

GIURISPRUDENZA PENALE
TRIMESTRALE



1, 2022

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. **1, 2022** chiuso in data **5 settembre 2022**.

Criteri di citazione dei contributi

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 1, 2022, 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.

EDITORIALE

La riscoperta del diritto penale internazionale.

L'invasione del territorio ucraino da parte della Russia è un fatto probabilmente destinato a cambiare il mondo. Certamente è destinato a scrivere la storia del diritto penale nella sua dimensione internazionale, dato che in questo conflitto, che si combatte alle porte dell'Europa, pare si stiano consumando atroci crimini contro l'umanità.

Come tutti sappiamo, dopo l'esperienza per molti versi peculiare e irripetibile del Processo di Norimberga a carico dei gerarchi nazisti e dopo l'istituzione di Tribunali competenti a giudicare singole vicende (Tribunali cd. *ad hoc*, come il Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia o il Tribunale penale internazionale per il Ruanda), nel 2002 è entrato in vigore lo Statuto di Roma, un trattato internazionale – a cui anche l'Italia ha aderito – che ha istituito la Corte Penale Internazionale (CPI), un tribunale competente a giudicare i crimini contro l'umanità in modo permanente.

Fra le critiche che nel tempo si sono levate rispetto all'operato della Corte, vi era il fatto che essa trattasse solo o prevalentemente vicende occorse nel cosiddetto terzo mondo, in particolare nel continente africano. Secondo alcuni, i paesi africani non erano dotati della forza politico-internazionale, propria invece degli stati occidentali, per evitare l'attenzione e il giudizio della Corte.

Notizie recenti riportano che la Procura presso la CPI ha aperto una indagine sui fatti che stanno accadendo in Ucraina, che sarà condotta in prima persona dal Procuratore Karim Khan. La CPI ha così acceso un faro, piuttosto luminoso, su fatti che avvengono in Europa, tra paesi che certamente non possono essere considerati del terzo mondo. La critica appena vista risulta allora smentita.

Di fronte a questo scenario, la Rivista non poteva che accendere a propria volta un faro su

questi fatti, per analizzarne i profili giuridici e le prospettive di un eventuale procedimento-processo penale.

Così nel primo fascicolo dell'anno il lettore troverà le riflessioni del dott. **Cuno Tarfusser**, che per anni è stato Giudice e Vice Presidente presso la CPI. Con penna critica e approccio pragmatico, il dott. Tarfusser individua alcune difficoltà, a cui la Corte probabilmente andrà incontro nel prosieguo del procedimento.

Nella stessa materia, **Stefano Trevisan** analizza i problemi che si pongono presso la CPI nella selezione e valutazione delle prove, nel caso – non infrequente – in cui queste provengano da fonti aperte.

La giustizia penale interna, però, non si arresta. Ci è parso quindi opportuno dar spazio ad altri contributi, che si concentrano su temi nazionali di interesse.

In primo luogo, questioni di interesse sorgono nelle battute (si spera) conclusive della pandemia. Allora, **Emanuele Florio** commenta la sentenza della Cassazione sul reato di tortura, in merito ai gravi fatti avvenuti nel carcere di Santa Maria Capua Vetere durante la fase più acuta della pandemia. **Gaia De Lisi**, invece, riflette sulla rilevanza (o meno) penale dell'omesso versamento di ritenute durante e a causa delle restrizioni contro il Covid-19, alla luce di una recente sentenza del Tribunale di Milano.

Un secondo tema di grande attualità riguarda i crimini informatici. Così, **Davide Costa** illustra i profili di responsabilità penale dell'*internet service provider*, mentre **Pasquale Iovino** affronta il tema della configurabilità del reato di riciclaggio rispetto alle criptovalute.

Ulteriori questioni di attualità sorgono tanto dalla prassi, come il tema del caporalato, approfonditamente trattato da **Matteo**

Riccardi sia sotto il profilo normativo che sotto quello di *enforcement*, quanto dalle novità legislative, come testimoniano le considerazioni di **Alberto de Sanctis** e **Roberta Ferrero** sul cantiere della "Riforma Cartabia", e in particolare sulla introduzione dell'udienza predibattimentale nei procedimenti a citazione diretta.

Particolare attenzione va riservata alle questioni recentemente trattate dalla Corte costituzionale. In dettaglio, **Francesca Ballesi** si sofferma sulla riforma dell'abuso di ufficio, rispetto al principio di riserva di legge e alla possibilità che la materia penale sia regolata dai Decreti Legge. **Rosa Maria Giovinazzo**, invece, si occupa di individuare i rimedi esperibili contro la confisca di prevenzione, fondata sulla pericolosità generica del proposto, nozione quest'ultima da poco affrontata dalla Consulta.

Meritano infine attenzione i contributi di **Isabella Fontana**, sul problematico rapporto tra concorso di persone nel reato e recesso attivo e desistenza volontaria, e di **Davide Brusaporci**, in tema di responsabilità amministrativa dell'ente, sul maggior profitto conseguito in conseguenza della violazione delle norme sulla salute e sicurezza sul lavoro a cui siano conseguite la morte o le lesioni in un lavoratore.

Come il lettore si avvede a colpo d'occhio i temi sono molti e, a parer nostro, interessanti. Di qui, l'augurio e la speranza di una buona lettura.

Lorenzo Roccatagliata
Vice Direttore



INDICE

CUNO TARFUSSER , Le indagini della Corte Penale Internazionale <i>"Into the situation of Ukraine"</i> – Alcune criticità _____	6
STEFANO TREVISAN , Open-source evidence at a crossroad: the (pending) case against Mr Hassan at the International Criminal Court and the fundamental right to fair trial _____	11
EMANUELE FLORIO , "Perquisizione e forza": le violenze sui detenuti del carcere di Santa Maria Capua Vetere al vaglio della Cassazione _____	16
ISABELLA FONTANA , La desistenza volontaria e il recesso attivo nel concorso di persone nel reato: quali ponti d'oro al concorrente che fugge? _____	22
DAVIDE COSTA , La responsabilità penale dell'Internet Service Provider per i reati in materia di diritto d'autore _____	47
PASQUALE IOVINO , Le criptovalute nella fase di layering del riciclaggio _____	90
ROSA MARIA GIOVINAZZO , La confisca di prevenzione all'indomani della sentenza 24/2019 della Corte Costituzionale. Rimedi esperibili: revocazione straordinaria ex art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 (cd. codice delle leggi antimafia) <i>versus</i> incidente d'esecuzione ex artt. 666 e ss. c.p.p. Le Sezioni Unite tracciano la rotta _____	97
FRANCESCA BALLESI , La sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2022 sul reato di abuso d'ufficio, come modificato dall'art. 23 DL 76/2020: verso il tramonto del principio <i>"nullum crimen, nulla poena sine lege"</i> ? _____	129
MATTEO RICCARDI , Dai sintomi alla patologia. Anamnesi del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro _____	139
GAIA DE LISI , L'omesso versamento di ritenute al tempo del Covid. Un'ipotesi di inesigibilità "sopravvenuta"? _____	180
ALBERTO DE SANCTIS - ROBERTA FERRERO , Riforma del processo penale. Citazione diretta e tutela del contraddittorio nel nuovo giudizio di prognosi di condanna _____	188
DAVIDE BRUSAPORCI , Il "maggior profitto" come indice di punibilità dell'ente ex art. 25-septies D. Lgs. 231/2001: attualità e attuazione dei limiti all'iniziativa economica privata _____	193

Le indagini della Corte Penale Internazionale “*Into the situation of Ukraine*” – Alcune criticità.

di **C. J. Tarfusser**

L’annuncio del Prosecutor della Corte Penale Internazionale, a pochi giorni dall’inizio dell’aggressione russa, di aprire un’indagine nella situazione dell’Ucraina, ha suscitato immediate reazioni positive. Pur nella condivisione “politica” della decisione di aprire l’indagine, l’autore – forte della sua ultradecennale esperienza di giudice della Corte – riflette su alcuni aspetti critici di natura giuridica che questa iniziativa pone, rendendo evidente come la “comunità internazionale” che nel 1997 ha trovato il consenso sullo Statuto su cui poggia la Corte, abbia creato un organo giudiziario internazionale ben lontano da quella autorevolezza ed efficienza operativa che situazioni quale quella ucraina richiederebbe.

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La legittimità dell’indagini, ovvero un’indagine su piedi di argilla. – 3. L’esecuzione dei provvedimenti giudiziari, ovvero un leone senza denti. – 4. La tempistica, ovvero speditezza è altra cosa. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

All’indomani della comunicazione fatta dal Procuratore della Corte Penale Internazionale (“CPI” o “Corte”), il britannico Karim Khan¹, della sua decisione di richiedere alla Camera Preliminare (*Pre-trial Chamber*) della Corte l’autorizzazione per “aprire un’indagine nella situazione dell’Ucraina”², seguita solo due giorni dopo, il 2 marzo 2022, dalla comunicazione di aprire l’indagine in base al mandato (*referral*) in tal senso ricevuto da ben 39 paesi³, tra cui l’Italia, ho avuto modo di leggere e di ascoltare le più disparate analisi, commenti e prese di posizione di improvvisati e improbabili “esperti” di diritto penale internazionale.

Solo ora, a distanza di diversi giorni si iniziano a leggere commenti di veri esperti⁴, frutto di riflessioni più approfondite e meditate cui anch’io intendo dare il mio contributo avendo quali punti di riferimento, oltre alla legge, e quindi gli strumenti normativi della Corte (Statuto di Roma, Regole di Procedura e di Prova, Regolamento della Corte) ed i suoi precedenti, e quindi eventuali casi analoghi su cui la Corte si è già espressa, anche e soprattutto l’esperienza, e quindi il mio “vissuto” di quasi undici anni all’interno della Corte Penale Internazionale accanto a giuristi⁵ provenienti da tutto il mondo.

Anticipo sin d’ora che da nessuno dei tre punti di riferimento vi è ragione di essere particolarmente ottimisti sul fatto che l’intervento della CPI possa essere, non già risolutivo, ma avere un’efficacia che vada al di là di una, seppur forte, simbologia.

Tra le diverse criticità ne voglio segnalare tre in particolare: la legittimità dell’indagine, l’esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e la tempistica.

2. La legittimità dell’indagini, ovvero un’indagine su piedi di argilla.

Pur condividendo in modo incondizionato la decisione di Karim Khan di “intervenire” nella guerra di aggressione all’Ucraina da parte della Russia con i poco incisivi mezzi normativi che gli sono offerti dallo Statuto di Roma (SR), istitutivo della Corte Penale Internazionale, non posso non rilevare come questo intervento soffra di un vizio di origine, idoneo a rendere vano ogni sforzo investigativo.

Non è ovviamente in discussione la legittimazione attiva ad investigare che gli è ampiamente conferita dai *referral* di ben 39 Stati Parte allo Statuto di Roma, Italia compresa (art. 14 SR). Non altrettanto pacifica è, però, a mio avviso, la sussistenza di quella che lo Statuto chiama “*precondition*”⁶, ovvero quella precondizione all’esercizio della giurisdizione che, per comodità e migliore comprensione, chiamo legittimazione territoriale o passiva. Questa presuppone l’aver lo Stato sul territorio del quale si investiga ratificato lo Statuto⁷, oppure, nel caso in cui lo Stato non lo abbia ratificato, l’aver questi accettato la giurisdizione della Corte⁸.

Nel caso in discussione il Procuratore àncora la propria legittimazione territoriale alle due dichiarazioni, rispettivamente dell’aprile 2014 e del settembre 2015, con le quali l’Ucraina ha dichiarato di accettare la giurisdizione della Corte.



In apparenza, quindi, tutte le condizioni giuridiche per l'indagine che il Procuratore ha annunciato di voler condurre sembrano essere soddisfatte: vi è il *referral* di 39 Stati e vi sono addirittura due dichiarazioni di accettazione della giurisdizione da parte dell'Ucraina.

In cosa consiste allora la debolezza, il potenziale *vulnus*, di questa indagine?

Il momento in cui la debolezza dell'indagine potrebbe appalesarsi con effetti davvero deflagranti in termini di credibilità per la Corte, e così fornire ulteriori validi argomenti ai suoi numerosi detrattori, arriverà inesorabilmente nel momento in cui il Procuratore sottoporrà i risultati delle indagini al vaglio dei giudici e quindi con la sua "giurisdizionalizzazione".

Sarà a partire da quel momento che verrà messa in discussione ("*challenged*") la legittimità delle indagini e quindi il valore giuridico e l'utilizzabilità processuale del materiale probatorio raccolto⁹. Le domande che verranno poste e cui i giudici dovranno dare una risposta saranno le seguenti.

Possono due dichiarazioni di accettazione della giurisdizione rilasciate in un contesto storico temporale, in una situazione politica emergenziale e da un governo diverso, avere ancora efficacia ad otto anni di distanza?

Possono ancora avere efficacia, anche e soprattutto, alla luce del fatto che in questi otto anni il Parlamento ucraino non ha provveduto – come avrebbe potuto e, a mio avviso, dovuto – a regolarizzare la propria posizione verso la CPI con la ratifica dello Statuto?

Perché l'attuale governo ucraino, pur avendo trovato tempo e modo per proporre un'azione giudiziaria contro la Russia davanti alla Corte Internazionale di Giustizia (ICJ) non ha trovato il tempo per passare anche dal Registrar della CPI a depositare un'ulteriore dichiarazione "attualizzata" di accettazione della giurisdizione?

Non trascuro, ovviamente, il fatto che, mentre la prima della due dichiarazioni delimita la giurisdizione della Corte *ratione temporis* al periodo dal 21 novembre 2013 al 22 febbraio 2014, la seconda riguarda "*crimes against humanity and war crimes, stipulated in Article 7 and Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, committed on the territory of the Ukraine starting from 20 February 2014 and to the present time*" e quindi appare non avere alcun limite temporale. Ma il problema non cambia. Riconoscendo, infatti, valore

ultrattivo alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 12, terzo comma, RS da Stati che non hanno ratificato lo Statuto, si apre la strada, non solo verso una strisciante giurisdizione universale della Corte, ma anche all'aggiornamento del non sempre facile processo politico interno di ratifica dello Statuto e soprattutto delle obbligazioni verso la Corte, primo fra tutti l'obbligo di contribuire con adeguate risorse economiche e di personale al suo funzionamento.

A tale ultimo proposito basta considerare come il Procuratore, proprio in questi giorni, abbia trasmesso agli Stati Parte, *in primis* a quelli firmatari del *referral*, una nota verbale chiedendo ulteriori contribuzioni in termini sia finanziari, che di personale distaccato per fare fronte all'enorme impegno che questa indagine indubbiamente richiederà.

3. L'esecuzione dei provvedimenti giudiziari ovvero un leone senza denti.

AmMESSO che le indagini riusciranno a superare la soglia del controllo giurisdizionale evidenziato al punto precedente, la Corte si troverà di fronte ad un problema, questo sì – almeno allo stato – insuperabile: l'esecuzione dei provvedimenti giudiziari con particolare riferimento ai mandati di cattura a carico di coloro che verranno individuati quali responsabili dei crimini internazionali commessi sul territorio dell'Ucraina. Non sarà superfluo ricordare, infatti, che il processo presso la Corte non può essere celebrato *in absentia*¹⁰.

Ipotizzando – senza necessità di particolare fantasia – che i responsabili di detti crimini siano il Presidente russo Vladimir Putin e persone, politici e militari, a lui vicini, si può escludere che queste saranno arrestate e trasferite nella sezione "detenuti internazionali" del carcere de l'Aia (NL) a disposizione della Corte. Questo non solo perché la Russia non ha ratificato lo Statuto di Roma, ma anche perché la Corte per dare esecuzione ai propri provvedimenti si deve affidare alla cooperazione degli Stati non avendo alcun potere coercitivo proprio.

Per dare un'idea della molto limitata potenza operativa della Corte faccio riferimento a tre procedimenti che vedevano accusati Capi di Stato di cui mi sono occupato durante il mio mandato di giudice della Corte. Si tratta dei procedimenti a carico di Omar Al Bashir, all'epoca Presidente in carica del Sudan, di Laurent Gbagbo, all'epoca Presidente da poco deposto della Costa d'Avorio, e

del Colonnello Mu'ammar Gheddafi, Comandante della Libia.

Sotto il profilo in esame i tre procedimenti hanno avuto un andamento totalmente diverso.

Omar Al Bashir, accusato di crimini di guerra, di crimini contro l'umanità e di genocidio, ha "convissuto" per oltre dieci anni con due mandati di cattura della Corte pendenti a suo carico. Non solo questi non sono – comprensibilmente, trattandosi di Presidente in carica – mai stati eseguiti dalle autorità di polizia sudanesi, ma non sono stati mai nemmeno eseguiti dalle autorità di polizia dei (pochi) Stati Parte in cui Al-Bashir si è recato in visita di Stato. Questi paesi (Camerun, Sudafrica, Ciad, Malawi e Giordania) hanno giustificato il mancato arresto e quindi la violazione dell'obbligo di cooperazione con la Corte¹¹, con quelle che chiamavano "*conflicting obligations*", ovvero l'obbligo di cooperazione derivante dallo Statuto di Roma, da un lato, e l'obbligo di garantire l'immunità ad un Capo di Stato estero, derivante dal trattato di Vienna del 1962, dall'altro lato. Nel dubbio (si fa per dire), gli Stati hanno regolarmente privilegiato il secondo obbligo non procedendo all'arresto di Al-Bashir. Solo l'11 aprile 2019 questi è stato arrestato a seguito di un colpo di Stato militare e tutt'ora è detenuto nel suo Paese che ha dato qualche contraddittorio segnale circa la volontà di consegnarlo alla Corte Penale Internazionale.

Laurent Gbagbo, Presidente della Costa d'Avorio dal 2000 al 2010, venne arrestato l'11 aprile 2011 all'interno del Palazzo Presidenziale di Abidjan da militari della missione ONU e francesi, nell'ambito e all'esito di un conflitto armato che ha causato migliaia di morti e di feriti, passato alla storia come "violenza post elettorale". Questo sanguinoso conflitto tra sostenitori dei due candidati alla Presidenza, Laurent Gbagbo e Alassane Ouattara, è seguito alle contestate elezioni presidenziali dell'ottobre/novembre 2010 perse da Gbagbo. Accusato insieme ad un Ministro del suo Gabinetto, Charles Blé Goudé, di vari crimini contro l'umanità per avere ordinato ai militari l'attacco contro la popolazione civile a lui avversa, è stato consegnato il 30 novembre 2011 alla Corte che, su richiesta del Procuratore della Corte, aveva spiccato un mandato di cattura a suo carico. Rinvio a giudizio nel giugno 2014, il processo, presieduto da me, si è aperto nel gennaio del 2016 e si è concluso nel gennaio 2019 con la piena assoluzione, confermata nel marzo 2021 dalla Camera d'appello.

Mu'ammar Gheddafi colpito, unitamente a suo figlio Saif Al Islam e al capo dei suoi servizi segreti Abdullah Al Sanussi, da un mandato di cattura, anche a mia firma, dell'11 giugno 2011 è stato ucciso solo quattro mesi dopo, il 20 ottobre 2011, in pieno conflitto civile nell'ambito di quel movimento passato alla storia come "primavera araba". Il problema del suo arresto e della sua consegna alla Corte non si è, quindi, mai posto. Forse però è interessante sapere che, nemmeno Saif Al Islam Gheddafi e Al Sanussi sono stati consegnati alla Corte. Il primo, arrestato in Niger, il secondo in Mauritania, sono stati consegnati alle autorità libiche e da queste processati.

Questi essendo i precedenti di procedimenti a carico di Capi di Stato avanti alla Corte Penale Internazionale e dando per scontato che in termini di *Realpolitik* un presidente sudanese o ivoriano non hanno il medesimo peso specifico sulla bilancia dei rapporti internazionali, un'apparizione di Putin o di altre persone del suo *inner circle* davanti ai giudici della Corte può essere esclusa con una probabilità che rasenta la ragionevole certezza. Se mai saranno chiamati a rispondere dei loro crimini, lo saranno davanti all'autorità giudiziaria russa una volta cambiato il regime, speriamo meno criminale e meno sanguinario.

4. La tempistica, ovvero speditezza è altra cosa.

L'ultima criticità che voglio segnalare è quella della durata dei procedimenti davanti alla Corte e lo faccio nella perfetta consapevolezza del paradosso che sia un magistrato italiano a criticare la lentezza della giustizia internazionale.

Mai come in questo caso sarebbe necessario, non solo un intervento tempestivo, ma soprattutto dei risultati investigativi e giudiziari che giungano in tempi i più rapidi possibili per aggiungere, oltre al segnale politico di condanna di questa guerra di aggressione, anche un forte segnale giudiziario sovranazionale.

L'esperienza però insegna che i tempi dei procedimenti alla Corte, nelle sue varie fasi, non brillano per particolare tempestività. Certo, all'origine di queste lentezze vi sono difficoltà ontologiche, quali investigazioni svolte in territori lontani, in situazione di *ongoing conflict*, di norma accompagnate dall'ostilità di una parte del conflitto e quindi anche di grave pericolo per chi investiga e che deve assicurare delle prove che siano qualificanti e genuine. Una volta chiusa l'indagine e spostatosi



l'epicentro del procedimento alla sede della Corte, i motivi che determinano la lentezza sono altri ma non meno giustificati. Si pensi, ad esempio, al trasferimento delle prove dal luogo di raccolta alla sede della Corte garantendo la "chain of custody", all'enorme problema della tutela di testimoni e vittime, alla traduzione nelle due lingue di lavoro della Corte, l'inglese e il francese, delle dichiarazioni rese il più delle volte in una terza lingua, ecc. Cionondimeno ho sempre ravvisato una iper-burocratizzazione in ognuna di queste attività che, se razionalizzate, abbatterebbe in maniera sensibile i tempi dei procedimenti.

Un esempio tanto estremo, quanto calzante per il momento e gli attori coinvolti, di quanto vado affermando viene da un ulteriore, recentissimo *statement* del Procuratore della Corte. Il 10 marzo 2022, e quindi solo pochi giorni fa, egli ha annunciato di avere richiesto alla Camera preliminare della Corte l'emissione di tre mandati di cattura a carico di altrettante persone ritenute responsabili di crimini di guerra commessi nell'ambito della situazione della Georgia e quindi del conflitto tra Russia e la Georgia per i territori dell'Ossezia del Nord¹². A prescindere dalla bizzarria dell'annuncio della richiesta di emissione di mandati di cattura, ciò che è da evidenziare ai fini dell'argomento relativo alla tempistica è che i fatti per i quali nel marzo 2022 il Procuratore della Corte chiede tre mandati di cattura, risalgono al periodo agosto-ottobre 2008 e che l'autorizzazione della Camera preliminare della Corte, di cui ho fatto parte, a svolgere le indagini risale al gennaio 2016¹³.

C'è solo da augurarsi che i primi risultati delle indagini in Ucraina, qualunque essi siano, si vedano prima 2027.

5. Conclusioni.

Il successo di ogni conferenza diplomatica dipende dalle trattative tra gli Stati partecipanti e dai compromessi che da queste trattative scaturiscono. Più complessa è la materia della conferenza e ambizioso il risultato cui si ambisce, più le trattative sono controverse e si abbassa il livello al quale viene trovato il minimo comune denominatore che rappresenta il successo, o meno, della conferenza. Esattamente questo è accaduto anche alla conferenza diplomatica che nell'estate 1997 ha dato vita allo Statuto di Roma, base giuridica della Corte Penale Internazionale. Dallo scontro tra due sistemi e culture giuridiche, il *common law* e il *civil law*, è emersa una Corte Penale Internazionale che inevitabilmente sconta in termini di efficienza e di efficacia il lodevole tentativo, riuscito solo in parte, di accomunare e di amalgamare principi e procedure mutuati da entrambi i sistemi e le culture giuridiche. L'auspicio è che questa gravissima crisi innescata dall'aggressione russa all'Ucraina riporti la Comunità internazionale al tavolo delle trattative per correggere le criticità – quelle qui accennate, ma diverse altre – che si sono appalesate nell'azione della Corte Penale Internazionale durante i suoi vent'anni di operatività, conferendole finalmente quel ruolo di *player* sul tappeto internazionale che, oltre alla diplomazia, ha anche urgente bisogno di Giustizia.

Cuno Jakob Tarfusser

Sostituto Procuratore Generale presso la Procura Generale di Milano.

¹ Conosco Karim Khan da molti anni e lo apprezzo, sia sotto il profilo personale, sia sotto quello professionale ed auspico che sotto la sua direzione la Procura della Corte possa finalmente assumere l'autorevolezza e la capacità operativa che sin qui non ha evidenziato.

² Cosiddetta "motu proprio investigation" (articolo 15 dello Statuto di Roma (SR)).

³ Cosiddetto "State referral" (articolo 14 SR).

⁴ Si vedano in tal senso le riflessioni di C. MELONI, *Il senso della giustizia penale internazionale di fronte alla guerra in Ucraina*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2022, accessibile al seguente [link](#); S. VASILIEV, *Aggression against Ukraine: Avenues for Accountability for Core Crimes*, in *European Journal of International Law*, 3 marzo 2022, accessibile al seguente [link](#); F. M. PALOMBINO – R. AITALA, *Nel fragore delle armi la legge non è silente*, in *Limes*, *La Russia cambia il mondo*, n. 2/2022.

⁵ Tra le tante cose che ho imparato in questi undici anni alla Corte è che il termine "giurista", contrariamente ad altri indicanti una comune estrazione accademica o professionale, non ha un contenuto, un significato e soprattutto un livello di conoscenza uniforme dei principi di diritto.

⁶ Art. 12 SR – "Preconditions to the exercise of jurisdiction".

⁷ Art. 12, comma 1, SR – "A State which becomes a Party to this Statute thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in article 5".



⁸ Art. 12, comma 3, SR – *“If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required ..., that State may, ..., accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception...”*.

⁹ Un simile *challenge*, oltretutto in un procedimento aperto a seguito di un cd “self referral” da parte della Repubblica Democratica del Congo, uno Stato-Parte dello Statuto, e quindi molto meno sensibile, è già stato sollevato nel procedimento a carico di Callixte Mbarushimana e deciso dalla Camera preliminare di cui ho fatto parte che, dopo un ampio e sofferto dibattito, ha deciso di rigettare l’eccezione con la *“Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court”* n. ICC-01/04-01/10-451 26-10-2011 1/26 RH PT del 26 ottobre 2011.

¹⁰ Art. 63, comma 1, SR – *“The accused shall be present during the trial”*.

¹¹ Part 9, art. 86-ss., RS *“International Cooperation and Judicial Assistance”*.

¹² Detto *statement* è disponibile al seguente [link](#).

¹³ I tempi lunghi delle investigazioni che hanno ora portato alla richiesta dei mandati di cattura non sono attribuibili all’odierno Procuratore che è tale da meno di un anno, quanto di chi lo ha preceduto nella posizione.



Open-source evidence at a crossroad: the (pending) case against Mr Hassan at the International Criminal Court and the fundamental right to fair trial.

by **S. Trevisan**¹

"The future of accountability will inevitably be intertwined with the advancement of technology"

E. Piracés (2018)

"What cannot (at present) in principle be overthrown by criticism is (at present) unworthy of being seriously considered"

K. Popper (1968)

Digital open-source information including social media and satellites images has radically changed how human rights violations and international crimes are documented. Yet the use of such information in criminal proceeding is problematic, as it must respect the right of the Accused to fair trial. This paper addresses the evidentiary issue of probative value of open-source information by analysing the legal arguments submitted by the Prosecutor and the Defence in the pending case against Mr Hassan at the International Criminal Court. In our conclusions we argue that by adopting the so-called "submission approach" the judges of the Trial Chamber have missed the opportunity to address the specific legal challenges pertaining to the admission of open-source information. As a result, the probative value of such peculiar evidence in international criminal proceedings still remains to be tested at trial.

Summary. 1. Introduction. – 2. The probative value of United Nations documents in the criminal proceedings against Mr Hassan. – 2.1. The Prosecutor's submission. – 2.2. The Defence's objections. – 2.3. The decision of the Chamber and the so-called "submission approach". 3. Conclusion.

Introduction.

Timbuktu was once considered the end of the earth, sitting at the cross road between the Sahara Desert and north Africa Savana. In ancient times the city was a prosperous trade centre, where caravans met to exchange salt for gold, ivory, and slaves. From the 13th to 16th centuries, Timbuktu flourished as a major learning and cultural centre, home to a 25,000-student university and other madrasahs. The great teachings of Islam, from astronomy and mathematics to medicine and law, were collected and produced here in several hundred thousand manuscripts.

In the recent past, Timbuktu has been plagued by armed conflicts and authoritarian rulers. In 2012, following a separatist rebellion and a military coup, the Islamist groups al-Qaeda in the Islamic Maghreb (AQIM) and Ansar Dine took control of the city, imposing a harsh regime over the population. According to human rights organizations², abuses committed by these groups included beatings, floggings, and arbitrary arrests against those engaging in behaviours decreed as haraam

(forbidden), such as smoking or selling cigarettes, consuming or selling alcoholic beverages, listening to music on portable audio devices, and failing to attend daily prayers. The Islamist groups routinely punished women for failing to adhere to their dress code, for wearing perfume or jewellery, and for having contact with men other than their family members. They have carried out executions and limb amputations as punishment, and systematically destroyed numerous religious shrines of cultural and religious importance. They have also recruited several hundred children, some as young as 12, into their forces.

On 13 July 2012, the Government of Mali referred the situation to the International Criminal Court³ ("ICC"), pursuant to Art. 14 of the Rome Statute. After conducting a preliminary examination of the situation, the ICC Prosecutor concluded that there was reasonable basis to believe that serious crimes had been committed in the country, and decided to open a criminal investigation.

In March 2018, Pre-Trial Chamber I issued a warrant of arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud⁴. Mr Hassan has been accused of crimes against humanity and war crimes, including rape, torture, forced marriage, passing of sentences without previous court judgement and sexual slavery. According to the Prosecutor, Mr Hassan was the *de facto* chief of the Islamic police and he “played an essential and undeniable role in the system of persecution established by the armed groups in Timbuktu”⁵. He was surrendered by Mali to the ICC, arriving in the Netherlands on 31 March 2018. On 30 September 2019, the Pre-Trial Chamber confirmed the charges of war crimes and crimes against humanity brought by the Prosecutor against Mr Al Hassan and committed him to trial⁶.

In the ongoing trial, the Prosecutor decided to rely significantly on open-source evidence to prove the criminal liability of the Accused. She requested the admission of 63 official documents published by United Nations bodies and specialised agencies that are publicly available⁷. These documents include reports, press releases, and resolutions downloaded from various UN body websites, including the Security Council, the Secretary General, the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, the Multidimensional Integrated Stabilisation Mission in Mali and the Educational, Scientific and Cultural Organization (“UNESCO”).

While the use of digital open-source evidence is now a well-established practice in international criminal proceeding⁸, the case against Mr Hassan reveals unprecedented features that deserve attention. In the written pleadings, both the Prosecutor and the Defence discussed in detail the admissibility of such items, presenting unique legal reasoning. Therefore, the case in question exemplifies the procedural legal framework of open-source evidence at the ICC and underlines the most controversial aspects of such items.

The article analyses the specific legal arguments put forward by the Prosecutor in seeking the admission of these items, the objections raised by the Defence and the decision delivered by the Chamber⁹. In our conclusion, we argue that by adopting the so-called “submission approach”¹⁰, the judges of the Trial Chamber have missed the opportunity to address the specific legal challenges pertaining to the admission of open-source evidence raised by the Accused. As a result, the probative value of open-source in

international criminal proceedings still remains to be tested at trial.

2. The probative value of United Nations documents in the criminal proceedings against Mr Hassan.

2.1. The Prosecutor’s submission.

In the trial against Mr. Al Hassan the Prosecutor sought the admission of 63 official documents published by United Nations bodies and specialised agencies through a ‘bar table’ motion, pursuant to Articles 64(9), 69(3), 69(4) of the Rome Statute, and rule 63(2) of the Rules of Procedure and Evidence and the Directions on the conduct of proceedings¹¹. Accordingly, the Chamber must assess the admissibility of documentary evidence without direct oral testimony by taking into account three key factors: i) the relevance of the evidence to the issues at trial; ii) its probative value; and iii) the prejudicial effect (if any) of its introduction as weighed against the probative value of the evidence¹².

The Prosecutor argued that bar table submission would have contributed to the expeditious conduct of the trial and that there was no requirement that any documentary evidence should, where possible, be admitted through a witness¹³.

The Prosecutor alleged that these open-source documents published by the United Nations proved important facts at trial, such as the existence of a non-international armed conflict (including the nature of Ansar Dine/AQIM as organised armed groups), the common purpose of Ansar Dine/AQIM, and the protected character of the buildings subject to attack. In addition, the open-source evidence was allegedly relevant to factors that may be considered in sentencing, such as the gravity of the crimes and the extent of the damage caused, in particular the harm caused to the victims and their families.

In addition, the Prosecutor submitted that these documents contain “sufficient indicia of reliability, including authenticity”¹⁴, to be submitted into evidence. Notably, the Prosecutor argued that such items are “self-authenticating as they are official documents publicly available from official sources”¹⁵. It is stressed the documents submitted contain other indicia of reliability, including logo and letterhead, dates of publication, authors, and methodology or context of preparation.

The Prosecutor acknowledged that the author of the UN documents (including reports, photographs and

press release) is in general unknown. Therefore, such evidence can be considered as anonymous hearsay. However, it is submitted that the fact that evidence is hearsay does not necessarily deprive it of probative value, and that the weight or probative value afforded to it will depend upon *"the infinitely variable circumstances which surround hearsay evidence"*¹⁶. According to the Prosecutor, information based on anonymous sources may also be considered as corroboratory evidence.

In conclusion, the Prosecutor alleged that each of the proposed items possessed sufficient indicia of reliability to warrant its submission and to enable the Chamber to fairly evaluate it.

2.2. The Defence's objections.

The Defence submitted that the open-source UN documents filed with the court were inadmissible¹⁷ as they should have been submitted through a witness. The Defence argued that the inability to proceed with an in-court testimony to verify the reliability and authenticity of such items is deemed detrimental to the rights of the Accused, as the majority of the tendered documents deny any assessment of the source of the information.

Furthermore, it is claimed that such documents are *"almost uniformly based on anonymous hearsay"*¹⁸, and that it was impossible to verify whether the information included in the open-source UN documents was derived from *"for example, first-hand, third-hand, rumour circling in the civilian or military populations, a comment spreading on social media, or a government-promoted narrative fed to international agencies"*¹⁹.

In addition, the documents are deemed inadmissible as they amount to *"opinion evidence"*²⁰. In this view, the Defence submitted that the UN Security Council is a political body, and therefore its resolutions are triggered by political determinations rather than objective forensic analysis. Resolutions can allegedly be relied upon only for the purpose of establishing that there was a resolution, and not for the truth of their contents. Similarly, UN human rights fact-finding missions' reports have allegedly a distinct purpose, which is not akin to the process of collecting evidence for establishing individual criminal responsibility.

The Defence also challenged the authenticity of such items, as the inclusion of UN logo, document number and/or standard layout does not provide sufficient information regarding the source of the evidence.

Furthermore, the Defence submitted that the Prosecution had adduced no evidence or information that would allow the Chamber to independently verify the originality, integrity and location of photographs included in the open-source documents and relatedly argued that statements from the photographer would be required to authenticate these exhibits²¹.

The Defence also claimed that certain exhibits or excerpts submitted were too vague to be relevant and that admission was therefore prejudicial. In this regard, and often pointing to the absence of specific time and location or identified alleged perpetrators or victims, the Defence submitted that it was impossible to conclude if the information fell within the scope of the charges²².

In conclusion, the Defence claimed that the Prosecutor had failed to demonstrate that such UN documents were reliable, as they lacked information concerning methodology and sources, *"including whether the source was in a position to accurately and objectively record or recollect information concerning the facts and circumstances of the case, and the means used to compile the data or information in question"*²³. The recycling of such UN reports allegedly risked to further entrenching narratives which may *"well be false"*²⁴.

2.3. The Chamber's decision and the submission approach.

On June 15, 2021, the Trial Chamber X issued its decision on the Prosecution application submitting 63 open-source exhibits into evidence²⁵.

The Chamber dismissed the Defence's abovementioned objections and *"recognized as formally submitted"* all the open-source documents filed by the Prosecutor, except one item that was considered *"testimonial in nature"*²⁶. In the view of the judges, the Prosecution had provided specific submissions on the relevance and probative value of each document submitted. The Chamber saw no reason to exceptionally consider these objections at this point in the proceedings, and therefore deferred the decision on the admissibility of such items until the final judgment, as it was convinced that consideration thereof will be *"better rendered in light of the entirety of the evidence brought before it"*²⁷.

In line with its Directions on the conduct of proceedings²⁸ and case-law²⁹, the Chamber endorsed the so-called "submission approach" and therefore decided not issue rulings on admissibility

for each submitted item of evidence in this phase of the proceedings. Rather, the Chamber recognised the submission of items of evidence without a prior ruling on relevance and/or admissibility and will “consider its relevance and probative value as part of the holistic assessment of all evidence submitted when deciding on the guilt or innocence of the Accused”³⁰.

3. Conclusions.

In the case against Mr Hassan the Chamber has refused to rule on the objections raised by the Defence and decided to defer any consideration on admissibility of evidence until deliberating the final judgment. In doing so, the judges have exercised the discretionary powers that are permitted by the evidence regime set out in the Rome Statute.

According to Rule 63(2) the Chamber has the authority, “to assess freely” all evidence submitted in order to determine its relevance or admissibility, and must exclude those evidence that have been obtained by means of a violation of the Statute or international human rights (see Art. 69). Rule 64 lays down the procedure relating to the admissibility of evidence. Accordingly, parties to the proceeding must raise any issue relating to admissibility issue “at the time when the evidence is submitted”. *Par contre*, the Chamber is under no obligation to hand down a decision on this matter in a specific time frame.

From the above it follows that the submission approach endorsed in the case at hand formally complies with the Court Rules of Procedure and Evidence. However, it is argued that the current approach is highly problematic, especially when it is applied to open-source evidence.

Publicly available information present unique challenges to criminal proceedings, including authenticity, reliability, integrity and veracity³¹. In most cases the source of information cannot be identified. Therefore, online evidence gathering including United Nations reports must be subject to a thorough verification process, in line with the Berkeley Protocol³². International standards now require investigators to verify open-source information using different techniques, including geolocation, chronolocation, source analysis, and to triangulate documentary, physical, and testimonial evidence. The Chamber submission approach arguably falls below international standards of open-source verification and may cause potential prejudice to the principle of equality of arms and the rights of the Accused as a whole. The present contribution has revealed that Mr Hassan’s defence lawyers are “left in the dark” until the end of the trial as to what evidence the Chamber will eventually admit and take into consideration. This places on the defence the onerous burden of responding to all evidence submitted, regardless of its relevance or probative value³³. Hence, the right to adequate time and facilities to prepare a defence, which is significantly upon fair trial rights under Art. 14 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, is seriously put in question.

The Chamber has missed an opportunity to thoroughly test in trial open-source evidence.

Stefano Trevisan

Avvocato del Foro di Venezia.

¹ LL.M., licensed lawyer and open-source investigator. Previous publications include “Open-source information in criminal proceedings: lessons from the International Criminal Court and the Berkeley Protocol” (2021); “Post-sale Services as Unlawful Arms Exports: a Legal Guide for Investigators” (2020); “Due diligence delle imprese e diritti umani: profili penalistici dell’esportazione di armament” (2020); “Punishing the facilitation of irregular migration. A comparative criminal law analysis of Germany and Italy” (2019); “2013-2015 EUBAM Libya: Analysis of an EU Crisis Management Mission” (2018). The author thanks Aimel Yousfi-Roquencourt (legal consultant for international criminal tribunals and mechanisms) and Niamh Quille (lawyer at Birnberg Peirce) for their invaluable feedback and peer-review.

² Human Rights Watch, “Mali Conflict and Aftermath”, pag. 128, available [at this link](#).

³ Referral letter by the Government of Mali, available [at this link](#).

⁴ Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Al Hassan, Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01-18-2-tENG, 27 March 2018, available [at this link](#).

⁵ Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of the trial in the case against Mr Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 14 July 2020.

⁶ Cf. Chambre préliminaire I, Procureur c. Al Hassan, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 13 novembre 2019, ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, available [at this link](#).

⁷ Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Prosecution’s second request for the admission of documentary evidence from the bar table, 13 April 2021, ICC-01/12-01/18-1412, [available at this link](#).



- ⁸ Trevisan S., "Open-source information in criminal proceedings: lessons from the International Criminal Court and the Berkeley Protocol", in *Giurisprudenza Penale Web* (2021); Freeman L., Vazquez R., "Finding the Signal in the Noise: International Criminal Evidence and Procedure in the Digital Age" *Journal of International Criminal Justice* (2021); Dubberley S., Koenig A., Murray D. (editors), "Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation and Accountability", Oxford University Press (2020).
- ⁹ Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Decision on Prosecution application submitting 63 open-source exhibits into evidence, 15 June 2021, ICC-01/12-01/18-1514, [available at this link](#).
- ¹⁰ Trial Chamber X, The Prosecutor v. Al Hassan, Directions on the conduct of proceedings, 6 May 2020, ICC-01/12-01/18-789-AnxA, paras. 27 ff, [available at this link](#); Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Decision on Prosecution application submitting 63 open source exhibits into evidence, 15 June 2021, ICC-01/12-01/18-1514, para. 4.
- ¹¹ Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Prosecution's second request for the admission of documentary evidence from the bar table, 13 April 2021, ICC-01/12-01/18-1412, [available at this link](#); citing to Trial Chamber X, The Prosecutor v. Al Hassan, Directions on the conduct of proceedings, 6 May 2020, ICC-01/12-01/18-789-AnxA, paras. 77-78, [available at this link](#).
- ¹² *Ibidem*, para. 8.
- ¹³ *Ibidem*, para. 21.
- ¹⁴ *Ibidem*, para. 14.
- ¹⁵ *Ibidem*, para. 15.
- ¹⁶ *Ibidem*, para. 19.
- ¹⁷ Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Defence Response to Prosecution's Second Request for the Admission of Documentary Evidence from the Bar Table, ICC-01/12-01/18-1446.
- ¹⁸ *Ibidem*, para. 22.
- ¹⁹ *Ibidem*, para. 9.
- ²⁰ *Ibidem*, para. 11.
- ²¹ Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Decision on Prosecution application submitting 63 open- source exhibits into evidence, 15 June 2021, ICC-01/12-01/18-1514, <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/18-1514>, para 14.
Evidence
- ²² *Ibidem*, para 10.
- ²³ Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Defence Response to Prosecution's Second Request for the Admission of Documentary Evidence from the Bar Table, ICC-01/12-01/18-1446, para. 5.
- ²⁴ *Ibidem*, para 22.
- ²⁵ Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Decision on Prosecution application submitting 63 open-source exhibits into evidence, 15 June 2021, ICC-01/12-01/18-1514, available at [this link](#).
- ²⁶ *Ibidem*, para 17.
- ²⁷ *Ibidem*, para 18.
- ²⁸ Directions on the conduct of proceedings, ICC-01/12-01/18-789-AnxA, para. 29
- ²⁹ The ICC first adopted the "submission approach" in 2015 in the Bemba et al case to defer the assessment of the admissibility criteria in relation to the evidence to the judgment phase, except when ruling on certain procedural bars is mandatory (see Article 69 [7] or Rules 68, 71 and 72) or appropriate for reasons of fairness. Cfr. ICC, Decision of 6.5.2020 – ICC-01/12-01/18-789-AnxA (Directions on the conduct of proceedings), paras. 27–34.
- ³⁰ Trial Chamber X, Prosecutor v. Al Hassan, Decision on Prosecution application submitting 63 open source exhibits into evidence, 15 June 2021, ICC-01/12-01/18-1514, available at [this link](#), para 4.
- ³¹ D'Alessandra F., Sutherland K. "The Promise and Challenges of New Actors and New Technologies in International Justice", *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, (2021).
- ³² United Nation Office of the High Commissioner for Human Rights and UC Berkley Law School, "Berkeley Protocol on Digital Open-Source Investigations" (2021).
- ³³ Amnesty International, "Admitting mistakes on admitting evidence – It's not too late for the ICC to get it right", available [at this link](#)
- .



“Perquisizione e forza”: le violenze sui detenuti del carcere di Santa Maria Capua Vetere al vaglio della Cassazione.

di **E. Florio**

L'Autore commenta la pronuncia numero 8973 del 2022 con la quale la Corte di Cassazione, pronunciandosi in sede cautelare sui fatti avvenuti nell'aprile 2020 nel carcere di Santa Maria Capua Vetere, ha affermato che «*il delitto di tortura è stato configurato dal legislatore come reato eventualmente abituale, potendo essere integrato da più condotte violente, gravemente minatorie o crudeli, reiterate nel tempo, oppure da un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima, che però comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona*».

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il caso all'esame del Supremo Collegio. – 3. La soluzione della Corte. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Sono tristemente note le vicende di gravissima violenza avvenute nella primavera del 2020 nel carcere di Santa Maria Capua Vetere (Caserta), in una delle fasi più acute della prima ondata dell'emergenza pandemica.

Il riferimento è, in particolare, ai fatti occorsi a partire dal pomeriggio del 6 aprile 2020, che hanno visto il coinvolgimento di oltre trecento detenuti del reparto “Nilo”, sottoposti a violenze, umiliazioni e vessazioni di vario genere da parte degli agenti di Polizia Penitenziaria della struttura e da personale esterno¹, asseritamente chiamato per fornire ausilio nella esecuzione di una “perquisizione speciale” (nella realtà, un vero e proprio *raid* punitivo), quale reazione necessitata alle proteste dei detenuti del giorno precedente².

Dalla drammatica vicenda, di grande impatto mediatico e condannata con forza dai più alti rappresentanti del Governo³, è immediatamente scaturita l'iniziativa della locale Procura, che ha richiesto e ottenuto l'emissione di misure cautelari (interdittive e custodiali) per decine di pubblici ufficiali coinvolti nella brutale repressione.

Dalle contestazioni provvisorie emergono non soltanto iscrizioni per condotte a base violenta, in parte riconducibili al “nuovo” delitto di tortura (art. 613-bis c.p.), ma anche per plurimi tentativi di “insabbiamento” delle prove, evenienza frequente in casi simili, che vedono l'istituzione totale per eccellenza, il carcere, ospitare le violenze (sovente impunte) di soggetti appartenenti alle forze dell'ordine, in spregio dell'unico obbligo di

incriminazione esplicito previsto dalla Carta costituzionale (art. 13, co. 4).

2. Il caso all'esame del Supremo Collegio.

Con la sentenza 8973/2022 della Quinta Sezione, recentemente depositata⁴, la Corte si occupa della vicenda cautelare di M.G., Comandante della Polizia Penitenziaria presso il carcere di S. Maria Capua Vetere, cui vengono provvisoriamente contestati dalla Procura diversi fatti di lesioni aggravate, tortura, calunnia, falso e depistaggio.

Rispetto a tale addebito cautelare, il Tribunale del Riesame di Napoli ha confermato, con ordinanza resa in data 27.07.2021, il provvedimento del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di S. Maria Capua Vetere, che aveva applicato all'indagato la misura cautelare degli arresti domiciliari.

Avverso l'ordinanza del riesame l'imputato propone ricorso per cassazione, articolando tre motivi.

Con il primo motivo il ricorrente lamenta violazione di legge e vizio di motivazione in relazione ai gravi indizi di colpevolezza, tanto rispetto alle condotte violente contestate (lesioni e tortura), quanto in ordine ai reati di falso, calunnia e depistaggio.

In relazione all'operazione condotta nella struttura carceraria il 6 aprile 2020, la difesa evidenzia come l'indagato fosse, rispetto alla “perquisizione straordinaria”, spogliato di potere decisionale (essendo esautorato dalla catena di comando per le operazioni di quei giorni, gestite dal Provveditorato regionale), non presente in occasione dei gravi illeciti commessi e più in generale ignaro delle modalità illecite con le quali l'operazione sarebbe stata condotta. Da tale *deficit* di conoscenza

discenderebbe la non configurabilità di una responsabilità omissiva impropria, prospettata dal Tribunale.

Si contesta la qualificazione giuridica dei fatti quale *tortura* (art. 613-bis c.p.), tanto sotto il profilo *soggettivo* (essendo le condotte orientate al contenimento dei gravi episodi verificatisi nell'istituto), quanto sotto quello *obiettivo* (difettando il requisito dell'abitudine).

Quanto ai reati di falso, calunnia e depistaggio, evidenzia la difesa che l'indagato era stato assente lungo l'intero arco temporale rilevante, sicché le relazioni riguardanti i fatti del 6 aprile non sarebbero a costui riconducibili (con l'unica eccezione delle relazioni del 6 e dell'8 aprile 2020, che si limitano tuttavia a tracciare una descrizione conclusiva delle operazioni svolte).

Il secondo motivo ha ad oggetto la violazione di legge ed il vizio di motivazione in relazione alle esigenze cautelari: in particolare, in ordine al pericolo di reiterazione, il Tribunale omette di considerare le condizioni eccezionali in cui il personale si trovò ad operare; difettano i requisiti di attualità e concretezza del *periculum*, essendo i fatti legati strettamente alle ragioni di servizio e alla qualifica ricoperta dall'indagato.

Da ultimo, con un terzo motivo la difesa lamenta la violazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza ex art. 275 c.p.p. in relazione alla misura custodiale degli arresti domiciliari.

3. La soluzione della Corte.

Il ricorso è dichiarato complessivamente infondato dalla Quinta Sezione della Cassazione.

Larga parte della motivazione è dedicata all'esame del primo motivo, che introduce diverse questioni di interesse, relative alla qualificazione del contributo concorsuale fornito dall'indagato e ai requisiti del delitto di tortura.

In via preliminare il Collegio opera una ricostruzione dei fatti, così come accertati in sede di merito, onde valutare la sufficienza e logicità del percorso argomentativo seguito dal Tribunale.

In particolare, secondo la ricostruzione operata nelle fasi processuali precedenti, nel pomeriggio del 6 aprile 2020 numerosi agenti di Polizia Penitenziaria, anche esterni all'istituto, "hanno esercitato una violenza cieca ai danni di detenuti che, in piccoli gruppi o singolarmente, si muovevano in esecuzione degli ordini di spostarsi, di inginocchiarsi, di mettersi con la faccia al muro; i detenuti, costretti ad

attraversare il c.d. 'corridoio umano' (la fila di agenti che impone ai detenuti il passaggio e nel contempo li picchia), venivano colpiti violentemente con i manganelli, o con calci, schiaffi e pugni; violenza che veniva esercitata addirittura su uomini immobilizzati, o affetti da patologie ed aiutati negli spostamenti da altri detenuti, e addirittura non deambulanti, e perciò costretti su una sedia a rotelle. Oltre alle violenze, venivano imposte umiliazioni degradanti - far bere l'acqua prelevata dal water, sputi, ecc. -, che inducevano nei detenuti reazioni emotive particolarmente intense, come il pianto, il tremore, lo svenimento, l'incontinenza urinaria" (p. 8).

Le violenze proseguivano anche nei giorni successivi: in particolare, quattordici detenuti trasferiti pretestuosamente in altro reparto carcerario (Danubio), in quanto ritenuti ispiratori della protesta del giorno precedente, erano "costretti senza cibo, e, per 5 giorni, senza biancheria da letto e da bagno, senza ricambio di biancheria personale, senza possibilità di fare colloqui con i familiari; tant'è che alcuni detenuti indossavano ancora la maglietta sporca di sangue, e, per il freddo patito di notte, per la mancanza di coperte e di indumenti, erano stati costretti a dormire abbracciati".

A fronte di tale compendio investigativo le doglianze della difesa sono ritenute dalla Corte non soltanto versate integralmente in fatto (essendo precluso il loro esame in sede di legittimità, alla luce della differenza insita nel rapporto "tra *motivazione e decisione*", da un lato, e "tra *prova e decisione*", dall'altro)⁵, ma anche manifestamente infondate, alla luce degli elementi valorizzati dai giudici del merito relativi alla specifica posizione dell'indagato, che ne confermano la consapevole partecipazione e adesione alle operazioni in danno dei detenuti, anche nei giorni successivi a quello di repressione delle rivolte⁶.

La Cassazione inverte tuttavia la rotta rispetto alla ricostruzione operata dal Tribunale in ordine alla forma del concorso dell'indagato, in sede di merito qualificata come omissiva ex art. 40 co. 2 c.p.

Al riguardo, il Supremo Collegio evidenzia come il Tribunale abbia desunto, dalla mancata presenza fisica dell'indagato nei luoghi delle violenze, una responsabilità concorsuale di tipo omissivo, "sul rilievo che il Comandante della Polizia penitenziaria del carcere di SMCV avesse il dovere di garantire il rispetto della legalità, e l'obbligo giuridico di impedire gli eventi poi verificatisi".

Al contrario, ad avviso della Cassazione le diverse condotte attive contestate all'indagato⁷ permettono di ascrivere allo stesso una responsabilità concorsuale di tipo commissivo, materiale e morale, alla luce di un contributo eziologicamente rilevante spiegatosi tanto nella fase pianificatrice dell'operazione, quanto nel tempo immediatamente successivo, attraverso le varie opere di depistaggio. In definitiva, ai fini della qualificazione del concorso come commissivo, sarebbe del tutto irrilevante l'assenza e la mancata partecipazione agli atti di tortura.

L'esame del primo motivo, relativamente agli atti di violenza perpetrati in danno dei detenuti, si chiude con una breve disamina del delitto di tortura, avendo la difesa contestato la qualificazione giuridica dei fatti.

Sul punto, la Corte evidenzia l'estrema genericità delle censure formulate in ordine al dolo e alla sfera di tipicità del reato, ribadendo la propria giurisprudenza in ordine alla natura di reato eventualmente abituale del delitto in questione, che può essere integrato anche *"da un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima, che però comporti un trattamento inumano e degradante⁸ per la dignità della persona"*; con l'ulteriore precisazione per cui il riferimento alla pluralità di condotte non implica necessariamente una pluralità di episodi reiterati nel tempo, essendo sufficiente anche soltanto *"una pluralità di contegni violenti tenuti nel medesimo contesto cronologico"*. Ad *abundantiam*, rileva comunque il Collegio che le condotte di tortura non si sono arrestate alla data del 6 aprile 2020, essendo proseguite anche successivamente.

Quanto al dolo di tortura, precisa la Quinta Sezione che non è necessario che l'oggetto di rappresentazione e volizione ricomprenda *ab origine* tutte le condotte da realizzare, essendo bastevole *"la coscienza e volontà, di volta in volta, delle singole condotte"*.

L'ultimo profilo del primo motivo oggetto di scrutinio attiene al giudizio di gravità indiziaria in ordine ai connessi reati di falso, calunnia e depistaggio.

L'infondatezza della censura è giustificata dalla Cassazione alla luce della genericità della doglianza, che non si confronta con l'ordinanza del riesame: da un lato, la relazione di servizio del 6 aprile 2020, redatta dall'indagato, conteneva le accuse caluniose dei quattordici detenuti poi trasferiti ed

ulteriormente vessati; dall'altro, le intercettazioni testimoniavano come anche successivamente il Comandante fosse in contatto costante con gli agenti incaricati di predisporre prove ad arte per sostenere tali false incolpazioni⁹.

Il secondo motivo, relativo alle esigenze cautelari, è dichiarato inammissibile, siccome generico, manifestamente infondato e costituito da censure in punto di fatto.

In particolare, relativamente al pericolo di reiterazione, la Corte mette in evidenza come questo abbia riguardo ad astratti reati della stessa specie, e non già al concreto fatto-reato contestato nel procedimento¹⁰. Nello specifico, al giudizio prognostico negativo il riesame perviene valorizzando l'esistenza di un vero e proprio "sistema" (significativamente denominato "sistema Poggioreale" dall'indagato, a riprova, tristemente, della sua "importazione" da altri circuiti penitenziari); l'organizzazione sistematica degli agenti di Polizia Penitenziaria, rispetto all'azione punitiva ai danni dei detenuti, siccome testimoniata dalle *chat* di gruppo degli operanti; la cinica soddisfazione degli agenti per il "lavoro" svolto; la personalità dell'indagato, autore di accuse caluniose verso alcuni detenuti e ideatore delle false prove a loro danno.

Inammissibile è dichiarato anche il terzo motivo, relativo a proporzione e adeguatezza della misura, avendo il Tribunale escluso l'adeguatezza di una misura meno gravosa alla luce della gravità dei fatti, del numero delle imputazioni elevate all'indagato e del ruolo primario da questi assunto nella vicenda, anche alla luce della successiva attività di falso e depistaggio posta in essere.

Da ultimo la Corte affronta l'ulteriore profilo, relativo alle esigenze cautelari, asseritamente escluse, in ottica difensiva, dalla sospensione cautelare disposta all'indagato in sede disciplinare.

Il motivo è giudicato manifestamente infondato dalla Corte, che richiama un proprio consolidato precedente in materia di reati contro la pubblica amministrazione, per cui il giudice di merito può ritenere sussistente il *periculum* pure quando il pubblico dipendente risulti sospeso o dimesso dal servizio, *"purché fornisca adeguata e logica motivazione in merito alla mancata rilevanza della sopravvenuta sospensione o cessazione del rapporto, con riferimento alle circostanze di fatto che concorrono a evidenziare la probabile rinnovazione di analoghe condotte criminose da parte dell'imputato nella mutata veste di soggetto ormai estraneo"*

all'amministrazione, in situazione, perciò, di concorrente in reato proprio commesso da altri soggetti muniti della qualifica richiesta".

Ad avviso della Corte, peraltro, il principio va calibrato sulla fattispecie di tortura, avente natura di reato comune, come tutti i reati a base violenta (rispetto ai quali deve misurarsi il pericolo di reiterazione): in questo senso, *"mentre con riferimento ai reati propri contro la P.A. (...) viene richiesta una motivazione sull'attualità del pericolo di reiterazione di reati della stessa specie, poiché richiedono un rapporto qualificato tra l'autore e il bene giuridico tutelato (...) con riferimento ai reati comuni, ed in particolare ai reati a base violenta, non viene in rilievo un tale rapporto qualificato, sicché il pericolo di reiterazione di reati della stessa specie non può essere eliso dalla sospensione della qualifica giuridica."* Del resto, chiosa la Corte, *"l'inidoneità della sospensione cautelare disciplinare ad elidere l'attualità del pericolo di recidiva è legata alla già evidenziata erroneità dell'impostazione che confonde il pericolo di reiterazione di reati della stessa specie, con il pericolo di reiterazione dello stesso fatto-reato".*

4. Considerazioni conclusive.

La pronuncia in commento, oltre a suscitare particolare interesse per la rilevanza pubblica dei fatti posti all'attenzione del giudice penale, è meritevole di attenzione alla luce di talune puntualizzazioni di parte generale e speciale.

In primo luogo, pienamente condivisibile appare la "correzione di tiro" operata dalla Cassazione rispetto all'impostazione seguita dai giudici del merito, relativamente alla natura commissiva del concorso dell'indagato: sembra in effetti che l'affermata responsabilità omissiva, sostenuta dal Tribunale, riposasse essenzialmente sul dato dell'assenza del soggetto dal luogo di commissione dei fatti (in pratica, dalla mancata partecipazione al pestaggio dei detenuti).

Orbene, se è vero che la natura omissiva o commissiva della responsabilità dipende essenzialmente dal rapporto tra condotta e fattore di rischio (rispettivamente non neutralizzato o introdotto dall'agente)¹¹, non è evidentemente sostenibile che la mancata presenza sul luogo del delitto renda omissiva una condotta causalmente efficiente non già in termini di omesso impedimento, ma di agevolazione attiva di un reato materialmente commesso da altri.

Secondariamente, è da salutare con favore l'arresto in esame perché vede finalmente applicata la fattispecie di tortura a quelle situazioni tipiche, caratterizzate da abuso del potere pubblico su soggetti privati della libertà personale, che in passato erano punite ai sensi di più blande fattispecie comuni, inidonee ad esprimere appieno il disvalore di tale forma di "violenza di Stato" (assetto normativo, quello previgente, che per la sua ineffettività in drammatici casi concreti, ben noti alle cronache, aveva esposto il Paese a condanne in sede sovranazionale).

Meritevole di maggiori approfondimenti è forse soltanto la questione da ultimo affrontata in sentenza, relativa alla permanenza delle esigenze cautelari a fronte della sospensione dal servizio: al riguardo, la Corte motiva l'irrelevanza della sospensione cautelare del rapporto alla luce della natura comune dei reati a base violenta, che sarebbero pertanto suscettibili di reiterazione anche in assenza della qualifica soggettiva pubblicistica.

Tuttavia, a venire qui in rilievo non è un episodio di violenza comune, ma un fatto qualificato da un particolare disvalore¹², dipendente dall'abuso della relazione di custodia nel rapporto autorità-cittadino: il dubbio è allora se la sospensione del rapporto di servizio possa convivere con tale giudizio di pericolosità, venendo meno per l'indagato la situazione tipica in cui l'abuso può nuovamente realizzarsi.

In tal senso è stato affermato che, in tema di esigenze cautelari e pericolo di recidiva, *"non è più sufficiente ritenere altamente probabile che l'imputato torni a delinquere qualora se ne presenti l'occasione, ma è anche necessario prevedere che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione prossima per compiere ulteriori delitti della stessa specie"*¹³.

Proprio a questo proposito, la giurisprudenza riempie di contenuto la nozione di «delitti della stessa specie» facendo riferimento a fattispecie che, *"pur non previste dalla stessa disposizione di legge, presentano "uguaglianza di natura" in relazione al bene tutelato ed alle modalità esecutive"*¹⁴, modalità nel caso in esame strettamente dipendenti dal contesto in cui le condotte sono ambientate, e per l'indagato dalla posizione organizzativa e di direzione ricoperta in tale contesto.

Così stando le cose, non sembra a chi scrive dirimente la natura di reato comune o proprio per cui si procede, essendo piuttosto necessario fornire la prova, nell'uno come nell'altro caso, della irrilevanza

della sopravvenuta sospensione o cessazione del rapporto, alla luce di *"circostanze di fatto che concorrono a evidenziare la probabile rinnovazione di analoghe condotte criminose da parte dell'imputato nella mutata veste di soggetto estraneo all'amministrazione"*¹⁵: si pensi, a titolo esemplificativo, alla dimostrata permanenza di rapporti del soggetto estromesso dai ranghi della

p.a. con i colleghi, tale da indiziare la condivisione di ulteriori condotte illecite da realizzare.

Emanuele Florio

Addetto all'Ufficio del Processo presso la Suprema Corte di Cassazione.

¹ Segnatamente, sono stati chiamati ad intervenire il "Gruppo di supporto agli interventi" ed oltre duecento agenti provenienti dalle carceri di Secondigliano e Avellino.

² La protesta aveva quale obbiettivo la richiesta di dispositivi di protezione individuali per i detenuti, anche in considerazione della notizia che nel carcere era stato accertato un primo caso di positività all'infezione da coronavirus.

³ *"Mai più violenza!". Gli interventi del Presidente del Consiglio Draghi e della Ministra della Giustizia Cartabia in occasione della visita al carcere di Santa Maria Capua Vetere*, in *Sistema Penale*, 15 luglio 2021. Al fine di fare luce su quanto accaduto più in generale nelle diverse carceri della Penisola in quel periodo, è stata istituita presso il DAP una Commissione Ispettiva sulle rivolte nelle carceri.

⁴ La pronuncia è Cass., Sez. V, sent. 9 novembre 2021 (dep. 16 marzo 2022), n. 8973, Pres. Vessichelli, Rel. Riccardi, ric. *Manganelli*.

⁵ Si veda il punto 2.2 della motivazione.

⁶ Vengono valorizzate, *inter alia*: la partecipazione dell'indagato alla riunione pianificatoria svolta prima dell'inizio delle operazioni; la richiesta, al provveditore, di estensione della perquisizione all'intero reparto Nilo (e non solo alle sezioni responsabili delle proteste nel giorno precedente); l'accesso consentito ad oltre duecento colleghi provenienti dalle carceri di Secondigliano e Avellino; la consapevolezza dell'utilizzo di scudi e manganelli (testimoniata dal messaggio inviato al provveditore nel corso delle operazioni); i messaggi di ringraziamento serali a Fullone e Colucci, oltre alla rivendicazione dell'operazione di forza nella *chat*.

⁷ Questi *"ha chiesto l'intervento del Gruppo di supporto comandato dal Colucci; ha autorizzato l'ingresso nel carcere di oltre 200 agenti provenienti da altri istituti penitenziari armati di scudi e manganelli; ha comunicato l'uso di scudi e manganelli al Fullone; ha partecipato e diretto la riunione preliminare organizzativa che ha preceduto l'inizio della 'perquisizione straordinaria', impartendo indicazioni ai propri subordinati, assicurandoli che gli 'uomini' di Colucci "sanno cosa fare", lasciando il comando dei 'suoi uomini' (gli agenti del carcere di SMCV) all'ispettrice Costanzo, e consentendo al personale del gruppo di supporto guidato dal Colucci di operare senza freni; già nel corso della riunione preliminare ha individuato i 14 detenuti da portare via, e che successivamente saranno trasferiti nel reparto Danubio, dove saranno abbandonati per giorni, in stato di degrado fisico ed umano, senza cibo, vestiti e coperte"* (p. 14).

⁸ La previsione cumulativa dei due attributi è stata oggetto di generale critica: per tutti cfr. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, p. 32.

⁹ Incolpazioni relative alla disponibilità di armi bianche da parte dei detenuti artefici della protesta iniziale.

¹⁰ Di cui, nella sostanza, pare di comprendere dalla lettura del provvedimento in commento, la difesa predicava la non reiterabilità alla luce dell'eccezionalità della situazione emergenziale (p. 17).

¹¹ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese. Relazione all'incontro dibattito svoltosi presso la Corte di Cassazione il 28 novembre 2012*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 maggio 2013: *"l'addebito è commissivo allorché si imputi al soggetto di avere introdotto nella situazione concreta un fattore di rischio in precedenza assente, poi effettivamente sfociato nella produzione di un evento lesivo; mentre l'addebito è omissivo allorché ciò che si imputa al soggetto è di non avere contrastato fattori di rischio già presenti nella situazione concreta, i quali siano effettivamente sfociati nella produzione dell'evento lesivo"*.

¹² Come testimoniato dalla previsione circostanziale aggravante di cui al co. 2 della disposizione incriminatrice.

¹³ Sez. 3, Sentenza n. 34154 del 24/04/2018, Rv. 273674.

¹⁴ Sez. 5, Sentenza n. 52301 del 14/07/2016, Rv. 268444.



TRIMESTRALE, 1, 2022

¹⁵ Si tratta di massima trattazia in materia di reati contro la p.a., citata anche nel provvedimento in esame: si veda, *ex plurimis*, Sez. 6, Sentenza n. 55113 del 08/11/2018, Rv. 274648.

