanti, operano obbiettivamente, ossia anche se non conosciute dall'agente⁸³. La differenza tra le due risiede nella rilevanza del putativo: mentre le scriminanti sono valutate a favore dell'agente anche qualora siano considerate esistenti per errore, le cause di esclusione della punibilità rilevano solo oggettivamente. Se sono davvero ragioni di opportunità e convenienza ad aver spinto il legislatore ad introdurre tali cause di esclusione della punibilità, solo in presenza di quelle condizioni potrà effettivamente escludersi la sanzionabilità del soggetto agente.

Pertanto, se si ritiene erroneamente che la circostanza sussista, *a contrario* significa che non si sono materializzate quelle ragioni di opportunità alla base della causa di esclusione della punibilità.

Questo ha importanti ricadute sulle questioni della colposa inosservanza della procedura. Qualora il medico ritenga erroneamente di aver osservato tutte le fasi della procedura, anche se l'errore è determinato da colpa, non si applica la causa di esclusione e il sanitario dovrà rispondere ex art. 580 c.p. di agevolazione all'altrui suicidio. Questa soluzione rafforza la tutela dei malati, facendo ricadere sul sanitario i rischi connessi al mancato rispetto della procedura. Se, come ha sostenuto la Consulta, l'art. 580 è norma centrale per proteggere della vita delle persone deboli, questa tutela è rafforzata dall'irrilevanza del putativo, ponendo il malato al riparo da valutazioni sbrigative che non indagano approfonditamente la sua ferrea volontà di accedere all'aiuto medicalizzato al suicidio.

Peraltro, nonostante questa ricostruzione sia certamente sostenibile, non si può non evidenziarne i limiti.

Anzitutto una criticità di carattere sostanziale. Dal momento che alla base di questa impostazione vi è la necessità di impedire la deresponsabilizzazione dei sanitari, bisogna evidenziare che una disciplina eccessivamente rigida e rigorosa rischia, come precedentemente evidenziato, di dare la stura ai fenomeni più gravi del *chilling effect*.

Secondariamente, tale impostazione rischia di porsi in contrasto con il principio di tipicità. L'esclusione della punibilità discende da norme strettamente penalistiche, ed in quanto tali assoggettate ai medesimi principi delle norme incriminatrici⁸⁴. Tra questi risalta il principio di legalità, che impone la presenza di una *lex praevia, scripta et stricta*⁸⁵ che introduca la causa di non punibilità. È di tutta evidenza che una norma siffatta è assente nell'ordinamento, e d'altro canto la Corte costituzionale ha fatto discendere l'esimente in analisi dalla legge 219 del 2017, letta alla luce del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Non solo, un fatto tipico, antigiuridico e colpevole ma non punibile non è lecito per l'intero ordinamento. Pertanto, la condotta, pur non essendo sanzionabile penalmente, determina il sorgere della responsabilità civile del soggetto agente⁸⁶.

Questa obiezione potrebbe essere superata ricercando una norma ulteriore all'interno dell'ordinamento che giustifichi la condotta anche dal punto di vista civile ed amministrativo.

L'art. 1 co. 6 della legge 219/2017 stabilisce che il medico che rispetta la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo, è esente da responsabilità civile o penale. Taluni potrebbero sostenere che l'intervento legislativo del 2017 non riguardi l'art. 580, ma unicamente l'art. 579, in ragione del fatto che il citato art. 1 co. 6 si riferisce unicamente alle condotte di rifiuto o sospensione delle cure: un conto è lasciare che la malattia faccia il proprio corso e non intervenire, altra cosa è predisporre quanto necessario affinché il malato possa compiere l'ultimo e faticoso gesto⁸⁷.

Potrebbe soccorrere l'evidenza che la norma assume un'evidente funzione giustificativa di prassi pietose di accompagnamento alla morte che, con il consenso del paziente, hanno anche una funzione in concreto anticipatoria dell'*exitus*. Pertanto, quanto alla responsabilità civile, l'art. 1 comma 6 sarebbe applicabile in via analogica a quelle condotte ex art.

580 che sarebbe così non punibili in sede penale in virtù della causa di non punibilità e irrilevanti civilmente in virtù del citato art. 1 comma 6.

A completamento del sistema, l'art. 17 del codice deontologico approvati dalla FNOMCeO, escluderebbe la responsabilità disciplinare del medico che cooperi al suicidio assistito alle condizioni individuate dalla Consulta.

5. Considerazioni conclusive.

È di tutta evidenza che la dottrina maggioritaria si sia orientata nel senso di considerare scriminate le condotte di agevolazione al suicidio da parte del sanitario.

Si tratta della soluzione preferibile perché mette in risalto gli approdi della Consulta, i.e. la conformità costituzionale dell'art. 580 c.p. e l'incardinamento dell'aiuto medicalizzato al suicidio quale sfaccettatura del diritto all'autodeterminazione

terapeutica, e ha il pregio sia di mirare a un equo bilanciamento tra esigenze di protezione dei soggetti fragili e libertà di autodeterminazione dei pazienti sia di rendere lecita la condotta del sanitario per tutto l'ordinamento, risolvendo, senza neanche porsi, i problemi legati all'efficacia extrapenale della condotta⁸⁸.

Si dovranno attendere altre pronunce di merito per stabilire se questa soluzione diventerà maggioritaria anche in giurisprudenza senza dimenticare che il dibattito in materia di fine vita potrebbe ricevere nuova linfa e impulso alla luce del quesito referendario, cui sopra si è accennato, che sarà a breve al vaglio della Corte costituzionale.

Gian Bruno Cherchi

Dottore in Giurisprudenza

¹ Per un riassunto si veda C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 dicembre 2018; Id., *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistema Penale*, 6 febbraio 2020; Id., *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla "doppia pronuncia" della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte d'Assise di Milano*, in *Cassazione Penale*, 4/2020, 1428 ss.

² P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte Costituzionale*, in *Sistema Penale*, 26 febbraio 2020; A. MASSARO, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*, in *Giurisprudenza penale Web*, 1-bis/2019; A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *La legislazione penale*, 23 settembre 2019.

³ Corte D'Assise di Milano, sent. n. 8 del 23 dicembre 2019, Cappato, ravvisando "una riduzione dell'area di sanzionabilità penale che non opera come scriminante ma incide sulla struttura oggettiva della fattispecie", ha assolto Marco Cappato "perché il fatto non sussiste", ritenendo in sostanza la sua condotta atipica.

⁴ Trib. Milano, ord. 14 Febbraio 2018. Per un'analisi v. C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal*, 3/2018; R. BARTOLI, *Ragionevolezza ed offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10/2018; M. FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 Febbraio 2018; E. SCALCON, *Corte d'Assise di Milano - ord. 14 febbraio 2018 (Caso Fabiano Antoniani - Dj Fabo): la Corte solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *BioLaw Journal*, 14 febbraio 2018.

⁵ Così M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2013, 15.

⁶ Sui due corollari della necessaria offensività cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997; M. GALLO, *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3/1999; I. FERRARA, *Riflessioni in tema di offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 4/2000; in particolare V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino 2005.

⁷ V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-3/2007, 756. Non si fa riferimento unicamente alla libertà personale, di cui il condannato è privato una volta intervenuta una sentenza di condanna, ma anche alla compromissione dell'onore e della dignità di chiunque, anche il non colpevole, si "imbatta" in un procedimento penale, e ancora al sacrificio di diversi diritti individuali, quali domicilio e *privacy*, durante la fase d'indagine (cfr. V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 130 ss. e 140 ss.).

⁸ F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Giuffrè, Milano 1997, 539 ss.; Id., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, UTET, Torino 1973.

⁹ F. RAMACCI, *Il progetto penale della "Bicamerale"* ora in Raccolta di scritti, vol. II, Giappichelli, Torino 2013, 1567; analogamente F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in Scritti in onore di Costantino Mortati, vol. IV, Giuffrè, Milano 1977, 425; I. FERRARA, *Riflessioni in tema di offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 4/2000, 3077, definisce l'offesa come "categoria della tipicità"; C. F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale, Pt. g.³*, Giuffrè, Milano 2020, 281, che, riferendosi ad un fatto tipico ma inoffensivo, utilizza il termine, estremamente evocativo, di "tipicità apparente".

¹⁰ P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato*, cit., par. 6.

¹¹ *Ibidem*; in termini analoghi A. MASSARO, *L'omicidio del consenziente*, cit., 20.

¹² Così P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato*, cit., par. 6.

¹³ In argomento si vedano le riflessioni di F. PALAZZO, *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, Allegato secondo della Relazione della Commissione Grosso, in C. F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale, relazione della Commissione Grosso*, vol. II, Cedam, Padova 2000, 103.

¹⁴ Così F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, 107.

Sul punto si vedano le riflessioni di S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, Napoli 2019, 317 ss., il quale rileva che, alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 580 c.p., la condotta di agevolazione può trovare concretizzazione solo a fronte di un proposito suicidario autonomo: la norma intende quindi sanzionare tutte quelle condotte dirette a consentire l'attuazione. Affinché la fattispecie sia integrata, non è necessaria la specifica volontà di determinare l'evento, ma è sufficiente il dolo (generico) di apportare un contributo anche minimo e non indispensabile. Stando a questa ricostruzione, non si può leggere la volontà della norma di tutela un bene giuridico diverso dalla vita.

¹⁵ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 3; analogamente M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto a morire. L'opinione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte ad una trilogia inevitabile*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI, (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 120.

¹⁶ In questi termini M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, Atti del seminario di Quaderni Costituzionali, *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte Costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna, 27 maggio 2019.

¹⁷ Cfr. Corte Cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, par. 6 del considerato in diritto.

Questa pressante necessità è tristemente confermata dalle spesso insormontabili difficoltà che le scienze moderne incontrano per cogliere l'essenza della psiche suicidaria. La comprensione delle scelte suicidarie sono a tutt'oggi di difficile comprensione: ogni suicidio ha le sue zone d'ombra ed è impossibile, e forse concettualmente sbagliato, cercare di ricondurre il fenomeno ad una asettica tassonomia. È per tale ragione che si deve cercare anzitutto di prevenire le scelte suicidarie e, qualora siano medicalmente assistite, i presupposti devono essere individuati in maniera chiara e precisa e accertati da un'approfondita verifica (cfr. S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bononia University Press, Bologna 2021, 29 ss.).

¹⁸ A. MASSARO, *Scelte di fine vita: uno spazio meno libero dal diritto*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 218.

¹⁹ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cassazione Penale*, 3/2007, 906.

²⁰ *Ibidem*; sul punto si veda anche J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, 2/2004, 239 ss.

²¹ M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 906.

²² Corte Cost., ordinanza 207/2018, cit., par. 6 del considerato in diritto.

²³ Soluzione questa adottata da Corte D'Assise di Massa, sent. n. 1 del 27/07/2020, Cappato, la quale, ritenendo che il Giudice costituzione abbia introdotto una nuova causa di giustificazione, tale non già da ridurre l'area del fatto tipico, ma da elidere l'antigiuridicità del fatto in presenza delle condizioni indicate, ha assolto Marco Cappato "perché il fatto non costituisce reato".

F. CONSULICH-C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 507, rileva che questa soluzione è preferibile alla luce del fatto che "la tipicità, con la sua fissità, non è il luogo dogmatico in grado di cogliere i mutamenti di valore maturati nella società (...) L'universo delle scriminanti è invece più flessibile e meglio capace di afferrare le differenze assiologiche tra la cooperazione al suicidio altrui, che mantiene inalterata la carica antisociale che aveva spinto il legislatore codicistico a considerarla penalmente rilevante, e il contributo alla morte del paziente che non possa affidarsi all'interruzione delle terapie per sottrarsi ad una vita insostenibile che ritiene intimamente". Analogamente F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2009, 1044.

²⁴ Senza pretesa di completezza cfr. CANESTRARI STEFANO-CORNACCHIA LUIGI-DE SIMONE GIULIO, *Manuale di Diritto Penale, Pt. g.²*, Il Mulino, Bologna 2017, 569; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Pt. g.⁹*, Giuffrè, Milano 2020, 294 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Pt. g.⁶*, Cedam, Padova 2009, 236; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Pt. g.⁸*, Zanichelli,

Torino 2019, 201; C. F. GROSSO, *Manuale, cit.*, 306; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss. *Amplius* F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Giappichelli, Torino, 2018, 87 ss.

²⁵ Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85.

²⁶ In questo senso v. U. ADAMO, *Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 330, il quale osserva che un diritto così concepito è contrario all'idea stessa di Stato costituzionale, dove ogni diritto non può dirsi esente da limiti.

²⁷ In questi termini M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 Marzo 2017, 16.

²⁸ F. PALAZZO, *Costituzione, cit.*, 1047.

²⁹ Cfr. F. CONSULICH, *Stat sua, cit.*, 117, il quale evidenzia una fondamentale particolarità di questa scriminante: "solitamente l'antigiuridicità è la sede della composizione di un contrasto tra beni confliggenti facenti capo a centri di imputazione differenti; nel caso delle decisioni di fine vita i due interessi in contrasto appartengono al medesimo soggetto" il quale quindi non può che essere "il reale protagonista del bilanciamento".

³⁰ V. MANES, *Aiuto a morire*, in *Politica del Diritto*, 1/2020, 55 s.

³¹ *Ibidem*.

³² In questo senso L. PALAZZANI, *Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 3/2018, 970, secondo quest'ottica il diritto deve limitarsi "a prendere atto delle scelte e a garantire le condizioni di libertà", mentre il medico è tenuto contrattualmente "ad accettare passivamente la volontà del malato, anche eseguendo le sue richieste se il malato non è nelle condizioni di portare a compimento la sua volontà di morire".

³³ Le problematiche legate alle derive del paternalismo penale sono analizzate da L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino 2019.

³⁴ Cfr. M. BERNARDINI, *La (non) responsabilità del medico nelle scelte di fine vita del paziente*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 581.

In argomento R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistema Penale*, 11/2021, 10 ss., distingue tra concezione statalista, individualista, naturalista/causalista e solidaristica, evidenziando che il nostro ordinamento, alla luce della pronuncia costituzionale, sembrerebbe aver sposato l'ultima di queste. Essa "si basa sul concetto di vulnerabilità e più precisamente sul concetto di malattia di cui è affetto il titolare del bene vita", grazie ai quali è possibile ricavare un'area di liceità della condotta. L'autore rileva altresì che la recente proposta referendaria si sarebbe orientata verso una concezione individualista, la quale, operando sul piano della tipicità, giungerebbe a legittimare l'omicidio del consenziente tout court.

³⁵ La questione non è pacifica, anche se sembrerebbe emergere la tendenza a non considerare le scriminanti come un *numerus clausus* specie alla luce del fatto che non si tratta di norme che hanno carattere specificatamente penale (M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, Cedam, 1996, 214-218; G. FIANDACA, *Diritto penale, cit.*, 64 e 203 s.).

³⁶ Sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale. Pt. g.⁶*, Cedam, Padova 2009, 271 ss., evidenzia come le problematiche relative all'ammissibilità delle cd. scriminanti tacite, ossia di quelle scriminanti non previste dalla legge, da un punto di vista pratico, siano "inutili", poiché tali ipotesi sono generalmente riconducibili alle scriminanti codificate; analogamente F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Pt. g.⁷*, Giappichelli, Torino 2018, 412 ss.

³⁷ A. APOSTOLI, *Ancora qualche osservazione in tema di fine vita (sperando che la Corte non esiti oltre)*, Atti del Seminario giuridico "Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte Costituzionale", Roma, 17 luglio 2019, 105, che cita S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 250.

³⁸ S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto Penale e Processo*, 12/2007, 1564, il quale evidenzia come il GUP del caso Welby avesse correttamente sposato la tesi della scriminante, operando un bilanciamento tra il diritto "costituzionalmente garantito e già perfetto" di rifiutare le cure, a cui fa da contraltare il dovere del medico di "consentirne l'esercizio", e il bene giuridico della vita, tutelato dalla norma incriminatrice, che, in quel frangente, risultava soccombente; analogamente v. M. DONINI, *Il Caso Welby, cit.*, 911 e F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. Dir.*, 2003, 565.

³⁹ Per un'analisi della portata innovativa dell'intervento legislativo v. S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2017; A. ESPOSITO, *Non solo "biotestamento": la prima legge italiana sul fine vita, tra aperture coraggiose e prospettive temerarie in chiave penalistica*, in *Cassazione Penale*, 5/2018; C. CUPPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen*, 15 Ottobre 2018.

⁴⁰ In questo senso G. M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cassazione Penale*, 7/2018.

⁴¹ Corte Cost., ord. 207/2018, cit., par. 9 del considerato in diritto.

⁴² Cfr. G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato*, in *Discrimen*, 3 febbraio 2020, 15, il quale evidenzia che, accedendo ad un concezione del suicidio, non inteso come aggressione alla vita del proprio

corpo, ma come strumento per liberarsi dalle sofferenze (in argomento S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: La richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 53 ss., potrebbe apparire "più appropriato prospettare un diritto (principale) del malato a non subire più sofferenze percepite come intollerabili; diritto, a sua volta, esercitabile (...) sia rifiutando o interrompendo terapie e sostegni vitali, sia richiedendo forme (attive) di assistenza nel morire".

Questa soluzione sembra condivisa anche da C. CUPELLI, *Il Caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI, (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 87, il quale afferma che la Corte non intenderebbe legittimare un diritto di morire quanto piuttosto "valorizzare la massima declinazione della tutela della dignità umana, rafforzandone lo spettro applicativo, esteso alla libertà di autodeterminazione nelle situazioni di estrema vulnerabilità della persona, legate alla fase terminale della vita e all'alveo dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente" e da F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato". La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI, (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 189, che sottolinea che "ciò che viene evocato dalla Corte non è tanto un ipotetico 'diritto a darsi al morte', massima espressione potestativa della sovranità su sé stessi, che – ancora una volta – si sarebbe rivelato un concetto di difficile gestione, teorica e applicativa, presentando natura e confini intrinsecamente sfuggenti. Si parla invece di 'libertà di autodeterminazione del malato nelle scelte delle terapie', con un'espressione più modesta ma che richiama una categoria ben più accessibile".

⁴³ Cfr. M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema Penale*, 19; sulla necessità di questi "diritti infelici" (M. DONINI, *La necessità*, cit.) si veda M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato*, cit., 114, il quale sottolinea che i pazienti sono aggrediti "da modalità disumane e per loro intollerabili di trattamento medico prolungato rispetto a forme di vita non più desiderabili e sopportabili o degne". Il giudizio di "indegnità, secondo parametri oggettivi e soggettivi, dipende oggi specificatamente da eccessi di tecniche terapeutiche e dall'impossibilità di accertarne un prolungamento comunque infausto o insopportabilmente perenne".

In termini analoghi V. MANES, *Aiuto a morire*, cit., 60, secondo il quale "una tecnologia senza umanità e senza pietas diventa tecnocrazia, dove la stessa vita è funzione dello strapotere tecnico, e non più il contrario".

M. B. MAGRO, *The last dance. Riflessioni a margine del cd. caso Cappato, in Diritto Penale Contemporaneo*, 12 Giugno 2019, 6 ss., osserva che queste nuove sofisticatissime tecnologie, grazie alle quali è possibile "manipolare in profondità le diverse fasi dell'esistenza umana tanto da consentire la sopravvivenza in condizioni di gravissima compromissione della coscienza o, viceversa, in condizioni di totale paralisi del corpo pur in presenza di funzionalità cerebrale integra", non assicurano la vita, ma solo la sopravvivenza, quasi che il progresso medico, scientifico e tecnologico tolgano il privilegio di una morte "naturale, immediata e inarrestabile".

Anche M. FOGLIA, *Golden Hour del paziente: consenso biografico e dignità della vita*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 125 s., evidenzia che i progressi tecnologici nel campo della medicina sono spesso illusori e generano solo false speranze di vita nell'uomo che vuole sottrarsi alla morte. In questo quadro, quando definitivamente è stato oltrepassato il *kairos*, ossia "l'attimo decisivo per il trattamento efficace del paziente, il momento da cogliere per somministrare la cura", deve essere sempre garantito uno spazio per il paziente stesso. L'autore parla di "golden hour", riferendosi a quel "momento opportuno nel quale egli ha il diritto di poter decidere del proprio destino terapeutico". "Non si intende affermare la supremazia dell'uomo sulle leggi della natura, ma il diritto del paziente a non essere sottomesso al dominio delle biotecnologie, a non subire lo sfacelo del corpo, a non patire la rapina del dolore, quel dolore che disumanizza la vita e svuota l'essere umano della sua identità".

⁴⁴ Cfr. M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2009, 1658 ss. e più di recente A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.): un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit.

⁴⁵ Nella dottrina italiana si v. in particolare A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, ESI, Napoli 2018.

⁴⁶ Cfr. *Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986, n. 7611*, su i Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione della fattispecie penali, in *Gazzetta Ufficiale*.

⁴⁷ Cfr. M. DONINI, *Il Caso Welby*, cit., 907.

⁴⁸ *Ibidem*, 908.

⁴⁹ In senso critico circa la "neutralità" della procedura si veda M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Il Mulino, Bologna 2000, 228 ss.; più di recente G. FIANDACA, *Fino a che punto*, cit., 17.

⁵⁰ M. DONINI, *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, Bologna 2010, 265 ss. In argomento v. anche G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, 1406 ss.

C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1155 ss., rileva come nel terreno dei “diritti controversi” la laicità assolva ad una funzione essenziale, perché garantisce equidistanza ed impedisce scelte moralizzanti.

⁵¹ L’espressione è di C. IGNAEMMA, *“Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura”*: l’approccio narrativo nella Legge n. 219 del 2017, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 117; in questo senso v. anche A. SESSA, *Fondamento e limiti*, cit., 344.

⁵² Cfr. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 28 Gennaio 2018, 269; AA.VV., *Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1/2018, 360; in argomento v. anche L. FORNI, *Scelte giuste, anche alla fine della vita: analisi etico – giuridica della legge n. 219/2017*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 24 ss.

⁵³ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione*, cit., 1658 s.; analogamente A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, ESI, Napoli 2018, 160 s.

⁵⁴ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, 80 s. In giurisprudenza questa soluzione è stata accolta da GUP Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049 e da Cass. Sez. I, sent. 16 ottobre 2007 n. 21748.

⁵⁵ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1481.

⁵⁶ F. PALAZZO, *Costituzione*, cit., 1054.

⁵⁷ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1481

⁵⁸ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione*, cit., 1658; Id., *Libera nos*, cit., 13, afferma che “la stessa procedura che la Corte ritiene necessaria non è in sé un fondamento scriminante: il fatto è giustificato se esiste un diritto sostanziale, un diritto pubblico (dei privati) ma a condizione che venga rispettata una serie di requisiti procedurali di accertamento”.

⁵⁹ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1481. In questo senso anche F. CONSULICH, *Stat sua*, cit.

⁶⁰ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1482.

⁶¹ In senso contrario v. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 232.

⁶² Così R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita*, cit., 21.

⁶³ In argomento D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Pt. s². Vol. I. Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino 2014, 99.

⁶⁴ L’aiuto al suicidio da parte di un soggetto diverso dal sanitario non viene qui presa in considerazione perché le condotte analizzate dalla Corte costituzionale e dalla dottrina sono tutte procedure medicalizzate, che quindi si incardinano in processo di cura e presuppongono l’intervento di un medico. Le attività di un soggetto non sanitario, anche fosse un parente legato da un vincolo affettivo indissolubile con il malato, non possono essere scriminate. In argomento è stato osservato (M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato*, cit., 129) che in aggiunta alla scriminante, procedurale o no che sia, sarebbe possibile anche la configurabilità di un scusante rispetto a chi abbia per motivi altruistici aiutato a morire una persona legata da vincoli affettivi e in condizioni di intollerabile sofferenza psicofisica dipendente da una patologia incurabile. “Il richiamo ai motivi rende sostanzialmente scusante (diminuita la colpevolezza) questa ipotesi attenuata, ma non giustificata.

⁶⁵ La tripartizione è di S.B. TAVERRINI, *Norme esimenti e aiuto al suicidio: dalle rime liberate alla metrica della dommatica*, in *La legislazione penale*, 18 maggio 2021, 24 s.

⁶⁶ Cfr. Corte Cost., sentenza 25 settembre 2019, n. 242, par. 2.3, 2.4 e 5 del considerato in diritto.

⁶⁷ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 281 ss.; M. DONINI, *Critica dell’antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d’interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, 709 ss., il quale sottolinea che il giudizio *ex ante* è elemento che contraddistingue le scriminanti, mentre quello *ex post* è proprio delle scusanti; G. DE VERO, *Le scriminanti putative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1998, 794, osserva che la valutazione *prognostica* realizza un soddisfacente equilibrio tra dimensione *reale* e *putativa* delle cause di liceità, in quanto “prospetta in via di principio una tendenziale convergenza tra (reale) sussistenza dell’estremo del pericolo e corrispondente rappresentazione da parte del soggetto agente”.

⁶⁸ Cfr. G. DE VERO, *Le scriminanti*, cit., 794.

⁶⁹ *Ibidem*, 795.

⁷⁰ Sul punto appare significativa un’ulteriore riflessione. La Cassazione ha escluso l’applicabilità dell’attenuante ex art. 62 n. 1 alla fattispecie di cui all’art. 579 (sentt. Sez. I n. 2501 del 7 aprile 1989 e Sez. I n. 12928 del 12 novembre 2015). La soluzione adottata dalla Suprema Corte è stata criticata in dottrina (cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 712; S. SANTINI, *La Cassazione in tema di omicidio pietatis causa: inquadramento giuridico e attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 maggio 2016) e sembrerebbe porsi in contrasto con la stessa *voluntas legis* (cfr. Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale, vol. V, parte II, Roma, 1928-1929, 374). Parrebbe quindi più corretto ammettere la configurabilità dell’attenuante in parola alla fattispecie di omicidio del consenziente, estendendone poi la portata anche all’art. 580 c.p. La giurisprudenza di merito non si è mai espressa sulla possibilità che si configuri un’ipotesi di aiuto al suicidio circostanziato, ma, stante la ratio alla

base dell'art. 62 n. 2 ed ammettendone l'applicabilità alla fattispecie di cui all'art. 579 c.p., la sua compatibilità con l'art. 580 c.p. sembrerebbe essere quantomeno astrattamente possibile.

⁷¹ *Ex multis* Cass. Sez. IV, sent. 29 dicembre 2008 n. 48292; Cass. Sez. IV, sent. 22 novembre 2011 n. 4391; Cass. Sez. IV, sent. 11 aprile 2016 n. 14766; Cass. Sez. IV, sent. 20 aprile 2017 n. 28187; Cass. Sez. IV, sent. 17 febbraio 2020 n. 5976. In dottrina cfr. A. MANACORDA (a cura di) *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Centro Studi Giuridici e Politici, Perugia 1989; S. ROSSI, *La responsabilità dello psichiatra*, in N. TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica*, Utet, Torino 2016; P. PIRAS e C. SALE, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1471 ss.; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1357 ss.; in particolare per una panoramica sull'argomento C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 marzo 2016.

⁷² Questa posizione è osteggiata da quella parte della dottrina che ritiene che il medico psichiatra non sia gravato alcuna posizione di garanzia, dal momento che il paziente non può essere equiparato ad un soggetto pericoloso da neutralizzare (G. FIANDACA, *Problemi e limiti delle responsabilità professionali dello psichiatra*, in *Foro.it*, 2/1988, 108 ss.) o che tale posizione sussista solo qualora il paziente sia affetto da specifiche patologie (A. GARGANI, *La congenita indeterminazione degli obblighi di protezione*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 1401).

⁷³ Sul punto è opportuno evidenziare che, sebbene con la legge 219 del 2017 il legislatore sembra aver perso l'occasione per garantire fondamento normativo all'obiezione di coscienza (in argomento v. L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: un'analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1/2018, 186), questo gode di ampio riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale. La Consulta, da ultimo, proprio con la sentenza 25 settembre 2019 n. 242, ha statuito che "resta affidato (...) alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato" (v. par. 5 del considerato in diritto).

In senso critico si v. M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, 300 s.; L. RISCATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *La legislazione penale*, 16 marzo 2020, 7 ss. le quali rilevano che la "coscienza" del medico sarebbe più forte della libertà di autodeterminazione dei pazienti, tanto da paralizzare eventuali richieste di aiuto medicalizzato al suicidio, compromettendo così il diritto accertato.

⁷⁴ In argomento L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/2011, 1085 ss.; R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/2012, 1107 ss.

⁷⁵ Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike Giuridica, Roma 2012, 169; *Id.*, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, 2238; per un'approfondita analisi si v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, Torino 2020, 251 ss.

⁷⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., sent. 22/02/2018 n. 8770. Per un'analisi delle problematiche sottese al rapporto colpa lieve-colpa grave in materia di responsabilità medica R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2018, 233 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2018, 246 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2018, 345 ss.

⁷⁷ Sull'ammissibilità del referendum cfr. M. DONINI, *Enea o Zarathustra? Le ragioni dell'ammissibilità*, in *Il Riformista*, 13 novembre 2021; R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita*, cit., 19 s.

⁷⁸ L'espressione è di F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 69.

⁷⁹ M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazione di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 41, evidenzia che l'espressione "causa di non punibilità" è una categoria eterogenea che raggruppa un universo assai complesso di fenomeni normativi accomunati dall'effetto finale, pur trovando la loro *ratio* in giudizi di valore estremamente differenziati.

⁸⁰ Cfr. S. CANESTRARI, *Manuale*, cit., 733 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 736; C. F. GROSSO, *Manuale*, cit., 305 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 229; F. CONSULICH, *Lo statuto*, cit., 208; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 625 ss.; C. ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti*, in AA.VV., *Antigiuridicità e cause di giustificazioni, problemi di teoria dell'illecito penale*, ESI, Napoli 1996, 113 ss.

⁸¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 232.

⁸² In termini Corte Cost., sent. 3 giugno 1983, n. 148.

⁸³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 736; M. DONINI, *Teoria*, cit., 208.

⁸⁴ M. DONINI, *Teoria*, cit., 218.

⁸⁵ S. CANESTRARI, *Manuale*, cit., 104 ss.

⁸⁶ Cfr. G. MARINUCCI, *Manuale*, cit., 476; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 231 s.; F. PALAZZO, *Corso*, cit., 202.

⁸⁷ “la distinzione tra interruzione o omissione delle cure e diretta causazione della morte da parte del malato, con un aiuto altrui, rimane un dato fattuale irriducibile che legittima un diverso trattamento, sicché siffatta disciplina differenziata non può dirsi irragionevole” F. CONSULICH, *Intervento penale*, cit., 497.

⁸⁸ Dal momento che il fatto scriminato è lecito, tale liceità attiene sia il profilo penale quanto quello extrapenale, stante proprio l'unitarietà dell'intero ordinamento giuridico, salvo eccezionalmente il sorgere di un'obbligazione di tipo indennitario, quando espressamente prevista, come nel caso dello stato di necessità (v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 235; G. MARINUCCI, *Manuale*, cit., 295; G. FIANDACA, *Diritto Penale*, cit., 271 ss.; F. PALAZZO, *Costituzione*, cit., 1033 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 56; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 229; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1229; sul concetto di unitarietà dell'ordinamento cfr. G. DELITALA, *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 1099). “La capacità di produrre simile effetto sarebbe proprio la diretta conseguenza dell'essere la scriminante una norma non penale, bensì generale, espressiva di principi ‘di sistema’ e dotata, inoltre, di piena autonomia ed indipendenza da quella incriminatrice” (così F. CONSULICH, *Lo statuto*, cit., 117; analogamente v. M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità*, cit., che parla di “norme dell'intero ordinamento” e G. MARINUCCI, *Manuale*, cit., 296, che definisce le scriminanti come “l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell'ordinamento, che autorizzano o impongono la realizzazione di questo o quel fatto penalmente rilevate”).

Questa impostazione non è condivisa in maniera unitaria dalla dottrina. Taluni, infatti, osservano che l'effetto di liceizzazione extrapenale della condotta scriminata consegue alla presenza di norme extrapenali di contenuto simile alla giustificazione penalistica (cfr. F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 20 ss; F. SCHIAFFO, *Riflessioni critiche intorno a un “dogma”: l'antigiuridicità generica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999; R. BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 604; S. CANESTRARI, *Manuale*, cit., 568; A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. 1, Torino, 2001, 334 ss; C. ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in AA.VV., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ESI, Napoli 1996, p. 40 ss.; M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione*, cit., 1655, il quale, pur non negando la portata liceizzante delle scriminanti per l'ordinamento, evidenzia che tale assunto è “arbitrario” per talune tipologie di scriminanti).

La valutazione di configurabilità del reato nel sequestro preventivo: altre declinazioni del principio di proporzionalità.

di **G. Centamore**

L'Autore commenta la pronuncia n. 33965-2021, con cui la sesta Sezione penale della Corte di Cassazione, affrontando 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, ha affermato che, ai fini del sequestro «*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*».

Sommario. 1. Il principio di diritto. – 2. Proporzionalità: consistenza e declinazioni – 3. Sequestro preventivo e configurabilità della fattispecie incriminatrice – 4. Scenari prospettici.

1. Il principio di diritto.

Va effettuato in concreto l'accertamento sulla sussistenza del *fumus commissi delicti* quale presupposto legittimante il sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.)¹.

Il giudizio di configurabilità del reato, in ragione del quale viene richiesta la misura, deve essere svolto attraverso una puntuale «indicazione di elementi dimostrativi, sia pure sul piano indiziario, della sussistenza del reato ipotizzato»².

La pronuncia in esame costituisce dunque un superamento dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui sarebbe sufficiente, per la verifica del requisito sopra menzionato, accertare l'astratta configurabilità del reato ipotizzato dall'accusa³ ed alla cui stregua lo sforzo argomentativo del giudice si limiterebbe alla verifica della tipicità del fatto ipotizzato dalla parte pubblica, senza addentrarsi sul piano effettuale (o addirittura sulla convergenza degli elementi indiziari in atti sull'imputato, analogamente a quanto prescritto dall'art. 273 c.p.p. per le misure cautelari personali).

L'effetto perverso della sconfessata impostazione – come ben evidenziato dalla Corte – è (stato) quello di un sostanziale svuotamento dello sforzo motivazionale a cui il giudice cautelare è chiamato: la relativa verifica si risolverebbe difatti in un controllo pressoché formale, arrestandosi alla semplice riconducibilità del fatto alla fattispecie incriminatrice, con conseguente appiattimento sulla richiesta cautelare del p.m.⁴.

In tal senso, la pronuncia suona come un *caveat*, restituendo al giudice del “merito” cautelare quella funzione di garante della legalità ed essendo quindi, in virtù del segno garantistico in cui si inserisce, da salutare con favore.

Ma essa merita di essere segnalata, sul versante della riflessione scientifica, anche per un ulteriore aspetto. Nel percorso giustificativo della soluzione adottata, si fa ricorso al canone di proporzionalità⁵, che viene a porsi (verrebbe da intendere) come strumento pratico e di ordine sistematico, consentendo di soppesare il sacrificio individuale imposto attraverso la cautela reale con le esigenze processuali da salvaguardare.

Affermazione che, ben riguardata, conduce ad interrogarsi su due punti: sulla valenza del canone invocato, per lo meno con riferimento alle misure cautelari reali, da un lato; sulle frontiere che, sempre *in subiecta materia*, è capace di dischiudere in chiave prospettica.

2. Proporzionalità: consistenza e declinazioni.

Il richiamo alla proporzionalità assume rilievo centrale nel solco argomentativo tracciato nella sentenza. E ciò ad onta del fatto che detto canone non abbia cittadinanza a livello normativo nelle cautele reali, essendo espressamente richiamato solo per le misure cautelari personali (art. 275 comma 2 c.p.p.).

Il ragionamento compiuto dalla Cassazione, tuttavia, non costituisce una forzatura o, addirittura, un'operazione di segno analogico.

Il richiamo della proporzionalità, difatti, è effettuato muovendo dal suo affermato valore sistematico, ossia di principio capace (dice espressamente la Corte) di «travalica[re] il perimetro della libertà individuale per divenire termine necessario di raffronto fra la compressione dei diritti quesiti e la giustificazione della loro limitazione»⁶. Indipendentemente da un riconoscimento in sede codicistica, la proporzionalità svolgerebbe un ruolo di principio-guida generale per l'interprete, suscettibile pertanto di applicazione anche nelle cautele reali: e ciò, come si desume dalla lettura del provvedimento, è una diretta conseguenza dell'introiezione nel sistema interno dei principi elaborati a livello sovranazionale e, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁷.

Qui, difatti, la proporzionalità è declinata al contempo come presupposto e misura dell'ingerenza dello Stato nei diritti individuali sia di natura (se così vogliamo dire) personale⁸, sia di natura economica o patrimoniale (come la proprietà, suscettibile di compressione mediante la confisca o i sequestri⁹).

In quest'ultimo ambito, un ruolo centrale nella tutela delle esigenze processuali è giocato dal sequestro preventivo, volto ad evitare l'aggravarsi delle conseguenze derivanti dalla commissione di un reato (art. 321 c.p.p.).

Ma dall'angolazione prospettica adottata dalla Suprema Corte si proietta un ulteriore scenario di riflessione: il canone di proporzionalità, mutuato dalla giurisprudenza sovranazionale secondo le accezioni ivi fornite, consente altresì di valutare se il soggetto attinto da una misura restrittiva del diritto in parola abbia una concreta opportunità di difendersi.

Il che, in buona sostanza, equivale a dire che sussiste la proporzionalità e, dunque, la misura cautelare è legittima se al soggetto che ne sia attinto venga data l'effettiva possibilità di far valere le proprie ragioni di fronte all'autorità giudiziaria.

Sul terreno del sequestro preventivo, il ragionamento assume i seguenti contorni: l'irrogazione della misura deve essere preceduta da un vaglio giudiziale di congruità degli elementi indiziari e da una ricostruzione in concreto della configurabilità dell'addebito.

Il che, dopotutto, non dovrebbe stupire, essendo chiaro che ad un maggior sforzo motivazionale in capo al giudice corrisponde una maggiore capacità per il destinatario del provvedimento di impugnarlo o, più in generale, di operarne un sindacato¹⁰.

Potremmo allora dire così: la tutela cautelare si fonda sul bilanciamento fra interessi in conflitto che, per sua essenza, postula il richiamo al canone di proporzionalità. La tutela di pubblici interessi, sia di natura sostanziale che processuale e, specularmente, la compressione di un diritto individuale passano preliminarmente per un *test* di proporzionalità, che richiama a sua volta la necessità di trovare un equo punto di equilibrio fra le istanze in conflitto.

Tale *test*, a ben guardare, non si colloca ad un livello meramente astratto o normativo, esplicandosi la suddetta tensione fra esigenze antitetiche anche (ma forse principalmente) nel momento della prassi. È allora il giudice stesso a dover svolgere l'operazione di bilanciamento, conseguendo da ciò che quest'ultima non troverà attuazione nella semplice individuazione di un'astratta fattispecie incriminatrice a fondamento del sequestro, ma ancor più concretamente sul piano della realtà effettuale, ove si valuterà in modo specifico la congruità e la pregnanza degli elementi indiziari, decidendo se essi giustificano l'imposizione della misura.

Almeno in prima battuta, non sorgono particolari perplessità: la ponderazione degli interessi in gioco risponde (se così vogliamo dire) ad un'esigenza di giustizia sostanziale.

Ad uno sguardo più attento, tuttavia, possiamo scorgervi una sorta di eterogenesi della proporzionalità, almeno rispetto a come concepita dal Legislatore nella materia cautelare personale (unico formale terreno di elezione, come abbiamo detto).

Qui, il canone funge da criterio di scelta della misura cautelare applicabile (art. 275 comma 2 c.p.p.); in altre parole: il vaglio di proporzionalità interviene dopo quello dell'affermazione dei presupposti genetici (artt. 273 e 274 c.p.p.), guidando l'operatore nella selezione di quella misura che meglio risponda alle esigenze pratiche del caso (per meglio dire: parametrata alla gravità del fatto ed all'entità della pena irrogata o irroganda).

La sentenza in commento, invece, sembra operare una "promozione" del canone in parola: da (per dir così) criterio di scelta della misura assurgerebbe a criterio di verifica dell'esistenza di un presupposto genetico (*fumus commissi delicti*).

Ed è probabilmente questo aspetto che desta maggior interesse nel ragionamento compiuto dalla Corte e che ci guida nella riflessione sulla consistenza del principio di proporzionalità nel sistema processuale.

Certamente, se concepita come operazione di bilanciamento fra gli interessi in gioco, la proporzionalità andrebbe più propriamente inquadrata come criterio di scelta della misura cautelare. In buona sostanza: posta la necessità della tutela cautelare, occorre scegliere la modalità specifica che meglio salvaguardi le esigenze processuali e, ad un tempo, attui il minor sacrificio individuale; al contrario, ricorrere a tale sillogismo per decidere se ricorrere o meno alla cautela comporterebbe qualche difficoltà, quanto meno sul piano logico.