La desistenza volontaria e il recesso attivo nel concorso di persone nel reato: quali ponti d'oro al concorrente che fugge?

di **I. Fontana**

Nel Codice penale attuale manca una disposizione *ad hoc* che disciplini espressamente il fenomeno della desistenza volontaria e del recesso attivo nel concorso di persone nel reato.

A fronte della lacuna legislativa, dottrina e giurisprudenza di legittimità si sono da tempo interrogate sulla possibilità di combinare l'art. 56, comma 3 e 4, c.p. con l'art. 110 c.p. evidenziando, in particolare, due questioni problematiche: la prima riguarda la struttura dell'atto di desistenza o di recesso del concorrente perché questi possa beneficiare dell'impunità per il delitto concorsuale ovvero di una riduzione della pena; la seconda, invece, attiene alla disciplina applicabile per gli altri concorrenti, vale a dire se gli effetti favorevoli derivanti dai due istituti si estendano agli altri correi, eventualmente rimasti inerti e ignari del ravvedimento altrui.

I due interrogativi, tuttavia, non si pongono negli stessi termini per i due istituti: mentre, infatti, la desistenza volontaria del concorrente domina da sempre il dibattito scientifico e giurisprudenziale, ancora diviso sulla natura giuridica da riconoscere all'art. 56, comma 3, c.p., il recesso attivo, invece, non sembra allo stato emergere come effettivo "ponte d'oro" per il correo che intende fuggire dall'impresa collettiva.

Sommario. 1. La desistenza volontaria e il recesso attivo nel concorso di persone: posizione del problema. – 2. Sulla struttura della desistenza volontaria del concorrente: le risposte della dottrina. – 2.1. *Segue:* le risposte della giurisprudenza di legittimità. – 3. L'estensione della desistenza agli altri concorrenti: la *vexata quaestio* della natura giuridica della desistenza volontaria. – 3.1. *Segue:* le posizioni della dottrina. – 3.2. *Segue:* la posizione della giurisprudenza di legittimità. – 3.3. Conseguenze di disciplina. – 4. Il recesso attivo del concorrente: tra certezze e incongruenze normative.

1. La desistenza volontaria e il recesso attivo nel concorso di persone: posizione del problema.

La disciplina del delitto tentato di cui all'art. 56 c.p. conosce due istituti di favore ispirati alla *ratio* premiale di offrire i c.d. «ponti d'oro al nemico che fugge»¹: la desistenza volontaria e il recesso attivo.

La desistenza volontaria, prevista all'art. 56, comma 3, c.p., assicura l'impunità al colpevole per il tentativo commesso laddove «desista volontariamente dall'azione», salva la responsabilità per gli atti residui se integrativi di un reato diverso; il recesso attivo, disciplinato al comma successivo, accorda una diminuzione obbligatoria della pena prevista per il delitto tentato – da un terzo alla metà – laddove il colpevole impedisca «volontariamente l'evento» da cui dipende la consumazione del delitto avuto di mira.

Entrambi gli istituti poggiano su un comune ordine di presupposti: il primo consiste nell'esistenza di un tentativo punibile, per cui il soggetto deve aver compiuto atti idonei e univocamente diretti a realizzare un delitto di parte speciale; il secondo, invece, consiste nella perdurante possibilità di

consumare il delitto avuto di mira², il cui perfezionamento viene meno per effetto di un comportamento volontario tenuto dallo stesso soggetto agente³.

Il termine singolare «colpevole», che figura in entrambe le disposizioni, lascia intendere come il modello di riferimento assunto dal legislatore penale sia l'esecuzione monosoggettiva del reato, ed è proprio su questo terreno che dottrina e giurisprudenza si sono da sempre misurate per distinguere i confini applicativi dei due istituti.

A ben vedere, nel codice penale attuale manca una disposizione che disciplini espressamente il fenomeno del ravvedimento in sede di esecuzione plurisoggettiva⁴, che stabilisca, cioè, se e in che termini anche il concorrente possa desistere o recedere efficacemente dall'attività criminosa collettiva originariamente intrapresa, così da beneficiare della non punibilità o della punibilità attenuata prevista per il delitto tentato⁵.

A fronte della lacuna legislativa, il primo interrogativo da risolvere riguarda anzitutto l'ammissibilità del ravvedimento del concorrente,

ponendosi dinanzi l'alternativa tra applicare direttamente l'art. 56, comma 3 e 4, c.p. al concorso di persone nel reato oppure fermarsi ad una *littera legis* evocativa del solo modello esecutivo individuale.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza di legittimità sono unanimi nel senso di ammettere una possibile applicazione delle disposizioni in materia di delitto tentato, tenuto conto della concezione tendenzialmente unitaria che presiede il concorso di persone nel reato⁶. Se, più esattamente, concorrere nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p. equivale a contribuire in qualsiasi modo, tipico o atipico, alla realizzazione congiunta di una offesa costitutiva di un delitto di parte speciale, come minimo nella forma tentata⁷, tale per cui ciascun concorrente risponde dell'azione collettiva come se fosse «propria», ne consegue che il termine «colpevole» ex art. 56, comma 3 e 4, c.p. comprende non solo il singolo autore, ma anche il correo chiamato a rispondere di concorso nel delitto tentato, sia esso esecutore materiale che mero partecipante⁸.

Non vi è, dunque, alcun ostacolo normativo ad una diretta applicazione⁹ dell'art. 56, comma 3 e 4, c.p. a favore del concorrente che, dopo aver contribuito inizialmente a realizzare atti idonei e univocamente diretti al delitto concordato, desista dall'azione collettiva o comunque impedisca efficacemente la verifica dell'evento lesivo¹⁰.

Ciò posto, una volta ammessa la combinazione dell'art. 56, comma 3 e 4 c.p. con l'art. 110 c.p.¹¹, due sono le principali questioni che si pongono all'attenzione dell'interprete: la prima attiene alla struttura, oggettiva e soggettiva, richiesta per l'atto di desistenza e di recesso del concorrente perché questi possa beneficiare del relativo trattamento di favore; la seconda, invece, attiene alla possibilità di estendere o meno gli effetti favorevoli derivanti dai due istituti anche agli altri concorrenti nel reato, eventualmente rimasti inerti e ignari del ravvedimento altrui.

Per rispondere al primo interrogativo, è necessario proiettare la desistenza volontaria e il recesso attivo nella struttura della fattispecie plurisoggettiva eventuale¹², tramite una lettura combinata dei principi che presiedono le due forme di manifestazione del reato coinvolte, da un lato il concorso di persone ex art. 110 c.p., dall'altro il delitto tentato ex art. 56 c.p.¹³.

Per rispondere al secondo interrogativo, invece, risulta cruciale sciogliere il nodo relativo alla natura

giuridica da attribuire ai due istituti previsti all'art. 56, comma 3 e 4, c.p., tenuto conto che, a seconda della qualificazione dogmatica scelta, cambia il referente normativo da cui trarre la disciplina applicabile per i concorrenti.

Il presente contributo si propone, quindi, di ripercorrere storicamente le principali soluzioni emerse nel dibattito scientifico e giurisprudenziale fino ad arrivare agli orientamenti più recenti, evidenziando, in particolare, le implicazioni sistematiche di ciascuna tesi, i punti fermi e le criticità ancora irrisolte che dominano il tema del ravvedimento del concorrente.

2. Sulla struttura della desistenza volontaria del concorrente: le risposte della dottrina.

Prima di esaminare le diverse ricostruzioni elaborate in riferimento alla struttura dell'atto di desistenza del concorrente, è necessario muovere dai presupposti costitutivi, oggettivi e soggettivi, della desistenza volontaria in sede di esecuzione monosoggettiva.

Sul piano oggettivo, si ritiene che la desistenza volontaria ricorra quando il soggetto interrompa l'attività criminosa intrapresa in un momento dell'*iter criminis* in cui, nei reati di mera condotta, non si è ancora realizzata integralmente l'azione tipica del delitto avuto di mira, ovvero, nei reati ad evento naturalistico¹⁴, non si è ancora attivato il processo causale capace di produrre l'evento vietato.

La condotta costitutiva della desistenza volontaria varia poi in funzione della tipologia delittuosa che viene in rilievo: di regola, nei reati commissivi, che prescrivono un obbligo di non fare, la desistenza si traduce in un contegno passivo con cui il soggetto abbandona l'attività criminosa intrapresa¹⁵; mentre nei reati omissivi, che prescrivono un obbligo di fare, la desistenza volontaria si traduce in un contegno positivo corrispondente all'azione doverosa imposta dalla legge e inizialmente omessa¹⁶.

Sul piano psicologico, invece, è necessario che la condotta sia volontaria, ossia non necessitata da condizionamenti esterni; in altri termini, occorre che il soggetto sia posto dinanzi alla ragionevole libertà di scegliere se proseguire o meno nell'*iter criminis*, senza che sia richiesto un sincero pentimento interiore¹⁷.

Passando ora alla struttura oggettiva della desistenza volontaria del concorrente¹⁸, sono state prospettate in dottrina tre distinte soluzioni, due che si collocano a due estremi opposti e una intermedia, ciascuna delle quali risulta condizionata a monte dalla

posizione dogmatica assunta in merito alla fattispecie concorsuale.

Secondo la prima delle due soluzioni "estreme", la desistenza del concorrente in nulla differisce dalla desistenza del singolo autore, sicché per beneficiare dell'esenzione da pena è necessario e sufficiente che il concorrente interrompa volontariamente la propria condotta di partecipazione¹⁹.

La tesi, rimasta minoritaria, trova il suo aggancio teorico nella concezione pluralistica del concorso di persone, secondo cui dall'incontro dell'art. 110 c.p. con le singole disposizioni incriminatrici di parte speciale derivano tante fattispecie plurisoggettive differenziate quanti sono i concorrenti nel reato²⁰.

Per desistere, quindi, il concorrente è tenuto solo ad interrompere la propria attività in un momento dell'*iter criminis* in cui ancora non ha compiuto quanto gli compete per contribuire alla commissione dell'illecito concorsuale²¹.

La seconda teoria "estrema", all'opposto, esige che il concorrente si attivi per impedire la consumazione del delitto da parte degli altri compartecipi, non essendo sufficiente la semplice astensione dall'ulteriore collaborazione²².

Questa ricostruzione, per lungo tempo dominante in dottrina, muove dalla concezione c.d. monistica del concorso di persone, secondo cui la fattispecie concorsuale presenta una struttura unitaria nella quale sono destinati a confluire i singoli contributi inscindibili apportati da ciascuno dei compartecipi²³.

Da tale premessa, si argomenta come la desistenza volontaria del concorrente si atteggi sul piano oggettivo in termini del tutto eterogenei rispetto alla desistenza del singolo autore: il concorrente, infatti, è tenuto ad una azione positiva che sortisca come effetto l'impedimento del delitto da parte degli altri correi, sicché, laddove il delitto venisse comunque consumato dagli altri compartecipi, la responsabilità del primo non potrebbe dirsi esclusa per la collaborazione precedentemente prestata, costituendo la stessa oramai *conditio sine qua non* dell'evento collettivo²⁴.

La terza soluzione, invece, si colloca in una posizione intermedia rispetto alle altre due nella misura in cui, ai fini della desistenza volontaria, richiede che il concorrente si limiti a neutralizzare gli effetti del suo precedente contributo al fatto collettivo, senza che si renda necessario da parte sua alcun intervento fattivo sulle condotte degli altri correi²⁵. Secondo tale orientamento, la prima soluzione peccherebbe per difetto, in quanto finisce per appiattare la

desistenza del concorrente su quella del singolo autore; la seconda soluzione, invece, peccherebbe per eccesso perché finisce per far gravare sul concorrente un vero e proprio obbligo giuridico di impedimento del reato altrui, configurando una sorta di responsabilità oggettiva «occulta»²⁶.

Sulla base di queste premesse, i sostenitori della teoria intermedia hanno ritenuto opportuno formulare una soluzione che fosse allo stesso tempo coerente con i principi che presiedono l'attribuzione del fatto in regime concorsuale e con la *ratio* fondante l'art. 56, comma 3, c.p.

Si è detto, infatti, che, a prescindere dalla concezione monistica o pluralistica della fattispecie concorsuale, è indubbio che il concorrente sia chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 110 c.p. se e nella misura in cui abbia apportato un contributo, morale o materiale, alla realizzazione del fatto di reato. Di conseguenza, per conseguire l'effetto dell'impunità, il concorrente deve recedere dalla sua azione, come previsto dall'art. 56, comma 3, c.p., privando la sua condotta di qualsiasi efficacia e originaria lesività, in modo che il fatto eventualmente portato a compimento dagli altri correi non possa essere considerato come «opera sua»²⁷.

Nello specifico, seguendo la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, si è evidenziato come la condotta richiesta per desistere efficacemente cambi a seconda della modalità di realizzazione del fatto concorsuale e del tipo di contributo apportato dal correo.

Nulla quaestio qualora il reato concorsuale si realizzi secondo il modello della partecipazione accessoria e a desistere sia il concorrente in veste di esecutore materiale: in questo caso, infatti, l'atto di desistenza coincide strutturalmente con quanto richiesto per il singolo autore in sede di esecuzione monosoggettiva²⁸.

Analogamente, in caso di esecuzione frazionata, dove ciascuno dei concorrenti realizza un contributo parzialmente tipico, si ritiene che sia sufficiente per il partecipe interrompere la sua azione, posto che, di solito, in queste ipotesi il venir meno di una delle due condotte determina la caducazione dell'intera esecuzione del reato²⁹.

Qualora, invece, si realizzi un'ipotesi di partecipazione accessoria nella quale a desistere sia il partecipe, come l'istigatore o il mero ausiliatore, è necessario che questi elimini gli effetti del suo precedente contributo tramite una condotta

antitetica rispetto a quella originariamente prestata³⁰.

Laddove il concorrente non riesca tramite una contro-azione ad eliminare l'efficacia di quanto già compiuto ai fini della realizzazione dell'offesa collettiva, l'unica strada da lui percorribile per beneficiare dell'impunità rimane l'impedimento del reato concorsuale, ora intervenendo sulla condotta degli altri compartecipi ora sventando la verifica dell'evento lesivo³¹.

Sul piano processuale, parte della dottrina ha evidenziato come sia difficile raggiungere la piena prova sulla eliminazione totale dell'originario contributo apportato, specie quando la condotta del concorrente assume rilevanza come partecipazione psicologica e gli altri perseverano comunque nel reato: in questi casi, infatti, grava sul concorrente che invoca la desistenza provare di aver fatto quanto necessario per elidere gli effetti del suo contributo, caso contrario, la sua responsabilità penale non potrebbe dirsi esclusa³².

Allo stato attuale, dunque, la dottrina sembra sufficientemente consolidata sull'accoglimento della soluzione intermedia, che, come minimo, esige che il concorrente neutralizzi gli effetti del suo contributo per desistere dal fatto concorsuale e guadagnarsi così l'esenzione da pena³³.

Più controverso, invece, è il profilo relativo al rapporto tra i principi che presidono il concorso di persone nel reato e l'ambito di operatività della desistenza del concorrente.

Secondo un indirizzo dottrinario, infatti, la desistenza volontaria è un istituto tipico del tentativo e presuppone per definizione la mancata consumazione del delitto avuto di mira. Pertanto, si potrà parlare di desistenza del partecipe solo quando il reato concorsuale si arresti allo stadio del tentativo come risultato, diretto o indiretto, della condotta di uno dei concorrenti³⁴.

Nel caso in cui, invece, gli altri correi portino a compimento l'attività criminosa, la condotta del partecipe ravveduto non verrà in rilievo come desistenza volontaria, ma al più come dissociazione postuma dall'impresa collettiva, la cui non punibilità già discenderebbe dai principi generali in materia di concorso³⁵.

2.1. **Segue: le risposte della giurisprudenza di legittimità.**

Gli orientamenti giurisprudenziali sulla desistenza volontaria nel concorso di persone riflettono

tendenzialmente le diverse teorie formulate dalla dottrina: talvolta, è stata la stessa giurisprudenza di legittimità a dare ingresso nel dibattito scientifico a nuove soluzioni atte a colmare il silenzio persistente del legislatore penale sul punto³⁶.

La prima teoria, che plasma la desistenza del concorrente su quella del singolo autore, ha avuto in realtà poca fortuna in sede giurisprudenziale, essendo comparsa solo in due remote pronunce della Corte di cassazione³⁷.

Anzi, è possibile affermare che il punto fermo dei diversi orientamenti giurisprudenziali, mai revocato in dubbio, consiste proprio nell'assoluta eterogeneità strutturale della desistenza del concorrente rispetto a quella del singolo autore³⁸.

In tale senso, si è subito ammesso che il concorrente, per beneficiare dell'impunità, non possa limitarsi ad abbandonare o interrompere la condotta criminosa intrapresa, come vale per il singolo autore, ma sia tenuto ad un *quid pluris*³⁹.

In altre parole, il concorrente che si limita a non proseguire nella realizzazione del fatto collettivo, semplicemente lasciando andare gli altri compartecipi secondo la logica "andate senza di me", non solo non beneficia dell'impunità, ma continua a rispondere *ex art. 110 c.p.* del reato, tentato o consumato, commesso dagli altri compartecipi.

Ciò posto, al momento di tradurre in positivo il *quid pluris* richiesto al concorrente per desistere efficacemente, sono emerse diverse ricostruzioni all'interno delle stesse sezioni della Corte di cassazione, le cui pronunce possono essere schematicamente ricondotte in tre categorie.

Nella prima categoria rientrano le sentenze che, in conformità all'opinione prima dominante in dottrina, hanno accolto a pieno titolo la soluzione rigoristica del necessario impedimento del reato concorsuale.

In particolare, si è sostenuto come questa ricostruzione risulti imposta sia dai principi che presidono il reato concorsuale, inteso come reato a struttura unitaria caratterizzato dalla unicità e inscindibilità della azione criminosa, sia dall'ambito operativo della desistenza volontaria che presuppone, logicamente, la realizzazione di un delitto tentato, risultando quindi inapplicabile ogni volta che il delitto sia stato portato a compimento dagli altri concorrenti⁴⁰.

Le due argomentazioni sono state riassunte nel principio di diritto, per lungo tempo dominante in giurisprudenza, secondo cui la responsabilità penale del correo desistente può essere esclusa solo a

fronte di un impedimento effettivo del reato concordato, caso contrario questi sarà chiamato a rispondere del reato eventualmente consumato dagli altri avvalendosi del suo contributo⁴¹.

Nella seconda categoria, invece, rientrano le pronunce della Corte di cassazione che, nel tentativo di mitigare la rigidità della soluzione rigoristica, hanno considerato equivalenti ai fini della desistenza volontaria del partecipe, tanto l'impedimento del delitto altrui, quanto l'eliminazione degli effetti prodotti dal suo contributo iniziale⁴².

Il principio di diritto enunciato nelle massime giurisprudenziali, che combina la concezione unitaria del concorso di persone con il principio della personalità della responsabilità penale, opera in due distinti passaggi: in prima battuta, si chiede al concorrente di intervenire attivamente sulle condotte altrui per sventare la consumazione del delitto; in seconda battuta, si chiede, quantomeno, che il partecipe elimini gli effetti della sua attività se e in quanto ciò risulti materialmente possibile, in modo da privare il fatto collettivo di ogni collegamento eziologico con la sua condotta precedente.

Centrali, in tal senso, sono state due pronunce della seconda e quinta Sezione della Corte di cassazione che, sin dagli anni '60 del secolo scorso, avevano di fatto aperto la strada per il successivo ingresso della soluzione intermedia nel dibattito scientifico e giurisprudenziale⁴³.

Nella prima sentenza⁴⁴, il Supremo collegio ha annullato con rinvio la sentenza d'appello impugnata, che aveva negato la desistenza a favore del concorrente, affermando che «nel caso di concorso di persone nel reato l'ipotesi della desistenza può ben ricorrere non solo a favore di quello dei concorrenti che abbia desistito dalla sua particolare attività e abbia impedito l'attività degli altri, ma anche in favore di colui il quale abbia posto in essere atti tali da eliminare gli effetti della condotta da lui svolta in precedenza, in modo che la stessa appaia del tutto estranea al delitto commesso»⁴⁵.

Nella seconda pronuncia⁴⁶, invece, la Corte di cassazione ha applicato direttamente il principio di diritto sopra enunciato e ha assolto il concorrente «per non aver commesso il fatto», affermando come «l'attività dell'originario compartecipe, il quale abbia successivamente desistito, deve ritenersi non punibile quando l'azione delittuosa sia stata in prosieguo realizzata dai complici, senza più utilizzare

quel determinato contributo (...) per effetto dell'elisione dell'attività criminosa da lui precedentemente posta in essere»⁴⁷.

Nella terza categoria, si collocano infine le recenti pronunce della Corte di cassazione che, oltre ad accogliere il necessario temperamento alla soluzione rigoristica, postulano una vera e propria inversione logica dei criteri elaborati per riconoscere la desistenza volontaria al concorrente nel reato⁴⁸.

Paradigmatica, in tal senso, è la pronuncia con cui la prima Sezione della Corte di cassazione, dopo aver ripercorso gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari sul punto, afferma che «la soluzione dominante (*id est* quella rigoristica) non è tuttavia condivisibile poiché, nella sua assolutezza, sfocia in una interpretazione, se non parzialmente abrogante, certamente riduttiva della portata del dettato normativo, in contrasto con la lettera della proposizione normativa e la *ratio* dell'istituto (...). In questa prospettiva, ed in correlazione con la struttura del concorso – nel quale le condotte dei partecipi acquistano rilevanza soltanto quando contribuiscono alla realizzazione dell'offesa propria della fattispecie eventuale, tentata o consumata – deve ritenersi che il concorrente, per beneficiare della causa di non punibilità prevista dall'art. 56, terzo comma, c.p., non deve limitarsi ad abbandonare l'azione criminosa, ma deve annullare il contributo dato alla realizzazione collettiva, in modo che esso non possa essere più efficace per la prosecuzione del reato ed eliminare le conseguenze della sua azione, che fino a quel momento si sono prodotte»⁴⁹.

Solo in via residuale, ossia quando per le caratteristiche del contributo apportato o per il ruolo svolto in seno all'organizzazione criminosa, non sia possibile materialmente per il concorrente elidere gli effetti della propria condotta, si rende allora necessaria un'azione impeditiva del delitto concordato, l'unica idonea a far beneficiare dell'impunità prevista dall'art. 56, comma 3, c.p.⁵⁰.

Questo orientamento, consolidatosi a partire dagli anni '90 del secolo scorso, si è oramai imposto in via definitiva nella giurisprudenza di legittimità. In particolare, dall'esame delle ultime pronunce della Corte di cassazione è possibile trarre le seguenti considerazioni.

In primo luogo, la giurisprudenza è oramai granitica nell'affermare il principio di diritto secondo cui, per desistere, il concorrente non possa limitarsi ad abbandonare l'attività criminosa, essendo necessario

un *quid pluris* consistente «nell'annullamento del contributo dato alla realizzazione collettiva e nella eliminazione delle conseguenze dell'azione che fino a quel momento si sono prodotte»⁵¹.

Di conseguenza, la Corte di cassazione nega *de plano* la desistenza volontaria invocata dal concorrente che, in sede di ricorso, si limita ad allegare la mancata partecipazione alle fasi finali del reato concorsuale⁵² o il semplice allontanamento dal luogo del delitto commesso da altri compartecipi⁵³, senza dedurre alcun contegno positivo apprezzabile in termini di neutralizzazione degli effetti del precedente contributo, materiale o morale, apportato all'impresa collettiva.

In secondo luogo, la giurisprudenza di legittimità, pur richiamando formalmente il principio di diritto sopra menzionato, finisce per ricavare *aliunde* la soluzione dei casi sottoposti al suo giudizio, senza necessità di indagare il tipo di comportamento tenuto dal concorrente.

Generalmente, infatti, la desistenza volontaria viene esclusa a monte o perché il preteso ravvedimento del partecipe interviene in un momento successivo al compimento dell'azione tipica del delitto concordato, cioè in presenza di un tentativo compiuto⁵⁴, oppure perché manca il requisito della volontarietà della condotta di desistenza, laddove risulti che il concorrente si sia dissociato dall'impresa collettiva per effetto di condizionamenti esterni⁵⁵.

In merito all'orientamento accolto dalla giurisprudenza di legittimità, due sono i profili di criticità evidenziati da parte della dottrina.

Il primo ripete la critica già avanzata ai sostenitori della teoria intermedia, per cui non sarebbe possibile configurare la desistenza del concorrente laddove il reato concorsuale sia stato portato a compimento dagli altri compartecipi⁵⁶.

Il secondo, invece, riguarda il confine tra la desistenza volontaria e il recesso attivo nel concorso di persone nel reato. È stato infatti osservato come la distinzione tra desistenza volontaria e recesso attivo, pur rimanendo ferma a livello generale, tenda a sfumare una volta proiettata in sede di esecuzione plurisoggettiva, finendo la giurisprudenza sostanzialmente per disapplicare il disposto di cui all'art. 56, comma 4, c.p.

Invero, secondo le massime giurisprudenziali, il concorrente che non si sia limitato a neutralizzare gli effetti del suo contributo iniziale, ma si sia attivato fino ad impedire la verifica dell'evento lesivo collettivo, beneficia *a fortiori* dell'impunità prevista

per la desistenza volontaria, quando, a rigore, la condotta impeditiva dell'evento dovrebbe qualificarsi come recesso attivo ex art. 56, comma 4, c.p.⁵⁷ con conseguente punibilità per il reato concorsuale, seppur attenuata.

A bene vedere, la giurisprudenza di legittimità attualmente prevalente sembra negare uno spazio operativo autonomo al recesso attivo nel concorso di persone, finendo per ricomprendere sotto il paradigma della desistenza volontaria tutte le ipotesi di ravvedimento del concorrente *lato sensu* intese.

3. La comunicabilità agli altri concorrenti: la *vexata quaestio* della natura giuridica della desistenza volontaria.

Preso atto di come dottrina e giurisprudenza di legittimità intendano la struttura della desistenza concorsuale, si tratta ora di rispondere al secondo interrogativo, ossia se l'impunità prevista per la desistenza volontaria di uno dei concorrenti si estenda automaticamente anche gli altri correi ovvero sia da riconoscere a favore del solo compartecipe ravveduto.

A tal fine, come si è già anticipato, è necessario muovere dalla natura giuridica della desistenza volontaria, posta la stretta interdipendenza logica tra la qualificazione dogmatica dell'istituto e l'individuazione del referente codicistico da cui trarre la disciplina applicabile in materia di concorso.

Ed è proprio la natura giuridica dell'art. 56, comma 3, c.p. a costituire il vero *punctum dolens* del presente interrogativo, terreno di confronto (e di scontro) di una pluralità di opinioni dottrinarie differenti alimentate dall'incertezza dell'enunciato legislativo.

A completare, o complicare, il quadro si aggiunge poi la premessa da cui muove la giurisprudenza di legittimità prevalente, che non solo adotta una soluzione opposta a quella sostenuta dalla maggioranza della dottrina, ma sembra persino prescindere dalla natura giuridica della desistenza volontaria per risolvere la *quaestio iuris*, tutt'altro che infrequente in sede di legittimità, sulla estensione dell'art. 56, comma 3, c.p. agli altri concorrenti nel reato.

Sin da ora si anticipa come la dottrina prevalente, a prescindere dalla soluzione dogmatica assunta, risponda sempre in senso negativo alla estensione dell'efficacia esimente prevista per la desistenza di uno dei concorrenti anche agli altri compartecipi; la giurisprudenza, invece, pur riconoscendo natura soggettiva all'istituto, finisce per ammettere in

astratto una sua possibile estensione a determinate condizioni.

3.1. *Segue: le posizioni della dottrina.*

In estrema sintesi, le posizioni assunte dalla dottrina sulla natura giuridica della desistenza volontaria possono essere ricondotte a tre principali orientamenti⁵⁸: il primo qualifica la desistenza volontaria come elemento negativo del delitto tentato⁵⁹; il secondo, invece, come causa sopravvenuta di non punibilità⁶⁰; il terzo, ancora, come causa estintiva del reato⁶¹.

Secondo il primo orientamento, oggi minoritario, la desistenza volontaria costituirebbe un elemento negativo della fattispecie tentata, la cui presenza, cioè, escluderebbe a monte la conformità della condotta posta in essere al tipo legale descritto dall'art. 56, comma 1, c.p. Nello specifico, tale assunto viene argomentato sulla base della teoria dell'azione finalistica, secondo cui un'azione può dirsi compiuta, *id est* tipica, solo quando il soggetto, da un lato, abbia perso il controllo sul divenire causale dell'accadimento; dall'altro, conservi l'intenzione di ledere il bene giuridico tutelato fino al momento di compiere l'ultimo atto del processo esecutivo.

In altri termini, affinché l'azione possa dirsi tipica, è necessario che il soggetto sia in dolo fino al momento di perdere il dominio finalistico sulla propria condotta per l'intervento di circostanze estranee alla sua volontà⁶². Di conseguenza, se il soggetto, dopo aver compiuto certi atti animati da una intenzione criminosa, decide di desistere e abbandona il proposito delittuoso, non potrebbe dirsi integrata l'azione tipica del tentativo per mancanza di dolo, non essendo l'ultimo atto del processo esecutivo coperto dall'intenzione di ledere⁶³.

Sul piano della fattispecie concorsuale, l'orientamento in parola differenzia la risposta all'interrogativo sulla estensione dell'art. 56, comma 3, c.p. agli altri concorrenti nel reato a seconda del ruolo assunto dal correo desistente all'interno dell'organizzazione criminosa.

Seguendo il modello della partecipazione accessoria, infatti, si afferma che se a desistere fosse l'esecutore materiale, verrebbe a mancare la stessa azione costitutiva del tentativo, quindi, l'impunità prevista per il concorrente ravveduto si comunicerebbe automaticamente anche agli altri partecipi⁶⁴; se, invece, a desistere fosse il partecipe, diverso

dall'autore principale, l'impunità opererebbe solo nei suoi confronti senza comunicarsi agli altri⁶⁵.

Tale indirizzo, per quanto suggestivo, è stato ampiamente criticato dalla dottrina maggioritaria⁶⁶, secondo cui l'art. 56, comma 3, c.p. descrive senza dubbio una condotta distinta e successiva alla realizzazione di un tentativo punibile, salvo poi divergere sulla natura giuridica riconosciuta all'istituto.

Secondo la tesi attualmente prevalente in dottrina, la desistenza volontaria individuerebbe una causa di non punibilità in senso stretto, sopravvenuta e a carattere personale⁶⁷.

Si ritiene, infatti, che la *ratio* dell'art. 56, comma 3, c.p. sia da ricondurre a mere ragioni di opportunità di politica criminale, per cui a fronte di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole di tentativo, il legislatore preferisce rinunciare alla pena per incentivare l'abbandono del progetto criminoso⁶⁸, porgendo il famoso «ponte d'oro» al delinquente che fugge e decide di tornare sui binari della legalità⁶⁹.

Si tratterebbe, inoltre, di una causa di non punibilità sopravvenuta, perché si sostanzia in un comportamento successivo alla realizzazione di un fatto di reato, di natura personale, per la necessaria volontarietà della condotta del desistente, sintomatica di una ridotta capacità a delinquere del reo⁷⁰.

Ciò posto, il referente codicistico in materia di concorso di persone nel reato viene individuato nell'art. 119, comma 1 c.p., secondo cui le circostanze soggettive di esclusione della pena, tra cui le cause di non punibilità in senso stretto, si applicano solo al concorrente al quale si riferiscono⁷¹. Vista la natura soggettiva della desistenza volontaria, si conclude nel senso della incomunicabilità dell'istituto a favore degli altri concorrenti⁷².

Secondo, invece, l'ultimo e tradizionale orientamento, la desistenza volontaria sarebbe un fatto giuridico estintivo della punibilità derivante dalla commissione di un delitto tentato, da ricondurre alla categoria dogmatica delle cause estintive del reato in senso tecnico⁷³. In particolare, autorevole dottrina sostiene che l'art. 56, comma 3, c.p. preveda una causa speciale di estinzione del reato, anche se non qualificata espressamente come tale dal legislatore penale, sia per ragioni di struttura che di disciplina applicabile⁷⁴.

Sotto il primo profilo, si evidenzia come la desistenza volontaria sia descritta dal legislatore come fatto giuridico successivo alla realizzazione di un tentativo

punibile, - in caso contrario non si comprenderebbe l'uso del termine «colpevole» che figura in apertura dell'art. 56, comma 3, c.p. e l'esclusione della sua punibilità - il che porterebbe giocoforza ad escludere un suo inquadramento tra le cause di giustificazione che, di regola, si consumano contestualmente alla condotta.

Sotto il secondo profilo, invece, si sottolinea come la disciplina delle cause di estinzione del reato sia perfettamente compatibile con la struttura della desistenza volontaria, rendendo così obbligata la scelta di ricondurla a tale categoria dogmatica, che, a dispetto delle cause di non punibilità in senso stretto, sarebbe espressamente riconosciuta nel codice penale⁷⁵.

Di conseguenza, per rispondere all'interrogativo sulla estensione dell'art. 56, comma 3, c.p. agli altri concorrenti si guarda alla disciplina codicistica relativa alle cause di estinzione del reato, in particolare all'art. 182 c.p., secondo cui le cause estintive si applicano solo nei confronti di coloro ai quali si riferiscono, salvo che non sia diversamente stabilito dalla legge⁷⁶. Non essendo prevista alcuna clausola di riserva, può dedursi che la desistenza volontaria si applica solo al concorrente che recede dall'attività criminosa collettiva, senza estendersi agli altri compartecipi⁷⁷.

A ben vedere, le due principali soluzioni prospettate dalla dottrina, pur motivando sulla base di referenti normativi differenti, pervengono alla medesima risposta negativa in punto di comunicabilità della desistenza volontaria agli altri concorrenti nel reato. E, si noti, ciò vale a prescindere dal ruolo svolto dal partecipe ravveduto: infatti, vuoi che sia autore principale o semplice partecipe, il beneficio dell'esenzione da pena non si riflette positivamente sulla responsabilità degli altri correi, i quali continuano a rispondere di concorso in delitto tentato o eventualmente consumato.

3.2. *Segue: la posizione della giurisprudenza di legittimità.*

La natura giuridica della desistenza volontaria risulta ancora più controversa se si guardano le posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità. Infatti, le singole sezioni della Corte di cassazione si sono espresse in modo divergente sulla qualificazione dogmatica dell'istituto, specie quando si trattava di decidere se il beneficio dell'impunità previsto dall'art. 56, comma 3, c.p. potesse essere legittimamente riconosciuto anche agli altri concorrenti nel reato.

Del tutto isolata è rimasta la tesi sostenuta in due remote pronunce della Corte di cassazione, secondo cui la desistenza volontaria consisterebbe in una circostanza soggettiva del delitto tentato concernente l'intensità del dolo ex art. 70, n. 2., c.p., sicché, in ipotesi di concorso di persone nel reato, si dovrebbe escludere a norma dell'art. 118 c.p. l'estensione a favore degli altri concorrenti⁷⁸.

La citata ricostruzione è stata infatti superata dalla giurisprudenza di legittimità per l'inequivocabile tenore letterale dell'art. 56, comma 3, c.p. che, nel riconoscere l'impunità *tout court* a favore del colpevole, risulta incompatibile con il meccanismo operativo delle circostanze in senso tecnico.

Esclusa, quindi, la natura giuridica di attenuante speciale, la Corte di cassazione, in un primo momento, ha optato per la qualifica di causa di non punibilità in senso stretto, di tipo sopravvenuto e di carattere squisitamente personale, in quanto relativa all'intensità del dolo ex art. 70 c.p., da cui si è dedotta l'incomunicabilità agli altri concorrenti nel reato, responsabili del tentativo commesso⁷⁹.

Tuttavia, a breve distanza di tempo, il Supremo collegio⁸⁰ è ritornato nuovamente sulla natura giuridica della desistenza volontaria, mutando il precedente indirizzo a favore di una diversa qualificazione su cui si è successivamente consolidato, salvo poche eccezioni⁸¹. Invero, l'indirizzo attualmente prevalente qualifica la desistenza volontaria come esimente speciale del delitto tentato⁸² che esclude «"ab extrinseco" ed "ex post" l'antigiuridicità del fatto»⁸³ ossia come causa di giustificazione speciale dell'art. 56 c.p.

Ora, volendo sviluppare il ragionamento della giurisprudenza di legittimità nelle sue logiche conseguenze, il referente codicistico dovrebbe essere, a rigore, l'art. 119, comma 2, c.p. che, nel disciplinare il regime di comunicabilità delle circostanze oggettive di esclusione della pena, entro cui sono ricomprese le scriminanti, sancisce la loro estensione automatica a tutti i concorrenti nel reato⁸⁴.

Così intesa, dunque, la desistenza volontaria sarebbe in linea di principio comunicabile agli altri concorrenti, rimasti inerti oltre che, eventualmente, del tutto ignari del ravvedimento altrui, posto che, ai sensi dell'art. 59, comma 1, c.p. le scriminanti sono valutate a favore dei concorrenti a prescindere dalla loro effettiva conoscenza⁸⁵.

A ben vedere, la giurisprudenza di legittimità non completa in questi termini il sillogismo giudiziale.

Dalle recenti pronunce della Corte di cassazione, infatti, si ricava come la predicata natura giuridica della desistenza volontaria non venga valorizzata per decidere se la scriminante *de qua* sia comunicabile o meno agli altri concorrenti nel reato, posto che la questione viene risolta unicamente sul piano delle modalità che in concreto qualificano la condotta del correo desistente.

In uno degli ultimi arresti⁸⁶, la Corte di cassazione sottolinea come la recente giurisprudenza di legittimità, pur non contestando la natura personale della desistenza volontaria, risolve la questione sulla comunicabilità dell'art. 56, comma 3, c.p. ai concorrenti nel reato sul piano della struttura della desistenza concorsuale, ossia «sulla incidenza della desistenza del correo in ordine alla concreta configurabilità, a carico degli altri partecipi, del tentativo»⁸⁷ giungendo a conclusioni sostanzialmente simili a quelle sostenute nelle pronunce precedenti.

A seconda, infatti, delle modalità che in concreto accompagnano la condotta del concorrente, il Supremo collegio distingue due dimensioni dell'art. 56, comma 3, c.p.⁸⁸: la prima, più riduttiva, ricorre quando «la desistenza del singolo ha eliminato soltanto gli effetti della condotta individuale, rendendola estranea ed irrilevante rispetto al tentativo di reato commesso dagli altri, con la conseguenza che di tale desistenza non possono beneficiare gli altri partecipi, le cui condotte pregresse, conservando intatta la loro valenza causale, hanno prodotto conseguenze ormai irreversibili, funzionali alla configurazione del tentativo punibile»⁸⁹; la seconda, invece, più estensiva ricorre quando la desistenza di uno dei concorrenti assuma valenza tale da neutralizzare gli effetti delle condotte altrui e scongiurare con certezza la realizzazione dell'evento programmato, con conseguente estensione del beneficio dell'impunità ex art. 56, comma 3, c.p. a tutti i correi. Il principio di diritto recita infatti che «la desistenza di uno dei concorrenti deve instaurare, perché si riverberi favorevolmente sulla posizione degli altri partecipi, un processo causale che arresti l'azione di questi ultimi e impedisca comunque l'evento»⁹⁰. Caso contrario, gli altri concorrenti continueranno a rispondere di concorso nel delitto tentato, laddove le condotte da questi poste in essere integrino di per sé gli estremi di un tentativo punibile secondo i parametri dell'idoneità e univocità degli atti ex art. 56, comma 1, c.p.⁹¹.

In sintesi, secondo l'attuale orientamento della Corte di cassazione, la risposta all'interrogativo sulla comunicabilità della desistenza volontaria a favore degli altri concorrenti non dipende dalla natura giuridica dell'istituto, da cui si dovrebbe a rigore muovere per risalire alla disciplina applicabile, ma dalla modalità, naturalisticamente contingente, in cui si è tradotta di volta in volta la singola condotta di desistenza che, nonostante la predicata natura soggettiva, può a certe condizioni estendersi⁹².

3.3. Conseguenze di disciplina.

La natura giuridica della desistenza volontaria non condiziona solo la risposta all'interrogativo sulla estensione dell'efficacia esimente agli altri concorrenti nel reato.

Invero, per il singolo correo che desiste oppure per ciascuno dei partecipi che di riflesso beneficiano della desistenza di uno di essi, laddove ricorrano le condizioni tracciate dalla giurisprudenza di legittimità, non è indifferente la qualificazione dogmatica dell'istituto sul piano delle ulteriori conseguenze derivanti dall'illecito concorsuale.

In particolare, vengono in rilievo le misure di sicurezza e le sanzioni civili derivanti da reato. In merito alle prime, se la qualifica in termini di causa estintiva del reato⁹³ oppure di scriminante⁹⁴ esclude senza dubbio la possibilità per il concorrente di essere sottoposto a misure di sicurezza⁹⁵, questa conclusione, invece, non può dirsi altrettanto pacifica laddove si consideri la desistenza volontaria una causa di non punibilità sopravvenuta in senso stretto⁹⁶.

A ben vedere, nonostante la dottrina prevalente sembrerebbe di avviso contrario⁹⁷, il combinato disposto degli artt. 203 e 205 c.p. ammette la possibilità che il giudice, nell'assolvere il concorrente che ha desistito perché «non punibile», applichi una misura di sicurezza laddove lo ritenga socialmente pericoloso⁹⁸. Quindi, il concorrente che desiste andrebbe esente da pena criminale per il concorso nel delitto tentato ex art. 56, comma 3, c.p., mentre potrebbe essere sottoposto all'applicazione di una misura di sicurezza laddove il giudice ritenga fondato il pericolo di recidiva.

Diverso è il discorso, invece, per le obbligazioni civili derivanti da reato ex art. 185 c.p.⁹⁹: infatti, se si qualifica la desistenza volontaria come causa estintiva del reato¹⁰⁰ o come causa di non punibilità in senso stretto¹⁰¹, comunque il correo desistente si troverebbe a rispondere in solido con gli altri

compartecipi dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dal concorso nella fattispecie delittuosa.

Invece, se si considera la desistenza volontaria come scriminante del tentativo, il concorrente che desiste dall'impresa collettiva non sarebbe tenuto a risarcire il pregiudizio patrimoniale e/o morale derivante dall'illecito concorsuale, posto che nei suoi confronti verrebbe meno l'antigiuridicità del fatto commesso, sia in sede penale che *extra-penale*¹⁰².

4. Il recesso attivo del concorrente: tra certezze e incongruenze normative.

Contrariamente alla desistenza volontaria, sinora l'applicazione dell'art. 56, comma 4, c.p. nell'ambito della fattispecie concorsuale è stata affrontata in termini problematici solo dalla dottrina. Difficilmente, infatti, il tema del recesso attivo del concorrente ha fatto la sua comparsa nella giurisprudenza di legittimità¹⁰³, vuoi per la lettura estensiva della desistenza concorsuale accolta dalla Corte di cassazione, che, di fatto, finisce per ricomprendere anche le condotte *stricto sensu* qualificabili come ipotesi di pentimento operoso, vuoi per la mancanza a monte dei presupposti costitutivi dell'istituto, come la volontarietà della condotta ex art. 56, comma 4, c.p.¹⁰⁴.

Ciò posto, la dottrina ha sottolineato la necessità di tenere distinti gli spazi operativi dei due istituti anche in sede di esecuzione plurisoggettiva, non essendoci indizi normativi che depongano a favore di una loro sostanziale parificazione nell'ipotesi concorsuale¹⁰⁵.

Si tratta, quindi, di stabilire, analogamente alla desistenza volontaria, come si strutturi il recesso attivo del concorrente e quali siano gli effetti sulla responsabilità penale degli altri compartecipi, laddove uno di essi impedisca volontariamente la verifica dell'evento lesivo.

Ora, con riferimento al primo interrogativo di tipo strutturale, si ritiene che il recesso attivo non richieda particolari adattamenti in caso di realizzazione collettiva del fatto di reato¹⁰⁶: il concorrente, infatti, al pari del singolo autore, è sempre tenuto ad una tempestiva contro-condotta volontaria¹⁰⁷ che, incidendo sul processo causale in atto, impedisca efficacemente la consumazione del delitto avuta di mira dagli altri compartecipi.

Di conseguenza, una volta esaurita la condotta tipica collettiva e divenuto attuale il processo eziologico verso la verifica dell'evento, cioè a tentativo compiuto, al concorrente che, dopo aver prestato il

suo contributo al fatto, si sia attivato efficacemente per impedire l'evento lesivo¹⁰⁸, dovrà riconoscersi la diversa ipotesi del recesso attivo ex art. 56, comma 4, c.p. e il relativo sconto di pena¹⁰⁹.

Problematica, invece, è la risposta al secondo interrogativo sulla comunicabilità degli effetti favorevoli del recesso di uno dei concorrenti anche agli altri compartecipi nel reato.

Anzitutto, bisogna muovere dalla natura giuridica dell'istituto previsto all'art. 56, comma 4, c.p. che, contrariamente alla desistenza volontaria, non solleva particolari perplessità.

È pacifico, infatti, che l'art. 56, comma 4, c.p., nel prevedere che «la pena è diminuita»¹¹⁰ laddove il colpevole impedisca volontariamente l'evento, configuri una circostanza in senso tecnico del delitto tentato, *sui generis*, in quanto si colloca a metà strada tra le circostanze c.d. comuni e quelle c.d. speciali, essendo applicabile solo per i delitti di parte speciale ad evento naturalistico strutturalmente compatibili con la forma tentata¹¹¹. Sul piano dell'efficacia, si tratta di una circostanza attenuante ad efficacia speciale, posto che determina una diminuzione frazionaria della pena base comminata per il delitto tentato da un terzo alla metà.

In merito, invece, alla natura, oggettiva o soggettiva, secondo la classificazione delineata dall'art. 70 c.p., la dottrina maggioritaria propende per una sua qualificazione in termini di circostanza soggettiva¹¹², pur attraverso percorsi argomentativi differenti.

Parte della dottrina, infatti, motiva la natura soggettiva del recesso attivo sulla base del valore assorbente riconosciuto al requisito psicologico della volontarietà della condotta di ravvedimento, sintomatico di una ridotta capacità a delinquere del reo, che renderebbe superfluo il ricorso agli indici menzionati dall'art. 70 c.p.¹¹³.

Altra parte della dottrina, invece, qualifica il recesso attivo come circostanza soggettiva perché riconducibile alla categoria delle circostanze «inerenti ai rapporti tra colpevole ed offeso» ex art. 70, comma 1, n. 2 c.p.¹¹⁴, l'unica, a ben vedere, compatibile con la struttura dell'art. 56, comma 4, c.p.¹¹⁵.

È indubbio, quindi, che la disposizione codicistica di riferimento per stabilire se il recesso attivo di uno dei concorrenti sia comunicabile anche agli altri compartecipi è l'art. 118 c.p., da leggere insieme, per quanto concerne i profili di imputazione psicologica, all'art. 59, comma 1, c.p.

Ora, prima della novella n. 19 del 1990, l'art. 118 c.p. distingueva rispettivamente tra circostanze di natura oggettiva e soggettiva, richiamando implicitamente la bipartizione delineata dall'art. 70 c.p.: nello specifico, le circostanze oggettive, tanto aggravanti quanto attenuanti, venivano valutate, rispettivamente, contro o a favore di tutti i concorrenti nel reato, anche se da questi ignorate; le circostanze soggettive, invece, tanto aggravanti quanto attenuanti, venivano valutate esclusivamente a carico o a favore del concorrente a cui si riferivano, anche se da lui non conosciute¹¹⁶.

Facevano eccezione le circostanze soggettive c.d. oggettivizzate, ossia le circostanze soggettive¹¹⁷ che fossero in concreto servite ad agevolare la commissione dell'illecito, le quali venivano estese anche agli altri concorrenti¹¹⁸.

Infine, in via residuale, l'ultimo comma dell'art. 118 c.p. prevedeva che ogni altra circostanza, attenuante o aggravante, diversa da quelle menzionate, dovesse essere valutata esclusivamente nei riguardi della persona a cui si riferiva, funzionando come clausola di chiusura per le circostanze di dubbia qualificazione.

Pertanto, considerata l'indiscussa natura soggettiva del recesso attivo, vuoi perché sintomatica di una ridotta capacità a delinquere del reo, vuoi perché espressiva di una particolare categoria di rapporti tra colpevole ed offeso, si concludeva giocoforza per l'incomunicabilità dell'attenuante prevista dall'art. 56, comma 4, c.p. agli altri concorrenti nel reato¹¹⁹.

Con la legge n. 19 del 1990, il legislatore penale, oltre a modificare il regime di imputazione delle circostanze aggravanti recuperandolo al principio di colpevolezza, è intervenuto anche sulla formulazione dell'art. 118 c.p. superando la precedente bipartizione tra circostanze oggettive e soggettive.

Nello specifico, il nuovo art. 118 c.p. prevede che «le circostanze che aggravano o diminuiscono la pena concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono»¹²⁰. In altri termini, il disposto codicistico si limita ad elencare in via tassativa un ristretto numero di circostanze soggettive non suscettibili di estensione agli altri concorrenti nel reato, a prescindere dal fatto che in concreto abbiano o meno agevolato l'esecuzione dell'illecito¹²¹.

A ben vedere, manca il riferimento alla categoria delle circostanze «inerenti ai rapporti tra colpevole

ed offeso», entro cui di regola viene ricondotta l'attenuante del recesso attivo che, formalmente, non è ascrivibile ad alcuna delle categorie residue espressamente menzionate.

In base alla nuova formulazione dell'art. 118 c.p., dunque, si deve concludere che il recesso attivo di uno dei concorrenti nel reato sia destinato ad estendersi a favore degli altri compartecipi e, in quanto circostanza attenuante, a prescindere da una loro effettiva conoscenza ex art. 59, comma 1, c.p.¹²². Questa conclusione, tuttavia, ha sollevato non poche criticità in dottrina, tenuto conto della predicata natura soggettiva dell'art. 56, comma 4, c.p., la cui possibile estensione agli altri concorrenti è parsa, oltre che illogica, del tutto iniqua¹²³.

Per correggere la portata dell'art. 118 c.p. sono state quindi avanzate diverse soluzioni interpretative.

Secondo parte della dottrina, la disciplina del nuovo art. 118 c.p. sarebbe del tutto svincolata dalla elencazione contenuta nell'art. 70 c.p., il che consentirebbe di interpretare la categoria delle circostanze «inerenti alla persona del colpevole» in modo autonomo e indipendente, senza esaurirla nei soli indici della imputabilità e della recidiva ex art. 70, ultimo comma, c.p. In altri termini, la locuzione «inerenti alla persona del colpevole» potrebbe essere letta come clausola di chiusura entro cui ricomprendere tutte le circostanze (diverse da quelle concernenti i motivi, l'intensità del dolo e il grado della colpa) fondate anch'esse su elementi strettamente connessi alla persona del colpevole e non suscettibili di estensione a favore degli altri concorrenti, tra cui lo stesso art. 56, comma 4, c.p.¹²⁴. Secondo un altro indirizzo, invece, il correttivo alla portata applicativa dell'art. 118 c.p. andrebbe individuato nei criteri di imputazione psicologica delle circostanze previsti dall'art. 59 c.p.¹²⁵.

In particolare, si sostiene che, laddove la struttura o la *ratio* della singola circostanza sia tale da prescrivere un momento di natura psicologica ai fini della sua applicabilità, tale presupposto dovrà parimenti riflettersi anche sul piano dell'estensione della circostanza agli altri concorrenti: quindi, se si tratta di una circostanza attenuante che, come il recesso attivo, richiede ai fini della sua integrazione il requisito soggettivo della volontarietà, anche gli altri concorrenti nel reato si dovranno volontariamente adoperare per impedire la verificazione dell'evento lesivo così da beneficiare del relativo sconto di pena.

Ancora, secondo un terzo indirizzo dottrinario si potrebbe applicare in via analogica il principio di diritto affermato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento ad un'altra circostanza attenuante comune che, tuttavia, condivide con il recesso attivo sia la natura soggettiva che la struttura di condotta *post-delittuosa*¹²⁶, ossia l'attenuante del risarcimento del danno ex art. 62, n. 6, c.p.¹²⁷.

Nello specifico, a partire da una pronuncia a Sezioni Unite della Corte di cassazione¹²⁸, l'orientamento giurisprudenziale prevalente sostiene che la condotta riparatoria di uno dei concorrenti intervenga logicamente dopo la consumazione del reato concorsuale, quando la fattispecie plurisoggettiva si è oramai esaurita con la commissione dell'illecito, così da rendere inoperativo l'art. 118 c.p.¹²⁹. Di conseguenza, l'attenuante del risarcimento del danno potrà applicarsi a favore degli altri concorrenti a patto che ciascuno di essi abbia manifestato «una concreta e tempestiva volontà di riparare il danno»¹³⁰. *Mutatis mutandis*, i concorrenti potrebbero beneficiare dell'attenuante del recesso attivo sempre che ciascuno di essi si sia adoperato volontariamente per impedire la verificazione dell'evento lesivo, poi di fatto sventato dall'attività di uno solo dei compartecipi¹³¹.

A ben vedere, nessuna delle soluzioni prospettate dalla dottrina appare di per sé convincente.

La prima ricostruzione finisce per sottoporre l'art. 70 c.p. ad una vera e propria *interpretatio abrogans*: invero, per quanto il legislatore penale abbia inteso emancipare il regime di valutazione delle circostanze ex art. 118 c.p. dalla macchinosa classificazione delineata dall'art. 70 c.p., l'ultimo comma della citata disposizione contiene a tutti gli effetti una norma definitoria non suscettibile di superamento da parte dell'interprete e, in quanto tale, vincolante per comprendere il significato della categoria di circostanze «inerenti alla persona del colpevole» ripresa all'interno dello stesso art. 118 c.p.¹³².

La seconda e la terza ricostruzione, che giungono di fatto a conclusioni simili, sembrano poggiare entrambe su un comune vizio metodologico, ossia confondere il piano della tipicità o integrazione della fattispecie circostanziale con quello della sua comunicazione in regime di concorso di persone nel reato¹³³.

Come è stato sottolineato, infatti, un problema di estensione può porsi logicamente solo a fronte di una circostanza realizzata al completo dei suoi elementi costitutivi da uno solo dei correi, posto che il presupposto di operatività dell'art. 118 c.p. è che la circostanza in questione non sia ravvisabile autonomamente in capo a ciascuno dei concorrenti, bastando in tal caso il solo art. 59 c.p.¹³⁴.

In sintesi, richiedere che ciascuno dei concorrenti si sia adoperato volontariamente per impedire la verificazione dell'evento lesivo, così da poter invocare lo sconto di pena previsto dall'art. 56, comma 4, c.p., significa *sic et simpliciter* negare l'esistenza stessa del fenomeno giuridico della comunicazione delle circostanze, il quale «ha ragion d'essere in quanto le singole circostanze complessivamente rinvenibili nel fatto concorsuale, della cui comunicabilità si discute, non siano direttamente realizzate in capo a ciascun concorrente»¹³⁵.

Né appare condivisibile l'eventuale applicazione analogica del principio di diritto affermato dalle S.U. in merito all'attenuante comune del risarcimento del danno: ammesso e non concesso che sia sostenibile l'assunto per cui la condotta *post-delittuosa* a contenuto riparatorio intervenga quando il concorso di persone sarebbe oramai concluso, così da mettere fuori gioco l'art. 118 c.p., tale soluzione rischia di tradursi in una analogia con effetti *in malam partem* per il concorrente non ravveduto.

In conclusione, l'unica soluzione compatibile con il disposto letterale dell'art. 118 c.p. rimane quella di ritenere in astratto comunicabile l'attenuante del recesso attivo anche agli altri concorrenti nel reato, seppur inerti e persino ignari del pentimento operoso altrui. Questa affermazione, si noti, non implica di per sé un'applicazione automatica dell'attenuante a favore dei compartecipi, dovendo comunque l'art. 56, comma 4, c.p. passare per il filtro del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., che, quantomeno, consente di «sdrammatizzare» le iniquità sottese alla nuova formulazione dell'art. 118 c.p.

Isabella Fontana

Dottoranda di ricerca in Diritto penale.

¹ La teoria del «ponte d'oro» rinvia le sue radici storiche nel clima culturale dell'illuminismo giuridico e, in particolare, nelle riflessioni di A. Feuerbach e di F. Von Listz., secondo cui il fondamento politico criminale dei due istituti va ravvisato nell'opportunità di non punire o punire meno severamente il colpevole che recede dal delitto, come contropinta

psicologica per indurlo ad abbandonare la condotta criminosa intrapresa. Secondo tale teoria, che si muove nell'ottica della prevenzione generale come scopo primario della pena, l'ordinamento offre al reo che recede l'impunità totale o parziale per il delitto tentato come «ponte d'oro» perché sia indotto a ritornare sulla via della legalità. Similmente, la teoria c.d. retribuzionistica della premialità giustifica la previsione dei due istituti in termini di ricompensa riconosciuta al soggetto per il libero ritorno nel diritto e per il recupero dei valori violati: sul punto, M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2019, vol. II, p. 84. Per una compiuta disamina delle teorie politico-criminali elaborate dalla dottrina tedesca e italiana si rinvia a S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 98 ss. Per una critica alla teoria del ponte d'oro e del premio vd. G. FORNASARI, *Per un diverso inquadramento dogmatico delle ipotesi di desistenza e di recesso in un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1336 ss.; P. ZAGNONI, «Desistenza volontaria» e riparazione del danno non patrimoniale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, in *Dejure*, pp. 1302 ss. Sulla teoria c.d. special-preventiva che individua la *ratio* dei due istituti nella ridotta capacità a delinquere manifestata dal colpevole che desiste vd. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*. Torino, Zanichelli, 2019, p. 501; sulla teoria c.d. mista, premiale – vittimologica, che individua il fondamento dei due istituti tanto nella ricompensa offerta al soggetto, quanto nella difesa apprestata dall'ordinamento in *extremis* al soggetto passivo vd. M. ROMANO, *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2012, vol. I, pp. 604 ss. Il carattere complementare delle diverse teorie politico-criminali elaborate in dottrina, solo apparentemente confliggenti, è sottolineato da F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, Cedam, 2020, p. 496.

² M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 605; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 496. Laddove, infatti, tale possibilità venga meno, si avrà un tentativo fallito o mancato penalmente rilevante. L'impossibilità di consumazione può essere dipesa sia da ragioni oggettive, come la non realizzabilità fisico-materiale della consumazione, oppure da ragioni soggettive, come la non realizzabilità della consumazione perché supposta erroneamente dall'agente.

³ La differenza di trattamento sanzionatorio prevista per i due istituti viene di regola giustificata sulla base del diverso pericolo di lesione a cui viene esposto il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice: superiore, nel caso del recesso attivo, dove la condotta del soggetto si spinge oltre nell'esecuzione dell'*iter criminis*; inferiore, nell'ipotesi della desistenza volontaria, dove il soggetto arresta la sua condotta in un momento logicamente antecedente. Tuttavia, parte della dottrina contesta l'opportunità di tale diversificazione, facendo leva sul comune carattere volontario della condotta finalizzata a frustrare il fine criminoso. Per una parificazione dei due istituti vd. G. FORNASARI, *Per un diverso inquadramento dogmatico delle ipotesi di desistenza e di recesso in un nuovo codice penale*, cit., pp. 1336 ss.; M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 149 – 150; C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 542.

⁴ L'ordinamento penale tedesco, invece, contempla una norma generale sul recesso del concorrente dal tentativo, introdotta a partire dalla riforma del codice penale del 1974. In particolare, il par. 24 del StGB, dopo aver disciplinato al primo comma il ravvedimento del singolo autore, al secondo comma prevede che «se più soggetti concorrono nella realizzazione del fatto, non è punito per tentativo chi volontariamente ne impedisce la consumazione. È tuttavia sufficiente, per la sua impunità, che egli si sia adoperato volontariamente e seriamente per impedire la consumazione del fatto, se questo non viene consumato indipendentemente dal suo intervento o viene consumato prescindendo dal suo precedente contributo». Una disamina sulla scelta del legislatore penale tedesco è offerta G. FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, Palermo, Tip. S. Montaina, 1974, pp. 8 ss.

⁵ I progetti di riforma della parte generale del codice penale, in particolare il progetto Grosso, il progetto Nordio e il progetto Pisapia prevedevano l'introduzione di una disciplina dedicata al ravvedimento del concorrente al fine di adeguare l'ordinamento penale italiano al panorama normativo europeo e consolidare i risultati interpretativi raggiunti dalla prassi applicativa. Sulle soluzioni accolte nei progetti di riforma *infra* nota 28.

⁶ Sul modello di tipizzazione unitario su base causale accolto dal codice penale Rocco, in soluzione di continuità rispetto al modello differenziato adottato dal previgente codice Zanardelli, si rinvia a G. FIANDACA – E. MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 515 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 557 ss. Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 97 ss.

⁷ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 115 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 560; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 524. In applicazione dei principi generali, e come si desume indirettamente dall'art. 115 c.p., non è necessario che il fatto concorsuale giunga a consumazione, ma è sufficiente che la realizzazione collettiva si traduca in atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto.

⁸ Cfr. G. FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, cit., p. 192; L. VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto di desistenza del concorrente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 845; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 87.

⁹ Argomenta, invece, nel senso dell'applicazione analogica in *bonam partem* dell'art. 56, comma 3 e 4, c.p. a favore del partecipe diverso dall'esecutore materiale, R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, Morano, 1964, p. 127.

¹⁰ Si rende necessario distinguere l'ipotesi del concorso in delitto tentato ex artt. 110 e 56 c.p. dalla diversa, e penalmente irrilevante, ipotesi del tentativo di concorso che ricorre quando la condotta del concorrente atipico non integra, sotto il profilo obiettivo e/o soggettivo, l'atto di partecipazione, come nel caso della lettera istigatoria intercettata, la cui punibilità si esclude in base ai principi generali esplicitati dall'art. 115 c.p. In questi termini vd. G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*,

Padova, Cedam, 1984, p. 29; Cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza tra forme di manifestazione del reato: contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 226 ss.

¹¹ Sul funzionamento degli artt. 56 e 110 c.p. come clausole generali di incriminazione suppletiva o di secondo grado che, combinandosi con le singole fattispecie di reato, consentono di qualificare comportamenti altrimenti atipici alla stregua delle norme di parte speciale, si rinvia per tutti a L. RISICATO, *Combinazione e interferenza tra forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 100 ss.

¹² Sulla fattispecie plurisoggettiva eventuale, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano 1956, pp. 77 ss.; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1957, pp. 27 ss.

¹³ Così G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., pp. 27 ss., il quale evidenzia come la povertà del dato legislativo intorno al fenomeno del ravvedimento in sede concorsuale sia dovuta non solo alla mancanza di una norma generale, ma anche, e soprattutto, dalla scarsa determinatezza che caratterizza gli artt. 56, comma 3 e 4, c.p., e 110 c.p.

¹⁴ Il *discrimen* tra la desistenza volontaria e il recesso attivo viene tradizionalmente individuato, sia in dottrina che in giurisprudenza, lungo il confine tra tentativo incompiuto e tentativo compiuto. In particolare, la desistenza ricorre fintanto che l'agente recede da un'azione non ancora completata nella sua intenzione, mentre il recesso attivo si configura laddove l'azione criminosa sia stata compiutamente realizzata e l'agente interviene sul processo causale con una contro-condotta atta ad impedire la verificazione dell'evento lesivo. Oltre al criterio dell'esaurimento dell'azione esecutiva, sono stati proposti come criteri discretivi il criterio c.d. causale e del dominio diretto. Sul punto si rinvia a M. ROMANO, *Art. 56*, cit., pp. 607 ss.; A. MASSARO, *Art. 56 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi – E. Lupo, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 753 ss.

¹⁵ Nei reati di azione non sempre la desistenza si traduce in uno stato di inerzia, ben potendo consistere anche in comportamenti positivi volti ad impedire lo sviluppo del processo causale, ancora potenziale al momento della condotta. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 497; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 88.

¹⁶ Questo vale per i reati omissivi propri, dove la desistenza volontaria ricorre quando il soggetto, dopo essersi posto inizialmente nella impossibilità materiale di adempiere l'obbligo di fare, ottempera all'obbligo prima della scadenza, personalmente o tramite terze persone. Nei reati omissivi impropri, invece, la desistenza volontaria non si traduce necessariamente nel contegno doveroso inizialmente omissivo atto ad impedire l'evento vietato, ben potendo consistere in una condotta positiva diversa da quella imposta grazie alla quale viene comunque scongiurato l'evento lesivo. In questi casi il *discrimen* tra la desistenza volontaria e il recesso attivo viene tracciato in base alla situazione oggettiva nella quale si trova il soggetto passivo a seguito dell'omissione: si avrà desistenza volontaria se per impedire l'evento vietato è sufficiente riprendere l'azione doverosa omissiva, quale che sia in concreto la condotta positiva intrapresa dal soggetto, essendo il processo casuale ancora dominabile dal colpevole; si avrà invece recesso attivo quando la condotta doverosa non è più sufficiente e per scongiurare l'evento si rende indispensabile una condotta diversa. In questi termini M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 88-89; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 493; V. SERIANNI, *La desistenza volontaria e il recesso attivo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 84.

¹⁷ Così M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 86; M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, cit., p. 148 ss.; P. NUVOLONE, *Il sistema di diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, pp. 416 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 502 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 498- 499; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, IX, 2020, p. 536; V. SERIANNI, *La desistenza volontaria e il recesso attivo*, cit., pp. 102 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 609 - 610. Il requisito psicologico della volontarietà non significa, infatti, né spontaneità, come richiesto per altre fattispecie circostanziali (ad esempio l'attenuante della eliminazione o attenuazione spontanea delle conseguenze da reato ex art. 62, n. 6, c.p.) né abbandono definitivo del proposito criminoso, ben potendo il soggetto rinviare in un secondo momento il perseguimento del fine delittuoso per meri calcoli opportunistici. La volontarietà della condotta, come ragionevole libertà di scelta, sarà da escludere tutte le volte in cui questa libera scelta per il soggetto venga meno per effetto di circostanze esterne cogenti, ad esempio nel caso dell'intervento delle forze dell'ordine, dell'insorgere delle difficoltà di esecuzione impreviste e non facilmente superabili, oppure per l'avvicinarsi di terze persone.

¹⁸ Riguardo all'elemento psicologico della volontarietà della condotta, infatti, vale quanto affermato per il singolo autore, per cui anche il concorrente per desistere ex art. 56, comma 3, c.p. deve agire in mancanza di condizionamenti esterni.

¹⁹ Per tutti A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 14 ss.

²⁰ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 617 ss. Secondo il modello differenziato, le singole fattispecie plurisoggettive hanno in comune la descrizione del medesimo nucleo di accadimento materiale, ma possono divergere tra loro per l'atteggiamento psichico, proprio di ciascun concorrente, oppure per alcuni aspetti esteriori che caratterizzano soltanto la condotta di taluno dei partecipi. A fronte, quindi di una sola realizzazione collettiva, si avranno tanti illeciti penali quanti sono i concorrenti nel reato, illeciti che possono essere diversi tra loro non solo per le circostanze in senso tecnico, ma anche per il titolo di reato a seconda dell'atteggiamento psicologico di ciascun concorrente.

²¹ Per l'autore principale, vale a dire colui che da solo realizza atti idonei diretti in modo univoco a commettere il delitto, la desistenza coincide perfettamente con quella richiesta per il singolo autore, sicché basta astenersi dalla prosecuzione

dell'azione criminosa per beneficiare dell'impunità. Per il partecipe, vale a dire colui che apporta un contributo morale o materiale atipico alla realizzazione dell'offesa, ad esempio l'istigatore o il mero ausiliatore, la desistenza dall'azione deve essere intesa come desistenza dalla condotta di partecipazione iniziale, l'unica su cui l'agente conserva il proprio dominio.

²² Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Parte generale*, Torino, Utet, 1961, vol. II, p. 511. G. GUARNIERI, *Valore della desistenza volontaria da parte del concorrente nel reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, pp. 454 ss.; B. CORMIO, *Efficacia della desistenza di uno dei compartecipi nel concorso di persone nel reato*, in *Giur. it.*, 1961, pp. 345 ss., secondo cui i contributi apportati da ciascuno dei concorrenti si fondono in un unico fatto collettivo a questi ugualmente addebitato, sicché il pentimento di uno dei compartecipi non può sortire alcuna efficacia esimente se non porta all'arresto definitivo dell'azione esecutiva, collettiva, originariamente intrapresa. Nello stesso senso F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003., pp. 580 ss.

²³ Si afferma, infatti, che la desistenza volontaria in sede concorsuale ricorre solo quando l'evento non si verifica, sicché il partecipe non può beneficiarne se lascia che la sua condotta, già commessa, svolga la sua efficacia causale, sia pure per il tramite delle condotte altrui. In questi termini S. MESSINA, *La desistenza volontaria dal tentativo come causa di esclusione della capacità a delinquere*, in *Scuola pos.*, 1954, p. 27 ss., il quale, muovendo dal modello della partecipazione accessoria, sostiene come il partecipe sia titolare dell'onere di impedire la consumazione del reato, onde evitare le conseguenze giuridiche previste per la sua partecipazione già accordata.

²⁴ In tal senso G. GUARNIERI, *Valore della desistenza volontaria da parte del concorrente nel reato*, cit., pp. 454 ss., secondo cui «se c'è stata attività di concorso da parte di taluno, e questa attività riveste i requisiti soggettivi e oggettivi per integrare le caratteristiche della istigazione o dell'aiuto, non può esserci dubbio che essa va considerata come una condizione dell'evento, indipendentemente da ciò che il partecipe abbia voluto e fatto successivamente, a meno che tale successiva condotta abbia tolto di mezzo l'esistenza stessa del concorso».

²⁵ G. FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, cit., pp. 35 ss.; L. VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto di desistenza del concorrente*, cit., pp. 846 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 510; C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 583; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 541, secondo il quale la tesi intermedia risulta preferibile perché vi aderente ai principi sulla responsabilità penale.

²⁶ Così R. PANNAINI, *Manuale di diritto penale*, Torino, Utet, 1942, p. 650, secondo cui «non si può negare la desistenza a chi dei partecipi vi abbia fatto luogo solo per il fatto che gli altri non abbiano desistito o peggio ancora pretendendosi che il desistente impedisca agli altri concorrenti di proseguire, pretesa arbitraria e illegale perché il concorrente nessun obbligo giuridico ha in tal senso». Cfr. G. FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, cit., p. 36; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 595; A. MARTINI, *Desistenza del concorrente e responsabilità per il reato diverso da quello voluto*, in *Cass. pen.*, 1985, pp. 328 ss. Secondo l'Autore, la soluzione rigorista «finisce col delineare una desistenza tanto più disponibile per il concorrente, quanto più importante sia il suo ruolo all'interno della fattispecie criminosa e, quindi, quanto maggiore sia la sua pericolosità e responsabilità. Tale risultato è, evidentemente, inaccettabile: il vantaggio offerto ai peggiori, infatti, potrebbe in definitiva significare una irragionevole omogeneità di trattamento tra situazioni diverse, costituzionalmente improponibile»; D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa: desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 179-182.

²⁷ G. FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, cit., pp. 38 ss. L'Autore ritiene che tale soluzione si presenta l'unica compatibile con i principi che presidono il concorso di persone, secondo cui nessuno può essere chiamato a rispondere di un fatto per il quale non ha minimamente contribuito. Nello stesso senso L. VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto di desistenza del concorrente*, cit., p. 846; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 595, secondo il quale, una volta individuati gli effetti prodotti dal contributo del desistente, sia sul piano materiale che psichico, la desistenza volontaria ricorre solo nel caso in cui l'elisione degli effetti sia integrale (non basta, ad esempio, ritirare i mezzi prima consegnati, se l'offerta abbia determinato il proposito criminoso altrui, dovendo il concorrente eliminare anche tale effetto psicologico, se ancora possibile, ad esempio perché i mezzi forniti non sono ancora stati utilizzati). Se gli effetti non vengono elisi, per impossibilità oggettiva, la desistenza deve allora consistere nel necessario impedimento del reato. Cfr. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 520.

²⁸ Nell'ipotesi di coautorietà, dove ciascuno dei concorrenti realizza di per sé un'azione tipica qualificata dall'elemento circostanziale rappresentato dal concorso, è controverso se sia sufficiente il semplice abbandono dell'azione criminosa intrapresa, sul modello della desistenza monosoggettiva, oppure se si renda comunque necessario un intervento fattivo sulla condotta altrui onde impedire la consumazione del delitto avuto di mira. Sul punto L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 337.

²⁹ L. VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto di desistenza del concorrente*, cit., p. 847.

³⁰ G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 184. Si pensi, ad esempio, al concorrente che abbia apportato un contributo materiale, come fornire l'auto per commettere una rapina, e prima che venga impiegata dagli altri compartecipi la riprende o la rende del tutto inservibile ai fini del reato.

³¹ G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., pp. 185 ss. Ad esempio, si pensi al concorrente, che dopo aver fornito tutte le informazioni utili sulla vittima designata di un sequestro estorsivo, indispensabili alla buona riuscita dell'impresa, decida

poi di avvisare tempestivamente la polizia perché possa catturare gli esecutori materiali oppure riesca da solo a mettere in fuga la vittima, immobilizzata dai complici. Nello stesso senso G. FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, cit., p. 38, secondo cui la strada percorribile dal concorrente non è unica, ma duplice: egli può, per desistere dal reato, o frustrare la realizzazione collettiva in quanto tale, oppure, rendere inefficace il suo atto di partecipazione; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 338 ss.

³² G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 188. Secondo l'Autore, il rischio della mancata prova rimane a carico del concorrente, il quale non solo corre il pericolo di non vedersi riconosciuta l'esenzione da pena, ma anche di essere considerato comunque responsabile del fatto eventualmente consumato dagli altri. Ne consegue che, se l'impedimento del reato non risulta *ad substantiam* necessario ai fini del riconoscimento della desistenza, lo diventa nella maggioranza dei casi *ad probationem*. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 595. La considera una vera e propria *probatio diabolica*, come confermato dallo scarso rilievo della questione nella prassi applicativa, C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 583.

³³ Deponeva a favore della soluzione intermedia l'art. 47 (*Ravvedimento del concorrente*) del c.d. progetto Grosso: «La punibilità è esclusa per il concorrente che volontariamente desiste, neutralizzando del tutto gli effetti della propria condotta, ovvero impedisce la consumazione del reato 2. La punibilità è altresì esclusa per il concorrente che abbia posto in essere un volontario e idoneo ravvedimento, quando il reato non viene a consumazione per altra causa.3. Resta salva la punibilità degli atti compiuti che costituiscono un diverso reato. 4. Qualora il concorrente si adoperi volontariamente, e in modo idoneo, per impedire la consumazione del reato, ma questo sia nondimeno consumato, la pena è diminuita». *I lavori della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 100 ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 669. Sostanzialmente uniforme era la formulazione proposta dal c.d. progetto Pisapia, il quale all'art. 21 lett. m) (*Concorso di persone*) prevedeva come: «la punibilità sia esclusa per il concorrente che, volontariamente, neutralizzi gli effetti della propria condotta ovvero impedisca la consumazione del reato ovvero ponga in essere atti idonei a impedire la consumazione, quando questa non si verifichi per altra causa». *Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione*, in www.giustizia.it, § XVIII. Il c.d. progetto Nordio, invece, all'art. 46 (*Desistenza e recesso del concorrente*) estendeva le cause di non punibilità della desistenza e del recesso previste all'art. 42 a favore del concorrente che: «desistendo o recedendo impedisce volontariamente la consumazione del reato ovvero si adopera volontariamente e con atti idonea ad impedirla». *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 240 ss., con commento di A. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della Commissione Nordio*, *ibidem*, pp. 4 ss.

³⁴ In questi termini, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 339, secondo cui la desistenza volontaria del partecipe esige che questi, nel neutralizzare la propria condotta, interferisca comunque sull'altrui attività delittuosa, determinandone l'interruzione. Laddove, invece, il concorrente si limiti a neutralizzare la propria condotta senza, tuttavia, incidere sul decorso casuale così da sventare la consumazione del delitto da parte degli altri complici, la sua impunità discenderebbe non tanto dall'art. 56, comma 3, c.p., ma dai principi generali in materia di concorso ex art. 110 c.p. Nello stesso senso M. MADDALENA, voce *Ravvedimento operoso*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, vol. XXXVIII, § 4, secondo il quale l'art. 56, terzo comma, c.p. può entrare in gioco solo quando si è in presenza di un delitto tentato e mai di un delitto consumato, sicché risulta improprio parlare di desistenza volontaria del concorrente. Secondo l'Autore, la questione deve essere inquadrata sotto il profilo causale, per cui se il concorrente pone in essere una condotta antitetica tale da rendere influente il suo contributo alla realizzazione del reato, la sua impunità non dipende dall'applicazione dell'art. 56, terzo comma, c.p., ma dal fatto che in concreto manca un contributo causale alla commissione del delitto.

³⁵ *Contra* D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa: desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, cit., p. 233. Secondo l'Autrice, da tale orientamento nascerebbe «l'ossimoro di una normativa *contra legem* partorita, con il nome di recesso del concorrente, dall'assemblamento dei silenzi di un legislatore che avrebbe taciuto la disciplina tanto sulla desistenza dalla consumazione delittuosa quanto quella sul ravvedimento in ambito concorsuale». Per la distinta operatività dei principi che regolano la fattispecie concorsuale e la desistenza volontaria si rinvia a G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 67.

³⁶ Per una completa disamina degli orientamenti giurisprudenziali si rinvia a G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., pp. 53 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 331 ss.; D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa: desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, cit., pp. 179 ss.

³⁷ Cass., sez. I pen., 23 giugno 1948, Semprini, in *Riv. pen.*, 1948, p. 1116, la cui massima recita che «il concorrente nel reato può invocare l'esimente della desistenza volontaria di cui al terzo comma dell'art. 56 qualora rinunci volontariamente alla continuazione degli atti esecutivi, non occorrendo che egli impedisca altresì l'ulteriore attività dei correi in modo da frustrarne il disegno criminoso». Cass., sez., II pen., 17 luglio 1950, De Marchi, in *Rep. Foro. it.*, vol. LXXIII, 1950, voce *Complici e correati*, n. 16, secondo cui «è erroneo il principio in base al quale la desistenza volontaria produce effetto esimente a favore della persona a cui si riferisce a patto che abbia determinato l'interruzione dell'attività delittuosa anche da parte degli altri concorrenti nel reato».

³⁸ Cass., sez. III pen., 8 novembre, 1976, Vocca, in *Cass. pen. ann.*, 1978, p. 982; Cass., sez. II pen., 21 dicembre 1977, Trotta, in *Giust. pen.*, 1978, p. 509; Cass., sez. I pen., 29 dicembre 1978, Tanganelli, in *Cass. pen.*, 1980, p. 1025 ss.; Cass., sez. III pen.,

7 luglio 1980, Damiani, in *Giust. pen.*, 1981, p. 484; Cass., sez. I pen., 4 giugno 1981, Sarti, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1748; Cass., sez. I pen., 17 marzo 1983, Riva, in *Cass. pen.*, 1985, p. 325 ss.

³⁹ Cass., sez. I pen., 11 marzo 1991, n. 7513, Cantone, in *Foro.it*. Nei motivi della decisione, si legge come «la desistenza postula, infatti, che l'agente abbandoni l'azione criminosa, prima che questa sia portata a compimento (...) Tale criterio indubbiamente valido, ed in una certa misura esaustivo nell'ipotesi di esecuzione monosoggettiva del delitto, non vale allorché l'imputato, che abbandona l'azione criminosa, concorra con altri alla commissione del delitto; poiché nell'esecuzione plurisoggettiva il compartecipe affida ad altri il dominio finalistico dell'azione, egli, per il principio monistico del concorso, risponde del delitto portato a compimento dai compartecipi, in esecuzione del programma concordato. Il semplice abbandono o l'interruzione dell'azione criminosa, in tal caso, non basta perché si abbia desistenza; occorre un *quid pluris*».

⁴⁰ Cass., sez. I pen., 22 novembre 1963, Sirio, cit., dove si legge come «l'art. 56, terzo comma, c.p. esige che la volontà di desistere dall'azione si traduca e si concreti nella effettiva interruzione di atti criminali, sicché l'evento non abbia a verificarsi per la stessa incompletezza dell'azione, ora se la desistenza è indubbiamente operativa per sé stessa quando si inserisce in un reato con un unico autore, per essere efficace in sede concorsuale non deve limitarsi al singolo concorrente, ma deve riflettersi concretamente sull'attività di tutti, ostacolando l'iter criminoso».

⁴¹ Cass., sez. III pen., 7 luglio 1980, Damiani, cit.; Cass., sez. III pen., 8 novembre 1976, Vocca, cit., secondo cui «nel caso di concorso di persone nel reato l'azione criminosa deve essere considerata unica e imprescindibile rispetto a tutti i componenti e, pertanto, la desistenza volontaria di uno dei compartecipi non trova rilevanza qualora non sia riuscita ad impedire l'azione degli altri concorrenti»; Nello stesso senso, Cass., sez. I pen., 22 novembre 1963, Sirio, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1964, p. 943 ss.; Cass., sez. I pen., 6 febbraio 1963, Agazzi, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1963, p. 861; Cass., sez. I pen., 29 dicembre 1978, Tanganelli, cit.; Cass., sez. II pen., 21 dicembre 1977, Trotta, cit., la cui massima recita come «una volta ritenuta la sussistenza del concorso dell'imputato in un reato eseguito materialmente da altri correi, la desistenza volontaria non è configurabile nei riguardi di uno solo dei compartecipi, quando la singola desistenza non abbia impedito l'evento».

⁴² Cass., sez. II pen., 16 dicembre 1969, Lunetta, in *Giust. pen.*, 1971, p. 308 ss. Il collegio, nel giudicare un'ipotesi di concorso in delitto di furto pluriaggravato, afferma come «la desistenza volontaria deve risultare da una condotta chiara dell'agente, la quale denoti in modo certo la volontà di cessare l'attività criminosa; nel reato plurisoggettivo poiché l'azione è unica e inscindibile rispetto a tutti i compartecipi, la desistenza di uno dei correi non ha rilevanza se non sia riuscita ad impedire l'evento o quanto meno le conseguenze degli atti in precedenza compiuti, cosicché gli stessi risultino del tutto irrilevanti rispetto all'evento conseguito da altri». Nel caso di specie, il concorrente che invocava il riconoscimento della desistenza, non solo aveva messo a disposizione degli altri imputati l'automobile perché con essa si recassero nel luogo convenuto per commettere furto e per trasportare la refurtiva in un luogo sicuro, ma partecipò anche all'occultamento delle cose rubate.

⁴³ Le sentenze richiamate sono rispettivamente Cass., sez. II pen., 14 dicembre 1966, Bova, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 837 ss.; Cass., sez. V pen., 18 dicembre 1968, Landi, in *Giust. pen.*, 1969, vol. II, p. 1103. In particolare, entrambe le pronunce riguardavano il caso paradigmatico di un concorrente che, dopo aver prestato il proprio contributo all'impresa criminosa, decideva di dissociarsi assumendo un contengo positivo, senza però impedire la consumazione del delitto da parte degli altri correi.

⁴⁴ Cass. pen., sez. II pen., 14 dicembre 1966, Bova, cit., sentenza salutata con favore da parte della dottrina. Così L. VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto di desistenza del concorrente*, cit., pp. 837 ss.

⁴⁵ In punto di fatto, la sentenza aveva ad oggetto un reato di furto di un'autovettura, ideato per commettere una rapina, realizzato da più concorrenti, uno dei quali, dopo aver prestato la sua adesione al piano, si era poi dissociato dall'impresa criminosa tramite la delazione alla polizia. Il giudice di appello aveva escluso la desistenza volontaria per il concorrente, posto che il furto dell'autovettura doveva ritenersi consumato dagli altri concorrenti con il pieno accordo del recedente, a nulla rilevando che la sua delazione alla polizia fosse poi servita a sventare la successiva rapina. La Corte di cassazione, nell'annullare la sentenza, demandava al giudice di rinvio il compito di determinare se, tenuto conto del momento in cui si sono verificati la delazione alla polizia e il furto dell'autovettura, «fosse configurabile per il concorrente-imputato la desistenza volontaria con efficacia discriminatrice anche in relazione al furto consumato, considerato come egli abbia, non solo manifestato un effettivo e serio proposito di recedere, ma anche posto in essere atti diretti ad impedire la realizzazione del progetto delittuoso».

⁴⁶ Cass. sez. V pen., 18 dicembre 1968, Landi, cit. Il caso riguardava un delitto di alterazione di monete programmato da più concorrenti, uno dei quali, dopo aver fornito l'esemplare della moneta da coniare (una banconota da un dollaro statunitense da convertire in una dal valore di cento dollari) aveva deciso di ritirarsi recuperando la banconota fornita e distruggendo il materiale illecito prodotto fino a quel momento. I complici, tuttavia, avevano proseguito nel reato, utilizzando lo stesso laboratorio e la medesima tecnica già sperimentata nella fase precedente.

⁴⁷ Cass., sez. V pen., 18 dicembre 1968, Landi, cit.

⁴⁸ Si veda, tra le altre, Cass., sez. II pen., 16 ottobre 1997, n. 1296, in *Dejure*; Cass., sez. VI pen., 20 maggio 2008, n. 27323, in *Dejure*; Cass., sez. I pen., 11 gennaio 2014, n. 9284, in *Dejure*; Cass., sez. II pen., 24 aprile 2019, n. 22503, in *Dejure*.

- ⁴⁹ Cass., sez. I pen., 11 marzo 1991, n. 7513, cit.; Nello stesso senso vd Cass., sez. VI pen., 7 aprile 1999 n. 6619, in *Foro.it*.
- ⁵⁰ Sul punto per cui non sempre sarebbe possibile per il concorrente elidere gli effetti della propria condotta vd. Cass., sez. II pen., 22 gennaio 1986, n. 3654, in *Dejure*.
- ⁵¹ Cass., sez. VI pen., 1 febbraio 2022, n. 3668, in *Italggiure*; Cass., sez. I pen., 1 gennaio 2022, n. 193, in *Italggiure*; Cass., sez. V pen., 10 marzo 2021, n. 9569, in *Italggiure*; Cass., sez. V pen., 10 giugno 2021, n. 23066, in *Italggiure*; Cass., sez. I pen., 13 ottobre 2021, n. 37320, in *Italggiure*; Cass., sez. I pen., 29 novembre 2021, n. 44138, in *Italggiure*; Cass., sez. II pen., 23 dicembre 2021, n. 47099, in *Italggiure*; Cass., sez. II pen., 2 marzo 2020, n. 8501, in *Italggiure*; Cass., sez. II pen., 12 febbraio 2020, n. 5486, in *Italggiure*; Cass., sez. VI pen., 10 gennaio 2020, n. 600, in *Italggiure*; Cass., sez. VI pen., 23 luglio 2019, n. 33171, in *Italggiure*; Cass., sez. II pen., 1 agosto 2019, n. 35412, in *Italggiure*; Cass., sez. II pen., 29 ottobre 2019, n. 43926, in *Italggiure*; Cass., sez. VI pen., 5 novembre 2019, n. 44879; Cass., sez. I pen., 22 novembre 2019, n. 47639, in *Italggiure*; Cass., sez. I pen., 28 novembre 2019, n. 48473; Cass., sez. II pen., 4 gennaio 2018, n. 110, in *Italggiure*; Cass., sez. I pen., 16 novembre 2018, n. 51901, in *Italggiure*; Cass., sez. I pen., 7 dicembre 2018, n. 54857, in *Italggiure*; Cass., sez. II pen., 23 maggio 2017, n. 25745, in *Italggiure*; Cass., sez. I pen., 24 novembre 2017, n. 53393, in *Italggiure*.
- ⁵² Cass., sez. I pen., 7 dicembre 2018, n. 54857, cit., p. 12-13. Il fatto oggetto del ricorso riguardava un concorso in omicidio consumato, dove uno dei concorrenti aveva invocato la desistenza volontaria per non aver partecipato materialmente all'esecuzione del delitto, pur avendo questi fornito l'arma impiegata per commettere l'omicidio ed essersi attivato per reperire uno dei complici. La Corte, nel rigettare il ricorso, evidenzia come i fatti dedotti dal ricorrente «non rappresentano però interventi per eliminare gli effetti del contributo concorsuale già ampiamente attuati, con riguardo in particolare al reperimento di (...) quale altro compartecipe e all'acquisizione dell'arma poi adoperata. Con riferimento a tali apporti, invero, le esposte letture difensive (...) non rappresentano altro che un atteggiamento da parte di costui meramente inerte, non cogliendosi in tal modo iniziative dissuasive di qualsiasi genere neppure di natura soltanto verbale». Nello stesso senso, con riferimento ad un concorso in tentata estorsione, Cass., sez. I pen., 16 novembre 2018, 51901, pp. 7-8; Con riferimento, invece, ad un concorso in tentata rapina dove il concorrente si è limitato ad allegare la mancata partecipazione alle fasi finali del reato, dopo aver prestato un contributo morale e materiale all'organizzazione delittuosa, Cass., sez. II pen., 12 febbraio 2020, n. 5486, cit., p. 9.
- ⁵³ Cass., sez. I pen., 1° gennaio 2022, n. 193, cit., pp. 4-5; Cass., sez. I pen., 29 novembre 2021, n. 44138, cit., p. 6. In entrambe le pronunce, aventi ad oggetto il medesimo fatto storico, i giudici di legittimità rigettano i ricorsi proposti dai ricorrenti, accusati di concorso in tentato omicidio, per essersi limitati ad allegare il mero allontanamento dal luogo dell'agguato. Nello stesso senso, Cass., sez. I pen., 28 novembre 2019, n. 48473, cit., p. 4, dove si legge come «il ricorso, in proposito, neppure deduce che il ricorrente abbia posto in essere qualsivoglia azione idonea alla eliminazione delle conseguenze dell'azione posta in essere dal gruppo e, in particolare, che abbia posto nel nulla il contributo dal medesimo fornito ai compartecipi il cui intento criminoso è stato ritenuto rafforzato proprio dalla condotta dell'indagato».
- ⁵⁴ La casistica giurisprudenziale ha interessato specialmente ipotesi di concorso in tentata estorsione dove, da un lato, il concorrente invocava la desistenza per aver interrotto la sua partecipazione al delitto dopo aver comunque contribuito a formulare le prime richieste estorsive nei confronti della persona offesa, quindi a tentativo compiuto, dall'altro, la mancata consumazione del delitto dipendeva dallo stesso rifiuto opposto dalla persona offesa di dare seguito alle minacce, precludendo a monte la possibilità di qualificare la pretesa desistenza come volontaria. Così Cass., sez. II pen., 23 dicembre 2021, n. 47099, cit., p. 26; Cass., sez. II pen., 2 marzo 2020, n. 8501, cit., pp. 6-7.
- ⁵⁵ Così Cass., sez. V pen., 10 giugno 2021, n. 23066, cit., pp. 3-4; Cass., sez. II pen., 2 marzo 2020, n. 8501, cit., pp. 5-6.
- ⁵⁶ Si è visto, infatti, come parte della dottrina ritenga improprio il ricorso all'art. 56, comma 3, c.p. per escludere la responsabilità penale del concorrente che abbia eliminato l'efficacia causale del suo precedente contributo, tale da renderlo del tutto influente sulla realizzazione collettiva del delitto programmato, posto che la questione si risolverebbe a monte applicando il solo art. 110 c.p. Per tutti M. MADDALENA, voce *Ravvedimento operoso*, cit. § 4.
- ⁵⁷ Così, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 333, secondo l'Autrice si rende necessario, non solo, distinguere la desistenza volontaria vera e propria dalla dissociazione postuma del concorrente al fatto collettivo, ma anche quando la condotta integri gli estremi della desistenza, meritando l'impunità, oppure gli estremi del recesso attivo con conseguente diminuzione della pena; A. MARTINI, *Desistenza del concorrente e responsabilità per il reato diverso da quello voluto*, cit., p. 332, secondo cui l'istituto della desistenza volontaria presuppone, anche in sede di esecuzione plurisoggettiva, la mancata consumazione del reato concorsuale; Cfr. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa: desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, cit., p. 178; *Contra* G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., pp. 67 ss., il quale accoglie con favore l'unificazione giurisprudenziale dei due istituti posto che, stante la finalità preventiva alla base dell'art. 56, comma 3 e 4, c.p.
- ⁵⁸ Per una attenta disamina delle teorie che si sono susseguite sulla natura giuridica della desistenza volontaria si rinvia a D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., pp. 7 ss.
- ⁵⁹ R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., p. 175; G. FORNASARI, *Per un diverso inquadramento dogmatico delle ipotesi di desistenza volontaria in un nuovo codice penale*, cit., p. 1373 il quale propone di qualificare la disciplina della desistenza volontaria come «un limite normativo alla rilevanza giuridica della tipicità del tentativo, nel senso che il desistente, nella

fase cronologica successiva alla sua condotta complessa, realizza una causa di eliminazione degli effetti giuridici caratterizzanti la prima fase cronologica».

⁶⁰ Così M. ROMANO, *Art. 56 c.p.*, cit., p. 612; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 876 s.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 474.

⁶¹ Così M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 304 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 624, secondo cui le cause di non punibilità sopravvenute possono essere considerate cause speciali di estinzione del reato, tra cui la desistenza volontaria; V. SERIANNI, *La desistenza volontaria e il recesso attivo*, cit., pp. 162 ss.; L. VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto di desistenza del concorrente*, cit., p. 843; G. FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, cit., p. 47; M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, cit., p. 374.

⁶² Così A. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., p. 93 ss. Con riferimento all'art. 56 c.p., Secondo l'Autore «poiché l'azione si ha solo quando l'autore non ha più il controllo del divenire casuale, quando cioè, le forze di impulso, già istradate verso l'attuazione di un fine predeterminato, vengano nuovamente affidate alle leggi dello sviluppo naturale, per l'esistenza del tentativo non basta la commissione di un atto di esecuzione, sia pure con l'intenzione di cagionare l'evento delittuoso preso di mira, non è sufficiente, cioè, che l'autore abbia avuto una cattiva intenzione e che questa intenzione abbia manifestato in atti esterni, diretti teleologicamente alla realizzazione criminosa progettata, perché, se così fosse, nel tentativo non si risponderebbe ancora di una azione, ma solo di una intenzione. Perché la cattiva azione del soggetto diventi azione di tentativo occorre che il fatto esterno, in cui essa si realizza, si stacchi dalla possibilità di controllo del suo stesso autore, si trasformi, cioè, in un fatto dell'esperienza giuridica, in una realtà oggettiva che neppure l'individuo che l'ha posta in essere può annullare ed a cui, resta, anzi, definitivamente legato. Ma questo passaggio dall'intenzione all'azione, dal campo della pura interiorità a quello del mondo oggettivo, non si compie con il solo fatto che l'intenzione si manifesti in un movimento fisico, diretto dalla volontà al conseguimento di un determinato scopo, ma occorre, altresì che il soggetto non abbia più l'immediata disponibilità del suo stesso comportamento».

⁶³ In questo senso A. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., pp. 82 ss. Secondo l'Autore, infatti, la desistenza volontaria costituisce una tipica manifestazione del dominio finalistico sull'accadimento esercitato dal soggetto, posto che, prima che questi desista, non sarebbe configurabile alcunché di tipico per il perdurante controllo esercitato sulla propria condotta. Sotto il profilo psicologico, oltretutto, la desistenza volontaria sottende una volontà dal contenuto antitetico rispetto a quella che dovrebbe coprire l'ultimo atto perché possa considerarsi doloso.

⁶⁴ R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., p. 152, il quale individua nella comunicabilità della desistenza dell'autore agli altri partecipi uno degli indici più sintomatici dell'accoglimento della teoria dell'accessorietà: «quando vi è desistenza dell'autore non sussiste il reato che è presupposto essenziale di ogni forma di compartecipazione criminosa e, per il principio di accessorietà, anche le azioni intrinsecamente atipiche commesse dagli altri restano penalmente irrilevanti, salva, beninteso, la possibilità di applicare una misura di sicurezza ai sensi dell'art. 115 c.p.».

⁶⁵ R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., pp. 152 ss. «Nel valutare la desistenza dei concorrenti diversi dall'autore principale, deve aversi riguardo alla singola condotta di partecipazione, presa per sé stessa e non in rapporto al fatto collettivo. Per stabilire il margine di applicazione della desistenza volontaria nei confronti del concorrente atipico, non bisogna tener conto né dell'interruzione dell'azione degli altri concorrenti, né dell'impedimento dell'evento finale, ma unicamente dell'abbandono dell'originario proposito di cooperazione criminosa prima che sia portata a compimento l'opera individuale di correatità, istigazione o agevolazione».

⁶⁶ Le principali critiche avanzate alla teoria di Latagliata possono essere così riassunte: in primo luogo, se la desistenza volontaria fosse un limite negativo della tipicità del tentativo, tale da escludere il dolo del delitto tentato, l'art. 56, comma 3, c.p. sarebbe una norma *ad abundantiam* del tutto inutile, posto che l'impunità per il soggetto che desiste opererebbe in ogni caso in applicazione dei principi generali; in secondo luogo, la teoria finalistica dell'azione non risulta coerente con la scelta operata dal legislatore di considerare comunque punibile, sia pure con una pena attenuata, il colpevole che abbia volontariamente impedito l'evento ex art. 56, comma 4, c.p. posto che il recesso attivo, al pari della desistenza volontaria, costituisce una tipica manifestazione del dominio esercitato dal soggetto sulla propria condotta, quindi, volendo seguire i presupposti della teoria in commento, il legislatore avrebbe dovuto *a fortiori* accordare l'impunità anche in questa ipotesi; in terzo luogo, sul piano della fattispecie concorsuale, le conclusioni raggiunte in merito alla estensione della desistenza agli altri concorrenti non dipendono tanto dalla qualificazione in termini di elemento negativo del tentativo, quanto piuttosto dalla concezione monistica del concorso di persone accolta, posto che, se si muovesse dall'opposta concezione pluralista, si dovrebbe ritenere che la desistenza dell'esecutore materiale faccia venir meno solo la tipicità della fattispecie plurisoggettiva a lui imputabile, lasciando intatta la tipicità delle fattispecie riferibili agli altri concorrenti. Si rinvia a G. FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, pp. 42 ss.; L. VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto di desistenza del concorrente*, cit., pp. 838 ss.; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pp. 36 ss.; P. ZAGNONI, «Desistenza volontaria» e riparazione del danno non patrimoniale, cit., pp. 1299 ss. V. SERIANNI, *La desistenza volontaria e il recesso attivo*, cit., pp. 125 ss.

⁶⁷ M. ROMANO, *Art. 56 c.p.*, cit., p. 612; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 474; G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. VI, 1960, pp. 629 ss.; C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P.

PISA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 540; Sulla prevalenza delle ragioni di opportunità politica rispetto alle esigenze retributive si vd. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 456.

⁶⁸ La mancanza di reazione da parte dell'ordinamento si spiega alla stregua di interessi esterni alla meritevolezza della pena, che non hanno nulla a che vedere con il disvalore oggettivo del fatto né con la situazione esistenziale psicologica del soggetto agente. Sul punto vd. M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 68

⁶⁹ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p.470.

⁷⁰ In questo senso D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., p. 30; Cfr. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 456. Secondo l'Autore, la natura soggettiva della desistenza volontaria è resa evidente dal fatto che rimane ferma la responsabilità penale per gli atti compiuti se costitutivi di un diverso illecito penale, delitto o contravvenzione.

⁷¹ M. ROMANO, *Art. 119*, vol. II, cit., p. 282; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 544. *Contra* M. GALLO, *Qualcosa sulle circostanze personali di esclusione della pena*, in *Archivio Penale Web*, 2019, n. 1, pp. 4 ss., secondo cui le circostanze soggettive di esclusione della pena sono «le circostanze che fanno venir meno l'illiceità penale, ma lasciano sussistere la possibilità di contrasto con regole appartenenti a settori dell'ordinamento diversi da quello penale».

⁷² G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., p. 630: Nello stesso senso, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit. p. 67.

⁷³ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 305; M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, cit., p. 374 secondo il quale la desistenza volontaria rientra tra i fatti estintivi della responsabilità penale in astratto e in senso stretto.

⁷⁴ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 90 ss.; V. SERIANNI, *La desistenza volontaria e il recesso attivo*, cit., p. 166.

⁷⁵ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 90 ss. Secondo l'Autore, infatti, «la disciplina delle cause di estinzione del reato risulta applicabile in ogni suo momento alla desistenza volontaria, sicché quando la regolamentazione degli effetti di un certo fatto giuridico risulta pienamente adeguata a quella espressamente dettata per una classe di eventi giuridicamente rilevanti, la conclusione obbligata che ne segue è quella di considerare il fatto giuridico innominato ricompreso nella stessa categoria dei fatti dotati di espressa qualifica». Cfr. P. ZAGNONI, «*Desistenza volontaria*» e *riparazione del danno non patrimoniale*, cit., p.1312.

⁷⁶ Si pensi, ad esempio, al delitto di bigamia ex art. 556 c.p. dove al terzo comma è previsto che «se il matrimonio, contratto precedentemente dal bigamo, è dichiarato nullo, ovvero è annullato il secondo matrimonio per causa diversa dalla bigamia, il reato è estinto, anche rispetto a coloro che sono concorsi nel reato, e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali».

⁷⁷ In questo senso F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, p. 456.

⁷⁸ Cass., sez. I pen., 23 giugno 1948, Semprini, cit.; Cass., sez. II pen., 17 luglio 1950, De Marchi, cit.

⁷⁹ Cass., sez. V pen., 9 febbraio 1983, Cecilia, in *Foro.it*, dove si legge come «le ragioni che hanno indotto il legislatore a rinunciare, con la previsione della causa di non punibilità della desistenza volontaria, alla sanzione di una condotta criminosa già realizzata, risiedono non solo e non tanto nel risultato, socialmente apprezzabile, di evitare la consumazione di un delitto, quanto nella minore attitudine criminale dimostrata dal desistente, il cui atto volontario è perciò assunto come sintomatico di un'attenuata capacità a delinquere». Nello stesso senso, Cass., sez. V pen., 10 febbraio 1983, Fizzarotti, in *Foro.it*.

⁸⁰ Cass, sez. I pen., 8 aprile 1997, Sannino, in *Foro.it*.

⁸¹ Qualifica formalmente la desistenza volontaria come attenuante speciale Cass., sez. II pen., 7 aprile 2020, n. 11602, in *Italggiure*, § 6.3.; come causa estintiva del reato Cass., sez. II pen, 13 novembre 2013, n. 48128, in *Dejure*, § 10.

⁸² In questi termini vd. Cass., sez. V pen., 13 settembre 2021, n. 33835, in *Italggiure*, § 7.1, secondo cui «la desistenza volontaria - disciplinata dall'art. 56, comma terzo, cod. pen. - è una esimente di carattere speciale che trova fondamento nella considerazione utilitaristica 'di politica criminale secondo cui è opportuno mandare impunito il colpevole di un reato tentato per incentivare l'abbandono di iniziative criminose, ovvero, nell'ambito della prevenzione speciale, nella considerazione che l'agente, il quale volontariamente desiste, dimostra di possedere una ridotta volontà criminale». Nello stesso senso Cass., sez. VI pen., 22 aprile 2020, n. 12683, in *Italggiure*; Cass., sez. V pen., 1° marzo 2018, n. 33100 in *Dejure*.

⁸³ Così Cass., sez. VI pen., 17 maggio 2017, n. 24548, in *Italggiure*, § 3; Cass., sez. II pen., 29 settembre 2009, n. 41484, in *Dejure*; Cass., sez. I pen., 26 febbraio 2009, n. 11865, in *Dejure*; Cass. sez. VI pen., 24 settembre 2008, n.42688, in *Dejure*; Cass., sez. IV pen., 18 luglio 2006, n. 24711, in *Dejure*; Cass., sez. VI pen., 15 dicembre 1999, n. 14188, Bakhshkon, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 850 ss.

⁸⁴ Sulla natura oggettiva delle scriminanti si rinvia a M. ROMANO, *Art. 119*, cit., pp. 283- 284.

⁸⁵ Così A. MASSARO, *Art. 56 c.p.*, cit., p. 756, secondo l'Autrice «se, infatti, secondo l'opinione che in giurisprudenza parrebbe attualmente prevalente, la desistenza deve essere qualificata come vera e propria causa di giustificazione e se si ritiene che le scriminanti ex art. 119, comma 2, abbiano effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato, sarebbe difficilmente giustificabile una diversa individuazione degli elementi della desistenza ai fini della comunicabilità o meno ai concorrenti».

⁸⁶ Cass., sez. V pen., 13 settembre 2021, n. 33835, cit., § 7. Nella motivazione in diritto, la Corte passa in rassegna gli orientamenti giurisprudenziali sulla desistenza del concorrente, evidenziando come il tema sia stato esaminato sotto due

distinti profili: «da un lato, ci si è interrogati sulle caratteristiche che la desistenza deve rivestire per giovare al partecipe che intenda interrompere l'azione criminosa; dall'altro, si è analizzato il tema delle modalità che devono accompagnare la desistenza affinché questa spieghi i suoi effetti anche con riguardo alla posizione degli altri agenti».

⁸⁷ Cass., sez. V pen., 13 settembre 2021, n. 33835, cit., § 7; Nello stesso senso Cass., sez. V pen., 1° marzo 2018, n. 33100, cit., § 1.8.

⁸⁸ La distinzione in parola è stata tracciata per la prima volta da Cass., sez. VI pen., 15 dicembre 1999, n. 14188, cit. In particolare, il fatto oggetto della pronuncia riguardava un concorso in tentata estorsione dove l'esecutore materiale, incaricato dall'altro concorrente di estorcere il denaro alla vittima, era stato assolto nei due gradi di merito per aver desistito dall'azione ex art. 56, comma 3, c.p. mentre il mandante del delitto era stato condannato per tentata estorsione. Nel rigettare il ricorso con cui il concorrente lamentava la mancata estensione della desistenza a suo favore, la Corte osserva come «la struttura dell'organizzazione criminosa era tale da consentire la desistenza del compartecipe materiale senza che la stessa andasse ad incidere negativamente sulla configurabilità del reato nei confronti degli altri concorrenti». Per una critica alla pronuncia si vd. D. FALCINELLI, *Una duplice connotazione della desistenza volontaria nel reato concorsuale*, cit., pp. 860 ss.

⁸⁹ Cass., sez. V pen., 13 settembre 2021, n. 33835, cit., § 7.4; Cass., sez. V pen., 1° marzo 2018, n. 33100, cit., § 1.10; Cass., pen. sez. II, 13 novembre 2013, n. 48128, cit., § 10.

⁹⁰ Cass., sez. V pen., 13 settembre 2021, n. 33835, cit., § 7.4; Cass., sez. II pen., 7 aprile 2020, n. 11602, cit., § 6.3; Cass., sez. VI pen., 22 aprile 2020, n. 12683, cit. §2.1; Cass., sez. V pen., 1° marzo 2018, n. 33100, cit., § 1.10; Cass., pen. sez. II, 13 novembre 11 2013, n. 48128, cit., § 10; Cass., sez. VI pen., 17 maggio 2017, n. 24548, cit., § 3

⁹¹ Cass., sez. V pen., 13 settembre 2021, n. 33835, cit., 7.4. dove si legge come «d'altra parte, è evidente che l'esistenza di un tentativo punibile nella azione dei compartecipi dovrà essere accertata in coerenza con i criteri generali». In senso difforme, Cass., sez. I pen., 5 luglio 2013, n. 35778, in *Dejure*. La Corte, nel disattendere la ricostruzione dei giudici di merito, i quali avevano ritenuto responsabile di concorso in tentato omicidio il mandante di tale delitto e assolto l'esecutore materiale per aver volontariamente desistito dall'azione criminosa istigata, ribadisce come «in caso di concorso di persone nel reato, l'interruzione dell'azione criminosa da parte di uno dei compartecipi può integrare gli estremi della desistenza anche nei confronti degli altri concorrenti quando, come nel caso in esame, il suo comportamento sia stato idoneo ad impedire la realizzazione del reato nella sua oggettività. E' da ritenere cioè che, nella specie, il rifiuto dell'esecutore materiale C. di commettere l'omicidio del D. ha impedito la realizzazione di qualsivoglia fattispecie criminosa, il che non può non riverberarsi anche a favore del mandante, trattandosi non di due azioni parallele, ma di azioni concatenate e susseguenti, legate fra di loro da un vincolo di causa ed effetto, l'una precedente e l'altra successiva, sì che l'azione del mandante va considerata in stretta connessione con la successiva azione esecutiva materiale, con la conseguenza che, mancando quest'ultima, a carico del mandante sul piano penale non può che residuare l'ipotesi prevista dall'art. 115, terzo comma, c.p., ritenendosi che, sebbene l'istigazione posta in essere dal B. sia stata accolta dal C., il reato di omicidio a quest'ultimo commissionato non sia stato tuttavia mai commesso».

⁹² La soluzione prospettata dalla giurisprudenza solleva alcune perplessità, la prima di metodo, posto che la natura giuridica della desistenza volontaria passa in secondo piano al momento di stabilire se l'esimente sia o meno comunicabile agli altri concorrenti, giungendo così ad una conclusione priva di un esplicito fondamento codicistico; la seconda, di coerenza interna, posto che la predicata natura soggettiva dell'esimente *de qua* mal si concilia con una estensione indiscriminata a favore dei concorrenti che nulla hanno fatto per impedire la prosecuzione dell'attività criminosa. Sembra, quindi più convincente la soluzione prospettata dalla dottrina maggioritaria che concilia l'indiscussa natura soggettiva dell'istituto con la concezione unitaria del reato concorsuale, senza differenziare la risposta a seconda del ruolo svolto dai singoli concorrenti.

⁹³ L'art. 210, comma 1, c.p. prevede infatti che «l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione». Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 309; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 624. *Contra* S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 112, secondo il quale non sarebbe ragionevole escludere l'applicazione delle misure di sicurezza, tenuto conto che, da un lato, la desistenza volontaria non sarebbe indicativa di alcuna presunzione legislativa di non pericolosità del soggetto; dall'altro, il pericolo di recidiva non sarebbe automaticamente escluso dalla desistenza, ma anzi risulterebbe confermato laddove il colpevole si sia limitato a rinviare il proposito criminoso. In questo caso «il pericolo di una ricaduta diverrebbe particolarmente fondato e ogni presunzione di non pericolosità definitivamente del tutto irrazionale». Sulla irrazionalità dell'art. 210 c.p. nelle ipotesi in cui la sentenza contiene l'accertamento del fatto e della responsabilità penale del soggetto, poi dichiarata estinta, vd. P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1976, vol. XXVI, in *Dejure*, § 37.

⁹⁴ Ai sensi dell'art. 202 c.p. le misure di sicurezza poggiano su un duplice ordine di presupposti: la commissione di un fatto di reato (o quasi reato nei casi previsti dagli artt. 49 e 115 c.p.) e la pericolosità sociale del soggetto. In presenza di una scriminante, come la desistenza volontaria, non si avrebbe il primo dei presupposti richiesti, ossia la commissione di un fatto di reato, mancando a tal fine l'elemento oggettivo, secondo la concezione bipartita, oppure l'antigiuridicità del fatto, secondo la teoria tripartita. Sul punto S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pp. 112-113.

⁹⁵ Rimane ferma ex art. 236 c.p. l'applicabilità della confisca.

⁹⁶ In questo senso M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 309 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 624; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 311.

⁹⁷ G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., p. 626; M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Art. 203*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2011, p. 472; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 839. Secondo gli Autori, l'art. 203 c.p. include tra i soggetti socialmente pericolosi coloro i quali hanno commesso un fatto di reato anche se non punibili: «ai fini di questa norma, sono tali, come ha sottolineato anche la Corte di Cassazione (...) gli autori di "quasi reati", e non già coloro che abbiano commesso un fatto antiggiuridico e colpevole in presenza di una causa di non punibilità (come, ad es., l'autore di un delitto tentato che abbia volontariamente desistito dal portare a compimento l'attività delittuosa), ai quali non è applicabile alcuna misura di sicurezza». Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 876 secondo il quale le cause sopravvenute di non punibilità non precludono automaticamente l'applicazione delle misure di sicurezza.

⁹⁸ In questi termini M. GALLO, voce *Capacità penale*, in *Nss. dig. it.*, Torino, Utet, 1958, pp. 883 ss., secondo il quale la non punibilità a cui la legge fa riferimento nell'art. 203 c.p. «non potrà dipendere dalla mancanza di un elemento positivo o dalla presenza di un elemento negativo dell'illecito penale, dato che in tal caso mancherebbe uno dei presupposti dell'applicazione della misura di sicurezza, ossia la commissione di un fatto di reato; poiché le due ipotesi di quasi-reato sono oggetto specifico di previsione, se ne deduce che il soggetto non punibile a cui, se pericoloso, sarà applicabile la misura di sicurezza non potrà essere che colui il quale fruisce di una causa personale di esenzione dalla pena».

⁹⁹ Art. 185 c.p. «Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui». Sull'ammissibilità del risarcimento del danno anche non patrimoniale derivante da un fatto di tentativo desistito vd. P. ZAGNONI, «*Desistenza volontaria*» e *riparazione del danno non patrimoniale*, cit., p. 1312 ss., secondo cui «se è vero che la norma (art. 56 c.p.1) è nel senso dell'esclusione della punibilità per il fatto volontariamente desistito, non meno vero è il rilievo che sul piano civilistico non sussiste alcuna ragione - né logica, né tanto meno giuridica - che imponga di non offrire tutela al soggetto passivo che abbia ritratto una conseguenza pregiudizievole, anche se soltanto nella accezione di non patrimonialità della stessa, e mostri la volontà di ottenere quella tutela». Sul rapporto tra art. 185 c.p. e 2043 c.c. vd. M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Art. 185 c.p.*, cit., pp. 347 ss.

¹⁰⁰ Art. 198 c.p. «l'estinzione del reato o della pena non importa la estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato».

¹⁰¹ Secondo l'opinione prevalente, infatti, il «reato» ex art. 185 c.p., fonte dell'obbligazione risarcitoria del danno patrimoniale e non patrimoniale, è da intendere come sinonimo di qualsiasi fatto, previsto come delitto, anche tentato, o contravvenzione, realizzato al completo degli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, ossia un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, anche se in concreto non punibile per la presenza una causa sopravvenuta di non punibilità, quale la desistenza volontaria. In questo senso M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Art. 185 c.p.*, cit., p. 352. Cfr. G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., p. 626; *Contra* A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 831.

¹⁰² Sulla inammissibilità del risarcimento del danno ex art. 185 c.p. in presenza di una causa di giustificazione vd. M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Art. 185 c.p.*, cit., p. 353.

¹⁰³ Cass., sez. I pen., 24 novembre 2017, n. 53393, in *Italggiure*. Il caso oggetto del giudizio riguardava un concorso in rapina aggravata sfociato in un tentativo di omicidio, dove uno dei concorrenti era intervenuto per impedire la colluttazione tra il correo e la persona offesa, portando il complice fuori dal locale dopo che questi aveva sparato plurimi colpi di arma da fuoco in direzione della vittima della rapina. La Corte di cassazione, nel confermare la ricostruzione operata dai giudici di merito che avevano riconosciuto a favore del concorrente l'attenuante del recesso attivo, ha rigettato il ricorso avanzato dal ricorrente, che aveva invocato il riconoscimento della desistenza volontaria per il concorso in omicidio tentato, affermando che «(...) nei reati di danno a forma libera la desistenza può aver luogo solo nella fase del tentativo incompiuto e non è configurabile una volta che siano posti in essere gli atti da cui origina il meccanismo causale capace di produrre l'evento, rispetto ai quali può, al più, operare la diminuente per il recesso attivo (applicata a F.), qualora il soggetto tenga una condotta attiva che valga a scongiurare l'evento (...) Nel caso in esame - come del resto ammette lo stesso ricorrente - il tentativo di omicidio posto in essere materialmente da M. nei confronti della R. era già stato consumato nel momento in cui F. era intervenuto gridandogli di andare via, poiché il complice aveva già sparato i cinque colpi di pistola contro la donna; irrilevante era, quindi, la possibilità per M. di esplodere ulteriori colpi di pistola, ed eventualmente riuscire ad uccidere la donna».

¹⁰⁴ In questi termini Cass., sez. V pen., 16 dicembre 2020, n. 12045, in *Dejure*. La Corte ha escluso la configurabilità del recesso attivo in capo ai concorrenti, responsabili di un concorso in omicidio tentato, per difetto di volontarietà, posto che questi avevano deciso interrompere gli agguati a danno della persona offesa solo dopo aver riscontrato la presenza sul luogo dei famigliari della vittima: «E' pertanto evidente come la decisione, da parte degli autori dell'agguato, di non proseguire nell'azione per il timore, assai fondato, di colpire anche la moglie ed il figlio del V., consumando un'azione ancora più grave di quella programmata (...) non era affatto riconducibile alla libera volontà degli stessi, ma, appunto, era stata determinata dal non preveduto evento».

¹⁰⁵ A. MARTINI, *Desistenza del concorrente e responsabilità per il reato diverso da quello voluto*, cit., p. 329.

¹⁰⁶ In questi termini, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 367, secondo cui l'art. 56, comma 4, c.p. presenta una struttura del tutto compatibile con qualsiasi specie di tentativo compiuto, sia esso monosoggettivo che plurisoggettivo.

¹⁰⁷ Secondo alcuni non sempre il recesso attivo si concreta in una condotta positiva, ben potendo consistere in un comportamento passivo nel caso in cui la verifica dell'evento richiedeva un ulteriore comportamento attivo. Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 498.

¹⁰⁸ L'evento di cui all'art. 56, comma 4, c.p. consiste nell'evento in senso naturalistico, con la conseguenza che il recesso attivo risulta strutturalmente compatibile solo con i reati di evento, sia commissivi che omissivi impropri. Così M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 88; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 608; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 498.

¹⁰⁹ L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 370, secondo cui una eventuale condotta impeditiva, scongiurando la verifica dell'evento lesivo, non elimina integralmente l'esposizione al pericolo del bene protetto, sicché l'intervento attuato dopo l'esaurimento della condotta tipica può, nei reati di evento, neutralizzare solo in parte gli effetti del contributo. Si pensi al caso di Tizio che ordina a Caio di sparare a Sempronio, la vittima designata, la quale viene raggiunta da alcuni colpi di pistola e rimane gravemente ferita. Tizio, pentitosi, accompagna Sempronio in ospedale dove il tempestivo intervento dei sanitari scongiura l'evento. Lo stesso vale nel caso in cui si fosse attivato direttamente l'esecutore materiale, posto che l'art. 56, comma 4, c.p. risulta applicabile nei confronti di tutti i compartecipi. Nello stesso senso, G. FIANDACA E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 555.

¹¹⁰ Per criteri discretivi tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali vd. per tutti M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 33 ss.

¹¹¹ Così, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 91.

¹¹² Propende, invece, per la natura mista, soggettiva ed oggettiva, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 327.

¹¹³ In tal senso vd. M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 612; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 592; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 555.

¹¹⁴ Così, G. LEONE, *Aberratio ictus con evento unico*, Napoli, Jovene, 1964, p. 31, secondo il quale con il termine «rapporti tra colpevole ed offeso» il legislatore intende riferirsi a quelle relazioni, sia di fatto che giuridiche, tra i due soggetti del reato. Cfr. V. SERIANNI, *La desistenza volontaria e il recesso attivo*, cit., pp. 187 ss. *Contra* L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 372 ss., secondo la quale le circostanze inerenti ai rapporti tra colpevole ed offeso fanno riferimento ad una relazione pregressa tra autore e vittima, non a quella meramente occasionale nascente dal contesto della realizzazione criminosa.

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 70, comma 1, n. 2 c.p. sono soggettive le circostanze concernenti: l'intensità del dolo o il grado della colpa, le condizioni e qualità personali del colpevole, i rapporti tra colpevole ed offeso e quelle inerenti alla persona del colpevole. Escluse le circostanze inerenti al grado della colpa, alle condizioni o qualità personali del colpevole e alla persona del colpevole per ragioni normative (non è previsto il tentativo di delitto colposo; le circostanze relative alla persona del colpevole riguardano solo l'imputabilità e la recidiva), sembra difficile ricondurre il recesso attivo tra le circostanze inerenti all'intensità del dolo visto che strutturalmente si traduce in una condotta susseguente alla commissione di un fatto di tentativo.

¹¹⁶ Per una disamina completa sulla portata della novella n. 19 del 1990 con riferimento agli artt. 59 e 118 c.p. vd. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. dir. pen. proc. pen.*, 1990, pp. 793 ss.

¹¹⁷ Questa eccezione non si applicava alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, ossia quelle inerenti, ex art. 70 c.p., all'imputabilità e alla recidiva per le quali valeva la regola generale della riferibilità esclusiva al concorrente.

¹¹⁸ Per gli orientamenti giurisprudenziali sul punto si rinvia a M. ROMANO, *Art. 118*, cit., pp. 276 ss.; S. PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen.*, 1983, pp. 269 ss.

¹¹⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 592. Per l'incomunicabilità delle circostanze attenuanti che consistono in comportamenti riparatori di uno dei concorrenti nel reato, entro cui ricomprendere il recesso attivo vd. S. PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, cit., p. 298.

¹²⁰ Sulle criticità della nuova formulazione dell'art. 118 c.p. vd. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, cit., pp. 1480 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 592 - 593.

¹²¹ Sulla portata applicativa dell'art. 118 c.p., con riferimento all'aggravante dell'agevolazione mafiosa ex art. 416 bis 1 c.p., si sono pronunciate di recente le Sezioni Unite della Corte di cassazione che hanno di fatto reintrodotta in via ermeneutica l'originaria categoria delle circostanze soggettive c.d. oggettivizzate. In particolare, secondo la Corte, l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, di natura soggettiva in quanto inerente ai motivi a delinquere (quindi, in astratto, non comunicabile ex art. 118 c.p.) può estendersi anche agli altri concorrenti laddove si sia in concreto estrinsecata sul piano oggettivo, così da risultare da questi conoscibile: «il concorrente nel reato, che non condivide con il coautore la finalità agevolativa, ben può rispondere del reato aggravato, le volte in cui sia consapevole della finalità del compartecipe, secondo

la previsione generale dell'art. 59, secondo comma, cod. pen., che attribuisce all'autore del reato gli effetti delle circostanze aggravanti da lui conosciute». Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020, n. 8545, in *Italggiure*, § 12, con commento di F. CAPOROTUNDO, *La c.d. aggravante dell'agevolazione mafiosa ha natura soggettiva, ma può estendersi ai concorrenti nel reato: le Sezioni Unite riscrivono l'art. 118 c.p.*, Roma, RomaTre-Press, 2020, pp. 1 ss. Si tratta di una soluzione accolta con riguardo anche ad altre circostanze aggravanti di natura soggettiva ricomprese formalmente nel divieto di estensione dell'art. 118 c.p., ad esempio, l'aggravante della premeditazione inerente all'intensità del dolo. Da ultimo Cass., sez. I pen., 10 febbraio 2022, n. 4653, in *Italggiure*, § 8 secondo cui «la circostanza aggravante della premeditazione può essere estesa al concorrente, che non abbia partecipato all'originaria deliberazione volitiva, qualora questi ne abbia acquisito piena consapevolezza precedentemente al suo contributo all'evento ed a tale distanza di tempo da consentire che la maturazione del proposito criminoso prevalga sui motivi inibitori».

¹²² In questo senso A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 668-669; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Diritto penale*, cit., p. 565.

¹²³ Il problema si pone non solo per il recesso attivo, ma per tutte le altre circostanze di natura soggettiva che non sono riconducibili formalmente ad alcuna delle categorie menzionate dall'art. 118 c.p. come, ad esempio, l'attenuante comune del risarcimento del danno e della eliminazione spontanea delle conseguenze dannose o pericolose del reato ex art. 62, n. 6, c.p., oppure le attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p. In questi termini F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 593; M. ROMANO, *Art. 118*, cit., p. 279. C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 583.

¹²⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 593, secondo l'Autore si rende necessario operare un intervento di ortopedia normativa per ripristinare il vecchio regime delle circostanze soggettive. Cfr. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, cit., pp. 1494 ss.

¹²⁵ In questi termini, anche se con riferimento alle circostanze attenuanti soggettive che si traducono in un comportamento volontario successivo alla commissione di un fatto di reato, es. art. 62, n. 6, c.p. o comunque non riconducibili ad alcuna delle categorie menzionate dall'attuale art. 118 c.p., es. art. 62-bis c.p. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, cit., pp. 1492 ss. Secondo l'A., «rispetto alle circostanze attenuanti potrebbe sorgere qualche difficoltà nel giudicare della comunicabilità, o meno, di quelle particolari ipotesi fondate sulla valorizzazione di elementi concretizzabili solo in una fase successiva alla realizzazione del fatto di reato. Ed anche su questo versante, come detto, dovrebbero a nostro avviso assumere rilievo determinante quelle particolari connotazioni soggettive che, in questi casi, vengono spesso presupposte dalle stesse disposizioni di legge». Esaminando, poi, l'attenuante del risarcimento del danno ex art. 62, n. 6, c.p. afferma come «pare giustificato ritenere che l'imprescindibilità di una condotta volontaria, quale requisito implicitamente presupposto per la stessa applicabilità dell'attenuante in oggetto, debba riflettersi anche sul piano delle regole sulla comunicabilità fra concorrenti, nel senso di accertare se anche questi si siano volontariamente adoperati per la realizzazione di quel risarcimento materiale posto in essere solo da uno di loro».

¹²⁶ Secondo l'indirizzo prevalente nella giurisprudenza di legittimità, l'attenuante del risarcimento del danno ex art. 62, n. 6, c.p. consiste in una circostanza di natura soggettiva in quanto sintomatica del ravvedimento del colpevole e riconducibile alla categoria delle circostanze inerenti ai rapporti tra colpevole ed offeso ex art. 70, n. 2, c.p. Sulla natura soggettiva da ultimo Cass., sez. II pen., 13 novembre 2019, n. 51192, in *Dejure*, § 6.3. «trattasi di una attenuante di natura squisitamente "soggettiva", che trova la sua causa giustificatrice, non tanto nel soddisfacimento degli interessi economici della persona offesa, quanto nel rilievo che l'avvenuto risarcimento del danno anteriormente al giudizio assume quale prova tangibile dell'avvenuto ravvedimento del reo e, quindi, della sua minore pericolosità sociale».

¹²⁷ Così F. BASILE, *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano, Ipsoa, 2015, p. 1871.

¹²⁸ Cass., Sez. Un. pen., 11 febbraio 2009, n. 5941, in *Dejure*. Da ultimo Cass., sez. II pen., 23 aprile 2019, n. 17420, in *Italggiure*.

¹²⁹ Cass., Sez. Un. pen., 11 febbraio 2009, cit., § 1, secondo cui «L'attenuante (...) "contempla unicamente un comportamento successivo all'esaurimento del reato", con il corollario che un tale comportamento, ove il reato sia stato commesso da una pluralità di soggetti, è fuori dal concorso di persone, dissoltosi con il perfezionamento della fattispecie criminosa. Tanto in altre parole sta a significare che la condotta riparatrice non si fonde nella struttura unitaria del reato di cui all'art.110 c.p. e che l'art.118 c.p., diretto a dettare per i singoli compartecipi i criteri di imputazione delle conseguenze degli elementi accidentali dell'illecito concorsuale nella sua struttura monistica, non è perciò operativo».

¹³⁰ Cass., Sez. Un. pen., 11 febbraio 2009, cit., § 11. Sul punto, M. ROMANO, *Art. 118*, cit., p. 279.

¹³¹ Propone una lettura restrittiva ancora più radicale C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 583-584, secondo il quale le circostanze consistenti in condotte aventi valore soggettivo tenute dopo la commissione del reato, tra cui il recesso attivo, sono da riferire solo al concorrente che le abbia volontariamente poste in essere, con conseguente esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 118 c.p.

¹³² Sulla rilevanza normativa dell'art. 70, ultimo comma, c.p. per l'inquadramento della recidiva e delle altre circostanze che aumentano o diminuiscono l'imputabilità tra le circostanze in senso tecnico del reato vd. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 631. Cfr. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, cit., p. 1497.



¹³³ Per una critica al divieto di estensione dell'art. 62, n. 6, c.p., replicabile anche per l'attenuante del recesso attivo, si vd. L. BISORI, *L'attenuante comune del risarcimento del danno e la disciplina di comunicazione delle circostanze ai concorrenti*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1098, secondo cui « il regime di comunicazione delle circostanze attiene esclusivamente al profilo di rilevanza esterna della fattispecie circostanziale, su un piano distinto ma analogo al regime di imputazione (...) Quando si discute sulla estensibilità di una circostanza ad un correo, perciò, debbono distinguersi tre momenti di giudizio logicamente distinti: la verifica della perfezione o tipicità della fattispecie circostanziale (...); la verifica ex art. 118 c.p. della sua comunicabilità (estraneità della fattispecie circostanziale alle categorie indicate dalla stessa norma); la verifica, infine, dei requisiti psicologici dettati dal regime di imputazione ex art. 59 c.p. (sussistenza obiettiva dell'attenuante)». Nello stesso senso G. MANCA, *La comunicabilità dell'attenuante della riparazione del danno tra dato letterale, ratio di sistema e resistenze "etiche"*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, § 4; G. CIVIELLO, *Sulla comunicabilità della circostanza attenuante del risarcimento del danno ex art. 62 n.6, c.p. ai concorrenti nel reato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1489 ss.

¹³⁴ L. BISORI, *L'attenuante comune del risarcimento del danno e la disciplina di comunicazione delle circostanze ai concorrenti*, cit., p. 1098.

¹³⁵ L. BISORI, *L'attenuante comune del risarcimento del danno e la disciplina di comunicazione delle circostanze ai concorrenti*, cit., p. 1101.

La responsabilità penale dell'Internet Service Provider per i reati in materia di diritto d'autore.

di **D. Costa**

Lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione ha rappresentato, fin dall'origine, un terreno fertilissimo per il proliferare di comportamenti criminosi lesivi di diritti ed interessi meritevoli di protezione giuridica. Tra tali diritti ed interessi rientrano a pieno titolo quelli attinenti alla proprietà intellettuale, che, a causa della loro sempre maggiore manifestazione on-line, appaiono più facilmente aggredibili da condotte poste in essere tramite lo strumento informatico.

Partendo da tali premesse, con il presente contributo l'Autore si propone di indagare se e in che misura possa configurarsi una responsabilità penale a carico dei fornitori di servizi online per le condotte poste in essere dagli utenti che popolano la rete internet lesive dei diritti di proprietà intellettuali e quali, tra le categorie penalistiche tradizionali, appaiano più idonee ad applicarsi alla peculiare figura dell'Internet Service Provider, tenuto altresì conto delle prospettive de jure condendo offerte dalla giurisprudenza e dal legislatore comunitario nei recentissimi interventi in materia di tutela delle opere dell'ingegno nell'ambito della società dell'informazione.

Sommario. **1.** Premessa e scopo dell'elaborato. – **2.** Le diverse qualificazioni dell'Internet Provider nell'ordinamento in relazione all'attività svolta online. I servizi di mere conduit, caching e hosting. – **3.** Il regime di responsabilità dell'ISP nel panorama legislativo nazionale e comunitario. – **3.1.** Le prospettive in tema di responsabilità degli ISP in materia di diritto d'autore nella legislazione comunitaria e nazionale: la Direttiva UE 790/2019, il D.Lgs. 177/2021 e il Digital Service Act. – **4.** La responsabilità penale dell'Internet Provider: i criteri di responsabilizzazione dell'ISP per i reati contro la proprietà intellettuale commessi dagli utenti. – **4.1.** L'ISP come concorrente attivo dei reati commessi dagli utenti della rete: i casi paradigmatici e gli indirizzi dottrinali. – **4.2.** Segue. Gli interventi giurisprudenziali in merito alla responsabilità concorsuale dell'hosting provider "attivo" per i delitti contro il diritto d'autore nella società dell'informazione. – **4.3.** L'ISP "controllore": il concorso per omissione e la posizione di garanzia dell'Internet Provider. – **4.4.** Segue. Le linee guida dettate dalla sentenza "Google c. Vividown". – **4.5.** Actual knowledge ed elemento soggettivo nell'accertamento della responsabilità penale dell'Internet Provider. – **4.6.** Le conseguenze penalmente rilevanti dell'inerzia dell'ISP dopo la commissione del reato. – **4.7.** La responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 dell'Internet Provider – **5.** Conclusioni: lo stato dell'arte e prospettive future.

1. Premessa e scopo dell'elaborato.

Lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione ha determinato, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, un profondo impatto sulle forme ed i modi di essere dei rapporti sociali, economici, politici e culturali nell'ambito della società globalizzata.

Ed invero, la rivoluzione "cibernetica" costituisce un fenomeno che senza soluzione di continuità investe ogni sfera della vita e degli interessi dei singoli e della collettività, rendendo accessibile l'informazione e consentendo lo scambio di conoscenza potenzialmente a chiunque, a qualsiasi distanza, in qualsiasi luogo e in qualsiasi momento.

Come autorevolmente evidenziato dalla letteratura¹, inoltre, le tecnologie dell'informazione non si limitano a fornire agli individui un accesso

potenzialmente sconfinato all'informazione e alle elaborazioni di cui gli stessi hanno bisogno nella vita privata e professionale, ma vanno altresì a sostituire le tradizionali modalità di interazione sociale.