A ben guardare, però, la difficoltà è agevolmente superabile, tenuto presente che – come argutamente notato dalla Cassazione – la proporzionalità investe la congruità degli elementi indiziari rispetto sia all'assunto accusatorio, sia al sacrificio concreto imposto al privato. Se si vuole: consente di commisurare l'entità specifica degli elementi indiziari e delle esigenze cautelari ravvisabili alla pregnanza del vincolo reale concretamente richiesto.

In questo senso, la proporzionalità pare rivelare una duplice natura o, comunque, una polifunzionalità: non solo parametro di scelta e ponderazione, ma anche criterio che interviene sull'*an* della cautela.

E tale assunto non sembra revocabile in dubbio.

Oltre al prepotente ingresso del canone in parola nell'ordinamento italiano per via del diritto sovranazionale, di esso va certamente apprezzata l'indubbia versatilità funzionale, che spinge per un suo impiego processuale ad ogni latitudine, specie – come nel caso che ci riguarda – ove il Legislatore non fornisca coordinate univoche all'operatore in punto di verifica del *fumus commissi delicti* e, al contempo, le opzioni (elaborate in sede interpretativa) praticabili presentino sensibili divergenze in punto di consistenza dello sforzo motivazionale e dell'accertamento.

Ma oltre a ciò, l'impostazione della Cassazione merita di essere condivisa su un piano forse non adeguatamente scandagliato nella pronuncia, ma che si legge fra le righe: quello – già anticipato – della tutela del diritto di difesa.

Difatti, che l'intervento difensivo possa essere efficace a fronte di una configurabilità del reato solo a livello astratto è del tutto illusorio¹¹.

È evidente che lo sforzo motivazionale compiuto dal giudice è strettamente connesso con l'efficacia della strategia difensiva che verrà messa in atto dopo l'imposizione della misura, diretta a falsificare un'ipotesi accusatoria sulla base di elementi processuali in atti e non un assunto meramente teorico (che, alla resa dei conti, equivarrebbe quasi a voler falsificare un dettato normativo): più è pregnante il contenuto delle motivazioni a sostegno della tutela cautelare, tanto più sarà efficace lo svolgersi della difesa, adeguatamente posta nelle condizioni di espletare un efficace intervento.

A voler sintetizzare: il canone di proporzionalità, implementato secondo la declinazione pratica in argomento, diventerebbe il metro di misurazione del rispetto del diritto di difesa costituzionalmente protetto (art. 24 Cost.).

3. Sequestro preventivo e configurabilità della fattispecie incriminatrice.

Un punto non può essere oggetto di discussione: ancora prima del vaglio in concreto nel senso affermato dalla Corte, l'accertamento del *fumus commissi delicti* presuppone la configurabilità in astratto della fattispecie legale ipotizzata dal p.m., essendo ciò imposto dal dettato (incontrovertibile) della legge che, puntualmente, formula un chiaro riferimento al «reato» (art. 321 comma 1 c.p.p.)

L'osservazione potrebbe suonare banale, ma vorrebbe costituire la premessa per un'ulteriore considerazione.

Sotto un primo profilo, la strumentalità rispetto al giudizio di merito che caratterizza la tutela cautelare imporrebbe – se così si vuol dire – una certa specularità fra i relativi accertamenti. Detto altrimenti: la funzione della cautela è quella di porre determinati interessi al riparo da compromissioni suscettibili di verificarsi nelle more dell'*iter*, attraverso una tutela che anticipi quella che troverà compiuta ed effettiva estrinsecazione con la decisione finale. Posto che l'accertamento qui compiuto, difatti, investe la responsabilità penale dell'imputato, verrebbe quasi naturale trarre la conseguenza di un accertamento paritetico (benché ad un livello solamente indiziario) in sede di incidente cautelare¹², con la conseguenza – si potrebbe ricavare – che l'esistenza del *fumus* si risolverebbe nella concreta possibilità di attribuire il fatto-reato alla persona contro cui confronti si procede. D'altronde, sempre a voler proseguire sulla medesima linea concettuale: la cogenza della tutela

cautelare si coglie nella simmetria che essa vuole assicurare tra le forme che reggono il processo e l'oggetto concreto del giudizio, impedendo che lo sfasamento cronologico – che inevitabilmente sussiste fra il giudizio di merito e la prima – conduca ad un risultato (accertamento finale) non effettivo, solo virtuale¹³.

Sotto altro profilo, però, è altrettanto indubbio che dalla provvisorietà e dall'urgenza che connotano la materia cautelare discendono necessarie divergenze operative, con la conseguente diastasi rispetto all'accertamento svolto in sede di merito in punto di contenuto della verifica di esistenza del reato.

Probabilmente, è il dettato normativo a costituire la vera fonte del dilemma.

Facendo espresso riferimento al pregnante lemma di «reato» (art. 321 c.p.p.), in luogo di «addebito» o «fatto», che sarebbero almeno a livello teorico più consoni alla fase cautelare, il codice fornirebbe apparentemente all'operatore una precisa coordinata ermeneutica: che a giustificare la cautela reale possa bastare la mera configurabilità di una fattispecie legale, senza quindi la necessità di ricostruzione del fatto "storico" rilevante e dei relativi elementi concreti a supporto.

Senonché, le elaborazioni interpretative compiute in ambito sovranazionale, ed in particolare in tema di legalità (processuale) e proporzionalità, spingono verso un'ortopedia interpretativa del codice: non arrestarsi ad un controllo di mera riconducibilità di un fatto alla cornice normativa, ma procedendo ad un apprezzamento specifico delle pratiche modalità di realizzazione del reato ipotizzato; e ciò, chiaramente, attraverso una valutazione concreta degli elementi indiziari a disposizione, che consenta quindi non solo di iscrivere astrattamente il fatto entro una fattispecie legale, ma di suffragare tale operazione allo stato degli atti a disposizione.

D'altra parte, la stessa legalità, per come declinata a livello sovranazionale¹⁴, si carica di un'ulteriore pregnante accezione, ossia quella di prevedibilità della cornice normativa di riferimento: sebbene elaborata con riferimento al diritto sostanziale, detta accezione si proietta inevitabilmente anche sul terreno processuale. Non pare insomma errato ragionare così: a poco servirebbe descrivere con esattezza una fattispecie incriminatrice se poi, in sede processuale, l'imposizione di una misura potesse prescindere da un concreto ed effettivo vaglio di configurabilità della prima, a tal fine occorrendo pertanto che la fattispecie processuale

sia interpretativamente emendata nel senso suddetto.

Si intuisce immediatamente anche qui, allora, come la tutela sostanziale del diritto dominicale passi per un'attenta declinazione delle garanzie procedurali¹⁵.

4. Scenari prospettici.

Resta da capire se, in chiave prospettica, il vaglio del *fumus commissi delicti* per le misure cautelari reali possa spingersi sino ad una omologazione con quello svolto per le misure personali (art. 273 c.p.p.). La pronuncia in commento, sul punto, è chiara: occorre una valutazione in concreto degli elementi indiziari, diretta a verificare che effettivamente un reato sia stato commesso, senza però giungere a richiedere quella (ben più pregnante) verifica che il Legislatore richiede con i gravi indizi di colpevolezza per le cautele personali.

L'argomento non è nuovo, essendo già stata prospettata la soluzione positiva in dottrina¹⁶.

Nondimeno, la soluzione più corretta sembra essere quella negativa¹⁷.

A condurre a ciò, spinge in primo luogo un corretto inquadramento della misura cautelare reale e, nello specifico, del sequestro preventivo.

È uno strumento – come si arguisce dalla lettura dell'art. 321 c.p.p. – volto a presidiare precise esigenze pratiche: evitare l'acuirsi o, comunque, il perpetuarsi dei pregiudizi già ricreati da un reato obiettivamente commesso.

Orbene, è indubbio che il sequestro preventivo possa essere imposto anche in un procedimento a carico di persona ignota: sarebbe impensabile, difatti, non sottoporre a sequestro un immobile abitualmente adibito all'esercizio del meretricio, quand'anche al momento della misura non siano noti i responsabili dello sfruttamento o dell'induzione alla prostituzione.

Ma la soluzione non dovrebbe mutare nemmeno ove un (potenziale) responsabile del fatto-reato sia stato già individuato dall'autorità giudiziaria.

Il sacrificio del diritto dominicale (o comunque del possesso o della disponibilità del bene), che avviene per via del sequestro, è giustificato dall'urgenza di evitare – come detto – l'acuirsi dei pregiudizi già cagionati dal reato: è (se così vogliamo dire) tale obiettiva pertinenzialità che fonda l'intervento cautelare; e detto requisito, purché oggetto di verifica secondo l'emenda interpretativa offerta dalla Cassazione, pare certamente idoneo a soddisfare le

esigenze di proporzionalità e, ad un tempo, di legalità.

In termini pratici: a seguito dell'imposizione di una misura cautelare personale, l'interesse dell'imputato è quello di riottenere la rimessione in libertà, passando per un vaglio di insussistenza o, comunque, inconsistenza degli indizi di colpevolezza a proprio carico; il che, a ben guardare, incide chiaramente sulla sua compromissione in responsabilità penale. Qui, se si vuole, vi è una diretta specularità fra prognosi cautelare e giudizio sulla responsabilità penale che verrà svolto nel merito.

Diversamente, nel caso del sequestro preventivo tale simmetria non sussiste affatto, perché diversi sono gli obiettivi presi di mira; e così, riguardato il ragionamento sotto la lente del diritto di difesa: il soggetto attinto da un sequestro preventivo punta a recuperare la disponibilità del bene, non già ad

evitare che un fatto-reato possa essergli addebitato; e ciò, vien da dire, anche qualora egli rivesta la qualità di indagato/imputato.

La soluzione adottata dalla Corte, quindi, se per un verso costituisce un'encomiabile progressione per la tutela dei diritti della difesa, dall'altro si pone come un condivisibile punto fermo che, sia pur implicitamente, esclude la possibilità di estendere il giudizio di gravità indiziaria richiesto dall'art. 273 c.p.p. alle cautele reali¹⁸.

Giuseppe Centamore

Magistrato ordinario in tirocinio

Dottore di ricerca in procedura penale

¹ Il provvedimento oggetto del presente studio è quello di Cass. pen., Sez. VI, sent. 13 aprile 2021, n. 33965, Rel. P. Silvestri, provvedimento già pubblicato in questa Rivista.

² V. § 3, motivazione.

³ Esemplicativamente, vedasi Cass. pen., Sez. Un., 25 marzo 1993, n. 4, Gifuni, Rv. 193118, successivamente oggetto di precisazioni ed emende ermeneutiche da Cass. pen., Sez. Un., 20 novembre 1996, n. 23, Bassi, Rv. 206657; Cass. pen., Sez. Un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella.

⁴ In buona sostanza, né più né meno delle perversioni applicative a cui si è assistito in sede di misure cautelari personali e che, come noto, hanno portato ad un intervento (L. 16 aprile 2015, n. 47) sull'art. 292 c.p.p., con l'imposizione dell'obbligo di valutazione «autonoma» della ricorrenza dei presupposti applicativi della misura richiesta.

⁵ §§ 4 e ss. della motivazione. Senza pretesa di completezza, per osservazioni di fondo sul principio in parola, v. M. A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4643 s.; in ambito processuale penale, le riflessioni sul canone in parola maturavano già sotto la vigenza del codice di rito abrogato, valendo qui la pena di richiamare V. GREVI, *Commento all'art. 9 l. 28/7/1984 n. 398*, in *Leg. pen.*, 1985, p. 151 s., in particolare p. 156 e 157 (anche per la dottrina citata); M. CHIAVARIO, *sub Art. 275 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, vol. 3, p. 61 e in particolare 62; più recentemente, sul ruolo del principio di proporzionalità nel sistema processuale e le connesse potenzialità applicative, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf#page=149&view=Fit; A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, Bologna, 2013 (tesi di dottorato di ricerca).

⁶ V. § 4.

⁷ Come noto, il terreno di coltura principale del canone di proporzionalità è stato quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dove la Corte di Strasburgo ha mostrato di fare un largo impiego del medesimo anche nella materia specificamente trattata. Così, correttamente osserva E. GUIDO, *Il sequestro preventivo penale tra principi costituzionali e fonti sovranazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 45 e ss. Per le pronunce del Giudice dei diritti umani in materia, si richiama la nota C. eur. dir. Uomo, 23 settembre 1982, *Sporrong and Lonnroth c. Sweden*, che ha affrontato il tema della proporzionalità come metro di valutazione e giustificazione dell'ingerenza statale nell'uso della proprietà privata conformemente all'interesse generale (muovendo, come si intuisce, dalla norma convenzionale data dall'art. 1, Prot. Add. nr. 1 C.e.d.u. Per osservazioni sul contenuto e la portata della disposizione richiamata, M. L. PADELLETTI, *sub art. 1, Prot. n. 1 Cedu*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 791 e ss.

⁸ Il riferimento corre qui direttamente alla libertà personale (art. 5 C.e.d.u.), alla vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di espressione (art. 10) e di riunione (art. 11), ovvero alla libertà di movimento (art. 2, Prot. Add. nr. 4, C.e.d.u.). V., E. GUIDO, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 47.

⁹ Per alcune pronunce inerenti alla proporzionalità delle misure di restrizione adottate dagli Stati al diritto di proprietà, v. Corte eur. dir. uomo, 6 dicembre 2011, *Rafiq Aliyev c. Azerbaijan*; Corte eur. dir. uomo, 13 dicembre 2011, *Vasilyev e Kwuton*

c. *Russia*, o più recentemente: C. eur. dir. uomo, 7 luglio 2016, *Zosymov c. Ucraina*; C. eur. dir. uomo, 30 agosto 2016, *Turturica e Casian c. Repubblica di Moldavia e Russia*.

¹⁰ Diverso invece è il problema, non affrontabile in questa sede ma comunque meritevole di menzione, se di fronte ad un sequestro preventivo, l'interessato possa godere delle garanzie procedurali offerte dall'art. 6 C.e.d.u., opponendosi sul piano teorico alla soluzione affermativa che tali procedimenti non avrebbero ad oggetto il merito della causa (giudizio), ma atterrebbero ad una fase incidentale e, pertanto, alla tutela di interessi pubblici di carattere provvisorio ed urgente. È stata predicata una soluzione positiva al dilemma da C. eur. dir. uomo, 5 luglio 2001, *Philippis c. Regno Unito*; in dottrina, sempre nel medesimo senso, v. R. CHENAL – A. TAMIETTI, *sub art. 6 Cedu*, in *Commentario*, cit., pp. 211 e ss.

¹¹ Sul punto, chiaramente: E. GUIDO, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 161.

¹² Sul punto, G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, 1956, pp. 446 e ss., il quale rimarca la necessità di evitare che «il processo si isoli sul piano formale della logica astratta perdendo corrispondenza con la concreta realtà della quale è espressione di vita e alla quale deve rimanere aderente».

¹³ Così, E. GUIDO, *Il sequestro preventivo*, cit., pp. 70 e ss.

¹⁴ Esemplicativamente, in materia di restrizione del diritto di proprietà, e segnatamente sulla confisca ma con principio estensibile ai sequestri: Corte eur. dir. um., 25 giugno 1997, *Halford c. Regno Unito*; Corte eur. dir. um., 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*.

¹⁵ In materia, con particolare riferimento alla proporzionalità della restrizione avuto riguardo alla concreta possibilità per l'interessato di adire l'autorità giudiziaria, v. C. eur. dir. uomo, 28 aprile 2016, *Sulejmani c. ex Macedonia e Vasilevskic c. ex Macedonia*.

¹⁶ L'impostazione in parola ha trovato un consistente avallo nella dottrina, valendo qui la pena citare P. GUALTIERI, *Il sequestro preventivo fra carenze normative e (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 147 e ss.; A. GIARDA, *L'impresa e il nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 1243 e ss.; M. CIRULLI, *In tema di presupposti del sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 317; L. FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche applicative in tema di sequestro preventivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 558 e ss.

¹⁷ Soluzione largamente condivisa in giurisprudenza, assestasi (senza sostanziali mutamenti) a partire da Cass. Pen., Sez. Un., 25 marzo 1993, n. 4, in Cass. pen., pp. 1969 e ss., ove si è affermato vigorosamente il divieto per il giudice cautelare, investito di una richiesta di applicazione di sequestro preventivo, di formulare una prognosi di gravità indiziaria ai sensi dell'art. 273 c.p.p. Tale impostazione, peraltro, ha ricevuto anche l'autorevole avallo di Corte cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 48: il Giudice delle leggi si è pronunciato in quel caso sulla compatibilità costituzionale degli artt. 321 e 324 c.p.p. con l'art. 24 Cost., giudicando conforme al diritto di difesa un sistema processuale che diversifichi le cautele personali da quelle reali in punto di gravi indizi di colpevolezza, in forza della diversa pregnanza dei valori rispettivamente tutelati.

¹⁸ Va messo in evidenza, per completezza, che la pronuncia in commento si pone sulla stessa scia della "successiva" Cass. Pen., Sez. Un., sent. 24 giugno 2021, n. 36959, Rel. Andreazza, ove – sebbene con riferimento al *periculum in mora* – si declina la proporzionalità in termini concettuali sovrapponibili a quelli rinvenibili nella sentenza oggetto di studio, avente invece il proprio centro di analisi nel *fumus commissi delicti* (v. § 6.2.2., Considerato in diritto). Ciò, a ben vedere, costituisce una chiara dimostrazione del peso sempre maggiore che la proporzionalità sta assumendo nel sistema processuale e, in particolare, quale strumento pratico-interpretativo.

La confisca urbanistica non è incostituzionale (per il momento).

di **A. Quattrocchi**

L'Autore commenta la pronuncia numero 146 del 2021, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 – sollevata dalla Corte di Appello di Bari – nella parte in cui, qualora la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite risulti sproporzionata alla luce delle indicazioni della sentenza delle Corte Edu Giem e altri c. Italia, non consente l'applicazione in via principale di una sanzione meno grave, come quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle integralmente conformi alle legittime prescrizioni della pianificazione urbanistica generale, nei confronti dei soggetti rimproverabili per aver tenuto solo una lieve condotta colposa con riguardo alla lottizzazione abusiva.

Sommario. **1.** Il giudizio *a quo*. – **2.** Le coordinate ermeneutiche alla base della rimessione alla Consulta. – **3.** La decisione della Corte costituzionale. – **4.** Osservazioni conclusive.

1. Il giudizio *a quo*.

A monte della pronuncia in commento, la Corte d'Appello di Bari ha sollevato – in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost. ed all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu (rubricato "Protezione del diritto di proprietà")¹ – questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia)², nella parte in cui – qualora la confisca c.d. urbanistica prevista da tale disposizione, avente ad oggetto i terreni abusivamente lottizzati e le opere illecitamente costruite, risulti sproporzionata, alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti anche Corte Edu) espressa dalla Grande camera nella sentenza G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia del 28 giugno 2018³ – non consente l'applicazione di una sanzione meno grave della radicale ablazione patrimoniale, come quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle integralmente conformi alle legittime prescrizioni della pianificazione urbanistica generale, nei confronti dei soggetti rimproverabili per aver tenuto solo una lieve condotta colposa con riguardo alla lottizzazione abusiva.

Così perimetrato il *thema decidendum*, mette conto rilevare che la fattispecie concreta oggetto del giudizio *a quo* concerneva un processo penale celebrato a carico di 143 imputati, concorrenti nei reati di cui agli artt. 30 e 44, co. 1, D.P.R. n. 380/2001, perché, in qualità di funzionari comunali, progettisti

e terzi acquirenti, ponevano in essere una trasformazione urbanistica ed edilizia nel territorio idonea a comportare una profonda alterazione del carico urbanistico, realizzando una lottizzazione abusiva di un'area destinata ad attività artigianale di servizio, in violazione di plurimi standard urbanistici vigenti e in totale difformità rispetto alle norme tecniche di attuazione del piano di lottizzazione.

Segnatamente, l'indebita trasformazione si sarebbe avverata – all'esito di un complesso iter procedimentale e non senza la connivenza dei responsabili dell'ufficio tecnico comunale in palese collusione con professionisti privati – nell'alterazione strutturale della vocazione dell'area oggetto di lottizzazione, originariamente destinata allo svolgimento in misura prevalente di attività artigianale ed illegittimamente destinata ad uso eminentemente residenziale.

Ciò sarebbe avvenuto violando la proporzione tra area lottizzata destinata a scopi residenziali, secondo quanto previsto dagli strumenti urbanistici e dalle correlate norme tecniche di attuazione (in misura non superiore al 25 per cento del totale) e area destinata allo svolgimento di attività artigianale (pari al residuo 75 per cento).

A seguito della condanna in primo grado degli imputati con sentenza che ha contestualmente disposto la confisca di alcuni lotti dell'area interessata dalla lottizzazione abusiva, nel corso del giudizio di appello è sopravvenuta la prescrizione dei reati contestati, la quale – come ribadito dalla più recente giurisprudenza di legittimità⁴ – non ha però

esonerato il giudice del gravame dal controllo sulla sussistenza dei requisiti di legge per la conferma o la revoca della già disposta confisca urbanistica.

In questa prospettiva ricostruttiva, la Corte territoriale rimettente ha ritenuto sussistere i presupposti oggettivi e soggettivi del reato lottizzatorio di cui all'art. 44, co. 1, lett. c), D.P.R. n. 380/2001, anche con riferimento ai terzi acquirenti delle opere oggetto dell'illegittimo intervento edilizio, per i quali è stato accertato un concorso nel reato a titolo (almeno) di colpa per non aver assolto agli ordinari obblighi di prudenza e diligenza al momento della partecipazione al progetto lottizzatorio o quello dell'acquisto degli immobili.

A dispetto del principio di proporzionalità enunciato nella sentenza G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, il quale postulerebbe l'inedita possibilità di applicare misure meno severe rispetto alla confisca urbanistica, quest'ultima, alla luce della normativa vigente, si dovrebbe in ogni caso applicare in maniera sostanzialmente incondizionata.

In tale profilo di rigida ed automatica irrogazione della misura ablativa risiederebbe, secondo la prospettazione del giudice *a quo*, il ritenuto contrasto tra l'art. 44, co. 2, D.P.R. n. 380/2001 (recante la disciplina della confisca urbanistica), la richiamata giurisprudenza della Grande camera della Corte Edu e l'art. 1 Prot. addiz. Cedu, idoneo ad assurgere al rango di parametro interposto di legittimità costituzionale in virtù del disposto dell'art. 117, co. 1, Cost., come interpretato dal giudice delle leggi⁵.

Sicché, sul presupposto che l'abuso lottizzatorio, nel caso di specie, non riguarderebbe l'intera trasformazione urbanistica ed edilizia ma le sole opere realizzate in violazione della proporzione originariamente stabilita nel piano di lottizzazione tra destinazione artigianale e residenziale, la Corte territoriale rimettente auspica potersi disporre, in luogo della confisca, l'obbligo per i terzi acquirenti – attuali proprietari dei beni immobili lottizzati abusivamente e ritenuti versare in “colpa lieve” – di procedere all'adeguamento parziale delle opere, così da renderle conformi al piano regolatore generale con il minore sacrificio del diritto di proprietà tutelato dall'evocata disposizione convenzionale.

2. Le coordinate ermeneutiche alla base della rimessione alla Consulta.

Il giudice *a quo*, nello spiegare i motivi della ritenuta incostituzionalità della vigente disciplina della confisca urbanistica, come anticipato, prende le mosse dalla sentenza della Grande camera nella causa G.I.E.M. S.r.l. e altri contro Italia, resa in data 28 giugno 2018, con la quale la Corte Edu, nella sua più autorevole composizione, ha preso posizione sulla compatibilità dell'art. 44, co. 2, D.P.R. n. 380/2001, relativamente ai beni oggetto di lottizzazione abusiva, con la Cedu e, segnatamente, con gli artt. 7 (principio di legalità)⁶, 6 § 2 (principio di presunzione di innocenza)⁷ e 1 Prot. addiz. (diritto di proprietà)⁸. Com'è noto, il secondo comma del citato art. 44 stabilisce che “*la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*”. Misura, quest'ultima, tradizionalmente qualificata dalla giurisprudenza domestica quale sanzione amministrativa, obbligatoria ed indipendente dalla condanna penale. Per l'effetto, la confisca urbanistica ex art. 44 D.P.R. n. 380/2001 originariamente veniva disposta altresì nei confronti dei terzi (ancorché in buona fede), in assenza di coefficiente psicologico attestante l'ascrivibilità soggettiva della materialità del reato ed anche laddove il procedimento penale si estingueva per intervenuta prescrizione del reato⁹. Tale acquisizione ermeneutica, consolidatasi negli anni, è stata revocata in dubbio a partire dalle pronunce della Corte Edu nel caso Sud Fondi¹⁰, che hanno attribuito alla confisca urbanistica natura sostanzialmente penale in ragione della immanente portata punitiva, non a caso collegata all'integrazione di un reato, superando la qualificazione formale di sanzione amministrativa ad essa attribuita dall'ordinamento nazionale¹¹.

Conseguentemente, alla misura ablativa sono state estese le garanzie di cui al principio di legalità ex art. 7 Cedu, prima tra tutte la necessità di un legame psicologico tra il fatto di lottizzazione abusiva ed il soggetto destinatario della confisca: per l'effetto, sono stati esclusi dal novero dei destinatari della sanzione i terzi di buona fede, in capo ai quali difetta, giocoforza, l'elemento soggettivo del reato¹².

Con tale contenimento, in ossequio alle coordinate ermeneutiche rese dai giudici di Strasburgo, la giurisprudenza nazionale ha seguito ad applicare la confisca urbanistica pur in assenza di una sentenza di condanna e ciò, paradigmaticamente, in ipotesi di

estinzione del reato per sopravvenuto spirare del termine di prescrizione¹³.

La coerenza convenzionale dell'art. 44 D.P.R. n. 380/2001, nondimeno, è tornata al vaglio della Corte Edu nel caso Varvara e nella relativa sentenza, avente ad oggetto la compatibilità della confisca con le garanzie tanto dell'art. 7 Cedu quanto dell'art. 6 § 2 Cedu, i giudici di Strasburgo, ai fini dell'applicabilità della confisca urbanistica, hanno richiesto la sussistenza di una statuizione condannatoria cristallizzata in una formale sentenza di condanna¹⁴. Quest'ultima pronuncia ha tempestivamente indotto la giurisprudenza nazionale a prospettare due distinte questioni di legittimità costituzionale, la prima delle quali volta a rendere convenzionalmente conforme il testo dell'art. 44 D.P.R. n. 380/2001¹⁵, la seconda postulante l'applicazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale in ragione del grave pregiudizio arrecato dalla giurisprudenza Edu agli interessi ambientali tutelati attraverso la confisca urbanistica¹⁶.

Pur dichiarando inammissibili ambo le questioni di legittimità, la Consulta ha egualmente colto l'occasione per enunciare due importanti principi di diritto, tesi a "disinnescare" le insidiose ricadute applicative interne altrimenti sortite dalla sentenza Varvara¹⁷.

Da un lato, il giudice delle leggi ha decretato l'efficacia scarsamente vincolante di una "pronuncia isolata" della giurisprudenza di Strasburgo (essendo stata reputata tale quella resa nel caso Varvara), precisando che il giudice nazionale, in assenza di una "sentenza pilota" integrante un orientamento consolidato, può non applicare un principio di diritto ancora incerto ricorrendo all'interpretazione costituzionalmente orientata ovvero sollevando questione di legittimità costituzionale.

Dall'altro lato, in tema di confisca urbanistica senza condanna a seguito di proscioglimento per prescrizione, la Corte costituzionale ha precisato che *"nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica"*, trattandosi quindi *"non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento"*¹⁸: quindi, anche a seguito della pronuncia Varvara, non è esclusa l'applicabilità della confisca urbanistica nell'ambito della sentenza dichiarativa della

prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, potendosi egualmente disporre la misura ablativa laddove sussista un accertamento di responsabilità in ordine alla condotta penalmente rilevante.

In questo articolato panorama, la Grande camera della Corte Edu, con la sentenza G.I.E.M. S.r.l., ha compiuto un passo indietro rispetto al pronunciamento sul caso Varvara, affermando la compatibilità convenzionale della confisca urbanistica, in relazione all'art. 7 Cedu, anche laddove disposta a seguito di un proscioglimento per prescrizione, purché venga effettuato un sostanziale accertamento di sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione a carico del destinatario della misura.

Viceversa, detta compatibilità convenzionale è stata negata, nel caso di specie e per ciò che qui più interessa, per contrasto con l'art. 1 Prot. addiz. Cedu, *sub specie* di inosservanza del principio di proporzionalità, integrando la confisca urbanistica una limitazione del diritto di proprietà sproporzionata rispetto allo scopo perseguito in ragione della rigidità e della scarsa adattabilità dello strumento ablatorio.

Sul piano interno, tuttavia, non constano pronunce che abbiano dato concreta attuazione al principio di proporzionalità, nei termini declinati dalla pronuncia G.I.E.M. S.r.l. in relazione alla confisca urbanistica, atteso che il più recente arresto delle Sezioni unite in materia si è limitato a suggerire un recupero del requisito della proporzione *in executivis*, cioè bilanciando i contrapposti interessi (quello privato al godimento del bene e quello pubblico al ripristino della legalità violata e la tutela dell'ambiente) attraverso lo strumento dell'incidente di esecuzione promosso a norma degli artt. 666 e ss. c.p.p., che consentirebbe al titolare del diritto reale di dolersi innanzi al competente giudice dell'esecuzione del mancato utilizzo di misure diverse, e di invasività inferiore, rispetto a quella della confisca, domandandone se del caso la revoca, con riferimento alle aree o agli immobili ritenuti estranei alla condotta illecita¹⁹.

Al contrario, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto non diversamente graduabile la misura ablatoria, limitandosi alla perimetrazione delle aree e delle eventuali opere confiscate a quelle direttamente interessate dall'attività lottizzatoria, sulla scorta di un accertamento effettuato dal

giudice del merito basato su dati materiali oggettivi e supportato da adeguata e specifica motivazione²⁰.

3. La decisione della Corte costituzionale.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in questi termini prospettata dal giudice *a quo*.

In particolare, dopo aver ricostruito i connotati strutturali della confisca urbanistica, alla luce delle coordinate ermeneutiche fornite dalla giurisprudenza sovranazionale sopra già rammentate, la Consulta ha rilevato che il rispetto della giurisprudenza della Corte Edu, se da un lato conduce a ritenere non più conforme al quadro costituzionale e convenzionale che l'applicazione della confisca urbanistica avvenga in modo automatico e indifferente alle circostanze del caso di specie, dall'altro lato, tuttavia, non implica che ciò debba necessariamente condurre all'attribuzione al giudicante di uno strumento – come quello di cui il rimettente auspica l'introduzione – idoneo a trasformare alla radice la sanzione della confisca urbanistica e ad attenuarne la portata e gli effetti rispetto al reato di lottizzazione abusiva cui essa accede, sovvertendone così la funzione individuata dal legislatore nel legittimo esercizio della sua discrezionalità.

Del resto, la stessa sentenza G.I.E.M. S.r.l. annovera la confisca conseguente alla lottizzazione abusiva tra le misure ricadenti nel perimetro del secondo paragrafo dell'art. 1 Prot. addiz. Cedu, ai sensi del quale resta in capo agli Stati il diritto di emanare leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.

Al riguardo, il giudice delle leggi osserva che la lottizzazione abusiva, nel sistema degli illeciti urbanistici, è contrassegnata da un grado di offensività particolarmente elevato, in quanto attenta alla stessa funzione programmatica urbanistica e perché è idonea a dar luogo a un'alterazione strutturale (e in taluni casi irreversibile) delle caratteristiche morfologiche e funzionali del territorio, atteso che essa mette l'ente territoriale di fronte al fatto compiuto di insediamenti disordinati e privi dei requisiti di vivibilità, ossia potenzialmente privi di servizi e delle infrastrutture necessarie al vivere civile²¹.

Dette caratteristiche della fattispecie incriminatrice sono poste a fondamento del complesso sistema sanzionatorio che circonda l'illecito in questione, il quale vede il giudice intervenire – a detta della Consulta – in via tendenzialmente suppletiva mediante l'adozione della misura ablatoria (e solo laddove a tale esito non si sia giunti per effetto della previa adozione, da parte del Comune, dei provvedimenti previsti dall'art. 30, co 7 e 8, D.P.R. n. 380/2001 e delle altre, eventuali, determinazioni dell'autorità amministrativa²²).

A fronte di tale articolato quadro normativo e dello specificatamente motivato trattamento sanzionatorio previsto per la lottizzazione abusiva, la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile che – per il tramite dell'invocata possibilità di disporre un adeguamento parziale in luogo della confisca di cui alla disposizione censurata – si introduca in seno all'ordinamento un nuovo strumento del tutto eccentrico rispetto al sistema degli illeciti urbanistici positivizzati in seno al D.P.R. n. 380/2001.

Un simile intervento additivo – in disparte il problema della sua effettiva riconducibilità alle indicazioni contenute nella richiamata sentenza G.I.E.M. S.r.l. –, a parere della Consulta si rivela estraneo all'ambito di intervento assegnato al giudizio di costituzionalità, atteso che comporterebbe l'immissione nell'ordinamento di una "novità di sistema"²³, la quale postula *"soluzioni normative che mai potrebbero essere apprestate in questa sede, implicando [...] scelte di modi, condizioni e termini che non spetta alla Corte stabilire"*²⁴.

Sarebbe all'uopo necessario disciplinare il raccordo tra autorità amministrativa e autorità giurisdizionale, quanto meno al fine di valutare il tipo di interventi ripristinatori e la loro conformità alle regole della pianificazione urbanistica, anche in considerazione del fatto che *"il giudice penale non ha competenza 'istituzionale' per compiere l'accertamento di conformità delle opere agli strumenti urbanistici"*²⁵.

4. Osservazioni conclusive.

Come già rilevato, si ribadisce che la Grande camera della Corte Edu, con l'evocata sentenza G.I.E.M. S.r.l., ha stabilito che la confisca urbanistica ex art. 44, co. 2, D.P.R. n. 380/2001 fa gravare un onere sproporzionato sui proprietari degli immobili abusivamente lottizzati, in quanto non consente al giudice penale, che è tenuto ad applicarla obbligatoriamente e automaticamente

al ricorrere del reato lottizzatorio, di graduare la misura ablativa in maniera più adeguata al soddisfacimento delle istanze sottese alla casistica concreta, pervenendo a un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi (quello privato al godimento del bene, in special modo quando concorra nell'illecito a titolo di colpa lieve, e quello pubblico al ripristino della legalità violata in uno alla tutela dell'ambiente).

Invero, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Edu, che in più occasioni ha avuto modo di occuparsi della materia rispetto ad altre fattispecie ablative della proprietà, affinché i provvedimenti limitativi ovvero privativi del diritto dominicale siano considerati compatibili con la Cedu, essi devono rispettare le condizioni individuate dal disposto dell'art. 1 Prot. addiz. Cedu, vale a dire: 1) la sussistenza di una base legale per l'ablazione patrimoniale; 2) l'esistenza di un interesse pubblico al cui perseguimento o alla cui tutela la misura ablatoria deve necessariamente tendere; 3) la proporzione²⁶.

Segnatamente, per quel che più rileva in questa sede, la proporzione richiesta deve intercorrere tra la limitazione del diritto di proprietà e l'interesse pubblico perseguito dallo Stato, il cui accertamento implica sia una valutazione dell'astratta congruità tra il provvedimento ablatorio e lo scopo perseguito sia un bilanciamento tra quest'ultimo e il sacrificio patito in concreto dal destinatario della misura.

Laddove in ambito extra-penale la giurisprudenza della Corte Edu fa prevalentemente riferimento alla necessità che l'ordinamento interno riconosca un equo indennizzo al soggetto espropriato del diritto dominicale, in ambito penale la valutazione si concentra sulla severità e sull'afflittività del provvedimento in relazione all'importanza dell'interesse superindividuale che l'ordinamento nazionale mira a salvaguardare²⁷.

Inoltre, nell'ambito del requisito della proporzionalità, i giudici di Strasburgo riconducono altresì le valutazioni concernenti le garanzie procedurali seguite per l'irrogazione della misura ablatoria, a titolo di condizioni implicite nell'art. 1 Prot. addiz. Cedu, la cui portata è desumibile dalla giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 6 della Convenzione medesima.

Coerentemente, quale ulteriore parametro di valutazione della proporzionalità della misura privativa o limitativa del diritto di proprietà, viene

considerata la potenziale estraneità del soggetto titolare dei beni rispetto alla condotta che fonda l'adozione del provvedimento ablatorio. La Corte Edu, al riguardo, afferma la necessità di un nesso tra la condotta illecita e il comportamento del proprietario, in assenza del quale viene riconosciuto al terzo titolare dei cespiti il diritto a recuperarli ovvero, almeno, a far valere in giudizio le proprie ragioni alla stregua del principio del giusto processo ex art. 6 § 1 Cedu²⁸.

L'applicazione di tali principi ha condotto ai ben noti esiti di piena compatibilità convenzionale, paradigmaticamente, per la confisca di prevenzione, che per i giudici di Strasburgo rientra tra quelle misure necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico e, in ogni caso, non assimilabili alle sanzioni penali alla stregua degli *Engel criteria*; conclusione imperniata sulla reputata indispensabilità del ricorso a misure siffatte nelle strategie di politica criminale tese al contrasto del fenomeno della criminalità organizzata ed a quello contiguo dell'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle consorterie mafiose²⁹.

Una sorte diametralmente opposta è stata assegnata alla confisca urbanistica, la quale non gode, presso la Corte Edu, di un accreditamento altrettanto pregnante³⁰.

Di fatti, nella pronuncia G.I.E.M. S.r.l., ferma la legittimità dell'intento statale di tutelare l'ambiente e la limitrofa aspirazione ad una corretta pianificazione urbanistica, la Grande camera ha ritenuto che la confisca urbanistica sia sproporzionata: 1) laddove il giudice penale non abbia la possibilità di adottare misure meno intrusive come la demolizione delle opere abusive; 2) allorché il giudice penale estenda la confisca indifferentemente alle aree edificate ed a quelle non edificate; 3) nel caso in cui non si tenga conto del grado di coinvolgimento del destinatario della misura nella commissione del reato³¹.

Conseguentemente, la sentenza G.I.E.M. S.r.l. ha finito per porre importanti interrogativi operativi al giudice nazionale nel suo ruolo di primo interprete della Convenzione, atteso che – nel vigente sistema multilivello che riconosce alla Cedu il valore di fonte sub-costituzionale interposta ex art. 117, co. 1, Cost. – a questi si impone per primo l'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme³².

Interrogativi ai quali la Consulta avrebbe potuto (e dovuto) rispondere, tracciando la via maestra per

una interpretazione correttiva dell'art. 44, co. 2, D.P.R. n. 380/2001, convenzionalmente e costituzionalmente orientata ovvero, laddove ritenuta impraticabile, sollecitando con impellenza (di cui, tuttavia, non vi è traccia nella sentenza annotata) il legislatore affinché si desse carico della riforma dell'istituto onde renderlo compatibile, *in parte qua*, con i principi sovranazionali di riferimento, eventualmente ricorrendo alla nuova tecnica del differimento della decisione al precipuo fine di rendere maggiormente pregnante il proprio monito³³.

Il limite dell'interpretazione conforme tracciato dalla stessa Consulta, del resto, è tradizionalmente quello per cui essa non conduca a un esito del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge³⁴, quale il giudice delle leggi ritiene essere una rivisitazione della confisca "lottizzatoria" nel senso sollecitato dal giudice *a quo*³⁵.

Sicché, pur pervenendo alla condivisibile e coerente declaratoria di inammissibilità di una pronuncia additiva del tipo auspicato dalla Corte territoriale remittente, il giudice delle leggi, nondimeno, elude il quesito sotteso alla questione di costituzionalità sollevata, vale a dire la effettiva permeabilità dell'ordinamento nazionale alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale della Corte Edu, con precipuo riferimento alla natura potenzialmente sproporzionata della confisca urbanistica, stante la sua obbligatorietà e scarsa flessibilità, tale da comprimere drasticamente il diritto di proprietà mediante ablazione.

La Corte fa ciò traslando la soluzione della questione dalla sede del giudizio di costituzionalità agli strumenti alternativi, in specie di natura amministrativa, che "prevengono" l'applicazione della confisca ex art. 44, co. 2, D.P.R. n. 380/2001, la cui attivazione (oltre ad essere meramente eventuale) non compete tuttavia al giudice penale, viceversa investito della cognizione delle ipotesi di lottizzazione abusiva e della conseguente irrogazione, ricorrendone i presupposti, della sola confisca urbanistica.