Staccatosi dalla sua dimensione fisica e materiale, infatti, grazie alla semplice disponibilità di una connessione alla rete e di un dispositivo di accesso alla stessa il singolo diventa protagonista attivo nella creazione di nuovi contenuti, nella scelta e nell'utilizzo di quelli messi a sua disposizione, nella partecipazione ad attività individuali e collettive di ogni tipo.

Senonché, lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e la trasposizione delle attività e dei rapporti umani dal mondo fisico ad una nuova dimensione dematerializzata e virtuale hanno

rappresentato, fin dall'origine, un terreno fertilissimo per il proliferare di comportamenti criminosi lesivi di diritti ed interessi meritevoli di protezione giuridica che, proprio a causa del loro manifestarsi online, appaiono più facilmente aggredibili da condotte poste in essere tramite lo strumento informatico².

Fattori quali l'istantaneità delle comunicazioni e delle attività telematiche, la loro delocalizzazione e dematerializzazione, così come la possibilità per gli autori di nascondersi dietro al più completo anonimato costituiscono indubbiamente un incentivo alla perpetrazione tanto di reati tradizionali posti in essere mediante apparecchi digitali (c.d. reati informatici in senso ampio³) quanto di nuove fattispecie la cui realizzazione si estrinseca necessariamente tramite e/o nei confronti del *device* connesso in rete (c.d. reati informatici "propri" o in senso stretto)⁴.

La necessità di rispondere alle istanze di tutela nei confronti di quelle condotte penalmente rilevanti che, oggi come non mai, si consumano online ha visto, a partire dalla fine del secolo scorso, un susseguirsi di interventi legislativi in materia penalistica e processual-penalistica che, con alterne fortune, hanno cercato di introdurre e ridisegnare fattispecie e strumenti investigativi che potessero arginare il diffondersi degli illeciti posti in essere nell'ambiente di rete⁵.

Malgrado siano molteplici le fattispecie di reato astrattamente commissibili sulla rete internet, tra i settori maggiormente sensibili agli effetti dello sviluppo tecnologico e alle difficoltà in cui è incorso il diritto penale nel tentativo di stare al passo con l'evolversi della società dell'informazione deve indubbiamente ricomprendersi quello del diritto d'autore⁶.

Ed invero, proprio nell'ambito della proprietà intellettuale l'avvento dell'era di internet ha determinato i cambiamenti più significativi sia sotto il piano della concezione stessa di "opere dell'ingegno" sia sulle modalità di circolazione, riproduzione, messa a disposizione del pubblico, diffusione e fruizione illecita delle stesse.

I frammentari interventi legislativi sul Titolo III della L. 633/1941 che si sono susseguiti in maniera disordinata nel tentativo di approntare una risposta penale agli illeciti contro le creazioni intellettuali perpetrati in contesti informatici e telematici hanno dato vita ad un sistema di tutela caratterizzato da una molteplicità di norme incriminatrici a tutela fortemente anticipata⁷, talvolta sovrabbondanti e

poco coordinate sia tra di loro che con l'impianto sistematico della legge, e che, salvo sporadici casi di applicazione giurisprudenziale, sono rimaste per la maggior parte lettera morta.

La disomogeneità degli interventi si rileva dalla stessa analisi delle fattispecie incriminatrici della legge 633/1941: se queste, infatti, erano originariamente riassunte nel disposto dell'articolo 171 del testo legislativo, le numerose novelle successive hanno poi determinato il passaggio ad un approccio casistico e fondato sulla previsione di un numero abnorme di fattispecie speciali, le quali, nel tentativo di disciplinare un'ampia pluralità di condotte ricadenti su beni digitali ed informatici, hanno determinato la sostanziale inefficienza del dato normativo.

L'inefficacia della sanzione penale per i delitti in materia di diritto d'autore non deve tuttavia lasciare oltremodo stupiti; ed invero, il diritto penale della proprietà intellettuale nell'epoca della *information society* appare tra i settori maggiormente penalizzati dalle difficoltà tipiche dei reati commessi in contesti digitali e di rete, relative in particolare all'individuazione degli autori⁸, alla determinazione del *locus commissi delicti*, alla raccolta di materiale indiziario e probatorio e alla dimensione spesso transnazionale di tali delitti.

A ciò deve peraltro aggiungersi una, seppur ingiustificata, tendenza a considerare condotte aventi ad oggetto l'illecita diffusione sulla rete di opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore quali comportamenti connotati da un più ridotto disvalore e un minor allarme sociale, attesa l'assenza di un danno immediato e direttamente percepibile sofferto dalla collettività dei consociati che, al contrario, si trova di fronte all'opportunità di accedere in ogni momento e da ogni luogo a materiale d'interesse e di poterne fruire senza dover sostenere particolari oneri economici altrimenti dovuti ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale (oltretutto, nella maggior parte dei casi, senza grandi rischi di incorrere in sanzioni).

In un simile contesto si inserisce una delle principali problematiche con cui il diritto in generale e, per quanto qui interessa, il diritto penale ha dovuto confrontarsi negli ultimi anni in concomitanza con la progressiva e pervasiva evoluzione tecnologica, la quale attiene indubbiamente alla configurabilità di una responsabilità per quei soggetti – c.d. *Internet Service Providers* (di seguito anche "ISP") – che forniscono le infrastrutture digitali e gli spazi virtuali

nel quale gli utenti possono interagire e scambiarsi dati, informazioni, conoscenza e contenuti, anche illeciti.

Nati infatti con lo scopo di fornire un accesso alle principali reti di comunicazione elettronica e di consentire la diffusione passiva di contenuti, gli *Internet Service Providers* hanno, con l'evolversi dell'*information society*, cambiato radicalmente volto: abbandonando via via la propria veste di "intermediari neutri" in favore di un ruolo maggiormente attivo, questi soggetti sono diventati dei veri e propri accentratori delle informazioni e dei contenuti scambiati e creati dagli utenti sulla rete.

Ciò ha consentito ai prestatori dei servizi di rete, ed in particolare ai ben noti *big* del mercato dell'informatica e del digitale, di acquisire la concreta possibilità di intervenire direttamente sui contenuti pubblicati dagli utenti (quali, ad esempio, i c.d. *user generated contents*⁹) allo scopo di aumentarne la visibilità, incrementarne le potenzialità di interazione e consentirgli maggiori opportunità di diffusione.

Parimenti, l'incremento del volume di informazioni gestite dalle piattaforme online, unito al progresso tecnologico nell'elaborazione dell'intelligenza artificiale e nell'uso di quegli strumenti di individuazione, profilazione e filtraggio automatico, emblematici del nuovo modello di business delle grandi aziende digitali che Shoshana Zuboff ha definito "capitalismo della sorveglianza"¹⁰, ha attribuito alle maggiori realtà del mercato digitale la possibilità di valutare già a monte di quali contenuti impedire la diffusione nel cyberspazio; il riconoscimento, anche legislativo, di una simile facoltà ha pertanto esteso i confini della responsabilizzazione degli ISP, portando a riconoscere in capo agli stessi un vero e proprio *ius vigilandi* sull'attività degli utenti della rete internet e sull'*upload* di contenuti online¹¹.

A questo mutamento di funzione si è accompagnato, com'era inevitabile, anche un cambio di prospettiva sul piano della responsabilità penale, divenendo imprescindibile chiedersi se e in che misura sussista a carico degli ISP un qualche obbligo di controllo rispetto alla diffusione illecita di contenuti protetti da parte di terzi, a che titolo possano essere chiamati a risponderne qualora abbiano concretamente influito nella veicolazione di materiale illecito e, infine, quale persona fisica all'interno dell'organizzazione imprenditoriale si possa individuare come destinatario del rimprovero e, di conseguenza, della sanzione penale¹².

Le criticità sottese a questo cambio di prospettiva, del resto, non sono influenti. È indubitabile che una responsabilizzazione dei fornitori di servizi informatici e di rete, facenti capo ad enti imprenditoriali e persone fisiche ben determinate, consentirebbe, quantomeno in astratto, di fornire una risposta penale alle istanze di tutela di quegli interessi lesi da condotte di singoli che nel cyberspazio risultano spesso impossibili da individuare e perseguire e rispetto alle quali le vittime si trovano spesso prive di rimedi in autotutela¹³, atteso che, di norma, un utente offeso da un reato commesso in rete non ha la possibilità diretta di rimuoverne gli effetti pregiudizievoli senza l'intervento, tanto preventivo quanto successivo alla condotta illecita, del gestore della rete stessa.

A parere di chi scrive, tra l'altro, pur nel rispetto e nei limiti degli inderogabili principi di materialità e di colpevolezza, la canalizzazione del rimprovero penale (anche) verso il gestore della piattaforma online rispetto alle violazioni penalmente rilevanti del diritto d'autore commesse dai fruitori dei suoi servizi rappresenterebbe, da un lato, un forte incentivo per gli ISP all'adozione di comportamenti virtuosi finalizzati a contrastare già *ex ante* la commissione di condotte contrastanti con il concetto di una rete internet sicura, libera e nella quale gli utenti possano effettivamente esprimere la propria personalità e vedere tutelate le proprie creazioni intellettuali e, dall'altro, una concreta garanzia per le vittime che, nell'ottica dell'esercizio dell'azione civile in sede penale, potrebbero rivolgersi a soggetti facilmente individuabili e, indubbiamente, maggiormente solvibili rispetto alle persone fisiche materialmente autrici dei reati, spesso mascherate dietro un'impenetrabile rete di server o soggette ad ordinamenti di paesi situati a migliaia di chilometri di distanza dal nostro.

Tuttavia, se in ambito civilistico una parziale risposta al quesito inerente all'*accountability* degli ISP per le informazioni trasmesse e memorizzate è stata fornita dal D.Lgs. 70/2003, attuativo della Direttiva CE 2001/30 sul commercio elettronico, su cui si tornerà *infra*, in materia penale sembra permanere una difficoltà di fondo nell'individuare i margini per l'applicazione dei tradizionali modelli di responsabilità per concorso *ex art. 110 c.p.* e/o per omissione *ex art. 40 c. 2 c.p.* nei confronti dei fornitori di servizi di rete.

In particolare, come meglio si rappresenterà nel prosieguo, le problematiche nell'individuazione di

uno statuto penale dell'ISP discendono, oltre che da una serie di questioni legate al difficile accertamento dell'elemento soggettivo, dalla complessità di definire i tre principali profili di responsabilità ascrivibile al *provider* in relazione ai contenuti illeciti trasmessi e ospitati sui propri server. Tali profili di responsabilità, come si vedrà, possono infatti ricondursi, rispettivamente, al caso in cui lo stesso *provider* abbia tenuto una condotta attiva agevolatrice dei reati posti in essere dai fruitori dei suoi servizi, al caso in cui si riconosca in capo all'ISP una qualche posizione di garanzia, penalmente sanzionata, diretta ad impedire la commissione di delitti all'interno degli ambienti di rete da lui amministrati e, infine, al caso in cui, una volta a conoscenza dell'avvenuta commissione del reato, il *provider* rimanga inerte e ometta di adottare le misure volte a far cessare gli effetti dell'illecito.

Vero è altresì che alle lacune legislative in merito hanno fatto da contraltare apprezzabili tentativi della giurisprudenza nazionale e comunitaria finalizzati a chiarire, con pronunce che ormai possono considerarsi *leading cases* in materia, i parametri di attribuzione della responsabilità penale a carico degli ISP per gli illeciti commessi dagli utenti sulle piattaforme online, ancorché non tutti inerenti alla violazione di opere dell'ingegno.

Da ultimo, con particolare riferimento alla responsabilizzazione dei fornitori di servizi ed infrastrutture di rete per i contenuti illeciti pubblicati dai singoli negli ambienti di rete da loro gestiti, non possono ignorarsi i recenti interventi del legislatore europeo nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi nel mercato digitale con la Direttiva UE 2019/790 (recentissimamente recepita a livello interno dal D.Lgs. n. 177 del 08/11/2021) e la Proposta di Regolamento della Commissione Europea COM(2020)825 sul mercato unico dei servizi digitali (c.d. "*Digital Service Act*"), le quali, pur non incidendo direttamente in materia penale, aprono ed apriranno nuove prospettive nell'ottica di delimitare in maniera puntuale le funzioni, gli obblighi e le responsabilità degli ISP, ed in particolare delle maggiori organizzazioni imprenditoriali che gestiscono le maggiori piattaforme di *upload* e di condivisione online, in relazione alle opere dell'ingegno diffuse dagli utenti nel contesto digitale in violazione dei diritti di proprietà intellettuale, offrendo spunti utili anche agli operatori del diritto penale.

Ciò premesso, la presente trattazione si propone di indagare, nei limiti concessi dall'ampiezza della materia, se e in che misura possa configurarsi una responsabilità penale a carico dei fornitori di servizi online per le condotte poste in essere dagli utenti che popolano la rete internet lesive dei diritti di proprietà intellettuale e quali tra le categorie tradizionali dell'attribuzione della responsabilità penale appaiano più idonee ad applicarsi alla peculiare figura dell'*Internet Service Provider*, tenuto altresì conto delle prospettive *de jure condendo* offerte dalla giurisprudenza e dal legislatore comunitario nei recentissimi interventi in materia di tutela delle opere dell'ingegno nell'ambito della società dell'informazione.

2. Le diverse qualificazioni dell'Internet Provider nell'ordinamento in relazione all'attività svolta online. I servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*.

La disamina dei possibili profili di responsabilità penale degli ISP per i reati consumati nel "ciberspazio" trova come necessario punto di partenza un preliminare inquadramento giuridico della figura stessa del prestatore di servizi digitali e delle differenti funzioni che, nel contesto della rete internet, questi può venire a svolgere nell'ambito del tipo di servizio fornito agli utenti.

Al riguardo, può preliminarmente rilevarsi che l'*Internet Service Provider* è un prestatore intermediario che esercita in maniera economica ed organizzata un'attività imprenditoriale in rete, basata sulla prestazione di servizi della società dell'informazione, da intendersi, come "*qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi*"¹⁴ e, più in generale, "*attività economiche svolte in linea – online*"¹⁵.

È interessante evidenziare, in primo luogo, la frequenza con cui il legislatore, specialmente in ambito sovranazionale si è preoccupato di attribuire una definizione generale all'*Internet Provider* nei differenti interventi normativi diretti a tenere il passo con l'evoluzione della società dell'informazione.

Particolarmente estesa è, ad esempio, la nozione di "*service provider*" fornita dall'art. 1 della Convenzione di Budapest del 2001 del Consiglio d'Europa sul *Cybercrime*¹⁶, recepita nel nostro ordinamento dalla L. 48/2008 che, come noto, ha inciso con non poche modifiche sul codice penale e, soprattutto, sul codice di rito.

Ai sensi della Convenzione, infatti, con il termine *"Internet Provider"* si può intendere *"qualunque entità pubblica o privata che fornisce agli utenti dei propri servizi la possibilità di comunicare attraverso un sistema informatico"* nonché *"qualunque altra entità che processa o archivia dati informatici per conto di tale servizio di comunicazione o per utenti di tale servizio"*.

Tale nozione pare senz'altro idonea ad abbracciare pressoché ogni soggetto che, direttamente o indirettamente, mette a disposizione della collettività un servizio relativo all'utilizzo di un'infrastruttura informatica e telematica, ancorché non abbia ad oggetto un'attività svolta in rete.

Ad ogni modo, la definizione di *Internet Provider* che maggiormente interessa in questa sede è quella contemplata dall'art. 2 n. 6 della Direttiva UE 2019/790 sul Diritto d'Autore nel Mercato Unico Digitale, innovativa ed integrativa della precedente Direttiva CE 2001/29, recepita a livello nazionale dal recentissimo D.Lgs. 177/2021¹⁷, sui quali si tornerà più approfonditamente nel prosieguo.

Basti qui evidenziare che la Direttiva, nella più ampia ottica di prevedere un particolare regime di responsabilizzazione per i *provider* di servizi digitali, si preoccupa altresì di dare un'espressa nozione alla figura del *"prestatore di servizi di condivisione di contenuti online"*, qualificato come il *"prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro"*¹⁸.

Tale definizione, riprodotta in maniera pressoché identica dal nuovo art. 106 *sexies* L. Aut. introdotto *ad hoc* dal D.Lgs. 177/2021, risulta assai puntuale nella misura in cui individua quelle che, in concreto, sono le due principali attività svolte dagli ISP nella prestazione dei servizi della società dell'informazione per quanto riguarda le opere dell'ingegno digitali: la memorizzazione e l'accesso fornite dietro la percezione di un corrispettivo.

Muovendo oltre le definizioni generali dell'ISP, ci si deve ora concentrare sulle specifiche attività svolte dai fornitori di servizi internet cui la legge attribuisce rilevanza nella previsione di una responsabilità per i contenuti e le informazioni trasmesse e memorizzate dai medesimi.

Deve innanzitutto premettersi che ciò che comunemente viene definita *"rete internet"*, spesso

erroneamente assimilata al concetto di *"world wide web"* (il quale altro non è che uno dei differenti servizi fruibili sulla rete internet stessa), comprende una rete di computer tale da consentire a tutti coloro che vi si collegano di avere accesso ai dati contenuti o immagazzinati in elaboratori ovunque situati, purché connessi alla rete e dotati di un indirizzo *Internet Protocol* (IP).

La trasmissione di dati sulla rete avviene mediante l'invio di *"pacchetti"* di impulsi elettrici, che possono rappresentare qualsiasi tipo di informazione e contenuto, compresi, per quanto qui di interesse, testi, immagini, video, musica, programmi per elaboratore ed altre opere dell'ingegno, che possono così essere scambiate e fruite dagli utenti.

Alle due estremità della comunicazione dei dati su internet vi sono, da un lato, il computer del *"content provider"*, ossia il fornitore del contenuto che immette i dati nell'*"host server"*, il server che mette a disposizione l'ambiente virtuale nel quale i dati risiedono e vengono resi accessibili al pubblico, e, dall'altro, il computer del singolo utente che riceve i dati medesimi su richiesta¹⁹.

La trasmissione effettiva dei dati all'utente finale avviene, in ogni caso, tramite i *router*, ossia altri computer *"di transito"* che, svolgendo la funzione tecnica di nodi di comunicazione, leggono l'indirizzo sui pacchetti contenenti le informazioni e si adoperano affinché questi giungano tutti alla destinazione corretta nell'ordine corretto²⁰.

Così descritto, sia pure in maniera sommaria, il funzionamento di base della circolazione delle informazioni sulla rete internet, possono meglio comprendersi le tre principali funzioni che la normativa sull'*e-commerce*, la prima ad occuparsi espressamente dello *status* giuridico degli ISP, attribuisce a tali figure nell'ambito della loro attività di prestazione di servizi di rete, e dalle quali fa derivare obblighi e responsabilità.

Nell'ambito della suddetta tripartizione di funzioni si può individuare, in primo luogo, l'attività di semplice trasporto (c.d. *mere conduit*), classificata dall'art. 12 della Direttiva CE 2000/31, il cui dettato è riportato dall'art. 14 D.Lgs. 70/2003, come la *"prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione"*, cui accede altresì *"la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione"*

sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo”.

Rientrano, pertanto, nell’ambito di tale prestazione sia le attività dei server di transito e dei nodi di comunicazioni (c.d. *routers*) che consentono la trasmissione dei pacchetti e la circolazione delle informazioni sulla rete, sia le attività di quei *providers* la cui funzione consiste nel fornire agli utenti, normalmente dietro un corrispettivo, accesso alla rete internet stessa (c.d. *access providers*).

La seconda funzione degli *Internet Provider* tipizzata dalla legislazione sul commercio elettronico è rappresentata dal c.d. “*caching*” o memorizzazione temporanea di dati e informazioni; si tratta di una funzione peculiare e che si presenta in maniera meno univoca rispetto alle operazioni di *mere conduit*, accesso e all’attività di *hosting* su cui si tornerà *infra*. L’art. 13 della Direttiva 31 e l’art. 15 del D.Lgs. 70/2003 definiscono il *caching* come la prestazione di servizi della società dell’informazione avente ad oggetto la “*memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta*”.

Tale è l’attività di riproduzione provvisoria di dati richiesti da un utente, automaticamente realizzata dal sistema e conservata per un tempo limitato: le copie dei dati rimangono per qualche tempo nei server del *provider*, cosicché un’eventuale successiva richiesta dei dati medesimi possa essere soddisfatta inoltrando la sola copia senza reperire le informazioni originali alla fonte²¹.

Oltre ad agire come semplice fornitore di accesso alla rete, vettore di informazioni o riproduttore di copie temporanee, l’ISP svolge una terza fondamentale funzione nel cyberspazio, consistente, secondo quanto previsto dall’art. 16 del D.Lgs. 70/2003, nella “*prestazione di un servizio della società dell’informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio*”. Per quanto breve e puntuale, dietro tale definizione si cela l’attività degli ISP che presenta maggiori sfumature e criticità per quanto attiene alle possibili responsabilità dei fornitori di servizi di rete per gli illeciti commessi dagli utenti.

Il servizio di *hosting*, infatti, altro non è che la messa a disposizione a terzi, sulla base di un contratto di prestazione di servizi, di un sito web sui server dell’ISP o, più in generale, dell’ambiente virtuale nel quale gli utenti pongono in essere, in ogni momento

e da ogni luogo, le proprie operazioni sulla rete internet. Peraltro, nel contratto di *hosting*, a tale prestazione principale si aggiungono, di norma, ulteriori servizi accessori ad essa collegati, quali, ad esempio, l’assistenza tecnica e lo sviluppo di software.

Si tratta, come intuibile, dell’attività nella quale comunemente vengono immedesimati gli *Internet Service Provider*, essendo quella che più di tutte rappresenta il mezzo per i fruitori del cyberspazio di disegnarne i tratti e di riempirlo di contenuti e dati che vengono memorizzati dall’ISP stesso e resi accessibili agli utenti. Per il vero, la nozione di *hosting provider* è più ampia e può comprendere diversi attori, quali i fornitori di servizi di *cloud computing* e *web hosting*, i gestori di mercati online, le piattaforme di condivisione di video e di contenuti musicali, di foto, i social network, i siti web di blogging o i siti web di recensioni fino alle sezioni dei commenti degli utenti sulle pagine delle notizie.

Come tale, peraltro, il servizio di *hosting* è quello che più di tutti si presta ad impegnare eventuali responsabilità dell’ISP per gli illeciti commessi dagli utenti della rete, atteso che è proprio all’interno degli spazi e delle piattaforme di creazione e condivisione di contenuti gestite dagli *host* che si materializzano e diventa percepibile ai consociati il disvalore delle diverse ipotesi di reato che possono configurarsi online, ivi comprese (soprattutto) le fattispecie aventi ad oggetto la violazione dei diritti di proprietà intellettuale sulle opere dell’ingegno digitali²².

A mente di ciò, non stupisce che anche la stessa Commissione Europea, nella sua Comunicazione n. 555 al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 28/09/2017 abbia preso atto di come proprio “*le piattaforme online (ossia gli hosting provider n.d.r.) che gran parte degli utenti di Internet consultano per accedere ai contenuti hanno la pesante responsabilità, nei confronti della società, di proteggere gli utenti e il pubblico in generale nonché prevenire lo sfruttamento dei loro servizi da parte di criminali e altri soggetti coinvolti in attività illegali online [...] La diffusione di contenuti illegali online può chiaramente indebolire la fiducia dei cittadini nei confronti dell’ambiente digitale, ma potrebbe anche minacciare l’ulteriore sviluppo economico degli ecosistemi delle piattaforme e del mercato unico digitale. Le piattaforme online dovrebbero intensificare con fermezza le loro azioni per affrontare*

*tale problema, come parte della responsabilità derivante dal loro ruolo centrale nella società*²³.

Di conseguenza, è nei confronti della figura dell'*hosting provider* che deve focalizzarsi maggiormente l'attenzione in relazione all'esistenza e ai limiti degli obblighi, a carico degli ISP, di vigilanza sui contenuti illeciti pubblicati dagli utenti, di rimozione degli stessi e di collaborazione con l'autorità pubblica per il perseguimento degli autori dei reati commessi sulla rete internet, nonché alla corrispondente, eventuale, responsabilità penale per l'inosservanza di tali doveri.

3. Il regime di responsabilità dell'ISP nel panorama legislativo nazionale e comunitario.

Ferme restando le nuove prospettive apertesesi con la Direttiva UE 790/2019 e con la Proposta di Regolamento nota come *Digital Service Act*, la disciplina in tema di responsabilità degli Internet Service Providers attualmente in vigore è contenuta, in linea di massima, nella direttiva europea sul commercio elettronico 2000/31/CE, e, a livello nazionale, nel relativo decreto legislativo di attuazione n. 70/2003. Tanto nella direttiva quanto nel decreto di recepimento si rinvengono quattro disposizioni dedicate al generale regime di responsabilità dei prestatori intermediari di servizi della società dell'informazione, le quali, seppur non dirette a disciplinarne i profili penalistici, meritano un breve accenno nell'ottica di porre le basi per la successiva trattazione dei possibili risvolti penali relativi alle funzioni esercitate nella rete dagli ISP²⁴. Nel dettaglio, i presupposti di esonero da responsabilità variano in base alla prestazione effettuata.

Con riferimento all'attività di *mere conduit*, non è configurata alcuna responsabilità del *provider*, nei limiti in cui lo stesso non partecipi alla produzione delle informazioni o non le modifichi, oppure non selezioni direttamente il destinatario della trasmissione²⁵.

Si può notare, sul punto, come l'esenzione di responsabilità del *mere conduit provider* prevista dalla legislazione sull'*e-commerce* si sovrapponga alla norma, prevista dall'art. 68 *bis* della L. 633/1941, sull'eccezione per la riproduzione temporanea di copie nel corso di un procedimento tecnologico, eseguite all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali²⁶.

Quanto all'attività di *caching*, il *provider* non risponde della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che, oltre a non modificare le informazioni, non interferisca con l'uso lecito²⁷ di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni e agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitarne l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione²⁸.

Infine, con riferimento all'*hosting provider*, questi viene esonerato da responsabilità per l'eventuale illiceità delle informazioni memorizzate a richiesta di un utente laddove non sia effettivamente a conoscenza dell'antigiuridicità dell'informazione o comunque di circostanze che ne rendano manifesta l'illiceità ovvero qualora, non appena a conoscenza della natura illecita delle informazioni memorizzate, su richiesta delle autorità, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso²⁹ (c.d. procedura di "*notice and take down*" già nota alla normativa statunitense a tutela del diritto d'autore contenuta nel *Digital Millennium Copyright Act* del 1998, precursore e norma ispiratrice di tutta la disciplina legislativa europea in materia di responsabilità degli ISP e tutela delle opere dell'ingegno su internet³⁰).

Sempre con riferimento all'*hosting provider*, deve precisarsi che il comma secondo dell'art. 16 sancisce l'ovvia inapplicabilità del regime di esclusione della responsabilità del prestatore di servizi se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore³¹.

La disposizione di chiusura della complessa quanto apparentemente succinta disciplina della responsabilità degli ISP è rappresentata dall'art. 17 del D.Lgs. 70/2003, attuativo dell'art. 15 della Direttiva 31.

Tale disposizione risulta effettivamente centrale nel processo di delimitazione della responsabilità, anche penale, dei *providers* e di individuazione degli obblighi cui gli stessi sono tenuti per le informazioni trasmesse dai destinatari dei loro servizi.

La norma sancisce infatti l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza dell'ISP sulle informazioni trasmesse o ospitate nel suo server, ed esclude altresì un dovere di ricerca "attivo" di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Senonché, al comma secondo l'art. 17 attribuisce all'ISP, qualunque sia la funzione dal medesimo svolta nella prestazione di servizi della società dell'informazione, un onere comunicativo *ex post* nei confronti dell'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzione di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un utente, a cui si associa l'obbligo di fornire, seppur a richiesta delle autorità competenti e non di propria autonoma iniziativa, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei servizi con cui ha accordi di memorizzazione/*hosting* dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

L'ultimo comma della disposizione sancisce infine la responsabilità (civile) dell'ISP per l'eventuale illiceità dei contenuti memorizzati o trasmessi in tutti i casi in cui, su intimazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa non ha agito prontamente per impedire l'accesso ai medesimi³², ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente.

Nell'esame della disciplina relativa alla responsabilità dell'ISP prevista dalla Direttiva e dal relativo decreto attuativo, si deve in ogni caso tenere a mente che, secondo quanto previsto dallo stesso Considerando n. 42 della Direttiva³³ e ribadito più volte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁴, il sostanziale regime di *favor* è rivolto esclusivamente all'intermediario la cui attività sia di ordine "*meramente tecnico, automatico e passivo*", ossia l'ipotesi in cui quest'ultimo, oltre a non aver partecipato attivamente alla diffusione di contenuti illeciti, non abbia in ogni caso alcuna conoscenza o controllo sulle informazioni trasmesse o memorizzate.

Tale principio è stato peraltro affermato, di recente, anche in relazione all'attività dei gestori di piattaforme online che consentano la condivisione di opere dell'ingegno (nel caso di specie, opere musicali), i quali andranno pertanto esenti da responsabilità qualora non svolgano un ruolo attivo idoneo a conferirgli una conoscenza o un controllo dei contenuti caricati sulla sua piattaforma³⁵.

Per contro, la disciplina in esame non trova applicazione nei confronti dell'ISP "attivo", il quale, secondo l'orientamento più recente della Suprema Corte³⁶ intervenuta in ambito di responsabilità dell'ISP, è tale quando non pone in essere un'attività di ordine meramente tecnico, automatico e, appunto, passivo la quale non consente di conoscere e controllare le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali è fornito il servizio, bensì un'attività che in qualche modo comporta una "manipolazione", in senso ampio, dei dati³⁷.

Tra tali attività, la stessa Cassazione indica alcuni indici esemplificativi, fra i quali rientrano le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti volta ad aumentarne la fidelizzazione: dacché si tratta condotte che, in sostanza, hanno l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.

L'esclusione del *provider* attivo dal regime di favore previsto dal D.Lgs. 70/2003 è stata peraltro affermata anche da consolidata giurisprudenza di merito nazionale, la quale, in materia di diritto d'autore, ha espressamente rilevato che quando l'attività del gestore di una piattaforma di condivisione di video online non può essere qualificata come fornitura di servizi di semplice "*hosting neutro e passivo*", identificandosi invece in una complessa organizzazione di sfruttamento pubblicitario ed economico dei contenuti immessi in rete dagli utenti attraverso un'organizzazione dei contenuti audiovisivi, è inapplicabile, in relazione a questa attività, l'art. 16 del D.Lgs. n. 70/2003 e la relativa esenzione da responsabilità, ma trova invece applicazione il regime della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.³⁸.

Oltre che ai fini della responsabilità civile, la distinzione tra *provider* attivo e passivo, come si vedrà nel prosieguo presenta importanti risvolti pratici nell'individuazione dei criteri di attribuzione della responsabilità penale nei confronti dei prestatori dei servizi della società dell'informazione, atteso che il comportamento dell'*hosting provider* passivo potrebbe astrattamente e non senza difficoltà sussumersi nello schema della

responsabilità omissiva ex art. 40 c. 2 c.p., laddove quello dell'*hosting provider* attivo in quello, invece, della responsabilità per concorso nella condotta di azione altrui.

Da ultimo, in materia di diritto d'autore non ci si può esimere dall'evidenziare che l'intera disciplina della responsabilità (civile) degli ISP prevista dal D.Lgs. 70/2003 dev'essere coordinata con le disposizioni di cui alla L. 633/1941 che, in via incidentale, possono chiamare in causa anche il prestatore di servizi della società dell'informazione per le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale commesse online.

Su tutte, meritano un cenno in particolare gli artt. 156 e 163 della suddetta legge, i quali prevedono una particolare azione inibitoria proponibile da chiunque abbia ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante al fine di accertare i diritti spettanti al medesimo e, in caso di violazioni, al fine di ottenere una pronuncia giurisdizionale che vieti il proseguimento della violazione³⁹.

Ed invero, le norme menzionate consentono al titolare di privative economiche su opere dell'ingegno di agire non solo verso l'autore effettivo delle violazioni, ma altresì verso l'intermediario i cui servizi sono utilizzati per le violazioni medesime, il quale, in caso di accoglimento della domanda cautelare, dovrà necessariamente attivarsi per impedire la protrazione degli abusi commessi sulle piattaforme di rete a lui facenti capo.

È evidente che, nell'ipotesi di cui agli artt. 156 e 163 L. Aut., il *provider* destinatario dell'ordine inibitorio del giudice o della richiesta di rimozione proveniente dal privato, ancorché *ex ante* estraneo alle violazioni commesse dagli utenti dei propri servizi, non potrà più avvalersi del regime di esonero dalla responsabilità previsto dalla normativa sul commercio elettronico; ed invero, oltre a non poter certamente eccepire la mancata effettiva conoscenza dell'illecito, lo stesso *provider* dovrà attivarsi prontamente per impedire l'accesso ai contenuti illeciti, andando incontro, in difetto, al regime di responsabilità previsto dall'ultimo comma dell'art. 17 D.Lgs. 70/2003.

3.1. Le prospettive in tema di responsabilità degli ISP in materia di diritto d'autore nella legislazione comunitaria e nazionale: la Direttiva UE 790/2019, il D.Lgs. 177/2021 e il Digital Service Act.

Come anticipato nelle pagine precedenti, la *vexata quaestio* della responsabilità dell'ISP per le opere protette dal diritto d'autore pubblicate e diffuse, in un contesto di rete, dai fruitori della rete internet è stata oggetto, recentemente, di un profondo interesse da parte del legislatore comunitario, volto ad adeguare l'ordinamento giuridico al sempre più rapido sviluppo delle tecnologie informatiche e alle nuove istanze di tutela dei diritti sulle opere dell'ingegno che da tale sviluppo è derivato.

Tale interesse è andato concretizzandosi mediante l'adozione, da un lato, della Direttiva UE 2019/790 da parte del Consiglio e del Parlamento Europeo, e, dall'altro, della Proposta di Regolamento relativo ad un mercato unico dei servizi digitali, promossa dalla Commissione Europea, nota come "*Digital Service Act*", diretta alla modifica della Direttiva 2000/31/CE ad oggi vigente.

Data l'ampiezza delle tematiche e dei dibattiti inerenti tali provvedimenti, in questa sede ci si limiterà ad accennare gli aspetti di maggior rilievo che interessano la responsabilità dell'*Internet Provider* e che possono fornire utili spunti per un successivo approccio ai profili penalistici dell'attività del fornitore di servizi di rete nel contesto del diritto d'autore, rinviando a più adeguate sedi per una più completa trattazione della materia⁴⁰.

Partendo dalla Direttiva 790⁴¹, si osserva che la medesima intende far seguito alle precedenti Direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, rispettivamente volte a disciplinare la tutela delle privative d'autore sulle banche dati e del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e che ormai appaiono non più in grado di tenere il passo con il progredire dell'innovazione tecnologica e delle problematiche che ne discendono per la protezione delle opere dell'ingegno.

Come già illustrato *supra*, la Direttiva contempla, tra i propri destinatari, la figura del "*prestatore di servizi di condivisione di contenuti online*" ("*online content-sharing service provider*"), sulla cui nozione, offerta dall'art. 2 n. 6), ci si è già soffermati in precedenza.

Una prima definizione dei contorni degli obblighi e delle conseguenti responsabilità in capo a tale soggetto, il quale, di regola, altro non è che una manifestazione particolare dell'*hosting provider* di cui all'art. 16 del D.Lgs. 70/2003, è fornita dai Considerando 62 e seguenti.

Tali Considerando vengono tradotti in norma di legge dall'art. 17 della Direttiva, disposizione centrale in materia di responsabilità del prestatore di

servizi di condivisione online all'interno del testo legislativo nonché nell'intero sistema di *accountability* degli ISP per le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale seguenti all'illecita diffusione di opere dell'ingegno nel *world wide web*.

Occorre premettere che, richiamando il regime di responsabilità dei fornitori di servizi della società dell'informazione previsto dalla normativa sul commercio elettronico, l'art. 17, al comma 8, sancisce come principio generale l'assenza di un obbligo di sorveglianza in campo al *provider*; in forza di ciò, deve ritenersi che l'applicazione della norma, ai fini della responsabilizzazione del prestatore di servizi di condivisione online, presupponga che quest'ultimo svolga comunque un ruolo attivo nell'*upload* e nella diffusione dei contenuti coperti dal diritto d'autore.

Tale presupposto può ben dedursi dal primo comma dell'articolo *de quo*, che infatti prevede, come regola generale, che il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettua un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico, ossia una condotta rilevante secondo la normativa in materia di diritto d'autore, quando concede l'accesso al pubblico a opere protette o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti.

Quale conseguenza logica di tale premessa, pertanto, lo stesso comma 1 prescrive al *provider* di ottenere un'autorizzazione, anche mediante accordi di licenza, da parte dei titolari dei diritti sulle opere che intende mettere a disposizione dei fruitori del suo servizio⁴².

Peraltro, una volta ottenuta tale autorizzazione, la stessa si estende anche agli atti di comunicazione e messa a disposizione del pubblico di opere protette posti in essere da parte degli stessi utenti del servizio fornito dal *provider*: questi, pertanto, non dovrebbe incorrere in violazioni per condotte dei singoli, purché i medesimi, per espressa previsione del comma 2 dell'art. 17, non agiscano per fini commerciali o comunque non ottengano ricavi significativi dalla diffusione dei contenuti protetti oggetto di autorizzazione.

Il comma 4 regola invece le ipotesi di responsabilità dei *providers* in caso di mancato ottenimento dell'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti, prevedendo un onere della prova rafforzato a carico dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, fondato su di un, forse eccessivamente generico, concetto di "massimo sforzo" ("*best effort*"). Questi ultimi, in tali situazioni, andranno infatti esenti da responsabilità per atti non autorizzati di

comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti, a patto che dimostrino di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti d'autore e, in ogni caso, di aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e, infine, di aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro.

Dal tenore letterale del suddetto comma può dedursi la duplice manifestazione di responsabilità dell'ISP per la violazione di diritti di proprietà intellettuale. Una prima manifestazione, *ex ante*, si avrà quando l'ISP non ottenga l'autorizzazione per la diffusione di materiale protetto (o non ponga in essere i "massimi sforzi" in tal senso); una seconda, *ex post*, si avrà quando l'ISP, venuto a conoscenza della presenza, sui propri server, di contenuti illeciti, rimanga inerte a fronte di richieste di rimozione degli stessi, le quali potranno provenire, oltre che dall'autorità giudiziaria secondo quanto previsto dalla normativa sull'*e-commerce*, anche dai singoli titolari dei diritti violati⁴³.

Ad avviso di chi scrive, la Direttiva in commento, ancorando la responsabilità del *content-sharing service provider* (qualità che, a ben vedere, ad oggi può attribuirsi alla gran parte degli *hosting providers*) ad un parametro obiettivo quale quello dell'ottenimento dell'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti sulle opere dell'ingegno diffuse su internet consente di superare, almeno nell'ambito del diritto d'autore, alcuni dei dubbi interpretativi che tutt'ora continua a sollevare la disciplina generale prevista dalla legislazione sull'*e-commerce* nella definizione chiara e specifica delle soglie entro le quali l'ISP non viene chiamato a rispondere per gli illeciti compiuti dagli utenti della rete.

La centralità del tema della responsabilità dei *provider* di contenuti protetti nella società dell'informazione delineato dalla Direttiva 790 è comprovata dall'inusuale celerità che il legislatore italiano ha dimostrato nel recepire il provvedimento comunitario. Ed invero, è del 5 novembre 2021 il D.Lgs. n. 177 attuativo della suddetta direttiva nell'ordinamento interno.

Tale decreto, in vigore dal 12 dicembre 2021, traspone la disciplina dedicata ai fornitori di servizi di rete nel contesto della tutela della proprietà intellettuale nel nuovo Titolo II *quater* della L.

633/1941, rubricato "Utilizzo di contenuti protetti da parte dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online", in cui sono confluiti gli artt. 102 *sexies* e ss. della L. Aut., introdotti appositamente per fare spazio all'integrale normativa che la Direttiva riassume nel succitato art. 17 e nei relativi Considerando, ai quali, data la sostanziale identità tra le prescrizioni dei due testi di legge, si può rinviare.

In ogni caso, tra le disposizioni introdotte dalla novella del 2021 all'interno della Legge sul diritto d'autore merita una menzione particolare l'art. 102 *septies*, più specificamente dedicato alla responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online per gli atti non autorizzati di comunicazione e messa a disposizione del pubblico in mancanza dell'autorizzazione dei titolari dei diritti prevista al precedente art. 102 *sexies*, all'esclusione di detta responsabilità in caso di compimento dei "massimi sforzi" diretti a prevenire la diffusione indebita delle opere dell'ingegno sulla rete internet e all'affermazione della mancanza di un generale obbligo di sorveglianza in capo ai *provider*.

Significativa, anche per quanto riguarda i possibili risvolti applicativi in sede penale delle nuove disposizioni di ispirazione comunitaria, è altresì la clausola, invero di difficile interpretazione sistematica, contenuta all'ultima comma dell'art. 102 *sexies*, secondo la quale, nelle ipotesi ricadenti nella sfera applicativa del nuovo Titolo II *quater* L. Aut., "non si applica la limitazione di responsabilità di cui all'art. 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70".

Da una primissima lettura, la norma sembrerebbe escludere dallo speciale regime di *favor* previsto dalla normativa sull'*e-commerce* quei *provider* che mettono a disposizione del pubblico sulle proprie piattaforme online contenuti coperti da privative intellettuali senza quell'autorizzazione proveniente dagli autori prevista dall'art. 102 *sexies* L. Aut.; sicché, esemplificando, l'*hosting provider* che concede l'accesso a siti web su cui gli utenti possono fruire, duplicare, condividere o riprodurre opere dell'ingegno per le quali lo stesso *provider* non ha ottenuto l'autorizzazione o la licenza da parte dei soggetti legittimati non potrebbe più addurre, a propria discolta, la mancanza di un'effettiva conoscenza delle attività illecite poste in essere dagli utenti.

Tuttavia, a parere di chi scrive, la severità di tale disposizione mal si concilia con l'opposto principio statuito dal successivo art. 102 *septies* L. Aut., secondo il quale il *provider* rimane esente da

qualsivoglia obbligo di sorveglianza; esenzione il cui fondamento non si spiegherebbe laddove, al contempo, il *provider* fosse chiamato a rispondere anche nelle ipotesi in cui, proprio in virtù dell'assenza del suddetto dovere di controllo, non gli potevano comunque essere note le condotte antigiuridiche poste in essere dai fruitori dei propri servizi di condivisione online.

Al fine di chiarire i dubbi interpretativi sollevati da tale apparente *impasse* legislativo sembra, pertanto, opportuno attendere le prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo sistema di responsabilità dei *provider* in materia di diritto d'autore di ispirazione comunitaria.

Di rilievo è altresì la previsione di cui all'art. 102 *decies* della L. 633/1941 introdotto dal D.Lgs. 177/2021, il quale attribuisce ai titolari dei diritti di utilizzazione economica delle opere digitali la possibilità di chiedere direttamente al prestatore di servizi di condivisione di contenuti online (senza dunque attendere il provvedimento giurisdizionale inibitorio di cui agli artt. 156 e 163 della medesima legge) di disabilitare l'accesso a loro specifiche opere o ad altri materiali o di rimuoverli, indicando i motivi della richiesta. Se la richiesta è fondata, il prestatore dovrà immediatamente attivarsi per bloccare l'accesso al contenuto protetto oggetto di segnalazione e dare immediata comunicazione agli utenti dell'avvenuta disabilitazione o rimozione, nonché, ai sensi dell'art. 102 *septies* lett. c), porre in essere il massimo sforzo per impedirne il caricamento in futuro.

Infine, anche e soprattutto ai fini dei temi che saranno trattati nel prosieguo non può non menzionarsi la norma "di chiusura" prevista dal comma 2 dell'art. 102 *septies*, che con una formula forse giuridicamente infelice esclude ogni possibile limitazione di responsabilità del *provider* per l'illecita diffusione di materiali protetti sul web viene in ogni caso meno per il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online "che pratica o facilita la pirateria in materia di diritto d'autore".

Le novità introdotte dal legislatore europeo con la Direttiva 790 e, di riflesso, dal legislatore nazionale con il D.Lgs. 177/2021 sembrano poter aprire nuove prospettive anche verso una più chiara demarcazione della possibile responsabilità penale degli ISP per i delitti in materia di diritto d'autore commessi dai destinatari dei servizi della società dell'informazione, tenendo comunque a mente che, al fine di poter effettuare ulteriori valutazioni in

merito, specie in materia penale, non può che attendersi una prima casistica applicativa dei nuovi artt. 102 *sexies* ss. L. Aut.

La Direttiva 790/2019, tuttavia, appare solo il primo passo all'interno di un più ampio percorso di riforme della disciplina giuridica della società dell'informazione intrapreso dal legislatore comunitario. La necessità di assicurare l'equità del mercato digitale e, al contempo, di armonizzare la responsabilità delle piattaforme online e dei fornitori di servizi di rete ha dato infatti nuovi stimoli al legislatore europeo; stimoli concretizzati nella Proposta della Commissione per una legge sui servizi digitali (c.d. *Digital Service Act*⁴⁴) del 15 dicembre 2020, bozza di regolamento che, se e quando adottata dalle istituzioni legislative dell'Unione Europea, andrà a sostituire parzialmente le norme di armonizzazione dell'attività di prestazione transfrontaliera di servizi digitali nel mercato unico europeo, attualmente contenute nella direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

Rinviando ad altre sedi la trattazione più esaustiva dei contenuti del *Digital Service Act*⁴⁵, ci si può qui limitare a tratteggiare gli aspetti di novità di maggior rilievo per la responsabilità delle piattaforme online e dei grandi *players* del mercato dell'informatica, nei cui confronti la Proposta intende estrinsecare i propri effetti giuridici.

Nella sostanza, l'obiettivo di fondo del *Digital Service Act* consiste nel definire, in capo agli ISP, doveri di trasparenza e obblighi di informazione e di contrasto proattivo dei contenuti illegali, oltreché i requisiti che gli stessi sono tenuti a rispettare per beneficiare di esenzioni da responsabilità rispetto ai contenuti che ospitano, rimettendo agli Stati membri la quantificazione delle sanzioni irrogabili in caso di violazione di tali obblighi e requisiti da parte delle piattaforme online.

La Proposta si preoccupa altresì di fornire una nuova nozione di piattaforma online, focalizzando l'attenzione, all'art. 2 lett. H), sui prestatori di servizi di *hosting* che su richiesta di un destinatario del servizio, memorizzano e diffondono al pubblico informazioni, con esclusione delle attività aventi ad oggetto l'esecuzione di funzioni minori e puramente accessorie di un altro servizio e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio⁴⁶.

Quanto alla responsabilità delle piattaforme online per i contenuti trasmessi e memorizzati, il *Digital Service Act* non presenta particolari innovazioni

rispetto alla vigente disciplina contenuta nella legislazione sull'*e-commerce*.

Ed invero, la Proposta, pur abrogando formalmente gli artt. 12, 13, 14 e 15 della Direttiva 31/2000, ne riproduce essenzialmente il contenuto. Peraltro, oltre a mantenere le esenzioni dalla responsabilità per i prestatori (seppur ammettendo all'art. 6 la possibilità per gli ISP di procedere ad indagini di propria iniziativa volte a individuare contenuti illegali), il DSA sancisce nuovamente il principio generale dell'insussistenza di un obbligo di sorveglianza "coattivo" in capo agli stessi, conformemente all'interpretazione già datane dalla Corte di Giustizia⁴⁷.

Il *Digital Service Act* continua così a distinguere tra i *provider* (*access, mere conduit* e *caching providers*) che forniscono solo servizi di connettività e archiviazione, e che quindi hanno scarse o nulle capacità di moderazione dei contenuti illegali⁴⁸ diffusi dai loro clienti, dai fornitori di servizi di *hosting*, oggetto di specifica attenzione da parte della Proposta di Regolamento in quanto, data la loro maggiore capacità di conoscenza, e quindi di moderazione, risultano destinatari di specifiche disposizioni in tema di obblighi e responsabilità e, inoltre, sono assoggettati a penetranti poteri di controllo e di ispezione da parte della stessa Commissione⁴⁹.

Ulteriori disposizioni sono poi dedicate esclusivamente ai fornitori di servizi di *hosting*, che sono chiamati a predisporre meccanismi di notifica attivabili dagli utenti al fine di rendere nota al *provider* l'esistenza di contenuti illeciti memorizzati da quest'ultimo, nonché alle piattaforme online di grandi dimensioni (c.d. *gatekeepers*)⁵⁰, destinatarie di specifici obblighi di trasparenza e di valutazione dei rischi connessi alla loro attività giustificati dalla pervasività all'interno della collettività che caratterizza oggi i servizi forniti da tali piattaforme.

Ai fini della presente trattazione merita un cenno altresì l'art. 21 della Proposta, che pare attribuire un ruolo fortemente propulsivo agli ISP in relazione agli illeciti di cui vengono a conoscenza, seppur limitato ad ipotesi poco concretizzabili in un contesto digitale. Ed invero, la norma prevede uno specifico obbligo di denuncia in capo a tutte le piattaforme online, che sono tenute ad informare senza indugio le autorità giudiziarie dello Stato membro qualora vengano a conoscenza di informazioni che fanno sospettare che sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà commesso un

reato grave che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone.

Pur tenendo conto dei tempi richiesti per l'attuazione in regolamento vincolante e generalmente applicabile del Digital Service Act, nonché di tutte i possibili emendamenti che potranno sopravvenire nelle more della conversione in legge del medesimo, è indubbio il carattere dirompente che assumerà la nuova normativa sulla responsabilità degli ISP. Peraltro, seppur non prevedendo direttamente sanzioni penali applicabili alle piattaforme online, a parere di chi scrive non può escludersi che il Digital Service Act costituirà un possibile incentivo, per il legislatore nazionale, ad intervenire anche in materia penale con la previsione di un più puntuale statuto penale dell'*Internet Provider* che possa sciogliere i dubbi e risolvere le problematiche sollevate dalla ricerca di un criterio di individuazione delle conseguenze penali delle condotte, attive ed omissive, poste in essere dagli ISP.

4. La responsabilità penale dell'*Internet Provider*: i criteri di responsabilizzazione dell'ISP per i reati contro la proprietà intellettuale commessi dagli utenti.

Dalla suesposta illustrazione del quadro generale della responsabilità degli intermediari nella prestazione di servizi internet si possono dedurre una serie di principi fondamentali regolanti l'attività degli ISP, utili per muoversi nel delicato terreno dello statuto penale applicabile a tali soggetti.

In particolare, può affermarsi che la Direttiva 31/2000/CE ed il D.Lgs. 70/2003 garantiscono agli ISP una sorta di "*safe harbour*", escludendo che le attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting* (quantomeno passivo) possano essere fonte di responsabilità *ex ante* per i contenuti illeciti trasmessi e memorizzati a condizione che il fornitore si limiti ad un'attività sostanzialmente tecnica e automatizzata e non abbia effettiva conoscenza dei suddetti contenuti illeciti.

Tale necessaria "effettiva conoscenza", unitamente all'assenza di un obbligo di controllo preventivo sull'attività degli utenti della rete gestita dall'ISP (e, a *fortiori*, di impedimento dei reati commessi mediante l'utilizzo dei servizi offerti) sembrerebbe escludere, in astratto, la configurabilità di una penale responsabilità per tutti i casi in cui il *provider* non abbia agito attivamente e offerto un proprio contributo materiale attivo alla perpetrazione di reati nel cibernazio, ivi compresa l'illecita diffusione e

trasmissione online di materiale coperto dal diritto d'autore.

Di conseguenza, oltre a non poter apparentemente fondare una responsabilità per *omissionem ex art. 40 c. 2 c.p.*, in assenza di un'espressa posizione di garanzia positivamente determinata, la disciplina vigente sembrerebbe ostativa altresì alla contestazione, all'ISP, dei delitti commessi dai fruitori della rete a titolo di concorso *ex art. 110* per il solo fatto di aver messo a disposizione le strutture e le piattaforme digitali che hanno permesso, o comunque agevolato, la commissione del fatto⁵¹.

Analoghe perplessità sorgono in relazione alla circostanza in cui il *provider*, venuto comunque a conoscenza dell'esistenza di contenuti illeciti memorizzati o trasmessi sui propri spazi di rete, pur non avendo concorso nella commissione del reato rimanga inerte nell'adempiere i propri doveri di collaborazione e notificazione all'autorità giudiziaria ovvero nella successiva rimozione del materiale caricato e diffuso *contra ius*⁵².

Ed invero, se l'omessa attivazione della procedura di *notice and take down* appare idonea ad impegnare la responsabilità civile del *provider* ai sensi dell'art. 17 D.Lgs. 70/2003, degli artt. 156 e 163 della L. 633/1941, non vi è alcuna disposizione che tipizzi una sanzione penale per tale specifico inadempimento; di conseguenza, l'effettività della tutela penale a garanzia della corretta esecuzione dei doveri di cooperazione in capo all'ISP imporrà l'individuazione di norme di diritto sostanziale applicabili al caso concreto.

Tale disciplina, tuttavia, se da un lato si conforma ai principi cardine del diritto penale, primi fra tutti quello di personalità e di colpevolezza, per altro verso rischia di andare a frustrare quelle altrettanto cardinali esigenze di tutela giuridica imposte dallo sviluppo della società dell'informazione e dall'innovazione tecnologica menzionate nelle pagine iniziali.

Sulla base di questa considerazione, pertanto, dottrina e giurisprudenza, ancor prima del legislatore, hanno intrapreso un percorso ermeneutico diretto a individuare, spesso mediante il ricorso a criteri dogmatici non sempre condivisibili, e cristallizzare alcuni "modelli", ricavati dagli istituti di parte generale del codice penale, di responsabilizzazione penale dell'ISP per i reati posti in essere dagli utenti nel cibernazio, andando a specificare i casi e le condizioni per la loro applicabilità.

In particolare, in dottrina è stata elaborata una convincente "tripartizione" dei paradigmi ideali di responsabilizzazione penale cui può ricondursi l'*Internet Provider* in base alla propria cooperazione, attiva od omissiva, *ex ante* o *ex post*, all'illecito del fruitore della rete⁵³.

Il primo paradigma pone l'*Internet Provider* sullo stesso piano degli altri utenti della rete internet e del ciberspazio, sicché non sono previsti particolari doveri di controllo o obblighi di denuncia rispetto a condotte altrui né oneri di collaborazione con le autorità nella repressione degli illeciti.

La rilevanza del comportamento dell'ISP sul piano penale, in questo senso, è limitata alle ipotesi di autoria diretta, qualora il *provider* si renda direttamente responsabile per uno degli illeciti tipizzati dalla L. 633/1941 (ad esempio effettuando lui stesso l'*upload* di opere protette o laddove sia lui stesso il *content provider*) ovvero di concorso commissivo materiale o morale (doloso) nel fatto altrui ai sensi dell'art. 110 c.p.

Il secondo modello focalizza invece l'attenzione sul potere degli ISP di limitare già preventivamente la diffusione di contenuti illeciti sulle proprie piattaforme e sul controllo che questi è in grado di mantenere sulle informazioni e dati da lui trasmessi e memorizzati. In quest'ottica, il criterio di responsabilità sarà quello del concorso omissivo improprio ex art. 40 c. 2 c.p. e, in particolare, il rimprovero consisterà nel non aver impedito un reato altrui in violazione di una posizione di garanzia la cui fonte legittimante, come si vedrà nel prosieguo, non è di facile individuazione.

Il terzo ed ultimo paradigma di responsabilizzazione si concentra non tanto sulla cooperazione, attiva od omissiva, del *provider* nella diffusione di contenuti illegali online, bensì sugli obblighi insorgenti in capo al medesimo successivamente alla commissione del reato. Tra questi, possono individuarsi in particolare l'attivazione della procedura di *notice and take down* e la cooperazione con l'autorità giudiziaria nell'individuazione degli autori: l'ISP non avrà più l'obbligo di impedire l'immissione di materiale illecito in rete, ma dovrà invece attivarsi per ridurre le conseguenze di reati già commessi e per agevolare la punizione degli autori. In questo caso, come anticipato, ferma restando l'eventuale responsabilità omissiva per non aver impedito il reato a monte, sarà necessario comprendere a che titolo, a fini penali, poter contestare la violazione del suddetto obbligo al *provider*⁵⁴.

Tale tripartizione, a parere di chi scrive, appare quella più idonea a risolvere le maggiori problematiche connesse allo statuto penale del prestatore di servizi della società dell'informazione: si ritiene opportuno, pertanto, proseguire nella trattazione attenendosi ai suddetti modelli di responsabilizzazione.

4.1. L'ISP come concorrente attivo dei reati commessi dagli utenti della rete: i casi paradigmatici e gli indirizzi dottrinali.

Il primo, e probabilmente meno problematico, paradigma di responsabilizzazione penale dell'ISP su cui concentrarsi è quello che vede il *provider* partecipare in modo commissivo nei delitti contro la proprietà intellettuale che vengono realizzati negli ambienti di rete da lui gestiti e mediante i servizi messi a disposizione degli utenti.

L'addebito di una responsabilità ex art. 110 c.p. al fornitore di servizi di rete che cooperi nell'illecita diffusione e riproduzione di contenuti protetti dal diritto d'autore richiede, tuttavia, una ferrea delimitazione dei caratteri che tale cooperazione deve manifestare.

In via preliminare, a mente della disciplina generale del concorso di persone nel reato, si deve rammentare che il contributo causale del concorrente morale può manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa, quali istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso⁵⁵. Ciò che è necessario è che il giudice di merito fornisca compiuta motivazione sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti.

Ciò premesso, può osservarsi che, con riferimento al concorso nel reato del *provider*, secondo un primo autorevole orientamento dottrinale la semplice fornitura e mantenimento, da parte degli ISP, dei servizi e delle prestazioni, tramite *hardware* e *software* messi a disposizione degli utenti al fine di consentire loro l'*upload* e la circolazione di contenuti risulterebbero di per sé sufficienti a fondare un'imputazione ex art. 110 c.p. nei confronti del *provider* per i delitti commessi dai fruitori dei servizi

suddetti, salvi gli altri requisiti soggettivi ed oggettivi necessari richiesti dalla disciplina sul concorso di persone nel reato⁵⁶.

Secondo la suesposta tesi, pertanto, già la semplice attività svolta dall'ISP, sia essa di *mere conduit*, *caching* o *hosting*, dovrebbe ritenersi contributo causalmente idoneo, quanto meno nella forma dell'agevolazione, alla commissione dei reati da parte degli utenti della rete, e come tale sufficiente a fondare la responsabilità concorsuale del *provider*.

A parere di chi scrive, tuttavia, tale approccio dev'essere ad oggi rivisitato alla luce del mutamento delle caratteristiche essenziali del ruolo del *service provider* nella moderna società dell'informazione (e, in particolare, dei fornitori di servizi di *mere conduit* e *caching* temporaneo) e dell'ormai elevatissima automazione delle procedure e degli algoritmi che permettono ai singoli di accedere, condividere e caricare contenuti online: in tali circostanze, infatti, l'attività dell'ISP presenta, in astratto, un contenuto assolutamente neutro e comunque lecito.

Di conseguenza, sembra necessario individuare un *quid pluris* che, accanto al mero criterio della prestazione svolta dall'ISP, possa fondare una rimproverabilità *ex art.* 110 c.p. nei confronti di quest'ultimo.

A tal fine, si comprende perché, come anticipato a più riprese, la sopravvenuta disciplina legislativa sull'*e-commerce* costituisca ad oggi il punto di partenza irrinunciabile per la delimitazione della responsabilità penale dell'*Internet Provider*.

Come noto, i principi ricavabili dal D.Lgs. 70/2003 che possono determinare l'accertamento della responsabilità concorsuale attiva del *provider* sono essenzialmente due, nei quali possono identificarsi, rispettivamente, l'elemento oggettivo e soggettivo del reato ascrivibile all'ISP: il carattere non meramente tecnico e passivo dell'attività svolta e l'effettiva conoscenza dell'antigiuridicità dei contenuti trasmessi e memorizzati.

L'applicazione di tali corollari agli *access*, *mere conduit* e *caching* provider porta, di fatto, a rendere assai arduo ipotizzare una possibile responsabilità *ex art.* 110 c.p. in capo ai fornitori dei suddetti servizi, stante, da un lato, la natura essenzialmente neutra e, ad oggi, pressoché pienamente automatizzata dell'attività svolta dai medesimi e, dall'altro, la difficoltà di attribuire ad essi un'effettiva consapevolezza del contenuto delle informazioni e dei dati da loro trasportati nel cibernazio. Difficoltà che, del resto, risulta pienamente coerente con uno

dei valori cardine dell'informatica giuridica e del funzionamento della rete, ossia la *net neutrality*⁵⁷.

Ragionando diversamente, infatti, a parere dell'autore si rischierebbe di pervenire all'inaccettabile conseguenza per cui la semplice stipulazione di un contratto di accesso ad internet con un numero indefinito di utenti potrebbe di per sé costituire fondamento per l'addebito di una responsabilità concorsuale attiva in capo al prestatore del servizio per ogni violazione penalmente rilevante del diritto d'autore compiuta dai suddetti utenti, sul presupposto per cui senza la fornitura del servizio di collegamento alla rete la diffusione illecita di materiale protetto non potrebbe, già *ex ante*, venire ad esistenza.

Un ragionamento più analitico deve invece operarsi per l'*hosting provider*. Come infatti detto in precedenza, questo soggetto, soprattutto in materia di diritto d'autore, appare il reale destinatario dello statuto penale del fornitore di servizi internet, essendo colui che, di fatto, consente la diffusione e l'accesso al pubblico ad eventuale materiale coperto da proprietà intellettuale oggetto di violazioni.

Come illustrato in precedenza, il sostanziale regime di *favor* previsto dagli artt. 16 e 17 del D.Lgs. 70/2003 trova applicazione soltanto nei confronti del *hosting provider* c.d. "passivo", ossia l'intermediario che si limita a mettere a disposizione dell'utenza un protocollo di comunicazione ed uno spazio su cui allocare un contenuto, esercitando così quel servizio di ordine "meramente tecnico, automatico o passivo" che gli preclude tanto il controllo quanto la conoscenza sulle informazioni memorizzate (salvo il dovere di attivarsi a seguito di una comunicazione dell'autorità competente per la rimozione delle informazioni illecite ai sensi dell'art. 17 D.Lgs. 70/2003); sicchè, nei confronti del medesimo, sembra ragionevole poter operare il medesimo discorso già svolto per il *mere conduit* ed il *caching provider* quanto all'esclusione, almeno in astratto, di una responsabilità per concorso materiale o morale attivo nei reati commessi dagli utenti del cibernazio, residuando invece spazi per una contestazione *ex art.* 40 c. 2 c.p. su cui si tornerà *infra*.

Per contro, la prospettiva si capovolge quando l'*hosting provider* non si limita più a giocare un ruolo neutrale e puramente tecnico rispetto al materiale memorizzato, ma inizia a porre in essere attività che, pur estrinsecandosi in forma di numeri binari, risultano sintomatiche di una sua cooperazione attiva nella condotta dei fruitori del servizio e,

soprattutto, di tangibile consapevolezza del contenuto del materiale coperto da "copyright" di cui permette o agevola la diffusione e la riproduzione. Ed invero, è proprio siffatta partecipazione attiva e consapevole nell'attività dei *content providers* della rete che potrebbe fondare una contestazione ex art. 110 c.p. a carico del fornitore di servizi di *hosting* in caso di illeciti realizzati dalle persone fisiche. Non è casuale, pertanto, che sia proprio nei confronti di tali soggetti che la tematica è stata affrontata, *in primis*, dalla giurisprudenza penale in tema di responsabilità dei *providers* per delitti in materia di diritto d'autore e, più di recente, dal legislatore nazionale con l'introduzione dell'art. 102 *septies* L. Aut., che, come visto poc'anzi, al comma 2 preclude già a monte ogni limitazione di responsabilità per la piattaforma di condivisione online che abbia agevolato la commissione di delitti di pirateria digitale.

In concreto, tuttavia, si pone il problema dell'individuazione delle condotte indiziarie di un concorso causale e agevolatore, materiale o morale, rispetto al reato del singolo utente.

Sul punto, in dottrina sono state esemplificate, quali attività in grado di impegnare la responsabilità penale per concorso dell'*hosting provider* attivo, l'adozione di meccanismi automatici di filtraggio, indicizzazione, selezione o organizzazione dei contenuti, i quali comproverebbero, in capo all'ISP, un potere di controllo *ex ante* dei materiali da memorizzarsi, tanto che la pubblicazione in rete non sia automatica ma passi, necessariamente, da un'azione del *provider* stesso, o quest'ultimo intervenga direttamente sui contenuti, modificandoli o manipolandoli⁵⁸.

Si pensi, ad esempio, ai casi di *blog*, *newsletter* o *forum* in cui i messaggi, magari a contenuto diffamatorio, sono inviati al moderatore che decide se diffonderli ed eventualmente con quale contenuto ovvero dell'ISP che, in concorso col gestore di un sito di *e-commerce*, agevola la pubblicazione sulla pagina web di offerte di vendita di beni ricomprendenti altresì merce con marchi contraffatti ex art. 473 c.p. Volgendo lo sguardo più strettamente al tema del diritto d'autore, le fattispecie ipotizzabili in astratto sono plurime: si pensi, ad esempio, al caso, tutt'altro che infrequente, del fornitore di servizi di *hosting* che ricavi un lucro dalla messa a disposizione di piattaforme online costituite appositamente per l'*upload* e la non autorizzata diffusione in *streaming* di opere digitali protette.

Ancora, vi è chi ha ipotizzato una responsabilità per concorso ex art. 110 c.p. del *provider* che indicizzi i dati riconducibili alle opere digitali protette o consenta il loro *upload* attraverso le sue strutture, che potrebbe concretizzarsi nel mettere a disposizione link, software, opere multimediali in *streaming* e informazioni utili alla fruizione non autorizzata di un'opera dell'ingegno, eventualmente a scopo di lucro⁵⁹.

In tali ipotesi potrebbero rinvenirsi gli estremi di una responsabilità commissiva concorsuale, in quanto il fornitore ha contribuito a mettere a disposizione del pubblico l'opera protetta, immettendola in un sistema di reti telematiche. In tal caso, laddove si accerti che vi sia stata un'effettiva agevolazione dell'indebita circolazione dell'opera ovvero la cooperazione dolosa nell'immissione della stessa in un sistema di reti telematiche, a carico dell'ISP si potrebbero configurare i delitti di cui agli artt. 171 c. 1 lett. A) e A-bis), 171 *bis*, nel caso in cui l'opera digitale *de quo* sia costituita da un programma per elaboratore o da una banca di dati online, ovvero ancora diverse tra le plurime fattispecie di cui all'art. 171 *ter* c. 1 e c. 2 L. Aut.