Al contempo – come peraltro già fatto dalle Sezioni unite recentemente investite della composizione di un contrasto interpretativo *in subiecta materia* –, la Corte costituzionale ha rimandato il concreto dipanarsi del nodo della proporzionalità alla sede esecutiva, rimessa alla virtualmente dissimile sensibilità di ciascun giudice dell'esecuzione³⁶.

Eppure, deve rilevarsi che l'istituto dell'incidente di esecuzione ex art. 666 c.p.p., promosso a valle dell'applicazione della confisca, non permetterebbe una rivalutazione ovvero un accertamento *ex novo* dei fatti oggetto del giudizio di cognizione celebrato a monte e, quindi, il ricorso a tale strumento non restituirebbe alla parte (il cui diritto dominicale è stato vulnerato) l'opportunità di confutare la ricostruzione, probatoria e valutativa, consacrata nel giudicato penale *medio tempore* maturato³⁷.

Del resto, l'utilizzo del procedimento di esecuzione ai fini dell'autonomo accertamento della proporzionalità della misura ablatoria o degli stessi presupposti della sua applicazione (la condanna in senso sostanziale), rischia di attribuire al giudice dell'esecuzione un irrituale potere di ripetere la cognizione dello stesso fatto, la quale violerebbe tanto il divieto di *bis in idem* processuale quanto la funzione assegnata a detto procedimento, eminentemente concernente il controllo dell'esistenza di un titolo esecutivo legittimamente emesso³⁸.

La pronuncia della Consulta, dunque, pur stagliandosi su questo variegato quadro ermeneutico ed a dispetto della concreta ed attuale impellenza della risoluzione di una questione controversa tutt'altro che infrequente nella prassi quotidiana, ha perso l'occasione per essere il deputato banco di prova della permeabilità dell'ordinamento nazionale alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale della Corte Edu oltre che per suggerire una adeguata soluzione ad una questione controversa inevitabilmente destinata a riproporsi.

Invero, dal modo in cui il principio di proporzionalità verrà in concreto declinato dipenderà il destino dell'istituto, che se da un lato, in ossequio alle coordinate interpretative della Grande camera, rischia di vedere sensibilmente depotenziata la propria portata, dall'altro lato, a legislazione invariata, non può che condurre la giurisprudenza di merito verso la sua automatica e rigida applicazione in spregio delle indicazioni ermeneutiche provenienti da Strasburgo, con le note conseguenze in punto di responsabilità per l'ordinamento nazionale.

E' appena il caso di rilevare che, in un orizzonte tanto composito, rispetto al quale la nutrita stratificazione giurisprudenziale ha reso particolarmente oneroso lo sforzo interpretativo quotidianamente richiesto all'interprete, appare quanto mai auspicabile (oltre

che doveroso) l'intervento riformatore del legislatore³⁹, soggetto istituzionalmente deputato a restituire coerenza, costituzionale e convenzionale, all'istituto della confisca urbanistica, affinché i fondamentali diritti alla tutela dell'ambiente e del paesaggio, oltre che alla corretta pianificazione urbanistica, non vengano lasciati sprovvisti di

adeguata (e proporzionata) tutela per effetto delle censure mosse all'istituto in sede sovranazionale.

Alessandro Quattrocchi
Magistrato ordinario

¹ Secondo il consolidato insegnamento di Corte cost., sent. nn. 348 e 349, 24.10.2007, con nota, *ex plurimis*, di V. Petri, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in *Cass. Pen.*, n. 6 del 2008, p. 2253 ss., dal disposto dell'art. 117, co. 1, Cost. (come modificato dall'art. 2 L. cost. 18 ottobre 2001 n. 3) deriva l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le norme poste dai trattati e dalle convenzioni internazionali – e tra queste la Cedu, alla quale deve riconoscersi una peculiare rilevanza in considerazione del suo contenuto –, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con essa, e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all'art. 117, co. 1, Cost. viola per ciò stesso tale parametro costituzionale, che realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero qualora dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, co. 1, Cost..

² Per un approfondimento sulla fattispecie incriminatrice e, più generale, sulla sistematica dei reati urbanistici, cfr., tra gli altri, M. Pelissero (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Torino, 2013; P. Tanda, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2016; M.A. Sandulli (a cura di), *Il testo unico dell'edilizia*, Milano, 2009; A. Buzzegoli-A. Scarcella, *La tutela penale del territorio e del paesaggio. Condono edilizio ed ambientale*, Milano, 2009.

³ Sulla pronuncia cfr., *ex multis*, M. Bignami, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 luglio 2018; A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2018; G. Repetto, *La Grande Camera della Corte Edu si pronuncia sulla confisca a seguito di lottizzazione abusiva e si riduce il divario con la Corte Costituzionale*, in *www.dirittocomparati.it*, 28 giugno 2018; G. Civello, *La sentenza G.i.e.m. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza “Varvara”? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Archivio Penale*, 3, 2018; G. Ranaldi, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un ‘equilibrio’ possibile*, in *Archivio penale*, 3, 2018. Volendo, anche A. Quattrocchi, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1505 ss..

⁴ Si allude a Cass. Pen., Sez. U., n. 13539 del 30.1.2020, con nota di A. Bassi, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *Sist. Pen.*, n. 5 del 2020, p. 285 e ss. e, volendo, A. Quattrocchi, *Le Sezioni Unite su confisca urbanistica e poteri del giudice dell'impugnazione in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: tra i punti fermi, permane insoluto il nodo della proporzionalità della misura*, in *Sist. Pen.*, n. 7 del 2020, p. 199 e ss.. Con tale arresto, il Supremo Collegio ha affermato che la confisca urbanistica può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato di lottizzazione abusiva, segnatamente la prescrizione, purché sia stata accertata la sussistenza del reato tanto sul piano oggettivo quanto sul versante soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa di estinzione, in applicazione dell'art. 129, comma 1, c.p.p., il giudizio non può proseguire al solo fine di compiere siffatto accertamento. Inoltre, in caso di declaratoria di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, all'esito del giudizio di impugnazione, il giudice del gravame è tenuto, in applicazione dell'art. 578-bis c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca urbanistica ed ai fini della valutazione, da parte del giudice di rinvio, della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Edu, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri contro Italia.

⁵ In merito al rango assegnato alla Cedu e dei relativi Protocolli addizionali in seno al sistema delle fonti del diritto dell'ordinamento domestico, si rinvia a quanto già analiticamente illustrato nella nota n. 1 che precede.

⁶ Al riguardo, mette conto rilevare che l'elemento soggettivo postulato dal principio di legalità di cui all'art. 7 Cedu viene specificamente declinato dalla giurisprudenza di Strasburgo in termini di “prevedibilità” ed “accessibilità” del precetto, che costituiscono il presupposto logico del postulato legame di natura intellettuale. Sul punto, cfr. C. Liverani, *La confisca urbanistica tra legalità penale e principio di colpevolezza ex art. 7 CEDU*, in *Cass. pen.*, n. 10 del 2014, p. 3383 ss..

⁷ Per un approfondimento sul principio in questione, cfr. G. Abbadessa, *Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali*, in V. Manes-G. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 377 ss..

⁸ Per una efficace ricostruzione del contenuto normativo della disposizione e un commento alle principali questioni problematiche che ne concernono l'applicazione, cfr. S. Finocchiaro, *Protezione della proprietà*, in G. Ubertis-F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 325 ss..

⁹ Quanto alla originaria confiscabilità in capo ai terzi in buona fede, cfr. Cass. Pen., Sez. 3, n. 4262 del 4.12.1995, in *CED*, n. 203367, a mente della quale la circostanza che, nelle more delle indagini preliminari, i terreni oggetto di lottizzazione abusiva fossero stati venduti a persona - fisica o giuridica - diversa dall'indagato, non rilevava, in quanto, se estranei al reato ed acquirenti in buona fede, potevano far valere i loro diritti in sede civile. Nello stesso senso, più di recente, Cass. Pen., Sez. 3, n. 38728 del 7.7.2004, in *CED*, n. 229610, con nota di A. Barbarano, *Lottizzazione abusiva, non giova la buona fede*, in *Dir. e giust.*, n. 45 del 2004, p. 41 ss., per la quale la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite deve essere disposta anche nei confronti di terzi estranei al reato, sebbene acquirenti in buona fede, stante la natura reale della stessa. Quanto, invece, all'applicabilità della confisca anche in caso di sopravvenuta prescrizione, cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. 3, n. 3900 del 18.11.1997, in *CED*, n. 209201.

¹⁰ Fattispecie concreta concernente un caso di confisca urbanistica disposta dalla Cassazione nei confronti di soggetti assolti per errore inevitabile sul precetto penale, *ex art. 5 c.p. come integrato dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale*.

¹¹ Alla stregua degli *Engel criteria*, la "materia penale" cui trovano applicazione le guarentigie di cui all'art. 7 Cedu concerne quelle misure che, prescindendo dalla formale qualificazione loro attribuita dalla legislazione nazionale, abbiano natura sostanzialmente penale, sulla base dell'autonoma tassonomia enucleata dalla giurisprudenza della Corte Edu. Cfr. Corte Edu, Grande camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71 e altri, per la quale i criteri che possono condurre – cumulativamente o alternativamente – alla qualificazione sostanzialmente penale di una sanzione che formalmente non abbia tale natura negli ordinamenti nazionali, sono: 1) la qualificazione della sanzione nel diritto interno; 2) la natura della sanzione; 3) la gravità della sanzione. In particolare, il criterio della natura dell'illecito a sua volta fa leva su una pluralità di indici quali: a) la cerchia dei destinatari; b) la finalità della sanzione; c) la qualificazione penalistica prevalente nel panorama degli ordinamenti nazionali; d) il collegamento della sanzione con l'accertamento di un reato.

¹² Trattasi, in particolare, di Corte Edu, Sez. 2, 30.8.2007, *Sud Fondi e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, con nota di A. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.*, n. 9 del 2008, p. 3504 ss.; Corte Edu, Sez. 2, 20.1.2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, con nota di A. Balsamo-C. Parasporo, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, n. 7-8 del 2009, p. 3183 ss.; Corte Edu, Sez. 2, 10.5.2012, *Sud Fondi e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, con nota di L. Beduschi, *Confisca degli "ecomostri" di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2012.

¹³ Sull'esclusione della confisca in capo ai terzi in buona fede, cfr. Cass. Pen., Sez. 3, n. 42178 del 29.9.2009, in *CED*, n. 245170, per la quale il terzo acquirente di un immobile abusivamente lottizzato può subirne la confisca solo nel caso in cui sia ravvisabile una condotta quantomeno colposa in ordine al carattere abusivo della lottizzazione; nello stesso senso, più di recente, cfr. Cass. Pen., Sez. 3, n. 51429 del 15.9.2016, in *CED*, n. 269289. Quanto alla confisca applicata con sentenza dichiarativa di estinzione del reato per prescrizione, cfr. Cass. Pen., Sez. 3, n. 21188 del 30.4.2009, in *CED*, n. 243630.

¹⁴ Corte Edu, Sez. 2, 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, con nota di A. Balsamo, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, n. 4 del 2014, p. 1395 ss.

¹⁵ Trib. Teramo, ord. 17.1.2014, con nota di A. Galluccio, *La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 giugno 2014.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. 3, ord. n. 20636 del 30.4.2014, con nota di F. Viganò, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4 del 2014, p. 277 ss..

¹⁷ Corte Cost., sent. n. 49 del 26.3.2015, con nota di V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, n. 6 del 2015, p. 2204 ss..

¹⁸ Cfr. Corte Cost., sent. n. 49 del 26.3.2015, *cit.*, par. 6.2.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. U., n. 13539 del 30.1.2020, *cit.*.

²⁰ Cass. Pen., Sez. 3, n. 14743 del 20.2.2019, in *CED*, n. 275392, secondo cui, in tema di lottizzazione abusiva, ai fini della valutazione della conformità della confisca al principio di protezione della proprietà di cui all'art. 1 del Prot. n. 1 CEDU, come interpretato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. contro Italia, assume rilievo anche l'aspetto dell'individuazione dei beni oggetto della misura, nel senso che il provvedimento ablatorio è legittimo se limitato ai beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e ad essa funzionali.

²¹ In termini, di recente, Cons. St., Sez. 6, n. 4604 del 17.7.2020, in *CED*, non mass..

²² A tale riguardo, osserva la Corte con riferimento alla fase che precede l'adozione della misura giudiziale della confisca urbanistica, assumono rilievo i provvedimenti adottati dal dirigente o dal responsabile del competente ufficio comunale ai sensi dell'art. 30, co. 7 e 8, D.P.R. n. 380/2001. Ove venga accertata dall'amministrazione una lottizzazione a scopo edificatorio priva della necessaria autorizzazione, tali provvedimenti comportano, tra l'altro, il divieto di disporre dei suoli e delle opere con atti tra vivi e l'acquisizione delle aree lottizzate al patrimonio disponibile del Comune, con l'ulteriore conseguenza della loro necessaria demolizione, la cui effettività è anche assistita, in caso di inerzia del Comune, dall'intervento in funzione sostitutiva della Regione ex art. 31, co. 8, D.P.R. n. 380/2001). Peraltro, oltre il disposto del citato art. 30, co. 7 e 8, cit., in vista dell'adozione della misura ablatoria ad opera del giudice, possono assumere rilievo altresì i provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa prima del passaggio in giudicato della sentenza, i quali, pur non producendo effetti riguardo all'accertamento del reato di lottizzazione, sono ritenuti nondimeno idonei a impedire l'applicazione della confisca urbanistica, come il riconoscimento *ex post* della conformità della lottizzazione agli strumenti urbanistici vigenti (cfr. Cass. Pen., Sez. 3, n. 8350 del 26.2.2019, con nota di M. Montorisi, *Confisca disposta in assenza di condanna formale e tutela dei terzi: un'interessante interpretazione convenzionalmente orientata, con qualche spunto per il futuro*, in *Lexambiente*, n. 2 del 2019, p. 94 ss.). Anche dopo il passaggio in giudicato, infine, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'amministrazione conserva una piena potestà di programmazione e di gestione del territorio, fermo restando che dall'adeguamento successivo dell'area e degli edifici acquisiti per effetto della confisca ovvero dall'adozione di nuovi strumenti urbanistici non può farsi derivare un "retro-trasferimento" della proprietà in favore dei privati già destinatari dell'ordine di confisca, restando piuttosto il Comune legittimato a trasferire a titolo oneroso la proprietà dei terreni e dei manufatti a tutti o a parte dei precedenti proprietari, ove tale valutazione sia assistita da una finalità legittima (cfr. Cass. Pen., Sez. 3, n. 43880 del 29.10.2019, in *CED*, non mass.).

²³ Sulla scorta del carattere di "novità di sistema", che si pone al di fuori dell'area del sindacato di legittimità costituzionale essendo rimessa a scelte di riforma demandate al legislatore, la Corte ha già dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale proposte, rispetto ad altre fattispecie, con le sentenze n. 103 del 2021, n. 250 del 2018 e n. 250 del 2012.

²⁴ Così Corte cost., sent. n. 148 del 21.4.1994, in *Giur. cost.*, n. 2 del 1994, p. 1155 ss..

²⁵ In termini Corte cost., sent. n. 370 del 31.3.1988, in *Giur. cost.*, n. 3 del 1988, p. 1619 ss..

²⁶ Prioritaria, da un punto di vista logico e giuridico, è la sussistenza di un'adeguata "base legale", requisito in virtù del quale la misura ablativa deve essere applicata alle condizioni dettate dalla legge, precisa declinazione del principio di legalità e fondamentale garanzia della persona rispetto a provvedimenti potenzialmente arbitrari. Sulle condizioni da soddisfare per rispettare il requisito della sussistenza di una adeguata "base legale", cfr., *ex multis*, Corte Edu, Sez. 1, 20.5.2010, *Lelas c. Croazia*, ric. n. 55555/08; Corte Edu, Sez. 2, 30.5.2005, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, ric. n. 31524/96; Corte Edu, Grande camera, 5.1.2000, *Beyeler c. Italia*, ric. n. 33202/96. Il secondo requisito di legittimità è costituito dall'esistenza di un interesse pubblico al cui perseguimento o alla cui tutela la misura ablatoria deve necessariamente tendere. Nell'espressione "interesse pubblico" vengono solitamente compendiate i concetti di "pubblica utilità" e "interesse pubblico" cui fa riferimento la lettera dell'art. 1: occorre dunque si tratti di un interesse comune ad un numero indeterminato di persone e complessivamente preminente rispetto al diritto individuale sacrificato. Sul punto, cfr. M.L. Padaletti, sub *art. 1 Prot. add.*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 792 ss..

²⁷ Così, costantemente, dalla risalente Corte Edu, 21.2.1986, *James e altri c. Regno Unito*, ric. n. 8793/79, sino alla più recente Corte Edu, Grande camera, 16.6.2015, *Sargsyan c. Azerbaigian*, ric. n. 40167/06.

²⁸ Per una ricostruzione, anche casistica, della giurisprudenza della Corte Edu sui requisiti di legittimità delle interferenze con il diritto di proprietà, sia consentito il rinvio a S. Finocchiaro, *Protezione della proprietà*, cit..

²⁹ Tale giudizio di conformità alla Convenzione è tradizionalmente imperniato sulla reputata indispensabilità di misure siffatte nelle strategie di politica criminale tese al contrasto del fenomeno della criminalità organizzata, in ragione del pericolo costituito dal potere economico detenuto da una consorteria criminale come la mafia. Cfr. Corte Edu, 22.2.1994, *Raimondo c. Italia*, ric. n. 12954/87; Corte Edu, Sez. 1, 4.9.2001, *Riela e altri c. Italia*, ric. n. 52439/99; Corte Edu, Sez. 2, 5.7.2001, *Arcuri e altri c. Italia*, ric. n. 52024/99; Corte Edu, Sez. 2, 5.1.2010, *Bongiorno e altri c. Italia*, ric. n. 4514/07; Corte Edu, Sez. 2, 17.5.2011, *Capitani e Campanella c. Italia*, ric. n. 24920/07.

³⁰ E invero, già le sentenze Sud Fondi e Varvara avevano ritenuto che la condanna in relazione alla quale era stata ordinata la confisca non era conforme all'articolo 7 Cedue e, quindi, l'art. 1 del Protocollo addizionale risultava violato sotto il versante dell'assenza di una base legale: per l'effetto, la sanzione era stata applicata arbitrariamente. In particolare, nella sentenza Varvara questa conclusione ha portato la Corte a bypassare la verifica dell'eventuale ulteriore violazione del principio di proporzione; mentre nel caso Sud Fondi i giudici di Strasburgo hanno colto l'occasione per rilevare, altresì, la rottura del "giusto equilibrio" tra interessi contrapposti, tanto perché le procedure applicabili nella fattispecie non permettevano in alcun modo di tenere conto del grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti né del rapporto tra la loro condotta e il reato,

quanto perché la portata della confisca (avente ad oggetto per la stragrande maggioranza terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non risultava giustificata rispetto al dichiarato scopo di restituire conformità urbanistica ai lotti interessati. Cfr. Corte Edu, Sez. 2, 29.10.2013, Varvara c. Italia, *cit.*, § 130-142.

³¹ Come noto, gli orientamenti interpretativi consolidati nella giurisprudenza nazionale, sulla scorta del dato testuale dell'art. 44, co. 2, D.P.R. n. 380/2001, hanno tradizionalmente affermato che la confisca dei terreni lottizzati deve estendersi a tutta l'area interessata dall'intervento lottizzatorio, compresi i lotti non ancora edificati (o non ancora alienati) al momento dell'accertamento del reato, atteso che anch'essi hanno perso la loro originaria vocazione e destinazione venendo inclusi nel progetto lottizzatorio. Così Cass. Pen., Sez. 3, n. 17424 del 9.5.2005, in *CED*, n. 231515; v., altresì, Cass. Pen., Sez. 3, n. 37472 del 26.6.2008, in *CED*, n. 241101, per la quale, nel caso in cui si accerti un preventivo frazionamento di un'area abusivamente lottizzata, la confisca investe l'intera area interessata dall'intervento lottizzatorio e dalla previsione delle relative infrastrutture ed opere urbanizzative, non rilevando l'esistenza in atto di un'attività edificatoria.

³² Obbligo corroborato dalla potenziale irrogazione di sanzioni di vario genere in caso di suo mancato rispetto: quella sostanziale di condanna dello Stato italiano in caso di ricorso alla Corte Edu (come nel caso G.I.E.M. S.r.l.); quella processuale di inammissibilità in caso di proposizione di una questione di legittimità costituzionale non preceduta da un adeguato tentativo di pervenire a una interpretazione convenzionalmente orientata; per non menzionare i riflessi in tema di responsabilità civile dei magistrati.

³³ Si allude alle ordinanze con le quali la Consulta ha rinviato il giudizio di costituzionalità, assegnando al legislatore un congruo termine (di circa un anno) per potere intervenire sulle questioni devolute mediante approvazione di apposite riforme legislative in linea con i principi costituzionali e convenzionali implicati, in difetto delle quali, spirato il margine temporale individuato, il giudice delle leggi ha riassunto i giudizi e ritenuto fondati i dubbi di legittimità costituzionale prospettati. Cfr. Corte cost., ord. n. 207 del 16.11.2018, con nota di R. Romboli, *Il "caso Cappato": una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata" con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Il Foro it.*, n. 6 del 2019, p. 1892 ss., sfociata nella nota declaratoria di incostituzionalità Corte cost., sent. n. 242 del 22.11.2019, con nota di R. Romboli, *La Corte costituzionale decide con sentenza il "caso Cappato" e supera l'ostacolo "insormontabile" approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire*, in *Il Foro it.*, n. 3 del 2020, p. 839 e ss.. V., altresì, Corte cost., ord. n. 132 del 26.6.2020, con nota di E. La Rosa, *Diffamazione a mezzo stampa e (s)proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale concede al Parlamento un anno per intervenire sulla disciplina vigente*, in *Il Foro it.*, n. 12 del 2020, p. 3709 ss., cui ha fatto seguito l'ulteriore pronuncia di incostituzionalità Corte cost., sent. n. 150 del 12.7.2021, con nota di C. Malavenda, *Per chiunque "racconti un fatto" resta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al dir.*, n. 31 del 2021, p. 64 ss.

³⁴ Così Corte cost., sent. n. 49 del 26.3.2015, *cit.*, che a sua volta rinvia a Corte cost., sent. n. 219 del 20.6.2008, in *Giur. cost.*, n. 3 del 2008, p. 2476 ss.

³⁵ Con riferimento alle sentenze additive e sostitutive del giudice delle leggi, si rileva tradizionalmente che la Corte non inventa alcunché, limitandosi piuttosto ad estendere, esplicitare o specificare qualcosa che, seppure allo stato latente, risulta già compreso nel sistema normativo, secondo il noto schema delle cc.dd. "rime obbligate", in forza del quale il giudice deve decidere secondo diritto, anche in assenza di una disciplina specifica della materia rilevante; cfr. V. Crisafulli, *La Costituzione ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 1694 ss..

³⁶ In tal senso, v. altresì Cass. Pen., Sez. 3, n. 17399 del 20.3.2019, in *CED*, n. 278763, secondo cui *"In tema di confisca per il reato di lottizzazione abusiva, il principio secondo cui non può essere disposta detta misura nei confronti di una persona giuridica che sia rimasta estranea al giudizio, espresso dall'art. 7 Convenzione EDU, come interpretato nella sentenza della Corte EDU del 28/06/2018 nella causa GIEM S.r.l. e altri contro Italia, è rispettato attraverso la partecipazione della persona giuridica al procedimento di esecuzione, nel quale la stessa può dedurre tutte le questioni, di fatto e di diritto, che avrebbe potuto far valere nel giudizio di merito"*. La pronuncia, in un segno di continuità con la giurisprudenza precedente, richiama quanto statuito dalle Sezioni unite (Cass. Pen., Sez. U., n. 48126 del 20.7.2017, in *CED*, n. 270938) e dalla Corte costituzionale (Corte Cost., sent. n. 253 del 6.12.2017, con nota di F. Bertolini, *Interpretazione conforme e diritto vivente nel giudizio liminare di corrispondenza fra la norma ed il testo della legge indicati dall'ordinanza di remissione*, in *Giur. cost.*, n. 6 del 2017, p. 2689 ss.) in tema di misure cautelari reali, per cui il terzo rimasto estraneo al processo, formalmente proprietario del bene già in sequestro, di cui sia stata disposta con sentenza la confisca, può chiedere al giudice della cognizione, prima che la pronuncia sia divenuta irrevocabile, la restituzione del bene, e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al Tribunale del riesame. Tuttavia, da un lato, il rimedio dell'appello cautelare si rivolge ad un titolo diverso (il sequestro) rispetto a quello che dispone la confisca (la sentenza); dall'altro, si dubita che la tutela offerta dall'impugnazione cautelare e dall'incidente di esecuzione, incidentale ed eventuale, sia sufficiente a soddisfare pienamente le istanze di partecipazione dei terzi, in ipotesi persone giuridiche, al processo. Per un commento più analitico alla sentenza, si rinvia alla nota di F. Vergine, *Società "terza": individuati i rimedi per trovare (poco) riparo dalla confisca urbanistica*, in *Giur. it.*, n. 11 del 2019, p. 2526 e ss., nonché a S. Felicioni, *Confisca urbanistica nei confronti degli enti dopo la sentenza G.i.e.m. c. Italia: per la cassazione l'incidente di esecuzione garantisce l'effettiva tutela della persona giuridica rimasta estranea al processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 25.6.2019.



³⁷ Cfr. P. Spagnolo, *Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c'è un giudice a Berlino?*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 2 del 2018, p. 285, ove l'Autrice, con precipuo riferimento alla connessa problematica della tutela del terzo destinatario del provvedimento di confisca e non partecipe al processo per il reato lottizzatorio, rileva che *“resta il fatto che l'incidente di esecuzione può non garantire pienamente i diritti del terzo, perché risulta comunque influenzato dall'esistenza della decisione irrevocabile posta a monte, nel cui ambito potrebbero essere state prese in considerazione – senza contraddittorio effettivo con il titolare formale del diritto di proprietà – profili di ricostruzione probatoria e valutativi rilevanti anche in rapporto alla condizione giuridica del terzo, in potenziale violazione del principio del contraddittorio, inteso come garanzia partecipativa del soggetto interessato ai momenti di elaborazione probatoria e di valutazione del materiale, ex art. 111 Cost.”*

³⁸ Così G. Gaeta, *Cassazione vs. Corte europea in tema di confisca: la storia infinita*, in *Arch. pen.*, n. 1 del 2019, p. 4.

³⁹ In prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe pensare ad un intervento che favorisca strumenti alternativi rispetto a quello penale come, paradigmaticamente, l'illecito civile punitivo che, nella materia in oggetto, tradizionalmente afflitta dall'inefficacia della risposta sanzionatoria erogata in sede processuale penale, anche a causa della brevità del termine di prescrizione dei reati edilizi, potrebbe rivelare una maggiore incisività ed una migliore attitudine tutoria di beni superindividuali di evidente rilievo costituzionale e convenzionale, quali sono ambiente e paesaggio. Sul punto, cfr. L. Risicato, *L'illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?*, in *DisCrimen*, 9 settembre 2019, ove vengono acutamente tracciate le coordinate dell'innovativo strumento delle pene private, introdotto nell'ordinamento italiano con D.Lgs. n. 7/2016, mettendone in evidenza potenzialità e punti deboli; v., altresì, L. Risicato, *L'illecito civile punitivo come irrocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1 del 2019, p. 487 ss.

Confisca ambientale: storia di una misura costituzionalmente (il)legittima e del suo possibile epilogo legislativo.

di **F. Procopio** e **G. Bellini**

Chi inquina paga, ma non tutti gli inquinatori sono uguali.

Il diverso regime normativo che regola la confisca prevista in via “generale” per gli eco-delitti dall’art. 452 *undecies* c.p., e quella prevista ad hoc per il delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* di cui all’art. 452 *quaterdecies* c.p., è stato più volte tacciato di incostituzionalità, ma le questioni sollevate non hanno mai colto nel segno.

L’irragionevolezza della normativa risiede nella ritenuta inapplicabilità al delitto di Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti della speciale causa di esclusione della confisca che l’art. 452 *undecies*, comma 4 c.p. riconnette alle attività ripristinatorie dell’ambiente realizzate dal reo *post delictum*.

Sono realmente fondate le ragioni sulla base delle quali la giurisprudenza legittima questa disparità di trattamento?

Tale interpretazione sembrerebbe superata dalla recente proposta di legge varata dal legislatore che, al dichiarato fine di operare un coordinamento in materia, prevede la *reductio ad unum* delle due discipline, con abrogazione di quella più sfavorevole oggi prevista per il delitto di cui all’art. 452 *quaterdecies* c.p.

Con il presente contributo, le autrici svolgono alcune considerazioni critiche sul tema, muovendo dalla recente sentenza n. 30691/2021, con cui la Suprema Corte ha, ancora una volta, salvato l’attuale assetto normativo in materia di confisca ambientale.

Sommario. **1.** Premessa. La confisca nei reati ambientali. – **2.** La confisca ex art. 452 *quaterdecies* c.p. nella sentenza n. 30691/2021: la natura punitivo-sanzionatoria (e il non detto: la finalità di contrasto alle cd. *ecomafie*). – **3.** Il diverso perimetro applicativo della c.d. confisca ambientale ex art. 452 *undecies* c.p.: la natura ripristinatoria-risarcitoria e l’approccio premiale. – **4.** La (ritenuta) legittimità costituzionale della disciplina ex art. 452 *quaterdecies* c.p.: il precedente di Cass. pen. n. 11581/2020. – **5.** Una questione definitivamente risolta?

1. Premessa. La confisca nei reati ambientali.

L’istituto della confisca per i reati ambientali fa la sua comparsa nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 152/2006 (comunemente noto come *Testo Unico Ambiente*), in relazione ad alcune delle fattispecie contravvenzionali ivi previste: tra queste, il *Traffico illecito di rifiuti* punito dall’art. 259, il cui comma 2 fa conseguire alla sentenza di condanna e di cd. *patteggiamento* la confisca obbligatoria del mezzo utilizzato per il trasporto dei rifiuti; e ancora, la *Discarica abusiva* di cui all’art. 256, comma 3, che dispone la confisca dell’area su cui insiste la discarica non autorizzata (sempre che tali beni non siano di proprietà di terzi estranei al reato¹).

L’ambito di applicabilità della confisca in materia ambientale ha visto poi una significativa estensione con la L. 68/2015 (cd. *Legge ecoreati*). Da un lato, la novella ha introdotto una apposita disposizione di carattere generale all’art. 452 *undecies* c.p.², con previsione obbligatoria della misura ablatoria per le

fattispecie dolose di *Inquinamento ambientale* (art. 452 *bis* c.p.), *Disastro ambientale* (art. 452 *quater* c.p.), e altre specifiche ipotesi³ previste dall’allora neo-introdotta Titolo VI *bis* del Libro II del codice, rubricato “*Dei delitti contro l’ambiente*”; dall’altro lato, ha innovato il D.lgs. n. 152/2006 prevedendo la confisca, sia in via diretta che per equivalente – e dunque su beni di cui il condannato abbia, anche indirettamente o per interposta persona, la disponibilità – anche in relazione al delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* di cui all’art. 260⁴ (oggi previsto dall’art. 452 *quaterdecies* c.p., in forza del principio della *riserva di codice* cui si è data attuazione con il D.lgs. n. 21/2018⁵).

La previsione diffusa della confisca di valore in relazione agli eco-reati ha inizialmente incontrato aspre critiche in dottrina, per la “*probabile lesione del principio di proporzionalità*” che sarebbe potuta derivare dall’aggressione del patrimonio del reo anche in casi di non particolare gravità, con ricadute

potenzialmente dirompenti sulle attività imprenditoriali nel cui ambito si collocano le condotte illecite, non di rado occasionali⁶.

Simili dure considerazioni, a ben vedere, risultano però stemperate dal contrappeso che il legislatore ha avuto cura di prevedere per bilanciare la natura altrimenti spiccatamente sanzionatoria della confisca ambientale codicistica: al comma 4 dell'art. 452 *undecies* c.p. è stata infatti introdotta una clausola di esclusione dell'applicabilità della misura ablatoria, connessa al comportamento ripristinatorio del reo susseguente al reato. In forza di tale previsione, la confisca ambientale non trova applicazione allorché l'autore di uno dei reati indicati dall'art. 452 *undecies* c.p. abbia efficacemente provveduto alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi contaminati dalla sua condotta illecita.

Tale contrappeso premiante, che fa della confisca ambientale un istituto con distinti caratteri risarcitori e ripristinatori, non è però stato previsto anche per il delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p., rispetto al quale la misura opera a prescindere dal comportamento positivo del reo *post delictum*. Non solo: tale ultima fattispecie, al comma terzo, contempla l'obbligo per il condannato di effettuare il *ripristino dello stato dell'ambiente*, obbligo di natura più ampia della semplice bonifica o messa in sicurezza del sito, il cui assolvimento non ha tuttavia alcun impatto sulla misura ablatoria.

Ciò brevemente premesso, sulla peculiare natura della confisca *ex art. 452 quaterdecies* c.p. si è recentemente soffermata – ancora una volta – la Suprema Corte, illustrando le ragioni per le quali la disparità di trattamento voluta (almeno apparentemente) dal legislatore sarebbe da ritenersi costituzionalmente legittima.

2. La confisca *ex art. 452 quaterdecies* c.p. nella sentenza n. 30691/2021: la natura punitivo-sanzionatoria (e il non detto: la finalità di contrasto alle cd. *ecomafie*).

Nell'ottica di esaminare l'*iter* motivazionale che ha condotto la Suprema Corte a ribadire le ragioni su cui riposerebbero le differenze applicative tra la confisca *ex art. 452 quaterdecies* c.p. e quella *ex art. 452 undecies* c.p., occorre prendere le mosse dal caso concreto su cui i giudici di legittimità sono stati chiamati a esprimersi.

Il ricorso veniva presentato sia dalla difesa delle persone fisiche, sia da quella della società per la responsabilità da reato dell'ente, avverso la sentenza di applicazione della pena *ex art. 444* c.p.p. con cui il Tribunale di Reggio Calabria aveva disposto la confisca dei beni della società imputata precedentemente caduti in sequestro, in relazione alla fattispecie di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* allora prevista all'art. 260, D.lgs. n. 152/2006 e al corrispondente illecito amministrativo previsto all'art. 25 *undecies* D.lgs. n. 231/2001.

La difesa lamentava che il Tribunale, previo rigetto dell'istanza di restituzione dei beni sottoposti a vincolo cautelare, aveva disposto la confisca sulla base di una interpretazione eminentemente letterale dell'art. 452 *undecies*, comma 4, c.p., in forza della quale il citato comma sarebbe da ritenersi correlato solo ed esclusivamente alle fattispecie richiamate nel primo comma dello stesso articolo. Nel far ciò, il Tribunale non avrebbe tenuto conto della contraddizione determinata dall'aver attribuito rilievo al ravvedimento operoso del reo ai fini del riconoscimento dell'attenuante prevista dall'art. 452 *decies* c.p., e non anche per l'esclusione della misura ablatoria, pur in presenza di presupposti analoghi.

A parere dei ricorrenti, il medesimo comportamento virtuoso *ex post* avrebbe infatti dovuto essere valorizzato anche ai fini della esclusione della confisca prevista dal comma 4 dell'art. 452 *undecies* c.p.; la ritenuta inapplicabilità di tale previsione, a fronte della sussistenza della diminuzione di cui all'art. 452 *decies* c.p., sarebbe – nella lettura difensiva – costituzionalmente illegittima per contrasto con i principi di cui agli articoli 3, 24 e 27 della Costituzione.

La circostanza che il legislatore, nel trasferire il delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* dal D.lgs. n. 152/2006 al codice penale in occasione dell'intervento riformatore (o meglio, riorganizzativo) del 2018, non abbia esteso la previsione premiante prevista all'art. 452 *undecies* c.p., avrebbe infatti ben potuto essere superata sulla base di una interpretazione estensiva di natura logico-sistemica.

Così brevemente delineato il quadro su cui si innesta la decisione della Suprema Corte, venendo al nucleo duro della stessa, le censure difensive venivano tutte ritenute manifestamente infondate sulla base di argomenti di matrice sia letterale che sistematica.

(che verranno analizzati più in dettaglio nei paragrafi che seguono)⁷.

Il precipitato ultimo delle argomentazioni spese dalla Corte può essere condensato, usando le stesse parole dei giudici di legittimità, nella precipua finalità *sanzionatoria* e *special-preventiva* della confisca prevista dall'art. 452 *quaterdecies* c.p., volta a “*sottrarre i beni utilizzati per commettere tale reato, onde evitarne la ripetizione, e [a] dissuadere dalla sua nuova futura commissione, dunque la realizzazione di scopi tipicamente correlati alla funzione della sanzione penale, rimessi alla scelta del legislatore*”. Una natura punitivo-sanzionatoria, dunque, molto lontana da quella funzione ripristinatoria-risarcitoria che intesse l'intero impianto della riforma del 2015 e, soprattutto, la struttura della confisca ambientale *ex art. 452 undecies* c.p., secondo quel metodo del bastone e della carota ormai sperimentato in più ambiti del nostro ordinamento.

Tale argomentazione presta però il fianco ad alcune obiezioni, prima fra tutte quella secondo cui la citata finalità afflittiva e preventiva non connoterebbe, a ben vedere, solo la confisca di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p. È infatti doveroso chiedersi sotto quale altra lente potrebbe essere letta la previsione di cui al comma 3 dell'art. 452 *undecies* c.p., che vincola i proventi della confisca all'uso per la bonifica dei luoghi, così di fatto sottraendo al condannato i beni utilizzati per commettere il reato o il suo profitto⁸: non è forse questo uno strumento avente finalità punitiva?

A parere di chi scrive, lungi dall'essere uno degli argomenti cardine per sostenere la diversità di funzione delle due confische, il carattere sanzionatorio e special-preventivo è del tutto neutro, potendosi scorgersi in entrambi gli istituti in analisi. Ciò appare ulteriormente confermato dalla obbligatorietà della misura *ex art. 452 undecies* c.p., prevista anche nella forma per equivalente, la cui natura è intrinsecamente sanzionatoria.

Specularmente, non si ritiene che i connotati ripristinatori-risarcitori, che pure caratterizzano la confisca ambientale di cui all'art. 452 *undecies* c.p., possano essere elevati a carattere differenziale di questa rispetto alla confisca *ex art. 452 quaterdecies* c.p., ben potendo le diverse finalità preventiva, sanzionatoria, risarcitoria e ripristinatoria coesistere in entrambi gli istituti, seppur in diversa misura.

La volontà giurisprudenziale di rimarcare una particolare connotazione afflittiva e sanzionatoria

della confisca *ex art. 452 quaterdecies* c.p. potrebbe forse trovare una giustificazione nella originaria finalità di combattere l’*“inquinamento mafioso dell'economia”*⁹, che nel tempo ha legittimato l'imponente arsenale di strumenti di contrasto, specie di natura patrimoniale, di cui si è dotato il nostro ordinamento. In questo senso, deve riconoscersi che è stata senz'altro significativa l'introduzione, con la novella del 2015, della confisca per l'*Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, fattispecie che sino a quel momento difettava di una espressa previsione in tal senso¹⁰.

Una conferma della finalità di rispondere efficacemente al diffuso fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata mediante la fattispecie di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* è il suo espresso richiamo nell'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., che – nel disciplinare la ripartizione del lavoro tra i vari uffici del Pubblico Ministero in funzione della tipologia di reati – accosta il delitto in commento ad altre ipotesi connotate da obiettiva gravità (tra cui proprio l'associazione a delinquere di stampo mafioso). A tal riguardo, ciò che più rileva è che l'espressa inclusione del delitto oggi previsto all'art. 452 *quaterdecies* c.p. in tale elenco, anch'essa dovuta all'intervento riformatore del 2015, determina l'applicazione della confisca *cd. allargata o per sproporzione* prevista dall'art. 240 *bis* c.p. (già art. 12 *sexies*, comma 1, D.L. n. 306/1992¹¹), atteso che essa opera in caso di condanna o di applicazione della pena *ex art. 444* c.p.p. anche per i reati menzionati dall'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p.

Per concludere sul punto, può riconoscersi che la L. n. 68/2015 abbia segnato un significativo cambio di rotta rispetto al precedente assetto normativo, grazie al quale i costi dell'attività illecita hanno cominciato a tenere testa ai benefici attesi dagli ecocriminali¹². Tuttavia, guardando alla casistica, non può sottacersi come – a dispetto delle originarie intenzioni legislative – la fattispecie di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* riguardi per la gran parte realtà imprenditoriali che si pongono fuori dai circuiti della criminalità organizzata, e che sovente non sono nemmeno criminali “di professione” bensì imprese lecite solo occasionalmente delinquenti.

Se quindi nelle intenzioni del legislatore il delitto in parola doveva essere destinato a reprimere precipuamente le attività criminose poste in essere dalle ecomafie, nella prassi tale fattispecie – peraltro strutturata in forma mono-soggettiva e non

associativa¹³ – ha trovato applicazione perlopiù nella criminalità d'impresa comune¹⁴. Ciò posto, se anche la finalità della lotta alle ecomafie non può essere portata a sostegno della previsione di una misura tanto afflittiva, deve concludersi che una confisca sorda al ravvedimento operoso del reo sembrerebbe, tutto considerato, non trovare adeguata e ragionevole giustificazione.

3. Il diverso perimetro applicativo della c.d. confisca ambientale ex art. 452 undecies c.p.: la natura ripristinatoria-risarcitoria e l'approccio premiale.

Come anticipato, la pronuncia in commento si appunta in primo luogo sulla differente funzione punitivo-sanzionatoria e risarcitoria-ripristinataria delle confische ex art. 452 *quaterdecies* c.p. e 452 *undecies* c.p.

Tale ultima disposizione prevede che per alcuni reati ambientali dolosi¹⁵ (artt. 452 *bis*, 452 *quater*, 452 *sexies*, 452 *septies*, 452 *octies* c.p.), oggetto di elencazione tassativa al comma 1, con la sentenza di condanna o patteggiamento ex art. 444 c.p.p. venga “sempre” comminata la confisca diretta dei beni avvinati da un nesso di pertinenzialità con il reato commesso (i.e. i proventi del reato e i mezzi utilizzati per commetterlo)¹⁶ o, nei casi di non esperibilità¹⁷ – totale o parziale – di tale misura ablativa, quella per equivalente, che attinge i beni di cui il condannato abbia disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona¹⁸.

Malgrado la sostanziale sovrapposibilità tra la formulazione dell'art. 452 *undecies*, commi 1 e 2 c.p. e quella dell'art. 452 *quaterdecies*, comma 5 c.p., la confisca prevista dalla prima disposizione si connota però – chiarisce la Cassazione – in modo molto diverso da quella del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, avendo una “funzione risarcitoria-ripristinataria”¹⁹.

Sul punto la sentenza in commento richiama una precedente pronuncia di legittimità, la n. 15965 del 2020²⁰, che aveva fondato la conclusione circa tale peculiare funzione della confisca ex art. 452 *undecies* c.p. sull'analisi letterale del comma 3 della norma.

Ai sensi di tale disposizione, infatti, i beni confiscati al condannato, o i loro proventi, devono essere messi nella disponibilità della pubblica amministrazione competente – da individuarsi nella Regione²¹ –, in quanto gravati da un espresso vincolo di

destinazione funzionale all'attività di bonifica dei luoghi interessati dal reato.

La finalità della misura ablativa ex art. 452 *undecies* c.p., quindi, è quella di consentire all'amministrazione la copertura, con i beni tolti al reo, degli ingenti costi da sostenere per realizzare “l'insieme degli interventi atti ad eliminare, le fonti di inquinamento e le sostanze inquinanti o a ridurre le concentrazioni delle stesse presenti nel suolo, sottosuolo o acque sotterranee”²², o, quantomeno, di parte di essi.

In tale ottica ben si comprende, allora, la previsione dell'ultimo comma della norma *de qua*, in forza della quale resta esente da confisca il condannato che abbia “efficacemente” provveduto di propria iniziativa alla messa in sicurezza e all'eventuale bonifica e ripristino dello stato dei luoghi interessati dall'attività criminosa.

L'intenzione del legislatore del 2015 – in linea con la generale ispirazione premiale della cd. “legge Ecoreati”²³ – sembra infatti essere stata quella di privilegiare all'applicazione della misura ablativa di carattere patrimoniale l'“auto-riparazione” delle conseguenze dannose del delitto realizzata direttamente dall'imputato, senza il coinvolgimento di risorse e tempo pubblici.

Come sopra evidenziato, resta quindi sfumata, nella disciplina dettata dall'art. 452 *undecies* c.p., la funzione punitivo-sanzionatoria, che parrebbe invece orientare maggiormente la confisca del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*.

Anche alla luce di tale rilievo, nella sentenza in commento la Corte, respinge dunque recisamente l'ipotesi – paventata dal ricorrente – di interpretare estensivamente²⁴ l'art. 452 *undecies* ult. comma c.p. sino a ricomprendere nel perimetro applicativo di tale norma anche il delitto di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p.: il mancato inserimento del reato di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* nel catalogo tassativo di reati contenuto nell'art. 452 *undecies* c.p. sarebbe infatti riconducibile ad una precisa opzione di politica criminale del legislatore, che sarebbe confermata dall'introduzione, nell'art. 260 D.lgs. n. 152/2006, di una disciplina “specifica e separata” della confisca²⁵.

4. La (ritenuta) legittimità costituzionale della disciplina ex art. 452 *quaterdecies* c.p.: il precedente di Cass. pen. n. 11581/2020.

La Corte si concentra poi sull'eccezione di incostituzionalità sollevata nel ricorso con riferimento alla disciplina degli artt. 452 *decies*, 452 *undecies* e 452 *quaterdecies* c.p., che si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 24, 27 Cost. nella parte in cui non applica l'esclusione dalla confisca ex art. 452 *undecies*, comma 4, c.p. al reato di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* nemmeno nelle ipotesi in cui ricorre l'attenuante del *Ravvedimento operoso* ex art. 452 *decies* c.p.

La norma da ultimo citata ha introdotto nel Titolo VI *bis* del Codice penale una circostanza attenuante soggettiva, ad efficacia speciale, che concede – per quanto qui d'interesse²⁶ – un rilevante sconto di pena (dalla metà a due terzi) al reo che, prima del termine della dichiarazione di apertura del dibattimento ex art. 492 c.p.p.²⁷, si sia occupato “concretamente” della messa in sicurezza, della bonifica e, ove possibile, del ripristino dello stato dei luoghi danneggiati.

Dalla lettura di tale disposizione normativa non si può non rilevare come gli adempimenti che consentono all'imputato di accedere all'istituto del ravvedimento operoso siano del tutto sovrapponibili a quelli che fanno scattare la causa di non confiscabilità di cui all'art. 452 *undecies*, comma 4²⁸ c.p.; e come, tra i reati cui tale diminuzione si applica, non figurino solo le fattispecie inserite nell'apposito Titolo “*Dei delitti contro l'ambiente*” e il reato di cui all'art. 416 c.p. (quando aggravato ai sensi dell'art. 452 *octies* c.p.), ma anche il delitto di cui all'art. 260 D.lgs. n. 152/2006²⁹.

Con la conseguenza che alla tempestiva realizzazione delle attività ripristinatorie dei luoghi da parte dell'autore del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* si attribuisce rilievo al solo fine di ottenere uno sconto di pena, e non, invece, di sfuggire alla confisca dei beni connessi al reato.

Di qui, come accennato in premessa, la censura di incostituzionalità mossa dal ricorrente a tale disciplina.

Nella sentenza in commento la Corte, pur dando atto della diversità di trattamento tra la confisca ex art. 452 *quaterdecies* c.p. e quella ex art. 452 *undecies* c.p. ritiene però che tale differenza sia “ragionevolmente giustificata”.

Il primo argomento addotto a sostegno di tale conclusione affonda le radici proprio nelle sopra menzionate diverse natura e funzione della misura

ablativa prevista dal delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* rispetto a quella “generale”, di cui all'art. 452 *undecies* c.p.

Il secondo rilievo si fonda, invece, sulla ritenuta “*diversità strutturale tra le fattispecie contemplate da tale disposizione [l'art. 452 undecies, n.d.r.] e quella di cui all'art. 452-quaterdecies cod. pen.*” in quanto quest'ultima “*contempla condotte che possono anche non richiedere attività di bonifica o ripristino dello stato dei luoghi*”.

Anche in questo caso, trattasi di un argomento mutuato da una recente sentenza di legittimità (la n. 11581 del 2020³⁰), in cui la Corte, chiamata già in quella sede a pronunciarsi sull'ingiusta discriminazione dei condannati ex art. 452 *quaterdecies* c.p. per effetto dell'esclusione della confisca prevista dall'art. 452 *undecies*, ult. comma, c.p. aveva ritenuto conforme ai principi costituzionali tale disciplina proprio in ragione della differenza strutturale tra i delitti oggetto delle due norme.

Se ben si comprende la sintetica esposizione offerta dalla Corte nelle due sentenze, l'idea di fondo è: stante il fatto che la commissione del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* non comporta necessariamente successive attività di bonifica o di ripristino dei luoghi, può ritenersi ragionevole che il legislatore abbia scelto di escludere tale reato dal perimetro applicativo dell'art. 452 *undecies* c.p.

La tenuta di tale argomento, però, non convince, per più ragioni.

In primo luogo, perché l'assunto ricavabile a *contrario* dalla presa di posizione della Corte – e cioè che i reati elencati dall'art. 452 *undecies* c.p. producono sempre effetti sui luoghi tali da renderne necessaria ex post la messa in sicurezza e, eventualmente, la bonifica e il ripristino – non pare condivisibile.

Basti, ad esempio, pensare all'art. 452 *septies* c.p., che punisce, – tra l'altro – la condotta di chi, negando l'accesso ad un luogo, impedisce, intralcia o elude lo svolgimento di controlli ambientali e in materia di salute e sicurezza sul lavoro: risulta, infatti, difficile immaginare che l'attività di “*diniago all'accesso*”³¹ richieda sempre di realizzare attività ripristinatorie dell'ambiente.

In secondo luogo, perché il ragionamento della Corte sembra mal coordinarsi con il disposto del su menzionato art. 452 *decies* c.p., che, proprio dalla (rara?) realizzazione delle medesime condotte

riparatorie/ripristinatorie indicata dall'art. 452 *undecies* c.p., fa dipendere la concessione di un ingente sconto di pena anche per l'autore del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*. Da ultimo, perché lo stesso comma 4 dell'art. 452 *quaterdecies* c.p. impone espressamente che con la sentenza di condanna o patteggiamento per il delitto in esame, venga dato l'ordine di provvedere – a titolo di sanzione accessoria³² – al ripristino dello stato dell'ambiente; con ciò suggerendo che la necessità di un intervento di tal specie a seguito della commissione del reato di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* sia un'eventualità poi non così remota³³.

Alla luce di tali considerazioni, la addotta differenza strutturale tra l'art. 452 *quaterdecies* c.p. e le fattispecie enumerate dall'art. 452 *undecies* c.p. non pare, quindi, un idoneo “salvagente di costituzionalità” della disciplina censurata. L'esclusione dell'art. 452 *quaterdecies* c.p. dal perimetro applicativo della causa di non confiscabilità prevista dall'art. 452 *undecies* c.p. resterebbe, dunque, ancorata alla diversa natura e, soprattutto, alla peculiare finalità – sottesa all'introduzione di tale fattispecie – di contrasto alle ecomafie³⁴.

Una considerazione, però, sulla ragionevolezza di tale scelta del legislatore pare opportuna. Tra gli articoli menzionati nel comma 1 dell'art. 452 *undecies* c.p. compare anche l'art. 452 *octies* c.p., norma che, come noto, al comma 2 introduce una circostanza aggravante oggettiva, ad efficacia comune, per le associazioni di tipo mafioso finalizzate – tra l'altro – alla commissione dei reati ambientali previsti dal Titolo VI *bis*.

Con la conseguenza che, qualora abbia provveduto “spontaneamente” alla messa in sicurezza e agli eventuali bonifica e ripristino dei luoghi, anche l'imputato del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., aggravato dall'art. 452 *octies* c.p., potrebbe usufruire – ai sensi dell'art. 452 *undecies* c.p. – dell'esenzione dalla comminatoria della misura ablativa.

Viene, allora, da chiedersi per quale ragione, se agli affiliati alle cosche mafiose dedite alla commissione di delitti ambientali (tra cui potrebbe rientrare anche l'art. 452 *quaterdecies* c.p.) viene accordata la possibilità di scampare alla confisca, lo stesso non possa valere anche per i “mafiosi” autori del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* di per sé solo (che, come già evidenziato *supra*,

rappresentano una minima percentuale della casistica afferente a tale fattispecie).

Sulla scorta dei rilievi sopra indicati, la costituzionalità della disciplina della confisca ex art. 452 *quaterdecies* c.p., nella parte in cui non consente di sfuggire alla misura ablativa neppure a fronte della realizzazione di attività di ripristino dei luoghi interessati dal reato, appare dunque difficilmente sostenibile.

5. Una questione definitivamente risolta?

Nonostante la concordanza delle pronunce di legittimità sul tema, la questione appare ben lungi dall'essere risolta.

Le tensioni sopra esposte, frutto di assesti giurisprudenziali che stridono con considerazioni di natura sistematica sulla tenuta costituzionale della norma, sembra infatti abbiano trovato una composizione nella Proposta di legge n. 3176 attualmente al vaglio alla Camera dei deputati, rubricata “*Modifiche al codice penale, al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e altre disposizioni sanzionatorie in materia ambientale*”.

Tale proposta, presentata dall'onorevole Salvatore Micillo il 23 giugno 2021 – proprio il giorno prima che la Corte di Cassazione si esprimesse con la sentenza in commento – risulta tuttora in attesa di esame parlamentare³⁵. Laddove trovasse consensi, essa risolverebbe in radice la questione qui di interesse: la nuova iniziativa legislativa prevede infatti, *inter alia*, l'attrazione del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p. nella sfera di operatività dell'art. 452 *undecies* c.p., con conseguente estensione della causa di esclusione della confisca ivi prevista – e con buona pace di tutte le argomentazioni giurisprudenziali imperniate sulla *voluntas legis* a sostegno della diversità del regime applicabile.

Più in dettaglio, il disegno di legge ipotizza l'espresso inserimento del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* nel novero dei reati menzionati nell'art. 452 *undecies*, comma 1, con contestuale abrogazione del comma 5 della disposizione³⁶, nell'ottica di realizzare un espresso coordinamento tra art. 452 *quaterdecies* c.p. e art. 452 *undecies* c.p.³⁷.

La circostanza che nella proposta di legge si faccia unicamente cenno al *coordinamento* delle due previsioni in materia di confisca sembrerebbe costituire la riprova, come osservato in dottrina, che

la mancata inclusione della fattispecie di cui all'art. 452 *quaterdecies* nel catalogo di cui all'art. 452 *undecies* fosse il frutto di un difetto di raccordo del legislatore, piuttosto che una scelta intenzionale e motivata da una *diversità strutturale* di tale delitto rispetto agli altri ivi previsti³⁸.

L'intervento di modifica proposto con il disegno di legge determinerebbe l'auspicato adeguamento della disciplina della confisca *ex art. 452 quaterdecies* c.p. a quella prevista dall'art. 452 *undecies* c.p., norma – quest'ultima – a buon diritto definita "*disposizione di carattere generale*"³⁹ nella Relazione illustrativa alla stessa proposta.

Evidenti sarebbero quindi le ricadute della novella sulla disciplina del delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*.

Ferma l'operatività – nell'ipotesi di mancato esperimento di attività ripristinatorie – della previsione di cui all'art. 452 *quaterdecies*, comma 4, c.p. nel caso in cui, invece, l'autore del reato si adoperasse per la messa in sicurezza ed eventuali bonifica e ripristino dello stato dei luoghi prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, questi potrebbe beneficiare sia dell'ingente sconto di pena concesso dall'art. 452 *decies* c.p. a fronte del ravvedimento operoso, sia della esclusione dell'applicabilità della confisca di cui all'art. 452 *undecies*, comma 4 c.p.

Dal punto di vista teleologico, la soluzione pare coerente con uno dei primari obiettivi perseguiti dal legislatore del 2015, ossia quello di favorire – finanche approntando benefici premiali come quelli in esame – il ripristino dei siti pregiudicati dalle condotte illecite per mano dei loro stessi autori.

In questo senso, l'estensione della applicabilità della causa di esclusione della confisca sarebbe senz'altro una previsione di grande appetibilità per le persone giuridiche, che sono di fatto i soggetti realmente

colpiti dalla misura ablatoria e gli unici con capacità economiche tali da poter realizzare interventi onerosi quali la messa in sicurezza, la bonifica o il ripristino dei siti inquinati, difficilmente accessibili per le persone fisiche. L'interesse a porre in essere ogni iniziativa utile per scongiurare la definitività della misura ablatoria e rientrare in possesso dei beni aziendali è, infatti, primariamente – se non esclusivamente – dell'impresa; ma se la proficua realizzazione di attività ripristinatorie è del tutto ininfluenza per la persona giuridica, come previsto dall'attuale assetto legislativo in relazione al delitto di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, essa non avrà alcun incentivo a impegnarsi in tal senso, atteso che l'unico beneficio che ne deriverebbe è lo sconto di pena previsto dall'art. 452 *decies* c.p., applicabile nei soli confronti delle persone fisiche⁴⁰.

Oltre alle considerazioni di natura pragmatico-opportunistica, ciò che più rileva è che con la novella i – ragionevoli – dubbi di legittimità costituzionale della attuale disciplina della confisca *ex art. 452 quaterdecies* c.p. verrebbero finalmente superati; e, ironia della sorte, verrebbero superati proprio dall'esercizio di quella discrezionalità legislativa che, nel tempo – e da ultimo con la sentenza in commento –, è stata l'argomento principe per ritenere manifestamente infondate le relative questioni di costituzionalità.

Francesca Procopio

Avvocato del Foro di Milano

Giulia Bellini

Avvocato del Foro di Milano

¹ Sulla clausola di salvaguardia a tutela dei terzi, si precisa che, secondo un orientamento della Suprema Corte sviluppatosi a proposito della fattispecie di *Traffico illecito di rifiuti* di cui all'art. 259 D.lgs. n. 152/2006 – e, in astratto, estendibile ad altre fattispecie –, il patrimonio del terzo non può essere aggredito mediante confisca solo a condizione che egli, oltre ad essere estraneo al reato, versi in buona fede (ossia, nella specie, se provi "*che l'uso illecito della res gli sia stato ignoto e non collegabile ad un suo comportamento negligente*"; si veda Cass. pen., sez. III, 22 novembre 2012, n. 1475; conformi, Cass. pen., sez. III, 4 novembre 2008, n. 46012; Cass. pen., sez. III, 30 maggio 2008, n. 26529).

² La norma citata, introdotta dall'art. 1 L. n. 68/2015, così dispone: "*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.*"

Quando, a seguito di condanna per uno dei delitti previsti dal presente titolo, sia stata disposta la confisca di beni ed essa non sia possibile, il giudice individua beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità e ne ordina la confisca.

I beni confiscati ai sensi dei commi precedenti o i loro eventuali proventi sono messi nella disponibilità della pubblica amministrazione competente e vincolati all'uso per la bonifica dei luoghi.

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.

³ Come si vedrà più in dettaglio *infra*, la confisca ambientale è altresì prevista per l'ipotesi di *Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività* di cui all'art. 452 *sexies* c.p., *Impedimento del controllo* di cui all'art. 452 *septies* c.p. e nel caso di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro l'ambiente previsti dal citato Titolo VI *bis*, ai sensi dell'art. 452 *octies* c.p.

⁴ Il comma 4 *bis* della norma citata (oggi comma 5 dell'art. 452 *quaterdecies*), inserito dall'art. 1, comma 3, L. n. 68/2015, così dispone: *“È sempre ordinata la confisca delle cose che servirono a commettere il reato o che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, salvo che appartengano a persone estranee al reato. Quando essa non sia possibile, il giudice individua beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità e ne ordina la confisca”*.

⁵ La trasposizione della fattispecie dal D.Lgs. n. 152/2006 al codice penale è avvenuta in forza di quanto previsto agli artt. 7 e 8 del richiamato D.lgs. n. 21/2018.

⁶ AMARELLI G., *La riforma dei reati ambientali: luci ed ombre di un intervento a lungo atteso*, su *Arch. Dir. Pen. Cont.*, reperibile al presente [link](#), che richiama le considerazioni di RUGA RIVA C., *I nuovi ecoreati*, Torino, 2015, p. 60.

⁷ Si precisa che la Suprema Corte dichiarava anzitutto inammissibili i ricorsi degli imputati persone fisiche, per via della ritenuta carenza di interesse ad impugnare la confisca di beni di cui non erano titolari, trattandosi di beni di proprietà della persona giuridica imputata ex D.Lgs. n. 231/2001.

⁸ LOSENGO R., *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti: il ravvedimento operoso può evitare la confisca?*, su *RGA Online*, ottobre 2021, reperibile al presente [link](#).

⁹ La definizione è di VISCONTI C., *Contro le mafie non solo confisca ma anche “bonifiche” giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in *Arch. Dir. Pen. Cont.*, 20 gennaio 2012, reperibile al presente [link](#).

¹⁰ Sul punto, si veda PALMISANO M., *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, fasc. 1, 2018, pp. 93 ss. Cfr. anche INGRAO C., *La legittimità costituzionale dell'art. 452-quaterdecies, ult. co., c.p. e il suo rapporto con l'art. 452-undecies c.p.*, in *LexAmbiente*, fasc. 2, 2020, p. 84. Tale lacuna denunciava una delle molte incongruenze dell'assetto normativo in materia, atteso che l'ablazione patrimoniale, come si è visto, era invece contemplata per altri reati di minore gravità previsti dal D.lgs. n. 152/2006; sebbene la giurisprudenza fosse andata in soccorso di tale illogicità applicando comunque la confisca obbligatoria anche alle ipotesi di *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, si è dovuto attendere l'intervento riformatore del 2015 per l'inserimento di un apposito comma nella norma incriminatrice *de qua*.

¹¹ La norma citata è stata trasfusa nel codice penale in forza del già richiamato principio della *riserva di codice* attuato con il D.lgs. n. 21/2018.

¹² LEGAMBIENTE, *Rapporto ecomafia 2020*, in *legambiente.it*, 11 dicembre 2020, pp. 32-33, reperibile al presente [link](#).

¹³ Sulla natura monosoggettiva del reato in parola si veda, di recente, Cass. pen., sez. III, 30 giugno 2016, n. 36199.

¹⁴ Nella giurisprudenza di legittimità è, infatti, rinvenibile un'ampia casistica relativa alla commissione del reato di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p. in contesti imprenditoriali del tutto avulsi da contesti di criminalità organizzata di carattere associativo. Per una dettagliata elencazione di tali sentenze si rinvia a LOSENGO R., *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e diritto vivente: ancora attuale e ragionevole la collocazione tra i reati di cui all'art. 51, comma 3 bis c.p.p.?*, in *Lexambiente*, fasc. 4, 2020, p. 12, nota 20, il quale, proprio evidenziando la natura non associativa della fattispecie criminosa in esame, ne ha aspramente criticato l'inserimento nel novero dei reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p.

¹⁵ Si evidenzia che dall'*incipit* del comma 2 dell'art. 452 *undecies* c.p. (*“Quando, a seguito di condanna per uno dei delitti previsti dal presente titolo, sia stata disposta la confisca”*) sembrerebbe che - a differenza di quanto sancito dal primo capoverso della norma in tema di confisca diretta - la confisca per equivalente possa essere applicata a tutti i delitti del Titolo VI *bis* (ivi compresi quelli colposi) e non solo a quelli espressamente elencati. Come rilevato da INGRAO C., *op. cit.*, p. 83, deve ritenersi che tale diversità sia dovuta ad un difetto di coordinamento normativo e non ad una decisione del legislatore, in quanto si finirebbe per applicare ai reati meno gravi esclusivamente la misura ablativa più afflittiva.

¹⁶ Anche tale norma, come l'art. 452 *quaterdecies*, comma 5, c.p., fa salvi i beni appartenenti a persone estranee al reato.

¹⁷ Si fa presente che, nonostante in tema di confisca per equivalente l'art. 452 *undecies*, comma 2 c.p. sancisca *“Quando, a seguito di condanna per uno dei delitti previsti dal presente titolo, sia stata disposta la confisca di beni ed essa non sia possibile*

[...]", tale forma di confisca non richiede in realtà la previa applicazione (e successiva verifica di non esperibilità nel caso concreto) della misura ablativa diretta.

¹⁸ In merito alla possibilità di aggredire i beni appartenenti a soggetti terzi si veda, *supra*, nota n. 1.

¹⁹ Secondo AMARELLI G., *sub art. 452-undecies c.p.*, in MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Codice Penale Commentato*, Wolters Kluwer, V ed., III, p. 61 ss., una lettura di più ampio respiro dell'art. 452 *undecies* c.p. potrebbe portare invece a qualificare la confisca diretta ivi prevista come una sanzione sostanzialmente penale, anche in ragione della sintonia ravvisabile tra il comma 4 dell'art. 452 *undecies* c.p. e la funzione rieducativa della penale.

²⁰ Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2020, n. 15965.

²¹ Come correttamente evidenziato da AMARELLI G., *op. ult. cit.*, p. 63.

²² Così l'art. 240, comma 1, lett. p) D.lgs. n. 152/2006, richiamato dalla *Relazione sulla verifica dell'attuazione della legge 22 maggio 2015, n. 68, in materia di delitti contro l'ambiente*, pp. 96-97, reperibile al presente [link](#).

²³ La tendenza del legislatore del 2015 ad introdurre nuove forme di giustizia riparativa di carattere premiale in materia di diritto penale ambientale è stata evidenziata anche da INGRAO C., *op. cit.*, p. 84.

²⁴ A sostegno, invece, della possibilità di applicare estensivamente l'esonazione prevista dall'art. 452 *undecies*, comma 4, c.p. anche alla confisca del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti LOSENGO R., *Confisca, recupero e ripristino*, in [www.scuolaforensemilano.it](#), 2016 nonché BERNASCONI C., *Art. 1, commi 2, 3, 4, 5, 6 e 8. L'ampio spettro di modifiche introdotte dalla l. 68/2015 (disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente): i riflessi su eterogenei profili di disciplina*, in [www.lalegislazionepenale.eu](#), 2016, p. 8.

²⁵ Si fa riferimento al comma 4 *bis*, inserito nell'art. 260 D.lgs. n. 152/2006 dall'art. 1, comma 3, L. n. 68/2015.

²⁶ Per una completa disamina delle circostanze attenuanti introdotte dall'art. 452 *decies* c.p., si riporta di seguito il testo del comma 1 della norma: "*Le pene previste per i delitti di cui al presente titolo, per il delitto di associazione per delinquere di cui all'articolo 416 aggravato ai sensi dell'articolo 452 *octies*, nonché per il delitto di cui all'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, sono diminuite dalla metà a due terzi nei confronti di colui che si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi, e diminuite da un terzo alla metà nei confronti di colui che aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto, nell'individuazione degli autori o nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti*".

²⁷ Si fa presente che il comma 2 dell'art. 452 *decies* c.p. prevede comunque la possibilità per l'imputato, sempre entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, di chiedere al giudice di sospendere il procedimento per un periodo (congruo, in ogni caso non superiore a tre anni) sufficiente a portare a termine le - già avviate - attività ripristinatorie di cui al comma 1.

²⁸ L'irragionevolezza della circostanza che i medesimi adempimenti consentano all'autore del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti di accedere all'istituto del cd. ravvedimento operoso ex art. 452 *decies* c.p. e non all'esonazione da confisca ex art. 452 *undecies*, comma 4 c.p. è stata evidenziata da RICAMATO L., *Eco-delitti e confisca: parafrasi di una "soluzione incompiuta"?*, in *Archivio Penale*, fasc. 2, 2020, p. 8.

²⁹ Si segnala, infatti, che, per un difetto di coordinamento, il comma 1 dell'art. 452 *decies* c.p. fa ancora riferimento al previgente art. 260 D.lgs. n. 152/2006 e non al nuovo art. 452 *quaterdecies* c.p.

³⁰ Cass. pen., sez. III, 6 novembre 2019, n. 11581. Con riferimento a tale pronuncia si evidenzia che, sebbene la questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente avesse ad oggetto l'art. 452 *undecies* c.p., la Suprema Corte ha in realtà posto al centro della decisione l'art. 452 *quaterdecies* c.p.

³¹ Come evidenziato da RUGA RIVA C., *sub art. 452-septies c.p.*, in MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Codice Penale Commentato*, Wolters Kluwer, V ed., III, p. 40, la condotta di impedimento di cui all'art. 452 *septies* c.p. può estrinsecarsi anche in condotte meramente omissive.

³² Secondo alcuni Autori l'ordine di ripristino di cui all'art. 452 *quaterdecies*, comma 4, c.p., che trova nel vicino art. 452 *duodecies* c.p. una previsione generale - in quanto applicabile a tutti i delitti del Titolo VI - ha natura di sanzione amministrativa accessoria: per tutti, SIRACUSA L., *La legge 22 maggio 2015, n. 68, sugli "Ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, fasc. 2, 2015, p. 369. Altra parte della dottrina, invece, opta per la natura di sanzione sostanzialmente penale di tale misura: per tutti, RUGA RIVA C., *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell'ambiente. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità re la natura degli obblighi ripristinatori*, in PALIERO C. E. - VIGANÒ F. - BASILE F. - GATTA G. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, II, Milano, 2018, p. 719.

³³ Nello stesso senso, RICAMATO L., *op. cit.*, p. 10.

³⁴ Per tutti si vedano INGRAO C., *op. cit.*, p. 85 e LOSENGO R., *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e diritto vivente: ancora attuale e ragionevole la collocazione tra i reati di cui all'art. 51, comma 3 bis c.p.p.?, cit.*, p. 2.



Si evidenzia, in ogni caso, che dai lavori preparatori della L. n. 68/2015 non si traggono indicazioni utili in ordine al motivo dell'esclusione della confisca ex art. 260 D.lgs. n. 152/2006 dal perimetro applicativo dell'art. 452 *undecies*, comma 4, c.p.

³⁵ La proposta è stata assegnata, il 20 settembre 2021, alla II Commissione Giustizia in sede referente.

³⁶ È opportuno segnalare l'esistenza di un difetto di coordinamento tra la Relazione illustrativa, *cit.*, e la formulazione dell'articolo 28 della Proposta di legge, norma che dispone l'abrogazione parziale dell'art. 452 *quaterdecies*. Infatti, mentre il testo dell'art. 28 (rubricato "*Modifica all'art. 452 quaterdecies del codice penale*") fa (correttamente) riferimento all'abrogazione del quinto comma del citato articolo, la Relazione, a p. 10, fa (erroneamente) riferimento all'abrogazione dell'"*art. 452 quaterdecies, quarto comma*".

³⁷ Si veda, in proposito, la *Relazione illustrativa della proposta di legge n. 3176*, p. 10, reperibile al presente [link](#) "*gli articoli 27 e 28 integrano e, ancora una volta, coordinano le disposizioni sulla confisca in materia ambientale (art. 452-undecies e art. 452-quaterdecies del Codice penale)*".

³⁸ LOSENGO R., *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti: il ravvedimento operoso può evitare la confisca?*, *cit.*

³⁹ Si veda la Relazione illustrativa, *cit.*, p. 10.

⁴⁰ Così LOSENGO R., *op. ult. cit.*

La nuova disciplina per l'acquisizione dei tabulati telefonici: l'interpretazione "autentica" del legislatore e la parola fin alla (fin troppo) lunga querelle giurisprudenziale.

di **R. Bertuol**

La giurisprudenza italiana, pur a fronte di numerose pronunce in senso opposto della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha da sempre affermato la legittimità dell'acquisizione diretta da parte del Pubblico Ministero dei tabulati telefonici. Ciò è avvenuto anche a fronte della recente sentenza della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18 che, ancora una volta, ha ribadito la non conformità di norme nazionali che permettano l'acquisizione dei tabulati direttamente al Pubblico Ministero senza la previa richiesta al giudice.

Su tale sfondo giurisprudenziale, tuttavia, si inserisce ora il decreto legge n. 132, dd. 30 settembre 2021, con il quale il legislatore ha preso atto dell'interpretazione della CGUE ed ha espressamente previsto che l'acquisizione dei tabulati debba avvenire, su richiesta del Pubblico Ministero, con ordinanza motivata del giudice.

Obbiettivo del lavoro è quello di valutare la portata di tale modifica normativa e vagliare le ricadute che la stessa avrà nei procedimenti in corso.

Sommario. **1.** Premessa – **2.** Le sentenze della CGUE: Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12; Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15 – **3.** Il (mancato) recepimento delle sentenze europee da parte della giurisprudenza italiana – **4.** La pronuncia della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18 e l'ennesimo (mancato) recepimento da parte della giurisprudenza interna – **5.** Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia operato dal Tribunale di Rieti, Sez. penale, in data 4 maggio 2021 – **6.** Il decreto legge 30 settembre 2021, n. 132: misure urgenti in materia di giustizia e di difesa. L'interpretazione autentica da parte del Governo – **7.** Sulle conseguenze dell'intervento del legislatore sull'acquisizione dei tabulati effettuata *prima* dello stesso e della sentenza della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18 – **8.** Sulle possibili obiezioni alla teoria della disapplicazione e conseguente inutilizzabilità dei risultati dell'acquisizione *sine lege* – **9.** La conversione in legge del decreto legge 30 settembre 2021 n. 132: ritorna (discutibilmente) la disciplina transitoria – **10.** Conclusioni.

1. Premessa.

Il legislatore con decreto legge n. 132 del 30 settembre 2021 è intervenuto a modificare la disciplina applicabile al cd. *data retention*, ovvero l'acquisizione dei tabulati telefonici ad opera dell'autorità giudiziaria nel contesto di una indagine finalizzata alla prevenzione e repressione di fattispecie delittuose.

Tale disciplina era (ed è) contenuta nell'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, a norma del quale, nel testo previgente, i dati erano acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del Pubblico Ministero.

Sulla conformità di una tale norma con l'ordinamento europeo si è espressa la Corte di Giustizia dell'Unione europea che, da ultimo con la pronuncia della Grande Camera del 2 marzo 2021, ha stabilito che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva

2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché con l'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali «*osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale*»¹. Eppure, pur a fronte di tale (costante) interpretazione sovranazionale, la giurisprudenza italiana ha (da sempre) ritenuto la normativa interna conforme agli standard europei².

Il decreto legge citato, tuttavia, si è mosso nella direzione opposta, modificando l'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, imponendo che l'acquisizione avvenga

attraverso decreto motivato del giudice, su richiesta del Pubblico Ministero.

Al fine di comprendere le ragioni e la portata applicativa dell'intervento normativo occorre preliminarmente tratteggiare, sia pur per sommi capi, i termini della lunga *querelle* giurisprudenziale; solo poi si potrà provare a comprendere quali conseguenze ci potranno essere per i procedimenti già in corso, nei quali i tabulati sono stati acquisiti attraverso decreto motivato del Pubblico Ministero³.

2. Le sentenze della CGUE: Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12; Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15.

Anzitutto occorre prendere in esame le sentenze della Corte Europea di Giustizia Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12 e Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15, che per prime hanno affrontato il tema del bilanciamento tra l'esigenza statutale di accertamento e repressione dei reati mediante acquisizione di dati e informazioni presso *service providers* ed i diritti fondamentali alla riservatezza dell'individuo.

Il riferimento normativo sottoposto al vaglio della CGUE era la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati⁴, a norma della quale era imposto ai *service providers* di conservare i dati relativi alle comunicazioni⁵ e consentirne l'accesso alle autorità nazionali competenti; ciò al fine di contrastare la criminalità grave e garantire la pubblica sicurezza.

Secondo la Corte, tale compressione della riservatezza degli utenti (che peraltro non sono informati di tale conservazione e successivo utilizzo), pur costituendo senz'altro un'ingerenza nei diritti garantiti dagli artt. 7 ed 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di seguito solo "Carta"), «non è idonea ad arrecare pregiudizio al contenuto essenziale di tali diritti fondamentali» posto che, «la direttiva non consente di prendere conoscenza del contenuto delle comunicazioni elettroniche in quanto tale e prevede che i fornitori di servizi o di reti debbano rispettare determinati principi di protezione e di sicurezza dei dati»⁶; inoltre, tale compressione è tanto più giustificata, dice la Corte, se solo si considera che l'obiettivo principale della direttiva è quello di «contribuire alla lotta contro la criminalità grave» e che «come emerge dalla giurisprudenza della Corte, la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace

e della sicurezza internazionali costituisce un obiettivo di interesse generale dell'Unione»⁷.

Dopo aver ritenuta legittima la compressione di tali diritti fondamentali, la Corte, ai sensi dell'art. 52 par. 1 della Carta, ne ha vagliato la proporzionalità.

In primo luogo, si legge, la direttiva appare di applicazione troppo estesa laddove si applica in maniera globale all'insieme delle persone che fanno uso di mezzi di comunicazione, quandanche rispetto alle stesse: «non esiste alcun indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi»; secondariamente, la direttiva non prevede alcun requisito oggettivo che permetta di limitare l'accesso della Autorità nazionali ai quei casi in cui l'accertamento riguardi effettivamente «reati che possano, con riguardo alla portata e alla gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta, essere considerati sufficientemente gravi da giustificare siffatta ingerenza».

Ma soprattutto, e questo è il punto principale della decisione ai fini del presente lavoro, «l'accesso ai dati conservati da parte delle autorità nazionali competenti non è subordinato ad un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente la cui decisione sia diretta a limitare l'accesso ai dati e il loro uso a quanto strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito e intervenga a seguito di una richiesta motivata delle suddette autorità presentata nell'ambito di procedure di prevenzione, di accertamento o di indagini penali. Non è neppure stato previsto un obbligo preciso degli Stati membri volto a stabilire simili limitazioni»⁸.

Tanto premesso, ha concluso la Corte, la direttiva 2006/24, non prevedendo norme chiare e precise che regolano la portata dell'ingerenza e lasciando agli stati membri la libertà di disciplinare la procedura di acquisizione dei dati, senza nemmeno dover prevedere un vaglio di un giudice o di un'autorità indipendente sulla legittimità della stessa, deve essere ritenuta invalida.

In modo non dissimile, la pronuncia della CGUE Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15 ha confermato il precedente arresto, sia pur facendo riferimento, posta la già accertata invalidità della direttiva 2006/24/CE, alla direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letta alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali.

In particolare, per quanto qui rileva, dopo aver ritenuto che il diritto dell'Unione europea osta ad una legislazione nazionale che preveda, per finalità di lotta contro la criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti riguardante tutti i mezzi di comunicazione elettronica, ha ritenuto che lo stesso diritto europeo: «*osta ad una normativa nazionale, la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione*»⁹.

3. Il (mancato) recepimento delle sentenze europee da parte della giurisprudenza italiana.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla conformità della normativa nazionale con i principi enucleati dalla CGUE, con sentenza n. 33851 del 24 aprile 2018 ha stabilito che l'art. 132 del d.lgs. n. 196/2003 (codice della *privacy*), laddove ammette l'acquisizione dei tabulati in forza del provvedimento del Pubblico Ministero, è pienamente rispettoso delle norme sovranazionali¹⁰.

Ciò poiché, secondo la Suprema Corte, il termine «giudice» indicato dalla CGUE a garanzia della legittimità dell'acquisizione dei tabulati telefonici, sarebbe da interpretare in maniera lata, potendo «*essere esteso sino al concetto di autorità giudiziaria, che pacificamente ricomprende anche la figura del pubblico ministero*»¹¹.

Tale interpretazione sarebbe confortata da una lettura della traduzione francese ed inglese della pronuncia europea, nelle quali in luogo del termine giudice si sarebbe fatto uso dei termini *jurisdiction*, nel primo caso e *court* nel secondo; entrambi termini ambigui e non riferibili direttamente all'autorità giudicante¹².

Tali (breve) argomentazioni permettono alla Suprema Corte di ritenere la normativa italiana conforme al sistema europeo, anche alla luce dell'interpretazione data dalla CGUE.

Alla citata pronuncia ha fatto eco un'altra importante decisione che, dopo aver condiviso l'apparato

argomentativo della predetta sentenza, ha aggiunto che: «*la soluzione italiana è coerente con il sistema di tipo accusatorio, nel quale, nel corso delle indagini preliminari, è il pubblico ministero l'autorità giudiziaria che procede, e con il sistema processuale che prevede, mediante le indagini difensive ed i poteri riconosciuti ai difensori anche in tema di acquisizione del dato, l'estensione, anche se parziale, del potere investigativo alla difesa. E ciò in una situazione in cui l'acquisizione del dato genera una compromissione decisamente inferiore rispetto a quella relativa alla captazione delle conversazioni, sia telefoniche che ambientali, la cui tutela è affidata invece al controllo del giudice per le indagini preliminari*»¹³.

4. La pronuncia della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18 e l'ennesimo (mancato) recepimento da parte della giurisprudenza interna.