Inoltre, non può certamente escludersi che il fornitore attivo potrebbe anche contribuire alla commercializzazione o comunicazione online, se non anche alla pubblicizzazione o al noleggio, o alla detenzione per scopi commerciali di componenti o servizi che abbiano la finalità o l'uso commerciale di eludere misure tecniche di protezione o siano progettati, prodotto o adattati con il fine di rendere possibile l'elusione di tali misure, sì da ipotizzare nei suoi confronti un concorso attivo nel reato di cui all'art. 171 *ter* lett. F-bis L. Aut.

In ogni caso, sarà pur sempre necessario accertare che il contributo causale offerto dall'ISP, all'interno dell'*iter* esecutivo, emerga quale indispensabile anello causale, quantomeno agevolatore, nell'immissione in rete del materiale protetto o in altra condotta rilevante ai sensi della L. 633/1941.

4.2. Segue. Gli interventi giurisprudenziali in merito alla responsabilità concorsuale dell'*hosting provider* "attivo" per i delitti contro il diritto d'autore nella società dell'informazione.

Oltre che in letteratura, il tema della responsabilità concorsuale del fornitore di servizi digitali ex art. 110 c.p. per la messa in circolazione nella rete internet di opere protette dal diritto d'autore senza averne diritto è stato oggetto di una serie di pronunce della

giurisprudenza di legittimità che, considerata anche la loro portata mediatica, possono ritenersi senza dubbio dei veri e propri *leading cases* in materia.

Come noto, possono considerarsi all'ordine del giorno i provvedimenti dell'autorità giudiziaria, sia Pubblici Ministeri che Giudici per le Indagini Preliminari, che dispongono sequestri ed oscuramenti di siti web, a finalità tanto probatoria quanto cautelare, al fine di contrastare la proliferazione di spazi telematici finalizzati alla condivisione, alla fruizione e al *download* di opere digitali senza l'autorizzazione dei titolari delle privative d'autore sulle medesime.

Proprio nell'ambito di questi procedimenti si inserisce la nota sentenza della Cassazione⁶⁰ che, in sede cautelare, si è pronunciata in merito al sequestro preventivo disposto sulla piattaforma svedese di *sharing* nota come "*The Pirate Bay*": tale pronuncia, risulta, infatti, centrale nel panorama ermeneutico della responsabilità per concorso ex art. 110 c.p. degli *hosting providers* gestori di siti internet, e fornisce altresì utili spunti, anche tecnici, per comprendere lo *status* giuridico delle reti *peer-to-peer* e delle condotte penalmente rilevanti che possono aver luogo al loro interno.

Il sito "www.thepiratebay.org", infatti, sul modello dettato dai *case studies* Napster e Peppermint, consentiva lo scambio di materiale protetto da diritto d'autore mediante il ricorso a protocolli *peer-to-peer*. Come già evidenziato in precedenza, tali sistemi consentono la condivisione di file audiovisivi mediante l'interconnessione tra utenti, i quali sono al contempo fornitori e fruitori dei contenuti scambiati. In tale complessa architettura, ogni utilizzatore ha pari grado ed acquista tanto un ruolo passivo (attività di *download*), quanto un ruolo attivo (attività di *upload*) nello scambio dei contenuti digitali.

In breve, la vicenda trae origine dal sequestro preventivo disposto dal Giudice per le Indagini Preliminari di Bergamo verso un sito web, il cui gestore risultava indagato per il reato di cui all'art. 171 *ter c.* 2 lett. A *bis* L. Aut.⁶¹, rispetto al quale aveva stabilito un oscuramento realizzato mediante l'ingiunzione a tutti gli Internet Provider italiani di predisporre il blocco IP e DNS del sito svedese, conformemente a quanto disposto dalla normativa sull'*e-commerce*.

Dopo l'annullamento dell'ordinanza del G.I.P. da parte del Tribunale del Riesame, con una motivazione assai peculiare cui si rinvia in nota⁶², la questione veniva infine sottoposta all'esame della

Suprema Corte, che, per quel che interessa in questa sede, individuava i caratteri minimi che la condotta dell'*hosting provider* deve possedere per essere penalmente rilevante ex art. 110 c.p. nel caso in cui metta in comunicazione utenti che compiono un'illecita attività di *uploading*.

Orbene, dopo una prima disamina tecnica delle reti *peer-to-peer*, la Corte rilevava che, in tali sistemi, atteso che la diffusione dell'opera protetta non avviene da un server centrale verso una periferia di utenti, bensì da utente *uploader* ad altri utenti riceventi, il reato di illecita diffusione di materiale coperto dal diritto d'autore è da ascrivere all'utente che carica l'opera sul sito a scopo di lucro (ravvisato, nel caso in esame, dagli introiti delle inserzioni pubblicitarie a pagamento).

Successivamente, i giudici di legittimità si soffermavano sulla posizione della pagina web che mette in comunicazione gli utenti che, in via principale, commettono un delitto contro la proprietà intellettuale.

In via generale, osserva la Corte, "*se il sito web si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione (quale quello peer-to-peer) per consentire la condivisione di file, contenenti l'opera coperta da diritto d'autore, ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso sarebbe in realtà estraneo al reato*".

Diversamente, se l'*host* del sito realizza anche un'attività di indicizzazione delle informazioni che gli vengono dagli utenti autori degli "*uploadings*" illeciti, sicchè queste informazioni (*rectius*, le chiavi per accedere al materiale protetto), essenziali perchè gli utenti possano orientarsi chiedendo il *downloading* di quell'opera piuttosto che un'altra, sono in tal modo elaborate e rese disponibili nel sito (ad esempio a mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate), il sito cessa di essere un mero "corriere" che organizza il trasporto dei dati⁶³.

In questo caso, infatti, la piattaforma online pone in essere quel *quid pluris* che rende disponibile all'utenza del sito anche una indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento. A quel punto, pertanto, l'attività di trasporto dei file non è più "agnostica", ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d'autore. Ed allora, benché lo scambio dei file avvenga da utente ad utente, l'attività del sito web (al quale è riferibile il protocollo di trasferimento e l'indicizzazione di dati essenziali) diventa quella che

consente ciò e pertanto c'è un apporto causale a tale condotta: è, di conseguenza, con il ricorrere dei citati presupposti che la condotta del gestore del sito può essere inquadrata in una partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art. 110 c.p.

Benché le conclusioni della sentenza *"Pirate Bay"* possano definirsi ad oggi le linee guida per la materia della responsabilità concorsuale degli *hosting provider* attivi per i reati di cui alla L. 633/1941, già in precedenza la Corte di Cassazione ebbe ad intervenire sul tema, con un'altra sentenza rilevante sia per le conclusioni raggiunte dal collegio che per le critiche cui è andata incontro⁶⁴.

Come da prassi, nell'ambito di un procedimento per il reato di cui all'art. 171 c. 1 lett. A bis) L. Aut., il caso traeva nuovamente origine dalla richiesta di sequestro di un sito internet che permetteva ai propri utenti, fornendo il necessario link a server cinesi e il software per lo streaming, di vedere le partite del campionato di calcio italiano, coperte da esclusiva Sky, grazie alla diffusione in internet compiuta dalla tv cinese che aveva acquistato la licenza per la diffusione locale.

Atteso che il Giudice per le indagini preliminari non convalidava il sequestro, il Pubblico Ministero proponeva appello, anch'esso respinto dal Tribunale del Riesame. A sostegno delle proprie conclusioni, il Tribunale riteneva insussistente il *fumus* del delitto contestato in quanto accertava che, mediante una normale connessione via internet un numero imprecisato di utenti riuscisse a vedere le partite trasmesse da Sky non grazie all'elusione delle misure tecnologiche predisposte dalla società, ma perchè le partite erano immesse in rete da alcune emittenti cinesi che avevano acquistato dalla stessa Sky il diritto di trasmetterle localmente. Gli indagati italiani avevano facilitato l'accesso a tale prodotto con la sola diffusione di informazioni e la predisposizione di un link che permetteva il collegamento diretto ai server cinesi. Tale condotta, a parere del Tribunale, non era in grado di ricondursi al contestato illecito, in quanto la modalità con la quale deve avvenire la diffusione dell'opera, affinché potesse ritenersi integrato il reato di cui all'art. 171 *ter* c. 1 lett. A bis) L. Aut., consiste nella immissione in rete con una connessione di qualsiasi genere: nel caso in esame, gli indagati si erano limitati a diffondere in via telematica un prodotto che già altri avevano immesso e la condotta di agevolazione alla consultazione dei siti avveniva in un momento successivo al perfezionamento del reato.

Senonché, in accoglimento del ricorso proposto dal Pubblico Ministero, la Suprema Corte ribaltava la prospettiva adottata dai giudici del merito, ammettendo la configurabilità di un concorso attivo dei gestori del sito web italiano che avevano messo a disposizione degli utenti le informazioni ed i mezzi tecnici attraverso i quali era possibile installare sul proprio dispositivo i software necessari alla visione delle partite di calcio sulle quali Sky vantava un diritto di esclusiva.

A fondamento della propria statuizione, la Corte rilevava che *"è innegabile che gli attuali indagati hanno agevolato, attraverso un sistema di guida on line, la connessione e facilitato la sincronizzazione con l'evento sportivo; senza la attività degli indagati, non ci sarebbe stata, o si sarebbe verificata in misura minore, la diffusione delle opere tutelate. Le informazioni sul link e sulle modalità per la visione delle partite in Italia, per raggiungere il loro obiettivo, devono essere state inoltrate agli utenti in epoca antecedente alla immissione delle trasmissioni in via telematica; tale rilievo, se puntuale in fatto, comporta come conseguenza che, in base alle generali norme sul concorso nel reato, gli indagati, pur non avendo compiuto l'azione tipica, hanno posto in essere una condotta consapevole avente efficienza causale sulla lesione del bene tutelato"*⁶⁵.

La pronuncia in commento, a parere di chi scrive, fornisce uno spunto per una breve riflessione conclusiva in merito alla configurabilità della responsabilità concorsuale ex art. 110 c.p. dell'*hosting provider* e alle criticità del tema.

I delitti in materia di diritto d'autore sono, per la maggior parte, reati di mera condotta a consumazione istantanea che si configurano con condotte quali la diffusione, l'immissione in reti telematiche e la trasmissione al pubblico di opere protette, sicchè, una volta realizzato il fatto tipico, qualsiasi cooperazione successiva nel reato da parte dell'ISP dovrebbe risolversi in un *post factum* irrilevante ai fini del concorso nel reato a monte, ferme restando le specifiche ipotesi di reato in cui può sussumersi detta cooperazione posteriore.

Ciò premesso, se nella sentenza *"Pirate Bay"* la responsabilità ex art. 110 c.p. del gestore del sito è stata correttamente fondata sulla partecipazione attiva del medesimo agli illeciti realizzati dagli utenti della rete *peer-to-peer*, manifestatasi mediante l'indicizzazione delle opere caricate dai medesimi contestualmente al loro *upload*, nella pronuncia appena esaminata la Suprema Corte ha di fatto

esteso la responsabilità per concorso dei gestori del sito per fatti cronologicamente successivi alla diffusione, da parte dei server cinesi, delle partite di calcio.

È evidente che tale approccio presta il fianco a critiche: il fatto di avvisare gli utenti della rete che in futuro verrà messa a disposizione da altri soggetti un'opera dell'ingegno protetta, indicandone le modalità di fruizione, non contribuisce in alcun modo all'immissione in rete della stessa, potendo al più, come già rilevato, agevolarne l'accesso.

Ed invero, i gestori del sito non incidono sull'immissione in rete delle partite di calcio, che avveniva per opera del sito cinese, ma si limitavano, *ex post*, ad agevolarne la visione agli utenti che, indipendentemente dal contributo prestato degli indagati, avrebbero potuto comunque accedere ai server cinesi⁶⁶.

In tal caso, è pacifico che, se un reato vi era, questo si era già consumato con la diffusione dell'opera televisiva su internet prima ancora che i gestori del sito italiano intervenissero con la pubblicizzazione di link diretti a fornire un collegamento con l'opera stessa⁶⁷.

La sentenza *de quo* dimostra, pertanto, quanto alti siano i rischi di interpretazioni erronee nell'iter di accertamento della responsabilità per concorso attivo dell'*Internet Provider*, anche in circostanze assai frequenti nella fruizione di opere dell'ingegno in formato digitale, e quanto le esigenze punitive di tali soggetti, ancorché giustificate, possano adombrare una distorsione dei principi generali del diritto penale.

4.3. L'ISP "controllore": il concorso per omissione e la posizione di garanzia dell'*Internet Provider*.

Il secondo paradigma possibile di criminalizzazione dell'ISP, ed in particolare del *provider* c.d. "passivo", trova il suo nucleo fondante nell'individuazione di una posizione di garanzia in capo al medesimo, volta ad impedire i reati realizzati dagli utenti della rete.

In tal senso, il *provider* dovrà ritenersi responsabile penalmente per il venir meno agli obblighi connessi a detta posizione di garanzia e per non aver impedito l'illecita diffusione e trasmissione di opere dell'ingegno negli ambienti di rete da lui amministrati. Si comprende facilmente, pertanto, come l'"evento" che il *provider* sarebbe chiamato ad impedire corrisponda al delitto commesso dall'*uploader* del contenuto protetto: del resto, atteso che i reati in materia di diritto d'autore si

manifestano come fattispecie di mera condotta, non sarebbe ravvisabile già a monte un dovere di impedire un evento che, ai fini della configurazione del reato, non è neppure richiesto.

Stante l'assenza nel panorama normativo in materia di diritto d'autore di una fattispecie tipica di reato omissivo, tale aspetto dovrà essere analizzato esclusivamente sotto il profilo dei reati omissivi impropri e della generale clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c. 2 c.p.

Ed invero, sembra ormai assodata la non estendibilità all'ISP della disciplina prevista dagli artt. 57 e 57 *bis* c.p. per le ipotesi di responsabilità del direttore e del vicedirettore concernenti la carta stampata, cui non fanno eccezione le sparute pronunce giurisprudenziali che hanno riconosciuto la responsabilità penale in capo al direttore della (sola) testata giornalistica *online*⁶⁸, attesa la sostanziale diversità intercorrente tra questo soggetto e l'intermediario che mette a disposizione le risorse informatiche, telematiche e di rete per la diffusione del periodico in formato digitale⁶⁹.

Archiviata la percorribilità di un'incriminazione ex art. 57 c.p., quanto ancora resta da riverificare è quindi l'opzione ermeneutica che vorrebbe addebitare al provider una responsabilità per omesso impedimento dell'evento ex art. 40 c. 2 c.p.

Il tema è stato più volte affrontato, ancor prima che dalla giurisprudenza, da autorevole dottrina, la quale, pressoché all'unanimità, ha escluso la configurabilità tanto di una posizione di garanzia o di protezione in capo all'ISP quanto di un qualche obbligo giuridico di impedire la commissione dei reati da parte degli utenti della rete.

Le ragioni che osterebbero a giustificare un rimprovero per omesso impedimento di illeciti commessi da terzi nei confronti del fornitore di servizi internet, ben rappresentate dal concetto di "fuoco di sbarramento"⁷⁰, sono molteplici, e attengono sia a motivi di diritto che di fatto.

Quanto ai profili giuridici, è di immediata percezione come il legislatore non soltanto non si sia preoccupato di prevedere una norma che fondi un generale obbligo di impedimento dei reati degli utenti contro la proprietà intellettuale, ma abbia altresì espressamente sancito, proprio nella disciplina normativa sulla responsabilità dei *providers*, l'assenza di qualunque obbligo di controllo preventivo rispetto ai contenuti immessi online dai fruitori dei servizi di rete: ed invero, a mente dell'art. 17 del D.Lgs. 70/2003 "il *prestatore*

non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite"; di analogo tenore appare l'art. 17 della Direttiva 790 ed il corrispondente art. 102 septies L. Aut. introdotto con il D.Lgs. 177/2021, che sanciscono l'insussistenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al prestatore di servizi di condivisione online.

Inoltre, è stato rilevato che un obbligo di impedimento non potrebbe essere ricavato neppure dagli obblighi di rimozione degli effetti derivanti da reati già realizzati previsti dagli artt. 14 c. 3, 15 c. 2 e 16 c. 3 d.lgs 70/2003, né dagli obblighi di segnalazione di illeciti sanciti dall'art. 17 c. 2 del citato decreto: ed infatti, questi ultimi hanno finalità diverse, orientate alla collaborazione con le autorità, e presuppongono, in ogni caso, attività illecite già verificatesi⁷¹. In merito a tale considerazione, tuttavia, non manca chi ammette la configurabilità di una responsabilità omissiva del *provider* fondata sull'omessa rimozione, a seguito di segnalazione dell'autorità competente, dei contenuti caricati senza autorizzazione dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale sui medesimi, in quanto i relativi obblighi fanno riferimento a "violazioni" ed "attività illecite" e non già a reati consumati. Di conseguenza, le suddette norme che regolano la procedura di *notice and take down* che l'ISP deve attivare su ordine dell'autorità individuano semplici situazioni di rischio che possono anche avere rilevanza penale, e quindi dare origine ad una posizione di garanzia *ex lege* se non affrontate, ma che non necessariamente costituiscono un delitto già perfezionatosi⁷².

Senonché, a sfavore del riconoscimento di una posizione di garanzia per come, seppur autorevolmente, prospettato poc'anzi, giocherebbe altresì la circostanza per cui questo impatterebbe anche sul difetto di un nesso di causalità tra omissione ed evento. La gran parte degli illeciti commessi su internet, ed in particolar modo i delitti contro il diritto d'autore, risulta infatti riconducibile alla *species* dei reati a consumazione istantanea: di conseguenza, non potendo rispondere, almeno in astratto, a titolo di responsabilità omissiva per non aver impedito il protrarsi degli effetti del reato⁷³, l'inottemperanza ad un obbligo di intervento del *provider* non avrebbe in ogni caso alcuna efficacia causale, atteso che il reato si è già consumato nel momento stesso in cui la situazione tipizzata dalla

fattispecie penale si manifesta facendo sorgere per l'ISP l'obbligo di attivarsi; obbligo la cui violazione potrà eventualmente dar luogo ad ipotesi di reato autonome e non ascrivili a titolo di responsabilità omissiva⁷⁴.

Oltre alla mancanza *ex lege* di una posizione di garanzia, in capo al *provider* difetterebbero, dal punto di vista giuridico ancor prima che tecnico, anche i concreti poteri impeditivi degli eventi⁷⁵, *rectius* dei reati commessi in rete, requisito indispensabile per poter fondare ogni rimprovero basato sull'applicazione dell'art. 40 c. 2 c.p.: il quadro normativo di cui agli articoli 14 ss., D.Lgs. n. 70 del 2003, consente, infatti all'ISP di impedire l'accesso ai dati da altri immessi e di rimuoverli solo a seguito di richiesta dell'autorità od ove tale materiale risulta manifestamente illecito.

Né parrebbe idonea a fondare responsabilità *ex art.* 40 c.2 c.p. nei confronti dell'ISP la tesi di una responsabilità nascente da obblighi di impedimento riconducibili a precedente attività pericolosa. È stato infatti osservato da attenta dottrina che non potrebbe definirsi tale l'usuale predisposizione di un accesso ad Internet, né l'offerta di spazi su supporti collegati in rete o di servizi in detto ambito.

Ed invero, l'astratta possibilità che si commettano reati online non può rendere, per ciò solo, pericolosa la fondamentale attività di concessione di servizi agli utenti, che necessitano di accedere alle informazioni circolanti in rete non tanto per porre in essere condotte illecite, ma per soddisfare importanti interessi della propria vita sociale, professionale e privata⁷⁶.

Maggiori aperture sono invece state manifestate da voci isolate, seppur autorevoli, rispetto ad una posizione di garanzia nascente dal contratto tra l'ISP e i titolari di diritti d'autore, quale ad esempio quello relativo all'esclusiva di distribuzione online di specifiche opere dell'ingegno: tale accordo, infatti, nella misura in cui preveda la tutela di determinati interessi che possono essere minacciati attraverso l'uso della rete o delle strutture tecniche ed organizzative dell'ISP, può assumere rilievo ai fini della configurabilità posizione di garanzia di fonte contrattuale in capo al *provider*, qualora contenga una specifica individuazione del bene giuridico da proteggere e l'assunzione consapevole da parte dell'ISP della funzione di protezione e di controllo sulle condotte illecite degli utenti⁷⁷. È tuttavia evidente che, in simili ipotesi, non potendo trarre un principio generalmente valido per tutte le relazioni

contrattuali tra ISP e titolare dei diritti sulle opere dell'ingegno, occorrerà procedere ad una disamina, caso per caso, delle clausole di ogni singolo accordo. Oltre ai limiti giuridici, sono stati evidenziati anche i limiti tecnici e "di fatto" che precluderebbero la sussistenza di una posizione di garanzia in capo all'ISP. Mancherebbe, infatti, in capo al *provider*, la concreta possibilità di esercitare un efficace controllo generale sul traffico telematico e del suo contenuto. Le attività svolte in rete e la mole di informazioni trasmesse nel ciberspazio non rientrerebbero nel normale potere di organizzazione e disposizione del gestore del *network* senza ammettere un'ingerenza di quest'ultimo nella sfera riservata e personale degli utenti⁷⁸.

La mancanza in concreto del potere di controllare le attività degli utenti *ex ante* si potrebbe dedurre inoltre dall'enorme flusso di "dati che transitano sul o sui servers gestiti da ciascun Provider, essendo oltretutto sempre possibile che la trasmissione di o l'accesso a determinati dati avvengano anche per selezione (automatica o meno) di collegamenti alternativi, in conformità con la struttura aperta (od "anarchica", come è stato detto) di Internet, che non rappresenta alcun unitario sistema centralizzato, ma una possibilità di molteplici connessioni, fra reti e computer diversi, "semplicemente" in grado di scambiarsi dati utilizzando protocolli di trasmissione comuni"⁷⁹.

Peraltro, per quanto autorevole, quest'ultima tesi potrebbe, ad oggi, stridere con lo sviluppo e con l'enorme afflusso di potere acquisito delle grandi piattaforme online e delle c.d. *big tech*, le quali, come testimonia anche il bisogno di intervento espresso dal legislatore europeo con il Digital Service Act, paiono attualmente possedere tutti gli strumenti tecnici ed economici per esercitare un controllo costante e generale sul comportamento tenuto dagli utenti della rete e sull'eventuale materiale non autorizzato da loro caricato negli ambienti telematici.

4.4. *Segue. Le linee guida dettate dalla sentenza "Google c. Vividown"*.

Le ferree conclusioni dottrinali, ispirate dalla stessa disciplina normativa in vigore, in relazione all'opportunità di configurare una responsabilità penale omissiva del *service provider* sono state ampiamente condivise anche dalla giurisprudenza di legittimità che, con la sentenza nota come "*Google – Vivi Down*"⁸⁰, ha dettato i fondamenti dell'insussistenza, in capo all'*hosting provider*, in

particolare quello c.d. "attivo", di qualsivoglia posizione di garanzia rispetto all'attività in linea degli utenti.

Seppur inerente ad un caso di trattamento illecito di dati personali e non già alla materia del diritto d'autore, a parere di chi scrive la pronuncia in esame, data la sua natura di vero e proprio *leading case* nella disciplina della responsabilità dell'ISP, merita uno sguardo più approfondito.

Come noto, il processo traeva origine dalla pubblicazione, sulla piattaforma *Google-Videos*, di un filmato nel quale uno studente disabile era insultato e maltrattato da tre compagni, mentre un quarto studente riprendeva la scena con il proprio cellulare. Inoltre, nel filmato si faceva riferimento, in maniera diffamatoria, all'associazione "*Vivi Down*". Dalla diffusione del video, riprodotto e scaricato da un elevato numero di utenti, derivava l'insorgere del procedimento penale nei confronti di alcuni dirigenti della filiale Google Italia per il reato di diffamazione di cui all'art. 595 c.p., contestato ai sensi dell'art. 40 c. 2 c.p., e per il reato di trattamento illecito di dati personali attinenti alla salute del ragazzo ripreso, punito dall'art. 167 D.Lgs. 196/2003.

Nel contesto di tale procedimento si inseriva, in primo grado, la sentenza del Tribunale di Milano del 24 febbraio 2010, che, in primo luogo, escludeva il concorso omissivo nel delitto di diffamazione degli imputati, affermando, già in sede di merito, l'esclusione in capo all'*hosting provider* di un obbligo di impedire reati commessi dagli utenti; tale esclusione, per riprendere quanto illustrato poc'anzi, era motivata sia da ragioni giuridiche, in quanto la normativa sul commercio elettronico esclude un obbligo di vigilanza sul contenuto dei materiali diffusi dagli utenti, sia da considerazioni di tipo fattuale, ossia l'impossibilità in concreto di filtrare *ex ante* i contenuti degli *uploaders*.

Per contro, il giudice di prima istanza affermava invece la responsabilità omissiva dell'*Internet Provider* per la violazione dell'art. 167 cod. privacy, fondata non tanto sul mero omesso impedimento, mediante l'uso di strumenti tecnici e di filtraggio, del reato commesso da terzi, bensì sull'omissione di una corretta e puntuale informazione circa il rispetto delle prescrizioni normative concernenti il trattamento dei dati.

Il processo di merito procedeva in appello. In tale sede, con sentenza del 22 dicembre 2012, la Corte confermava l'assenza di una posizione di garanzia in capo all'*hosting provider* e annullava la condanna

anche in relazione all'illecito trattamento dei dati personali. In particolare, il Giudice di seconde cure qualificava la piattaforma *Google video* come *hosting provider* attivo, ossia come fornitore di servizi di rete che, oltre alla memorizzazione delle informazioni degli utenti svolge anche un'attività non neutra, connotata altresì da un possibile finanziamento economico attraverso le inserzioni. Senonchè, anche da tale qualità non discenderebbe, secondo la Corte, alcun obbligo di controllo preventivo in capo al *provider*. Inoltre, il Giudice del gravame rilevava altresì, al fine di escludere la posizione di garanzia nei confronti di Google, che un eventuale obbligo, penalmente sanzionato, di impedire i reati degli utenti non può in ogni caso dedursi dal dovere, in capo all'intermediario, di informare gli *uploader* sui corretti comportamenti da tenere durante l'utilizzo dei servizi di rete: in tal senso, l'unico soggetto responsabile dell'illecito commesso tramite la *piattaforma online* resta, in via autonoma, soltanto l'utente che procede al caricamento del materiale *contra jus*.

I principi affermati dalla Corte d'Appello di Milano venivano integralmente fatti propri e confermati dalla Corte di Cassazione successivamente adita dal Procuratore Generale, nell'ambito di una più ampia attività di coordinamento tra la disciplina sul commercio elettronico e la normativa sulla tutela dei dati personali, per la cui disamina si rinvia a sedi più opportune⁸¹.

Per quel che qui interessa, può osservarsi che, nel rigettare l'impugnazione, la Cassazione confermava l'assenza di una posizione di garanzia e di obblighi di sorveglianza in capo agli ISP, giacché nessuna disposizione "*prevede che vi sia in capo al provider, sia esso anche un hosting provider, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito*"; parimenti, secondo l'interpretazione della Corte, nessuna norma incriminatrice punisce un ipotetico obbligo dei *provider* di ricordare agli utenti di rispettare la legge.

In particolare, il caso esaminato sarebbe ricaduto nella sfera applicativa delle limitazioni di responsabilità dell'*hosting provider* previste dagli artt. 16 e 17 D.Lgs. 70/2003, atteso che l'ISP si era limitato a memorizzare e trasmettere i video inseriti dagli utenti, senza apportare alcun contributo alla determinazione del contenuto del video e alla sua diffusione⁸².

Inoltre, in anticipazione del discorso che verrà affrontato nel paragrafo successivo, con la sentenza "*Google – Vivi Down*" la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di soffermarsi direttamente sulla conoscenza che, necessariamente, il *provider* deve possedere rispetto al materiale illecito trasmesso o memorizzato sui propri server, presupposto imprescindibile nell'accertamento di un'eventuale responsabilità penale del fornitore di servizi internet.

Ed invero, oltre a non prevedere espressamente una posizione di garanzia in capo all'ISP rispetto alla prevenzione degli illeciti perpetrati dagli utenti della rete, la normativa sull'*e-commerce* limita ulteriormente la responsabilità del *provider* laddove questi non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione proveniente dal *content provider* è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, ovvero, non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. Così disponendo, secondo la Corte, il legislatore ha inteso porre quali presupposti della responsabilità del provider proprio la sua effettiva conoscenza dei dati immessi dall'utente e l'eventuale inerzia nella rimozione delle informazioni da lui conosciute come illecite.

Da ciò, pertanto, può dedursi che il legislatore ha inteso far coincidere il potere decisionale sui contenuti provenienti dai singoli fruitori della rete, ivi comprese le opere dell'ingegno digitali, con la capacità di incidere concretamente su tali contenuti, il che non può prescindere dalla conoscenza degli stessi. In altri termini, finchè il materiale illecito è sconosciuto al service provider, questo non può essere chiamato a rispondere della sua illiceità, perchè privo di qualsivoglia potere decisionale sul materiale stesso.

In via generale, sono, dunque gli utenti ad essere responsabili in via principale dell'attività di *uploading* nei servizi di *hosting* e non i gestori che si limitano a fornire tali servizi.

Richiamando le osservazioni dottrinali⁸³, le statuizioni della Suprema Corte possono sintetizzarsi in tre principi: in primo luogo, non è possibile attribuire all'*hosting provider*, anche se attivo, un generale obbligo di impedire i reati

commessi dagli utenti, mancando una norma che fondi l'obbligo giuridico; inoltre, le attività compiute dall'*hosting provider* sui materiali caricati dagli utenti, che non importino un intervento sul contenuto degli stessi o la loro conoscenza, non fanno venir meno le limitazioni di responsabilità previste dagli artt. 16 e 17 D.Lgs. 70/2003; infine, solo dal momento della conoscenza dell'illiceità dei contenuti pubblicati dagli utenti può ipotizzarsi una responsabilità del *provider* connessa ai reati posti in essere dagli utenti, che tuttavia, come meglio si vedrà *infra*, non potrebbe in ogni caso dar luogo ad una contestazione per concorso omissivo ex art. 40 c. 2 c.p., essendosi il reato ormai realizzato, bensì a contestazioni aventi ad oggetto fattispecie commissive autonome da individuarsi caso per caso.

4.5. Actual knowledge ed elemento soggettivo nell'accertamento della responsabilità penale dell'Internet Provider.

Esaminati i requisiti "oggettivi" per la configurabilità, o non configurabilità, di una responsabilità penale ex art. 110 c.p. o per omissione dell'ISP, la lettura dell'importante sentenza "*Google – Vivi Down*" pone le premesse per una breve dissertazione relativa all'elemento soggettivo che, tenuto conto della normativa sull'*e-commerce*, dei principi regolanti la materia del dolo di concorso e delle peculiarità tecniche di internet e delle funzioni svolte dai *providers*, appare imprescindibile per una completa trattazione dello statuto penale dei fornitori di servizi di rete per i reati contro la proprietà intellettuale.

Come noto, il sistema a tutela del diritto d'autore previsto dalla L. 633/1941, ed in particolar modo quello relativo ai reati di c.d. "pirateria" digitale, è costituito in prevalenza⁸⁴ da fattispecie che, fra i loro elementi essenziali, prevedono i requisiti dello scopo di lucro o dell'ingiusto profitto in capo all'autore materiale del reato. In alcune fattispecie, questi ultimi vanno implicitamente ricondotti alla stessa natura commerciale delle condotte previste, quali ad esempio la "diffusione", "vendita" o "messa in commercio" di cui all'articolo 171, c. 1, lett. a) ovvero l'esercizio in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore di cui all'art. 171 *ter* c. 2 lett. b)⁸⁵. In altri casi, invece, tali elementi vanno a costituire l'elemento soggettivo del dolo specifico, come nel caso dello "scopo di lucro", di cui all'articolo 171-*ter*,

c. 1 e c. 2 lett. a) *bis* e del "fine di trarne profitto" di cui all'art. 171 *bis*: in tali casi, la condotta dell'autore è inscindibilmente legata allo scopo cui è tesa, senza che la concreta realizzazione di quest'ultima sia peraltro necessaria al fine della consumazione. Quale che sia il fine perseguito dall'autore di reati di pirateria online, non può farsi a meno di rilevare, in ossequio al granitico indirizzo giurisprudenziale in merito⁸⁶, l'irrelevanza del suddetto fine in capo all'ISP che, attivamente o mediante omissione, fornisce un contributo causale all'attività illecita degli utenti sul web.

In altre parole, nei confronti del *provider* concorrente, ed in specie quello ex art. 110 c.p., dovrà accertarsi quantomeno un atteggiamento psicologico verso il fatto di reato qualificabile come dolo generico, ossia, da un lato, come rappresentazione (e volontà) di offrire il proprio contributo all'illecito posto in essere dall'*intraeus* e, dall'altro, come consapevolezza dello scopo mirato da quest'ultimo.

Tale assunto deve leggersi necessariamente in combinato con la normativa sul commercio elettronico (artt. 16 e 17 D.Lgs. 70/2003), che, come più volte anticipato nel corso della presente trattazione, postula, a monte di qualsiasi ricognizione di responsabilità dell'ISP, l'effettiva conoscenza da parte di quest'ultimo dell'illiceità dell'attività compiuta dagli utenti sui suoi server e all'interno delle proprie reti.

La necessità di tale effettiva conoscenza presenta importanti ricadute sia in ambito di responsabilità concorsuale attiva che in materia di concorso ex art. 40 c. 2 c.p.

Quanto al concorso ex art. 110 c.p., dal quadro normativo tratteggiato dal D.Lgs. 70/2003 può ricavarsi il corollario dell'esclusione di qualsivoglia forma di responsabilità concorsuale dell'ISP ove il suo contributo quale partecipe o coautore non sia sorretto almeno dal dolo diretto⁸⁷.

Ed invero, come desumibile dagli artt. 16 e 17 del D.Lgs. 70/2003, il legislatore ha escluso la rilevanza, anche penale, dei contributi offerti dall'ISP, ed in particolare dall'*hosting provider*, alla realizzazione del fatto tipico qualora i medesimi non siano almeno accompagnati, al momento della trasmissione o della memorizzazione dei dati, da una "effettiva conoscenza" del contenuto illecito degli stessi o di fatti e di circostanze che rendono manifesta l'illiceità delle attività compiute dagli utenti.

La nozione di "effettiva conoscenza" presenta alcune incertezze.

Il termine adoperato prima dal legislatore europeo nella Direttiva 31/2000/CE⁸⁸ e poi tradotto dai differenti legislatori nazionali parrebbe rimandare all'espressione "*actual knowledge*" contenuta nel §512 del *Digital Millennium Copyright Act* statunitense⁸⁹, e che nel nostro ordinamento rimarca, esclusivamente, che non può trattarsi di mera conoscibilità: non sarà, quindi, sufficiente dimostrare che il provider avrebbe potuto conoscere del compimento di attività penalmente rilevanti da parte dei fruitori dei propri servizi utilizzando un certo grado di diligenza, essendo invece necessario che sia fornita la dimostrazione di una concreta e, appunto, effettiva conoscenza⁹⁰.

Tale impostazione parrebbe del resto confermata anche dalla terminologia utilizzata dalle altre versioni della Direttiva CE 31/2000, quali, ad esempio, quella tedesca, che utilizza il termine analogo "*tatsächliche Kenntnis*"⁹¹.

È evidente che dalla necessaria sussistenza di tale "effettiva conoscenza" in capo al *provider* discende inevitabilmente il corollario per cui, quand'anche il *provider* ponga in essere, consapevolmente, attività e prestazioni causalmente adeguati a contribuire, in maniera attiva, alla commissione di reati da parte dei membri della comunità di *users* di internet (mediante, ad esempio, l'indicizzazione di opere dell'ingegno diffuse illecitamente, come ben illustrato dalla sentenza "*Pirate Bay*"), la penale rilevanza di tali attività e prestazioni ai fini del concorso *ex art.* 110 c.p. del *provider* sarà in ogni caso subordinato al duplice accertamento della concreta consapevolezza dell'illegalità della condotta del singolo e dell'adesione psicologica alla medesima. In caso contrario, infatti, si finirebbe per riconoscere un *dolus in re ipsa* in capo al *provider* per il solo fatto di aver messo a disposizione strumenti che, sul piano oggettivo, hanno agevolato la commissione di reati da parte degli utenti del web.

Tale considerazione preclude, di conseguenza, la configurabilità di ipotesi di partecipazione nel reato non soltanto di natura colposa (comunque non conciliabile con i reati in materia di diritto d'autore, e più in generale con i reati informatici, tutti puniti esclusivamente a titolo di dolo), bensì anche in termini di dolo eventuale, atteso che è la stessa norma fondante la responsabilità del *provider* a non ritenere sufficiente la mera prospettazione ed accettazione del rischio di contribuire ad un'attività illecita⁹².

Parimenti, deve altresì escludersi che il *provider* possa rispondere, ai sensi dell'art. 116 c.p., per un reato diverso da quello voluto realizzato da un altro compartecipe nonché, laddove si voglia comunque ritenere ammissibile l'istituto⁹³, a titolo di concorso colposo nel reato doloso.

Presentato in questi termini, pertanto, l'elemento soggettivo in capo all'*Internet Provider* per le ipotesi di concorso attivo in reati commessi *una tantum* da parte degli utenti della rete risulta, innegabilmente, di ardua dimostrazione; sicché, in concreto, la ricostruzione del dolo di concorso dell'ISP dovrà passare dall'accertamento di elementi sintomatici di un'adesione psicologica *ex ante* ai delitti dei singoli, quali l'esistenza di accordi preesistenti con chi materialmente abbia diffuso contenuti illeciti sui server amministrati dal *provider*⁹⁴ ovvero la continua prestazione di servizi che agevolino l'*upload*, la trasmissione e la diffusione di materiale illecito nonostante, in base a precedenti segnalazioni, ad autonome iniziative o a ordini di rimozione provenienti dall'autorità, ovvero ancora nel caso in cui il contenuto caricato dall'utente sia immediatamente riconoscibile come antigiuridico e non presenti margini di discrezionalità nella valutazione della sua illiceità, al fornitore sia noto che sulle proprie piattaforme online vengano commessi reati in maniera sistematica.

Non meno problematica si presenta la configurabilità dell'elemento soggettivo in capo al *provider*, ed in particolare in capo a quello che non interviene direttamente sulla circolazione dei contenuti nel ciber spazio, per le ipotesi in cui gli si voglia riconoscere una posizione di garanzia e, dunque, una sua responsabilità omissiva per i delitti commessi dalle persone fisiche sulla rete internet.

Come noto, ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo doloso nei reati omissivi impropri è necessario, cumulativamente, che il garante abbia consapevolezza della posizione di garanzia, che si sia rappresentato l'evento nella sua portata illecita⁹⁵ e che infine l'omissione della condotta doverosa sia cosciente e volontaria.

Sulla base di quanto illustrato sin qui, è evidente che, in relazione all'ISP, le criticità nell'accertamento del dolo emergono, in particolare, con riferimento ai primi due profili di consapevolezza, da un lato, della propria posizione di garanzia (e quindi degli obblighi giuridici di impedire i reati degli utenti) e della rappresentazione, dall'altro, dell'antigiuridicità dell'attività compiuta dai singoli sulla rete.

Ed invero, l'assenza di una legge che preveda espressamente una posizione di garanzia in capo all'intermediario di servizi della società dell'informazione contrasta, già di per sé, con la pretesa di un'inequivocabile cognizione della titolarità di obblighi penalmente sanzionati di vigilanza ed interposizione rispetto ai delitti commessi online dalle persone fisiche.

Se a tale premessa si aggiungono le difficoltà, anche di natura tecnica, di vagliare ogni singolo contenuto trasmesso e memorizzato sulla rete da parte dell'ISP, tanto più nei casi in cui, ai fini della fruizione delle prestazioni, il *provider* stesso abbia predisposto dispositivi la cui operatività, pur agevolando e migliorando la trasmissione delle informazioni, si basa su meccanismi predefiniti rispetto all'attività dell'utente, appare di immediata percezione che assai di rado potrà contestarsi all'*Internet Provider* l'attuale conoscenza delle condotte criminose realizzate tramite i servizi da lui forniti.

Per le ragioni suesposte, non sembra potersi neppure applicare al fornitore di servizi di rete l'orientamento giurisprudenziale che ammette la sussistenza della responsabilità omissiva intesa, sotto il profilo soggettivo, nella prospettazione dell'evento come evenienza solo eventuale⁹⁶.

Tale assunto stride, infatti, con le peculiarità dell'ISP e con la specifica disciplina legislativa, che parla espressamente di "conoscenza" dell'illecito e non di mera conoscibilità o accettazione del rischio che si verifichino fatti illeciti sulla rete, sicché non saranno sufficienti a fondare un rimprovero penale né la mancata reazione dinanzi ai c.d. "segnali d'allarme" né, a maggior ragione, la presunzione per cui il *provider* "non poteva non sapere" dei delitti realizzati all'interno delle reti cibernetiche riconducibili ai propri server⁹⁷. Aderendo alla già richiamata dottrina maggioritaria sul tema, deve peraltro precisarsi che la suddetta conoscenza, laddove acquisita *ex post*, non fa comunque sorgere alcun sintomo di colpevolezza, ma costituisce piuttosto il punto di partenza per l'irradiarsi di una serie di obblighi di cooperazione e di intervento successivo nei confronti del *provider* (c.d. "*notice and take down*"), non punibili a titolo di omesso impedimento del reato altrui.

Come più volte ribadito, infatti, anche volendo ammettere una posizione di garanzia del *provider*, una volta acquisita la conoscenza dell'illiceità, questi non potrà rispondere per concorso, non essendo ipotizzabile una responsabilità concorsuale sorta *ex*

post rispetto al momento di consumazione del reato, momento nel quale mancava altresì l'elemento soggettivo in capo al *provider*.

Tuttavia, come anticipato in precedenza, tale argomentazione potrebbe vacillare di fronte alla novellata disciplina introdotta dal D.Lgs. 177/2021 all'interno della L. Aut., in particolare con il nuovo art. 102 *septies*, per la quale la limitazione di responsabilità data dalla necessità dell'"effettiva conoscenza" non troverebbe applicazione per gli *hosting provider* di piattaforme di condivisione di contenuti online che non abbiano ottenuto l'autorizzazione per la comunicazione al pubblico delle opere caricate sulle piattaforme medesima.

Per concludere, fatte salve le future applicazioni pratiche dell'art. 102 *septies* L. 633/1941, ricollegandosi a quanto detto parlando del concorso *ex art.* 110 c.p., ad oggi pare opportuno limitare, sotto il profilo della colpevolezza, la responsabilità *ex art.* 40 c. 2 c.p. dell'ISP ai soli casi in cui, dopo aver ricevuto segnalazioni relative a reati già commessi sulle proprie reti, ometta consapevolmente di adottare misure di controllo e di filtraggio imposte dall'autorità al fine di prevenire la reiterazione di reati futuri per i quali, a questo punto, potrà rispondere per omissione.

4.6. Le conseguenze penalmente rilevanti dell'inerzia dell'ISP dopo la commissione del reato.

Sin qui s'è parlato della responsabilità penale dell'*Internet Provider*, e delle relative criticità, in termini di concorso, attivo ed omissivo, nelle condotte anti-giuridiche poste in essere dagli utenti, ossia i *content providers*, della rete.

Senonché, come già anticipato in precedenza, può individuarsi un terzo modello di *accountability* del fornitore di servizi digitali che prescinde da un suo eventuale contributo nell'illecito dei singoli, ma si fonda invece sull'accertamento dell'esistenza di obblighi giuridici penalmente sanzionati insorgenti in capo all'ISP solo dopo, e non già *ante*, la commissione di reati.

Sotto questo profilo vengono in gioco tutte quelle disposizioni che impongono di rimuovere dal server il materiale illecito memorizzato o di inibire l'accesso a siti contenenti tali informazioni.

A ben vedere, gli agganci normativi sono molteplici, e possono rinvenirsi tanto nella disciplina regolante l'*e-commerce* quanto, per quel che interessa in questa sede, nella legislazione sul diritto d'autore.

In particolare, come già evidenziato, gli artt. 14, 15 e 16 prevedono, nei confronti rispettivamente del *mere conduit*, *caching* e *hosting provider*, la facoltà per l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza di esigere che il prestatore, nell'esercizio delle sue attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

Come regola generale, inoltre, l'art. 17 impone all'ISP un duplice obbligo informativo, avente ad oggetto sia la comunicazione delle attività e delle informazioni illecite riguardanti un destinatario del servizio sia, se richiesto dall'autorità, la fornitura di dati che consentano l'identificazione del destinatario che abbia tenuto condotte antigiuridiche mediante i servizi digitali prestati dal *provider*.

Si rammenti inoltre la clausola di responsabilità civile prevista dall'ultimo comma dell'art. 17 per il caso in cui l'ISP, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso al detto contenuto illecito, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere antigiuridico pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente.

Accanto alla normativa sul commercio elettronico, vi sono ulteriori disposizioni che regolano i contenuti di siffatti obblighi di cooperazione e rimozione dei contenuti illeciti, riassumibile nel concetto di fonte statunitense, più volte ripetuto nelle pagine precedenti, di *"notice and take down"*.

Per quel che inerisce alla materia che qui interessa, ossia il diritto d'autore, sono plurime le norme che, in tale ambito, prescrivono determinati adempimenti agli ISP in caso di violazioni delle privative di proprietà intellettuale sulle opere dell'ingegno digitali.

Tra queste, possono richiamarsi le procedure di inibitoria giudiziale attivabili da coloro che hanno subito violazioni di diritti di utilizzazione economica su opere dell'ingegno previsti dai già citati art. 156 e 163 L. Aut., traducibili, anche in via indiretta, in ordini di rimozione dei contenuti illeciti rivolti all'intermediario i cui servizi sono utilizzati per tali violazioni.

Al di fuori della Legge 633/1941 si rinvengono, sul tema, altre fonti da cui trarsi l'obbligo di adottare la procedura di *notice and take down* in materia di illeciti contro la proprietà intellettuale. Emblematico è l'art. 1 del D.L. 72 del 22 marzo 2004, convertito dalla L. 128 del 21 maggio 2015, i cui commi 5 e 6

prevedono rispettivamente che *"a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate"* e *"a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, per le violazioni commesse per via telematica di cui al presente decreto, i prestatori di servizi della società dell'informazione, ad eccezione dei fornitori di connettività alle reti (c.d. access providers n.d.r.) pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti ovvero a rimuovere i contenuti medesimi"*.

Dalla suesposta elencazione di norme può ricavarsi una bipartizione di doveri che incombono sull'ISP a seguito della notizia della realizzazione di delitti sulle reti da lui gestite, ricomprendenti, da un lato, l'obbligo di denuncia all'autorità competente dell'illecito e delle informazioni utili all'identificazione degli autori e, dall'altro, l'obbligo di rimozione del materiale antigiuridico memorizzato sui propri server o di inibizione all'accesso, sempre su richiesta dell'autorità competente.

Entrambe le categorie di oneri ricadenti sul *provider* appaiono comunque riconducibili ad un minimo comun denominatore di non scarsa rilevanza, ossia il presupposto per cui l'obbligo di notifica e di rimozione sorge, soltanto, a seguito dell'intervento dell'autorità pubblica competente, giudiziaria e non, laddove segnalazioni o intimazioni di privati risultano, se ci si attiene alla lettera delle norme, prive di vincoli giuridici per l'ISP. Sulla scorta di tale considerazione, pertanto, la dottrina è univoca nell'orientarsi, anche in materia penale, verso la necessità di quella *"conoscenza qualificata"* già menzionata nelle pagine precedenti.

Ad ogni modo, in mancanza di una specifica fattispecie penale volta a tutelare l'osservanza di detti obblighi, che risultano puniti, quando previsto, soltanto in via amministrativa o civile⁹⁸, occorre individuare ipotesi di reato di parte speciale nel quale sussumere l'inerzia del *provider* nell'adozione dei comportamenti esigibili in caso di reati commessi online.

In via preliminare, si può ricordare che, come già anticipato sopra, una parte minoritaria della dottrina ha osservato che l'inadempimento degli obblighi di *notice and take down* da parte dell'ISP, benché apparentemente successivo ad un reato già

consumatosi, potrebbe fondare una responsabilità penale per omesso impedimento dei reati sulla rete; le attività anti giuridiche commesse online, secondo tale indirizzo, si svolgono pur sempre sotto l'autorità o il controllo del *provider*, rispetto alle quali questi è dotato di un effettivo potere e dovere di interferenza e rimozione che deve esercitare ricevuta la notizia del provvedimento ingiunzionale dell'autorità giudiziaria⁹⁹. Questa soluzione ermeneutica, se consente indubbiamente di trovare un equilibrio fra le interpretazioni che potrebbero comportare il rischio di deriva verso forme di "responsabilità da posizione" dell'ISP con le posizioni tradizionali orientate verso la non prospettabilità di una posizione di garanzia in capo al fornitore di servizi, presenta il limite, già evidenziato *supra*, di estendere la responsabilità penale per concorso di un soggetto a reati che, di fatto, si sono consumati in precedenza e in un momento nel quale il *provider* non risultava (ancora) titolare di alcun obbligo di controllo e impedimento. Letta in questo modo, infatti, tale tesi porterebbe il *provider* a rispondere ex art. 40 c. 2 c.p. non già per non aver impedito un reato, ma per non aver rimosso gli effetti pregiudizievoli di un reato già manifestatosi in tutti i suoi elementi costitutivi.

Abbandonando ora il discorso sulla responsabilità concorsuale dell'ISP e concentrandosi esclusivamente sul disvalore intrinseco dell'inottemperanza ai doveri di comunicazione e di rimozione previsti dalle differenti disposizioni extrapenali di riferimento, può affermarsi che le fattispecie tipiche riconducibili a detta inottemperanza non manchino e, anzi, siano molteplici.

Premessa, per ovvie ragioni, l'impossibilità di rendere l'ISP destinatario dei precetti di cui ai reati di omessa denuncia di reati all'autorità di cui agli artt. 361 e 364 c.p.¹⁰⁰, le prime ipotesi delittuose di parte speciale, astrattamente riferibili al *provider*, che saltano all'occhio sono indubbiamente quelle di favoreggiamento personale e reale previste dagli artt. 378 e 379 c.p.

Quanto al favoreggiamento personale, aderendo all'insegnamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità fermo nell'ammettere la possibilità di realizzare il reato anche mediante un *non facere* antidoveroso nei casi in cui vi sia un obbligo di cooperazione con l'autorità¹⁰¹, è di immediata percezione che la, dolosa, mancata segnalazione alle autorità giudiziarie, a seguito di provvedimento delle medesime, delle informazioni

utili all'individuazione degli autori delle condotte lesive del diritto d'autore commesse su internet imposta agli ISP dagli artt. 17 c. 2 lett. b) D.Lgs. 70/2003 e 1 c. 5 D.L. 72/2004 potrà essere facilmente interpretata come quell'aiuto diretto a eludere le indagini o a sottrarsi alle ricerche dell'autorità che integra il fatto tipico del reato di cui all'art. 378 c.p.

Va tuttavia segnalata l'opinione di chi, in letteratura, ha ritenuto che la specifica previsione di una sanzione amministrativa per la mancata collaborazione con l'autorità, previste dal D.L. 72/2004, sembra escludere, in virtù del principio di specialità e di sussidiarietà dello strumento penale, che il mero omesso adempimento di questi obblighi da parte dell'ISP possa integrare il delitto di favoreggiamento: se, infatti, la mancata comunicazione integrasse già la fattispecie delittuosa, il portato dell'illecito amministrativo, a fronte di una formulazione assai ampia, sarebbe piuttosto esiguo, limitandosi alle violazioni di carattere colposo.

In tale ottica, la possibilità di ascrivere un'imputazione a titolo di favoreggiamento verso l'ISP parrebbe limitarsi ad ipotesi in cui la condotta del medesimo si colori di un *quid pluris* rispetto alla semplice omissione, come nel caso di comunicazione di informazioni false o difformi sulle imprese o soggetti che diffondono o commercializzano opere dell'ingegno in rete senza licenza¹⁰².

Se si ammette in ogni caso la configurabilità del reato di favoreggiamento personale verso l'ISP, non sembrano porsi ostacoli all'applicazione, anche, della fattispecie di favoreggiamento reale: quest'ultima pare infatti configurabile non soltanto nei casi di omessa segnalazione degli autori dei reati, ma anche in caso di omessa rimozione del contenuto illecito, condotte ben sintomatiche di un'intenzione di assicurare al colpevole il profitto dei reati contro la proprietà intellettuale commessi in rete, il cui fine lucrativo è, del resto, elemento costitutivo della struttura del fatto.

Con specifico riferimento all'inadempimento degli obblighi di adozione delle misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti e a rimuovere i contenuti medesimi previsto dagli artt. 17 c. 3 D.Lgs. 70/2003 e 1 c. 6 D.L. 72/2004 ordinate dall'autorità, nonché all'inottemperanza degli ordini inibitori emessi ai sensi degli artt. 156 e 163 L. Aut., le fattispecie immaginabili sono essenzialmente due: la prima, delittuosa, di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice ex art. 388 c.p.; la

seconda, contravvenzionale, consistente nell'inosservanza di provvedimenti dell'autorità di cui all'art. 650 c.p.

Quanto al reato di cui all'art. 388 c.p., l'ipotesi di riferimento potrebbe individuarsi, oltre che nella generale commissione di atti fraudolenti al fine di sottrarsi all'adempimento di obblighi nascenti dal provvedimento del giudice, nella fattispecie di cui al comma terzo, che prevede la pena della reclusione fino a tre anni verso chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice che prescrive misure inibitorie a tutela di diritti di proprietà industriale. L'applicazione di tale comma, tuttavia, sembra richiedere una contorta estensione del concetto di proprietà industriale alla nozione di proprietà intellettuale, della quale, come noto, la proprietà industriale costituisce una *species*.

Benchè certamente non escludibile a priori, l'applicabilità in concreto dell'art. 388 c.p. alla condotta inerte dell'ISP sembra incontrare un limite nella parte in cui subordina l'integrazione del delitto alla realizzazione di atti fraudolenti diretti ad eludere gli obblighi di esecuzione del provvedimento giudiziale¹⁰³. Di conseguenza, sembrerebbe escluso dalla sfera applicativa della norma l'ipotesi, certamente più frequente, di mera inosservanza dell'ordine inibitorio o di altro provvedimento giudiziale che imponga il blocco dell'accesso al materiale illecito non accompagnata da comportamenti elusivi e fraudolenti del *provider*.

Tali ragioni hanno portato la dottrina a ritenere più corretto il richiamo all'ipotesi meno grave di cui all'art. 650 c.p., la quale, trattandosi di contravvenzione, è idonea ad applicarsi anche ai casi in cui il mancato filtraggio dei siti web e l'omessa rimozione del materiale lesivo dei diritti di proprietà intellettuale siano imputabili ad un'inerzia del *provider* di natura colposa.

Seppur di più immediata applicazione, è tuttavia pacifico che il ricorso alla fattispecie ex art. 650 c.p. nei confronti del fornitore di servizi di rete presenta un limite attinente alla scarsissima deterrenza verso gli ISP rispetto all'osservanza dei doveri di cooperazione con l'autorità.

Il reato è infatti una contravvenzione punita con pena alternativa, e pertanto suscettibile di estinzione mediante oblazione ai sensi dell'art. 162 *bis* c.p. dietro il pagamento di una somma pari alla metà del massimo dell'ammenda prevista, che l'art. 650 c.p. fissa in 206 euro.

Sembra inutile dilungarsi su quanta poca efficacia dissuasiva presenta la minaccia del versamento di 103 euro per soggetti, quali i prestatori di servizi internet, il cui fatturato annuo, in alcuni casi, raggiunge importi calcolabili in scala di miliardi di euro.

Sulla base di tali considerazioni, è evidente che, il rimprovero penale per l'omesso adempimento dell'ordine di "take down" proveniente dall'autorità giudiziaria sia, di fatto, destinato a lasciare spazio al più immediato nonché, paradossalmente, più severo e inibitorio regime sanzionatorio di carattere amministrativo e civile previsto dalla normativa di settore.

Di conseguenza, tenuto conto delle inevitabili difficoltà applicative dei suddetti reati di cui agli artt. 378, 379, 388 e 650 c.p. verso l'ISP che non dia seguito ai provvedimenti autoritativi di segnalazione e rimozione degli effetti delle attività illecite commesse tramite i servizi forniti sulla rete, la suesposta modalità di allocazione della risposta penale a seguito della commissione di un reato pare poter superare i tre fondamentali problemi posti dalla qualificazione della responsabilità penale dell'ISP in termini di concorso, attivo ed omissivo, nei reati degli utenti, ossia il fondamento giuridico della posizione di garanzia, l'esistenza di poteri giuridici impeditivi dell'evento e la sussistenza del dolo, in relazione alla conoscenza del reato da altri realizzato¹⁰⁴.

Una nuova prospettiva di responsabilizzazione del *provider* per l'omessa rimozione di contenuti contrastanti con il diritto d'autore si è aperta, peraltro, con l'introduzione del nuovo art. 102 *decies* nella L. 633/1941 ad opera del D.Lgs. 177/2020; come anticipato *supra*, infatti, la norma attribuisce ai titolari dei diritti di utilizzazione economica sulle opere digitali di chiedere al prestatore di servizi di condivisione di contenuti online di disabilitare l'accesso a loro specifiche opere o ad altri materiali o di rimuoverli.

Ed invero, se è evidente che l'inerzia del *provider* di fronte a tali richieste non potrà certamente configurare le suesposte ipotesi di reato di cui agli artt. 388 e 650 c.p., considerato che l'ordine di rimozione non proviene da una fonte "pubblicistica" bensì da un privato, la stessa inerzia potrebbe tradursi nella commissione, in via autonoma, di una delle fattispecie di cui agli artt. 171 ss. L. Aut.: non ottemperare alla richiesta di rimozione proveniente dal titolare del diritto d'autore, infatti, equivale alla

diffusione e messa a disposizione di un'opera dell'ingegno senza l'autorizzazione dell'autore, sicché, se compiuta a scopo di lucro, tale condotta rientrerebbe pacificamente nella categoria dei delitti di pirateria digitale previsti dal testo legislativo. Tuttavia, occorre precisare che tale considerazione, data l'assenza di interventi giurisprudenziali e dottrinali sull'art. 102 *decies* L. Aut., rimane una mera tesi interpretativa ancora priva di riscontri applicativi ed ermeneutici.

In ogni caso, in una prospettiva *de jure condendo*, qualora si ritenga necessaria un'effettiva tutela penale della corretta esecuzione della procedura di *notice and take down* da parte dei *providers* può dirsi auspicabile un intervento ordinatore del legislatore che vada a tipizzare una fattispecie specificamente diretta a reprimere l'omesso adeguamento dei fornitori dei servizi internet agli obblighi loro imposti dopo la commissione di delitti da parte dei fruitori del cyberspazio.

4.7. La responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 dell'Internet Provider.

Sin qui si è trattato dei possibili modelli di *accountability* penale degli ISP intendendo, implicitamente, come destinatari del rimprovero e della sanzione le persone fisiche che agiscono all'interno della loro organizzazione aziendale a cui può direttamente e personalmente addebitarsi un'eventuale condotta illecita, attiva od omissiva che dir si voglia.

Pertanto, ancor prima di individuare il paradigma di responsabilità e la fattispecie concretamente applicabile al *provider*, occorre procedere nel tentativo, tutt'altro che semplice, di risalire al soggetto, apicale o subordinato, all'interno della struttura organizzativa della società "fornitore di servizi internet" a cui può ascrivere la violazione.

Ben diversa è la situazione in cui si voglia responsabilizzare il *provider* inteso come ente o società organizzata economicamente ed esercente un'attività d'impresa. Non va infatti dimenticato che i fornitori di servizi di rete sono organizzazioni imprenditoriali ramificate spesso a livello globale, come le grandi piattaforme di *hosting online* a noi ben note, o comunque nazionale, che rilasciano le loro prestazioni dietro corrispettivo.

In altre parole, si tratta di realtà economiche che, laddove coinvolte nella commissione di reati consumati o tentati, sono a pieno titolo destinatarie della disciplina della responsabilità amministrativa

delle persone giuridiche contenuta nel D.Lgs. 231/2001, che negli ultimi anni si è rivelata particolarmente severa, per lo meno nelle intenzioni, nel responsabilizzare le società per i reati realizzati nel contesto dello sviluppo tecnologico e della società dell'informazione¹⁰⁵.

Rinviando a sedi più opportune per una trattazione più approfondita di un argomento estremamente vasto¹⁰⁶, ci si limiterà qui ad esaminare i profili di intersezione di maggiore interesse tra il Decreto 231 e lo statuto penale degli *Internet Providers*, per come fin qui ricostruito, in relazione ai reati in materia di diritto d'autore.

Come noto, la Legge 23 luglio 2009, n. 99 ha esteso la responsabilità amministrativa degli enti ai reati in materia di proprietà intellettuale, introducendo all'art. 25 *novies* del Decreto, tra i reati presupposto, una serie di delitti in materia di violazione del diritto di autore previsti dalla L. 633/1941, e più precisamente di quelli di cui agli artt. 171, comma 1, lett. a-*bis*), e comma 3, 171 *bis*, 171 *ter*, 171 *septies* e 171 *octies* del testo legislativo, prevedendo in relazione ai medesimi la sanzione pecuniaria applicabile fino a cinquecento quote e quelle interdittive ex art. 9 c. 2¹⁰⁷ del Decreto per la durata non superiore ad un anno, la cui afflittività può risultare, soprattutto per società quali quelle che prestano servizi della società dell'informazione, ancor maggiore rispetto alla sola sanzione pecuniaria.

Il comma 2 dell'articolo in commento prevede, inoltre, l'applicazione anche nel procedimento a carico dell'ente delle disposizioni di cui all'art. 174 *quinquies* L. Aut., che impone al pubblico ministero, al momento dell'esercizio dell'azione penale, di informare il questore qualora l'illecito sia stato commesso nell'ambito di un esercizio commerciale o di un'attività soggetta ad autorizzazione al fine dell'adozione dei provvedimenti amministrativi di sospensione dell'esercizio o dell'attività, nonché la sanzione amministrativa accessoria della cessazione temporanea dell'esercizio o dell'attività per un periodo da tre mesi ad un anno.

Nell'estendere la responsabilità amministrativa da reato degli enti anche ai delitti in materia di diritto d'autore, la legge mira a garantire un'efficace tutela contro la contraffazione e al fine di ostacolare energeticamente il rischio che attraverso la sistematica violazione delle norme di proprietà intellettuale e di comportamenti commerciali in frode ai consumatori vengano realizzate vere e proprie politiche aziendali

"criminose" in grado di alterare la concorrenza tra imprese e di ledere l'economia nazionale¹⁰⁸.

È tuttavia importante effettuare una duplice puntualizzazione: in primo luogo, è fuori dubbio che la disciplina troverà applicazione solo nei casi di responsabilità concorsuale dell'ente negli illeciti, consumati o tentati, commessi dagli utenti della rete, e non anche in caso di inottemperanza ai successivi doveri di notificazione, rimozione e blocco dell'accesso, i quali, come osservato, sono riconducibili a fattispecie estranee all'elenco dei reati presupposto indicato dal Decreto 231.

Inoltre, quando si parla di responsabilità ex D.Lgs. 231/2001 dell'ISP, non si intende il caso del dipendente della società, attiva in un qualsiasi settore merceologico, che nell'interesse o a vantaggio della stessa pone in essere condotte penalmente rilevanti ai sensi della L. 633/1941 utilizzando i servizi e le strutture messe a disposizione dal *provider* nel proprio contesto aziendale (si pensi al dipendente esperto di informatica che, scaricati abusivamente un *software* o una banca dati utili per l'esercizio dell'attività lavorativa, li duplica e li condivide con i colleghi garantendo all'azienda un risparmio sulle *royalties*), bensì dell'*intraneus* all'organizzazione dell'ISP stesso che, in una delle forme di partecipazione concorsuale al reato sopra analizzate, cooperando attivamente od omissivamente, offra un contributo eziologicamente funzionale alla commissione del reato presupposto da parte dell'utente della rete.

Poste le dovute premesse, occorre evidenziare innanzitutto che la circostanza per cui, non di rado, i fornitori di servizi di rete siano costituiti da una società madre situata all'estero che consta di una rete estesissima di filiali e *subsidiaries* non osta all'applicazione, anche nei confronti di ISP aventi sede al di fuori del territorio nazionale, delle norme del Decreto. Ed invero, è ormai principio assodato quello per cui la persona giuridica, ancorché avente sede all'estero, è chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo derivante da un reato presupposto per il quale sussista la giurisdizione nazionale commesso dai propri legali rappresentanti o soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza. Ed infatti, l'ente è soggetto all'obbligo di osservare la legge italiana e, in particolare, quella penale, a prescindere dalla sua nazionalità o dal luogo ove esso abbia la propria sede legale ed indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di

norme che disciplino in modo analogo la medesima materia¹⁰⁹.

Allo stesso modo, in ossequio all'art. 4 del Decreto, anche i grandi *players* del mercato dei servizi digitali aventi sede in Italia potranno rispondere per i reati commessi all'estero ai sensi del Decreto 231.

In ogni caso, anche per fondare la responsabilità dei *providers* sarà necessario accertare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 5 del D.Lgs. 231: occorre, in altre parole, che il reato presupposto sia stato commesso da soggetti apicali o subordinati, operanti all'interno dell'organigramma della società, nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, con esclusione dunque delle ipotesi in cui l'illecito sia stato realizzato esclusivamente nell'interesse proprio della persona fisica.

La corretta individuazione dell'autore del reato entro la compagine societaria, come noto, è dirimente ai fini della prova della responsabilità dell'ente, atteso che laddove l'illecito sia stato posto in essere da un soggetto esercente la gestione o il controllo il relativo onere è rimesso all'ente con modalità tali da farlo apparire alla stregua di una *probatio diabolica*¹¹⁰.

E tuttavia, sono evidenti le criticità che tale accertamento presenta nel contesto organizzativo di enti quali gli *Internet Providers*, i quali, come anticipato, sono spesso costituiti da complessissime e multiformi realtà imprenditoriali articolate su scala globale le cui procedure decisionali coinvolgono un numero estesissimo di soggetti, di diverse nazionalità e sottoposti ad ordinamenti giuridici diversi: ed invero, già prima di soffermarsi sulla qualificazione aziendale attribuibile al responsabile del concorso dell'ISP nel reato presupposto, sarà necessario determinare se il contributo causale prestato dall'ente rispetto alle condotte antiggiuridiche dei fruitori dei servizi dell'ISP possa ascrivere ad una "falla" incidentale nella direzione della vigilanza sull'operato dei dipendenti in un contesto nel quale sono state comunque adottate appositi presidi cautelari volti a ridurre le possibilità di commissione di (o il concorso in) reati-presupposto, ovvero ad una prassi imposta "dall'alto" in virtù della quale, per volontà dei vertici dell'*Internet Provider*, quest'ultimo omette volontariamente di adottare misure di controllo, di filtraggio o di rimozione dei contenuti trasmessi e memorizzati sulle proprie piattaforme di rete.