Su di un tale quadro normativo ed interpretativo, si è recentemente inserita una fondamentale nuova pronuncia della CGUE, la quale ha confermato l'assetto già delineato dalle precedenti sentenze, approfondendone tuttavia il contenuto.

Nello specifico, la (terza e più rilevante ai fini del presente lavoro) questione sottoposta alla Corte era se l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale.

La Corte, prima di addivenire ad una soluzione, ha approfondito il ruolo del Pubblico Ministero (estone) all'interno della procedura di repressione dei reati: «*il pubblico ministero estone è tenuto, conformemente al diritto nazionale, ad agire in modo indipendente, è soggetto soltanto alla legge e deve esaminare gli elementi a carico e quelli a discarico nel corso del procedimento istruttorio, l'obiettivo di tale procedimento resta nondimeno quello di raccogliere elementi di prova nonché di pervenire al soddisfacimento degli altri presupposti necessari per lo svolgimento di un processo. Sarebbe questa stessa autorità a rappresentare la pubblica accusa nel processo, ed essa dunque sarebbe altresì parte nel*

procedimento. Inoltre, risulta dal fascicolo a disposizione della Corte, come confermato anche dal governo estone e dal Prokuratuur all'udienza, che il pubblico ministero estone è organizzato in modo gerarchico e che le domande di accesso ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione non sono soggette ad un requisito di forma particolare e possono essere presentate dal procuratore stesso¹⁴. Tanto premesso, dice la Corte, e questo è l'aspetto fondamentale: «Al fine di garantire, in pratica, il pieno rispetto di tali condizioni, è essenziale che l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati sia subordinato ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente, e che la decisione di tale giudice o di tale entità intervenga a seguito di una richiesta motivata delle autorità suddette presentata, in particolare, nell'ambito di procedure di prevenzione o di accertamento di reati ovvero nel contesto di azioni penali esercitate [...] Tale controllo preventivo richiede, tra l'altro, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 105 delle sue conclusioni, che il giudice o l'entità incaricata di effettuare il controllo medesimo disponga di tutte le attribuzioni e presenti tutte le garanzie necessarie per garantire una conciliazione dei diversi interessi e diritti in gioco. Per quanto riguarda, più in particolare, un'indagine penale, tale controllo preventivo richiede che detto giudice o detta entità sia in grado di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso [...]. In particolare, in ambito penale, il requisito di indipendenza implica, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 126 delle sue conclusioni, che l'autorità incaricata di tale controllo preventivo, da un lato, non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e, dall'altro, abbia una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale. Ciò non si verifica nel caso di un pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale. Infatti, il pubblico ministero non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al giudice competente, in quanto parte nel processo che esercita l'azione penale. La circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, conformemente alle norme che

disciplinano le sue competenze e il suo status, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento non può essere sufficiente per conferirgli lo status di terzo rispetto agli interessi in gioco nel senso descritto al punto 52 della presente sentenza».

Ne consegue, conclude la Corte: «Il pubblico ministero non è in grado di effettuare il controllo preventivo di cui al punto 51 della presente sentenza»¹⁵.

In seguito a tale sentenza, la giurisprudenza italiana ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente sulla conformità della normativa nazionale rispetto a quella europea.

Anzitutto la pronuncia della Suprema Corte n. 33118 del 2 luglio 2021 e l'ordinanza del GIP presso il Tribunale di Tivoli dd. 9 giugno 2021, si sono occupate del problema relativo alla concretizzazione del requisito della gravità del reato che legittimerebbe l'acquisizione dei tabulati, ritenendo tuttavia in tal caso necessario un intervento del legislatore, non potendo tali aspetti: «essere disciplinati da singole (e potenzialmente contrastanti) decisioni giurisprudenziali»¹⁶.

Più rilevante appare l'ordinanza della Corte di Assise di Napoli, I Sez. penale, del 16 giugno 2021, secondo cui, per negare l'applicabilità diretta della decisione europea sull'impossibilità di acquisizione diretta dei tabulati da parte del PM, si è così argomentato: «Il PM, per il suo status ordinamentale, è organo facente parte dell'Autorità Giudiziaria e, come tale, destinatario dei doveri di imparzialità e di rispetto della legge ed anche delle garanzie costituzionali poste a tutela della piena autonomia della funzione [...] il PM è chiamato ad acquisire non solo le prove di accusa, ma anche quelle a favore dell'indagato, essendo in suo potere richiedere l'archiviazione; la sua posizione non può, pertanto, essere assimilata a quella del corrispondente organo estone, che è autorità soggetta alla sfera di competenza del Ministro della Giustizia che partecipa alla pianificazione delle misure necessarie per la lotta e l'accertamento dei reati»¹⁷.

5. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia operato dal Tribunale di Rieti, Sez. penale, in data 4 maggio 2021.

A latere delle decisioni che hanno ritenuto non direttamente applicabili i principi enucleati dalla

CGUE, in ragione delle specificità dell'ordinamento italiano, preme segnalare che il Tribunale di Rieti, Sez. pen., con ordinanza 4 maggio 2021 ha rinviato alla Corte di Giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale, volta a comprendere se il Pubblico Ministero (italiano) sia dotato di sufficienti garanzie tali da permettergli una acquisizione diretta dei tabulati telefonici o se sia necessario, anche alla luce delle caratteristiche del sistema italiano, rimettere le decisioni ad un giudice *ad hoc*.

In particolare, il Tribunale di Rieti, pur recependo le indicazioni derivanti dalle pronunce della CGUE, si interroga sulla possibilità di assimilare il Pubblico Ministero estone (oggetto della decisione) al Pubblico Ministero italiano. Si legge nell'ordinanza: «*Va sottolineato che, nonostante la possibilità di un'assimilazione "funzionale" tra il Pubblico Ministero estone e quello italiano (chiamati entrambi a raccogliere le prove anche a favore dell'indagato e, in caso, ad esercitare l'azione penale, conducendo l'istruttoria), le due figure potrebbero apparire ben diverse per quanto riguarda il proprio status e le garanzie che lo connotano (profilo richiamato espressamente dalla stessa CGUE nella sentenza del 2 marzo 2021, al par. 14, laddove riprendeva la "Legge relativa al pubblico ministero" estone e in particolare l'art. 1, secondo cui "Il pubblico ministero è un'autorità soggetta alla sfera di competenza del Ministero della Giustizia")* [...] Si tratta di differenze "strutturali" rispetto all'organo di accusa dell'Estonia tali da rendere il Pubblico Ministero italiano un'Autorità "diversa" poiché dotata di più evidenti e pieni caratteri di autonomia e indipendenza, ponendolo al riparo da indebite interferenze di soggetti pubblici portatori di interessi di parte, come peraltro più volte affermato anche dal 10 massimo organo giurisdizionale nazionale, ossia la Corte di Cassazione: che – evidentemente, proprio in ragione della 'qualità' dell'organo dal quale promanavano questi provvedimenti - ha sempre ravvisato la compatibilità della disciplina italiana di acquisizione dei tabulati rispetto alla normativa sovranazionale fissata con le direttive n. 2002/58/CE e 2006/24/CE in tema di tutela della "privacy", per come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 aprile 2014, *Digital Rights*, C-293/12 e C-594/12; CGUE 21 dicembre 2016, *Tele 2*, C-203/15 e C-698/15), poiché la deroga stabilita dalla norma alla riservatezza delle comunicazioni è prevista 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 da parte di un'autorità giurisdizionale", ossia il P.M. (v. Corte di Cassazione, Sez. 2 Penale, Sentenza n. 5741 del 10/12/2019)».

6. Il decreto legge 30 settembre 2021, n. 132: misure urgenti in materia di giustizia e di difesa. L'interpretazione autentica da parte del Governo.

L'ordinanza del Tribunale di Rieti aveva (legittimamente) rimesso, in assenza di coordinate legislative interne, alla CGUE la questione dell'estensione o meno dei principi enucleati nella sua giurisprudenza anche all'ordinamento italiano. Nelle more della decisione (che ancora non v'è stata), tuttavia, il legislatore ha (correttamente) ritenuto di recepire direttamente le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale e fornire un'interpretazione autentica della normativa interna. In particolare: «In linea col diritto comunitario e con la sentenza della Corte di Giustizia Ue del 2 marzo 2021, si stabilisce che solo con decreto motivato del giudice, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore, si possono acquisire presso il fornitore i dati del traffico telefonico o telematico, ai fini dell'accertamento del reato».

Nello specifico, normativamente, è stato modificato l'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, prevedendo al comma terzo che: «*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*»¹⁸.

7. Sulle conseguenze dell'intervento del legislatore sull'acquisizione dei tabulati effettuata prima dello stesso e della sentenza della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18.

Posto che *pro futuro* non v'è alcun dubbio che sarà direttamente applicabile la nuova norma introdotta con il citato decreto legge, occorre tuttavia interrogarsi sull'utilizzabilità dei tabulati telefonici

acquisiti direttamente dal Pubblico Ministero *prima* della novella legislativa e *prima* della pronuncia della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18.

Secondo i primi commentatori della novella legislativa, i dati acquisiti *prima* della nuova norma sarebbero legittimamente utilizzabili in ragione del principio del *tempus regit actum*¹⁹.

Tale conclusione viene argomentata essenzialmente sulla scorta dell'inderogabilità di tale principio e sulla (incomprensibile²⁰) scomparsa, in sede di pubblicazione del decreto legge, della disciplina transitoria che avrebbe comminato la sanzione processuale dell'inutilizzabilità a tutti i tabulati acquisiti *prima* dello stesso che non rispettassero i requisiti ora normativizzati.

Una siffatta interpretazione tuttavia non ci sembra condivisibile.

Ciò per la (semplice) ragione che il problema in termini di *retroattività* o meno della norma neo introdotta sembra mal posto.

Che non possa farsi retroagire la nuova norma anche ai procedimenti pendenti risulta pacifico alla luce del principio del *tempus regit actum* vigente attualmente con riferimento alle norme processuali (qual è quella in oggetto)²¹.

Risulta altrettanto pacifico che ai procedimenti già pendenti andrà applicata la norma vigente nel momento in cui l'acquisizione dei tabulati è stata disposta dal Pubblico Ministero, ovvero l'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, nel testo previgente a norma del quale: «*i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle alte parti private*».

Tale norma, tuttavia, come è stato già sopra ampiamente dimostrato, si pone(va) in contrasto con l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché con l'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali il quale «*osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale*»²².

Ed allora l'utilizzabilità o meno dei tabulati già acquisiti non è un problema di *retroattività* ma di rapporti tra norma interna e norma sovranazionale.

In altri termini, è possibile ritenere legittimo il tabulato acquisito sulla scorta di una norma che, nel momento in cui è stata disposta l'acquisizione, si poneva in contrasto con la normativa sovranazionale?

Come noto, nel caso in cui il giudice si trovi di fronte ad una norma interna che risulti in contrasto con una norma comunitaria (o con l'interpretazione che di detta norma comunitaria viene data dalla CGUE²³) è obbligato, salva la possibilità di una interpretazione conforme al diritto dell'UE, a disapplicarla.

Ciò è stato affermato a partire dalla storica sentenza della Corte di Giustizia del 9 marzo 1978, *Simmenthal*²⁴, e ribadito poi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 170 dell'8 giugno 1984, *Granital c. Ministero delle finanze*²⁵.

La norma applicabile *ratione temporis* era inequivocabilmente in contrasto con l'ordinamento europeo, posto che le sentenze della CGUE, queste sì, hanno portata applicativa retroattiva, come stabilito già a partire dalla pronuncia del 27.03.1980 – cause riunite C-66, C-127 e C 128/79, secondo la quale: «*L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può, e deve, essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma*»²⁶.

Ne consegue che l'acquisizione dei tabulati telefonici avvenuta in base all'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, nella versione previgente, deve considerarsi effettuata *contra legem* poiché legittimata da una norma che non può più essere applicata²⁷.

Quanto alla sanzione processuale si ritiene che non possa che essere quella della inutilizzabilità e ciò poiché: «*Versandosi in materia di prova*», l'eventuale patologia nella sua acquisizione la rende ai sensi dell'art. 191 c.p.p. inutilizzabile; un'inutilizzabilità, come è stata definita, "comunitaria"²⁸.

8. Sulle possibili obiezioni alla teoria della disapplicazione e conseguente inutilizzabilità dei risultati dell'acquisizione *sine lege*.

Quanto alla necessità di diretta disapplicazione, in virtù del principio di primazia del diritto dell'Unione europea sul diritto interno, occorre dare conto del fatto che contro tale proposta è stata mossa la critica secondo la quale poiché: «*la patologia dell'atto processuale penale e le relative conseguenze non sarebbero materia comunitaria*» allora si dovrebbe desumere che «*la primazia del diritto sovranazionale potrebbe non essere qui ritenuta applicabile*»; con l'ulteriore (implicita) conclusione che la norma interna non conforme non dovrebbe essere disapplicata.

Ebbene, tale obiezione non pare cogliere nel segno. Ciò poiché la normativa europea rispetto alla quale la norma nazionale sarebbe contrastante è la quella relativa alla *riservatezza dei dati personali* che, in via mediata, è espressione dei diritti alla riservatezza previsti espressamente dagli artt. 7 e 8 della Carta europea. Tale materia è certamente materia comunitaria ed ogni normativa interna che sia in conflitto con lo *standard* di tutela di tale diritto imposto dall'Unione deve essere disapplicata. Il fatto che la normativa interna di recepimento sia da considerarsi relativa alla *patologia dell'atto processuale penale* non ha alcuna rilevanza²⁹.

Quando alla (successiva) sanzione dell'inutilizzabilità quale conseguenza della disapplicazione della normativa italiana contrastante, occorre rilevare come la Suprema Corte, sia pur solo in ipotesi, abbia obiettato che: «*anche a voler disapplicare il D.lgs. n. 193 del 2003, art. 132, ci si troverebbe in presenza di un atto compiuto in assenza di una legge ordinaria, conforme, però, ai principi fondamentali dell'ordinamento e in particolare al disposto dell'art. 15 Cost., che prevede limitazioni alla libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione mediante atto motivato dell'autorità giudiziaria*»³⁰.

Anche tale obiezione, tuttavia, non sembra condivisibile.

Ed infatti, se è pur vero che l'art. 15 della Costituzione permette limitazioni alla libertà e segretezza delle comunicazioni, è altrettanto vero che ne subordina la legittimità a due garanzie fondamentali: la riserva di giurisdizione (quella individuata dalla Suprema Corte attraverso il richiamo all'atto motivato dell'autorità giudiziaria) e la riserva di legge³¹.

L'argomento speso dalla Suprema Corte, pertanto, non tiene alla prova delle garanzie costituzionali, non potendosi di certo ammettere menomazioni delle libertà fondamentali dell'individuo che vengano esercitate completamente "alla cieca" dai magistrati,

senza che vi sia una legge ordinaria che ne disciplini le concrete modalità di esercizio.

9. La conversione in legge del decreto legge 30 settembre 2021 n. 132: ritorna (discutibilmente) la disciplina transitoria.

Nelle more della scrittura di questo contributo è stato convertito in legge il decreto legge n. 132 del 30 settembre 2021, confermando (salvo alcuni dettagli) l'impianto già oggetto del decreto governativo.

È tuttavia stata inserita una disciplina transitoria che, *prima facie*, appare quantomeno discutibile.

È stato infatti previsto, all'art. 1 comma 1 *bis* del decreto legge, che i dati acquisiti precedentemente all'introduzione del decreto, attraverso la procedura di acquisizione diretta da parte del Pubblico Ministero, se acquisiti con riferimento a reati per i quali è oggi possibile acquisire i tabulati (e diversamente non avrebbe potuto essere!): «*possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova*».

Tale disciplina transitoria, oltre che assolutamente superflua, da un lato, appare viziata costituzionalmente dall'altro.

Ed infatti, che i tabulati possano essere utilizzati (per fondare una sentenza di condanna, s'intende) solamente unitamente ad altri elementi di prova era un dato già assolutamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità che non necessitava di alcuna introduzione legislativa; in più casi, infatti, la Suprema Corte ha affermato che: «*La presenza del possessore di un telefono cellulare in una data zona, più o meno ampia rispetto alla grandezza della cella, può essere qualificato quale indizio, ma di per sé non dimostra nulla, anche se l'utenza è precisamente attribuita ad una determinata persona: per avere una valenza probatoria, tale da poter portare ad una sentenza di condanna, occorrono altri indizi, ugualmente gravi e precisi, ed infine tutti concordanti, che possano consentire di affermare che il possessore dell'utenza ha commesso il reato*»³².

Ma soprattutto, una tale limitazione dell'utilizzabilità (o meglio, dell'inutilizzabilità) pare assolutamente porsi al di fuori della sfera di competenza del legislatore il quale, preso atto della non conformità della (pre)vigente normativa alla disciplina comunitaria, altro non avrebbe potuto fare che ritenere inutilizzabili, per contrasto con la normativa sovranazionale, tutti i tabulati acquisiti precedentemente con modalità incompatibili con la

disciplina europea. Certamente, ciò che non avrebbe potuto fare, a nostro giudizio, è limitare la portata della inutilizzabilità; delle due l'una: o si prendeva atto della non conformità della normativa e si portava ciò alle (giuridicamente inevitabili) conseguenze, pertanto non limitando a solo alcuni casi l'inutilizzabilità dei tabulati acquisiti in maniera illegittima (nei termini già sopra meglio chiariti), oppure si perpetrava l'idea (ormai difficilmente sostenibile) che la precedente normativa (come da sempre affermato dalla Suprema Corte) era già compatibile con il diritto europeo ed allora non v'era alcuna necessità di ritenere inutilizzabili i precedenti tabulati.

Spetterà alla giurisprudenza di merito e di legittimità valutare la conformità (costituzionale) di una tale disciplina transitoria che, lo si ripete, pare porsi del tutto al di fuori dei limiti di competenza del legislatore ordinario.

10. Conclusioni.

In conclusione, l'intervento del legislatore deve essere salutato con indubbio favore nella misura in cui contribuisce all'innalzamento delle garanzie individuali e si allinea alla normativa sovranazionale. L'auspicio che, in sede di conversione, potesse essere recuperata la norma transitoria già sopra menzionata

che certamente avrebbe permesso un'applicazione uniforme della disciplina ai procedimenti già in corso è ormai già stato tradito da una disciplina transitoria che non tiene (debitamente) in conto della struttura dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale.

Anche perché, la Corte di Giustizia, come già si è ampiamente osservato, aveva già da tempo avvertito circa la illegittimità di una normativa, come quella italiana, che permettesse al solo PM acquisire i tabulati telefonici; pur a fronte di un tale (ripetuto) monito, la giurisprudenza nazionale aveva da sempre mantenuto un atteggiamento di resistenza, così legittimando l'acquisizione dei tabulati senza un vaglio da parte del giudice. L'aver solo adesso (con un ritardo di anni) preso atto della difformità di tale procedura con il diritto unionale non avrebbe dovuto legittimare una applicazione solo *pro futuro* della nuova normativa, essendo necessario, per quanto possibile, recuperare le garanzie che si erano (troppo a lungo) perse.

Roberto Bertuol

Avvocato del Foro di Trento

¹ CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18.

² Occorre sottolineare che la giurisprudenza europea si è invero espressa con riferimento a due problematiche diverse; dapprima quella relativa alla genericità del riferimento ai *gravi* reati che legittimerebbero la compressione dei diritti individuali dei soggetti cui i tabulati acquisiti si riferiscono, secondariamente quella relativa alla possibilità che la procedura di acquisizione sia di esclusiva pertinenza del Pubblico Ministero. Ai fini del presente lavoro si prenderà in considerazione sono la seconda delle problematiche summenzionate.

³ In dottrina, sul tema dei rapporti tra giurisprudenza europea e normativa italiana in tema di acquisizione dei tabulati telefonici si vedano: G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea sulla geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sistema penale*, 31 maggio 2021; L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Riv. pen. Dir. e proc.*, 1° ottobre 2021; C. PARODI, *Sottratto al P.M il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, in *Il penalista*, 1° ottobre 2021; L. GIORDANO, *La Corte di cassazione ritorna sull'acquisizione dei tabulati telefonici dopo le indicazioni della CGUE*, in *Il penalista*, 5 ottobre 2021; J. DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma, 29 aprile 2021*, in *Sistema penale*, 29 aprile 2021; A. MALACARNE, *Ancora sulle ricadute interne della sentenza della Corte di Giustizia in materia di acquisizione di tabulati telefonici: il G.i.p. di Roma dichiara il "non luogo a provvedere" sulla richiesta del p.m.*, in *Sistema penale*, 5 maggio 2021; R. FLOR, *Data retention ed art. 132 cod. privacy: vexata quaestio (?)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2017; F. RUGGERI, *Data retention e giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2017, 6, pp. 2483 e ss.; E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati «esteriori» delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2018, pp. 39 – 72; F. IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?* In *Cass. Pen.*, 2014, 4274 e ss.; M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, n. 3/2016, pp. 157 e ss.

⁴ In particolare, la Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE (GU L 105, pag. 54).

⁵ Nello specifico, come rileva la CGUE nella pronuncia della Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12: «I dati che i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di

comunicazione debbono conservare, ai sensi degli articoli 3 e 5 della direttiva 2006/24, sono, in particolare, i dati necessari per rintracciare e identificare la fonte di una comunicazione e la destinazione della stessa, per stabilire la data, l'ora, la durata e il tipo di una comunicazione, le attrezzature di comunicazione degli utenti nonché per determinare l'ubicazione delle apparecchiature di comunicazione mobile, dati tra i quali figurano, segnatamente, il nome e l'indirizzo dell'abbonato o dell'utente registrato, il numero telefonico chiamante e quello chiamato, nonché un indirizzo IP per i servizi Internet. I suddetti dati permettono, in particolare, di sapere quale sia la persona con cui un abbonato o un utente registrato ha comunicato e con quale mezzo, così come di stabilire il tempo della comunicazione e il luogo dal quale questa è avvenuta. Inoltre, essi permettono di conoscere la frequenza delle comunicazioni dell'abbonato o dell'utente registrato con talune persone nel corso di un determinato periodo». Quanto al periodo di conservazione occorre fare riferimento alle specifiche discipline nazionali. La normativa italiana prevedeva termini diversi per diverse tipologie di reati: un termine ordinario di 24 mesi (12 nel caso di traffico telematico e 30 giorni in caso di chiamate senza risposta trattati temporaneamente) ed un termine allungato di 72 mesi nel caso in cui la richiesta fosse finalizzata alla prevenzione e repressione dei reati indicati dall'art. 51, comma 3 quater e 407 comma 2, lettera a) c.p.p., così come previsto dalla legge n. 167 del 20 novembre 2017, art. 24. Per una disamina più approfondita dei termini di conservazione e del tipo di dato conservato si veda, oltre alla normativa di riferimento, L. FILIPPI, cit., p. 5.

⁶ Cfr. Comunicato Stampa n. 54/14 della CGUE dd. 08.04.2014.

⁷ Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12, cit.

⁸ *Ibid.*

⁹ Cfr. CGUE Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15.

¹⁰ Per una disamina più approfondita delle principali pronunce italiane sul tema si veda, G. LEO, cit., pp. 12 e ss.

¹¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 24.04.2018, n. 33851, in *CED*.

¹² Si legge: «Ulteriore conferma si trae dalla lettura della versione francese delle sentenze, che ricorrono al termine "jurisdiction", riferibile alla magistratura francese nel suo complesso, composta da giudici e da pubblici ministeri (magistrats du parquet). [...] Allo stesso modo nella versione inglese delle sentenze viene adottato il termine "Court", anch'esso promiscuo, considerato che la funzione giudiziaria è, in via generale, indicata con la formula "Court clerk", mentre termini precisi designano il giudice (judge) e il pubblico ministero britannico (prosecutor), quest'ultimo privo della prerogativa italiana dell'indipendenza».

¹³ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 19.04.2019 (dep. 23 agosto 2019), n. 36380, Pres. Andreazza, Rel. Semeraro, con nota di I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *Sistema penale*, 13 maggio 2019 e nota di L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Dir. internet*, 4, 2019, pp. 753 e ss. Si può solo in questa sede solo brevemente dare conto che una siffatta interpretazione pare disallineata rispetto all'impianto previsto dal codice di rito con riferimento ai rapporti tra il Pubblico Ministero ed il Giudice per le Indagini Preliminari; se è pur vero che il Pubblico Ministero è l'autorità procedente durante le indagini, cionondimeno proprio nel corso delle indagini sono previste dal sistema processuali ipotesi nelle quali, sia pur a fronte di una compressione dei diritti dell'indagato che ci pare ben minore rispetto a quella determinata dall'acquisizione dei tabulati telefonici, lo stesso è tenuto a chiedere preventivamente al Gip. Si pensi, tra le diverse ipotesi, a quella prevista dall'art. 406 c.p.p. in tema di proroga del termine delle indagini preliminari. Un'ipotesi come questa, ci pare, non determina affatto una compressione delle garanzie individuali maggiore dell'acquisizione dei tabulati telefonici eppure, come è prescritto dalla citata norma, il Pubblico Ministero *deve* chiedere la proroga al gip.

¹⁴ CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18, par. 47.

¹⁵ *Ibid.*, par. 51-57.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. II, 2 luglio 2021, n. 33118. Per una disamina più approfondita delle conseguenze derivanti dalla pronuncia in oggetto si vedano i contributi già citati nella nota n. 10.

¹⁷ Corte d'Assise di Napoli, Sez. I penale, ordinanza dd. 16 giugno 2021. In modo non dissimile si veda anche l'ordinanza Trib. Milano, VII Sez. penale, 22 aprile 2021, Pres. Malatesta, con commento di V. TONDI, *La disciplina italiana in materia di data retention a seguito della sentenza della Corte di Giustizia UE: il Tribunale di Milano nega il contrasto con il diritto sovranazionale*, in *Sistema penale*, 7 maggio 2021. In particolare, l'ordinanza si basa sugli stessi argomenti della già citata pronuncia della Corte di Assise di Napoli, aggiungendo tuttavia una chiosa finale, di particolare interesse nella parte seconda del presente lavoro, sulla possibilità di ritenere inutilizzabili i tabulati acquisiti quand'anche si ritenesse non conforme la normativa italiana.

¹⁸ Decreto legge n. 132, 30 settembre 2021, Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP (GU n.234 del 30-9-2021).

¹⁹ Sul punto si vedano, G. BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *Questione Giustizia*, 5 ottobre 2021, secondo il quale: "In mancanza di questa regolamentazione si deve ritenere, in forza del principio tempus regit actum, che i dati acquisiti secondo le previgenti modalità

rimangano utilizzabili, mentre le nuove norme si applicheranno alle sole richieste successive alla data di entrata in vigore del decreto»; G. PESTELLI, D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici, in *Quotidiano giuridico*, 4 ottobre 2021, secondo il quale: «Rispetto ad una prima versione dell'articolato normativo, circolata in forma di bozza tra gli addetti ai lavori, dal testo ufficiale è per fortuna sparita la discutibile disciplina transitoria ipotizzata per l'utilizzabilità processuale dei tabulati acquisiti prima dell'entrata in vigore del decreto-legge (che prevedeva un singolare meccanismo di convalida giudiziale retroattiva, "ora per allora", dei provvedimenti di acquisizione dei dati adottati dal P.M.). È evidente, perciò, che in applicazione del principio del tempus regit actum, non potrà porsi alcun problema di utilizzabilità dei tabulati finora già acquisiti con il sistema previgente e – a ben vedere – neppure di quelli che saranno acquisiti sulla base di decreti autorizzativi già emessi dal P.M alla data di entrata in vigore della novella, in quanto tali tabulati risulteranno ritualmente acquisiti secondo le disposizioni razione temporis vigenti all'epoca in cui era stata autorizzata la loro acquisizione, sulla base di una norma che legittimamente attribuiva tale potere all'organo inquirente»; nonché C. PARODI, cit.; L. GIORDANO, cit.; sul punto anche G. SPANGHER, Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto, in *Guida al diritto*, n. 39, 16 ottobre 2021, pp. 11 e ss., secondo il quale: «Restano, conseguentemente da chiarire le questioni connesse all'utilizzabilità dei data retention che siano stati acquisiti precedentemente e al di fuori delle condizioni fissate dalla riforma; restandosi che la materia in quanto di natura processuale risulti governata dal principio del tempus regit actum dovrebbe escludersi la sua retroattività. Potrebbero prospettarsi comunque questioni sollevabili davanti alle Corti sovranazionali».

²⁰ Vale giusto osservare che la soppressione della disciplina transitoria è stata giudicata positivamente da alcuni autori. Si veda G. PESTELLI, cit., secondo cui "fortunatamente" è sparita la "discutibile" disciplina transitoria.

¹ Tra i tanti si veda, G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. IX, 2017, 16, secondo cui: «Nel caso specifico di successione di leggi processuali nel tempo, in rispetto del principio del tempus regit actum, la nuova norma disciplina sia i processi iniziati dopo la sua entrata in vigore, ma anche i singoli atti, compiuti successivamente alla sua entrata in vigore, dei processi già iniziati, anche nel caso in cui la nuova disciplina sia più rigorosa per le parti rispetto a quella vigente all'epoca dell'introduzione del giudizio». Nello stesso senso pare interessante notare come sia stata pubblicata in data 13 ottobre 2021 una Relazione sul tema da parte dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Suprema Corte di Cassazione, p. 32, a norma del quale: «La principale soluzione per affrontare le questioni di diritto intertemporale connesse all'utilizzabilità dei data retention che siano stati acquisiti precedentemente ed al di fuori delle condizioni fissate dall'odierna novella pare offerta dall'applicazione del generale principio tempus regit actum, il quale svolge l'essenziale funzione di ordinare la successione di leggi nel tempo in ambito procedurale garantendo l'applicazione uniforme delle regole processuali che, altrimenti, subirebbero confusive ed ingestibili discontinuità ove si procedesse alla importazione in ambiente processuale del principio. della lex mitior, regolante, invece, la successione delle leggi penali nel tempo in ambito sostanziale (così, da ultimo, Sez. 2, n. 9876 del 12/2/2021, in in motiv.)».

²¹ CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18.

²² Sul punto si veda la sentenza n. 389 del 1989 della Corte Costituzionale, in *Foro it.*, 1991, I, 1076, secondo la quale: «qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative».

²³ Corte di Giustizia. 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, 24; ma sul punto si vedano anche: 4 giugno 1992, cause riunite C- 13/91 e C- 113/91, *Debus*, 32; 18 luglio 2007, C- 119/05, *Lucchini*, 61; 27 ottobre 2009, C- 115/08, *ČEZ*, 138; 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak*, 81; la più importante pronuncia precedente è sicuramente la pronuncia del 15 luglio 1964, C 6/64, *Costa c. Enel*, nella quale per la prima volta la Corte ha sostenuto il principio del primato del diritto comunitario.

²⁴ È pur vero che questa soluzione è il risultato di un percorso lungo e complesso che non può in questa sede essere analizzato. Per una disamina più compiuta delle più rilevanti pronunce della Corte Costituzionale sul rapporto tra norma interna e norma sovranazionale si veda, R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, III ed., 2020, pp. 921 – 941. Sul punto e sulla differenza di rapporti tra norma interna non conforme al diritto dell'Ue e norma non conforme alla CEDU si vedano altresì le sentenze cd. gemelle, nn. 347 e 348 del 2007 della Corte Costituzionale.

²⁵ Corte di Giustizia, del 27.03.1980 – cause riunite C-66, C-127 e C 128/79.

²⁶ Vale giusto la pena di sottolineare che nel panorama italiano il problema dell'atto assunto sulla base di una norma interna rivelatasi successivamente non conforme al diritto unionale è stato già affrontato lungamente dalla giurisprudenza amministrativa; in particolare, si allude all'ipotesi cd. di *anticomunitarietà indiretta* che si ha in tutti quei casi in cui l'atto amministrativo sia stato assunto sulla base di un potere attribuito da una norma interna non conforme al diritto dell'Unione Europea. Senza poter in questa sede approfondire le diverse opzioni che sono state proposte al riguardo, occorre tuttavia sottolineare che la discussione si è concentrata sul *tipo* di patologia di cui sarebbe stato affetto tale atto (annullabilità o nullità, per semplificare) e non certo sul se tale atto fosse affetto da vizi patologici. Sul punto si vedano, tra i tanti, F. GOISIS,



L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 439 ss.; L. BERTONAZZI, *Illegittimità comunitaria e annullamento d'ufficio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1455 ss.; L. DEL FEDERICO, *Gli atti impositivi viziati per violazione del diritto comunitario*, in *Giustizia tributaria*, 2010, I.

²⁷ S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. Pen.*, 2015, n. 2, pp. 781.

²⁸ Nello stesso senso, si veda S. MARCOLINI, cit., p. 782, secondo cui: «*Si tratta però di una obiezione che pecca di "strabismo": non si sta ragionando della patologia dell'atto in generale, ma delle conseguenze della lesione del diritto alla riservatezza del cittadino – materia certamente comunitaria – in una specifica sede, quella processuale penale. E ciò precisato, il già citato principio di effettività non può tollerare che le situazioni giuridiche sorte dal diritto comunitari restino prive di adeguata ed effettiva protezione*». Inoltre, l'Autore aggiunge anche l'ulteriore argomento secondo cui, a ben vedere, l'art. 82 TFUE renderebbe in ogni caso il processo penale materia comunitaria.

²⁹ Cass. Pen., Sez. V, 24 aprile 2018, n. 33851.

³⁰ Tra i tanti ci venga consentito il rinvio a C. PENNACCIULLI, *Profili costituzionali delle intercettazioni di comunicazioni tra inadeguatezza del legislatore e discrezionalità del giudice*, in *Riv. Ass. it. Cost.*, 3, 2012, ed alla relativa (copiosa) bibliografia. Sembra tuttavia d'interesse riportare quanto riferito dall'Autrice nella nota n. 68, quanto all'importanza nel sistema costituzionale, della doppia riserva di legge e di giurisdizione: «*Esplicativo, in proposito, è l'intervento dell'on.le Tupini (Presidente della Prima Sottocommissione) nella seduta generale del 10 aprile 1947, il quale fa osservare che «il riferimento alla legge o al magistrato è una necessità in un progetto costituzionale, che non può esaurire una serie di casi, e che la legge ed il magistrato, in un paese democraticamente organizzato, rappresentano appunto la garanzia della libertà e della democrazia. E il nostro sforzo è stato precisamente quello di sottrarre all'arbitrio del potere esecutivo ogni possibilità di menomare la libertà dei cittadini, preferendo così la garanzia della legge e della magistratura*».

³¹ Cass. pen., Sez. III, 23 agosto 2019, n. 36380.

La rilevanza delle iscrizioni ex art. 335 c.p.p. ai fini del giudizio prognostico sul pericolo di *reiteratio criminis*.

di **G. Lorenzi**

La sentenza n. 34312/21 della Corte di cassazione, Sezione seconda, offre un interessante spunto di riflessione in tema di esigenze cautelari e, segnatamente, in ordine alla rilevanza da attribuire alle iscrizioni ex art. 335 c.p.p. ai fini del giudizio prognostico sulla pericolosità della persona attinta da misura restrittiva della libertà personale, apprezzabile ai sensi dell'art. 274 lett. c) c.p.p.

In particolare, con la pronuncia in esame, la Corte di Cassazione ha affermato il principio di diritto secondo il quale anche i procedimenti penali ancora nella fase delle indagini preliminari possono essere considerati elementi sintomatici della personalità del prevenuto tali giustificare la sussistenza del *periculum* di reiterazione del reato.

Sommario. Premessa. – **1.** Il giudizio prognostico sulla sussistenza del pericolo di *reiteratio criminis*. – **2.** La prognosi soggettiva: la rilevanza dei precedenti penali. – **3.** La pronuncia in commento. – **4.** Riflessioni conclusive.

Premessa.

Uno dei principi cardine che si pone a fondamento della materia cautelare è, come noto, quello di cui all'art. 13 Cost., in virtù del quale spetta esclusivamente al legislatore il compito di determinare i casi ed i modi giustificativi della privazione della libertà personale.

Conseguentemente, le disposizioni codicistiche di cui agli art. 273 e ss. c.p.p. andrebbero lette con particolare rigore, cercando di limitare il più possibile il ricorso ad interpretazioni estensive e, in assoluto, ad interpretazioni creative.

Come si vedrà nel prosieguo, tuttavia, non è raro imbattersi in pronunce giurisprudenziali, come quella in commento, che, nell'ambito del giudizio cautelare, superando il dato letterale, conferiscono rilievo a circostanze o elementi non espressamente menzionati dal legislatore.

Nel caso di specie, ad esempio, la Corte di Cassazione ha ritenuto suscettibili di apprezzamento le iscrizioni ex art. 335 c.p.p. ai fini della prognosi sul pericolo di *reiteratio criminis*, sebbene la disposizione di cui all'art. 274 c.p.p. faccia riferimento ai soli precedenti penali quali elementi da cui desumere la personalità dell'indagato/imputato.

La sentenza oggetto del presente contributo, pertanto, offre lo spunto per una analisi approfondita dei parametri che compongono il giudizio prognostico sul pericolo di reiterazione, con

particolare riguardo al parametro soggettivo afferente alla personalità dell'imputato.

Si procederà, in seguito, ad analizzare il contenuto della pronuncia, soffermandosi sul significato da doversi attribuire all'espressione "precedenti penali" nell'ambito del giudizio cautelare.

Infine, particolare attenzione verrà riservata alla requisitoria scritta nel caso di specie dal Procuratore Generale presso la corte di Cassazione, con la quale l'organo d'accusa - aderendo alle prospettazioni difensive esposte nel ricorso - è giunto a conclusioni antitetiche rispetto a quelle a cui è pervenuta la Seconda Sezione con la sentenza che qui si commenta.

1. Il giudizio prognostico sulla sussistenza del pericolo di *reiteratio criminis*.

Ai sensi dell'art. 274 lett. c) c.p.p., l'applicazione di una misura cautelare personale può essere disposta quando «per le specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, sussiste concreto ed attuale pericolo che questi possa commettere gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordinamento costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede»¹.

Come chiarito dal legislatore, il giudizio prognostico volto a verificare la sussistenza del pericolo di

reiterazione ha natura composita e si traduce nella valutazione congiunta di due specifici parametri: il primo, per così dire, “endo-fattuale”, attinente alle modalità e circostanze del fatto per cui si procede; il secondo, “eso-fattuale” afferente alla personalità dell'imputato.

L'esigenza cautelare in esame, in altri termini, non può essere desunta esclusivamente dalla gravità e dalle modalità di commissione del reato per cui la misura è stata richiesta se, parallelamente, il giudice procedente non abbia effettuato una valutazione di natura soggettiva avente ad oggetto l'inclinazione del destinatario della misura alla commissione di uno dei delitti indicati dall'art. 274 lett. c) c.p.p.

Il tenore letterale della disposizione dianzi richiamata non sembra pertanto lasciare dubbi sul fatto che il giudizio soggettivo sulla personalità debba sempre essere oggetto di apprezzamento autonomo rispetto a quello oggettivo, inerente al fatto per il quale la misura deve essere disposta.

In tal senso depone non soltanto l'utilizzo della congiunzione «e» («quando per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato») ma anche la scelta del legislatore di diversificare i due tipi di giudizio, quello oggettivo e quello soggettivo, affidando la prognosi sulla personalità a due distinti e specifici indici e, segnatamente, ai «comportamenti ed atti concreti» ovvero (in questo caso la proposizione è disgiuntiva) ai «precedenti penali».

Come peraltro più volte ribadito dalla Suprema Corte, la prognosi sulla sussistenza del pericolo di *reiteratio criminis* non può trarsi esclusivamente dalla modalità esecutiva dei fatti criminosi essendo tenuto il giudice della cautela ad effettuare «una specifica e distinta valutazione di entrambi i criteri direttivi indicati dalla legge»².

Tanto chiarito, è il caso di osservare che, nel panorama giurisprudenziale, diverse pronunce nel corso del tempo hanno contribuito ad allentare le maglie della tassatività che caratterizza la disciplina dell'art. 274 lett.c) c.p.p.; si è così giunti ad affermare che le modalità e le circostanze del fatto possono essere ritenute indicative non soltanto della gravità del fatto stesso, ma anche dell'inclinazione del soggetto a commettere reati della stessa specie.

In altri termini, contrariamente a quello che sembra essere il tenore letterale della disposizione in esame, è stata attribuita una «duplice valenza»³ agli elementi del fatto per cui si procede, le cui modalità

e circostanze possono ben costituire elementi significativi per valutare la personalità dell'agente.