Da quanto sopra esposto è fuori dubbio che, al fine di accertare a quale titolo l'ente debba eventualmente rispondere, sarà essenziale, in particolare con riferimento alle c.d. "big tech", accertare l'esistenza di documenti che consentano di individuare, all'interno di vastissime strutture imprenditoriali, "chi deve fare cosa", quali l'organigramma, codici etici e disciplinari, un sistema di procure e deleghe di funzione ecc¹¹¹.

Altro presupposto imprescindibile per l'attribuzione della responsabilità in relazione ai reati-presupposto è dato dal fatto che l'ente abbia avuto un interesse o tratto un vantaggio dalla commissione del reato.

Come noto, si tratta di requisiti alternativi ed indipendenti l'uno dall'altro: il criterio dell'interesse, da un lato, esprime la valutazione teleologica del reato apprezzabile *ex ante* e secondo un metro di giudizio soggettivo in relazione all'elemento psicologico della specifica persona fisica autrice del reato; viceversa, il criterio del vantaggio ha una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito e indipendentemente dalla finalizzazione originaria del reato¹¹².

Pur in assenza di una specifica casistica giurisprudenziale, non è arduo immaginare i potenziali interessi che l'*Internet Provider* potrebbe *ex ante* avere nel - o i benefici che potrebbe *ex post* trarre dal - concorso nei reati contro la proprietà intellettuale commessi online: si pensi, ad esempio, agli eventuali introiti che una piattaforma di *hosting* potrebbe ricavare grazie alla messa a disposizione in *streaming* di opere multimediali senza autorizzazione, ovvero alla possibilità di ricavare profitti grazie ai *banners* pubblicitari ospitati sul sito dove viene diffuso il materiale illecito, ovvero, ancora, alla più semplice ipotesi di pagamenti ricevuti dai gestori di siti web in occasione di accordi finalizzati a fornire a questi ultimi i mezzi tecnici e informatici per procedere con l'*upload* di contenuti protetti o, comunque, a non interferire con tale attività.

Le procedure di *compliance* normativa volte a prevenire la commissione di reati-presupposto nel contesto della struttura organizzativa dell'ente e ad esonerare quest'ultimo da possibili responsabilità nell'eventualità in cui detti reati siano stati posti in essere si traducono nell'adozione (e nell'attuazione) di quei Modelli di Organizzazione e Gestione che il Decreto stesso individua come i presidi tesi ad

escludere la colpa organizzativa dell'ente per i delitti commessi dalle persone fisiche operanti al suo interno.

Come noto, l'efficacia di tali modelli è subordinata ad una determinata struttura e ad uno specifico contenuto delineati dall'art. 6 c. 2 del D.Lgs. 231/2001, che ricomprendono la previsione di un organismo di vigilanza dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, la previsione di protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire, la specificazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati, la previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza da parte, l'introduzione di un sistema disciplinare effettivo che sanzioni il mancato rispetto delle misure indicate nel modello e l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati¹¹³.

Pensando ai reati in materia di diritto d'autore, le aree maggiormente sensibili alla commissione di delitti da parte di soggetti interni ad organizzazioni imprenditoriali operanti in larga parte su un mercato digitale e smaterializzato saranno indubbiamente costituite da quelle riconducibili all'Information Technology, alla comunicazione esterna e ai rapporti coi media, alla diffusione di materiale promozionale online potenzialmente coperto dal diritto d'autore, ai rapporti con la clientela nella fornitura di servizi di rete ovvero, ancora, agli acquisti di beni e servizi (quali software o banche di dati soggetti a privative intellettuali) da parte di terzi.

Ad ogni modo, data la scarsità di interventi giurisprudenziali sul tema, può ritenersi che l'applicazione della disciplina sulla responsabilità degli enti nei confronti dei prestatori di servizi di rete per reati in materia di diritto d'autore rimanga ad oggi una questione di interesse più teorico che pratico.

5. Conclusioni: lo stato dell'arte e prospettive future.

Nel terminare la presente disamina si può concludere affermando che, alla luce del combinato dell'attuale disciplina comunitaria e nazionale applicabile in materia, gli spazi per un riconoscimento della responsabilità penale dell'ISP per i reati contro il diritto d'autore commessi online del tutto scervo da perplessità sono ancora molto limitati.

I dubbi emergono, sostanzialmente, in relazione a tutti i differenti modelli di responsabilizzazione del *provider* esaminati nelle pagine precedenti.

Ed invero, con riferimento alla responsabilità omissiva, l'ordinamento italiano pare adottare come postulato l'esclusione *tout court* dell'attribuzione all'ISP di un ruolo di "controllore" rispetto alle condotte illecite aventi luogo nel cibernazio, in relazione alle quali l'intero panorama legislativo interno continua a negare, in capo al *provider*, posizioni di garanzia ovvero obblighi di sorveglianza. La linea adottata dal legislatore risulta peraltro condivisa, ad oggi, anche dalla giurisprudenza prevalente, come testimoniato dal citato caso *Google – Vivi Down*.

A ben vedere, tuttavia, allo stato attuale l'esclusione dallo statuto penale dell'ISP di una responsabilità *ex art.* 40 c. 2 c.p. non è una scelta criticabile.

La penale irrilevanza di una responsabilità concorsuale "omissiva" si presenta infatti coerente con i valori tecnico-giuridici su cui si reggono la rete internet e il diritto penale, aventi ad oggetto, rispettivamente, la neutralità della rete (in virtù della quale il web non potrebbe essere sottoposto ad alcun vaglio censorio preventivo) e il rispetto di quei principi di legalità e colpevolezza che precludono l'addebito ad un soggetto del mancato impedimento di un reato da altri realizzato in assenza di una norma che fondi tale obbligo, di un potere giuridico-tecnico idoneo a scongiurare l'illecito altrui e, infine, dell'effettiva conoscenza del compimento di reati da parte degli utenti dei propri servizi¹¹⁴.

Maggiori margini applicativi si intravedono invece in relazione al modello di *accountability* del *provider* inteso come soggetto obbligato ad attivarsi in seguito alla commissione dei reati; tuttavia, anche in questo caso, in assenza di una fattispecie che si rivolga direttamente al prestatore di servizi di rete rimasto inerte a fronte di illeciti commessi tramite i servizi da lui offerti, sarà comunque necessario andare ad accertare quale, tra le differenti ipotesi di reato di parte speciale, possa eventualmente applicarsi nel caso concreto.

Occorre in ogni caso tenere a mente che le conseguenze penalmente rilevanti in caso di inerzie e ritardi nell'attivazione della procedura di *notice and take down* sono limitate ai casi in cui l'ISP si interfacci con un'autorità pubblica, amministrativa o giurisdizionale che sia, e non anche alle sempre più numerose ipotesi, previste in particolar modo dalla legislazione sulla tutela del diritto d'autore, in cui

l'intimazione a rimuovere i contenuti pubblicati online e a disabilitarne l'accesso provenga da un privato cittadino titolare di privative violate dai fruitori della rete.

Infine, sembra invece più agevole la responsabilizzazione dell'ISP come concorrente attivo nel reato commesso dagli utenti: ed invero, i pochi dubbi sull'ammissibilità del concorso materiale nei reati sono stati definitivamente dissipati dall'art. 102 *septies* L. Aut., introdotto dal D.Lgs. 177/2021, che esclude ogni limitazione di responsabilità per il *provider* che agevoli condotte aventi ad oggetto l'illecita condivisione di opere dell'ingegno in rete; ad ogni modo, anche la responsabilità penale *ex art.* 110 c.p. dell'ISP presenta alcune criticità con riferimento alla corretta individuazione di quelle condotte, poste in essere su un piano informatico e virtuale, che possono tradursi in un'agevolazione o in un contributo eziologico alla realizzazione dei delitti da parte dei fruitori dei servizi di rete messi a disposizione dal *provider*.

Certo è che non può negarsi l'impatto potenzialmente dirompente che presenterà l'attuazione della Direttiva Copyright 790 del 2019 tramite il D.Lgs. 177/2021, soprattutto nella parte in cui introduce l'onere per l'*hosting provider* che fornisca piattaforme di condivisione online dove gli utenti possono caricare contenuti di ottenere la licenza dai titolari dei diritti d'autore sulle opere dell'ingegno immesse nel cibernazio.

Ed invero, nel caso in cui tale autorizzazione manchi, così come nel caso in cui l'ISP non abbia posto in essere i "massimi sforzi" per ottenerla, opererà l'esclusione dell'applicazione del regime di esonero da responsabilità previsto dal D.Lgs. 70/2003. Può dunque presumersi che non saranno rari i casi in cui le contestazioni per reati in materia di diritto d'autore saranno dirette anche verso gli ISP stessi, sia in termini di concorso attivo nelle ipotesi di vera e propria partecipazione dolosa nei reati che in termini di concorso omissivo qualora i fornitori di servizi di rete abbiano consapevolmente omesso di vigilare sulle attività di *upload* di materiale non autorizzato da parte degli utenti di internet.

Peraltro, oltretutto sul piano giuridico, le criticità relative all'addebito di una penale responsabilità all'ISP si presentano anche da un punto di vista tecnico; le attività tipiche poste in essere nel cibernazio dai fornitori di servizi digitali, infatti, spesso e volentieri sono del tutto automatizzate e, come ovvio, si manifestano sotto forma di numeri

binari; le stesse, pertanto non sono direttamente e fisicamente riscontrabili nel mondo fisico, come invece potrebbe dirsi per un accesso abusivo ad un sistema informatico realizzato da una persona fisica mediante la pressione di tasti su una tastiera o per un *upload* di contenuti protetti facilmente riconducibile ad un determinato *device* tramite l'individuazione dell'indirizzo IP di riferimento.

Da ciò consegue una difficoltà di fondo nell'accertamento delle modalità di estrinsecazione della condotta ascrivibile ai *providers* e, non da ultimo, nella dimostrazione della consapevolezza dolosa, in capo all'ISP, della partecipazione attiva od omissiva in un reato commesso in rete. E' indubbia, pertanto, la necessità di un accrescimento delle competenze informatiche e digitali da parte di tutti gli operatori del diritto penale, siano essi esponenti della P.G., Pubblici Ministeri o difensori, che renda per essi più agevole tipizzare le attività dei prestatori di servizi di rete all'interno dei tradizionali istituti del diritto penale.

In ogni caso, in una prospettiva *de jure condito*, è evidente che una più chiara e uniforme disciplina sulla responsabilità penale dell'ISP per i reati

informatici contro la proprietà intellettuale non potrà che passare da un riordino e da una razionalizzazione dei delitti in materia di diritto d'autore, eventualmente anche con la previsione di una fattispecie *ad hoc* rivolta proprio verso coloro che rendono possibile la circolazione e diffusione delle opere dell'ingegno nella rete delle reti.

Certo è che ogni possibile risposta penale diretta a far fronte alle esigenze di tutela rispetto alle condotte illecite poste in essere dai fornitori dei servizi della società dell'informazione non potrà esimersi dal modulare il trattamento sanzionatorio tenendo conto delle immani capacità economiche di tali soggetti e della sempre maggiore influenza esercitata dagli stessi nei confronti della politica e della società; in caso contrario, infatti, sarà inevitabile che, ancora una volta, il diritto si trovi nuovamente a rincorrere, senza speranza di raggiungere, lo sviluppo tecnologico e l'ascesa dei giganti del web.

Davide Costa

Avvocato del Foro di Torino.

¹ V. SARTOR G., *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso d'informatica giuridica*, III edizione, 2016, Giappichelli Editore, Torino e relativa bibliografia.

² Sul punto emblematica è la definizione di cyberspazio quale "*wild west della globalizzazione del crimine*", contenuta in FLOR R., *La giustizia penale della rete? Tutela della riservatezza versus interesse all'accertamento e alla prevenzione dei reati nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in FLOR R., FALCINELLI D., MARCOLINI S., *La giustizia penale nella "rete". Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di internet*, I Convegno Nazionale del Laboratorio Permanente di Diritto Penale, 19 settembre 2014, Perugia, 153 ss.

³ Si pensi, tra le molteplici ipotesi di reato realizzabili tanto off-line quanto in rete che costantemente confluiscono nei registri delle Procure della Repubblica, alla diffamazione, alle sostituzioni di persona e agli atti persecutori posti in essere a mezzo *social network*, alle estorsioni realizzate con strumenti telematici, alla diffusione di contenuti pedopornografici, alla vendita online di prodotti recanti marchi contraffatti e alle plurime ipotesi di truffe realizzate su piattaforme di vendita virtuali.

⁴ Per tutti PICOTTI L., *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Cybercrime*, 2019, Utet Giuridica.

⁵ Si fa riferimento in particolare al D.Lgs. 518/1992 attuativo della Direttiva 91/250 CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, che nello specifico ha esteso ai programmi per elaboratore la tutela prevista per le opere dell'ingegno e ha introdotto l'art. 171 *bis* alla L. 633/1941 volto a sanzionare penalmente l'illecita duplicazione dei programmi per elaboratore; alla L. 547/1993, che ha introdotto nel codice penale i c.d. "reati informatici in senso stretto" quali, tra quelli che hanno trovato maggior fortuna applicativa, l'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico *ex art. 615 ter c.p.* e la frode informatica *ex art. 640 ter c.p.*; alla L. 248/2000, che oltre a modificare l'art. 171-*bis* L. 633/1941 estendendo la tutela penale anche alle banche di dati elettroniche ha inserito i delitti di pirateria agli artt. 171-*ter* ss., in seguito più volte modificati; alla L. 48/2008 che, in recepimento della Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa del 2001, ha introdotto nel codice penale le fattispecie di danneggiamento a programmi e sistemi informatici di cui agli artt. 635*bis* ss. c.p. ed è intervenuta sul Libro III e V del codice di procedura penale in merito di ispezioni, perquisizioni, accertamenti e sequestri di dati, programmi e sistemi informatici e telematici; al D.Lgs. 101/2018 di adeguamento della normativa nazionale al Regolamento 679/2016, che ha modificato gli artt. 167 ss. del D.Lgs. 196/2003.

⁶ *Amplius* sul tema FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Cybercrime*, 2019, Utet Giuridica.

⁷ Si pensi, ad esempio, alla disposizione di cui all'art. 171-ter lett. F bis) L. Aut., che punisce penalmente già quei comportamenti prodromici all'effettiva violazione dei diritti di proprietà intellettuale sulle opere dell'ingegno nel mercato elettronico, proteggendo strumenti e tecniche di "autotutela tecnologica" adottate dai titolari dei diritti sui contenuti digitali attraverso l'incriminazione di condotte preparatorie all'aggiornamento e all'elusione delle misure tecnologiche di protezione di cui all'art. 102 quater L. Aut. .

⁸ Sul punto, emblematica è la richiesta di archiviazione presentata dal Pubblico Ministero presso il Tribunale di Roma in relazione ad una denuncia in materiale di *file sharing* su una piattaforma *peer to peer*, commentata da RICCI S., VACIAGO G., *Sistemi peer-to-peer: rilevanza penale delle condotte in violazione dei diritti d'autore e diritti connessi*, *Diritto dell'Internet*, 3/2008, 277 ss.

⁹ Il termine si è iniziato ad utilizzare con la diffusione delle piattaforme sociali. Secondo l'OCSE, per essere qualificato come *user generated content* un contenuto deve essere: (i) pubblicamente accessibile su un sito Internet o un social network; (ii) il risultato di un certo apporto creativo; (iii) creato al di fuori di attività professionali o imprenditoriali. Si veda sul punto Organization for Economic Co-operation and Development, *Participative web: user-created content*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, 12/04/2007, consultabile al seguente [link](#).

¹⁰ ZUBOFF, S., *Il capitalismo della sorveglianza*, LUISS University Press, 10 ottobre 2019. L'opera, notissima, offre un'ampia disamina del sistema noto come "capitalismo della sorveglianza", che l'autrice identifica nello scenario alla base del nuovo ordine economico in forza del quale le immense aziende operanti nel mercato della società dell'informazione hanno iniziato a sfruttare l'esperienza umana sotto forma di dati come materia prima per pratiche commerciali segrete, imponendo il proprio dominio sulla società, sfidando la democrazia e mettendo a rischio la stessa libertà della collettività.

¹¹ A conferma del mutamento della funzione degli ISP in materia di diritto d'autore e tutela delle opere dell'ingegno sulla rete internet può richiamarsi il considerando n. 59 della Direttiva D2001/29/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (c.d. Direttiva "InfoSoc"), ove afferma come, in ambito digitale, i servizi degli intermediari (ossia gli ISP) possono essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite, riconoscendo al contempo la maggiore idoneità di siffatti intermediari, in molti casi, a porre fine a dette attività illecite.

¹² Si vedano sul punto INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, in LUPARIA L. (a cura di), *Internet Provider e giustizia penale: modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, 2012, Giuffrè Editore;

¹³ Emblematico sul punto l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, da ultimo ribadito con la sentenza Cass. Pen. n. 12427 del 31/03/2021 in un caso di truffa online, secondo cui la natura dematerializzata del cyberspazio, e la conseguente distanza intercorrente tra la vittima e l'autore, che può così schermare la propria identità, consentirebbe di ritenere sussistente l'aggravante della minorata difesa ex art. 61 n. 5 c.p. con riferimento alle circostanze di luogo.

¹⁴ Tale è la definizione di servizio della società dell'informazione riportata dall'art. 1 della Direttiva CE 1998/34, cui rinvia l'art. 2 lett. A) della Direttiva CE 2000/31.

¹⁵ Nozione riportata dall'art. 1 lett. A) del D.Lgs. 70/2003 sul commercio elettronico, in attuazione della Direttiva CE 2000/31.

¹⁶ Consultabile online, in inglese, al seguente [link](#).

¹⁷ Il Decreto, entrato in vigore il 12/12/2021, pubblicato in G.U. Serie Generale n. 283 del 27/11/2021, è reperibile al seguente [link](#).

¹⁸ Peraltro, la stessa Direttiva 790/2019, al Considerando 62, prevede un'espressa limitazione dell'estensione della definizione di "prestatore di servizi di condivisione di contenuti online", la quale, ai sensi e per gli effetti della Direttiva, comprende unicamente "i servizi online che svolgono un ruolo importante sul mercato dei contenuti online, in concorrenza con altri servizi di contenuti online, come i servizi di streaming audio e video online, per gli stessi destinatari", mentre sono esclusi i servizi che hanno uno scopo principale diverso da quello di consentire agli utenti di caricare e condividere una grande quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore allo scopo di trarre profitto da questa attività, quali i prestatori di servizi cloud da impresa a impresa e di servizi cloud, che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale, come i cyberlocker, o di mercati online la cui attività principale è la vendita al dettaglio online, e che non danno accesso a contenuti protetti dal diritto d'autore, nonché "i prestatori di servizi quali le piattaforme di sviluppo e di condivisione di software open source, i repertori scientifici o didattici senza scopo di lucro e le enciclopedie online senza scopo di lucro".

¹⁹ Una menzione specifica va fatta, sul punto, per quanto riguarda le reti che consentono lo scambio di contenuti "Peer-to-peer" (P2P), ovvero da utente a utente. Tramite la rete P2P ogni computer diventa contemporaneamente fornitore e fruitore di contenuti. Particolarità della rete P2P, specie nell'ambito della condivisione di contenuti, è che il fornitore del servizio si limita ad indicizzare gli indirizzi di rete (ossia i singoli computer) nel quale sono registrati i file di cui si richiede la fruizione. Occorre in ogni caso tener presente che tale funzione apparentemente passiva non è scevra di ricadute sul piano giuridico in materia di diritto d'autore, atteso che, come noto, non sono sporadiche le sentenze con cui la Corte di Giustizia dell'UE ha ritenuto che la fornitura di piattaforme di condivisione online mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere

protette deve ritenersi ricompresa nella nozione di "comunicazione al pubblico" rilevante ai fini dell'applicazione della tutela per le opere dell'ingegno.

Per gli aspetti tecnici ed informatici della rete *Peer-to-peer* si rinvia a SARTOR G., *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso d'informatica giuridica*; si v. in merito anche RICCI S., VACIAGO G., *Sistemi peer-to-peer: rilevanza penale delle condotte in violazione dei diritti d'autore e diritti connessi*.

²⁰ Per una più ampia disamina sul funzionamento della rete internet in correlazione con la messa a disposizione delle opere dell'ingegno v. ERCOLANI S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, 2004, Giappichelli Editore, Torino, 356 ss.

²¹ Come sottolinea ERCOLANI S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, 364 ss., la funzione di *system caching* rappresenta la soluzione tecnica comunemente applicata dagli ISP al fine di diminuire il traffico sulla rete e limitare i rischi di intasamento del sistema a causa di picchi di richieste simultanee, riducendo al tempo stesso il tempo di attesa del servizio.

²² Le maggiori criticità sottese all'attività dell'*hosting provider* rispetto alle altre funzioni degli ISP sono ben evidenziate da PANATTONI B., *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2019.

²³ V. COM (2017) 555 del 28/09/2017 "*Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*", consultabile al seguente [link](#).

²⁴ Sul tema della responsabilità civile degli ISP v. TOSI E., *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, *Il Diritto Industriale*, 6/2019, 590 ss.

²⁵ V. art. 12 Direttiva 2000/31 e art. 14 D.Lgs. 70/2003.

²⁶ Deve in ogni caso rammentarsi che lo stesso art. 68 bis l. aut. fa espressamente salve le norme in materia di responsabilità degli ISP in materia di commercio elettronico. *Amplius* sul tema v. ERCOLANI S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, 375 ss.

²⁷ Sul punto v. STEA G., *La responsabilità penale dell'Internet Provider*, *Giurisprudenza Penale*, 11/2016, il quale evidenzia che l'aggettivo lecito sottolinea la necessità che il prestatore agisca secondo correttezza e senza interferire direttamente nella selezione delle informazioni.

²⁸ V. art. 13 Direttiva 2000/31 e art. 15 D.Lgs. 70/2003.

²⁹ V. art. 14 Direttiva 2000/31 e art. 16 D.Lgs. 70/2003. Si noti come l'art. 16 del D.Lgs. 70/2003, differenza di quanto indicato nella Direttiva, condizioni il formarsi dell'obbligo di rimozione alla previa notifica da parte di un'autorità (amministrativa o giudiziaria). Di conseguenza, facendo esclusivamente leva sul dato letterale, l'*hosting provider* sarebbe tenuto a procedere alla rimozione del contenuto soltanto in presenza di una conoscenza "qualificata", ossia laddove la notifica della manifesta illiceità gli pervenga da una delle sopra dette autorità e non anche quando l'abbia autonomamente acquisita. Condividono tale assunto; MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Cybercrime*, 2019, Utet Giuridica, 908 ss.; BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, *Diritto Penale e Processo*, 5/2013, 602.

³⁰ La procedura di *notice and take down* trova in Italia una puntuale regolamentazione nel Regolamento AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del D.Lgs. 70/2003, Allegato A alla Delibera n. 680/13/CONS del 12/12/2013.

³¹ TOSI E., *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo* rileva la natura anti-elusiva della disposizione in nota, evidenziando che "*le cause di esclusione della responsabilità non possono essere pretestuosamente invocate da chi controlla - in via di fatto o di diritto - il destinatario del servizio, destinatario privo di autonomia che agisce eseguendo le indicazioni del prestatore del servizio*".

³² Sul punto, preme osservare che la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza CGUE, 25/10/2017, Causa C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek contro Facebook Ireland Ltd. ha precisato che l'art. 15 della Direttiva 31/2000 (tradotto nell'art. 17 del D.Lgs. 70/2003), "*non osta a che un giudice di uno Stato membro possa ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni; ordinare ad un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illiceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione e le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non sono tali da costringere il prestatore di servizi di hosting ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto*".

³³ Considerando n. 42 della direttiva 2000/31/CE: "*Le deroghe alla responsabilità stabilite nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di*

attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate".

³⁴ Cfr. *ex multis* CGUE, Grande Sezione, 12/07/2011, Causa C-324/09, L'Oréal SA e a. contro eBay Internation Ag e a., consultabile al seguente [link](#); si veda altresì la più recente CGUE, III Sezione, 07/08/2018, Causa C-521/17, Cooperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. contro Deepak Mehta, consultabile al seguente [link](#).

³⁵ Cfr. CGUE, Grande Sezione, 22/06/2021, Cause C-682/18 e C-683/18, Frank Peterson contro Google LLC e a., nella quale la Corte ha specificato che l'art. 3 della Direttiva 2001/29/CE, e, di riflesso, l'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE, devono interpretarsi "nel senso che il gestore di una piattaforma di condivisione di video o di una piattaforma di hosting e di condivisione di file, sulla quale utenti possono mettere illecitamente a disposizione del pubblico contenuti protetti, non effettua una «comunicazione al pubblico» di detti contenuti, ai sensi di tale disposizione, salvo che esso contribuisca, al di là della semplice messa a disposizione della piattaforma, a dare al pubblico accesso a siffatti contenuti in violazione del diritto d'autore. Ciò si verifica, in particolare, qualora tale gestore sia concretamente al corrente della messa a disposizione illecita di un contenuto protetto sulla sua piattaforma e si astenga dal rimuoverlo o dal bloccare immediatamente l'accesso ad esso, o nel caso in cui detto gestore, anche se sa o dovrebbe sapere che, in generale, contenuti protetti sono illecitamente messi a disposizione del pubblico tramite la sua piattaforma da utenti di quest'ultima, si astenga dal mettere in atto le opportune misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente nella sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore su tale piattaforma, o ancora nel caso in cui esso partecipi alla selezione di contenuti protetti comunicati illecitamente al pubblico, fornisca sulla propria piattaforma strumenti specificamente destinati alla condivisione illecita di siffatti contenuti o promuova scientemente condivisioni del genere, il che può essere attestato dalla circostanza che il gestore abbia adottato un modello economico che incoraggia gli utenti della sua piattaforma a procedere illecitamente alla comunicazione al pubblico di contenuti protetti sulla medesima".

³⁶ Il riferimento è a Cass. Civ. Sez. I, n. 19 marzo 2019, n. 7708, con nota di CASSANO G., *La Cassazione civile si pronuncia sulla responsabilità dell'internet service provider. Nota a sentenza Cass. Civ. Sez. I, n. 19 marzo 2019, n. 7708*, in *Il Diritto Industriale*, n. 4/2019; si vedano anche ZANOVELLO F., *La responsabilità dell'Internet Service Provider. Brevi note a Cass. 19 marzo 2019, nn. 7708 e 7709*, *Studium Iuris*, 5/2020, 557 ss. e TORMEN L., *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider (attivo e passivo)*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 5/2019, 1039 ss.

³⁷ La sopravvenuta inadeguatezza della distinzione tra hosting provider passivo ed attivo è stata rilevata a PANATTONI B., *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, 45 ss.

³⁸ Cfr. Trib. Roma, Sez. XVII Civ., n. 693 del 10/01/2019. Analoga in merito Trib. Milano 9 settembre 2011, secondo cui "L'associazione di messaggi pubblicitari ai contenuti immessi in rete dagli utenti, la regolamentazione contrattuale con cui il prestatore di servizi si riserva determinati diritti sui materiali caricati sulla propria piattaforma, il servizio di segnalazione dell'eventuale illiceità del contenuto immesso, la predisposizione di un servizio di visualizzazione automatica di altri video correlati a quello prescelto dall'utente, sono tutti elementi che portano a differenziare la posizione di tale prestatore da quello puramente addetto alla fornitura di uno spazio per la memorizzazione delle informazioni trasmesse dagli utenti e alla visualizzazione delle stesse da parte di terzi; in particolare, detti elementi contribuiscono a qualificare i sopra menzionati servizi come di hosting attivo, così esorbitando da qualsiasi posizione di pretesa neutralità del prestatore e rendendo inapplicabile la disciplina di cui all' art. 16, D.Lgs. n. 70 del 2003 a favore di una valutazione della sua condotta secondo le comuni regole della responsabilità civile".

³⁹ La norma in commento costituisce il recepimento dell'art. 8 della Direttiva 2001/29/CE, il quale, al comma 3, impone agli Stati membri di assicurare che "i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi".

⁴⁰ Per una più ampia disamina della Direttiva 790/2019 sia consentito rinviare a RUOTOLO G.M., *A Season in the Abyss. Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2019, 367 ss.; si veda altresì DI COCCO C., *Il diritto d'autore nell'era digitale: la tutela dei beni informatici*, in DI COCCO C., SARTOR G. (a cura di), *Temi di diritto dell'informatica*, Giappichelli, Torino, 2020, 195 ss.

⁴¹ DIRETTIVA (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, consultabile in italiano al seguente [link](#).

⁴² Secondo CICCOLO S., *Pirateria digitale in ambito editoriale, misura di prevenzione e azioni di tutela online del diritto d'autore: il caso Telegram*, in *Il Diritto Industriale*, n. 2, 1 marzo 2021, p. 194, la norma in esame mira a colmare il c.d. "value gap", ovvero la mancanza di corrispondenza tra i ricavi ottenuti dall'industria culturale e dai titolari dei diritti di sfruttamento delle opere, rispetto ai guadagni delle principali piattaforme del web che, quali intermediari tecnici (motori di ricerca, social network, aggregatori di contenuti, piattaforme audio/video), mettono a disposizione i contenuti agli utenti del web.

⁴³ Peraltro, la Direttiva, al Considerando 66, prevede comunque un limite al pericolo di una possibile oggettivizzazione della responsabilità del *provider* per gli atti di comunicazione al pubblico di opere senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti. Tale limite, che sembra orientarsi verso una maggiore responsabilizzazione dei titolari di privative sulle opere dell'ingegno diffuse su internet, troverà applicazione nei casi in cui gli stessi titolari dei diritti non forniscano ai prestatori di servizi di condivisione le informazioni pertinenti e necessarie sulle loro opere specifiche o quando non provvedano, in ogni caso, a notificare una richiesta di disabilitazione dell'accesso o alla rimozione di specifiche opere non autorizzate.

⁴⁴ Proposta di Regolamento COM(2020)825 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ad un mercato unico dei servizi digitali che modifica la direttiva 2000/31/CE, consultabile in italiano al seguente [link](#).

⁴⁵ Una completa visione d'insieme della Proposta di Regolamento in esame è contenuta nel Dossier 51 del 12 maggio 2021 dell'Ufficio Rapporti con l'Unione Europea della Camera dei Deputati, consultabile al seguente [link](#); sugli sviluppi più recenti del DSA si v. anche FULCO D., *Mercato unico digitale, il lavoro dell'Europa su DSA e DMA*, in Agenda Digitale, 31/10/2021, consultabile al seguente [link](#).

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 2 lett. l), inoltre, "per diffusione al pubblico si intende la messa a disposizione di un numero potenzialmente illimitato di terzi di informazioni su richiesta del destinatario del servizio che le ha fornite".

⁴⁷ A conferma di ciò si veda il Considerando 18, secondo cui "le esenzioni dalla responsabilità stabilite nel presente regolamento non dovrebbero applicarsi allorché, anziché limitarsi a una fornitura neutra dei servizi, mediante un trattamento puramente tecnico e automatico delle informazioni fornite dal destinatario del servizio, il prestatore di servizi intermediari svolga un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo di tali informazioni".

⁴⁸ L'art. 2 lett. G) della Proposta definisce come contenuto illegale "qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tali disposizioni".

⁴⁹ Si vedano gli artt. 51 e seguenti della Proposta.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 25 della Proposta, sono considerate tali le piattaforme online che prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni. Tali soggetti hanno l'obbligo di individuare, analizzare e valutare eventuali rischi sistemici significativi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi nell'Unione, tra cui rientra, in particolare, la diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi.

⁵¹ Così PICOTTI L., *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, 81 ss.

⁵² Come evidenziato da BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, *Diritto Penale e Processo*, 5/2013, 602, riguardo alla responsabilità penale dell'ISP si pongono soprattutto due problemi: "da un lato, la configurazione della condotta tipica in contesti di attività automatizzate; dall'altro lato, la problematica dell'impedimento del reato: ma attenzione, non solo, e non tanto, nella prospettiva ex ante, al momento dell'ingresso del dato che costituisce reato, quanto piuttosto nella prospettiva ex post, nel periodo di permanenza e protrazione del reato all'interno della rete".

⁵³ Il modello *de quo* è stato efficacemente sviluppato da INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine*. Sul punto si v. anche Ibidem, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettiva*, *Diritto Penale e Processo*, 12/2017; BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, *Diritto Penale e Processo*, 5/2013; FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*; PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-provider in internet*, *Diritto Penale e Processo*, 3/1999, 379 ss.; Ibidem, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, *Diritto Penale e Processo*, 4/1999, 501 ss.

⁵⁴ Secondo INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine*, ad ognuno di tali paradigmi corrisponde un diverso ruolo dell'ISP in relazione ai reati presupposto della sua responsabilità: nel primo caso, l'autore parla di ISP come "comune cittadino"; nel secondo, di ISP come "controllore – censore", che decide cosa può esistere nel ciberspazio con effetti giuridicamente rilevanti; nel terzo caso, si parla invece di ISP "tutore dell'ordine".

⁵⁵ Il principio, ormai consolidato, è stato espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 45276 del 30/10/2003.

⁵⁶ Così, in particolare, PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, *Diritto Penale e Processo*, 4/1999, 501 ss., il quale osserva che, secondo i principi generali in materia di responsabilità concorsuali, applicabili anche agli ISP, "qualsiasi contributo atipico, causale o anche solo agevolatore, pur se "di minima importanza" [...] che riguardi la preparazione ovvero l'organizzazione od esecuzione del reato, può fondare la responsabilità penale, a titolo quantomeno di partecipazione materiale: mentre se il contributo concerne la stessa esecuzione del fatto tipico, si dovrebbe più correttamente parlare addirittura di (co)autoria". Si oppone a questa tesi SEMINARA S., *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, secondo il quale il ruolo decisivo dell'ISP nel ciberspazio impone per lo stesso uno statuto speciale più garantista in tema di responsabilità concorsuale, ed in particolare "la costruzione di una responsabilità concorsuale del provider passa attraverso la notazione che la sua attività presenta un contenuto assolutamente neutro e in sé consentito dall'ordinamento giuridico, i cui connoti di liceità o illiceità vanno ricercati nelle modalità di svolgimento del servizio stesso e possono attingersi

all'esterno solo quando siano assistiti da un dolo di partecipazione particolarmente inteso e da un'oggettiva possibilità di impedire la commissione del reato".

⁵⁷ La neutralità della rete rappresenta, oltre che un principio fondamentale dell'informatica giuridica, la base del funzionamento di internet secondo i protocolli TCP-IP, in forza del quale gli intermediari che amministrano la trasmissione dei pacchetti contenenti le informazioni che viaggiano sul *network* mantengono, rispetto ai contenuti dei pacchetti stessi, una sostanziale imparzialità e indifferenza. Ciò presuppone che, per lo stesso corretto e trasparente funzionamento del sistema i servizi di *mere conduit* e *caching* temporaneo si disinteressino dei dati trasportati e della loro eventuale illiceità, sicché appare complesso, soprattutto in riferimento alla sussistenza del dolo di concorso, poter ritenere i relativi *provider* come concorrenti attivi nel reato. Sulla definizione di neutralità della rete si v. la definizione di LONGO A., "Che cos'è la *net neutrality*", *Il Sole 24 Ore*, 22/12/2010: "per *neutralità della rete* s'intende il principio secondo cui gli operatori devono gestire il proprio traffico senza discriminazioni che danneggino concorrenza, innovazione e, in generale, i diritti degli utenti e delle aziende web". Per una più esaustiva trattazione del tema si rinvia a SARTOR G., *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso d'informatica giuridica*, 20 ss.

⁵⁸ Si v. INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*; TOSI E., *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*; PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, il quale contempla la responsabilità *ex art. 110 c.p.* del *provider* che "addirittura inserisca i dati illeciti nel circuito comunicativo, dopo un vaglio contenutistico (ad es. in *newsgroups* personalmente moderati od in *mailing-list* da lui stesso compilate)"; BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, 605 ss., il quale pone l'accento sull'importanza, ai fini dell'individuazione di una responsabilità per concorso attivo dell'ISP, del prevalente contesto eventualmente automatizzato in cui la condotta illecita si realizza: sicché se il totale automatismo si fa coincidere con l'assenza di un comportamento umano previamente finalizzato a legarsi al comportamento dell'utente, la responsabilità dell'ISP potrà essere esclusa qualora siano stati predisposti dispositivi la cui operatività, pur agevolando e migliorando la trasmissione delle informazioni, si basa su meccanismi predefiniti rispetto all'attività dell'utente ovvero affermata quando i nuovi meccanismi si legano a un'attività dell'utente preesistente agli stessi; BACCIN A., *Responsabilità penale dell'Internet Service Provider e concorso degli algoritmi negli illeciti online: il caso Force v. Facebook*, *Sistema Penale*, 7 maggio 2020, 96 ss.

⁵⁹ Per tutti FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*, 1159 ss.; si v. anche ERCOLANI S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, 376 ss.

⁶⁰ Cfr. Cass. Pen. Sez. III, n. 49437 del 23/12/2009, commentata esaustivamente da MERLA F., "Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso *"The Pirate Bay"*", in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2010, 448 ss.

⁶¹ Ai sensi della norma citata, "è punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque: a-bis) in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa".

⁶² Si riporta il relativo passaggio della pronuncia: "il tribunale riteneva la sussistenza del *fumus delicti*, alla luce di quanto evidenziato dalla Guardia di Finanza, che riferiva di un elevatissimo numero di contatti al sito in questione, registrati sul territorio nazionale, che operavano il downloading di opere coperte da diritto d'autore senza averne diritto. Risultava quindi in punto di fatto che gli indagati, attraverso il sito *www.thepiratebay.org* e con un'innovativa tecnologia informatica di trasferimento di file (cd. *peer-to-peer* a mezzo di file torrent), mettevano a disposizione del pubblico della rete Internet opere dell'ingegno protette; condotta questa riconducibile a quella tipizzata nell'art. 171 ter, comma 2, lett. a bis), citato. Il tribunale inoltre riconosceva sussistere anche il *periculum*, osservando che l'elevatissimo numero di connessioni rilevate induceva a ritenere l'attualità della condotta del delitto ipotizzato.

Osservava poi in diritto che le misure cautelari - e segnatamente i sequestri - secondo l'ordinamento processuale penale hanno carattere di *numerus clausus*; che di conseguenza non è giuridicamente possibile emettere un sequestro preventivo al di fuori delle ipotesi nominate per le quali l'istituto è previsto; che il sequestro preventivo ha una evidente natura reale, in quanto si realizza con l'apposizione di un vincolo di indisponibilità sulla res, sottraendo il bene alla libera disponibilità di chiunque; che dunque l'ambito di incidenza del sequestro preventivo deve essere ristretto alla effettiva apprensione della cosa oggetto del provvedimento.

Invece nella specie - riteneva il tribunale - la censurata ordinanza del g.i.p. aveva il contenuto di un ordine imposto dall'Autorità Giudiziaria a soggetti (allo stato) estranei al reato, volto ad inibire, mediante la collaborazione degli stessi, ogni collegamento al sito web in questione da parte di terze persone. Tale misura cautelare, seppur astrattamente in linea con la previsione del *D.Lgs. n. 70 del 2003, artt. 14 e 15*, si risolveva in una inibitoria atipica, che spostava l'ambito di incidenza del provvedimento da quello reale, proprio del sequestro preventivo, a quello obbligatorio, in quanto indirizzato a soggetti determinati (i cd. *provider*), ai quali veniva ordinato di conformare la propria condotta (ossia di non fornire la propria prestazione), al fine di ottenere l'ulteriore e indiretto risultato di impedire connessioni al sito in questione.

In conclusione riteneva il tribunale che l'utilizzo del provvedimento cautelare di cui all'art. 321 c.p.p., quale inibitoria di attività, non poteva essere condiviso, in quanto produceva l'effetto di sovvertirne natura e funzione, di talchè il sequestro doveva essere annullato in quanto illegittimo".

⁶³ Proseguendo nella parte motiva, la Corte rileva che "la tecnologia peer-to-peer decentra sì l'uploading (la diffusione in rete dell'opera), ma non ha anche l'effetto, per così dire, di decentrare l'illegalità della diffusione dell'opera coperta da diritto d'autore senza averne diritto. Rimane comunque un apporto del centro (ossia del titolare del sito web) a ciò che fa la periferia (gli utenti del servizio informatico che, utilizzando quanto reso disponibile nel sito web, scaricano l'opera protetta dal diritto d'autore), apporto che, nel nostro ordinamento giuridico, consente l'imputazione a titolo di concorso nel reato previsto dal cit. art. 171 ter, comma 2, lett. a bis). Se poi si considerano in particolare più sofisticate tecnologie di tale trasferimento di file - quale quella che frammenta l'opera in modo da coinvolgere più utenti nell'attività di uploading (a mezzo dei cd. file torrent) - si ha in realtà che, sotto il profilo giuridico appena considerato, non cambia nulla. La diffusione dell'opera coperta da diritto d'autore avviene sempre da utente ad utente tramite un più sofisticato protocollo peer-to-peer che, frammentando l'attività di uploading, ha l'effetto di velocizzarla e di evitare le "code" di attesa nel caso in cui tale attività sia operata da un unico utente. Questa possibile frammentazione dell'attività di uploading comporta che la messa in rete dell'opera è riferibile non più ad un determinato utente, ma ad una pluralità di essi che concorrono tutti diffondendo una parte dell'opera coperta da diritto d'autore. Portando al limite questa frammentazione si può anche ipotizzare che il singolo utente diffonda un frammento dell'opera che, preso in sé, non sia sufficientemente significativo sotto il profilo strettamente giuridico, sì da non potersi considerare di per sé solo coperto da diritto d'autore. Ma, ricomponendo i frammenti secondo le istruzioni di tracciamento che sono nel sito web, si ha il trasferimento dell'opera intera (o di parti di essa), la cui diffusione è ascrivibile innanzi tutto ai singoli utenti. Mentre l'attività di indicizzazione e di tracciamento, che è essenziale perchè gli utenti possano operare il trasferimento dell'opera (che in tal caso va da una pluralità di utenti autori dell'uploading verso una potenziale pluralità di utenti ricettori del downloading) è ascrivibile al (gestore del) sito web e quindi rimane l'imputabilità a titolo di concorso nel reato di cui all'art. 171 ter, comma 2, lett. a-bis)".

⁶⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. III, n. 33945 del 04/07/2006, con nota di SCOPINARO L., *Rilevanza penale della divulgazione via web di programmi TV – commento*, in *Diritto Penale e Processo*, 5/2007, 651 ss.

⁶⁵ Tale contributo, secondo i giudici di legittimità, risulta infatti sufficiente a corrispondere gli estremi del concorso ex art. 110 c.p., in quanto "l'attività costitutiva del concorso può essere individuata in qualsiasi comportamento che fornisca un apprezzabile contributo alla ideazione, organizzazione ed esecuzione del reato; non è necessario un previo accordo diretto alla causazione dell'evento, ben potendo il concorso esplicarsi in una condotta estemporanea, sopravvenuta a sostegno della azione di terzi anche alla insaputa degli altri agenti".

⁶⁶ Sulla base di tale assunto, nel caso di specie non si sarebbe neppure potuto contestare agli indagati il reato di cui alla lett. F-bis) dell'art. 171 ter L. Aut., che punisce "chiunque fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102 quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure". Ed invero, atteso che gli utenti avrebbero potuto in ogni caso lecitamente accedere alle opere televisive diffuse dai server cinesi, non v'era alcuna misura di protezione che i link diffusi dagli indagati avrebbe potuto aggirare.

⁶⁷ Critico verso la decisione della Corte è INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, il quale osserva che per l'affermazione della penale rilevanza della condotta dei gestori del sito italiano, nel caso di specie, si dovrebbe ipotizzare una fattispecie di parte speciale che incrimini la pubblicizzazione (ed in tal caso l'ISP sarebbe autore diretto del reato) ovvero il godimento senza titolo dell'opera coperta dal diritto d'autore, per cui il provider concorrerebbe nell'illecito penale dell'utente che accede al sito.

⁶⁸ Cfr. Cass. Pen. Sez. V, n. 1275 del 23/10/2018, con nota di MAURI R., *Applicabile l'art. 57 c.p. al direttore del quotidiano online: un revirement giurisprudenziale della Cassazione, di problematica compatibilità con il divieto di analogia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 febbraio 2019.

⁶⁹ Si v. in particolare BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, 602; FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*, 1160; INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*; MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, 910 ss. Sul versante giurisprudenziale si possono richiamare le sentenze Cass. pen., sez. V, n. 35511 del 16/07/2010 e la successiva Cass. Pen. Sez. V, n. 44126 del 28/10/2011, che hanno escluso l'applicazione analogica dell'art. 57 c.p. non solo ai direttori dei periodici *on line*, ma anche agli *access provider*, ai *service provider*, agli *hosting provider* e ai coordinatori di *blog* e *forum*.

⁷⁰ Il termine è di INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*

⁷¹ V. BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, 603; INGRASSIA A., *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettiva*, *Diritto Penale e Processo*, 12/2017, 1626 ss.

⁷² La tesi in esame è stata elaborata da FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*, 1162.

⁷³ Sul punto deve tuttavia richiamarsi la sentenza Cass. Pen. Sez. V, n. 59496 del 27/12/2016, che, con un'interpretazione innovativa, ha ritenuto responsabile ex art. 40 c. 2 c.p. un *Internet Provider* che aveva omesso di rimuovere un contenuto diffamatorio pubblicato sulla *community* del sito da lui gestito sul presupposto dell'asserita omissione dell'obbligo di impedire non tanto il reato a monte, quanto il protrarsi dei suoi effetti. È evidente che la S.C. abbia, nel caso di specie, configurato una responsabilità dell'ISP per omissione argomentando che gli illeciti che avvengono su internet sono illeciti permanente, e connotati dalla permanente ritrasmissione del dato, senza la possibilità del danneggiato di impedirlo. Sul punto, MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, osservano che siffatta elaborazione, per quanto originale, non chiarisce, tuttavia, da dove derivi tale obbligo di impedire gli effetti del reato; tale indeterminatezza della fonte giuridica costituisce quindi un limite, a fronte del prevalentemente orientamento per cui le fonti della posizione di garanzia sono esclusivamente la legge, il contratto e la precedente attività pericolosa.

⁷⁴ V. STEA G., *La responsabilità penale dell'Internet Provider*, 4 ss.; INGRASSIA A., *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettiva*, 1627.

⁷⁵ Così INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*; BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, 603, secondo cui l'impossibilità di configurare una responsabilità dell'ISP per omesso impedimento ex ante del reato non è una questione soltanto tecnica (impossibilità di controllo o eccessiva dispendiosità di tale controllo), ma sostanziale, nel senso che il *provider* non ha alcuna relazione con la fonte del pericolo, ossia con l'utente, né sono individuabili beni da proteggere particolarmente vulnerabili, così come non esistono in capo allo stesso veri e propri poteri giuridici di interferenza o inibizione rispetto alla condotta dell'autore del reato.

⁷⁶ Si v. sul punto PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-provider in internet*, 381 ss.; INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*; FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*, 1160; MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, 912 ss., secondo cui la "precedente attività pericolosa non pu essere considerata quella svolta dal gestore del sito che, al contrario, costituisce espressione della libertà di manifestazione del pensiero (ex art. 21 Cost.)".

⁷⁷ Si v. sul punto FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*, 1162.

⁷⁸ Sostiene questa tesi *Ibidem*, 1160.

⁷⁹ In questi termini PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-provider in internet*, 380.

⁸⁰ Il riferimento è a Cass. Pen. Sez. III, n. 5107 del 17/12/2013, commentata da numerosi autori. Si v. in particolare MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, 901 ss.; INGRASSIA A., *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 febbraio 2014; MACRILLO' A., *Punti fermi della Cassazione sulla responsabilità dell'Internet Provider per il reato ex art. 167, D.Lgs. n. 196/03*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9, 1 agosto 2014.

⁸¹ V. MACRILLO' A., *Punti fermi della Cassazione sulla responsabilità dell'Internet Provider per il reato ex art. 167, D.Lgs. n. 196/03*

⁸² Sul punto, osserva la Corte, "circa i responsabili della violazione, deve però ribadirsi che, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, questi sono da identificarsi con gli utenti che hanno caricato il video sulla piattaforma Google video e non con i soggetti responsabili per la gestione di tale piattaforma, trattandosi, come già ampiamente visto, di un mero servizio di hosting. Ed è proprio la natura del servizio reso ad escludere anche la fondatezza del secondo dei rilievi svolti dal Procuratore generale nell'ambito del primo motivo di ricorso, non essendo configurabile alcun obbligo generale di controllo in capo ai rappresentanti di Google Italy s.r.l., gestore del servizio stesso"

⁸³ Così MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, 908 ss.; INGRASSIA A., *La sentenza della Cassazione sul caso Google*.

⁸⁴ Tra le ipotesi di reato per le quali non è richiesto il dolo specifico possono richiamarsi le fattispecie "base" meno gravi previste dall'art. 171 L. Aut.; in particolare, potrebbe intraversi un concorso dell'ISP nel caso previsto dalla lett. a) *bis* del primo comma, che punisce chi mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa; tale reato, peraltro, pur configurandosi come delitto è suscettibile di una speciale procedura di oblazione che ne consente l'estinzione dietro pagamento di una somma corrispondente alla metà del massimo della pena stabilita per il reato, sicché nella maggioranza dei casi può ben ritenersi che un eventuale procedimento penale nei confronti dell'ISP sia destinato a concludersi su questa strada e non già con una sentenza di merito.

⁸⁵ Curiosamente, non è invece previsto il dolo specifico per il reato di cui all'art. 171 *ter* c. 2 lett. a) che punisce chi "riproduce, duplica, trasmette o diffonde abusivamente, vende o pone altrimenti in commercio, cede a qualsiasi titolo o importa abusivamente oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi". Ad avviso di chi scrive, premesso che dal tenore letterale del comma sembra essersi in presenza di un reato autonomo e non già di una circostanza aggravante della fattispecie base di cui al primo comma, la differenza in termini di elemento soggettivo richiesto

ai fini della configurazione di quest'ultima rispetto all'ipotesi di cui al comma secondo parrebbe ricondursi, alternativamente, da una svista del legislatore ovvero, più verosimilmente, alla volontà di sanzionare penalmente violazioni sistematiche e su larga scala del diritto d'autore anche senza la necessità di uno specifico fine lucrativo.

⁸⁶ Cfr. *ex multis* Cass. Pen. Sez. III, n. 19213 del 07/05/2019; Cass. Pen. Sez. V, n. 27141 del 27/03/2018.

⁸⁷ Sul punto v. INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*; di orientamento contrario in merito alla necessaria qualifica dell'elemento soggettivo in termini di dolo diretto BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, 605.

⁸⁸ V. art. 14 Direttiva 31/2000: "Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent.

⁸⁹ Ed infatti, ai sensi del D.M.C.A., "Under the knowledge standard, a service provider is eligible for the limitation on liability only if it does not have actual knowledge of the infringement, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent, or upon gaining such knowledge or awareness, responds expeditiously to take the material down or block access to it".

⁹⁰ Sul punto si v. STEA G., *La responsabilità penale dell'Internet Provider*, 4.

⁹¹ La direttiva 31/2000 è stata recepita in Germania con la Legge sulle condizioni generali delle transazioni commerciali elettroniche del 14 dicembre 2001 (*Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr - (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz)*), la cui disciplina sulla responsabilità dei providers ("Dienstanbieter") è contenuta negli articoli 8 e seguenti della norma.

⁹² Sull'impossibilità di configurare l'elemento soggettivo in termini di dolo eventuale si sono espressi INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine*; MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, 916; ERCOLANI S., *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, 2004, 376 ss.

⁹³ L'ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso, originariamente riconosciuta da un indirizzo giurisprudenziale in seno alla C.S., esplicito, tra le altre, nella sentenza Cass. Pen. Sez. IV, n. 4107 del 12/11/2008, è stata recentemente esclusa dalla sentenza Cass. Pen. Sez. IV, n. 7032 del 14/02/2019.

⁹⁴ Secondo MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, 902, tale modello, anche se più garantista, comporta una notevole difficoltà probatoria connessa alla problematica dimostrazione dell'accordo tra gestore di rete e soggetto che ha immesso in rete il materiale penalmente rilevante.

⁹⁵ Cfr. *ex multis* Cass. Pen. Sez. IV, n. 45011 del 26/10/2016.

⁹⁶ Cfr. Cass. Pen. Sez. III, n. 28701 del 12/05/2010, per la quale "la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento può qualificarsi anche per il solo dolo eventuale, a condizione che sussista, e sia percepibile dal soggetto, la presenza di segnali perspicui e peculiari dell'evento illecito caratterizzati da un elevato grado di anormalità".

⁹⁷ Sul punto si v. MANNA A., DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'Internet Provider*, 916, per cui, ai fini della configurabilità di una responsabilità omissiva impropria rimane comunque necessario, sul piano soggettivo, accertare l'intensità del dolo non soltanto potenziale ma effettiva, pena il rischio di integrare un *dolus in re ipsa* in contrasto col principio della personalità della responsabilità penale.

⁹⁸ Ed invero, come noto l'art. 17 prevede esclusivamente la responsabilità civile dell'ISP rimasto "inerte" nell'attivazione della procedura di *notice and take down*; gli artt. 156 e 163 L. Aut. prevedono la possibilità per il giudice di fissare una somma dovuta, a titolo chiaramente civilistico, per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento; infine, il comma 7 dell'art. 1 del D.L. 72/2004 prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da 50.000 a 250.000 euro per la violazione degli obblighi di cui ai commi 5 e 6 del medesimo articolo.

⁹⁹ Sostiene questa tesi FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*, 1162 ss.; secondo l'autore, l'interpretazione sistematica delle disposizioni di cui agli artt. 14 ss. del D.Lgs. 70/2003 "non esclude la possibilità di configurare una responsabilità penale del provider per omesso impedimento di taluni reati in materia di diritto d'autore, in particolar modo a titolo di concorso tramite omissione e nell'ambito di attività che si svolgano sotto la sua autorità o controllo, essendo rinvenibile un modello ingiunzionale e una procedura, al cui esito è emesso un provvedimento amministrativo o giurisdizionale che impone l'inibitoria o il blocco di una webpage o ad un website o a determinati materiali. Il provider, dunque, non solo viene cos' a conoscenza dell'illecito o messo concretamente in grado di riconoscerlo, se il citato provvedimento è preciso, ma è altresì dotato di effettivi poteri di interdizione, impeditivi o direttamente legati ai processi da cui derivano i rischi, se non preventivi". Contrari sul punto BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale*

dell'Internet Service Provider, 604; INGRASSIA A., *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettiva*, Diritto Penale e Processo, 1626 ss.

¹⁰⁰ Come noto, infatti, l'art. 361 c.p. è norma rivolta ai soli pubblici ufficiali, qualifica difficilmente attribuibile ad un Internet Provider; l'art. 364, che punisce il cittadino che ometta di denunciare un reato contro la personalità dello Stato punibile con l'ergastolo, è invece, evidentemente, del tutto inapplicabile rispetto ai reati in materia di diritto d'autore.

¹⁰¹ Cfr. *ex multis* Cass. Pen. Sez. VI, n. 37757 del 07/10/2010.

¹⁰² Così INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine*.

¹⁰³ Ciò è del resto avallato dalla Cassazione nella sua più alta composizione, che con sentenza Cass. Pen. SS. UU., n. 12213 del 21/12/2017 ha statuito che "ai fini della configurabilità del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice di cui all'art. 388, comma primo, cod. pen. non è sufficiente che gli atti dispositivi compiuti dall'obbligato sui propri o altrui beni siano oggettivamente finalizzati a consentirgli di sottrarsi agli adempimenti indicati nel provvedimento, rendendo così inefficaci gli obblighi da esso derivanti, ma è necessario che tali atti abbiano natura simulata o fraudolenta, siano cioè connotati da una componente di artificio, inganno o menzogna concretamente idonea a vulnerare le legittime pretese del creditore".

¹⁰⁴ Secondo INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine*, il paradigma del provider "tutore dell'ordine" si fonda infatti su previsioni che tipizzano obblighi di condotta specifici, non correlati all'impedimento di un evento e che scaturiscono da un provvedimento dell'autorità in cui è già indicato il reato commesso di cui si devono interdire gli effetti o la continuazione.

¹⁰⁵ In particolare, l'art 24 bis del Decreto 231 introdotto dalla L. 92/2008 pone a fondamento della responsabilità dell'ente quasi tutti i reati informatici "in senso stretto", ad eccezione del delitto di frode informatica di cui all'art. 640 ter c.p. e delle fattispecie di illecito trattamento dei dati personali, curiosamente indicati nella rubrica dell'articolo ma non contemplati nel catalogo dei reati presupposto.

¹⁰⁶ La bibliografia è amplissima. Per una visione d'insieme si rinvia in ogni caso a VINCIGUERRA S., ROSSI A., CERESA GASTALDO M., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, CEDAM, 2004; in relazione alla responsabilità degli enti per i reati informatici si v. la brillante disamina di FONDAROLI D., *La responsabilità di persone giuridiche ed enti per i reati informatici ex D.Lgs. n. 231/2001*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Cybercrime*, 2019, Utet Giuridica, 193 ss.

¹⁰⁷ Tra queste si possono richiamare l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi ed infine il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

¹⁰⁸ Così MARENGHI I., *Le nuove norme in materia di proprietà industriale. Brevi note a margine della riforma del diritto penale industriale*, in *Il Diritto Industriale*, n. 5/2009, 468 ss.

¹⁰⁹ Cfr. da ultimo Cass. Pen. Sez. VI, n. 11626 del 07/04/2020.

¹¹⁰ Ed invero, ai sensi dell'art. 6 c. 1 esonera l'ente da responsabilità per il reato commesso dai vertici aziendali soltanto se l'ente stesso prova che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione e che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV.

Meno rigida è invece la disciplina nell'ipotesi in cui il reato presupposto sia stato commesso dal soggetto sottoposto a direzione o vigilanza: in questo caso, l'art. 7 prevede che l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, la quale è in ogni caso esclusa se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Sul punto, è stato evidenziato in dottrina che la previsione di cui all'art. 6 determinerebbe di fatto un'inversione dell'onere della prova, che celerebbe la presunzione di colpevolezza dell'ente che non provi la propria innocenza; si v. FONDAROLI D., *La responsabilità di persone giuridiche ed enti per i reati informatici ex D.Lgs. n. 231/2001*, 197.

¹¹¹ Sul punto v. FONDAROLI D., *La responsabilità di persone giuridiche ed enti per i reati informatici ex D.Lgs. n. 231/200*, 196.

¹¹² Cfr. Cass. Pen. Sez. II, n. 295 del 09/01/2018.

¹¹³ L'adozione di modelli 231 all'interno di società operanti prevalentemente su un fronte digitale e smaterializzato può, peraltro, ispirarsi al sistema di adempimenti volti ad adeguare il trattamento dei dati personali alla *compliance* normativa introdotta con il GDPR; è infatti ragionevole ritenere che un ISP, avente nella maggior parte dei casi la sede legale all'estero, ancor prima di dotarsi di un MOG ai sensi del D.Lgs. 231/2001 abbia attuato un c.d. "modello organizzativo *privacy*", il quale, pur tenendo conto del diverso ambito di applicazione e dei diversi fini di tutela, potrà eventualmente costituire un punto di riferimento nella successiva predisposizione del modello previsto dal Decreto. Sul punto sia consentito rinviare a



TRIMESTRALE, 1, 2022

COSTA D., *I modelli 231 e la compliance aziendale sulla tutela dei dati personali. Aspetti comuni e divergenze a quattro anni di distanza dall'entrata in vigore del GDPR*, in *Giurisprudenza Penale*, 5/2020.

¹¹⁴ V. INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine*.

Le criptovalute nella fase di layering del riciclaggio.

di **P. Iovino**

Il contribuente persegue lo scopo di illustrare le modalità di utilizzo delle criptovalute negli innovativi sistemi di cyberlaundering, tra i quali risulta meritevole di interesse l'attività di *coin mixing*, finalizzata ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa delle somme convertite in *crypto-assets*, nonché tutte le procedure di *demixing* delle transazioni in criptovaluta adottate dalla polizia giudiziaria al precipuo fine di ricondurle al materiale esecutore, prodromiche all'esecuzione di un eventuale provvedimento di sequestro dei wallet di deposito.

Sommario. 1. Le criptovalute: qualificazione giuridica e protocollo *Blockchain*. - 1.1. Le criptovalute come prodotto finanziario. - 1.2. La fiscalità nelle transazioni in criptovaluta. - 1.3. Il concetto di *stablecoin*. - 2. Le fasi del riciclaggio di proventi illeciti. - 2.1. L'attività di *coin mixing* nella fase di *layering*. - 2.2. Il *demixing* e tipologie di *Internet Protocol*. - 3. Il sequestro di un *wallet*: tipologie e modalità operative. - 4. Novità legislative nazionali in materia di valute virtuali.

1. Le criptovalute: qualificazione giuridica e protocollo *Blockchain*.

Per *crypto-assets*, come ad esempio Bitcoin o altre *Altcoin*¹, meglio conosciuti come "valute virtuali", sono da intendersi, come introdotto dalla Direttiva UE 2018/843 del 30 maggio 2018, all' art. 1 lett. (d), "rappresentazioni di valore digitale non emesse o garantite da una banca centrale o da un ente pubblico, non necessariamente legate a una valuta legalmente istituita, che non possiedono lo status giuridico di valuta o moneta, ma sono accettate da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e possono essere trasferite, memorizzate e scambiate elettronicamente"². Trattasi di *digital tokens* basati su un protocollo *blockchain* che sia: 1) *open-source* (il codice è accessibile a tutti e può essere oggetto di lettura, modifiche, copia e scambio); 2) *permissionless* (l'accessibilità al *network* non può essere limitata); 3) *no-censorship* (una transazione già validata non potrà essere impedita); 4) *irreversible* (ogni transazione è irreversibile ed è identificata da un codice *hash* univoco); 5) *pseudonymous* (agli utenti non è richiesto di farsi preventivamente identificare); 6) *fungible* (i *digital tokens* sono tutti uguali ed ugualmente spendibili); 7) *limited* (l'offerta di gettoni digitali è limitata dal protocollo e non può essere modificata: limitata sia nel ritmo di espansione, sia nel numero massimo che si avrà al termine del processo di produzione. Ad esempio, con riferimento ai Bitcoin, non ne potranno essere prodotti più di 21 milioni. L'idea originaria dell'ideatore del Bitcoin è stata quella di prevedere

un algoritmo che riuscisse a produrre circa 50 Bitcoin ogni dieci minuti: ogni quattro anni avviene il cosiddetto *halving* di Bitcoin, ovvero un dimezzamento dell'estrazione dei blocchi che proseguirà fino al 2140, anno in cui si arriverà ad un milionesimo di Bitcoin, quantità quest'ultima considerata indivisibile e che vedrà il raggiungimento del limite massimo di Bitcoin esistenti)³.

La *Blockchain* si basa su una *Distributed Ledger Technology*, che letteralmente significa "registro distribuito". È un sistema nel quale tutti i nodi di rete detengono la stessa copia di un *database*, il quale è suscettibile di lettura e modifiche da parte dei singoli nodi. Diversamente da quanto avviene nei *Distributed Database*, dove i nodi che possiedono una copia del *database* lo possono liberamente consultare ma per apportarvi modifiche devono passare da un ente centrale, nei *Distributed Ledger* le modifiche vengono apportate tramite algoritmi di consenso. Difatti le criptovalute che vengono messe in circolazione sono in formato *proof of work* (POW), ancora oggi l'algoritmo di consenso più utilizzato e la naturale evoluzione del vecchio sistema *hashcash*, un meccanismo di convalida dei blocchi della *blockchain* in grado di impedire il verificarsi di fenomeni di *double spending*.

L'impossibilità di ricondurre le criptovalute allo status giuridico di valuta o moneta è resa evidente dal fatto che esse:

- non hanno corso legale (in virtù del pacifico riconoscimento della liceità delle criptovalute, è

corretto, piuttosto, sottolineare la loro natura a-legale, ossia di strumento di scambio convenzionale che trova la propria legittimazione sul patto fiduciario degli aderenti al sistema. In merito si segnala che il 7 settembre 2021 El Salvador è diventato il primo Paese al mondo in cui il Bitcoin ha acquisito corso legale accanto alla moneta nazionale, il dollaro);

- non possono fungere da mezzo di scambio in quanto frutto di accordi meramente convenzionali tra privati e che, seppur in crescita, godono ancora di scarsa diffusione tra il pubblico;
- sia per i costi transazionali che per l'alta volatilità dei tassi di cambio, non possono assurgere alla funzione di "riserva di valore" o "unità di conto". Il Bitcoin, di fatto, è privo di valore intrinseco: il suo prezzo è legato al numero di persone che accetta il rischio di investimento. Se tale numero scendesse fino ad annullarsi, il valore investito in Bitcoin si dissolverebbe.

Vani sono risultati anche i tentativi di ricondurre le criptovalute alla categoria dei beni giuridici, sia materiali che immateriali, di cui all'art. 810 c.c., in quanto prive del carattere della materialità (le criptovalute difatti non hanno consistenza se non limitatamente alla chiave privata, una sequenza alfanumerica indicata su un *wallet* e che consente di spendere i Bitcoin associati all'*internet protocol* corrispondente) e della tipicità (non si può, infatti, vantare un diritto su un bene immateriale se quest'ultimo non è espressamente previsto come tale dalla legge).

1.1. Le criptovalute come prodotto finanziario.

Diversa sorte ha ricevuto, invece, la qualificazione delle criptovalute come prodotto finanziario ex art. 1, lett. u, T.U.F.⁴, intese come "ogni altro investimento di natura finanziaria", per meglio dire qualsiasi investimento che abbia un'intrinseca prospettiva futura di guadagno e non sia finalizzato al mero godimento (investimento di consumo). Con due importanti pronunce del 2017⁵, la CONSOB ha riconosciuto lo *status* giuridico di strumento finanziario alle criptovalute al ricorrere di un triplice requisito:

- che vi sia impiego di capitale;
- che l'investimento abbia finalità speculativa (prospettiva di rendimento futuro);
- che vi sia assunzione del rischio legato all'investimento.

Alla compresenza dei menzionati requisiti, l'acquisto di *crypto-assets* assume la veste di investimento di natura finanziaria e, a seconda che abbia ad oggetto prodotti finanziari comunitari o meno, la negoziabilità degli stessi sarà subordinata alla preventiva comunicazione alla Consob e alla pubblicazione di un prospetto, così come disciplinato dall'art. 94 T.U.F.. Tale orientamento è stato recentemente ribadito dalla Suprema Corte⁶, la quale, nel tentativo di qualificare giuridicamente la natura, ha inteso precisare che "ove la vendita di Bitcoin venga reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, si ha una attività soggetta agli adempimenti di cui agli artt. 91 e seguenti T.U.F. (la CONSOB esercita i poteri previsti dalla presente parte avendo riguardo della tutela degli investitori nonché all'efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali), la cui omissione integra la sussistenza del reato di cui all'art. 166 comma 1 lett.c) T.U.F. (che punisce chiunque offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento)".