Non si può fare a meno di osservare, tuttavia, come la soluzione adottata dalla giurisprudenza finisca per ridimensionare in maniera eccessiva il rigore valutativo imposto dal legislatore, consentendo così al giudice procedente di poter fondare tanto la prognosi soggettiva, quanto quella oggettiva, sul medesimo parametro, e cioè sulle modalità del fatto, con l'evidente rischio di legittimare un sostanziale automatismo tra fatto grave e personalità pericolosa. Varrebbe a dire: se il fatto per cui si procede è grave, chi lo ha commesso è certamente capace di reiterare condotte criminose.

All'opposto, una interpretazione più stringente della disposizione in commento, che valorizzi maggiormente la necessità di distinguere il fatto di reato dalla personalità di colui al quale il medesimo è attribuito (i.e. il destinatario della misura), non soltanto si attaglia maggiormente alla *littera legis* ma, allo stesso tempo, garantisce un più adeguato rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

A riguardo, non va infatti trascurato che durante la fase cautelare, soprattutto qualora la stessa coincida con la fase delle indagini preliminari, le circostanze e le modalità del fatto sono desunte da meri indizi raccolti unilateralmente dalla pubblica accusa, in quanto tali sottratti al contraddittorio delle parti.

La fisionomia del fatto, in altri termini, può apparire estremamente fluida in sede cautelare; parimenti la natura indiziaria degli elementi su cui si fonda l'applicazione di una misura *de libertate* dovrebbe indurre a ritenere preferibili soluzioni interpretative che non conferiscano eccessivo peso alle modalità della condotta nel giudizio prognostico sulla sussistenza del pericolo di *reiteratio criminis*, a discapito di altre che invece valorizzino opportunamente tutti gli ulteriori elementi estranei al fatto stesso, puntualmente richiamati dal legislatore nella disposizione in commento.

2. La prognosi soggettiva: la rilevanza dei precedenti penali.

Come poc'anzi precisato, la prognosi soggettiva avente ad oggetto la personalità dell'indagato/imputato si scompone nella valutazione alternativa di due fattori indicati espressamente dal legislatore: i «comportamenti ed atti concreti» o la sussistenza di «precedenti penali».

Quanto al primo parametro, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che mentre l'espressione modalità e circostanze della condotta attiene al fatto per cui si procede, l'espressione «comportamenti ed atti concreti» farebbe invece riferimento alla condotta estranea al fatto reato, ovvero alla condotta dell'imputato ad esso «antecedente o successiva»⁴⁵. Focalizzando l'attenzione sui «precedenti penali», invece, occorre evidenziare che, anche in questo caso, una lettura aderente al dettato normativo imporrebbe di dare rilievo solamente alle condanne divenute definitive con sentenza passata in giudicato, a discapito dei procedimenti ancora in fase di accertamento.

Ed invero, il legislatore è stato chiaro nell'utilizzare l'espressione «precedenti penali» con la quale, come noto, nel linguaggio processual-penalistico si intendono le sole condanne divenute irrevocabili. Ciononostante, ancora una volta, l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza ha determinato un sostanziale ampliamento della disposizione in esame, attribuendo rilevanza non soltanto alle condanne divenute definitive ma anche ai procedimenti ancora in corso iscritti a carico del destinatario della misura.

Così che è stato affermato che la pericolosità sociale della persona sottoposta ad indagine e/o imputato può essere legittimamente desunta anche dai carichi pendenti, da intendersi come «elementi sui quali basare la prognosi sulla capacità a delinquere del colpevole, così recitando testualmente l'art. 133, comma 2 n.2 del codice penale» e che, «la presenza, nel curriculum dell'indagato, di azioni di possibile rilevanza penale, sia pure *sub judice*, appare perfettamente compatibile con il potere, attribuito al giudice dall'art. 274 lett. c) c.p.p., di desumere la personalità dell'indagato anche da comportamenti o atti concreti diversi da quelli strettamente valorizzati per la elevazione del capo di incolpazione»⁶.

In sostanza, secondo l'orientamento maggioritario, i carichi pendenti non rilevrebbero in quanto riconducibili alla categoria dei precedenti penali, ma perché indicativi di «comportamenti o atti concreti» suscettibili di apprezzamento in via alternativa, ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato.

La soluzione, peraltro, secondo consolidata giurisprudenza, non determinerebbe «alcun contrasto con il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., atteso che tale principio vieta di assumere appunto la "colpevolezza" a base

di qualsivoglia provvedimento, fino a quando essa non sia stata definitivamente accertata, ma non vieta affatto di trarre elementi di valutazione sulla personalità dell'accusato dal fatto obiettivo della pendenza, a suo carico, di altri procedimenti penali»⁷.

Qualche dubbio in più, tuttavia, sorge con riferimento al richiamo operato in giurisprudenza ai contenuti dell'art. 133 c.p. in forza del quale, il giudice, nel determinare il trattamento sanzionatorio all'esito di una condanna, può tenere conto della capacità a delinquere del colpevole desunta anche dai «precedenti penali e giudiziari».

In diverse pronunce come in quella dianzi richiamata, infatti, si è lasciato intendere che la prognosi sul pericolo di *retieratio criminis* possa trovare il proprio fondamento anche nei parametri stabiliti dall'art. 133 comma 2 n.2 c.p.⁸, tra cui figurano non solo i precedenti penali, ma anche quelli giudiziari, categoria più ampia all'interno della quale possono ricomprendersi anche i procedimenti non costituiti da condanne definitive, i reati amnistiati, i proscioglimenti per prescrizione e per mancanza o remissione di querela, così come per non provata reità e altresì le stesse sentenze civili, ad esempio di dichiarazione di fallimento⁹.

Sulla scorta di tale estensione interpretativa, pertanto, è stato conferito rilievo anche ai carichi pendenti nel giudizio prognostico di natura soggettiva sulla sussistenza del pericolo di reiterazione.

A ben vedere, tuttavia, la soluzione giurisprudenziale non convince pienamente; non soltanto perché la diversa natura tra misura cautelare e pena dovrebbe indurre a tenere separati i due tipi di giudizio – atteso che la prima non può essere considerata come una anticipazione della seconda – ma anche per ragioni di ordine sistematico.

Invero, è ragionevole ritenere che qualora il legislatore avesse inteso rinviare ai parametri dell'art. 133 c.p. in sede cautelare, lo avrebbe espressamente fatto, come d'altronde si verifica in altre fattispecie disciplinate dal codice di procedura penale¹⁰.

Al contrario, la scelta legislativa è stata quella di circoscrivere il giudizio sulla personalità alla valutazione dei soli precedenti penali o comportamenti e atti concreti, omettendo qualsivoglia riferimento a tutti i parametri di cui all'art. 133 c.p.

Sembrerebbe, in definitiva, che il legislatore abbia volutamente escluso dal fuoco del giudizio cautelare tutte quelle pendenze che, in ragione dell'incertezza del loro esito, non abbiano un grado di stabilità tale da giustificare una privazione della libertà personale, né da fondare un giudizio sulla personalità del destinatario della misura.

3. La pronuncia in commento.

Esaminato brevemente il quadro giurisprudenziale in materia di pericolo di *reiteratio criminis*, è ora possibile analizzare il contenuto della sentenza in commento.

Il procedimento da cui scaturisce la pronuncia in esame trae la sua origine da una ordinanza cautelare disposta dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Novara, con la quale è stata applicata la misura dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria nei confronti di più persone sottoposte ad indagine nell'ambito di un procedimento iscritto per i reati di associazione per delinquere finalizzata alla truffa ed all'esercizio abusivo della professione di mediatore creditizio.

Nel dettaglio, nel caso di specie, il Giudice desumeva la sussistenza del *periculum* di reiterazione: a) dal fatto che tutti gli indagati avevano «elaborato e posto in essere uno schema delittuoso finalizzato ad ottenere denaro da persone, fisiche e società, bisognose di accedere al credito»; b) dalla particolare intensità dell'elemento soggettivo dei reati commessi; c) soltanto per tre dei quattro destinatari della misura, infine, la pericolosità veniva confermata «dai loro precedenti penali».

Orbene, avverso l'ordinanza cautelare proponeva istanza di riesame il difensore di uno solo degli indagati, lamentando, in punto di esigenze cautelari, che il proprio assistito, contrariamente a quanto sostenuto nel provvedimento impugnato, risultava assolutamente incensurato e come il pericolo ipotizzato fosse del tutto inattuale, posto che i vari membri del presunto sodalizio non avevano reciproci contatti da oltre tre anni.

Veniva altresì evidenziato, per puro scrupolo difensivo, che in una informativa di polizia giudiziaria presente in atti risultavano alcune denunce iscritte in passato a carico dell'indagato, assai risalenti nel tempo, le quali tuttavia non avevano avuto alcun seguito, posto che – tra l'altro – oltre il certificato del casellario “vuoto”, in atti non erano presenti

certificati di carichi pendenti attestanti eventuali pendenze *sub iudice*.

Il provvedimento del Tribunale del Riesame di Torino, rigettando le deduzioni difensive, riteneva tuttavia fondato il pericolo di *reiteratio criminis*, valorizzando proprio le iscrizioni ex art. 335 c.p.p. a carico del prevenuto, per quanto – come in un inciso precisato – «eventualmente per le stesse non [fosse] stata esercitata l'azione penale».

Avverso la pronuncia del riesame la persona sottoposta ad indagine proponeva ricorso per Cassazione deducendo il vizio di manifesta illogicità e/o contraddittorietà della motivazione del provvedimento impugnato, ex art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p. con riferimento alla omessa valutazione delle eccezioni difensive in punto di insussistenza delle esigenze cautelari.

In primo luogo, veniva evidenziato dal ricorrente come nel caso di specie, né il Pubblico Ministero nella richiesta cautelare, né il GIP nell'ordinanza dispositiva della misura, né tantomeno il Tribunale del Riesame, avessero avuto cura di verificare, al momento dell'assunzione dei rispettivi provvedimenti, se le *notitiae criminis* richiamate nell'informativa della polizia giudiziaria avessero avuto seguito o se, invece, nelle more, fossero state formulate eventuali richieste di archiviazione.

Tale verifica avrebbe dovuto essere ancor più doverosa in considerazione del fatto che le denunce poste a fondamento della prognosi di pericolosità risultavano risalenti al periodo 2015 - 2018 con la conseguenza che, essendo con ogni probabilità interamente decorsi i termini di conclusione delle indagini preliminari al momento dell'applicazione della misura (dicembre 2020), le stesse notizie di reato avrebbero potuto essere già oggetto di archiviazione.

In altri termini, l'intervallo di tempo intercorrente tra la data di iscrizione delle notizie di reato poste a fondamento dell'ordinanza applicativa della misura e la data di applicazione della misura stessa avrebbe dovuto imporre un aggiornamento necessario sullo stato delle iscrizioni, di cui tuttavia non v'era alcuna traccia o menzione all'interno del fascicolo procedimentale.

In secondo luogo, fulcro della deduzione difensiva riguardava proprio l'impossibilità di far discendere il giudizio di pericolosità dalle sole denunce iscritte a carico del prevenuto, in quanto, la *littera legis* dell'art. 274 lett. c) c.p.p. escluderebbe la possibilità di

fondare la prognosi *de qua* sulla base di eventuali iscrizioni ex art. 335 c.p.p., limitando l'oggetto della valutazione ai soli precedenti penali, ovvero – come sostenuto dalla giurisprudenza – ai carichi pendenti. In altri termini, sosteneva la difesa, che la pericolosità della persona attinta dalla misura cautelare poteva essere desunta solamente da condanne divenute irrevocabili ovvero, tutt'al più da quei procedimenti in relazione ai quali il Pubblico Ministero avesse già effettuato un preliminare vaglio di fondatezza dell'accusa esercitando l'azione penale.

Ed invero, secondo un orientamento citato dal ricorrente, «il fatto che siano in corso indagini preliminari di per sé non può venire ritenuto significativo della pericolosità sociale dell'imputato, fino a quando il fondamento delle ipotesi accusatorie non sia stato verificato da un giudice»¹¹.

La Sezione Seconda della Corte di Cassazione, tuttavia, respingeva il motivo di censura affermando il principio secondo cui, anche «le pendenze giudiziarie» sono da considerarsi quali «elementi sintomatici della personalità del prevenuto che ancorché non menzionate espressamente dall'art. 274, comma primo, lett. c), cod. proc. pen., hanno una loro importanza ai fini del giudizio sulla capacità a delinquere, come si desume dall'art. 133 cod. pen., ed in ogni caso in cui l'ordinamento imponga una valutazione della personalità dell'indagato o dell'imputato, quindi anche in tema misura cautelari. L'accezione amplissima ricomprende non solo le condanne passate in giudicato e quelle non definitive, ma anche i procedimenti penali ancora nella fase delle indagini preliminari. Correttamente sono stati, pertanto, presi in considerazione non solo i precedenti penali, ma anche le pendenze giudiziarie (In tal senso: Sez. VI penale, del 24 agosto 2006, n. 29405; Sez. III n. 24123 del 21/07/2016 Rv. 270509)». In sostanza, nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover ampliare l'ambito applicativo dell'art. 274 c.p.p. anche alle iscrizioni 335 c.p.p., in quanto le stesse entrerebbero nel novero delle pendenze giudiziarie, suscettibili di apprezzamento ai fini della prognosi sul giudizio della personalità dell'imputato, al pari dei carichi pendenti e dei precedenti penali.

Ancora una volta, la Corte, nel motivare la soluzione adottata, richiama l'art. 133 c.p., finendo così per confermare una sorta di piena sovrapposibilità tra la prognosi prevista dal legislatore sostanziale nella determinazione del *quantum* della pena e quella di

cui all'art. 274 c.p. finalizzata al giudizio alla verifica sulla sussistenza del *periculum* di *reiteratio criminis*.

4. Riflessioni conclusive.

A prescindere dalle considerazioni già espresse sull'applicabilità dell'art. 133 c.p. in sede cautelare, la risposta fornita dalla sentenza in commento lascia insoddisfatti per molteplici ordini di ragioni.

La soluzione interpretativa adottata dalla Corte di Cassazione, infatti, pare ampliare in maniera oltremodo sproporzionata i confini del giudizio sulla personalità del prevenuto, conferendo eccessivo rilievo alla assunzione della qualifica di persona sottoposta ad indagine, circostanza che – in un sistema processuale basato sulla presunzione di innocenza – dovrebbe risultare assolutamente neutrale.

È significativo peraltro evidenziare che, nel procedimento in esame, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, nel condividere le prospettazioni difensive enunciate dal ricorrente, insisteva per l'accoglimento del motivo di impugnazione, richiedendo l'annullamento dell'ordinanza applicativa della misura.

In particolare, proprio riguardo alla rilevanza da doversi attribuire alle iscrizioni 335 c.p.p. nell'ambito del giudizio prognostico sul pericolo di *reiteratio criminis* l'organo di accusa evidenziava come, a suo giudizio, non si potesse conferire «alcun rilievo decisivo ai fini del giudizio prognostico che qui interessa alle notizie di reato, *recte* plurime denunce presentate nei confronti del [...]. Una diversa opzione cozza contro la doverosa, per quanto sopra detto, interpretazione costituzionalmente orientata della soggetta materia e della necessità di preservare i beni-interessi della libertà personale, della difesa, e della presunzione di non colpevolezza, presidiati dagli artt. 13 Cost, tenuto conto del “rango assegnato, nel nostro ordinamento, al diritto alla libertà personale, definito “inviolabile” dall'art. 13, primo comma, Cost.” (così testualmente Corte Cost. sentenza n. 191 del 2020); 24 Cost., quale esplicazione del diritto di difesa che non è posta in grado di controbattere in relazione a notizie di reato di cui potrebbe essere anche all'oscuro; 27, comma secondo, Cost., non potendo attribuirsi alla coercizione personale i tratti funzionali tipici della pena. Peraltro, attribuire valenza prognostica a notizie di reato che non siano state positivamente vagliate dall'autorità giudiziaria, quanto meno ai fini

dell'esercizio dell'azione penale, significa fondare il giudizio su elementi assolutamente fragili, sia da un punto di vista fattuale, sia da un punto di vista giuridico».

In sostanza, per come evidenziato dallo stesso Procuratore Generale, la soluzione volta a conferire rilevanza alle iscrizioni 335 c.p.p. nell'ambito del giudizio prognostico sul pericolo di *reiteratio criminis* si pone in netto contrasto con tutti i principi costituzionali che governano la materia cautelare.

Nello stesso senso, poi, depongono ulteriori considerazioni di ordine generale.

In particolare, occorre considerare che la mera iscrizione del nominativo nel registro delle notizie di reato costituisce atto dovuto da parte del Pubblico Ministero, il quale è vincolato al compimento di attività investigativa a prescindere da ogni valutazione di opportunità delle indagini¹²; l'iscrizione, in altri termini, in ragione della sua natura obbligatoria, non presuppone alcuna prognosi di fondatezza della notizia di reato e pertanto nulla rivela in ordine alla pericolosità della persona sottoposta ad indagine.

Inoltre, nella fase investigativa, la fondatezza della accusa potrebbe essere esclusa *ab origine* dallo stesso Pubblico Ministero, tramite la formulazione di una richiesta di archiviazione, con la conseguenza che, nello specifico segmento procedimentale delle indagini, l'originaria prospettazione accusatoria potrebbe non superare neppure il primissimo vaglio preliminare di fondatezza da parte del titolare stesso dell'azione penale.

Va considerato, infine, che la sola iscrizione, diversamente dal caso in cui sia formulata l'imputazione, si contraddistingue per una natura sommaria e mutevole¹³, potendo essere soggetta nel corso delle indagini ad eventuali modificazioni favorevoli per l'indagato, con la conseguenza che, fino a quando non sia stata esercitata l'azione penale,

la stessa difficilmente è in grado assumere i connotati "fisici" per essere posta a fondamento di un giudizio di pericolosità.

In definitiva, si conviene con il Procuratore Generale nel ritenere che l'attribuzione di qualsivoglia rilevanza in sede cautelare alle iscrizioni ex art. 335 c.p.p. non soltanto si pone in contrasto con molteplici principi di rango costituzionale, ma equivale altresì a fondare un giudizio di pericolosità sulla scorta di elementi assolutamente inconsistenti. Ad avviso di chi scrive, pertanto, il caso in esame avrebbe potuto costituire l'occasione per porre un freno all'estensioni interpretative di matrice giurisprudenziale che, in materia cautelare, nel corso del tempo hanno contribuito ad allentare le maglie della tassatività imposta dal legislatore.

Non solo.

L'occasione è mancata altresì per conferire concretezza all'art. 27 Cost. all'interno del nostro ordinamento, anche alla luce del recente recepimento da parte dello Stato, mediante il d.lgs. n. 188/2021, della direttiva (UE) 2016/343, «sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza».

Invero, come autorevolmente sostenuto, perché sia garantita la «concreta effettività» della presunzione di cui all'art. 27 Cost., non basta «la formulazione di un principio sul piano normativo, magari rafforzato dalla solennità del contesto e dalla preminenza gerarchica della fonte»¹⁴; si rende necessario, al contrario, che il principio trovi spazio nella coscienza sociale e che di esso sia fatta costante applicazione da parte della giurisprudenza, onde evitare che – in fatto – si realizzi una equiparazione sostanziale tra imputato e colpevole.

Gianmarco Lorenzi

Avvocato del Foro di Roma

¹ Per una analisi più approfondita della nozione di "delitti della stessa specie" cfr. Commento all'art. 274 c.p.p., in AA.VV. a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Codice di Procedura Penale Commentato, Tomo I, Milano, 2010, p. 2894.

² Cass. pen., sez. II, 21/11/1997, n.4005.

³ *Ex plurimis* cfr.: Cass. pen. Sez. II, 22/06/2005, n. 34642 secondo cui: «In tema di esigenza cautelare costituita dal pericolo di reiterazione di reati della stessa indole, prevista dall'articolo 274, comma 1, lettera c), del c.p.p., le "specifiche modalità e circostanze del fatto", in base alle quali il giudice deve valutare le esigenze cautelari nel singolo caso concreto, ben possono essere prese in considerazione anche per il giudizio sulla pericolosità sociale dell'indagato, costituendo la condotta tenuta in occasione della commissione del reato un elemento diretto particolarmente significativo per valutare la personalità dell'agente: in vero, nulla impedisce di attribuire alle medesime modalità e circostanze di fatto una duplice valenza, sia sotto il profilo della valutazione della gravità del fatto, sia sotto il profilo dell'apprezzamento della capacità a delinquere dell'indagato».

⁴ Cfr. Cass. pen. Sez. III, 03/12/2003, n. 306.

⁵ Va da sé, tuttavia, che anche tale distinzione pare perdere ogni rilevanza nel caso in cui si riconosca la possibilità di far discendere il giudizio sulla personalità dal fatto per cui si procede.

⁶ Cfr. Cass. pen. Sez. V, 19/10/2004, n. 44882.

⁷ In tal senso cfr. Cass. pen. Sez. I, n. 4878/1997; Cass. pen. Sez. III, n. 1309/2000; Cass. pen. Sez. II, n. 7045/2013; Cass. pen. Sez. VI, n. 45934/2015; Cass. pen. Sez. I, n. 51030/2017.

⁸ In dottrina, dello stesso avviso, MARZADURI, *sub art.* 274, in Comm. Chiavario, agg., III, Torino, 1998, p.161.

⁹ In tal senso cfr. Corte d'Appello Torino Sez. II, 08/04/2009: «Secondo costante giurisprudenza ed uniforme dottrina, non sono solo i precedenti penali (ossia le condanne definitive) che devono venire in considerazione ai fini del trattamento sanzionatorio; è invece perfettamente legittimo e ragionevole prendere in considerazione - quali espressione della condotta del reo, antecedente alla commissione del reato e di cui all'art. 133, comma 2, lett. 2) - anche le pendenze giudiziarie e "gli altri precedenti giudiziari", ossia quelli non costituiti da condanne definitive, rientrando in siffatta tipologia i reati amnistiati, i proscioglimenti per prescrizione e per mancanza o remissione di querela così come per non provata reità (le stesse sentenze civili, ad es. di dichiarazione di fallimento ecc., sono ritenute elementi di cui il giudice penale deve debitamente tenere conto)».

¹⁰ A titolo di esempio si faccia riferimento alla disposizione di cui all'art. 464 - quater c.p.p., ai sensi del quale: «La sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati». In questo caso, il legislatore ha inteso espressamente rinviare all'art. 133 c.p. quale parametro di giudizio ai fini della valutazione sul pericolo di *reiteratio criminis*.

¹¹ Cass. pen. sez. VI 19.5.1992 in Giur. It., 1993, II, 598.

¹² L'indagine preliminare «*serve a conoscere per agire, non per giudicare*» cfr. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*: II) diritto processuale penale, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Treccani, 2002, p.5 e ss.; nello stesso senso cfr. SIRACUSANO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2013, p. 391.

¹³ In questo senso INZERILLO, *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 2005, p. 736.

¹⁴ ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, p. 6.

Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla *compliance* 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario.

di **M. Vulcano**

Il contributo analizza le recenti modifiche al codice antimafia introdotte dal D.L. n. 152/2021, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR, che vanno considerate come un ulteriore passo nella direzione di quella linea evolutiva della prevenzione amministrativa e giurisdizionale antimafia che si muove in una logica recuperatoria rispetto ad imprese non mafiose, ma solo oggetto di tentativi di infiltrazione. L'obiettivo è quello di preservare, per quanto possibile, realtà produttive che seppur interessate da fenomeni criminali non siano state compromesse nel loro core business. Il contributo pone in luce gli aspetti positivi introdotti dalla riforma, quali, ad esempio, l'introduzione del contraddittorio endo-procedimentale nel rilascio delle informative antimafia e la scelta di introdurre la misura della prevenzione collaborativa, quale forma alternativa all'interdittiva. L'autrice non manca, però, di evidenziare come l'intento riformatore del legislatore non risolva i nodi del controllo giudiziario, continuando a mantenere in secondo piano lo spinoso problema della sovrapposizione tra giurisdizione ordinaria e autorità e giurisdizione amministrative, che non può continuare ad essere risolto dalla fertillissima prassi delle misure di prevenzione patrimoniali e dall'instancabile opera d'interpretazione di dottrina e giurisprudenza. Non resta che auspicare, de iure condendo, una definitiva razionalizzazione della materia diretta ad evitare sovrapposizioni ed inutili duplicazioni di istituti.

Sommario. **1.** Introduzione. – **2.** L'introduzione del contraddittorio nel procedimento di rilascio delle informazioni antimafia (art. 48 del decreto legge "Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia"). – **3.** Le nuove misure di prevenzione collaborativa: il "controllo amministrativo" (art. 48 del decreto-legge "Prevenzione collaborativa"). – **4.** L'adozione ed efficace attuazione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001 nel codice antimafia. – **4.1.** Il Modello 231 nelle imprese sottoposte a sequestro e a confisca. – **5.** Modifiche all'art. 34 bis codice antimafia: rapporti tra le nuove misure prefettizie e il controllo giudiziario delle aziende (art. 47 Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario delle aziende). – **6.** Riflessioni conclusive.

1. Introduzione.

Il decreto legge recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e la prevenzione delle infiltrazioni mafiose (D.L. 6 novembre 2021, n. 152 – G.U. 6 novembre 2021, n. 265), ha introdotto, con il Titolo IV, rubricato Investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia, artt. 47, 48 e 49, importanti modifiche al Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, adottato con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia).

Occorre premettere che l'attuale codice antimafia costituisce il punto di approdo di un tormentato percorso legislativo che la materia di prevenzione ha compiuto in oltre un secolo e mezzo per contrastare fenomeni associativi di stampo mafioso. L'opera del legislatore in materia di misure di prevenzione, però, non si è arrestata al 2011. L'intervento più significativo di riforma del codice antimafia è stato

realizzato con la l. 17 ottobre 2017, n. 161, entrata in vigore il 19 novembre 2017, che ha avuto quale filo conduttore la ricerca di una possibile sintesi tra il libero esercizio dell'attività d'impresa ed un'efficace prevenzione dell'infiltrazione mafiosa nell'economia legale.

Il legislatore, infatti, in considerazione della sempre più accentuata vocazione imprenditoriale delle mafie e della dimostrata abilità delle organizzazioni criminali di insinuarsi in realtà imprenditoriali sane, ha messo in campo nuovi e più duttili strumenti di bonifica aziendale in alternativa a quelli ablatori, attraverso la revisione dell'art. 34 che disciplina l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende e l'introduzione dell'art. 34-bis che disciplina l'istituto del controllo giudiziario delle aziende a rischio di infiltrazione mafiosa. Lo scopo di tali misure non è più quello sanzionatorio-ablatorio, tipico del paradigma

confiscatorio, bensì quello terapeutico volto al recupero di realtà economiche che, seppure incise da tentativi di infiltrazione mafiosa, manifestino un grado di autonomia gestionale dalle consorterie criminali sufficiente a consentire un'attività economica corretta risultando, pertanto, meritevoli di un intervento eterodiretto, volto alla bonifica programmatica delle posizioni critiche.

Il progressivo allargamento di un modello terapeutico rispetto alle aziende vulnerabili ai condizionamenti criminali, a scapito di quello meramente ablatorio, dunque, corrisponde anche al mutamento che da diversi anni si registra nei rapporti tra imprese e organizzazioni criminali. Una tendenza che si è sviluppata anche sul fronte amministrativo. Le misure alternative al modello confiscatorio dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario coesistono, infatti, con una serie di altre misure: il sistema delle informazioni antimafia interdittive, strumento cautelare di massima anticipazione della soglia di difesa sociale; il modello di responsabilità degli enti disegnato dal d.lgs. n. 231/2001; le misure straordinarie di gestione sostegno e monitoraggio delle imprese, introdotte con il D.L. n. 90/2014 (conv. con mod. in l. 11 agosto 2014, n. 114), disposte esclusivamente in funzione anticorruptiva ed orientate alla completa esecuzione delle prestazioni oggetto di uno specifico contratto pubblico di appalto¹; le misure che operano sul piano reputazionale, come i protocolli di legalità ed i *compliance programs*; le norme sul *rating* aziendale del codice dei contratti pubblici e altri strumenti a carattere preventivo preesistenti.

Si è andata progressivamente affermando, quindi, una linea evolutiva dell'ordinamento che, sia in ambito giurisdizionale che amministrativo, di pari passo con il superamento di un approccio esclusivamente punitivo e repressivo al crimine organizzato, tende alla individuazione di svariati strumenti alternativi di tipo preventivo e di controllo, calibrati sul diverso grado di interferenza criminale, che mirano, sulla base di un giudizio prognostico, a salvaguardare la continuità dell'attività dell'impresa nella prospettiva terapeutica di una sua bonifica e successiva riabilitazione.

2. L'introduzione del contraddittorio nel procedimento di rilascio delle informazioni antimafia (art. 48 del decreto legge "Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia").

In questa direzione preventiva e di controllo si è mosso anche il decreto legge n. 152/2021 che, modificando l'art. 92 del codice antimafia ha introdotto il contraddittorio con l'interessato nel procedimento di rilascio delle informazioni antimafia.

Giova ricordare che le informazioni antimafia, nella definizione contenuta nell'art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159/2011, consistono nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 d.lgs. n. 159/2011, nonché nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali situazioni relative a tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicate nel comma 4 dell'art. 84 codice antimafia.

Il d.lgs. n. 159/2011 prevede che il rilascio dell'informazione antimafia da parte del Prefetto avvenga, a seguito della consultazione della banca dati nazionale unica, nei casi in cui non emergano, nei confronti dell'interessato, cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 d.lgs. n. 159/2011 o un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, dello stesso decreto. Nei casi in cui, invece, dalla consultazione emergano le cause di decadenza, di sospensione o di divieto o un tentativo di infiltrazione mafiosa previsti dalla normativa antimafia, il Prefetto dispone le necessarie verifiche e rilascia l'informazione antimafia interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione.

Le informative, quindi, producono effetti liberatori ovvero interdittivi a seconda degli esiti della verifica eseguita dall'autorità amministrativa.

La legislazione antimafia, perseguendo una finalità di pubblica sicurezza, costituisce la forma più avanzata di contrasto avverso il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nell'attività economica, assurgendo a garante della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione, in linea con il disposto di cui all'art. 97 Cost².

All'interno della normativa antimafia, l'informazione interdittiva rappresenta un provvedimento amministrativo al quale deve essere attribuita natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41, primo comma, Cost.³.

Tuttavia, l'informazione antimafia interdittiva ha conseguenze giuridiche piuttosto severe, provocando una particolare forma di incapacità giuridica del soggetto, parziale e temporanea, a contrattare con la pubblica amministrazione⁴.

Da tempo, soprattutto in dottrina, si auspicava un intervento legislativo che prevedesse l'introduzione, in materia di informazione antimafia, di un contraddittorio teso ad attenuare gli effetti draconiani delle interdittive che, precludendo l'assegnazione di gare o interrompendo l'affidamento di subappalti o sospendendo l'attività dei cantieri, paralizzano l'attività di impresa, tanto da essere assimilate da una parte della dottrina ad una sorta di "ergastolo imprenditoriale"⁵.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha sempre mostrato un'interpretazione piuttosto severa affermando che "l'informazione antimafia non richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale, meramente eventuale in questa materia ai sensi dell'art. 93, comma 7, D.Lgs. n. 159 del 2011 né è configurabile l'applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241 del 1990 non essendo l'informazione antimafia provvedimento vincolato, ma per sua stessa natura discrezionale"⁶.

La natura preventiva e non sanzionatoria del sistema delle informazioni antimafia interdittive, scollegata da qualsivoglia logica penale o *lato sensu* punitiva - più volte affermata dal Consiglio di Stato - costituisce un limite all'iniziativa economica privata, che viene giustificato dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion di essere, costituisce un "danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41, comma secondo, Cost.), già sul piano dei rapporti tra privati, prima ancora che in quello con le pubbliche amministrazioni, oltre a porsi in contrasto, ovviamente, con l'utilità sociale, limite allo stesso esercizio della proprietà privata⁷.

Proprio l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico sottesa alla legislazione antimafia - secondo il Consiglio di Stato - giustifica la portata derogatoria degli istituti della legislazione amministrativa antimafia rispetto alle generali regole sul procedimento amministrativo, consacrate dalla l. n. 241 del 1990 relativa all'attenuazione delle garanzie procedurali⁸. L'autorità amministrativa sarebbe esonerata dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241, relativamente all'informativa antimafia, nonché da altre procedure partecipative, trattandosi di procedimento in materia di prevenzione antimafia, caratterizzato da profili del tutto specifici connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza. In sintesi, secondo il Consiglio di Stato, l'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali

in gioco, può comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale in favore del soggetto nei cui riguardi l'Amministrazione si propone di rilasciare una informativa antimafia interdittiva⁹.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che il procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia non sconta una totale assenza di contraddittorio, nel nostro ordinamento, ma conosce una interlocuzione solo eventuale, prevista dall'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui il Prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, invita in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione utile¹⁰. Inoltre, l'eventuale sacrificio di queste garanzie procedurali e dei diritti di difesa, necessario e proporzionato rispetto al fine perseguito, sarebbe compensato dal successivo sindacato giurisdizionale sull'atto adottato dal Prefetto.

A tale proposito, il Consiglio di Stato ha affermato che, contrariamente a quanto assume parte della dottrina¹¹, il successivo vaglio giurisdizionale sul provvedimento interdittivo "è pieno ed effettivo, in termini di *full jurisdiction*, anche secondo il diritto convenzionale", perché investe tanto la c.d. *tassatività sostanziale* che la c.d. *tassatività processuale*¹².

Tuttavia, giova rammentare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha accolto il principio del rispetto del contraddittorio, quale esplicazione del diritto di difesa, principio fondamentale dell'ordinamento europeo che trova applicazione nei procedimenti amministrativi "restrittivi", sicché il destinatario di un provvedimento teso ad incidere in modo sensibile sui suoi interessi deve essere messo nelle condizioni effettive di manifestare la sua volontà e di esporre le ragioni della sua difesa in ordine alle situazioni e agli elementi sui quali l'amministrazione andrà a decidere¹³.

Di recente il Tar Puglia, sede di Bari, con ordinanza n. 28 del 13 gennaio 2020 ha affermato che l'orientamento del Consiglio di Stato si scontra con il principio del contraddittorio, che, essendo di matrice comunitaria, è direttamente applicabile nel nostro ordinamento. "La partecipazione procedimentale" - sostiene il Tar - "prima ancora che doverosa in base al principio del giusto procedimento, sarebbe utile per l'autorità prefettizia, nei termini di una più

efficiente azione amministrativa rispondente al principio del buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.), perché le consentirebbe di acquisire, un quadro istruttorio più ampio e complesso, notizie ed elementi utili ad evitare l'emissione di un provvedimento tanto incisivo sulla libertà di impresa".

Anche un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato¹⁴ riconosce l'importanza dell'audizione in sede procedimentale dell'interessato, quando ciò non comprometta la *ratio* stessa dell'informazione interdittiva antimafia quale massima misura preventiva. Secondo tale orientamento l'impresa, partecipando alla fase procedimentale, potrebbe su proposta della Prefettura, adottare misure di *self cleaning*. Inoltre, la partecipazione procedimentale garantirebbe al Prefetto di intervenire con il provvedimento interdittivo solo nei casi in cui gli elementi posti a fondamento della misura preventiva siano inequivocabili e comunque non altrimenti giustificabili. L'impresa potrebbe così, in sede procedimentale, indicare il proprio punto di vista "in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione".

Appare evidente, dunque, la portata innovativa del D.L. 152/2021 che – in adesione alle proposte avanzate da parte della dottrina e alla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato – ha introdotto a pieno titolo il contraddittorio nel procedimento di rilascio delle informazioni antimafia, che non è più una mera eventualità affidata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa.

Si tratta di una importante novità legislativa anche in considerazione del dubbio, da più parti sollevato, relativo alla compatibilità tra il provvedimento interdittivo - adottato senza alcun confronto procedimentale tra la pubblica amministrazione procedente e l'impresa ricorrente - e le fonti di diritto dell'Unione Europea, che riconoscono, come si è detto, il principio del contraddittorio come esplicazione del diritto ad una buona amministrazione.

Il comma 2-bis dell'art. 92 d.lgs. n. 159/2011, sostituito dal decreto legge in commento, prevede, quindi, che nel caso in cui il Prefetto, sulla base degli esiti delle verifiche di cui si è detto, "ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'art. 94-bis, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione

al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'art. 93, commi dal 7 al 9". Effetto immediato di tale comunicazione è la sospensione, con decorrenza dalla relativa data di invio, del termine di trenta giorni per il rilascio dell'informazione antimafia interdittiva, previsto dall'art. 92, comma 2, d.lgs. n. 159/2011. La procedura del contraddittorio si conclude entro sessanta giorni dalla data di ricezione della comunicazione (termine ordinatorio). Naturalmente non potranno formare oggetto della comunicazione elementi informativi il cui disvelamento possa pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. In sintesi, viene previsto che all'impresa sotto indagine sia notificato un preavviso di interdittiva o della misura amministrativa di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-bis codice antimafia, di cui si dirà più diffusamente avanti, con il riconoscimento di un termine breve (non superiore a 20 giorni) per la richiesta di audizione e la produzione di ogni informazione ritenuta utile, anche allegando elementi documentali e memorie esplicative da parte dell'impresa destinataria.

Il comma 2-quater dell'art. 92 codice antimafia, introdotto dal D.L. n. 152/2021, prevede che nell'intervallo che intercorre tra la comunicazione all'interessato e la conclusione del contraddittorio possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia: il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa. Si tratta di una novità di grande rilievo poiché consente all'interessato di adottare misure di *self cleaning* organizzative, depurandosi in via autonoma da quegli elementi aziendali che avevano dato luogo al sospetto di infiltrazione o agevolazione e ripristinare

la piena legalità dell'impresa senza subire gli effetti negativi dell'interdittiva.

Il nuovo comma 2-ter, introdotto dal D.L. n. 152/2021, prevede che all'esito della procedura di contraddittorio di cui al comma 2-bis il Prefetto possa adottare: (i) informazione antimafia liberatoria, qualora accerti l'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa; (ii) informazione antimafia interdittiva, nel caso di sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, verificando, altresì, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32, comma 10, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) e, in caso positivo, informando tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione; (iii) misure amministrative di prevenzione collaborativa, qualora accerti tentativi di infiltrazione mafiosa riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale (si tratta delle misure introdotte dal D.L. n. 152/2021 con il nuovo art. 94-bis codice antimafia, di cui si dirà più diffusamente al paragrafo successivo).

Pertanto, il Prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza di una o più misure per un periodo ben definito compreso tra sei e dodici mesi.

È evidente l'intento del legislatore di rafforzare l'intervento dell'autorità amministrativa e di contenere "l'invasione di campo", che la riforma del 2017 aveva comportato nell'ambito della prevenzione prefettizia, con l'introduzione del controllo giudiziario teso ad arginare gli effetti preclusivi derivanti dall'interdittiva e ad assicurare all'impresa una continuità aziendale sotto il controllo del tribunale di prevenzione (art. 34-bis, commi 6 e 7, d.lgs. n. 159/2011).

3. Le nuove misure di prevenzione collaborativa: il "controllo amministrativo" (art. 48 del decreto legge "Prevenzione collaborativa").

L'art. 48 del D.L. n. 152/2021 introduce l'art. 94-bis codice antimafia rubricato "Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale".

Il primo comma dell'art. 94-bis prevede che il Prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con

provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più misure.

La prima misura che l'art. 94-bis, comma 1, lett. a), mette a disposizione del Prefetto per riparare l'impresa dai rischi di contagio mafioso, seppure occasionale, consiste nella possibilità di prescrivere alla società "sotto indagine" di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-ter d.lgs. n. 231/2001 al fine di rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale.

L'art. 94-bis, comma 1, alle lettere da b) ad e) prevede, inoltre, che il Prefetto possa imporre all'interessato tutta una serie di prescrizioni, in particolare: comunicare, entro quindici giorni dal loro compimento, al gruppo interforze istituito presso la Prefettura atti di disposizione, acquisto o pagamento effettuati e ricevuti, incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, contratti di associazione in partecipazione stipulati; per le società di capitali o di persone, la comunicazione di eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi. Per tutti questi atti di pagamento e riscossione il Prefetto può prescrivere di utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva.

Il comma 2 del nuovo art. 94-bis, prevede, infine, che il Prefetto, in aggiunta alle misure sopra descritte, possa nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo degli amministratori giudiziari di cui all'articolo 35, comma 2-bis, d.lgs. n. 159/2011 con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa. Il compenso spettante ai professionisti esperti nominati dal Prefetto è a carico dell'azienda e deve essere quantificato con il decreto di nomina e, in ogni caso, non può superare il cinquanta per cento di quello liquidabile sulla base dei criteri stabiliti dal decreto di cui all'art. 8 d.lgs. n. 14 del 2010. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa, società o associazione.