1.2. La fiscalità nelle transazioni in criptovaluta.

In ambito nazionale, la Direzione Regionale Lombardia, con l'interpello 956-39/2018 e nel solco della risoluzione n. 72/E del 2 settembre 2016, ha assimilato le valute virtuali a quelle estere, configurando – in tema di redditi delle persone fisiche – l'applicabilità dell'art. 67, comma 1, lett. c-ter) e comma 1-ter, T.U.I.R.⁷, in virtù del quale verranno tassate le plusvalenze relative a valute estere oggetto di cessione a termine o rinvenienti da depositi o conti correnti, a condizione che, nel periodo d'imposta in cui sono realizzate, la giacenza calcolata secondo il cambio vigente all'inizio del periodo di riferimento sia superiore ad euro 51.645,69 per almeno sette giorni lavorativi consecutivi. In virtù di tale assimilazione alle valute estere, le attività di *exchange* e di intermediazione di valute tradizionali con Bitcoin saranno esenti ai fini IVA, ai sensi dell'art.10 del Testo Unico IVA⁸ ma, se svolte in modo continuativo e abituale, saranno assoggettabili a tassazione IRES ed IRAP.

In merito si era già espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁹ che, nel tentativo di qualificare giuridicamente la natura, aveva previsto un regime di esenzione ai fini IVA di tutte quelle



transazioni di trasformazione di valuta tradizionale in valuta virtuale e viceversa.

1.3. Il concetto di *stablecoin*.

Diversamente da quanto detto per i Bitcoin e le altre criptovalute, le *stablecoin* sono valute che, pur in formato digitale, vincolano il proprio andamento di prezzo ad un'attività o *asset* sottostante considerato stabile (molte volte una moneta fiat, ma anche petrolio o preziosi) mediante un sistema di ancoraggio valutario o tasso di cambio fisso, così minimizzando la tendenza deflazionistica che invece è tipica della maggior parte delle criptovalute: l'incremento di valore giornaliero, infatti, non è efficacemente supportato dagli incentivi di spendita delle stesse. Ciò rende le criptovalute riserve di pagamento inefficienti, in quanto non riescono a mitigare il rischio di illiquidità, condizione nella quale, volendo spenderle, si è impossibilitati a convertirle in beni o servizi.

L'esperienza di *Tether* (USDT), un *token* creato nel 2014 ancorato con rapporto 1:1 al dollaro USA e ancora oggi la *stablecoin* più usata al mondo, mette in evidenza che il futuro dei sistemi di pagamento è destinato a registrare una progressiva digitalizzazione monetaria, facendo forza sulla consapevolezza che le *stablecoin* conservano tutte quelle caratteristiche che rendono funzionale il denaro: possono rappresentare, allo stesso tempo, un idoneo mezzo di scambio, una riserva di valore affidabile (in quanto minimizzano il rischio di svalutazione) e un'unità di conto.

Sulla stessa lunghezza d'onda viaggia il progetto della *stablecoin Libra*, poi rinominata *Diem*, lanciato un paio di anni fa da Facebook e che si sarebbe dovuto realizzare compiutamente entro la fine del 2021. Un *token* ancorato con rapporto 1:1 al dollaro americano la cui regolamentazione, tuttavia, desta ancora troppi dubbi: dalla possibilità di prevedere, in una fase iniziale, una cerchia ristretta di utilizzatori, alla limitazione dei prodotti e servizi negoziabili, fino ad arrivare ai crescenti rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo cui si espone un settore ancora troppo poco "navigato".

2. Le fasi del riciclaggio di proventi illeciti.

Il riciclaggio di proventi illeciti si configura come reato a fattispecie composta. La letteratura, in tal senso, è concorde nel distinguere tre fasi del riciclaggio: *placement*, *layering* e *integration*.

La fase di *placement* consiste nell'immettere i proventi illeciti nel circuito finanziario o bancario. Senza ombra di dubbio rappresenta la fase più delicata del processo, in quanto gli obblighi dettati dalla normativa antiriciclaggio¹⁰ cui sono soggetti gli intermediari finanziari e non, potrebbero portare all'attivazione di *red flags* che, a loro volta, determinerebbero l'inoltro di una segnalazione per operazione sospetta all'Unità di Informazione Finanziaria, con il successivo blocco dei fondi o sospensione dell'operazione stessa. Tale immissione può avvenire nei modi più disparati: si pensi, a titolo esemplificativo, alle tecniche di *smurfing* o *structuring*, che consistono nell'effettuare numerosi e piccoli depositi di denaro contante al fine di eludere le soglie di rilevazione da parte degli istituti di credito, oltre le quali scatterebbero gli obblighi di segnalazione di operazione sospetta.

Nella fase di *layering* o stratificazione, il riciclatore esegue una serie indefinita di operazioni finalizzate a celare o allontanare il provento immesso nel sistema finanziario dalla sua origine delittuosa, ciò anche mediante innovativi sistemi di trasferimento di valore (si pensi, ad esempio, alle transazioni *automated clearing house* oppure all'utilizzo di *hawala*, un sistema informale di trasferimento di valore alternativo al normale canale bancario).

L'ultima fase del riciclaggio, definita *integration*, prevede il reinserimento dei proventi illeciti, ormai ripuliti, nel circuito dell'economia legale.

2.1. L'attività di *coin mixing* nella fase di *layering*.

La crescente necessità da parte dei riciclatori di celare la propria identità sia nella fase di investimento che di disinvestimento di proventi di origine illecita convertiti in *crypto-assets*, ha fatto sì che gli stessi si rivolgessero a gestori di investimenti finanziari e trasferimento di denaro in criptovaluta i quali, attraverso l'attività di *coin mixing*, riescono a garantire l'assoluto anonimato soprattutto nei confronti delle autorità di vigilanza.

L'attività di *coin mixing*, così chiamata perché eseguita mediante gestori di servizi chiamati *mixers* o *tumblers*, riesce a perseguire tale scopo mediante la "confusione" delle somme in criptovaluta inviate dal cliente per il trasferimento al destinatario, somme che vengono "mescolate" con quelle inviate da altri clienti in modo tale che il transito tramite la *blockchain* perda la sua tracciabilità. Ogni transazione inviata, quindi, verrà scomposta in un

numero indefinito di parti, ed ognuna di queste andrà a ricostruire il valore in uscita per ogni singolo beneficiario. Il beneficiario finale della transazione, a sua volta, entrerà in possesso del valore trasferito ma non sarà più in grado di riconoscerne l'origine, in quanto tale valore risulterà essere la somma di un numero indefinito di micro transazioni inviate da un numero altrettanto indefinito di utenti. I gestori di tali servizi riescono a processare le criptovalute in entrata e in uscita dissociando la connessione tra il *wallet* da cui le somme provengono (*gateway*) e quello di destinazione (*withdrawing*), rendendo il più delle volte impossibile ricostruire il "*paper trail*", ossia la parte che conduce a ritroso, passaggio dopo passaggio, all'origine del valore trasferito.

2.2. Il demixing e tipologie di Internet Protocol.

L'attività di *coin mixing*, come riportato in precedenza, è finalizzata a garantire l'anonimato del materiale esecutore di un trasferimento in criptovaluta, ovvero a rendere difficile l'individuazione dell'indirizzo IP (*internet protocol*) identificativo della connessione mediante la quale la transazione è stata eseguita e il rispettivo intestatario.

L'attività di *demixing*, particolarmente complessa e non sempre efficace, si prefigge l'obiettivo di ricostruire a ritroso il percorso seguito da ogni singola transazione. Ciò avviene mediante lo sviluppo di *script* che, per ogni indirizzo di deposito fornito ed il relativo numero di micro transazioni in uscita, consentono di:

- individuare la transazione di deposito nel *database*;
- dalla transazione di deposito esaminare tutte le transazioni di invio avvenute nei giorni precedenti;
- filtrare tutte le transazioni *demixate*, interne o irrilevanti, registrate negli stessi giorni;
- filtrare tutte le transazioni troppo elevate in base alla commissione.

A questo punto lo *script* dovrebbe restituire come risultato una serie di *input* inviati dai possibili esecutori della transazione in questione e calcolare tutti i *set* di *output* che potrebbero costituire il valore della transazione in uscita sul *wallet* di destinazione. Tuttavia, anche qualora l'esito dell'attività di *demixing* delle transazioni in criptovaluta porti all'individuazione degli indirizzi IP, questi ultimi potrebbero essere "protetti" da sistemi di

occultamento dei reali indirizzi con modalità tipiche del "*dark web*" (TOR o VPN). Per tali indirizzi non è generalmente possibile addivenire all'identificazione del reale utilizzatore.

Qualora le operazioni siano realizzate mediante IP non mascherati, sarà certamente possibile acquisire dai gestori di telefonia i *file* di *log* attraverso cui identificare le utenze che vi sono associate e, tendenzialmente, il cliente o il beneficiario dell'operazione. L'acquisizione presso i gestori di telefonia deve essere necessariamente disposta dall'autorità magistratuale mediante decreto di acquisizione dei tabulati di traffico telematico ex art. 132 commi 1 e 3 D. Lgs. 196/2003¹¹. I gestori di telefonia, come previsto dalla stessa disposizione normativa, sono tenuti a conservare i dati relativi al traffico telematico per dodici mesi dalla data di comunicazione. Non potranno, di conseguenza, essere richiesti agli stessi gli estremi identificativi degli indirizzi IP relativi a transazioni avvenute in data antecedente agli ultimi 12 mesi dalla data della richiesta.

Un indirizzo IP può essere statico, dinamico, pubblico o privato. La staticità o dinamicità dell'*internet protocol* non pregiudica l'individuabilità dell'utente a cui è stato assegnato: l'unica differenza, infatti, che esiste tra i due, è che l'IP statico non cambia finché non viene modificato manualmente dall'*Internet Service Provider* (ISP), anche qualora vi siano state molteplici connessioni alla rete in un ampio arco temporale; diversamente, un IP dinamico, che viene configurato su dispositivi mediante il protocollo DHCP (*Dynamic Host Configuration Protocol*), cambierà ad ogni connessione alla rete da parte dell'utente.

Diverso è invece il discorso da fare per gli IP pubblici e privati: mentre i primi consentono ad un dispositivo la visibilità nella rete informatica mondiale, i secondi sono necessari per identificare singolarmente tutti quei dispositivi che necessitano di utilizzare quella rete informatica. Dal punto di vista investigativo, non poter disporre degli IP privati vanificherebbe la possibilità di individuare compiutamente il reale utilizzatore della connessione, in quanto lo stesso risulterebbe schermato dall'IP pubblico.

Ulteriore elemento di criticità è rappresentato dal numero limitato di indirizzi IP disponibili: per ovviare a tale problematica, soprattutto in quei Paesi che hanno meno spazio di indirizzamento IP allocato pro-capite, gli ISP hanno aderito al sistema NAT

(*Network Address Translation*), un processo specifico che consiste nel rimappare un singolo indirizzo IP in un altro indirizzo IP, spesso pubblico, modificando le informazioni di rete e le informazioni sugli indirizzi che si trovano nell'intestazione IP dei pacchetti di dati. Attraverso tale sistema, questi indirizzi privati vengono tradotti in un indirizzo IP pubblico quando le richieste in uscita dai dispositivi di rete vengono inviate a Internet, con la conseguenza che nello stesso momento potrebbero esserci più dispositivi identificati dallo stesso indirizzo IP pubblico, circostanza che rende difficoltosa alle autorità l'individuazione del reale utilizzatore della connessione.

3. Il sequestro di un *wallet*: tipologie e modalità operative.

In mancanza di un'autorità centrale che possa fornire informazioni attendibili o garantire la conservazione di quanto si vuole sequestrare, le modalità operative da seguire in sede di sequestro di un *wallet* sono affidate alla consolidata prassi operativa adottata dalla polizia giudiziaria. Le tipologie di sequestro cui può essere sottoposto un *wallet* sono il sequestro conservativo (artt. 316 e ss. c.p.p), finalizzato a garantire il pagamento delle pene pecuniarie, delle spese di giustizia e di eventuali risarcimenti danni; il sequestro preventivo (artt. 321 e ss. c.p.p), per impedire che *"la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati"*; e il sequestro probatorio (artt. 253 e ss. c.p.p.), finalizzato all'acquisizione del corpo del reato o di cose ad esso pertinenti.

Qualunque sia la tipologia di sequestro da eseguire, non cambiano gli accorgimenti da adottare al fine di garantirne l'efficacia: potrebbe non bastare, infatti, sottoporre a sequestro il dispositivo su cui è conservato il *wallet* o effettuarne una copia forense (l'indagato potrebbe, in sede di riesame, ottenerne il dissequestro o potrebbe detenere un *backup*), così come sicuramente non basterà cambiare la *password* del *wallet* o copiarne le chiavi private.

Allo stesso modo, non è consigliabile, in sede di sequestro, richiedere la conversione dei *crypto-assets* in moneta legale e procedere, successivamente, al deposito delle somme presso il Fondo Unico Giustizia: la conversione immediata, se da un lato tranquillizza sotto il profilo della conservazione e dell'aleatorietà del valore delle criptovalute, può, in

caso di esito negativo dell'*iter* processuale, essere motivo di doglianza da parte dell'indagato (qualora il valore della criptovaluta avesse, nel frattempo, subito un rialzo e si fosse registrato, per effetto del sopravvenuto sequestro, un mancato guadagno). La corretta procedura da adottare, eseguita da un consulente informatico opportunamente nominato, prevede la creazione di un apposito *paper wallet* su cui trasferire le criptovalute da sottoporre a sequestro. All'atto del trasferimento, è opportuno documentare la quantità di valuta virtuale trasferita nonché il valore di cambio medio ed il controvalore in moneta legale, in quanto qualsiasi variazione in eccesso del controvalore, sopravvenuta durante la fase procedimentale e processuale, potrebbe essere oggetto di un successivo provvedimento di sequestro, anche di diversa tipologia rispetto a quello già eseguito.

All'atto della conversione delle criptovalute in moneta legale, a richiesta del Pubblico Ministero procedente, le somme saranno versate al Fondo Unico Giustizia, nell'attesa che si esaurisca l'*iter* processuale.

4. Novità legislative nazionali in materia di valute virtuali.

In mancanza di una chiara disciplina comunitaria in materia, sul piano nazionale il legislatore ha cercato di mitigare i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo connessi all'utilizzo delle valute virtuali introducendo, tra i soggetti destinatari degli obblighi antiriciclaggio, con l'art. 1, comma 2, lett. ff) del D. Lgs. 125 del 2019, attuativo della direttiva 2018/843¹², *"ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale, o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute"*.

Per la prima volta, quindi, il legislatore riconosce gli *exchangers* e i *wallet providers* quali soggetti sottoposti agli obblighi di cui al D. Lgs. 231/2007. Per *exchangers* si intendono quei *"prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio*

tra valute virtuali e aventi corso forzoso”; per *wallet providers*, invece, soggetti che forniscono “servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali”. Entrambe le categorie di soggetti dovranno procedere con gli obblighi di adeguata verifica del cliente o del titolare effettivo¹³, se non addirittura rafforzata¹⁴, nonché della conservazione dei dati e dell’eventuale inoltro di segnalazioni per operazioni sospette.

Più nel dettaglio, l’art. 8 del D. Lgs. 125 del 2019 ha previsto la loro iscrizione in una sezione speciale del registro tenuto dall’Organismo degli Agenti e Mediatori; ha imposto un obbligo, propedeutico all’esercizio legale dell’attività sul territorio nazionale, di comunicazione della propria operatività al Ministero dell’Economia e delle Finanze ed ha, inoltre, assegnato al Ministero dell’Economia e delle Finanze il compito di stabilire mediante decreto le modalità e le tempistiche di comunicazione dell’avvio di tale attività sul territorio della Repubblica italiana.

In merito a quest’ultima previsione, è di pochi mesi fa la notizia dell’imminente emanazione del decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze relativo all’obbligo da parte dei prestatori di servizi di valute virtuali di comunicazione, per via telematica e con cadenza bimestrale, dei dati relativi ai clienti ed alle operazioni da questi effettuate. Tali informazioni, comprensive dei dati identificativi dei clienti e di quelli relativi all’operatività posta in essere dagli stessi, andranno a confluire in un apposito registro gestito dall’Organismo degli Agenti e dei Mediatori (OAM)¹⁵ alle quali potrà avere accesso, previa richiesta, il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della Guardia di Finanza. In breve, l’operatività sul territorio italiano degli *exchangers* e dei *wallet providers* sarà subordinata alla previa iscrizione di questi ultimi in una sezione speciale del registro pubblico informatizzato tenuto dall’OAM, come già era stato previsto dal decreto attuativo della V

direttiva comunitaria in materia di antiriciclaggio. Il mancato ottemperamento a tale obbligo qualificherà come abusiva l’attività esercitata sul territorio italiano dal prestatore di servizi di valute virtuali.

Tale previsione normativa consentirà alle Autorità di vigilanza del settore, nel caso di specie Consob, di intensificare i controlli sul mercato delle criptovalute. L’art. 8 del D.Lgs. 125/2019 ha apportato modifiche anche alla legge sul monitoraggio fiscale¹⁶, prevedendo per gli intermediari, sia finanziari che non, l’obbligo di trasmissione all’Agenzia delle Entrate dei dati relativi alle movimentazioni, effettuate anche in valuta virtuale, di importo pari o superiore ad euro 15.000,00, a prescindere dal fatto che siano il frutto di un’unica operazione oppure di più operazioni frazionate ma tra loro collegate, limitatamente a quelle eseguite per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali e di società semplici nonché associazioni ad esse equiparate.

La normativa di settore in materia di valute virtuali, pur a seguito degli apprezzabili tentativi operati dal legislatore e descritti in precedenza, resta ancora incompiuta. Troppe, infatti, risultano essere le casistiche che sfuggono dal perimetro operativo delle norme di nuova introduzione. Il legislatore, nei prossimi anni, sarà chiamato a cercare delle soluzioni regolamentari finalizzate a garantire il monitoraggio di quelle transazioni che non si servono di *exchangers* e *wallet providers*, o di monete derivanti direttamente da attività di *mining* (processo estrattivo della criptovaluta), nonché di tutte quelle attività esercitate da prestatori di servizi di valuta virtuale “extraeuropei”, questioni che potrebbero restare aperte anche a seguito del recepimento della VI Direttiva comunitaria in materia di antiriciclaggio.

Pasquale Iovino

Maresciallo della Guardia di Finanza.

¹ Litecoin, Ethereum, Dash, Monero.

² La definizione di “valuta virtuale” è stata recepita nell’ordinamento italiano con il d.lgs. 90/2017 (art. 1, comma 2, lett. qq).

³ CAPONERA E GOLA, *Aspetti economici e regolamentari delle “cripto-attività”*, in *Banca d’Italia.it*, 2019, p. 9.

⁴ D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

⁵ Delibere del 20 aprile 2017 e del 6 dicembre 2017, n. 19968 e 20207.

⁶ *Cass. Pen.*, sez. II, 31 novembre 2021, n. 44337.

⁷ D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

⁸ D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

⁹ C.G.U.E., sez. V, 22 ottobre 2015, causa C-264/14.



¹⁰ D. Lgs. 231/2007.

¹¹ Modificato dal D.L. 149/05, convertito nella L. 155/2005.

¹² V Direttiva comunitaria in materia di antiriciclaggio.

¹³ Art. 13 D. Lgs. 231/2007.

¹⁴ Art. 18 D. Lgs. 231/2007.

¹⁵ Tale registro dovrà essere istituito dall'OAM entro 90 giorni dalla pubblicazione del citato decreto.

¹⁶ D.L. n. 167/90.

La confisca di prevenzione all'indomani della sentenza 24/2019 della Corte Costituzionale. Rimedi esperibili: revocazione straordinaria ex art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 (cd. codice delle leggi antimafia) versus incidente d'esecuzione ex artt. 666 e ss. c.p.p. Le Sezioni Unite tracciano la rotta.

di **R. M. Giovinazzo**

Il presente contributo, tenta di mettere "a sistema", attraverso un *iter* giuridico guidato dai principi generali di un ordinamento sempre più "multilivello", le principali acquisizioni giurisprudenziali e dottrinali in materia di misure di prevenzione, e, in particolare, delle sorti a cui la confisca di prevenzione in condizione legale di pericolosità generica ex art. 16 comma 1 lett. a) del d.lgs. n. 159 del 2011, sarebbe stata destinata, a seguito dei considerevoli impatti, derivati sulla scena giudiziaria, per gli effetti della sentenza n. 24 del 2019 della Corte Costituzionale.

In via principale, il quesito giuridico a fondamento della discussione, e che avrebbe dato i natali al contrasto, oggi risolto dalle Sezioni Unite dello scorso 16 dicembre 2021 con la sentenza in commento, riguarderebbe l'individuazione del rimedio più "giusto" avverso un giudicato di prevenzione "ingiusto", ovvero, avverso un provvedimento divenuto "irrevocabile", benché formatosi sulla base di un titolo giuridico successivamente dichiarato illegittimo.

Ebbene, la contesa vedrebbe, come "avversarsi in campo", da un lato, la revocazione straordinaria ex art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 (cd. codice delle leggi antimafia), e dall'altro, l'incidente d'esecuzione ex artt. 666 e ss. c.p.p.

Sommario. **1.** Brevi note sull'ordinanza di rimessione e coordinate ermeneutiche alla *vexata quaestio*. – **2.** Il principio di legalità tra accessibilità e prevedibilità. – **3.** Implicazioni pratiche del principio di legalità nel sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniale (qualche cenno). – **4.** Fenomenologia delle misure di prevenzione personali e patrimoniali: dal confino per "oziosi" e "vagabondi", alla confisca di prevenzione nell'azione di contrasto alla criminalità lucrogenetica. – **5.** Sorte della confisca di prevenzione in condizione legale di "pericolosità generica" secondo la più recente giurisprudenza convenzionale e costituzionale. La sentenza della Grande Camera della Corte EDU *De Tommaso* (23 febbraio 2017) e la sentenza n. 24 del 2019 della Corte Costituzionale. – **6.** "Il mistero del processo" e l'errore giudiziario. – **7.** L'ordinanza di rimessione e note di introduzione al contrasto. – **8.** Rimedi esperibili: revocazione straordinaria versus incidente d'esecuzione. – **9.** La sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 16 dicembre 2021 (dep. 31 gennaio 2022) n. 3513. – **10.** Qualche riflessione finale.

1. Brevi note sull'ordinanza di rimessione e coordinate ermeneutiche alla *vexata quaestio*.

Con Ordinanza del 4 Giugno 2021 n. 23547, la Corte di Cassazione, Prima Sezione Penale, rimetteva all'attenzione delle Sezioni Unite, rilevato il contrasto tra orientamenti giurisprudenziali, la seguente questione di diritto: «Se, in tema di misure di prevenzione patrimoniali, il rimedio esperibile avverso il provvedimento definitivo di confisca, fondato sulla pericolosità generica ex art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 6 settembre 2021, n. 159, sia, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 – che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 16 del citato

d.lgs. in relazione all'art. 1, comma 1, lett. a), del medesimo decreto – la revocazione ex art. 28 del d.lgs. n. 159 del 2011, ovvero l'incidente di esecuzione. Se la Corte di cassazione, investita del ricorso in materia di confisca di prevenzione definitiva, adottata in relazione alle ipotesi di pericolosità generica ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) e lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sia tenuta in ogni caso all'annullamento integrale del decreto per richiedere nuova verifica dei criteri adottati».

Ciò detto, valga preliminarmente l'osservazione che segue: la *vexata quaestio* sopracitata, presuppone, per un esame critico più attento, la ricognizione di

talune premesse di inquadramento generali che gravitano intorno all'interrogativo principale.

In particolare, rispetto ad esse, si vedrà in corso di disamina, come talune si inseriscano nel più articolato sistema ordinamentale "multilivello"¹, guardato nella duplice dimensione eurounitaria ed euro-convenzionale, che sempre più convive e completa l'assetto istituzionale nazionale nel suo progressivo evolversi ed operare, e che avrebbe, secondo autorevole dottrina, trasformato il volto della legalità², segnando il passaggio dalla salda "piramide kelseniana"³ al più disorientante "labirinto"⁴, avvertito, anzitutto, dall'entrata in scena della giurisprudenza della Corte EDU di Strasburgo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea di Lussemburgo, nel panorama delle fonti del diritto^{5 6}. Ora, muovendo dal tentativo di enumerazione di tali profili controversi, gli stessi potrebbero essere individuati nei seguenti termini: a) Il principio di legalità tra accessibilità e prevedibilità; b) Implicazioni pratiche del principio di legalità nel sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali (qualche cenno); c) Fenomenologia delle misure di prevenzione: dal confino per "oziosi" e "vagabondi" alla confisca di prevenzione nell'azione di contrasto alla criminalità lucrogenetica; d) Sorte della confisca di prevenzione in condizione legale di "pericolosità generica" secondo la più recente giurisprudenza convenzionale e costituzionale. La sentenza della Grande Camera della Corte EDU *De Tommaso* (27 Febbraio 2017) e la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019; e) Effetti della declaratoria di incostituzionalità ed errore giudiziario.

2. Il principio di legalità tra accessibilità e prevedibilità.

Non sembrerà antistorico considerare l'autentica libertà, come la responsabile⁷ e consapevole "libertà sacrificata" di un individuo per il proprio simile, e, quindi, di ravvisare nel pernicioso abuso⁸ di libertà il fondamento di ogni tirannia e disordine sociale, viepiù laddove il pregiudizio inerisca diritti fondamentali della persona. Ed è proprio da qui, come un sussurro, che la memoria dei *mores antiqui* rifiorisce, trasportando il lettore, come brezza di mare, al cospetto dei "Giganti"⁹: «le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono

una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione»¹⁰; ed ancora, «.. dice il grande Montesquieu...ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi da assoluta necessità è tirannico»¹¹. Ebbene, le suggestioni letterarie di cui sopra, vorrebbero evidenziare (posto che ogni "abuso", presupponga, in quanto *condicio* stessa d'esistenza, un "uso" normalmente discrezionale di diritti, poteri e facoltà in capo al disponente della situazione giuridica interessata)¹² la profonda sensibilità che si è da sempre avuta, rispetto alla ricerca di un parametro ordinato, equilibrato e certo, che potesse assurgere a dignità di misura e limite ai più svariati slanci di estrinsecazione dell'essere.

Ad onta dei giudici di Strasburgo, il parametro di riferimento andrebbe individuato nel cd. "principio di giuridicità"¹³, e cioè, nella presenza di una "base legale" accessibile, prevedibile, e, quindi, evidentemente, calcolabile, che possa fungere da veicolo di discernimento per il singolo individuo dotato di intelletto e ragione, nella scelta, tra interessi antagonisti, verso il comportamento dall'ordinamento facoltizzato, ovvero, specularmente, verso quello vietato.

Ora, argomentare sui concetti di accessibilità e prevedibilità in riferimento all'art. 7 CEDU, significa, anzitutto, interrogarsi sul significato attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU alla "nozione autonoma di legge"¹⁴, la quale avrebbe costituito, secondo autorevole dottrina, l'autentica presa d'atto, nell'ambito della legalità convenzionale, di una "riserva di diritto" quale nozione omnicomprensiva, capace di contenere anche la "riserva di legge" tipica della legalità costituzionale.

Orbene, la risposta alla domanda, prenderebbe le mosse dall'analisi del lemma anglosassone "law", dal quale è possibile scorgere come, per la verità, tale etimo sia riferibile tanto al diritto scritto (quindi alla legge intesa nella sua accezione formale), quanto al diritto non scritto (quindi anche al diritto di creazione giurisprudenziale). Pertanto, nell'opzione sistematica dalla quale i giudici di Strasburgo avrebbero preso "la" per la definizione della "nozione autonoma di legge", non si ravviserebbe alcun profilo di ontologica incompatibilità, dovendo l'assetto istituzionale internazionale, necessariamente esprimersi (al fine di disinnescare l'inevitabile "effetto Babele"), attraverso un alfabeto comune a tutti gli Stati aderenti il Patto, a garanzia di quell'assioma

fondamentale di *unità nella diversità*, nel solco del sistema – giustizia globalmente inteso. In tal guisa, il principio di riserva di legge, si porrebbe, dunque, quale veste formale con la quale i Paesi di *civil law*, diversamente dai Paesi di *common law* (ove vige la regola dello *stare decisis*), avrebbero voluto intendere la legalità. La riserva di legge, infatti, è una componente di quest'ultima, non esaurendosi completamente in essa¹⁵.

Cionondimeno, questo modo di guardare alla legalità avrebbe presentato degli impatti non di poco conto in ordine alla individuazione dei relativi corollari, dovendo gli stessi essere adattati tanto alla *law* scritta, quanto alla *law* di derivazione giurisprudenziale, vieppiù al fine di riempire di contenuto quel "*No punishment without law*" enucleato ai sensi dell'art. 7 CEDU¹⁶. Come già anticipato *supra*, i corollari in questione, sarebbero rispettivamente rappresentati dalla prevedibilità e dall'accessibilità.

Incidenter tantum, da quanto sin qui esposto, potrebbe discendere l'ulteriore considerazione per la quale, se il "mito" della certezza del diritto è auspicabile, la prevedibilità¹⁷ è assolutamente necessaria. Ma, prevedibilità, rispetto a che cosa? E alla stregua di chi?

Invero, una volta affermato l'indiscusso valore ontologico della prevedibilità, appare opportuno tentare di individuarne, sul piano più eminentemente ontico, l'oggetto, nonché il relativo parametro, al fine di evitare che la stessa, svuotata del suo significato, si traduca in strumento *inidoneo* al raggiungimento dello scopo cui è stata "*vocata*", ovvero sia quello di "selezione" dei modi, delle attese e, quindi, delle scelte di comportamento dell'umano agire. Ora, la soluzione proposta è quanto meno problematica e, piuttosto che chiudere la questione, rimanda a un suo approfondimento.

Rispetto all'oggetto della ragionevole prevedibilità (cd. *predictability*), appare opinione pressoché condivisa quanto condivisibile, quella secondo la quale lo stesso venga individuato nella fattispecie astrattamente tipizzata per via legislativa.

Così facendo, il principio di prevedibilità, andrebbe, in un certo qual senso, ad "integrare" e, quindi, a "completare" quello di sufficiente determinatezza. In riferimento a quest'ultimo, si tratterebbe, in particolare, di un principio proteiforme, che è possibile declinare nelle seguenti articolazioni: il principio di precisione ovvero di intellegibilità del precetto (che attiene alla tecnica linguistica di

formulazione della disposizione da parte del legislatore in modo chiaro e comprensibile), il principio di verificabilità processuale¹⁸ (il fatto descritto per note interne dal legislatore, oltre ad essere letteralmente intellegibile, deve trovare piena corrispondenza nella realtà fenomenica circostante), nonché, da ultimo, il principio di tassatività quale principio rivolto al giudice e corrispondente, essenzialmente, al divieto di analogia *in malam partem*.

Rispetto al parametro della prevedibilità, invero, la giurisprudenza continua ancora a manifestare orientamenti tendenzialmente contrastanti, muovendo, a seconda dei casi, ora da un parametro di tipo oggettivo, ora da un parametro di tipo soggettivo¹⁹. A *contrario*, dunque, si avrà imprevedibilità in senso oggettivo, laddove l'indefinizione del parametro sia oggettivamente imprevedibile per la generalità dei consociati; viceversa, l'imprevedibilità soggettiva, muoverebbe da una valutazione in tal senso da parte del singolo protagonista della vicenda processuale.

Per quel che concerne il diverso corollario dell'accessibilità (cd. *accessibility*), la stessa individuerrebbe la componente più marcatamente "esterna" della legalità, ovvero sia la presa di conoscenza, da parte del soggetto, della disposizione contenente il comportamento vietato²⁰. Verosimilmente, tale concetto, potrebbe essere evocativo degli obblighi di pubblicità, principali e strumentali, dei chiamati alla conoscenza del precetto (*i.e.* l'intera collettività): a riguardo, si pensi, nell'ottica interna, alla corretta pubblicazione del testo di legge in Gazzetta Ufficiale.

In questa sede, appare, inoltre, doveroso, riconoscere come, del principio di prevedibilità, sarebbe già stata la Corte Costituzionale ad esaltarne la portata rivoluzionaria – sebbene in tempi ancora non sospetti –, nell'ambito della celeberrima sentenza n. 364 del 1988²¹, con la quale i giudici della Consulta, avrebbero pronunciato la parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5 c.p., nella parte in cui, nello stabilire in modo assoluto e perentorio il principio secondo cui *ignorantia legis non excusat*, non annoverava, tra le ipotesi eccezionali alla regola, quelle di scusabilità dell'ignoranza per errore inevitabile e, in ragione, scusabile²². Ebbene, la Corte, con la citata pronuncia, avrebbe fatto leva, per la copertura della spiegazione, proprio al canone della ragionevole prevedibilità ai fini del rimprovero di responsabilità,

muovendo dall'argomento per cui, epurando per contrasto alla Costituzione – e, in particolare, con i disposti di cui agli artt. 13, 25, 27 Cost. - forme di responsabilità oggettiva basate sul mero *versari in re illicita*, consacrava il dogma della responsabilità penale personale²³ e colpevole²⁴, quale forma di rimprovero estrema per la condotta antidoverosa della volontà che non si doveva volere (rispetto all'ipotesi criminale dolosa), ovvero che, sebbene non voluta, si poteva prevedere, e, quindi, evitare (rispetto all'ipotesi criminale colposa), ponendo in essere il soggetto una condotta conforme al canone ermeneutico dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*.

In conclusione, è "nel" principio di legalità che inabita la quintessenza della democrazia e della civiltà (giuridica e sociale); pertanto, è "il" principio di legalità il "luogo sacro" delle Libertà²⁵.

3. Implicazioni pratiche del principio di legalità nel sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniale (qualche cenno).

A questo punto della trattazione, fondamentale quanto necessaria (anche ai fini di una più consapevole analisi della sentenza in commento), appare la contestualizzazione del principio di legalità nella sistematica delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, avendo lo stesso trovato usbergo anche in tale settore dell'ordinamento.

Infatti, pur venendo in rilievo quali misure *praeter o ante delictum*, la loro irrogazione avrebbe comunque rinvenuto il proprio substrato essenziale, nella presenza di una *praevia lex* accessibile e prevedibile. Sarebbe stato, per di più, lo stesso legislatore costituzionale, a cristallizzare *expressis verbis* tale assunto: segnatamente, in ordine alle misure di prevenzione personali, l'art. 16 Cost. stabilisce che «ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge»; nonché (secondo la più recente giurisprudenza costituzionale n. 24 del 2019), l'art. 13 Cost. a norma del quale «la libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». In ordine alle

misure di prevenzione patrimoniali, diversamente, verrebbero in rilievo gli artt. 41 e 42 Cost.²⁶: nella specie, l'art. 41 Cost., nel prescrivere che «l'iniziativa economica è libera», stabilisce il fondamento costituzionale di tutela indiretto all'autonomia negoziale, adducendo che la stessa «non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; ragionevolmente, l'art. 42 Cost., nell'affermare che la «proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti», valorizza, al capoverso del disposto, il concetto di proprietà-funzione, concetto, quest'ultimo, che si completa ed esaurisce nel successivo terzo comma, ove viene stabilita la *regula iuris* per cui, il sacrificio individuale alla proprietà privata, nella perenne lotta tra Libertà e Autorità, ben potrebbe subire, ancorché nei casi e nei modi tassativamente stabili dalla legge, delle restrizioni giustificate da superiori ragioni di interesse pubblico (è il caso dell'espropriazione per ragioni di pubblica utilità), e che sarebbero idonee a legittimare la corresponsione in favore dell'inciso dal provvedimento ablatorio, di un equo indennizzo in funzione riparatoria per l'attività lecito-dannosa posta in essere dall'Amministrazione nei suoi confronti.

In definitiva, trattandosi di misure comunque incidenti in maniera pregnante su libertà costituzionalmente garantite del singolo, le stesse verrebbero protette dal "mantello" della legalità, tanto sostanziale, quanto processuale, vedendosi, siffatte libertà, assicurate, attraverso l'operatività dei principi di prevedibilità, accessibilità, necessità, proporzionalità²⁷, nonché, evidentemente, di giusto processo.

4. Fenomenologia delle misure di prevenzione personali e patrimoniali: dal confino per "oziosi" e "vagabondi", alla confisca di prevenzione nell'azione di contrasto alla criminalità lucrogenetica.

Quello delle misure di prevenzione, rappresenterebbe uno tra i settori più magmatici dell'intera scienza giuridica. Criticate così ardentemente, da non poterne comunque fare a meno, posto che «prevenire il reato è compito imprescindibile dello Stato, che si pone come *prius* rispetto alla potestà punitiva» (NUVOLONE).

Stando alle premesse, ciò sarebbe in linea con l'idea di un diritto penale dell'*extrema ratio*, nel senso che lo stesso, in quanto diritto estremo, frammentario e sussidiario²⁸, interverrebbe in ultima istanza al manifestarsi della usurpazione totale, ovvero della (anche solo potenzialmente astratta) messa in pericolo di valori costituzionalmente garantiti, sia pur implicitamente, i quali troverebbero la loro "espressione" nel precetto della cui rilevanza penale si discute.

Pertanto, la sanzione per eccellenza, verrebbe "chiamata alle armi" solo e soltanto qualora il diverso armamentario di tutele predisposto dall'ordinamento (civile, amministrativo), risulti in concreto *inidoneo* allo scopo, che è quello di "curare", rendendo piena ed effettiva, la tutela della posizione giuridica del soggetto leso per mano dell'atto *contra jus*²⁹, in ossequio al sacrosanto principio di civiltà giuridica, quale è quello di giustiziabilità delle pretese *ex art. 24 Cost.*, a norma del quale «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi» (principio, questo, che, evidentemente, andrebbe letto, con gli ulteriori disposti di cui agli artt. 103, 111, 113 Cost., quindi, con gli artt. 6 CEDU e 47 Carta di Nizza).

Le misure di prevenzione, dunque, verrebbero in rilievo, quali misure special-preventive *ante o praeter delictum*, essendo applicabili ai soggetti pericolosi prima della commissione di reati, ovvero a prescindere dall'avvenuta commissione di essi³⁰.

In questi termini, tali misure rappresenterebbero una componente precipua del diritto criminale, tant'è che alcuni non avrebbero esitato a parlare di un vero e proprio "terzo binario", a cavallo tra la pena e la misura di sicurezza (benché la giurisprudenza, anche convenzionale, avesse manifestato nel corso del tempo, al netto di taluni orientamenti di segno opposto, chiare resistenze nell'affermarne il carattere sanzionatorio per siffatti strumenti di controllo sociale)³¹.

Storicamente, le misure *de quibus*, sarebbero transitate nel nostro ordinamento per il tramite della legislazione di polizia del secondo Ottocento, con la legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865 n. 2248 (Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia), allegato B³², assurgendo, quest'ultima, a chiave di volta in senso apertamente liberticida della strategia di contrasto agli avversari del regime, per il consolidarsi anche dell'ordinamento repubblicano³³. A titolo esemplificativo (tra le misure predisposte nel *corpus* normativo), all'autorità di pubblica sicurezza

veniva conferito il potere di disporre misure quali l'ammonizione, il domicilio coatto (o confino di polizia) e il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, nei confronti di persone ritenute pericolose per la società, a prescindere da una loro precedente condanna in sede penale³⁴.

Cionondimeno, nonostante gli sforzi di razionalizzazione legislativa, quella delle misure di prevenzione rimaneva, allo stato dell'arte, materia oscura e dai labili confini. Ed infatti, è solo con la legge di pubblica sicurezza del 1889, che il sistema di prevenzione ricevette una sua più organica sistematizzazione, sebbene continuando a presentare perplessità in sede applicativa, specie rispetto alla individuazione dei soggetti destinatari dell'intervento preventivo (si trattava di oziosi, vagabondi, viandanti, mendicanti, liberati dal carcere, nonché di varie categorie di persone sospette o diffamate per certi delitti).

In questo modo, la qualifica di pericolosità, svuotata nella sua consistenza criminologica, avrebbe, dunque, manifestato i "germi" di una pericolosità fittizia, e, in quanto tale, "ideologicamente" ascrivibile a soggetti emarginati e censurabili soltanto in base ad un opinabile giudizio di demerito sociale³⁵.

Successivamente, con l'avvento del regime fascista, venne, prima nel 1926, quindi, nel 1931, riformulato il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza ad opera del R.D. del 18 giugno n. 773³⁶, che avrebbe rinvenuto la sua ragion d'essere nell'esigenza di garantire quell'impronta "autoritaria" tipica della precedente legislazione del 1930³⁷.

A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, il nuovo sistema di prevenzione *ante delictum* confluì nel testo fondamentale della legge del 27 dicembre 1956 n. 1423. Introdotta allo scopo di eliminare gli effetti più gravi della previgente disciplina, nonché, verosimilmente, di meglio tassativizzare le categorie dei soggetti pericolosi, la legge n. 1423, che, nella sua originaria formulazione annoverava ben cinque tipologie di soggetti destinatari delle misure (oziosi e vagabondi; soggetti dediti a traffici illeciti; proclivi a delinquere; sospetti sfruttatori di prostitute o contrabbandieri o trafficanti di stupefacenti; soggetti abitualmente dediti allo svolgimento di attività contrarie alla morale pubblica o al buon costume), venne ulteriormente rimodulata dalla successiva legge n. 327 del 1988, nonché da un intervento giurisprudenziale ad opera della Corte Costituzionale.

Si sarebbe trattato, in particolare, della pronuncia n. 177 del 1980, a mezzo della quale veniva espunta dall'ordinamento giuridico la categoria dei cd. "proclivi a delinquere"³⁸, categoria questa, che, a onor del vero, avrebbe paventato una sorta di "reviviscenza" di quel diritto criminale del tipo d'autore di lombrosiana memoria, poggiato, quest'ultimo, ai fini del rimprovero di responsabilità, sull'architrave dell'"essere", a prescindere dalla sussistenza di una condotta lesiva dell'altrui sfera giuridica.

Dunque, sarebbero state eliminate tutte quelle fattispecie esposte al rischio di valutazioni soggettivistiche o a impronta eticizzante³⁹.

Da ultimo, la legge n. 1423 del 1956 è stata oggi abrogata e sostituita dal vigente d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (cd. Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione).

Ora, sembra opportuno già in questa sede (e come in parte già si è fatto) anticipare, come la Corte Costituzionale, in quanto giudice delle leggi, sarebbe stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, nondimeno concludendo, il più delle volte, in senso affermativo: «l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire»⁴⁰.

Ebbene, ad onta dei giudici della Consulta, è opinione pressochè pacifica quella secondo la quale, affinché una siffatta forma di controllo special-preventivo possa ritenersi *idonea* a Costituzione (trattandosi di misure, come si è osservato, atte ad incidere su tradizionali diritti di *habeas corpus*)⁴¹, la stessa debba rispettare il principio di legalità. Tale argomento di sistema generale, sarebbe stato di recente ribadito, come meglio si vedrà oltre, dalla recente pronuncia n. 24 del 2019, nel corso della quale la Corte Costituzionale avrebbe affermato il principio per cui «la riconduzione delle misure in parola nell'alveo dell'art. 13 Cost⁴² comporta che alle garanzie (richieste anche nel quadro convenzionale) a) di una idonea base legale delle misure in questione e b) della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere su diritti

fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia c) della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione⁴³, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2 Prot. N. 4 CEDU»⁴⁴.

Riassumendo: necessarietà, prevedibilità e proporzionalità, costituirebbero le "tre anime" che, insieme, renderebbero la misura di prevenzione personale costituzionalmente e convenzionalmente conforme.

In conclusione, per quel che concerne i requisiti necessari all'applicabilità della misura, gli stessi potrebbero analizzarsi muovendo da una separazione dei presupposti soggettivi ed oggettivi. In riferimento ai presupposti soggettivi, l'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011, individuerrebbe i soggetti in condizione legale di "pericolosità generica"; specularmente, il successivo art. art. 4, identificerebbe le fattispecie soggettive in condizione legale di "pericolosità qualificata".

In riferimento ai presupposti oggettivi, l'applicazione della misura, si caratterizzerebbe per un accertamento bifasico: a) una fase diagnostico – constatativa, nella quale vengono accertati (mediante giudizio retrospettivo), gli elementi costitutivi della cd. "fattispecie di pericolosità", guardando quindi al passato. Segnatamente, si tratterebbe di una pericolosità desumibile, "non sulla base di un semplice sospetto", dovendo, la stessa, basarsi «su una valutazione oggettiva degli elementi di fatto, che rivelano il comportamento abituale della persona e il suo tenore di vita, o specifici segni esteriori delle sue tendenze criminali»⁴⁵; b) la fase prognostica, finalizzata alla verifica (mediante un ragionamento postumo *ex ante*), in ordine alla ragionevole probabilità che il soggetto, per le sue caratteristiche intrinseche ed estrinseche, possa commettere delitti in futuro⁴⁶.

Orbene, negli ultimi decenni, gli studi della prevenzione si sarebbero spinti ben oltre i confini del soggetto pericoloso, fino a toccare i lidi della criminalità da profitto.

Introdotta dalla legge n. 646 del 13 settembre 1982 (cd. legge Rognoni – La Torre), all'indomani della morte del Generale Dalla Chiesa (avvenuta il 3 settembre 1982), la confisca di prevenzione⁴⁷ (alla quale il legislatore avrebbe affidato il ruolo di "primo violino" nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniali), avrebbe costituito, unitamente alla nuova fattispecie di associazione di stampo mafioso

ex art. 416 *bis* c.p.^{48 49}, uno degli interventi più significativi della citata legislazione d'emergenza, nata in risposta alla diffusione di nuove forme di criminalità organizzata particolarmente pervasive e complesse, difficilmente contrastabili con gli "ordinari strumenti" previsti nell'assetto previgente. Pertanto, sarebbe stata la "necessità" a plasmare il legislatore, inducendolo a colmare quel silenzio normativo, ormai divenuto drammaticamente assordante. Già da tempo, infatti, era letteralmente "deflagrata" quella presa di coscienza (anzitutto da parte degli addetti all'amministrazione della Giustizia di quegli anni)⁵⁰, per cui l'autentico «tallone d'Achille» capace di determinare il drastico depotenziamento e, quindi, la conseguente neutralizzazione del fenomeno criminale organizzato, era da ravvisarsi in quelle «tracce che lasciano dietro di sé i grandi movimenti di denaro connessi alle attività criminali più lucrose», in altri termini, il patrimonio⁵¹. Si sarebbe trattato e, purtroppo, ancora a tutt'oggi si tratta, di capziosi e raffinatissimi movimenti di circolazione del denaro (divenuti ancora più insidiosi a seguito dei nuovi processi di smaterializzazione e finanziarizzazione della ricchezza, nonché, più in generale, dell'economia)⁵², che, discostandosi dai paradigmi concorrenziali, sono tali da alterare in modo significativo il libero gioco della concorrenza, nel nome di un capitalismo estremo orientato verso atti di locupletazione scellerati, ai danni, in particolare, di quelle piccole e medie imprese stanziare nel territorio di signoria della consorteria del malaffare. Ebbene, in relazione alla confisca di prevenzione (attualmente disciplinata dall'art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011), la questione maggiormente controversa, e che avrebbe interessato particolarmente il dibattito giurisprudenziale e dottrinale, è quella relativa alla sua natura giuridica. Sul punto, si sarebbero prospettate tre diverse ricostruzioni.

Incider tantum, è bene in questa sede precisare che, la qualificazione giuridica dell'istituto *de quo*, lungi dal rappresentare una operazione di mera esegesi di etichettamento formale a fini dogmatico – classificatori, presenterebbe implicazioni pratiche notevoli in punto di statuto disciplinatorio applicabile⁵³.

Secondo un primo orientamento, la confisca di prevenzione avrebbe una natura sanzionatorio – punitiva. Sarebbe, questa, la prospettiva sostenuta dalla dottrina prevalente, e avallata da una certa giurisprudenza, tanto della Cassazione, quanto

della Corte di Strasburgo. La finalità sanzionatoria, in particolare, discenderebbe dal fatto che, siffatta *species* di confisca, si applicherebbe a prescindere dall'accertamento della pericolosità del soggetto, nonché della precedente applicazione di una misura di prevenzione personale⁵⁴. Pertanto, si tratterebbe di una misura oggettivamente sanzionatoria, quindi, in ragione, coerente con quella concezione antiformalistica di materia penale⁵⁵ teorizzata dalla Corte EDU nel caso *Engel* del 1976⁵⁶. Ora, siffatto argomento, avrebbe trovato ulteriore suggello anche nell'ambito della giurisprudenza convenzionale, e, nella specie, in alcune brillanti *dissenting opinions*, a firma, in particolare, del giudice Pinto de Albuquerque. Rispetto ad esse, di enorme fascino appare quella espressa nel corso della sentenza *De Tommaso* del 2017⁵⁷, la quale si porrebbe in fedeltà di pensiero con un'altra opinione dissenziente, quest'ultima relativa ai controversi profili di compatibilità, nell'ambito del cd. diritto amministrativo punitivo, tra il divieto di *bis in idem* processuale/ sostanziale e la possibile operatività di doppi binari sanzionatori (specie nel settore tributario e dei mercati finanziari)⁵⁸.

Secondo un diverso orientamento, minoritario, lo strumento preventivo di ablazione reale, costituirebbe un *tertium genus* atipico, collocato nella "terra di mezzo" tra la sanzione amministrativa e la misura di sicurezza ex art. 240 comma 2 c.p. Principalmente, ad onta dei giudici di legittimità, la misura in discussione, avrebbe avuto come obiettivo primario quello di sottrarre i beni di provenienza illecita dal circuito economico di origine, per inserirli in un diverso circuito economico lecito⁵⁹. Tale argomento, sarebbe stato avallato da una risalente sentenza della Corte Costituzionale, con la quale il giudice delle leggi avrebbe affermato che «la ratio della confisca comprende, ma eccede, quella delle misure di prevenzione, consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine, per inserirlo in un altro, esente da condizionamenti criminali che caratterizzano il primo»⁶⁰.

A ben vedere, un tale modo di guardare alla confisca di prevenzione, per quanto suggestivo da un punto di vista teorico, non chiarirebbe, tuttavia, la sostanza dell'istituto, né tantomeno l'assetto normativo applicabile, inabissando, evidentemente, nel vortice di una speculazione fine a se stessa.

Da ultimo, secondo l'orientamento oggi maggioritario, parimenti condiviso in sede

convenzionale, lo strumento in questione, ben lungi dal costituire una surrettizia quanto mascherata "pena del sospetto", ovvero un non meglio precisato quanto inafferrabile *tertium genus*, individuerebbe, per converso, una misura preventivo-ripristinativa⁶¹, assimilabile, quanto a contenuto e ad effetti, al modello, sia pur originale, dell'*actio in rem* di diritto civile, traducendosi, quindi, in una forma di limitazione legittima del diritto di proprietà, condizionata dall'"illegalità" della fonte dell'attribuzione patrimoniale (la quale, a sua volta, si collocherebbe, al negativo, agli antipodi del disposto disciplinato ai sensi dell'art. 922 c.c.)⁶². D'altro canto, siffatta qualificazione giuridica non sanzionatoria, si apprezzerrebbe anche grazie ad un ulteriore argomento di tipo letterale, desumibile dal testo della disposizione interessata: si tratterebbe, all'uopo, del disposto di cui all'art.16 del d.lgs. 159 del 2011, al comma 1 lettera b), il quale annovera tra i destinatari della misura ai sensi del comma 1 lettera «le persone fisiche o giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali»⁶³.

Inoltre, sarebbe stata la Consulta con la sentenza n. 24 del 2019 a "chiudere definitivamente la partita", in quanto, nel conferire alla confisca una "patente di misura ripristinatoria", avrebbe confermato quella tendenza internazionale sempre più orientata alla promozione di nuovi meccanismi di ablazione civilistica, nell'ambito dell'azione di contrasto alle più insidiose forme di criminalità lucrogenetica⁶⁴.

Concludendo, in ordine al requisito della pericolosità, a dispetto dei sostenitori della prima tesi (per i quali la pericolosità verrebbe radiata dall'accertamento), secondo l'opinione maggioritaria, il requisito in questione resterebbe in vita, sebbene vivendo una sorta di "*commutatio loci*", concretantesi nella trasposizione del "pericolo" e, quindi, della "pericolosità", dal "soggetto" alla "res", di tal che realizzando, in questi termini, un'ideale antropomorfizzazione dell'oggetto pericoloso su cui far ricadere le conseguenze derivanti dall'irrogazione dello strumento ablatorio ex art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011⁶⁵.

Così facendo, si chiuderebbe quel cerchio iniziato a partire dall'enunciazione teorica, in generale, dei postulati fondamentali in materia di misure di prevenzione, nonché, in particolare, di confisca di prevenzione, e che rinviene la sua "essenza" in quel brocardo d'antica sapienza per cui "*la libertà del singolo termina quando inizia la libertà dell'altro*".

5. Sorte della confisca di prevenzione in condizione legale di "pericolosità generica" secondo la più recente giurisprudenza convenzionale e costituzionale. La sentenza della Grande Camera della Corte EDU De Tommaso (23 febbraio 2017) e la Sentenza n. 24 del 2019 della Corte Costituzionale.

Come già anticipato, con le misure di prevenzione, «ci si avventura lungo pendii scoscesi di una terra di confine del diritto penale, da sempre particolarmente problematica»⁶⁶.

Il dilemma circa la loro legittimità costituzionale, avrebbe, infatti, da sempre accompagnato il dibattito, tanto dottrinale, quanto giurisprudenziale. In particolare, sul versante giurisprudenziale, lo stesso avrebbe ricevuto «nuova linfa vitale»⁶⁷ a seguito della sentenza *De Tommaso*⁶⁸, con la quale la Corte di Strasburgo, avrebbe censurato il difetto di prevedibilità delle fattispecie di pericolosità generica, previste dall'ordinamento nazionale ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011 (in particolare, si sarebbe trattato delle fattispecie del "*vivere onestamente e rispettare le leggi*", nonché del "*non dare ragione alcuna ai sospetti*").

Ora, appare in questa sede opportuno precisare, come i risvolti pratici delle fattispecie in questione, siano "transitati" anche nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniali: ciò in quanto, l'art. 16 del d.lgs. n. 159 del 2011, nell'elencare le "classi" dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione reali, circoscriverebbe una sorta di "*anello esterno di un sistema di cerchi concentrici*"⁶⁹, finendo con il racchiudere, mediante la tecnica del rinvio, le categorie di pericolosità previste dall'art. 4, il quale, a sua volta, conterrebbe l'ulteriore rinvio ai soggetti di cui all'art. 1 del d.lgs. 159 del 2011.

La sentenza *De Tommaso*, inoltre, avrebbe avuto il pregio di chiarire definitivamente la fonte giuridica delle misure di prevenzione personali, la quale, secondo la prospettiva dei giudici di Strasburgo, sarebbe da rinvenirsi non tanto nell'art. 5 CEDU⁷⁰, quanto piuttosto nel diverso art. 2 Protocollo n. 4 CEDU: secondo la valutazione della Grande Camera,

«il paragrafo 1 dell'art. 5 contempla la libertà fisica di una persona. Conseguentemente, non riguarda mere restrizioni della libertà di circolazione, che sono disciplinate dall'art. 2 del Protocollo n. 4. Per determinare se una persona è stata privata della libertà ai sensi dell'art. 5, il punto di partenza deve essere la specifica situazione della stessa, e si deve tenere conto di una serie di fattori quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura in questione... La necessità di tener conto del tipo e delle modalità di attuazione della misura in questione, le consente di tener conto dello specifico contesto delle circostanze che accompagnano tipi di restrizione diversi dal paradigma della reclusione in una cella. Infatti il contesto in cui è adottata la misura è un fattore importante, dal momento che nella società moderna si verificano comunemente situazioni in cui può essere richiesto alla collettività di tollerare restrizioni della libertà di circolazione o della libertà nell'interesse del bene comune... Secondo la giurisprudenza della Corte, qualsiasi misura restrittiva del diritto di libertà di circolazione deve essere prevista dalla legge...»⁷¹. Sennonché, rispetto all'espressione "prevista dalla legge", la Corte esige che la misura oggetto di contestazione, non solo abbia una qualche base nel diritto interno, ma che sia, anzitutto, rispettosa dei canoni di qualità della *law* stessa, ovverosia quelli di prevedibilità ed accessibilità, i quali, segnatamente, verrebbero individuati secondo le cadenze già esaminate, e alle quali si rinvia.

Conseguentemente, la Corte EDU, in maniera condivisibile, avrebbe affermato quanto segue: non ritiene che gli obblighi di "*vivere onestamente e rispettare le leggi*" e di "*non dare ragione alcuna a sospetti*" siano stati compiutamente delineati nei loro contenuti essenziali dal legislatore all'atto di definizione della fattispecie. In questi termini, stante la loro oggettiva imprevedibilità, l'unico esito ragionevolmente prevedibile, non può che ravvisarsi nella loro "naturale inclinazione" ad applicazioni abusive.

Orbene, «dopo la consueta fase di trauma post Strasburgo, che solitamente si registra a seguito di sentenze dall'inequivocabile portata (almeno potenzialmente sistematica), prende avvio il cammino giurisprudenziale che conduce inevitabilmente alla Corte Costituzionale»⁷², e, in particolare, alla sentenza n. 24 del 2019.

Con l'intervento in discussione, la Consulta, vieppiù richiamando la giurisprudenza convenzionale, si

sarebbe posta la questione circa la compatibilità delle garanzie convenzionali e costituzionali nel settore delle misure di prevenzione, in presenza di fattispecie a pericolosità generica.

In via di prima approssimazione, la pronuncia n. 24 del 2019, avrebbe dichiarato illegittima l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, nonché di quelle patrimoniali di sequestro e della confisca, nei confronti dei soggetti di cui all'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011, cioè di persone che «debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi».

Preliminarmente, si sarebbe messa in rilievo «la diversità tra la portata del principio di tassatività e precisione delle norme aventi connotazione penale, restrittive della libertà, e le norme non aventi connotazione penale, ancorché restrittive della libertà».

Ebbene, rispetto alle prime, appare, ad onta dei giudici, indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa», rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo».

Rispetto alle seconde, diversamente, «non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante ed uniforme, di disposizioni pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque di formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione».

Pertanto, rispetto alle misure di prevenzione, verrebbe in evidenza il ruolo sempre più cruciale assunto dalla giurisprudenza, in ordine ad una interpretazione in chiave tassativizzante di norme che, altrimenti, verrebbero verosimilmente abbattute dalla scure dell'incostituzionalità.

In tale prospettiva, dunque, occorrerà valutare il concreto apporto della giurisprudenza nella definizione dei comportamenti in condizioni di pericolosità generica, nonché, in particolare, quelli relativi alla prima fase diagnostico – constatativa.

Sul punto, la Corte Costituzionale, avrebbe individuato due "anime" della tassatività, le quali, sarebbero rispettivamente compendiate nella "tassatività sostanziale" e nella "tassatività processuale".

In riferimento alla "tassatività sostanziale" (che, a ben vedere, sarebbe quella che interessa in questa sede), la stessa si potrebbe definire come la "proiezione giurisprudenziale esterna" dei principi sostanziali di prevedibilità, accessibilità e precisione del precetto della cui determinatezza o indeterminatezza si discute.

Viceversa, in riferimento alla "tassatività processuale", la stessa riguarderebbe le implicazioni più marcatamente processuali del giudizio, avendo ad oggetto la selezione delle «tipologie di evidenze suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle fattispecie di pericolosità generica descritte dalle disposizioni censurate».

In definitiva, l'opera di tassativizzazione giurisprudenziale, volta a "riempire di significato" norme altrimenti indeterminate, sarebbe iniziata, come avrebbero, sia pur implicitamente, evidenziato, le Sezioni Unite in esame (par.7 della sentenza n. 3513), a partire dalla sentenza della Grande Camera *De Tommaso*, giungendo a compimento, evidentemente, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019, la quale, tuttavia, avrebbe "salvato", «pur in assenza nel dispositivo di una espressa declaratoria di rigetto» (come rilevato da Sezioni Unite del 16 dicembre 2021 n. 3513 in questione) la sola fattispecie di pericolosità generica contemplata dall'art. 1 lettera b) del citato decreto, ovvero quella del «vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi dell'attività delittuosa»⁷³, non anche la diversa lettera a), relativa «a coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»^{74 75}.

In conclusione, dall'attenta considerazione degli argomenti trattati, si potrebbe complessivamente desumere quanto segue: a conferma dei ragionamenti, si avverte come sempre più visibile la realtà di un sistema "multilivello", proteso a guardare alle giurisdizioni con "occhi nuovi". I diversi impianti giurisdizionali, infatti, lungi dall'essere presi in considerazione quali plessi monolitici e autoreferenziali, che parlano lingue incomprensibili agli altri ordinamenti statali, verrebbero in rilievo come entità che, "si rispondono" le une con le altre; sicché, quella visione leibniziana della giurisdizione quale "monade" inidonea a relazionarsi con gli altri

plessi, risponderebbe, a ben vedere, ad una concezione di rapporti tra giurisdizioni ormai evidentemente superata. Le giurisdizioni, quindi, come variegati "strumenti" di un'unica "orchestra", si ritroverebbero a cantare il loro "poema sinfonico", trascinati da un *leitmotiv* rappresentato, da un lato, dal novero delle garanzie sostanziali e processuali della Convenzione EDU, e dall'altro, dai principi del Diritto Europeo e delle Carte dei Diritti Fondamentali.

6. "Il mistero del processo" e l'errore giudiziario.

Giunti a questo punto della trattazione, l'ultimo nodo preliminare che rimane da sciogliere (al miglior fine della comprensione del contrasto a cui le Sezioni Unite sarebbero state chiamate a pronunciarsi con la sentenza in commento), consentendo, quindi, il passaggio di "coda"⁷⁶ verso la seconda parte della disamina, è quello che intreccia il seguente interrogativo: la tutela della posizione giuridica pregiudicata, potrebbe essere tale da "trasumanare" l'irrevocabilità del *decisum*, al fine di seguire un'ideale di giustizia che non è stato garantito? In altri termini, la ricerca della verità processuale di un soggetto negativamente inciso nella propria sfera personale (che, nel caso di specie, sarebbe rappresentata dalla lesione del diritto assoluto di proprietà), potrebbe superare il dogma dell'intangibilità del giudicato⁷⁷, all'esito del pronunciamento, da parte della Corte Costituzionale, di una sentenza che avrebbe dichiarato l'invalidità originaria del titolo giuridico dal quale la confisca di prevenzione avrebbe tratto la sua genesi, e, quindi, sulla base di una legge, parafrasando la prima formula di Radbruch, *ab origine* "intollerabilmente ingiusta"^{78 79}? Ebbene, in un sistema ordinamentale "multilivello" orientato verso principi di Stato di Diritto, esiste un principio collocato in guisa di "motore" che tutto muove, e da cui ogni cosa trarrebbe il "senso" del suo perenne e costante divenire. Tale postulato fondamentale, sarebbe rappresentato dal principio di difesa nel giusto processo regolato da legge⁸⁰ (artt. 24, 111 Cost.; art. 6 CEDU; art. 47 Carta di Nizza). Ora, secondo taluni autorevoli Autori, il citato paradigma essenziale, avrebbe rappresentato la causa profonda della "notte del giudicato"⁸¹. Cionondimeno, tale assunto, sebbene in via di prima approssimazione indiscutibile, potrebbe, per il vero, rappresentare affascinanti elementi di criticità, specie laddove il fuoco del dibattito, si consumi al cospetto della strumentalità del processo. A tale riguardo,

interessanti suggestioni provengono da certi raffinati studiosi della materia, i quali, nell'evidenziare le connessioni tra teatro e processo, e, in particolare, la dicotomia tra la teatralità del processo e la processualità del teatro⁸², avrebbero, forse inconsapevolmente, "squarciato il velo" del processo, rivelandone il suo vero volto, il suo autentico scopo. A questo punto, come echi altisonanti risuonano le notevoli riflessioni del poliedrico giurista Salvatore Satta a proposito dello "scopo del processo": «Ma il Processo? Ha il processo uno scopo? ... Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può che essere il giudizio... Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque, se ha uno scopo, lo ha in se stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno... Paradosso? No, non è un paradosso; è un mistero, il mistero del processo, il mistero della vita... Di quest'atto senza scopo gli uomini hanno intuito la natura divina, e gli hanno dato in balia tutta la loro esistenza...»⁸³. È nel "momento eterno"⁸⁴ del giudizio che la verità processuale, sia pur nei limiti della fallibilità dell'umana natura, si compie, e *in lei*, la sua libertà⁸⁵. Ne consegue che, laddove si ravvisi, all'esito del processo, un giudizio erroneo (da cui, evidentemente, germoglierà un "giudicato erroneo"), il processo, imperversando contro se stesso, assumerà i connotati di "veicolo di ingiustizia". Pertanto, per evitare una tale nefandezza, l'irrevocabilità del *decisum* trascolora dinanzi all'ingiustizia del processo, o meglio, dinanzi ad un processo che, a monte, non doveva essere celebrato ovvero doveva essere diversamente celebrato. Ovviamente, all'ulteriore fine di scoraggiare il rischio speculare opposto, ovverosia quello di una giustizia liquida e in ogni caso controvertibile, l'ordinamento giuridico ha, in maniera condivisibile, predisposto uno strumentario tassativo ed eccezionale di situazioni straordinarie⁸⁶, subordinate alla sussistenza di stringenti presupposti, condizioni e limiti, in cui verrebbe ammessa una qualche, sia pur temperata, cedevolezza del giudicato⁸⁷. Dunque, poiché la "*necessitas*" presuppone la "*lex*" con la quale dialoga⁸⁸: *quid iuris*, se la *lex* viene dichiarata *tamquam non esset*? Orbene, muovendo dal tentativo di riassumere gli effetti, più in generale, della declaratoria di incostituzionalità, sembrerebbe, infatti, opinione pressoché pacifica quella secondo la quale, siffatto pronunciamento, ben lungi dall'assimilarsi per natura e sorte alle ipotesi di

abrogazione ovvero di disapplicazione, sarebbe, piuttosto, maggiormente affine al diverso rimedio dell'annullamento (dispiegando i suoi effetti "*erga omnes*" ed "*ex tunc*"). Siffatto argomento, troverebbe, peraltro, la sua "giustificazione normativa" nel disposto di cui all'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, a norma del quale «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Pertanto, rappresentando un *novum* sopravvenuto⁸⁹, oggettivamente e soggettivamente imprevedibile al tempo del fatto, sarebbe, in quanto tale, meritevole di considerazione, stante l'effetto dirompente che ne deriverebbe sulla scena processuale, determinando, come nel caso portato all'attenzione del Supremo Collegio, un ribaltamento dell'esito *in bonam partem* per il proposto, e di cui, in uno Stato di Diritto, non si può non tenerne conto.