I commi 4 e 5 dell'art. 94-bis stabiliscono che alla scadenza della durata delle misure il Prefetto, ove accerti sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze che sia venuta meno l'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della

documentazione antimafia. Le misure di prevenzione collaborativa disposte dal Prefetto sono annotate in un'apposita sezione della banca dati di cui all'art. 96, a cui è precluso l'accesso ai soggetti privati sottoscrittori di accordi conclusi ai sensi dell'articolo 83-bis, e sono comunicate dal Prefetto alla cancelleria del tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione. Ne consegue che la misura della prevenzione collaborativa non pregiudica la credibilità dell'impresa e ne consente un totale recupero di affidabilità.

Le misure amministrative di prevenzione collaborativa, in virtù di un'apposita norma transitoria, saranno applicabili anche ai procedimenti amministrativi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legge per i quali, pur essendo stato effettuato l'accesso alla banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, non sia stata ancora rilasciata l'informazione antimafia.

L'istituto introdotto con l'art. 94-bis non è estraneo al codice antimafia. A ben guardare, infatti, la misura di prevenzione collaborativa con la nomina di esperti iscritti all'albo degli amministratori giudiziari è molto simile, nella sostanza, al controllo giudiziario disciplinato dall'art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011. E ciò soprattutto se si considera che le misure previste dall'art. 94-bis non sono tra loro alternative. Potrà accadere, molto verosimilmente, che il Prefetto prescriva la misura prevista dal secondo comma, prevedendo quindi un accompagnamento degli organi gestori da parte di uno o più amministratori giudiziari (fino ad un massimo di tre) con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa e che prescriva, contestualmente, le misure indicate nel primo comma. Queste ultime - ad eccezione di quella prevista dalla lettera e) relativa all'utilizzo di un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione - corrispondono in buona sostanza, agli obblighi che il tribunale può imporre alla società sottoposta a controllo giudiziario previsti dall'art. 34-bis, comma 3. Si tratta, in altre parole, di due forme di prevenzione speculari, l'una amministrativa, l'altra giurisdizionale. La *ratio* sottesa alla prevenzione collaborativa è la stessa del controllo giudiziario: non travolgere le imprese solo macchiate da marginali presenze mafiose, spesso inevitabili in alcuni territori per effetto di relazioni parentali, contatti e rapporti talvolta ineludibili, ma spesso enfatizzati in fase di rilascio delle comunicazioni antimafia.

Si può parlare, a ben guardare, di un "controllo amministrativo" che, in caso di esito positivo, anticipa e sostituisce il controllo giudiziario e, in caso di insuccesso ne ritarda o ne rende solo eventuale l'applicazione, ciò sia nel caso in cui venga disposto d'ufficio, sia nel caso in cui venga concesso su domanda dell'impresa (controllo giudiziario volontario). In sintesi, per le ipotesi di tentativi di infiltrazione occasionali, il decreto legge n. 152/2021 ha foggato una nuova misura amministrativa meno affittiva dell'interdittiva che condivide la medesima *ratio* del controllo giudiziario volontario, ma si caratterizza per una disciplina meno invasiva e ancor più dialogica con il soggetto sotto indagine.

Il nuovo modello di "prevenzione collaborativa" disegnato dal decreto legge in commento, analogamente a quanto accade con lo strumento del controllo giudiziario in sede giurisdizionale, apre la strada ad una forma di cooperazione partecipata, questa volta però non tra impresa e tribunale, bensì tra impresa e autorità amministrativa, consentendo a quest'ultima di entrare in azienda e verificare la presenza o meno dei pericoli di infiltrazione mafiosa senza però esporla al rischio di una paralisi e salvaguardando il *going concern* aziendale e i livelli occupazionali.

Così come è disegnato, il nuovo "controllo amministrativo", configura un'alternativa che realizza un diverso assetto di interessi: anziché inibire l'esercizio di determinate attività economiche con l'interdittiva antimafia, si mira a recuperare, ove possibile, i profili di competitività non inquinata della realtà aziendale ed a favorire un intervento dell'autorità amministrativa asseverato da migliori conoscenze delle condizioni operative della singola impresa. L'impresa considerata dal Prefetto permeabile alle infiltrazioni criminali sarà quindi affiancata dall'autorità amministrativa ed eventualmente da uno o più esperti dalla stessa nominati; sarà stimolata ad adottare misure di *self cleaning* organizzativo, indirizzata verso un percorso virtuoso diretto a creare quegli anticorpi che saranno in grado di sottrarla al condizionamento criminale, grazie a programmi di bonifica degli assetti e di prassi aziendali *tailor made*, disegnate su misura per quella impresa.

In tal modo l'interdittiva diventa strumento di *extrema ratio* utilizzabile "solo a fronte di situazioni gravi, chiare, inequivocabili, non altrimenti giustificabili e giustificate dall'impresa, secondo la logica della probabilità cruciale, di infiltrazione mafiosa, all'esito di una istruttoria più completa,

approfondita, meditata, che si rifletta in un apparato motivazionale del provvedimento amministrativo, fondamento e presidio della legalità sostanziale in un ordinamento democratico, che sia il più possibile esaustivo ed argomentato”¹⁵. È importante rilevare che tale opportunità, così come nel caso di ammissione dell’impresa al controllo giudiziario volontario da parte del tribunale, non costituisce un vantaggio solo della parte privata per scongiurare gli effetti di un’eventuale interdittiva prefettizia, bensì rappresenta un vantaggio per l’interesse pubblico, perché l’oggetto della tutela preventiva consistente nel preservare e “mettere in sicurezza” la capacità produttiva dell’azienda risponde anche all’interesse pubblico di preservare la stabilità macroeconomica del sistema, di proteggere, cioè, l’integrità dei mercati dalle contaminazioni criminali e limitare i riverberi negativi sulle economie locali potenzialmente derivanti dal contrasto statale¹⁶.

4. L’adozione ed efficace attuazione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001 nel codice antimafia.

Con il decreto legge n. 152/2021 il Modello 231 fa ingresso anche nel sistema della prevenzione amministrativa antimafia. Tra le misure di prevenzione collaborativa l’art. 94-bis, al primo comma, lett. a), prevede che il Prefetto quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all’impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l’adozione ed efficace attuazione di misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-ter d.lgs. 231/2001 al fine di rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale.

La positiva prassi derivante dall’adozione di una *compliance* 231 nelle misure giurisdizionali dell’amministrazione e del controllo giudiziari - che ha giocato un ruolo di primo piano nel percorso virtuoso di rilegalizzazione e bonifica delle società sottoposte a misura di prevenzione, tanto da determinare, in più casi, il tribunale alla revoca anticipata della stessa - ha indotto il legislatore contemporaneo a rafforzare l’adozione di modelli di organizzazione, gestione e controllo attraverso la loro introduzione nella nuova misura della prevenzione collaborativa di tipo amministrativo di competenza del Prefetto.

Il d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti, infatti, è entrato per la prima volta nel codice antimafia con la legge di

riforma n. 161/2017 che ha introdotto all’art. 34-bis il controllo giudiziario delle aziende. Il primo comma di tale articolo prevede che il Tribunale possa disporre, anche d’ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende se sussistono “circostanze di fatto” per ritenere che il libero esercizio dell’attività di impresa possa assumere carattere ausiliario ed agevolatorio rispetto all’attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluni specifici delitti. Tale strumento trova applicazione, dunque, quando sia desumibile il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, idoneo a condizionare l’attività dell’impresa, nei casi in cui l’agevolazione rivesta il carattere dell’occasionalità. Il controllo giudiziario può essere disposto dal tribunale sempre che non si ritengano sussistenti i presupposti per il sequestro o la confisca, oltre che nel caso di revoca dell’amministrazione giudiziaria di cui all’art. 34 codice antimafia e può essere adottato per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni.

La misura, oltre che d’ufficio, può essere disposta dal tribunale anche a seguito di richiesta dello stesso imprenditore (cd. controllo giudiziario volontario) che sia stato colpito da informazione interdittiva antimafia comminata dal Prefetto ex art. 91 codice antimafia, purché abbia impugnato il provvedimento prefettizio dinanzi al giudice amministrativo (art. 34-bis, comma 6 codice antimafia).

Il controllo è articolato in due forme diverse: una più mite, che si sostanzia in meri obblighi di comunicazione periodica di atti di disposizione patrimoniale o di altri atti o contratti individuati dal tribunale (art. 34-bis, comma 2, lett. a, codice antimafia), e una più incisiva, che si traduce nella costituzione di un vero e proprio presidio di vigilanza, sotto l’egida di un amministratore giudiziario (*rectius* controllore) incaricato di supervisionare dall’interno l’attività di impresa e il corretto adempimento, da parte dell’operatore economico, di una serie di obblighi individuati dal tribunale con il provvedimento che dispone la misura e di riferirne, con cadenza almeno bimestrale, al giudice delegato e al pubblico ministero (art. 34-bis, comma 2, lett. b).

Gli obblighi che il tribunale può imporre all’impresa sono previsti dal comma 3 dell’art. 34-bis, secondo il quale: “Con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale stabilisce i compiti dell’amministratore giudiziario finalizzati alle attività

di controllo e può imporre l'obbligo: a) di non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato; b) di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell'amministratore giudiziario; c) di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi; d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni; e) di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi".

Appare importante rilevare che, pur in mancanza di una espressa previsione normativa, la *compliance* 231 ha acquisito un ruolo centrale anche nella misura più penetrante dell'amministrazione giudiziaria disciplinata dall'art. 34 d.lgs. n. 159/2011 che è disposta dal tribunale nei casi in cui sia stata constatata l'esistenza di una agevolazione non occasionale come nel controllo giudiziario, bensì stabile, perdurante, realizzata dall'azienda verso persone portatrici di pericolosità qualificata.

Ciò soprattutto grazie alla pionieristica e feconda prassi della Sezione Autonoma delle Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano che, in più occasioni, ha inserito nel piano di azione diretto alla società nei cui confronti veniva disposta la misura prevista dall'art. 34 la prescrizione di fornire ed eventualmente adeguare o istituire il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e un Codice Etico, da approvare entrambi previo assenso dell'amministratore giudiziario¹⁷. Una intuizione illuminata insieme a quella di non disporre necessariamente lo spossessamento degli organi gestori (già prima che la l. n. 161/2017, modificando l'art. 34, lo prevedesse espressamente) nei casi in cui per le finalità della misura, non vi fosse necessità di assumere in seno all'amministrazione giudiziaria anche il normale svolgimento dell'attività di gestione dell'impresa, con conseguente valutazione - in termini di rischio e nella prospettiva della salvaguardia dei livelli occupazionali - di un trasferimento da professionalità tipiche a professionalità nuove e magari non perfettamente allineate con il settore di mercato interessato.

Il tribunale meneghino - fermo restando il presupposto fondamentale che l'impresa agevolatrice sia soggetto "terzo" rispetto al soggetto agevolato e che le sue attività rientrino effettivamente nella sua disponibilità - giudica censurabile la condotta di un'impresa che, colposamente, violi "normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data (magari dotandosi di un codice etico) o che costituiscano norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da un soggetto, che opera ad un livello medio-alto nel settore degli appalti di opere e/o servizi"¹⁸. Esempi di profili di colpa possono essere l'omesso controllo, la mancanza di turnazione di personale in settori sensibili, la debolezza dell'*internal audit*, la violazione del codice etico interno in materia di appalti, l'assenza di un albo fornitori, la violazione di regole elementari (ad es. contatti con soggetti non legali rappresentanti di piccole società di servizi), la mancanza di una *due diligence* sui fornitori, l'assenza dello strumento ex d.lgs. n. 231/2001, etc.

Nell'ambito delle misure di prevenzione antimafia, quindi, assume un ruolo fondamentale la *compliance* al d.lgs. 231/2001 e, in particolare, l'adozione ed efficace attuazione di un idoneo Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo. In generale, ma soprattutto in particolari settori industriali particolarmente esposti al rischio di infiltrazioni mafiose è indispensabile creare i presupposti organizzativi per intercettare e prevenire il rischio anche di solo "contatto incolpevole" con le organizzazioni criminali¹⁹. Può accadere, infatti, che l'impresa si trovi ad agevolare le attività criminose anche in modo indiretto e inconsapevole.

Sotto questo profilo si rivela essenziale il Modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001 che definisce e adotta protocolli di prevenzione e controllo al fine di garantire il presidio di possibili aree a rischio in considerazione delle specifiche attività svolte dalla società e di eventuali possibili "patologie" a seguito dell'attenta valutazione e mappatura dei rischi correlati.

Naturalmente il Modello non potrà limitarsi a disciplinare le modalità concrete di prevenzione dei reati più strettamente attinenti la criminalità organizzata (di cui all'art. 24-ter d.lgs. n. 231/2001), bensì dovrà essere idoneo a rilevare e prevenire anche altri illeciti che in qualche modo sono strumentali all'infiltrazione mafiosa rispetto all'attività svolta dalla impresa interessata. Il Modello 231 dovrà quindi essere teso a contrastare non solo

fenomeni infiltrativi simili a quelli per i quali è stata adottata la misura di prevenzione giurisdizionale, ma anche per prevenire una serie di eventi-rischio a cui potrebbe essere esposta la società negli ambiti di attività specifici, tenuto conto di eventuali attività esternalizzate ad altre società, anche di gruppo, con l'obiettivo di garantire il corretto funzionamento del Modello e assicurare che eventuali condotte "devianti" siano tempestivamente individuate - mediante il sistema di rilevazione dei segnali di allarme indicati nel Modello - possibilmente impedita e, in ogni caso, adeguatamente sanzionate. La società sottoposta a misura di prevenzione dovrà predisporre, in collaborazione con l'amministrazione giudiziaria, un sistema strutturato ed organico di prevenzione, dissuasione e controllo per la riduzione del rischio di commissione dei reati mediante l'individuazione delle Attività Sensibili, dei principi di comportamento che devono essere rispettati dai destinatari del Modello, nonché di specifiche attività di controllo, tutte finalizzate a prevenire la commissione dei reati. Al fine di mappare le Attività Sensibili, nel cui ambito potrebbero essere realizzate le fattispecie di reato, dovrà essere effettuata un'attenta analisi del contesto aziendale, attraverso l'esame preliminare della documentazione aziendale rilevante - tra cui organigramma, deleghe e procedure aziendali - e la raccolta di informazioni da parte di soggetti in posizione apicale, di dipendenti e funzioni aziendali, anche di gruppo. Sulla base dei risultati ottenuti da tale analisi la società individuerà le attività sensibili relativamente alla situazione aziendale esistente, nonché le azioni da attuare nell'ambito delle stesse sia a livello di procedure interne e controlli esistenti, che di requisiti organizzativi al fine di prevenire alla definizione del Modello.

La società dovrà, altresì, di concerto con l'amministratore giudiziario, nominare un organismo di vigilanza con il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello e di curarne l'aggiornamento. L'organismo di vigilanza dovrebbe essere preferibilmente collegiale e con componenti esterni agli organi sociali (oppure due componenti esterni e un componente interno con funzioni di *auditor*), dotati di una terzietà rafforzata, da garantire con una dichiarazione di indipendenza. La scelta di un organismo così composto, soprattutto nei casi di imprese esposte a rischi di condizionamento mafioso, spesso operanti in settori caratterizzati da situazioni di illiceità diffusa, riparerrebbe maggiormente, a parere di chi scrive, la

società dalla commissione di reati, ossia da comportamenti che, commessi eventualmente nell'interesse o a vantaggio dell'azienda, possono comportare una responsabilità amministrativa della società in base alle disposizioni del decreto medesimo.

Con riferimento ai rapporti tra organismo di vigilanza e ufficio custodiale nell'ambito di società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali, nel silenzio normativo, è opportuno definire alcune *best practices* che possano orientare i due organi nell'adempimento dei rispettivi compiti, facendo attenzione a preservare le rispettive funzioni di autonomia e indipendenza in linea con le responsabilità e i compiti che la normativa 231 da un lato, e quella antimafia dall'altro, attribuiscono ad entrambi gli uffici. È importante che tra l'OdV e l'ufficio custodiale si sviluppi una relazione costante, un rapporto diretto allo scambio di informazioni. A tal fine si ritiene opportuno inserire nel Modello 231 un apposito paragrafo che regoli i flussi informativi tra i due organi. Per cui, nell'ambito dell'attività di "supporto e *reporting*", l'OdV supporterà l'amministratore giudiziario attraverso la condivisione dei verbali redatti durante la misura, nonché delle relazioni informative riguardanti l'attività svolta nel periodo di riferimento: le attività di verifica e controllo compiute e l'esito delle stesse; le eventuali criticità emerse, in termini sia di comportamenti che di episodi verificatisi; gli interventi correttivi pianificati ed il loro stato di realizzazione, il piano delle attività. Il supporto dell'organismo di vigilanza è auspicabile anche nella fase di formazione ai dipendenti e nel periodo di validazione dell'efficacia preventiva del Modello 231 mediante la partecipazione ad alcuni *test* sperimentali sui Protocolli della Parte Speciale del Modello stesso. Questi dovranno essere capaci di ridurre a monte il rischio di fenomeni patologici e di intercettare cause di possibili illeciti, evitando potenziali fonti di pregiudizio, nonché prevenire la reiterazione di condotte simili a quelle contestate dall'autorità proponente e oggetto del decreto che ha disposto la misura. In questa fase potranno essere introdotte nuove procedure istruttorie e di controllo *in itinere*, sotto il controllo dell'amministratore giudiziario, su impulso dell'OdV e dell'ufficio custodiale e nuove metodologie di controllo interne attraverso attività di *due diligence* a seconda degli ambiti oggetto della misura o dei reati presupposto cui la Società è risultata più esposta. Il contributo dell'organismo di vigilanza appare, quindi, molto

utile anche ai fini del riscontro da parte dell'amministratore giudiziario al Tribunale, in sede di relazione periodica e di udienza, sull' "idoneità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi nello specifico settore di intervento della misura"²⁰, sia sul piano della previsione astratta che sul piano della sua efficacia concretamente verificata grazie all'attività di *testing* condotta su presidi specifici funzionali alla prevenzione di una serie di eventi-rischio.

Con riferimento alla durata dell'organismo di vigilanza, è importante che questa sia sufficiente ad assicurare l'efficacia del Modello anche al termine della misura. Mentre, infatti, le misure dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario realizzano e consentono la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che ne avevano determinato l'applicazione nell'ambito di un programma di sostegno e di aiuto al soggetto economico in un breve e ben definito arco di tempo, il Modello Organizzativo, invece, esplica tutta la sua efficacia nella diversa prospettiva di lungo termine in cui si misura la sua effettiva idoneità a prevenire i reati presupposto e, dunque, di mitigazione dei rischi. L'efficacia del Modello si realizzerà perfettamente soltanto in una fase successiva, quando la misura sarà cessata per decorso del tempo o sarà revocata. È proprio in quel momento, infatti, che l'impianto rafforzato degli organi di controllo e l'OdV potranno proseguire l'attività di presidio e di ricalibrazione del controllo di legalità, anche senza la supervisione del controllo o dell'amministrazione giudiziari, permettendo alla società di ritrovare un nuovo equilibrio tra attività di impresa e presidi di legalità. Solo al termine della misura, allorché il soggetto economico dovrà esercitare liberamente la sua attività in maniera corretta e non compromessa, l'impresa - supportata da un Modello Organizzativo del quale dovrà costantemente assicurare idoneità ed efficacia - potrà intraprendere un percorso di verifica e bilanciamento autonomo, svezato dalla presenza dell'amministratore giudiziario e, come tale, più stabile e durevole nel tempo.

Il Modello 231, in chiave preventiva, rappresenta uno strumento prezioso attraverso il quale l'amministrazione giudiziaria e gli organi gestori possono, nell'ambito di un progetto condiviso del valore azienda, supportare i processi di riorganizzazione dell'assetto e del funzionamento dell'impresa, risolvere le criticità di organizzazione e assorbire le lacune di controllo. Il Modello, per le sue finalità protettive e la sua ampiezza di applicazione,

diviene così un ottimo strumento per rilevare e prevenire fattispecie di reato ricollegabili a quelle contestate dall'autorità proponente e, più in generale, a prevenire le patologie da cui può essere affetta l'impresa e, quindi, la commissione dei reati presupposto della responsabilità amministrativa. Attraverso il Modello 231 l'impresa è messa nelle condizioni di attuare buone pratiche operative e meccanismi virtuosi di *compliance* aziendale diretti a realizzare un sistema integrato di controlli effettivi, con un orientamento in discontinuità accentuata rispetto alla precedente gestione.

La *compliance* 231 gioca un ruolo di primo piano nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali non solo nelle grandi realtà aziendali, ma anche nelle piccole e medie imprese. Ciò anche se l'applicazione del Modello rivendica un'organizzazione aziendale articolata e comporta un aumento dei costi. In queste ultime realtà economiche, infatti, il Modello 231 rappresenta un'opportunità per dotarsi di una organizzazione aziendale coerente con le attività svolte, idonea ad assicurare la correttezza dei comportamenti, nonché a garantire una chiara ed organica attribuzione dei compiti ed una appropriata segregazione delle funzioni, assicurando che gli assetti previsti dalla struttura organizzativa siano realmente attuati e oggetto di controllo. È chiaro che un armamentario di questo tipo non può essere previsto per quei piccoli enti in cui manchi del tutto una struttura organizzativa e, congiuntamente, sia impossibile distinguere i centri di interesse della persona fisica e dell'ente. Ci sarebbe in questi casi una manifesta sproporzione. L'utilità dei modelli in parola, dunque, deve rinvenirsi per tutte quelle società che hanno un qualche spessore organizzativo e in cui si possano identificare i distinti centri di interesse. Quindi non bisogna pensare alla *compliance* 231 limitatamente alle grandi società, ma anche alle piccole e medie imprese che costituiscono una presenza importante del tessuto economico italiano e che spesso sono attinte da provvedimenti ablatori o di bonifica aziendale. In tutti questi casi il percorso virtuoso di rilegalizzazione dell'azienda sarà agevolato dall'adozione ed efficace attuazione di Modello di organizzazione, gestione e controllo e un piano di azione *compliance* che preveda: un organigramma formalmente definito e corredato di *job descriptions* individuali o per gruppi omogenei; comunicazioni organizzative che indicano chiaramente le responsabilità attribuite e le linee di dipendenza gerarchica e funzionale; contratti di servizi mediante

i quali sono eventualmente esternalizzati interi o singole porzioni di processi aziendali; un'architettura di poteri (deleghe e procure) formalizzata, che costituisce parte integrante e sostanziale del Modello.

La *compliance* 231, dunque, può e deve inserirsi nel programma di risanamento aziendale sia nell'ambito delle misure di prevenzione giurisdizionali disciplinate dagli artt. 34 e 34-bis d.lgs. 159/2011 che in quelle amministrative di nuovo conio previste dall'art. 94-bis introdotto dal D.L. 152/2021. Il tribunale, nel caso del controllo o dell'amministrazione giudiziari, e il Prefetto, nel caso di misure di prevenzione collaborativa, non potranno non tener conto della riorganizzazione virtuosa attuata dalla società attraverso l'adozione di un nuovo Modello di gestione, organizzazione e controllo univocamente orientato a favorire situazioni di trasparenza e legalità nei rapporti negoziali.

L'amministratore giudiziario avrà il delicato compito di "spiegare" la misura agli organi gestori della società sottoposta a controllo/amministrazione giudiziari o a "controllo amministrativo", dovrà instaurare con la società e con i suoi consulenti un fitto dialogo, attraverso un confronto continuo. Seguendo un moderno approccio "prospettico-cooperativo" di prevenzione della "devianza imprenditoriale", dovrà impostare un rapporto di collaborazione diretto a stimolare la società ad adottare in via autonoma le misure di risanamento, laddove possibile, in armonia con le finalità della misura di prevenzione e con le coordinate tracciate dal Tribunale o dal Prefetto che l'hanno disposta. Una impostazione che risponde anche ad un più moderno modello di cultura d'impresa che, superando l'apparente antinomia tra legalità e competitività, considera i modelli organizzativi 231/2001, i vari livelli di controllo interno, gli adeguati assetti organizzativi e una salda *governance* dell'impresa, strumenti di efficientamento dell'attività e non costi inutili. Stimolare l'impresa a dotarsi di adatti presidi interni di controllo idonei a prevenire la consumazione di condotte simili a quelle per le quali è stata disposta la misura giurisdizionale o amministrativa, equivale, a parere di chi scrive, a valorizzare i costi della legalità all'interno di un progetto imprenditoriale autoctono e non eteroimposto, in grado di generare anticorpi duraturi all'interno del soggetto economico attinto dalla misura. È ciò che accade quando l'imprenditorialità privata riesce a capitalizzare l'intervento statale,

guardando ad esso non come ad una invasione e compressione del diritto d'impresa costituzionalmente protetto, ma come ad una opportunità per ridisegnare tutti gli strumenti di *governance*, realizzare in tempi rapidi le prescrizioni ad essa formulate dall'amministratore giudiziario e adottare un nuovo modello di gestione e organizzativo univocamente orientato a favorire situazioni di trasparenza e ad impedire future disfunzioni di illegalità come quelle che avevano condotto all'applicazione della misura.

4.1. Il Modello 231 nelle imprese sottoposte a sequestro e a confisca.

L'adozione ed efficace attuazione del Modello 231 è utile, a parere di chi scrive, non solo nelle aziende sottoposte alle misure disciplinate dagli artt. 34 e 34-bis d.lgs. 159/2011 e alle nuove misure amministrative introdotte dall'art. 94-bis dello stesso decreto, bensì anche nelle aziende sottoposte a misure ablatorie. È opportuno che l'amministratore giudiziario al momento del suo insediamento nell'azienda sottoposta a sequestro proceda ad un'analisi di "gestione dei rischi" valutando sia le criticità gestionali in essere, sia la possibilità di commissione di futuri reati tenendo conto del settore operativo dell'azienda in gestione. L'ingresso dell'amministratore giudiziario in un'azienda funzionante impone un'immediata conoscenza delle regole e modalità operative e relazionali presenti per riuscire a comprenderne il funzionamento e, laddove necessario, incidere sulle stesse modificandole al fine di renderle, in un'ottica di ricostituita legalità, quanto più possibile adatte alla gestione in capo all'amministrazione giudiziaria, che dovrà essere in accentuata discontinuità rispetto alla precedente gestione. Già ad inizio mandato, quindi, l'ufficio custodiale, attraverso un'attenta analisi, sarà in grado di predisporre, con l'ausilio di esperti della materia e previa condivisione con il giudice delegato alla procedura, un adeguato Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. Tra i compiti dell'amministratore giudiziario, infatti, vi è anche quello "di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi" (art. 35, comma 5, d.lgs. n. 159/2011). Non v'è dubbio che tra tali compiti vi sia quello di dotare l'azienda amministrata di una salda *governance* e di sistemi di controllo più efficaci e penetranti utilizzando tutti gli strumenti

messi a disposizione dalla normativa a partire dal codice della crisi, passando per l'applicazione del decreto legislativo n. 231/2001 e degli altri sistemi di gestione di sicurezza e prevenzione, come ad esempio le certificazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ambientale, anticorruzione, sicurezza delle informazioni etc., per finire alle *best practies* professionali²¹.

Giova ricordare che l'art. 41 codice antimafia prescrive all'amministratore giudiziario di presentare, nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto aziende, entro sei mesi dalla nomina, una relazione che contenga, oltre agli elementi di cui al comma 1 dell'art. 36, anche una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività. Qualora la proposta dell'amministratore giudiziario consista nella prosecuzione o nella ripresa dell'attività quest'ultimo dovrà allegare "un programma contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta". In questa prospettiva, anche al fine di giungere ad esprimere un giudizio sulla perseguibilità dell'attività, ex art. 41, è di fondamentale importanza per l'amministratore giudiziario assumere un approccio predittivo teso, da un lato, a verificare se l'impresa sia dotata di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e dimensione della stessa, capace di intercettare tempestivamente gli indizi della crisi e soprattutto la perdita di continuità aziendale e, dall'altro, a predisporre strumenti di monitoraggio interno in attuazione al Modello 231, in grado di prevedere in anticipo le condizioni circa la salvaguardia del *going concern* aziendale. Nel giudizio sulle concrete possibilità di prosecuzione aziendale, infatti, l'amministratore giudiziario dovrà tener conto di una serie di fattori, tra cui i costi per il ripristino della legalità, al fine di stabilire la sostenibilità finanziaria. Si pensi alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro, all'adeguamento delle norme sulla sicurezza sul lavoro, ai ravvedimenti operosi, etc. È molto frequente, infatti, che le aziende staggite presentino margini estremamente positivi che in gran parte siano il risultato della gestione illecita condotta fino al provvedimento di sequestro.

I benefici derivanti dall'applicazione del Modello 231 in tutte le aziende e, a maggior ragione nelle aziende sottoposte a misure di prevenzione antimafia sia giurisdizionali che amministrative, si esplicano sul piano economico, aziendale, reputazionale e di ripristino della legalità amministrativo-gestionale. Le misure antimafia, avendo quale obiettivo principale

la rilegalizzazione delle aziende, non possono prescindere dalla promozione di una cultura aziendale improntata ai valori di trasparenza, integrità, correttezza e rispetto delle norme che favoriscono la prevenzione dei reati e lo sviluppo virtuoso e sostenibile del *business*. Attraverso una attenta gestione dei rischi di non conformità e l'adozione ed efficace attuazione di una *compliance* integrata, l'azienda riuscirà ad ottimizzare i risultati gestionali attraverso le sinergie tra i diversi organi di gestione e di controllo, a migliorare le relazioni con la clientela, gli stakeholders e gli investitori e ad armonizzare i comportamenti dei dipendenti divenendo maggiormente competitiva sul mercato in un'ottica di medio-lungo termine.

5. Modifiche all'art. 34 bis codice antimafia: rapporti tra le nuove misure prefettizie e il controllo giudiziario delle aziende (art. 47 Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario delle aziende).

Come si è già accennato, il controllo giudiziario delle aziende non determina lo "spossessamento gestorio" ma consiste in una vigilanza prescrittiva condotta dal controllore nominato dal tribunale al quale viene affidato il compito di monitorare all'interno dell'azienda l'adempimento di una serie di obblighi di *compliance* imposti dal giudice. Si tratta di una misura più blanda rispetto all'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 codice antimafia, la quale può però subentrare allorché venga accertata la violazione di una o più delle prescrizioni disposte con il controllo giudiziario, secondo il principio di gradualità delle misure di prevenzione. L'istituto del controllo giudiziario, in particolare, va a rafforzare un impianto normativo che già con la previsione dell'art. 32 D.L. n. 90 del 2014 ha consentito di salvare molte aziende con la nomina di commissari prefettizi in grado di sostituire un *management* compromesso. L'art. 47 del decreto legge n. 152/2021 è intervenuto anche sull'art. 34-bis codice antimafia che disciplina, appunto, il controllo giudiziario. Il comma 1 è stato modificato nel senso che il tribunale quando dispone il controllo giudiziario debba valutare anche se risultano applicate le misure prefettizie di prevenzione collaborativa previste dal nuovo art. 94-bis e, in tal caso, stabilire l'opportunità o meno di sostituirle con la nomina di un giudice delegato e un amministratore giudiziario. Se il tribunale decide di disporre il controllo giudiziario l'art. 94-bis, comma 3, prevede che cessano le misure amministrative di prevenzione collaborativa eventualmente applicate

dal Prefetto e del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario. È evidente che la norma qui faccia riferimento al controllo giudiziario disposto d'ufficio e non anche a quello volontario, il cui presupposto, come noto, è la pendenza di una interdittiva antimafia e la sua impugnazione davanti al giudice amministrativo. Le misure in commento, infatti, sono alternative all'informazione interdittiva antimafia, anzi sono finalizzate proprio a realizzare una forma di massima anticipazione della prevenzione amministrativa e ad evitare l'adozione di misure più incisive e paralizzanti come l'interdittiva. Tuttavia ci si domanda quale sia la *ratio* secondo cui il Tribunale di Prevenzione dovrebbe disporre d'ufficio il controllo giudiziario, caso applicativo peraltro rarissimo, in pendenza di un procedimento di "controllo amministrativo" prefettizio. Sarebbe più razionale attendere l'esito della misura di collaborazione preventiva disposta dal Prefetto, la cui durata è da 6 a 12 mesi e, successivamente, anche in considerazione delle risultanze emerse dalla misura prefettizia, valutare l'opportunità o meno di disporre il controllo giudiziario. Il rischio è quello di vanificare gli sforzi dell'autorità amministrativa e frustrare il percorso avviato dall'impresa sotto la supervisione del Prefetto ed eventualmente di uno o più esperti, volto a supportare l'azienda in un programma di bonifica ed a stimolare la stessa ad adottare misure di risanamento in linea con le coordinate tracciate dal Prefetto. Molte criticità sono emerse anche in sede di applicazione del controllo giudiziario volontario, proprio a causa della sovrapposizione tra giurisdizione ordinaria e autorità e giurisdizione amministrativa. Problemi di coordinamento tra i due istituti che, in attesa di un intervento legislativo chiarificatore, sono stati spesso risolti grazie alla produttiva prassi dei giudici di prevenzione patrimoniale e all'incessante lavoro d'interpretazione di dottrina e giurisprudenza.

Tornando all'art. 47 del decreto in commento, particolarmente significativa è la disposizione che modificando il comma 6 dell'art. 34-bis, secondo periodo, codice antimafia introduce, accanto al procuratore distrettuale e agli altri soggetti interessati, il Prefetto che ha adottato il relativo provvedimento interdittivo, tra i soggetti titolati a partecipare all'udienza camerale di cui all'art. 127 del codice di procedura penale. La portata della norma non è di poco momento se si considera che è dopo l'udienza camerale che il tribunale, sentiti i soggetti

di cui sopra, decide se accogliere l'istanza di controllo e, soprattutto, sarà all'esito dell'udienza camerale, che il tribunale deciderà se revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali. Uno dei principali nodi problematici dell'istituto del controllo giudiziario volontario risiede proprio nel rischio – dovuto alla sovrapposizione di giurisdizioni e ad una norma che non brilla per chiarezza espositiva - che, a fronte di un esito positivo della misura del controllo giudiziario e conseguente revoca dello stesso, l'impresa si trovi nuovamente paralizzata a causa della reviviscenza dell'interdittiva antimafia. In sintesi, l'impresa che abbia compiuto un percorso virtuoso di rilegalizzazione attraverso un progetto condiviso con il Tribunale di Prevenzione e il controllore giudiziario, si troverebbe paradossalmente al punto di partenza, nonostante la bonifica delle posizioni critiche. Ed invece gli effetti positivi scaturenti dal controllo giudiziario potrebbero comportare un aggiornamento favorevole dell'interdittiva da parte del Prefetto, grazie al sopraggiungere di fatti positivi che persuasivamente e fattivamente introducano elementi di inattendibilità della situazione rilevata in precedenza²².

In realtà la decisione del legislatore, di introdurre un reale contraddittorio procedimentale disponendo la partecipazione del Prefetto all'udienza prevista nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., sia ai fini della decisione sull'istanza di controllo giudiziario sia all'esito del controllo giudiziario²³, dimostra un notevole cambio di passo e risponde ad una esigenza che da tempo è stata propugnata da più parti²⁴.

Anche il comma 7 dell'art. 34-bis è stato modificato dal decreto legge nel senso che "il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto dove ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis nei successivi cinque anni."

6. Riflessioni conclusive.

Le recenti modifiche del codice antimafia devono essere considerate un ulteriore passo nella direzione di quella linea evolutiva della prevenzione amministrativa e giurisdizionale antimafia che si muove in una logica recuperatoria rispetto ad imprese non mafiose, ma solo oggetto di tentativi di infiltrazione. Un orientamento che tende alla valorizzazione di un modello cooperativo pubblico - privato che mira a salvaguardare la continuità aziendale, nella prospettiva terapeutica di una bonifica e rilegalizzazione dell'impresa e al suo reinserimento nel circuito dell'economia legale, una volta depurata dai rischi di interferenza con soggetti o gruppi criminali. L'obiettivo è quello di preservare, per quanto possibile, realtà produttive che, soprattutto nelle zone in cui esistono i fenomeni associativi criminali più eclatanti, possano costituire rimedio all'assenza di credibili opportunità occupazionali.

In questa prospettiva, il D.L. n. 152/2021, recependo anche una proposta che da tempo era stata avanzata dalla dottrina e da parte della giurisprudenza, ha introdotto il contraddittorio endo-procedimentale nel rilascio delle informative antimafia nella prospettiva di assicurare uno spazio di difesa in grado di scongiurare l'emanazione dell'interdittiva. Si tratta di una significativa e apprezzabile inversione di tendenza del legislatore che si era sempre manifestato avverso all'introduzione di garanzie e limiti ad un istituto fra i più rilevanti e tra i più draconiani previsti dal codice antimafia. L'estensione alla prevenzione amministrativa antimafia delle garanzie costituzionali minime poste a presidio del diritto di difesa e del principio di legalità delle misure limitative di diritti fondamentali, era obiettivamente non più rinviabile.

L'intento riformatore del legislatore orientato ad un paradigma riabilitativo - che mira a prendersi cura di realtà economiche sostanzialmente sane e solo occasionalmente lambite da condizionamenti criminali, se non quando, addirittura, di realtà imprenditoriali vessate dalle mafie, nonché al loro progressivo e monitorato reinserimento nel tessuto imprenditoriale sano - è desumibile anche dalla scelta di introdurre la misura della prevenzione collaborativa, quale forma alternativa all'interdittiva. Una misura capace di anticipare, per le ipotesi di tentativi di infiltrazione occasionali, nella fase amministrativa, i contenuti di *self cleaning* tipici del controllo giudiziario. Un importante cambio di passo, quindi, rispetto a quell'approccio retrospettivo-

stigmatizzante incentrato sull'esclusione immediata dal circuito degli appalti pubblici dei soggetti ritenuti, sulla base della logica del "più probabile che non", anche solo potenzialmente pericolosi.

Va salutata con favore anche la modifica con cui si introduce, all'art. 34-bis del codice antimafia, un reale contraddittorio procedimentale disponendo la partecipazione del Prefetto all'udienza prevista nelle forme di cui all'articolo 127 c.p.p., sia ai fini della decisione sull'istanza di controllo giudiziario sia all'esito del controllo giudiziario. Sotto questo profilo, però, la riforma operata dal decreto legge in commento appare un'occasione mancata.

Il legislatore, infatti, continua a mantenere in secondo piano lo spinoso problema della sovrapposizione tra giurisdizione ordinaria e autorità e giurisdizione amministrativa, che pure è stato sollevato da dottrina e giurisprudenza e che non può continuare ad essere risolto dalla fertilissima prassi delle misure di prevenzione patrimoniali. Non è stato affrontato il nodo centrale del vaglio giurisdizionale sulle misure prefettizie, che rimane affidato al riscontro del giudice amministrativo di legittimità del provvedimento, mentre il Tribunale di Prevenzione entra in campo solo quando venga presentata richiesta di controllo giudiziario volontario, con il risultato di garantire l'esame più approfondito dell'autorità giudiziaria ordinaria alla misura lenitiva degli effetti anziché a quella costitutiva degli stessi. Sembra, piuttosto, che il D.L. 152/2021 abbia finito per rafforzare il ruolo dell'autorità amministrativa assegnando direttamente al Prefetto funzioni e compiti analoghi a quelli del Tribunale di Prevenzione, di fatto contenendo la capacità espansiva del controllo giudiziario che in materia di interdittive antimafia si collocava accanto alla giurisdizione amministrativa.

Resta però da auspicare che, *de iure condendo*, il legislatore intervenga nel senso di una definitiva razionalizzazione della materia che, tenendo conto delle soluzioni elaborate dalla prassi delle misure di prevenzione patrimoniale e dall'instancabile opera d'interpretazione di dottrina e giurisprudenza, sia diretta a definire i rapporti tra giurisdizione ordinaria e autorità e giurisdizione amministrative al fine di evitare sovrapposizioni ed inutili duplicazioni di istituti.

Marcella Vulcano

Avvocato del Foro di Napoli

¹ Cfr. R. BIFFA, Confische, commissariamenti, interdittive, provvedimenti di straordinaria amministrazione e gestione: l'impresa è oggetto di misure dai non chiari confini, in Resp. amm. soc. enti, 2016, 1, 234 ss.

² Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; Consiglio di Stato, sez. III, 13 marzo 2017, n. 1156.

³ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018 n. 3; *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 30 aprile 2019, n. 221; Consiglio di Stato, sez. III, 9 novembre 2015, n. 5100; Consiglio di Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, in giustizia-amministrativa.it.

⁴ La natura incapacitante parziale e temporanea dell'interdittiva è delineata da Cons. Stato, Ad. plen. n. 3 del 2018, nonché ribadita da C. Cost. n. 57/2020.

⁵ Cfr. M. MAZZAMUTO, Profili di documentazione amministrativa, in giustamm.it, n.3/2016.

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 20/04/2021, n. 3194

⁷ Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 565 del 2017 ha operato sul piano probatorio una definitiva demarcazione tra le due aree di intervento, ossia tra la repressione penale e la prevenzione amministrativa. Sostiene il Collegio che il rischio di inquinamento mafioso rilevante ai fini della emissione della informativa deve essere valutato in base al criterio del "più probabile che non", gli elementi di inquinamento vengono estrapolati dall'applicazione di una regola di giudizio che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso. Sicché gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione. Da ciò si ricava anche la profonda differenza tra i destinatari delle misure di prevenzione e i destinatari delle informazioni interdittive: per i primi, rilevano i fatti penalmente rilevanti; per i secondi, rilevano anche fatti non necessariamente aventi rilevanza penale.

Tale pronuncia è stata considerata la "punta" più avanzata della giurisprudenza amministrativa sul tema, poiché all'interno di essa è stato affermato che lo Stato non riconosce dignità e statuto di operatori economici, e non più soltanto nei rapporti con la pubblica amministrazione, a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose (M. NOCELLI, I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia, in giustiziaamministrativa.it). Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5214, in giustizia-amministrativa.it.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121; Consiglio di Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121; Consiglio di Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109; Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Consiglio di Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211, in giustizia-amministrativa.it. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 36, in giustizia-amministrativa.it, secondo cui l'art. 7 della legge sul procedimento è espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico, avente la finalità di assicurare piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua realizzazione e di garantire nello stesso tempo la partecipazione del soggetto destinatario dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata all'adozione del provvedimento.

⁹ Principio che è stato riaffermato dal Consiglio di Stato, Sez. III, nella pronuncia n. 820/2020. La conoscenza dell'imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia, acquisita in sede procedimentale, potrebbe frustrare l'interesse pubblico sotteso all'adozione del provvedimento antimafia, in quanto le associazioni mafiose sono ben capaci di ricorrere a tecniche elusive delle norme in materia che, non a caso, prevedono come indicative di infiltrazioni mafiose anche, ad esempio, le sostituzioni degli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, «con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia» (art. 84, comma 4, lett. f), d.lgs. n. 159 del 2011).

¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato sez III, sentenza n. 820 del 31 gennaio 2020 e sentenza n. 2854 del 26 maggio 2020.

¹¹ Cfr. G. AMARELLI, L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co.4 lett. d) ed e) d.lgs. 159/2011, in *Dir. Pen. Cont.*, n.4/2017, p. 292.

¹² Cfr. Consiglio di Stato, sez III, 30 gennaio 2019, n. 758: "il sindacato giurisdizionale sull'atto adottato dal Prefetto non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindaca anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa, nell'accezione, nuova e moderna, di una discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione".

¹³ Cfr. Corte giustizia UE, sez. II, 18 dicembre 2008, n. 349.

¹⁴ Da ultimo cfr. Consiglio di Stato sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979: "L'incisività delle misure interdittive, come mostra anche l'aumento dei provvedimenti prefettizi negli ultimi anni, richiede che la lotta della mafia avvenga senza un sacrificio sproporzionato dei diritti di difesa, anzitutto, e della libertà di impresa, perché solo la proporzione è condizione di civiltà dell'azione amministrativa ed evita che la normativa di contrasto all'infiltrazione mafiosa purtroppo endemica nel nostro ordinamento, come ogni altro tipo di legislazione emergenziale, si trasformi in un diritto della paura...". Cfr. anche Cons. St., Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1553.

¹⁵ In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, con riferimento all'importanza dell'introduzione del contraddittorio nel procedimento di rilascio delle informazioni antimafia.

¹⁶ T. BENE, Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica, in Arch. pen., 2018, suppl. al n. 1, pp. 383 ss.

¹⁷ Cfr. G. CAPECCHI, “La misura di prevenzione patrimoniale dell’amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità”, commento a Trib. Milano, Sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto 28 maggio 2020, n. 9, Pres. Roia, Uber Italy s.r.l. L’amministrazione giudiziaria, strumento di bonifica di attività economiche lambite da infiltrazioni criminali ma sostanzialmente sane, di norma, attua un temporaneo spossamento gestorio di beni e attività economiche che sono strumentali al raggiungimento di finalità criminali, al fine di recidere i collegamenti instauratisi tra l’impresa agevolatrice e la realtà criminale agevolata. Le agevolazioni possono riguardare i rapporti più variegati tra ente e soggetto o network criminale, dal condizionamento di fatto (es. enti che subiscano estorsione o che siano sottoposti ad usura in modo sistematico e più o meno rassegnato e compiacente), all’influenza giuridica (es. il socio di minoranza, o il consulente esterno, o il dipendente fittizio, che di fatto condizionino l’ente diventandone socio leonino o dominus occulto), dall’influenza commerciale (es. il fornitore che abusi di una posizione di dominanza o di restrizioni all’accesso ed alla libera concorrenza in forza di ricatti, di estorsioni o di forme di corruzione privata), a quella finanziaria (es. allorché i flussi di liquidità creditizie immesse nell’ente ne condizionino le strategie organizzative ed operative).

¹⁸ Cfr. Trib. Milano, Sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto 28 maggio 2020, n. 9, Pres. Roia, Uber Italy s.r.l.; Trib. Milano, Sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto 7 maggio 2019, n. 59, Pres. Roia, Ceva Logistics Italia s.r.l.

¹⁹ Cfr. F. BALATO, La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all’art. 34 bis Codice Antimafia, in Diritto Penale Contemporaneo, fasc. 3/2019; Cassazione Penale, Sez. V., 02.07.2018, n. 34526, Rv. 273645 sul tema del controllo giudiziario ha distinto tra ipotesi di “contiguità soggiacente” e ipotesi di “contiguità concorrente”.

²⁰ Trib. Milano, Sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto 28 maggio 2020, n. 9, Pres. Roia, Uber Italy s.r.l., cit.

²¹ Uno dei modelli comunemente accettati dalla prassi professionale quale riferimento in tema di governance e controllo interno è il COSO Report, redatto in USA nel 1992 su iniziativa del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, un comitato fondato su iniziativa di 5 primarie organizzazioni (IMA, AAA, AICPA, IIA, FEI) per fornire una linea di pensiero alla direzione aziendale e agli enti governativi, sviluppando framework e linee guida per la gestione dei rischi aziendali, controllo interno e frode. Tale modello è stato adottato da Confindustria che ha predisposto le “Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. lgs. n. 231/2001», e viene proposto come modello di riferimento per il disegno di efficaci sistemi di controllo interno delle aziende. Ad esso si sono poi ispirati gli impianti normativi nazionali dei principali paesi fra cui anche l’Italia, dove il COSO Report rappresenta una best practice e cui fa riferimento anche il Codice di Autodisciplina adottato dal Comitato per la Corporate Governance delle Società Quotate in Borsa. Il COSO con la collaborazione della Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE) e della Health Care Compliance Association (HCCA) ha definito delle nuove linee guida sull’applicazione dell’Enterprise Risk Management (ERM) alla gestione del rischio di compliance.

²² Alcuni tribunali come Santa Maria Capua Vetere, Catanzaro e Napoli, nel silenzio normativo, emettono provvedimenti conclusivi del controllo giudiziario nei quali si dà atto della situazione prevenzionale della società istante; dei motivi dell’applicazione del controllo giudiziario; delle prescrizioni stabilite dal tribunale e dei compiti devoluti al controllore giudiziario; dei risultati dell’attività di controllo riportati nelle relazioni dell’amministratore giudiziario; delle osservazioni conclusive all’esito del periodo di controllo; del dispositivo con cui si dichiara ultimato, senza criticità, il periodo di controllo giudiziario dell’azienda, disponendo la comunicazione del provvedimento alla parte, al pubblico ministero presso la Direzione distrettuale antimafia, al prefetto ed all’amministratore giudiziario.

²³ Come previsto dall’art. 127 c.p.p., il prefetto sarà sentito se compare e potrà presentare memorie in cancelleria, come già accade nelle prassi osservate a Bari, Catanzaro, Firenze, Reggio Calabria e Santa Maria Capua Vetere.

²⁴ Nell’ultima relazione sull’analisi delle procedure di gestione dei beni sequestrati e confiscati approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie nella seduta del 5 agosto 2021, la stessa ha proposto di modificare l’art. 34-bis comma 6 prevedendo la citazione del Prefetto e la conseguente facoltà, anche per il Prefetto, di impugnare il provvedimento del tribunale.

La Cassazione scioglie i nodi interpretativi sulla natura dei poteri del magistrato di sorveglianza in materia di lavoro extra-murario.

di **A. Perruccio**

La procedura di ammissione al lavoro all'esterno, regolata dagli artt. 21 L. 26 luglio 1975, n. 354 e 48, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, torna sotto la lente dei giudici di legittimità, a distanza di pochi anni dai decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario, che pure hanno riguardato l'istituto in oggetto, senza peraltro ridisegnare il riparto di attribuzioni tra giudice specializzato e autorità amministrativa. Alla luce del perdurante dibattito giurisprudenziale intorno all'esatta latitudine da riconoscere ai poteri di controllo del magistrato di sorveglianza, il contributo intende richiamare, una volta di più, l'attenzione, sull'annosa questione ermeneutica, nella cornice dei rapporti tra autorità amministrativa e giurisdizionale, in un contesto – quello del lavoro penitenziario – in cui echeggia l'interrogativo, invero mai sopito, sulla completa (o forse futuribile) parificazione tra “lavoratore-detenuto” e lavoratore libero”.

Sommario. **1.** Premesse sul lavoro *extra-murario*. – **2.** La *vexata quaestio* della natura dei poteri di controllo del magistrato di sorveglianza di cui all'art. 21 co. 4, o.p. – **3.** L'indirizzo riaffermato dalla Suprema Corte a favore della natura giurisdizionale del decreto assentivo. – **4.** La revoca del decreto assentivo: principio del “*contrarius actus*” vs principio “*rebus sic stantibus*”. – **4.1.** segue: sopravvenienza di nuove condanne durante l'esecuzione del lavoro all'esterno.

1. Premesse sul lavoro *extra-murario*.

Il lavoro penitenziario è stato, per usare un eufemismo, crocevia di questioni di non poco conto¹. Tra queste, ha avuto senz'altro ampia eco, anche ai fini della tematica qui trattata, la tutela giurisdizionale dei diritti del *lavoratore detenuto* e l'annesso problema del riparto di competenze tra *giudice del lavoro* ex artt. 409-442 c.p.c. e uffici di sorveglianza. Com'è notorio, la sentenza n. 341 del 27 ottobre 2006 della Corte Costituzionale “svuotava” questi ultimi delle *funzioni* loro attribuite ex art. 69, sesto comma, lett. a, o.p.².

Tutt'altra sorte era invece spettata al ruolo del giudice di sorveglianza all'indomani della “*legge Gozzini*”³. Proprio con riferimento alla disciplina del lavoro *extra-murario*, la scelta legislativa di affidare al giudice specializzato un ruolo di primo ordine⁴ nel relativo procedimento di ammissione del detenuto⁵, si spiegava in ragione degli interessi implicati.

Sulla scia tracciata dalla Consulta, tutt'oggi esigenze di tutela della sicurezza si intrecciano, simmetricamente, con le garanzie di una “*corretta esecuzione delle sanzioni penali*”⁶, lì dove il controllo del giudice sulle determinazioni dell'Amministrazione più che una valenza surrogatoria, assume connotati “rafforzativi”, per meglio ponderare l'uscita dall'ambiente carcerario. L'acquisizione dello *status* di “*lavoratore-detenuto*” è scenario pur sempre ipotizzabile e, quindi, in

concreto realizzabile, nei limiti della normativa restrittiva di cui all'art. 4 bis o.p. È significativo, infatti, come il “titolo” di reato sia il primo tra gli *indicatori* di cui il giudice deve tener conto in sede di approvazione delle determinazioni assunte dall'autorità amministrativa (*infra*). A seconda del titolo di reato, vale, invero, come ulteriore preclusione, lo sbarramento temporale previsto dall'art. 21, co. 1 o.p. (non prima di dieci anni di pena espiata per i condannati all'ergastolo; non prima degli anni cinque per i condannati di cui all'art. 4 bis, commi 1, 1-ter, 1-quater o.p., salvo che abbiano già scontato 1/3 della pena).

Quale “*evoluzione*” delle vicende trattamentali interne all'istituto di pena⁷, l'essenza del lavoro all'esterno si coglie nella sua *natura ibrida*, a metà tra la “staticità” del trattamento *intra moenia*⁸ e i processi di adeguamento del regime penitenziario all'evoluzione della personalità del detenuto, legati a doppio filo con la sua *progressione trattamentale*⁹ e il *principio di umanizzazione della pena*¹⁰.

Del resto, venuta meno la connotazione afflittiva del lavoro-pena, a fronte di un ordito codicistico decisamente inattuale e inattuabile¹¹ (v. gli artt. 22-25 c.p.), anche il lavoro *extramurario* contribuirebbe a rendere, ormai, obsoleta l'idea del carcere come istituzione impermeabile ai principi del mondo del lavoro libero¹².

Donde il superamento, già sul piano terminologico,

dell'etichetta “*detenuto-lavoratore*”, a fronte dell'affermata qualificazione “*lavoratore-detenuto*”¹³, più in linea con il dettato normativo, se è vero che “*i detenuti e gli internati ammessi al lavoro all'esterno esercitano i diritti riconosciuti ai lavoratori liberi, con le sole limitazioni che conseguono agli obblighi inerenti alla esecuzione della misura privativa della libertà*”: art. 48, co. 11, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230. Un primo ritorno alla società libera, sia pur occasionato dalla prestazione lavorativa, rappresenta, per quanti ne potranno fruire, un primo passo verso le misure alternative alla detenzione; il periodo trascorso fuori dall'istituto, nel rispetto delle prescrizioni imposte dalla direzione (art. 48, co. 13, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), può essere valutato positivamente ai fini del giudizio prognostico della personalità.

E ad ulteriore riprova di ciò, valga qui il richiamo alle recenti opzioni normative fondanti, ancorché *pro tempore*, la concedibilità di permessi premio “*straordinari*”, per periodi di tempo superiori a quelli previsti dall'art. 30-ter o.p, sulla circostanza che il detenuto abbia già svolto lavoro all'esterno¹⁴.

2. La vexata quaestio della natura dei poteri di controllo del magistrato di sorveglianza di cui all'art. 21 co. 4, o.p.

Nella cornice poc'anzi accennata, la concreta messa in esecuzione del provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno – e lo stesso si può dire per la sua revoca – viene fatta dipendere, ai sensi degli artt. 21, co. 4 o.p., 69, co. 5, o.p. e 48, co. 14, D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, dall'incontro di due atti: il primo, riservato all'autorità amministrativa, la quale *valuta*¹⁵, al cospetto dell'organo collegiale (cfr. art. 28, D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230), le condizioni di ammissibilità¹⁶; il secondo, rimesso al magistrato di sorveglianza – ovvero all'autorità giudiziaria che procede, se trattasi di imputati – cui risponde una funzione di controllo sulla *opportunità e convenienza* dell'attività trattamentale, rispetto ad alcuni parametri predeterminati (*infra*).

E infatti, con riferimento al giudice specializzato, la dizione dell'art. 21, co. 4 cit. richiama il concetto di “*approvazione*”¹⁷, di per sé evocativo dei provvedimenti *latu sensu* autorizzatori, benché di natura amministrativa¹⁸, quasi a sottolineare la diversità di funzioni esercitate rispetto all'organo *giurisdizionale*.

Sul punto, non si registrano unanimità di vedute¹⁹. Com'è evidente, altro è inquadrare il magistrato di sorveglianza nella sua veste di organo esercente

funzioni amministrative; altro è considerarlo nella sua veste di organo giurisdizionale.

Ad una prima lettura, il dettato legislativo rivela una scansione procedimentale in cui l'approvazione del giudice specializzato interviene “*dopo*” l'emanazione, da parte della direzione dell'Istituto di pena, del provvedimento autorizzatorio o del provvedimento di segno contrario²⁰.

Ravvisando uno “*schema di provvedimento*” in cui il magistrato di sorveglianza sembrerebbe espletare una mera attività amministrativa di controllo, la giurisprudenza²¹ ha fatto perno sulla modalità trattamentale del lavoro all'esterno, in tanto ricondotta alle attività dell'organo dell'esecuzione, in quanto estromessa dalla casistica dei *provvedimenti sulla libertà personale*.

Una tale interpretazione sembrerebbe concepire il sistema dell'esecuzione in maniera del tutto unitaria, sia pur con le dovute cautele che discendono dall'*ontologica diversità* dei soggetti istituzionalmente coinvolti. Va da sé, che da tale approccio, per lo più coevo all'impianto originario della legge penitenziaria, scaturiva l'attributo di atto *endo-procedimentale* dell'atto assentivo, come tale “*privo di rilevanza esterna*”²².

Di qui la sensazione – cui va sommandosi la percezione di un palpabile *vulnus* – che il decreto assentivo, oltre a non poter essere impugnabile, rispetto alle determinazioni dell'autorità amministrativa, fosse latore di una funzione solo strumentale, in quanto deputata *alla mera esecuzione* del provvedimento principale.

Il dubbio, più o meno fondato, nasce dalla laconicità del dato normativo: per quanto la direzione dell'Istituto sia tenuta a “*motivare la richiesta di approvazione*”, nessun correlativo obbligo motivazionale emerge, espressamente, a carico del magistrato di sorveglianza, né è dato conoscerne, se configurabile, la portata e l'estensione.

Che la procedura possa, in qualche modo, combinarsi dall'incontro di due deliberazioni di volontà, delle quali una in grado di incidere unilateralmente sull'altra, pare essere l'unico dato certo, scevro da forzature teoriche e *complessità*²³.

Altrettanto vero è, peraltro, che la determinazione del giudice di sorveglianza riguarda una sfera autonoma e distinta – *l'esecutività del provvedimento* – e non anche il suo momento genetico, di talché l'approvazione del magistrato interviene a provvedimento già perfetto, completo di tutti i suoi elementi, una volta esauritosi il relativo *iter formativo*.

L'approvazione del giudice specializzato potrebbe al più essere qualificata alla stregua di *condicio iuris*²⁴ ovvero di elemento accidentale del provvedimento amministrativo.

Per quanto a una tale interpretazione sembrerebbe ostare il tenore dell'art. 48, reg. es., lì dove la norma sembra prevedere, quale unica condizione *per l'ammissione* al lavoro all'esterno, la sua inclusione *nel programma di trattamento*, se ne trarrebbe una soluzione coerente rispetto al riparto di competenze tra giudice e Amministrazione penitenziaria, in quanto il provvedimento, già completo dei suoi elementi essenziali, rimane pur sempre riservato alla sfera di competenza di quest'ultima. Parimenti, come pure affermano i giudici di legittimità, non sembra possa negarsi all'atto assentivo la funzione di *atto integrativo dell'efficacia* (dell'efficacia esecutiva del provvedimento amministrativo, sia esso di ammissione o di revoca).

L'avveramento della *conditio iuris* attiene, del resto, ad un "giudizio" diverso e successivo rispetto al vaglio di ammissibilità del provvedimento: ad un'analisi più attenta del dettato legislativo, infatti, per l'assegnazione al lavoro all'esterno si richiedono, a monte, "condizioni idonee" a garantire l'attuazione positiva degli scopi rieducativi. Solo dopo aver valutato quelle condizioni; una volta ultimato quello "sforzo di adeguazione a principi di realtà e di organizzazione"²⁵, affinché la proposta di lavoro all'esterno sia il più possibile corredata "di tutta la necessaria documentazione"²⁶, la direzione potrà investire il magistrato di sorveglianza dei necessari poteri di approvazione.

La riserva di attribuzioni che l'ordinamento penitenziario prevede a favore dell'Amministrazione penitenziaria include, fra l'altro, la circostanza che la mancata approvazione del giudice monocratico non potrebbe condizionare l'autorità amministrativa al punto da elidere automaticamente il suo potere di scelta. La direzione dell'Istituto di pena ben potrebbe *riproporre* il provvedimento ammissivo, "se del caso emendato o rinnovato".

Se certamente tale punto non può dirsi risolutivo, in quanto nulla dice in ordine alla natura – giurisdizionale ovvero amministrativa – del decreto assentivo riservato al giudice di sorveglianza, d'altra parte, pare soccorrere in aiuto dell'interprete il richiamo al termine "decreto" di cui all'art. 69, co. 5, o.p. La dizione, innovando rispetto al previgente quadro normativo²⁷, non può che rimandare all'esercizio di poteri giurisdizionali.

3. L'indirizzo riaffermato dalla Cassazione a favore della natura giurisdizionale del decreto assentivo.

L'intervento chiarificatore dei giudici di legittimità si allinea all'indirizzo favorevole²⁸ a riconoscere *natura giurisdizionale* al decreto di approvazione rimesso al magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 21, co. 4 o.p., in relazione ai provvedimenti di ammissione (o di revoca) al lavoro all'esterno.

La configurabilità di diritti fondamentali e di presidi normativi volti ad ampliare la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto fanno sì che all'attività dell'organo dell'esecuzione si accompagni lo scrutinio di un organo giudiziario che, in condizioni di autonomia e di imparzialità, venga deputato al controllo della legalità amministrativa²⁹.

Parimenti, non appare esente da censure l'opzione che ravviserebbe la natura tutta amministrativa dell'atto assentivo sulla base del contesto normativo e procedimentale da cui origina il provvedimento direttoriale di ammissione al lavoro all'esterno³⁰. Mutare la natura dell'atto assentivo dall'origine amministrativa del provvedimento principale offre il destro ad esiti interpretativi quantomeno inattuali, che riporterebbero la figura del giudice di sorveglianza ai margini della *scena dell'esecuzione penale*, ai tempi in cui il giudice specializzato era una "imprecisa figura amministrativa, priva del tutto o quasi di funzioni giurisdizionali"³¹.

Laddove, per contro, la *giurisdizionalizzazione* del procedimento di assegnazione al lavoro all'esterno è stata accolta con favore, per la sua "rivoluzione copernicana"³², per aver colmato "un'aporìa del sistema, che vedeva in tutti i casi di uscita dal carcere (permessi, semilibertà etc.) un intervento del giudice per motivi evidenti di garanzia riconosciuti prioritariamente a livello costituzionale"³³.

Ciò costituisce un dato assodato anche alla luce degli approdi esegetici cui ormai è giunta la Corte Costituzionale.

Appartiene ormai al "patrimonio" giurisprudenziale del Giudice delle leggi, dal quale non si ravvisano qui ragioni per discostarsi, l'idea di un approccio alle norme dell'ordinamento penitenziario fondato sull'*ubiquità delle garanzie costituzionali*, da intendersi come tali a prescindere dalla collocazione sistematica del dato normativo interessato dallo scrutinio di costituzionalità³⁴.

L'adesione a questo indirizzo esegetico, anche per quanto riguarda la natura dei poteri di controllo del giudice specializzato, appare necessitata dalla idoneità della decisione del magistrato di

sorveglianza ad incidere su un diritto fondamentale del detenuto.

Si pensi all'approvazione del provvedimento amministrativo di revoca, o al "ritiro", da parte dello stesso giudice, del proprio atto assentivo (sulla cui ammissibilità v. *infra*).

La tesi aversata dalla Cassazione viene ancora una volta revocata in dubbio, sul rilievo che la natura amministrativa dell'atto assentivo di cui all'art. 21, co. 4 o.p. precluderebbe l'esperibilità di mezzi di impugnazione³⁵, in assenza di qualsivoglia compromissione alla posizione giuridica del detenuto, peraltro neanche configurabile alla stregua di diritto soggettivo³⁶. Al contrario, le argomentazioni dei giudici di legittimità non danno adito a interpretazioni di tal fatta, "*dovendo considerarsi che il diritto al lavoro costituisce diritto fondamentale e tale deve ritenersi anche per il detenuto, per il quale il lavoro concreta una componente essenziale del trattamento rieducativo, con l'effetto che il detenuto, come ha il diritto a far valere in giudizio le pretese nascenti dalla prestazione di attività lavorative, così ha diritto a ottenere un controllo giurisdizionale effettivo con regole processuali adeguate, anche in relazione ai provvedimenti idonei a incidere sul titolo, così da consentire o impedire in concreto l'ammissione al lavoro o la sua prosecuzione*".

4. La revoca del decreto assentivo: principio del "contrarius actus" vs principio "rebus sic stantibus".

Altra questione sottoposta all'attenzione della Suprema Corte inerisce alla possibilità giuridica, per il magistrato di sorveglianza, di caducare l'efficacia esecutiva del provvedimento amministrativo, attraverso la revoca della precedente approvazione. Le peculiarità del caso in esame evidenziano come la revoca possa sopraggiungere anche a fronte del silenzio serbato dall'Amministrazione penitenziaria. Nel caso di specie, il giudice indirizzava all'autorità amministrativa ben due "note di richiamo", che la sollecitavano a "rivalutare" la posizione del *lavoratore detenuto*, in considerazione di un nuovo titolo esecutivo, incidente sulla "durata" della pena. Si avrà modo di valutare, nel prosieguo, l'esatta incidenza del titolo sopravvenuto rispetto alla vicenda trattamentale.

Nel silenzio della legge, basti aggiungere che il fondamento normativo di un tale potere andrebbe ricercato nell'art. 48, co. 4, D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230: la revoca, da parte dello stesso ufficio di

sorveglianza, di una sua precedente approvazione, trova giustificazione in ragione dei mutamenti *in pejus* delle iniziali condizioni di ammissione; e ad assumere rilevanza precipua rispetto a tali mutamenti sono il "*tipo di reato*", la "*durata effettiva o prevista della misura privativa della libertà*", "*l'esigenza di prevenire il pericolo che l'ammesso al lavoro all'esterno commetti altri reati*".

In ciò riposa, nella motivazione della pronuncia in commento, un ulteriore argomento a sostegno della riconducibilità del potere di controllo del magistrato alle *attività squisitamente processuali*, la cui sede coincide con la fase dell'esecuzione, ma senza identificarsi con l'esercizio delle attività dell'organo amministrativo a ciò preposto.

Né varrebbe ricondurre ad una forma di autotutela "*spontanea*"³⁷, come pure la giurisprudenza ha ritenuto, in passato, di dover fare³⁸, il "ritiro" ovvero la "revoca" del magistrato di sorveglianza, sì da assoggettarli al principio del "*contrarius actus*".

Viceversa, il principio "*rebus sic stantibus*" invocato a sostegno dei poteri anzidetti, si adatta bene, in particolare, alla natura giurisdizionale dell'atto e, quindi, all'efficacia durevole del provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno, come tale esposto a mutamenti, rispetto ai quali l'Amministrazione può rimanere inerte o semplicemente ritardare quella "*rivalutazione*" della posizione del lavoratore-detenuto necessaria alle determinazioni del caso, che solo ad essa competono³⁹.

Ragion per cui, l'iniziativa del giudice specializzato può qui inserirsi in una prospettiva rimediabile, restando ferma la possibilità per il condannato di accedere alla tutela giurisdizionale avverso la decisione del giudice monocratico.

4.1. segue: sopravvenienza di nuove condanne durante l'esecuzione del lavoro all'esterno.

Tra le coordinate fattuali ricostruite dalla pronuncia in commento, si legge che a determinare il provvedimento di revoca dell'approvazione del giudice monocratico, era stata "*la rilevante novità costituita dall'aggiornamento della posizione giuridica*" del beneficiario. Il nodo interpretativo riguarderebbe l'ambito di applicazione dell'art. 51-bis o.p.⁴⁰, se esso possa o meno estendersi al beneficio di cui all'art. 21 o.p.

La disposizione opera un richiamo inequivoco alle "*misure alternative alla detenzione*", col rischio di equivocare il suo effettivo raggio d'azione, specie con riguardo a quelle modalità trattamentali che, proprio come il lavoro all'esterno, rispondono ad una

ratio anticipatoria, nel senso di assicurare una prima attuazione pratica dell'art. 27, co. 3 Cost., in linea con la forte valenza rieducativa del lavoro in sé⁴¹.

L'interrogativo è se il lavoro *extramurario*, sia o meno da considerarsi, nella sostanza, misura alternativa alla detenzione, quantomeno sul piano dell'accessibilità al beneficio e della sua valenza rieducativa.

Sebbene non sia possibile operare, allo stato, un netto discrimine tra misure alternative e lavoro all'esterno, come evidenziano i vari tentativi di assimilazione⁴², e come pure alcune voci sostengono⁴³, non pare si possa obliterare la già menzionata funzione "preparatoria" del lavoro *extramurario*, che rimane tale per quanti ancora non possano accedere alle alternative alla detenzione.

Già questa caratteristica precluderebbe una forzatura del dettato dell'art. 51-bis o.p., circoscritto a coloro che si trovino in "esecuzione di una misura alternativa".

E anche a volerne equiparare la sostanza, il magistrato di sorveglianza non potrebbe disporre la cessazione della modalità trattamentale facendo applicazione dell'art. 51-bis, o.p. essendo la vicenda estintiva del lavoro all'esterno "materia" riservata all'autorità amministrativa, come pure la legge penitenziaria prevede in punto di revoca.

Di fronte alle sopravvenienze che facciano venir meno le iniziali condizioni di ammissibilità del beneficio di cui all'art. 21 o.p., unico rimedio all'inerzia dell'Amministrazione è quindi rappresentato dalla *revoca-atto giurisdizionale*, allorché finalizzata a caducare l'efficacia esecutiva del provvedimento amministrativo.

Andrea Perruccio

Cultore della materia in diritto penale

¹ La ricognizione delle quali non è possibile in questa sede. Per cogliere la rilevanza delle questioni, è sufficiente richiamare il problema dell'origine – legale ovvero contrattuale – del rapporto di lavoro carcerario, che, in tempi meno recenti, divideva finanche la giurisprudenza costituzionale. Sul punto, v. le ordinanze di rimessione della Corte di assise di Torino e del Tribunale di Torino, rispettivamente del 18 giugno 1968, in *Le leggi*, 1968, con nota di Griffey, *Dubbi di legittimità costituzionali in tema di retribuzione del lavoro carcerario*, in *Giur. it.*, 1969, II, 289, e 22 maggio 1969, in *Sentenze e ordinanze Corte Cost.*, 1969, II, 852. Vedasi anche Corte Cost. 20 marzo 1970, n. 40, in *Foro it.*, 1970, I, 1019; Corte Cost. 10 luglio 1968, n. 91, in *Foro it.*, 1968, I, 2025; Corte Cost., 30 giugno 1964, n. 67. Cfr. C. Brunetti, *Diritto penitenziario*, Napoli, 2021, p. 243. Cfr. Cass. 1° ottobre 1976, n. 3207; Cass. 18 febbraio 1975 n. 643.

² La sentenza di incostituzionalità colpiva proprio l'art. 69, sesto comma, lett. a della l. 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui attribuiva al magistrato di sorveglianza la competenza a decidere sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti "l'attribuzione della qualifica lavorativa, le questioni concernenti la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali dei detenuti".

³ v. legge n. 663/1986.

⁴ Seppur limitato rispetto alla competenza del giudice collegiale sulla concessione delle misure alternative alla detenzione, come la semilibertà, anch'essa formalmente imperniata sull'accertamento dell'esistenza di un'attività lavorativa, o comunque utile al reinserimento sociale, cfr. M. Vitali, *Il lavoro extramurario: lavoro all'esterno e semilibertà*, in *www.ristretti.it*.

⁵ Ed anche in sede di revoca, da parte dell'autorità amministrativa, del relativo provvedimento: cfr. art. 48, co. 15, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

⁶ Come, invero, afferma Corte Cost. 341 del 2006, secondo la quale: "i diritti dei detenuti devono trovare un ragionevole bilanciamento nel diritto della collettività alla corretta esecuzione delle sanzioni penali".

⁷ Cfr. TdS Alessandria, 11 novembre 2011.

⁸ Venuta meno la concezione del lavoro come "obbligo giuridico nascente con la sentenza di condanna", è venuto affermandosi il principio generale del libero consenso al trattamento, ciò che include la possibile astensione del detenuto dalle attività trattamentali, con la conseguente "staticità" del trattamento *intra moenia*.

⁹ Cfr. F. Fiorentin, *Il passo coraggioso che ancora resta da compiere*, in (a cura di) Brunelli, Pugiotto, Veronesi, *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Atti del Seminario – Ferrara, 27 settembre 2019, *Forum di Quaderni Costituzionali*, Fasc. n. 10-2019, pp. 107 e ss.

¹⁰ v. Corte Cost., sent. n. 158 del 2001: "il lavoro dei detenuti, lungi dal caratterizzarsi come fattore di aggravata afflizione, si pone come uno dei mezzi di recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario, non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo".

¹¹ In prospettiva diacronica, v. E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980. G. Neppi Modona, (voce) *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, IX, 1995, pp. 41 e ss.

¹² Sebbene la prassi applicativa evidenzia difficoltà nel separare effettivamente il lavoratore-detenuto dall'ambiente carcerario, spesso reimpiegato anche per lo svolgimento di attività in regime di cui all'art. 21 o.p.

¹³ Cfr. G. Caputo, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuiti?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015; D. Chinni, *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 2019.

¹⁴ Ovvero chi avesse già fruito, per la prima volta, di permessi premio: v. art. 29, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 c.d. "Decreto Ristori". Cfr. M. Peraldo, *Licenze, permessi e detenzione domiciliare "straordinari": il decreto "ristori" (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria*, in *Sist. Pen.*, 16 novembre 2020.

¹⁵ Sulla natura delle valutazioni espresse dall'Amministrazione penitenziaria, sia consentito rinviare a A. Perruccio, *Valutazioni tecniche dell'Amministrazione penitenziaria e giurisdizione di sorveglianza: note a margine di un recente arresto della giurisprudenza di legittimità*, in *Giurisprudenza penale web*, 2021, 10.

¹⁶ In sede collegiale, attraverso le attività di osservazione dell'*equipe*, il direttore deve "impegnarsi in uno sforzo di adeguazione a principi di realtà e di organizzazione perché, ad esempio la proposta di liberazione condizionale, l'aggiornamento del caso, l'ipotesi di lavoro...siano il più possibilmente completi in ogni loro parte e arricchiti di motivi e motivazione in perfetta relazione ai fini effettivi che ciascun operatore intende perseguire", I. Sturniolo, *Ruolo, compiti, profilo del direttore penitenziario*, in *Rass. Pen.*, 2-1983.

¹⁷ Art. 21, co. 4 o.p.: "per ciascun condannato o internato il provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno diviene esecutivo dopo l'approvazione del magistrato di sorveglianza".

¹⁸ Nella casistica degli atti assentivi di natura amministrativa, l'approvazione viene definitiva come "il provvedimento permissivo, avente ad oggetto non già un comportamento, bensì un atto rilasciato, a seguito di una valutazione di opportunità e convenienza dell'atto stesso", E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016.

¹⁹ Per una ricognizione dei contrasti giurisprudenziali sull'argomento, v. *ex multis* F. Fiorentin, C. Fiorio, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2020, p. 166 e ss.

²⁰ Ivi ammessa la possibilità che, una volta giunta al magistrato di sorveglianza la comunicazione della revoca del provvedimento autorizzatorio da parte del direttore, questi si determini, nelle more, per la temporanea sospensione dell'attività trattamentale.

²¹ v. ad esempio, Sez. I, n. 3063 del 19/05/1995, Sez. I, n. 33579 del 03/04/2002.

²² M. Vitali, *Il lavoro extramurario: lavoro all'esterno e semilibertà*, in *www.ristretti.it*.

²³ Ovvero da forzature che possano in qualche modo, dare spazio al paradigma del c.d. *atto complesso ineguale*. Sui richiami alla teoria dell'atto complesso, v. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, p. 743. M.S. Giannini, *Sull'imputazione dei piani regolatori*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1950, p. 882 ss.

²⁴ Cfr. ad esempio, G. Giangregorio, *Il ruolo e la funzione del giudice di sorveglianza nella pratica della sua azione*, in *adir.unifi.it*, 2008.

²⁵ I. Sturniolo, *Ruolo c.i.t*

²⁶ Cfr. Art. 48, co. 3, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

²⁷ v. l. 10 ottobre 1986 n. 663.

²⁸ v. *ex multis*, Sez. I, n. 37368 del 10/07/2018, Sez. I, n. 20171 del 10/02/2009.

²⁹ Cfr. G. M. Napoli, *Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria*, in *Arch. Pen.*, 1-2016.

³⁰ *Ex multis*, TdS Alessandria cit.

³¹ Basile, *Il ruolo della magistratura di sorveglianza nella riforma penitenziaria: qualche riflessione*, in *Giust. pen.*, 1985, p. 221; G. Giangregorio, *cit.*

³² C. Brunetti, *Diritto penitenziario cit.* p. 250.

³³ L. Daga, *L'evoluzione normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, n. 80, 1995; C. Brunetti, *op. cit.*

³⁴ Secondo Corte Cost. n. 32/2020, "la collocazione topografica di una disposizione non può mai essere considerata decisiva ai fini dell'individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile". Sul punto, cfr. V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020.

³⁵ Preclusione fondata sulla estromissione dell'atto in oggetto dal novero dei *provvedimenti di cui all'art. 111, co. VI, Cost.* Secondo Cass. pen., Sez. I, 23/06/1993, n. 2985, Falchetta, in *Cass. Pen.*, 1995, 177, "la natura amministrativa dell'atto "esclude, l'esperibilità di mezzi di impugnazione previsti dal c.p.p., che non prevede al riguardo rimedi di sorta, nè è ipotizzabile il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., non potendosi la materia, riservata all'autorità carceraria, farsi rientrare in quella relativa alla libertà personale".

³⁶ L'impostazione, alquanto risalente, ravvisava in capo all'organo giudiziario, allorché chiamato ad espletare funzioni prettamente amministrative, l'unico limite rappresentato dalla riserva di attribuzione in capo alla direzione dell'Istituto di pena, di talché l'approvazione poteva dirsi legittima fintantoché non invadeva la sfera dei poteri di scelta riservati all'Amministrazione penitenziaria.

³⁷ Sull'evoluzione del concetto di autotutela e sulle sue declinazioni cfr. G. Ghetti, voce *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1987.

³⁸ *Ex mutlis*, TdS Alessandria 11 novembre 2011: "quale atto amministrativo, pertanto, pure il provvedimento di approvazione pronunciato dal magistrato di sorveglianza ex art. 21, comma 4, O.P. può essere revocato o annullato in autotutela dallo

stesso ufficio, che lo aveva precedentemente emesso”.

³⁹ Come si legge nella motivazione della sentenza in commento, “ritenere che il magistrato di sorveglianza non sia titolare del potere di ritiro dell’approvazione stessa, dovendo attendere il necessario impulso da parte della direzione dell’istituto per approvarne l’atto di revoca se e quando l’amministrazione penitenziaria si sarà determinata in tal senso, equivarrebbe necessariamente a concludere che il sistema contempla la concreta possibilità che il lavoro all’esterno prosegua senza l’effettivo controllo dell’autorità a cui l’ordinamento ha affidato la relativa funzione: ciò, finanche quando, per l’emersione di sopravvenienze, l’istituto si riveli essere applicato al di là dei limiti fissati dall’art. 21, o.p. e 48 D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.”

⁴⁰ “Quando, durante l’esecuzione di una misura alternativa alla detenzione, sopravviene un titolo esecutivo di altra pena detentiva, il pubblico ministero competente ai sensi dell’art. 665 del c.p.p. informa immediatamente il magistrato di sorveglianza formulando contestualmente le proprie richieste. Il magistrato di sorveglianza, tenuto conto del cumulo delle pene, se rileva che permangono le condizioni di applicabilità della misura in esecuzione, ne dispone con ordinanza la prosecuzione; in caso contrario, ne dispone la cessazione e ordina l’accompagnamento del condannato in istituto.”

⁴¹ Corte Cost. 341 del 2006: “Lo svolgimento di attività lavorative da parte dei detenuti contribuisce a rendere le modalità di espiazione della pena conformi al principio espresso nell’art. 27, terzo comma, Cost.”

⁴² Vedasi, in particolare, le modifiche apportate dalla L. 22 giugno 2000, n. 193 alla nozione di “persone svantaggiate” di cui all’articolo 4, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381, ove accanto ai condannati ammessi alle misure alternative figurano anche quelli assegnati al lavoro *extramurario*.

⁴³ Cfr. *ex multis*, M. Pavarini, *La disciplina del lavoro dei detenuti*, in V. Grevi (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, Padova, 1994, p. 219. Spunti indicativi di una equiparazione si rinvencono nell’art. 4 bis o.p., che assoggetta l’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative allo stesso regime di preclusioni. V. anche C. Brunetti, *op. cit.*, p. 250.