7. L'ordinanza di rimessione e note di introduzione al contrasto.

Con decreto del 18 Novembre 2019, la Corte d'Appello di Brescia, dichiarava inammissibile l'istanza di revocazione straordinaria presentata ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 nell'interesse di E.F., istanza, questa, finalizzata all'ottenimento della revoca della confisca di beni immobili, beni mobili registrati e dei conti correnti al medesimo intestati, così anteriormente predisposta dal Tribunale di Monza in data 18/02/2013, e divenuta irrevocabile in data 28/10/2014. In particolare, secondo i giudici bresciani, la reiezione della domanda, sarebbe scaturita dal fatto che, per siffatta ipotesi, la forma rimediale esperibile in favore del Fiorentino, avrebbe dovuto ragionevolmente individuarsi nel diverso rimedio dell'incidente di esecuzione disciplinato ai sensi degli artt. 666 e seguenti c.p.p., non rappresentando, quella della revocazione ex art. 28, la forma di tutela effettiva ed adeguata al caso di specie. All'uopo, il giudice di *secundae curae*, avrebbe, tra l'altro, asserito, per la copertura della spiegazione, la mancata riconduzione, sul piano sistematico, della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1 comma 1 lettera a) del decreto legislativo n. 159 del 2011, nell'articolato della "*nuova prova decisiva*" rilevante ai fini dell'esperimento fruttuoso del rimedio revocatorio⁹⁰.

Pertanto, avverso il decreto di inammissibilità, il proposto ricorreva, quindi, per Cassazione, adducendo il vizio di violazione di legge cui il

provvedimento sarebbe stato affetto, in riferimento all'art. 28 d.lgs.159 del 2011.

Segnatamente, il ricorrente, avrebbe contestato l'esito della declaratoria di inammissibilità emessa dalla Corte d'Appello di Brescia, la quale, a parer del difensore, sarebbe scaturita dalla valorizzazione di un postulato erroneo, non potendosi estendere analogicamente, per una tale ipotesi, le norme in materia di incidente d'esecuzione.

Ebbene, l'ordinanza di rimessione prende le mosse da una previa enunciazione, sia pur succinta, dell'ambito materiale oggettivo ricorribile dinanzi all'organo di nomofiliachia.

Avverso i provvedimenti aventi ad oggetto misure di prevenzione, la ricorribilità per Cassazione, sarebbe limitata, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 2, legge 27 dicembre, n. 1423 (così come richiamato dall'art. 3 *ter*, comma 2, della legge 31 maggio 1965, n. 575), alle sole ipotesi di violazione di legge, a nulla rilevando l'eventuale carenza o difetto di motivazione, ovvero la sua manifesta illogicità o contraddittorietà (sebbene, ad onta della difesa, la decisione in esame, oltre che ad essere violativa della *regula iuris* controversa, risultava vieppiù sprovvista di un apparato logico – argomentativo che desse compiutamente conto della necessità di una possibile rivalutazione della posizione dell'inciso). In questi termini, opererebbe una preclusione processuale rispetto ai vizi di cui all'art. 606 comma 1 lettera e) c.p.p., con l'unica possibilità di denunciare la sola lettera c) del disposto medesimo.

Cionondimeno, ai fini di completezza, ma senza pretesa di esaustività, è d'uopo precisare come, al ricorrente, sia rimessa comunque la facoltà di contestare il vizio di motivazione inesistente o meramente apparente, laddove la stessa sia tale da integrare la violazione dell'obbligo giuridico del giudice di provvedere, esprimendo un tale *modus operandi*, il mancato assolvimento della funzione giurisdizionale secondo giustizia ed equità. Sul punto, sarebbero gli stessi principi di civiltà giuridica per cui «il giudice è soggetto solo alla legge» e del «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge», ad esprimere il postulato di diritto fondamentale secondo cui, una volta incardinata la causa, il giudice avrebbe il poterdovere di provvedere. Se, infatti, il giudice non provvede, o provvede malamente, la sua condotta sarebbe espressione di abuso del potere, e, in quanto tale, arbitraria. Il provvedimento, infatti, oltre ad essere "autosufficiente"⁹¹, deve essere rispettoso dei

canoni dell'accessibilità e chiarezza (laddove la chiarezza, ben potrebbe essere intesa come *prius* della prevedibilità, non solo legislativa, ma anche, come da osservazioni precedenti, giurisprudenziale), assolvendo una funzione di informazione imprescindibile, in favore, in particolare, della parte destinataria, quindi, più in generale, dell'intera collettività. Si legge dall'ordinanza che: «in sede di legittimità, dunque, non è deducibile il vizio di motivazione, a meno che questa non sia del tutto carente, presentando difetti tali da renderla meramente apparente e in realtà inesistente, ossia priva dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità; ovvero quando la motivazione stessa si ponga come assolutamente inidonea a rendere comprensibile il percorso logico seguito dal giudice di merito nell'adozione del provvedimento; ovvero, ancora, quando le linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate e carenti dei necessari passaggi logici da fare risultare oscure le ragioni che hanno giustificato la decisione adottata (Sez. 6, n. 20816 del 28/02/2013, Buonocore, Rv. 257007- 01; Sez. 6, n. 24272 del 15/01/2013, Pascali, Rv. 256805-01; Sez. 6, n. 15107 del 17/12/2003, dep. 2004, Criaco, Rv. 229305-01). Questo orientamento ermeneutico ha ricevuto l'ulteriore suggello delle Sezioni Unite, che, nel solco della giurisprudenza di legittimità che si è richiamata, hanno affermato il seguente principio qdi diritto: "Nel procedimento di prevenzione il ricorso per cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge, secondo il disposto dell'art. 4 legge 27 dicembre 1956, n. 1423, richiamato dall'art. 3-ter, secondo comma, legge 31 maggio 1965, n. 575; ne consegue che, in tema di sindacato sulla motivazione, è esclusa dal novero dei vizi deducibili in sede di legittimità l'ipotesi dell'illogicità manifesta di cui all'art. 606, lett. e), cod. proc. pen. , potendosi esclusivamente denunciare con il ricorso, poiché qualificabile come violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato imposto al giudice d'appello dal nono comma del predetto art. 4 legge n. 1423 del 56, il caso di motivazione inesistente o meramente apparente" (Sez. U, n. 33451 del 29/05/2014, Repaci, Rv. 260246-01)»

Fatta questa premessa di carattere generale, la trattazione dei giudici di legittimità prosegue con ulteriori argomenti di sistema, volti, questa volta, ad esaltare l'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto al processo penale, nonostante appaia non del tutto inverosimile, anzitutto da un

punto di vista logico prima ancora che giuridico, il rapporto dialettico tra prevenzione *ante delictum* e repressione *post delictum*. In merito, secondo i giudici della Corte Costituzionale, «il sistema delle misure di prevenzione ha ... una sua autonomia e una sua coerenza interna, mirando ad accertare una fattispecie di pericolosità che ha rilievo sia per le misure di prevenzione patrimoniali, sia per la confisca di prevenzione, della quale costituisce presupposto ineludibile»⁹².

Ebbene, è proprio in questo contesto, che si inserisce l'intricato quesito giuridico riguardante il rimedio esperibile avverso il "giudicato ingiusto", con il quale sarebbe stata sancita la confisca di prevenzione ai danni del Fiorentino, ove l'ingiustizia verrebbe in rilievo, in particolare, quale conseguenza diretta ed immediata della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1 comma 1 lett. a) del decreto legislativo n. 159 del 2011, pronunciata con la sentenza n. 24 del 2019 della Corte Costituzionale.

Se, infatti, nessuna ferita ai canoni di costituzionalità potrà essere inflitta rispetto alle ipotesi di pericolosità cd. qualificata ex art. 4 del d.lgs. 159 del 2011, allo stesso modo non potrà dirsi rispetto alle ipotesi di pericolosità generica ex art. 1, già afflitte da precedenti *ante litteram* di incostituzionalità per *deficit* del canone della sufficiente determinatezza, nonché, evidentemente, della ragionevole prevedibilità.

Incidenter tantum, appare in questa sede interessante notare come, nonostante mai come negli ultimi tempi si stia assistendo ad una vera e propria "crisi della legge", nella sua duplice articolazione tanto dell'inquinamento, quanto dell'ipertrofia normativa (*multi leges male scriptae sunt*), le pronunce con le quali la Corte Costituzionale avrebbe dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma per contrasto al canone della sufficiente determinatezza, sarebbero davvero poche, salvando, il più delle volte, le disposizioni a dubbio di costituzionalità, attraverso la valorizzazione dell'attività della giurisprudenza in funzione tassativizzante, per il tramite, sempre meno infrequente, al cd. diritto vivente⁹³.

8. Rimedi esperibili: revocazione straordinaria versus incidente d'esecuzione.

Dischiuso nel Capo III, Titolo III, Libro I, del d.lgs. 159 del 2011, l'art. 28, rubricato della "Revocazione della confisca"⁹⁴, individua uno strumento eccezionale di giustizia riparativa dell'errore giudiziario⁹⁵, il quale,

ispirato ad esigenze di *favor veritatis*⁹⁶, sarebbe tale da spingersi finanche "oltre" le colonne d'Ercole rappresentate dalla irrevocabilità del provvedimento definitivo di confisca, essendo lo stesso deputato «all'esercizio del diritto alla rivalutazione del giudicato ovvero alla riconsiderazione della pregressa decisione in presenza di un *quid novi*»^{97 98}. Adesso, si potrebbe ritenere che la storia della revocazione della confisca di prevenzione, si sviluppi parallelamente alla storia della "caduta del mito" della intangibilità del giudicato, sebbene a condizione, - come già precedentemente esaminato e a cui, in ragione, si rinvia - che lo stesso si traduca in "veicolo di ingiustizia", e di cui si auspica la sua rimozione: «tra i valori fondamentali a cui la legge attribuisce priorità, rispetto alla regola della intangibilità del giudicato, vi è la necessità dell'eliminazione dell'errore giudiziario, dato che risponde alle più profonde radici etiche di qualsiasi civiltà giuridica il principio di *favor innocentiae*...»⁹⁹, «... nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità»¹⁰⁰.

Più nello specifico, secondo autorevole dottrina, si tratterebbe di un «istituto inedito nel panorama della prevenzione patrimoniale»¹⁰¹ che, sebbene riproponendo, nel *nomen iuris*, l'istituto previsto dagli artt. 395 ss. c.p.c., se ne discosterebbe, presentando, diversamente, maggiori "affinità elettive" con la revisione del giudicato penale.

L'istituto in questione, nella specie, sarebbe stato introdotto dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione del 2011, al fine di colmare quel vuoto normativo che caratterizzava la previgente legislazione, e rispetto al quale, la giurisprudenza aveva tentato di porvi rimedio, mediante il ricorso alla interpretazione estensiva del disposto di cui all'art. 7 comma 2 della legge n. 1423 del 1956, il quale, da istituto finalizzato ad adeguare la misura di prevenzione personale ai mutamenti di pericolosità del prevenuto, con efficacia chiaramente "ex nunc", sarebbe stato rimodulato dalla stessa, al fine di ammettervi anche l'ipotesi eccezionale della rimozione "ex tunc" della misura della confisca preventiva, per il sopravvenire di un difetto generico, ciò sulla falsariga di una revisione del relativo giudicato¹⁰². Lo scopo, quindi, sarebbe stato quello di "conferire cittadinanza", anche nell'ambito della prevenzione patrimoniale, al diritto alla riparazione dell'errore giudiziario (art. 24 comma 4 Cost.), il quale, nella specie, si collocherebbe in guisa di

articolazione precipua del diritto di difesa (art. 111 Cost., art. 6 CEDU, art. 47 Carta di Nizza), divenendo, in questi termini, «parte integrante dell'orizzonte del *fair process*»¹⁰³.

Ebbene, si rileva altresì che la qualificazione "processuale" del rimedio revocatorio, seguirebbe verosimilmente "i riflessi" della qualificazione "sostanziale" dello strumento ablatorio (*ubi jus ibi remedium*).

I sostenitori della tesi sanzionatoria¹⁰⁴, muoverebbero dall'argomento per cui, al di là del rinvio espresso contenuto nel primo comma dell'art. 28, e a norma del quale «la revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione può essere richiesta nelle forme previste dall'art. 630 c.p.p.», «l'adeguamento, faticoso ma pressochè costante delle regole di procedimento di prevenzione a quelle del processo penale è un dato; così com'è un dato che, anche nello specifico caso dell'ablazione prevista dall'art. 24 d.lgs. in esame (ma, già prima, dall'art. 2 *ter*, l.n. 575 del 1965), la persistente chiusura verso l'omologazione tra confisca e sanzione è destinata ad affievolirsi fino a scomparire, se della confisca di prevenzione, a prescindere dalla qualificazione formale (cd. principio di nominatività in relazione *nomen iuris*), si valorizzasse la "dimensione schiettamente sanzionatoria»^{105 106}.

Siffatte argomentazioni, verrebbero, inoltre, suggellate dalla progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione¹⁰⁷ e, quindi, del suo riallineamento alle garanzie del "*giusto processo*" previsto ai sensi del novellato art. 111 Cost., nonché del suo "corrispondente convenzionale" ex art. 6 CEDU, stanti le indubbie conseguenze pregiudizievoli gravanti sull'interessato a seguito dell'esercizio dell'azione di prevenzione patrimoniale.

A dispetto di quanto esposto, tali considerazioni sarebbero state superate dalla più recente giurisprudenza che, per converso, avrebbe ravvisato nella confisca *de qua*, come già si è osservato, uno strumento polifunzionale (di tipo preventivo – ripristinatorio e riparativo), nell'azione di contrasto alla criminalità da profitto.

Inoltre, per quel che concerne l'estensione dello statuto di garanzie del "*giusto processo*", lo stesso andrebbe assicurato a prescindere dalla natura sanzionatoria o meno della confisca, posto che il termine "processo" ex art. 111 comma 2 Cost., sarebbe inteso in senso ampio, indicativo, cioè, di

qualsiasi forma procedimentale volta ad accertare alcunchè e non solo a quella predisposta per l'accertamento della responsabilità dell'imputato¹⁰⁸. Mentre, per quel che concerne l'aggettivo "giusto", lo stesso indicherebbe ciò che è conforme alle norme di diritto e consonante con i fatti provati ed accertati¹⁰⁹.

Pertanto, «il sofisticato dispositivo a incrocio della revocazione della confisca e della restituzione dei beni, che risulta dagli artt. 28 e 46 cd. antimafia, è, a suo modo, una macchina diottrica: un planetario, pur se meno affascinante di quelli astronomici, che, attraverso la caratura politica della rimedistica straordinaria in tema di confisca, proietta su un'ideale cupola emisferica l'intera meccanica della prevenzione patrimoniale ormai non solo antimafia, mostrandone le profondità di campo, le regioni chiaroscurali, la complessità degli ingranaggi, le dinamiche degli adeguamenti giurisprudenziali e delle quinte assiologiche su cui si è attestata l'arguzia di alcune letture»¹¹⁰.

Ora, affinché l'art. 28 possa venire in considerazione quale unico strumento idoneo, capace di porre rimedio alla formazione di un "giudicato ingiusto" derivato dalla successiva declaratoria di incostituzionalità di una norma, di grande interesse appare il comma secondo dell'art. 28 del codice antimafia, il quale prescrive che «in ogni caso, la revocazione può essere richiesta solo al fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura».

In via di prima approssimazione, dal disposto in esame, si deduce che il provvedimento di confisca, una volta divenuto definitivo, potrebbe, quindi, essere caducato, al fine, evidentemente, di rendere "effettivo" il diritto "da riparare" mediante lo strumento revocatorio. Cionondimeno, il carattere di "definitività" della confisca, infatti, come si è osservato *supra*, non sarebbe tale da escludere la possibilità della restituzione del bene confiscato all'avente diritto, ovvero sia di ricorrere a forme riparatorie ai sensi dell'art. 46 d.lgs. 159 del 2011 per la perdita patrimoniale ingiustificatamente subita dall'inciso^{111 112}.

Tale orientamento maggioritario, valorizzerebbe, a conferma della validità ed adeguatezza del rimedio, proprio questa disposizione, muovendo essenzialmente da tre piani argomentativi: in primo luogo, sul piano letterale, il comma secondo del disposto, nel richiamare genericamente ai "*presupposti originari*", renderebbe inesatto, o

meglio, incompleto, l'assunto per cui la norma si riferirebbe ai soli presupposti di fatto, giammai anche a quelli di diritto; in secondo luogo, sul piano epistemologico, se il citato comma secondo dovesse essere interpretato nel senso che la revocazione, sarebbe utilizzabile al solo fine di dimostrare la carenza *ab origine* dei presupposti fattuali per l'applicazione della confisca, la stessa verrebbe privata di una propria ragion d'essere, divenendo, in questi termini, enunciazione *ad abundantiam* del primo comma, e, in quanto tale, inutile; in terzo luogo, sul piano sistemico, la specialità del procedimento di prevenzione rispetto al processo penale, nonché la sua indipendenza (nonostante le possibili interferenze comunque ravvisabili), sarebbe tale da giustificare la presenza di uno statuto speciale rispetto a quello ordinario (all'uopo, siffatto argomento, troverebbe il suo addentellato di diritto positivo nell'art. 7 comma 9 del d.lgs. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che «per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nell'art. 666 c.p.p. del codice di procedura penale») ^{113 114}.

Sicché, il secondo comma dell'art. 28, lungi dal costituire – come, di contro avrebbe sostenuto parte di giurisprudenza e dottrina ¹¹⁵ –, mera tautologia a conferma del primo, individuerrebbe una fattispecie dotata di una propria dignità ontologica, introducendo una vera e propria norma di chiusura del sistema, «attivabile tutte le volte in cui risultino carenti le condizioni sia di fatto che di diritto che a suo tempo avevano determinato l'adozione della confisca» ¹¹⁶.

In conclusione, se antica saggezza insegna – e non può che essere così – che «*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*», dal momento che per tale ipotesi «la legge ha parlato», e avrebbe parlato, sia pur timidamente, proprio per il tramite del secondo comma dell'art. 28, ne consegue in maniera condivisibile che, nessun altro rimedio sarebbe ipotizzabile, non ravvisandosi alcun *vulnus* da colmare per via interpretativa ¹¹⁷.

Diversamente, in riferimento all'incidente d'esecuzione, lo stesso, a onor del vero, verrebbe in rilievo quale espressione di un orientamento minoritario di recente emersione giurisprudenziale, il quale, segnatamente, troverebbe la sua *ratio* giustificativa nelle seguenti argomentazioni.

In primo luogo, la lettera dell'art. 28 comma secondo, in forza della quale «in ogni caso la revocazione può

essere richiesta al solo fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura», ben lungi dall'introdurre una ipotesi autonoma di revocazione, disgiunta, quindi, dalle previsioni tipizzate dalle lettere a), b) e c) del comma 1 del disposto ¹¹⁸, servirebbe, piuttosto, a «precisare ... che i casi tipizzati dal primo comma, potranno assumere rilievo unicamente quando si rivelino tali da mettere in discussione, *ab origine*, i presupposti fondanti la misura» ¹¹⁹.

Pertanto, in caso di giudicato ingiusto, dovrà trovare applicazione il diverso rimedio dell'incidente di esecuzione disciplinato ai sensi degli artt. 666 e 670 c.p.p.: in particolare, dalla più recente giurisprudenza di legittimità, si conviene in modo inequivocabile che, «in tema di misure di prevenzione patrimoniali, il rimedio esperibile avverso il provvedimento definitivo di confisca fondato sulla pericolosità generica ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è l'incidente di esecuzione nel caso in cui si faccia valere il difetto originario dei presupposti per effetto della sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019» ¹²⁰.

In secondo luogo, il complessivo tenore dell'articolo 28, e, in particolare, del terzo comma, nel prescrivere che «la richiesta di revocazione è proposta, a pena di inammissibilità entro sei mesi dalla data in cui si verifica uno dei casi di cui al primo comma, salvo che l'interessato dimostri di non averne avuto conoscenza per causa a lui non imputabile», individuerrebbe nella «preclusione temporale» *de qua*, il principale ostacolo al proponimento del rimedio revocatorio ¹²¹.

In terzo luogo, anche da un punto di vista ontologico, lo strumento della revocazione non sembrerebbe attagliarsi al caso di specie, mirando alla «riapertura del procedimento di prevenzione, non diversamente dalla revisione penale» che, «poco si confà, invece, ad una mera presa d'atto della esistenza di accadimenti successivi al giudicato che ne travolgono la validità, quale quello correlato alla intervenuta illegittimità costituzionale della fattispecie normativa sulla quale si fonda la misura» ¹²². D'altronde, sarebbero le stesse modalità di manifestazione degli effetti derivati dalla declaratoria di incostituzionalità, a presupporre un differente *setting* giurisdizionale rispetto a quello prefigurato dall'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011. Alla stessa stregua di quanto accade nel sistema penale, laddove la dichiarazione di illegittimità costituzionale

della norma incriminatrice intervenuta dopo il passaggio in giudicato legittimi la revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p., anche per le misure di prevenzione deve ritenersi, specularmente, che l'intervento correttivo debba spettare al giudice che ne cura l'esecuzione. Inoltre, l'opzione ermeneutica in esame, ancorché minoritaria, sarebbe stata sostenuta da una posizione giurisprudenziale da tempo recepita dalle Sezioni Unite del 29 maggio 2014 n. 42848, *Gatto*, la quale, intervenendo in relazione alle conseguenze sistematiche prodotte dalla sentenza della Corte costituzionale 11 febbraio 2014, n. 32¹²³, avrebbe affermato il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di incidere sul giudicato. Come avrebbero, parimenti, evidenziato le Sezioni Unite nella citata pronuncia, l'ampiezza degli ambiti di intervento della giurisdizione esecutiva¹²⁴, sarebbe stata riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 210 del 2013, a parer della quale, il giudice dell'esecuzione «non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso ...».

In quarto ed ultimo luogo, venendo, tra l'altro, in rilievo, la violazione della garanzia convenzionale di tipo sostanziale ai sensi dell'1 del Protocollo addizionale CEDU (nonché, evidentemente, la violazione indiretta dell'art. 117 comma 1 Cost.), la "via" dell'incidente d'esecuzione sarebbe anche quella più coerente da un punto di vista di "uniforme applicazione della *law*", trattandosi del rimedio di recente messo in atto nell'*Affaire Contrada*. Del resto, l'art. 666 c.p.p., secondo la giurisprudenza di legittimità più recente, individuerrebbe uno schema di carattere generale con il quale ben potrebbero essere fatte valere tutte le questioni postesi nella fase esecutiva di una sentenza o di una ordinanza divenute irrevocabili^{125 126}.

Pertanto, da quanto sin qui esposto, ne consegue che l'unica via percorribile in presenza di misure ormai divenute definitive, sarebbe quella dell'incidente d'esecuzione ex art. 666 c.p.p. innanzi al Tribunale che ha emesso la misura, ravvisandosi nello stesso, in ragione, l'unico strumento idoneo alla "eliminazione" di una situazione non più conforme alla legge vigente, a seguito di una pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma di diritto sostanziale incidente sul giudicato di prevenzione ingiusto.

9. La sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 16 dicembre 2021 (dep. 31 gennaio 2022) n. 3513.

L'iter giuridico che si è tentato di illustrare con il presente contributo trova nella sentenza delle Sezioni Unite del 16 dicembre 2021 (dep. 31 gennaio 2022) n. 3513, il suo pieno compimento. Il Supremo Collegio, con siffatto pronunciamento, avrebbe, infatti, con pregevole rigore e meticolosa analisi dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali succedutisi nel tempo, ricostruito "la storia" della confisca di prevenzione, individuando, definitivamente, il "*rimedio funzionale*" più idoneo "*ad assicurare*" il giusto "*seguito*" alla sentenza n. 24 del 2019 della Consulta. In questo modo, la Corte di Cassazione, supera le ostilità recate da quel dubbio, quasi amletico, che anelava all'equo bilanciamento tra i due "giganti" costituzionali, rappresentati, rispettivamente, dalla irrevocabilità del giudicato, nonché, quindi, dalla tutela dei diritti di libertà del singolo. Ebbene, la sentenza in discussione inizia a "tracciare la rotta" a partire dalla enunciazione di due premesse di carattere metodologico. Quando alla prima, la stessa avrebbe ad oggetto il "tempo" del fatto attribuito al ricorrente, al fine di valutare la possibilità o meno di applicazione dello statuto previsto ai sensi del decreto legislativo n. 159 del 2011; a riguardo, la Corte conclude in senso affermativo, precisando che, «come risulta dal decreto del Tribunale di Monza del 18 Ottobre 2013 applicativo della misura di prevenzione nei confronti di Eugenio Fiorentino, la relativa proposta risale al 20 dicembre 2011, ossia all'epoca successiva al 13 ottobre 2011, data di entrata in vigore della normativa introdotta dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sicché, in forza della norma transitoria di cui all'art. 117 di tale d.lgs., la disciplina di riferimento del caso di specie deve essere rinvenuta nella nuova normativa dettata dal testo unico». Quanto alla seconda, diversamente, si potrebbe ritenere che la stessa muova dall'analisi di una sorta di "messa a fuoco" (a cui la Corte darà risposta nel prosieguo della motivazione) del "punto di fuga" della "prospettiva": osservano le Sezioni Unite che il «problema centrale -e pregiudiziale rispetto a quello, affrontato dalle decisioni espressive dei due orientamenti in contrasto, relativo al "*come*", ossia all'individuazione del rimedio processuale da attivare per far valere la declaratoria di illegittimità costituzionale- è rappresentato dal "*se*" tale declaratoria sia idonea ad incidere su confische di

prevenzione divenute definitive; si tratta, in altri termini, di verificare, se, rispetto alla confisca di prevenzione, alla declaratoria di illegittimità della norma definitoria della figura di pericolosità in base alla quale il provvedimento ablatorio era stato adottato, siano associati quei peculiari – o analoghi – effetti “retroattivi” stabili dall’art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87». Fatte queste premesse, l’organo supremo di nomofiliachia, passa in rassegna i principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che hanno dato vita al contrasto, argomentando, segnatamente, sulle componenti dei rispettivi ragionamenti, a ragione dell’uno, quindi, specularmente, a torto dell’altro. L’orientamento maggioritario, come da osservazioni precedenti, ravvisa, quale rimedio esperibile, quello della revocazione straordinaria ai sensi dell’art. 28 del codice delle leggi antimafia. A riguardo, si valorizzano, per la copertura della spiegazione, le conclusioni alle quali sarebbe pervenuta la sentenza *Falaschi*, 1 ottobre 2020 n. 34027, rispetto, nella specie, alla riferibilità della “competenza esecutiva” del giudice dell’esecuzione alla sola fase della cognizione. Ciò posto, osserva altresì la giurisprudenza di legittimità, che «tutte le esigenze di rivalutazione di una decisione definitiva emessa in sede di prevenzione sono le stesse correlate sia all’emersione di elementi di fatto, sia a eventi di natura normativa e devono trovare sede “naturale” di verifica giurisdizionale nei procedimenti con vocazione revocatoria disciplinati nel medesimo d.lgs. n. 159 del 2011»; per queste ragioni, riconosce, dunque, nella procedura di cui all’art. 28 del d.lgs. n. 159 del 2011 «il necessario adeguamento del sistema della prevenzione alle particolari sopravvenienze rappresentate dalle conseguenze della sentenza n. 24 del 2019». Ebbene, tali considerazioni, sarebbero state ribadite, da ultimo, dalla più recente sentenza della Cassazione, Sezione Prima, 8 aprile 2021 n. 20827, relativa al caso *Spinelli*, a parer della quale «la domanda diretta a ottenere la revoca del provvedimento di confisca definitivo, nel caso di inquadramento del sottoposto nelle categorie di pericolosità di cui all’art. 1 commi 1, lett. a) e lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011, in relazione a quanto deciso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 24 del 2019, va qualificata come domanda di revocazione ai sensi dell’art. 28 del d.lgs. citato ed è rimessa alla competenza funzionale della corte di appello e non invece a quella del giudice dell’esecuzione». Inoltre, la Cassazione, avrebbe evidenziato, in maniera

condividibile, la soluzione proposta dalla sentenza *Spinelli* in ordine alle criticità del “tempo” per la proposizione della domanda di revocazione ex art. 28, terzo comma, del d.lgs. n. 159 del 2011, il quale, ad onta dei giudici di legittimità, costituirebbe un “falso problema”, nel senso che, l’assenza di una disposizione volta alla regolamentazione puntuale del rimedio alle decisioni del giudice delle leggi potenzialmente incidenti sul giudicato, verrebbe colmata dalla sempre meno infrequente opera di tassativizzazione giurisprudenziale, in funzione di integrazione del disposto di cui al primo comma dell’art. 28, «sicché lì dove si ritenga applicabile, per le ragioni esposte, il modello legale di cui all’art. 28 *cit.*, è evidente che si tratta di estrarre sul piano interpretativo dalle previsioni tipiche una “ipotesi affine ed aggiuntiva”; di conseguenza, ad avviso della sentenza, la causa di decadenza ex art. 28, comma 3, non risulta applicabile a simile caso in quanto testualmente prevista per le sole ipotesi di revocazione “tipizzate” di cui all’art. 28, comma 1, *cit.*, ipotesi che anche sul piano fenomenico rendono sostenibile l’onere di attivazione in capo alla parte privata interessata»¹²⁷.

Analogamente, la Cassazione, nell’ambito della sentenza della Sezione Seconda, del 13 ottobre 2020 n. 33641, relativa al caso *Sabatelli*, avrebbe *expressis verbis* manifestato che «l’istituto che permette al rivalutazione delle misure di prevenzione patrimoniali ai fini dell’idonea base legale pur in presenza di giudicato è il rimedio della revocazione, istituto precipuamente diretto alla elisione *ex tunc* del provvedimento ablativo nel caso di successivo accertamento del difetto dei presupposti come si ricava dalla lettura del secondo comma dell’art. 28 d.lgs. 159 /2011».

Da quanto sin qui esposto, sembrerebbe che l’organo di nomofiliachia propenda, per affermare l’idoneità dello strumento revocatorio, verso la valorizzazione dell’interpretazione evolutivo – sistematica in chiave di “diritto vivente”. Per la verità, nell’ambito dello stesso orientamento maggioritario, le Sezioni Unite, con la sentenza in esame, avrebbero individuato l’esistenza di un’ulteriore articolazione giurisprudenziale a fondamento del rimedio, che valorizzerebbe, a sostegno della spiegazione, il secondo comma del disposto *de quo*¹²⁸. Più nello specifico, si tratterebbe dell’argomento sostenuto dalle Sezioni Unite, e che avrebbe costituito l’“atto di investitura formale” alla revocazione ex art. 28 quale rimedio idoneo, effettivo ed adeguato, alla

declaratoria di incostituzionalità incidente sulla misura ablativa reale ex art. 24 d. lgs. 159 del 2011. Ebbene, secondo i giudici di legittimità, «depone in questo senso, in primo luogo il tenore letterale della disposizione, che, nel suo *incipit* (*in ogni caso*), delinea una fattispecie aperta...»; «in secondo luogo, sul piano sistematico, l'interpretazione accolta», restituendo una sorta di patente di identità al disposto in esame, attribuirebbe un «significato normativo di cui ... altrimenti sarebbe priva, sicché, sotto questo profilo, risulta in linea con i canoni dell'interpretazione utile». In questo modo, prosegue la Corte, «l'invalidità originaria tipica della declaratoria di illegittimità costituzionale si salda con l'art. 28, comma 2 *cit.*, nell'interpretazione accolta, così consentendo alla decisione di accoglimento del giudice delle leggi di incidere anche sulla misura patrimoniale divenuta definitiva. Tale interpretazione risolve così entrambi i problemi collegati alla questione rimessa alla cognizione delle Sezioni Unite. Da una parte, essa offre un fondamento giustificativo, saldamente ancorato al dato legislativo, all'idoneità della declaratoria di illegittimità costituzionale a incidere su confische divenute irrevocabili; dall'altra, individua il rimedio – appunto la revocazione ex art. 28 *cit.* – per far valere l'invalidità originaria della norma, ossia la carenza originaria del presupposto soggettivo della confisca».

A conclusioni speculari sarebbe convenuto il secondo orientamento, il quale, viceversa, avrebbe ravvisato nel diverso strumento dell'incidente d'esecuzione, il rimedio esperibile avverso il provvedimento definitivo di confisca in condizione legale di pericolosità generica individuato ai sensi dell'art. 1 lettere a) e b) del d.lgs. n. 159 del 2011; invero, ad avviso dei giudici di legittimità, si tratterebbe di una prospettazione recente, sostenuta da una certa giurisprudenza, nell'ambito, in particolare, della sentenza della Sesta sezione, n. 36582 del 28/10/2020, relativa al citato caso *Iannuzzi* e al quale si rinvia.

Similmente, la sentenza *Carnovale* del 22 aprile 2021 n. 29840, ritiene che «il rimedio esperibile per far valere il difetto originario dei presupposti per l'inquadramento del proposto nella categoria di pericolosità generica di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011, a seguito della sopravvenuta sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019, sia l'incidente d'esecuzione e non la revocazione di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 159 del

2011», muovendo da una generale applicabilità dello statuto d'esecuzione anche nell'ambito della prevenzione, laddove non sia diversamente stabilito. A conferma del ragionamento, lo stesso art. 28 *cit.*, secondo questa tesi, presenterebbe una portata applicativa residuale, fondata su presupposti rigorosi, che, a loro volta, sarebbero idonei a giustificare la presenza del termine "breve" (sei mesi) per la presentazione della richiesta. Quindi, precisa altresì la Corte che, «nell'ambito del secondo orientamento, mentre la sentenza *Iannuzzi* opera un generico richiamo alla normativa del codice di rito di riferimento in tema di procedimento di esecuzione (nel quadro di un marcato "parallelismo" rispetto alle vicende riguardanti il sistema penale), la sentenza *Carnovale* valorizza, al fine di sostenere l'incidenza della declaratoria di illegittimità di cui alla sentenza n. 24 del 2019», il terzo comma della legge n. 87 del 1953, muovendo dall'argomento per cui «nel caso di specie non viene in rilievo una condanna, ma la circostanza che la norma applicata non possa essere applicata dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». In sintesi, ne consegue che l'unico rimedio possibile non può che essere che quello «esecutivo, non diversamente da quanto ritenuto nei casi di declaratoria di illegittimità costituzionale incidente sulla pena e non direttamente sulla punibilità del fatto», che, in ragione, imporrebbe di «scrutinare il titolo esecutivo e di verificare se sullo stesso abbia influito la normativa diventata *ex tunc* inapplicabile». Contrariamente, le Sezioni Unite *Ercolano* e *Gatto*, benché giungendo alle medesime conclusioni della sentenza *Carnovale*, valorizzerebbero, a giustificazione della tesi, il diverso quarto comma del disposto, in forza del quale «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali».

Ebbene, ad avviso delle Sezioni Unite, il referente normativo di cui al quarto comma dell'art. 30 *cit.*, andrebbe, in maniera condivisibile, destituito di fondamento, trattandosi di questioni inerenti fattispecie ontologicamente distinte: ed infatti, «alla natura schiettamente penale delle fattispecie prese in considerazione dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, si contrappone», come si è già osservato, «la riconducibilità della confisca in esame, nel "*paradigma della prevenzione*"», il quale, avrebbe trovato la sua massima espressione nel corso della citata sentenza a Sezioni Unite *Spinelli* del 2014. A

ben vedere, si tratterebbe di un argomento ulteriore, che renderebbe, *a fortiori*, impraticabile, la via dell'incidente d'esecuzione «quale rimedio attivabile per dare "seguito" alla pronuncia della Corte Costituzionale nel caso in esame».

In definitiva, dunque, l'unico referente normativo realmente capace di "annientare", e, di conseguenza "travolgere", gli effetti derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità della confisca di prevenzione in condizione legale di "pericolosità generica" ai sensi dell'art. 1 comma 1, lett. a) del d.lgs. 159 del 2011, non può che ravvisarsi all'interno dello stesso strumento di revocazione straordinaria ex art. 28 *cit.*, il quale, evidentemente, si pone come riflesso "esterno" di quel principio sempiterno per cui "*ubi ius ibi remedium*". In altri termini, l'eccezionalità della situazione giuridica lesa, sarebbe tale da giustificare l'eccezionalità del rimedio. La Cassazione avrebbe, vieppiù, chiarito, le peculiarità insite in ipotesi di «anomalia genetica del provvedimento ablatorio», per il quale il «legislatore del 2011» avrebbe introdotto un «rimedio *ad hoc*, overosia la revocazione ex art. 28 del d. lgs. n. 159 del 2011», nonché «sottraendo», al contempo, «tale provvedimento alla condizione di intrinseca precarietà collegata alla reclusione *rebus sic stantibus* in cui si sostanzia – e continua a sostanzarsi per le misure di prevenzione personali – il giudicato di prevenzione». A conferma delle considerazioni, sovviene la stessa relazione di accompagnamento al codice delle leggi antimafia, la quale, nel disciplinare il nuovo rimedio revocatorio, ne definisce altresì le precipue finalità rispetto ad un provvedimento definitivo "a vocazione" di irreversibilità, stante la dirompenza dell'effetto della *res* confiscata per l'effetto «della sua forzata acquisizione al patrimonio dello Stato, con conseguente» e definitiva «spoliazione del soggetto inciso» sul bene-patrimonio. A questo proposito, appare opportuno, in questa sede, ribadire, come lo strumento revocatorio in discussione, non vivrebbe "da solo", combinandosi in maniera armoniosa con il successivo art. 46, quest'ultimo relativo alla "restituzione per equivalente" dei beni confiscati.

Pertanto, è solo attraverso la lettura combinata dei disposti, che il processo potrà raggiungere il suo autentico scopo, che è quello di attribuire, attraverso il giudizio, "a ciascuno la sua misura", nel rispetto di quell'antica e sempre eterna definizione celsina per cui "*ius est ars boni et aequi*".

In conclusione, alla luce dei ragionamenti, la Corte di Cassazione, giunge, in maniera condivisibile, alla enunciazione del seguente principio di diritto: «*in tema di misure di prevenzione patrimoniale, il rimedio esperibile avverso il provvedimento definitivo di confisca fondato sulla pericolosità generica, ex art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, al fine di far valere il difetto originario dei presupposti della misura, a seguito della sopravvenuta sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019, è la richiesta di revocazione, di cui all'art. 28, comma 2, del d.lgs. citato*».

Da ultimo, per quel che concerne il secondo quesito portato all'attenzione delle Sezioni Unite con la sentenza *de qua*, overosia quello relativo alle possibili "latitudini" del giudice di cognizione in ordine alla valutazione del materiale conoscitivo alla presenza di provvedimento di confisca di prevenzione disposta sulla base di un "doppio titolo"¹²⁹, la Cassazione muove dalla più che apprezzabile applicazione dei principi generali a regolazione della materia controversa, nonché enunciati, in particolare, nell'ambito della sentenza a Sezioni Unite del 30 novembre 2017 n. 3464, relativa al caso *Matrone*, e a parer della quale «la Corte di Cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio se ritiene superfluo il rinvio e se, anche all'esito di valutazioni all'insegna di una discrezionalità vincolata rispetto alle statuizioni del giudice di merito, può decidere la causa alla stregua degli elementi di fatto già accertati e desumibili dalla motivazione dei provvedimenti di merito o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito, non risultando necessari ulteriori accertamenti in fatto».

In conclusione, si ritiene, che, pur restando fermi, in ogni caso, «gli ordinari criteri di allegazione del ricorrente, nelle ipotesi, in particolare, di confisca di prevenzione sulla base, come si è visto, di un "doppio titolo", l'annullamento dovrà essere disposto senza rinvio (in toto o limitatamente a una parte dei beni confiscati) solo qualora, sulla base di una valutazione guidata dalla discrezionalità vincolata delineata da Sez. Un. *Matrone*, la Corte di Cassazione sia in grado di constatare che la misura ablatoria – per tutte le sue componenti patrimoniali o per una parte di esse – sia fondata, in via esclusiva, sull'ipotesi di cui all'art. 1, lett. a) *cit.* Simmetricamente, l'annullamento non potrà che essere disposto con rinvio nei casi in cui il riferimento alla qualifica soggettiva di cui alla lettera a) dell'art. 1 e, cumulativamente, quello alla categoria di cui alla lettera b) non consentano al giudice di

legittimità – nell'esercizio della discrezionalità vincolata – la verifica in quest'ultimo dei richiamati connotati dell'autonomia e autosufficienza, verifica che, invece, se svolta in senso positivo, escluderà l'accoglimento del ricorso».

La Corte di Cassazione, dopo siffatte considerazioni, giunge, dunque, ad enunciare il secondo ed ultimo principio di diritto: «*la Corte di Cassazione, investita del ricorso in materia di confisca di prevenzione definitiva, adottata in relazione alle ipotesi di pericolosità generica ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per far valere gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata con la sentenza n. 24 del 2019, è tenuta all'annullamento senza rinvio della sola misura fondata, in via esclusiva, sull'ipotesi di cui all'art. 1, comma 1, lett. a)*».

Da ultimo, in riferimento alla vicenda processuale specifica portata all'attenzione delle Sezioni Unite, le stesse chiudono dichiarando il ricorso inammissibile, in quanto, benché rispettabile da un punto di vista della corretta qualificazione del rimedio attivabile, nondimeno sarebbe stato considerato tecnicamente "aspecifico", non avendo in alcun modo delimitato i confini della confisca di prevenzione in riferimento all'articolato codicistico di cui all'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011.

Alla inammissibilità del ricorso, consegue, quindi, direttamente ed immediatamente, la condanna del ricorrente alla rifusione delle spese processuali, ma non anche del versamento di una somma presso la Cassa delle Ammende. Ciò in quanto, secondo la storica, ma sempre attuale sentenza della Corte Costituzionale, 13 giugno 2000 (camera di consiglio 5 aprile 2000) n. 186, l'incertezza del contrasto nella giurisprudenza di legittimità in ordine ai riflessi della sentenza n. 24 del 2019, avrebbe giustamente reso, riprendendo le cadenze argomentative iniziali, soggettivamente e oggettivamente "imprevedibile"

per chiunque, l'esito di una causa di inammissibilità e di cui, solo oggi, "chiaramente", si conviene.

10. Qualche riflessione finale.

Se è vero, come insegna Qoelet, che «*tutto ha il suo momento, e ogni evento ha il suo tempo sotto il cielo*», forse per le misure di prevenzione non è ancora giunta la primavera. Tuttavia, è indubbio il capolavoro di architettura giuridica disegnato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite con la sentenza discussa, e, rispetto al quale, si ritiene di aderire interamente. Dalle pagine dell'intera pronuncia, si scorge, inequivocabilmente, la sofisticata opera di bilanciamento delle più variegiate istanze, alla luce di un assetto normativo, *rebus sic stantibus*, per certi aspetti dalle sfumature "impressionistiche". Probabilmente, da questo punto di vista, il tenore letterale dell'art. 28 comma 2 del d.lgs. n. 159 del 2011, come "vento favorevole", avrebbe consentito ai giudici di legittimità di raggiungere quella equilibrata "via di mezzo" sperata, attraverso il ricorso (tra l'altro, come osservato *supra*, sempre meno infrequente), all'interpretazione sistemico-evolutiva in chiave di "diritto vivente" della norma. Nondimeno, *de jure condendo*, una fattispecie specifica a regolazione del rimedio, sarebbe auspicabile, ciò nel segno, evidentemente, di un possibile superamento di quei labilissimi confini, che, a tutt'oggi, continuano a caratterizzare la materia della prevenzione, sotto il duplice versante, tanto sostanziale, quanto processuale. Ma, è forse questa loro conaturata "imperfezione", a conservarne quella bellezza autentica capace di "affascinare" il mistero? Dopotutto, "il processo", è un "mistero"¹³⁰.

Rosa Maria Giovinazzo

Avvocato del Foro di Reggio Calabria.

¹ Sulla concezione di ordinamento giuridico, si osservi la mirabile visione di S. ROMANO, ne *L'Ordinamento giuridico*, cit. di F. DE VANNA, in *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, in *Jura Gentium*, XV (2018), 2, secondo cui «colui che concepisce lo Stato soltanto come una delle forme, sia pure la più evoluta, della società umana, (...) deve altresì ammettere che l'ordinamento di queste sia da considerarsi come giuridico, non meno e non a titolo diverso dell'ordinamento statale. Quale, infatti, potrebbe essere il nesso necessario fra il diritto e lo Stato, per cui il primo non potrebbe altrimenti immaginarsi che come un prodotto del secondo? Non solo non si può dimostrare che questo nesso esista, ma si può dimostrare che non esiste. Infatti, mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto: esso non è un'unione materiale di uomini, un aggregato di fatto e casuale, ma una comunità organizzata, cioè un ente giuridico, uno dei vari ordinamenti giuridici che la realtà ci presenta»; per un maggiore approfondimento, vedasi S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, 1969; A. ROMANO, «*L'Ordinamento giuridico*» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *ius-publicum.com*.

² In merito, si veda A. MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo male pianga se stesso? Riflessioni su Taricco e dintorni*, in *Archivio Penale* 2017, n.3.

³ In riferimento alla *crisi del sistema piramidale di matrice kelseniana*, si veda, A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, G. Giappichelli Editore, 2020, p.20.

⁴ In riferimento, si veda V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica Editrice, 2012.

⁵ Secondo altri, si noterà oltre, come questa pretesa rivoluzione, sarebbe, per il vero, più ideale che reale.

⁶ Per un maggiore approfondimento, si veda A. MASSARO, *Appunti di Diritto penale europeo*, G. Giappichelli Editore, 2020.

⁷ In merito al rapporto tra libertà, politica, etica dei principi ed etica della responsabilità, si veda M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione*, Einaudi, 2004.

⁸ A tal proposito, è bene precisare come nel nostro ordinamento manchi una nozione esplicita di "abuso del diritto". Nondimeno, nel progetto preliminare al codice civile, era contenuta una disposizione che faceva divieto per chiunque di esercitare un proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale era stato riconosciuto, e che, tuttavia, non sarebbe stata contemplata all'interno dell'assetto codicistico (V. LOPILATO, *cit.* tratta dal *Manuale di Diritto Amministrativo*, Terza Edizione, G. Giappichelli Editore, 2021). Invero, gli unici disposti che contengono l'enunciazione della definizione, ci sarebbero pervenuti dalla legislazione unionale e convenzionale. In particolare, l'art. 54 della Carta di Nizza, a norma del quale «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o ad imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta»; quindi, in armonia con tale disposto, l'art. 17 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, il quale prescrive che «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti dalla presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione». Sul punto, per un maggiore approfondimento, anche rispetto alle diverse articolazioni del *genus* "abuso del diritto" (quali, l'abuso del diritto potestativo, l'abuso del processo, l'abuso della libertà negoziale, l'abuso del diritto soggettivo), si veda, V. LOPILATO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Terza Edizione, G. Giappichelli Editore, 2021, p.248.

⁹ Il riferimento è tratto dalla celebre espressione "*nani sulle spalle dei giganti*", storicamente attribuita a Bernardo di Chartres (... - 1130 circa): «*Dicebat Bernardus Carnotensis nos esse quasi nanos gigantium humeris insidentes, ut possimus plura eis et remotiora videre, non utique proprii visus acumine, aut eminentia corporis, sed quia in altum subvehimur et extollimur magnitudine gigantea*».

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene, (a cura) di Franco Venturi, Et Classici*, Einaudi editore, 2018, p.11.

¹¹ *Ibidem*, p.12.

¹² In questa sede, di estremo interesse appare, financo al fine di dare maggiore sistematicità e rigore alla definizione di concetti di teoria generale, tracciare l'*actio finium regundorum* tra autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa: mentre la prima, infatti, sarebbe libera nel fine (le parti sono i principali giudici nell'autoregolamentazione dei loro interessi, salvi i limiti imposti da norme imperative a garanzia della giustizia contrattuale, e, quindi, dell'equilibrio economico – giuridico tra le prestazioni dedotte nella fase costitutiva della *lex contractus*); diversamente, la seconda, sebbene espressione di autoarchia in capo alla pubblica amministrazione chiamata ad esercitare il potere, sarebbe teleologicamente orientata al perseguimento di un fine eterodeterminato per via legislativa (cd. principio di legalità – indirizzo, il quale troverebbe il proprio addentellato di diritto positivo, nella cornice costituzionale dell'art. 1 Cost.).

¹³ In questi termini, il sistema delle fonti internazionali, e, in particolare, il sistema CEDU, offrirebbe una "*soglia minima di tutela comune*" in funzione sussidiaria rispetto allo strumentario di garanzie già previsto dalle Costituzioni nazionali (*cit.* V. LOPILATO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Seconda Edizione, G. Giappichelli Editore, p. 176).

¹⁴ La questione avrebbe visto la luce nel corso della sentenza della Corte EDU, 26 aprile 1979, n.6538/74, relativa al caso *Sunday Times c. Regno Unito*, nell'ambito della quale, sarebbe stata pronunciata la famosa espressione per cui "the word law in the expression prescribed by law covers not only statute but also unwritten law".

¹⁵ Trattasi, questi, dei raffinati ragionamenti dottrinali sostenuti dalla Chiar.ma Prof.ssa Antonella Massaro, e, rispetto ai quali, si ritiene di aderire pienamente.

¹⁶ A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, G. Giappichelli Editore, 2020, p 93.

¹⁷ Più segnatamente, la prevedibilità individuerebbe la componente più marcatamente "interna", l'anima della *law*, che disegna le implicazioni, nonché le applicazioni che di essa verranno effettuate, anche in riferimento al relativo esito giudiziario.

¹⁸ Paradigmatica, a riguardo, sarebbe stata la celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 96 del 1981. Trattasi, nella specie, della pronuncia con la quale Consulta avrebbe dichiarato l'illegittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 603 c.p. (contenente la fattispecie di "plagio"), in quanto ritenuto violativo del parametro costituzionale di sufficiente

determinatezza ex art. 25, comma 2 (*sub specie* “verificabilità processuale”), nella parte in cui prevedeva, come elemento costitutivo del delitto, l'accertamento del totale stato di soggezione psicologica del plagiato, all'epoca dei fatti, non empiricamente dimostrabile.

¹⁹ A tal proposito, sebbene a tutt'oggi non vi sia accordo sul punto, l'impressione che si è avuta è quella di una preferenza, sia pur timidamente manifestata, verso il parametro oggettivo. Emblematico sarebbe stato, a questo riguardo, il caso relativo alla vicenda giudiziaria di Bruno Contrada, condannato in via definitiva in Italia per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa (nella specie, *Cosa Nostra* siciliana), per i fatti commessi tra il 1979 e il 1988, e rispetto ai quali avrebbe presentato ricorso ai sensi dell'art. 34 CEDU alla Corte di Strasburgo, adducendo la violazione, da parte dei giudici nazionali, della garanzia convenzionale sostanziale ex art. 7 CEDU (rispetto, in particolare, al corollario della ragionevole prevedibilità), a fronte di orientamenti giurisprudenziali, al tempo dei fatti, ondivaghi, circa la possibile configurabilità del concorso eventuale all'interno di una fattispecie a concorso necessario. L'*Affaire Contrada* si sarebbe concluso con la condanna dell'Italia, quindi, specularmente, con l'accoglimento del ricorso: «L'évolution jurisprudentielle en cette matière, postérieure aux faits reprochés au requérant, démontre qu'à l'époque où ceux-ci se seraient produits, le requérant ne pouvait raisonnablement prévoir les conséquences, en termes de sanction, de ses prétendues actions, l'existence de l'infraction de concours externe en association de type mafieux étant à l'époque des faits, objet d'interprétations jurisprudentielles divergentes», in Corte EDU, *Affaire Contrada c. Italie*, 11 Febbraio 2014, ricorso n.7509/08. Orbene, da questo punto di vista, ciò che risultava assolutamente indeterminato per il condannato (e che avrebbe costituito la ragione del suo ricorso alla Corte EDU), non era tanto il precetto penale guardato nella sua dimensione formale (posto che nessun deficit di determinatezza si sarebbe palesato in ordine alla costruzione della fattispecie concorsuale, risultando, quest'ultima, quale l'esito del combinato disposto normativo tra la clausola generale di integrazione suppletiva ex art. 110 c.p. e il reato di parte speciale previsto ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p.), quanto, piuttosto, il suo grado di prevedibilità sul fronte giurisprudenziale, il quale, secondo un certo orientamento, era da considerarsi ontologicamente incompatibile con la fattispecie plurisoggettiva necessaria. Sul punto, sarebbe stata la sentenza delle Sezioni Unite *Demitry* del 1994 a risolvere per la prima volta, ed in senso affermativo, il contrasto interpretativo (confermato successivamente, nonché “blindato” definitivamente dalla seconda sentenza *Mannino*), sebbene limitandone l'ambito applicativo alla presenza di uno “stato” patologico “di fibrillazione” della consorteria criminale, e tale da legittimare la “chiamata ai soccorsi” del terzo estraneo, laddove ritenuto necessario per garantire la conservazione, il rafforzamento, e, quindi, evidentemente, la vita dell'organizzazione criminale. Pertanto, mossa da tali premesse argomentative, la Corte di Strasburgo giunge a condannare l'Italia per aver violato l'art. 7 CEDU, stante l'oscurità degli orientamenti giurisprudenziali, che sarebbero stati tali da rendere la fattispecie oggettivamente imprevedibile da parte di chiunque si sarebbe trovato nella stessa situazione di Bruno Contrada. *Incidenter tantum*, appare opportuno precisare, come le disposizioni contenute nella Convenzione EDU, verrebbero in rilievo nel nostro ordinamento quali “norme interposte”, nel senso che la loro violazione, comporterebbe la violazione indiretta della Costituzione che ad esse ha inteso dare copertura costituzionale con il novellato disposto di cui all'art. 117 primo comma Cost., a norma del quale «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

²⁰ A riguardo, specifica la Corte EDU nella *cit.* sentenza *Sunday Times c. Regno Unito*, che la “law” deve essere “adequately accessible”.

²¹ Si precisa altresì che i principi affermati con la sentenza n.364 del 1988, verranno ulteriormente ribaditi dalla Consulta, nel corso della successiva pronuncia n.1085 dell'anno medesimo.

²² In particolare, la Corte Costituzionale, sebbene richiamando espressamente la categoria della prevedibilità, l'avrebbe considerata entro un piano d'indagine diverso, ovvero sia quello relativo alla rimproverabilità soggettiva (nella specie, rispetto all'affermata ovvero denegata sussistenza della causa di esonero della colpevolezza), giammai a quello della tipicità a monte. Nondimeno, la questione sulla qualificazione giuridica dell'art. 5 c.p., appare, a tutt'oggi, controversa, dal momento che vi sarebbero echi autorevoli di dottrina ad aver annoverato la norma *de qua* nell'alveo della legalità (viepiù focalizzando l'attenzione, tra gli argomenti a sostegno, sulla stessa collocazione topografica del disposto, il quale si troverebbe tra le disposizioni contenenti i principi generali fondamentali della materia penale). Per un maggiore approfondimento, si veda A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, 2020. Sempre in riferimento all'art. 5 c.p., si vedano, tra l'altro, le suggestive implicazioni e complicazioni pratiche in punto di “reati a movente culturale”, in ipotesi di “carente grado di socializzazione dell'agente” (la Corte Costituzionale, nella sentenza citata n. 364, rappresenterebbe la problematica *de qua* in una sorta di *obiter dictum*). A riguardo, si vedano, Cass. Pen., Sez. III, 13 Aprile 2015 (ud.29 gennaio 2015) n.14960; Cass. Pen., Sez. I, 15 maggio 2017 (ud. 31 marzo 2017) n.24084.

²³ Corte Costituzionale, 23-24 marzo 1988 (ud. 29 settembre 1987) n. 364: «Che la formula “la responsabilità penale è personale” fosse da mantenersi, essendo essa affermazione di libertà e civiltà, limpidamente aggiungendo: si risponde per fatto proprio e si risponde attraverso ogni partecipazione personale al fatto proprio. Questo è il principio del diritto

moderno, che trova la sua espressione nel principio della consapevolezza che deve accompagnare il fatto materiale. Parlare di responsabilità personale significa richiamarsi ad un principio che domina nell'odierno pensiero della scienza giuridica».

²⁴ *Ibidem*: «Va sottolineato che, se si deve qui confermare che il primo comma dell'art. 27 Cost. contiene un tassativo divieto di responsabilità per fatto altrui, va comunque precisato che ciò deriva dall'altro, ben più civile principio, di non far ricadere su di un soggetto, appunto estraneo al fatto altrui, conseguenze penali di colpe a lui non ascrivibili. Come è da confermare che si risponde penalmente soltanto per il fatto proprio, purchè si precisi che per fatto proprio non s'intende il fatto collegato al soggetto, all'azione dell'autore, dal mero nesso di causalità materiale ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, costituito, in presenza della prevedibilità ed evitabilità del risultato vietato, almeno dalla colpa in senso stretto... in relazione agli elementi più significativi della fattispecie».

²⁵ «*La libertà non consiste nel fare ciò che piace, ma nell'aver il diritto di fare ciò che si deve*», dall'*Omelia di San Giovanni Paolo II*, in occasione della Celebrazione Eucaristica all'"Oriole Park at Camden Yards", Baltimora (USA) – Domenica 8 Ottobre 1995.

²⁶ In riferimento al diritto di proprietà, appare interessante notare, muovendo da un'analisi comparatistica, come l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a sua volta richiamata dall'art. 6 TUE che ne attribuirebbe lo stesso valore giuridico dei Trattati), includerebbe lo stesso tra i diritti fondamentali, diversamente dalla Costituzione del 1948, che, invece, lo annovera nell'alveo del Titolo III dedicato ai "Rapporti economici".

²⁷ Il principio di proporzionalità (nato nel sistema giuridico tedesco dagli studi di Fleiner e noto per la celebre massima "*La polizia non deve sparare i passeri con i cannoni*"), opera in diversi campi del diritto, benchè aggrappato a radici comuni (i.e. il principio di eguaglianza sostanziale/ragionevolezza/adequatezza ex artt. 2 e 3 comma 2 Cost.).

Nel diritto privato, il principio di proporzionalità si correla a quello di buona fede, quindi all'equilibrio economico-giuridico tra le prestazioni dedotte in contratto.

Nel diritto penale, come principio di carattere generale, si riferisce, segnatamente, alla congruità tra il bene giuridico tutelato e la "pena minacciata" così come prefigurata in astratto dal legislatore. Inoltre, lo stesso, non verrebbe utilizzato come monade isolata, combinandosi, piuttosto, in maniera virtuosa tanto con il principio di colpevolezza, quanto con il principio di necessaria offensività.

Nel diritto amministrativo, invece, il principio di proporzionalità sarebbe stato elaborato in ambito europeo, nonchè collocato, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tra i principi generali imposti, sia alle istituzioni europee, sia ai singoli Stati membri. Con riferimento alle istituzioni europee, lo stesso art. 5 TUE dispone che «in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati». Per un maggiore approfondimento, si veda V. LOPILATO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Seconda Edizione, G. Giappichelli Editore, p. 700.

²⁸ Parafrasando Dante Alighieri, si potrebbe affermare che il diritto penale è il diritto della «...*città dolente, ... dell'eterno dolore, ...della perduta gente*...». A questo riguardo, non appare casuale la stessa denominazione storica di diritto penale quale *jus terribile*; a tal proposito, si veda, F. VERRI, *Osservazioni sulla tortura* (1777), BUR Classici, Rizzoli, 2006.

²⁹ Sul carattere del diritto penale quale *jus terribile*, si veda G. FIANCADA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Settima edizione, Zanichelli editore, 2018, p.XIII. A parer degli Autori, «fino alla metà del secolo diciottesimo il mondo dei delitti e delle pene esibiva scenari foschi e confusi, sotto il triplice profilo della definizione normativa dei reati, degli strumenti sanzionatori e della disciplina processuale. L'ambito dei fatti punibili era reso incerto dalla mancanza di una codificazione (in senso moderno), dalla caotica sovrapposizione di testi normativi eterogenei e dalle frequenti interferenze del potere esecutivo che prevaricava il potere giudiziario talvolta sino al punto di rimpiazzarlo (si pensi ad esempio alle celebri *lettres de cachet* con le quali il potere monarchico, nella Francia prerivoluzionaria, infliggeva direttamente la pena). Ad aggravare la situazione, contribuiva d'altra parte, la persistente confusione tra crimine e peccato, per cui la giustizia penale fungeva anche da braccio secolare della religione e del potere ecclesiastico... Ancora più fosco era il quadro delle sanzioni punitive, caratterizzato da arbitrio, eccesso, crudeltà ed esasperata spettacolarità...lo "*splendore dei supplizi*" tendeva a intimidire, ma di fatto esercitava anche una forte seduzione»; vedasi anche F.VIGANO' in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Volume I (a cura di) M.CATENACCI-V.N.D'ASCOLA-R.RAMPIONI, Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza, 2020, p. 444, per il quale «la narrativa *standard* sul carattere eccezionale - o comunque sulla irriducibile diversità - del diritto penale rispetto al resto dell'ordinamento sottolinea due sue caratteristiche peculiari, che ne segnerebbero lo stacco rispetto a ogni altro ramo del diritto: da un lato, la severità tutta particolare delle sanzioni, che colpiscono i beni giuridici che più appartengono alla dimensione "esistenziale" della persona – la vita, il corpo, la libertà – (a); e dall'altro lato, il significato speciale di queste sanzioni, che incorporerebbero uno stigma sociale nei confronti della condotta costitutiva di diritto (e indirettamente nei confronti del suo autore)(b)». specularmente, una siffatta stigmatizzazione sociale, non verrebbe in rilievo, a parer dell'Autore, rispetto ad ulteriori strumenti, sempre riconducibili al più ampio *genus* sanzionatorio, tra cui, ad esempio, quelli di risarcimento del danno e dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo. Ebbene, un siffatto argomento, potrebbe essere comunque rivalutato, valorizzando tanto gli innovativi strumenti civilistici di risarcimento dei

“danni punitivi” (cd. *punitive damages*), questi ultimi in linea con la nuova concezione “polifunzionale” dell’illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c., quanto richiamando al sempre meno infrequente “diritto amministrativo punitivo”.

³⁰ In riferimento alla dicotomia misure di sicurezza-misure di prevenzione, si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, X Edizione, Cedam, 2017, p. 851. Secondo l’Autore, «...Con le misure di sicurezza hanno in comune il presupposto della pericolosità del soggetto, fondandosi entrambe su un giudizio di probabilità che egli compia in futuro atti criminosi. Mentre, però, nelle misure di sicurezza la pericolosità è *post delictum*, essendo il reato già stato commesso e trattandosi di una probabilità di recidiva, nelle misure di prevenzione la pericolosità è *sine delicto* o *ante delictum*, prescindendo il relativo giudizio dalla precedente commissione di reati».

³¹ In merito, sarebbero in molti a sostenere, per siffatte misure, la natura di un simulacro di “pena del sospetto”, per la loro incidenza negativa sui diritti di libertà. Tali prospettazioni, muoverebbero dall’argomento per cui, ai fini della loro irrogazione, basterebbe un surruttizio quanto mascherato giudizio di responsabilità penale, fondato su un accertamento probatorio calmierato, in elusione al principio del “*nulla poena sine probatione*”. Con la drammatica conseguenza per cui: dove non arriva la pena, arriverebbe la misura di prevenzione!

³² Prima di arrivare alla legge 1865, vi sarebbero state ulteriori leggi frammentarie a regolazione della materia, talune contenute in alcuni disposti della legislazione emergenziale degli anni 1863 e 1864.

³³ G. BARTOLETTI – F. CECCARONI, *Misure di prevenzione. Strategie difensive nelle “pene del sospetto”*, in *Officina del diritto, Penale e Processo*, Giuffrè, 2020, p.7.

³⁴ In argomento, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, X Edizione, Cedam, 2017; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Settima edizione, Zanichelli editore, 2018; V. LOPILATO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Terza Edizione, G. Giappichelli editore, 2021; E. GALLO, Voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur. Treccani*; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1967; E. MEZZETTI, *Diritto Penale-Casi e Materiali*, Seconda edizione, Zanichelli editore, 2017.

³⁵ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Settima edizione, Zanichelli editore, 2018, p.915.

³⁶ Tra i disposti, si osservi, in particolare, quello previsto dall’art. 164, teso a disciplinare l’istituto dell’ammonizione e a norma del quale «il questore, con rapporto scritto, motivato e documentato, denuncia al Prefetto, per l’ammonizione, gli oziosi, i vagabondi abituali validi al lavoro non provveduti di mezzi di sussistenza o sospetti di vivere col ricavato di azioni delittuose e le persone designate dalla pubblica voce come pericolose socialmente».

³⁷ Di grande interesse e fascino appare la scelta politico-criminale dei “soggetti”, in cui si ravvisa, verosimilmente, il “rimando” alle teorie del protestantesimo (specie calvinista) in fase di capitalismo nascente, essenzialmente basate sull’equazione per cui il duro lavoro conduce alla salvezza, mentre l’aver “abiurato” alle occupazioni in devozione all’ozio, alla dannazione. Sul punto, mirabili appaiono gli studi compiuti dal sociologo tedesco del XIX secolo Max Weber, successivamente confluiti nel capolavoro di saggistica *L’Etica Protestante e lo Spirito del Capitalismo*, G.C. Sansoni editore, 1945. Secondo l’Autore, «Non già l’ozio e il godimento, ma solo l’agire serve ad accrescere la gloria di Dio, secondo la sua volontà inequivocabilmente rivelata. E quindi perdere tempo è, di tutti i peccati, il primo e quello per principio più grave ... Perdere tempo in società, i “discorsi oziosi”, il lusso, persino dormire più di quanto sia necessario alla salute (da 6 ore a 8 al massimo), sono gravi colpe morali ... il tempo è infinitamente prezioso perché ogni ora persa è sottratta al lavoro al servizio della gloria di Dio. E quindi non ha alcun valore, ed eventualmente è direttamente riprovevole, anche la contemplazione inattiva, almeno se ha luogo a scapito del lavoro professionale»; «L’apprezzamento religioso del lavoro professionale laico indefesso, continuo, sistematico, come mezzo ascetico supremo e sommo, e insieme come comprova più sicura e visibile della rinascita della persona e dell’autenticità della sua fede, doveva infine essere la più potente leva dell’espansione di quella concezione della vita che qui abbiamo chiamato spirito del capitalismo». Inoltre, nuova nel rapporto tra il lavoro umano e il senso profondo della vita è in Lutero, secondo Weber, «la convinzione che l’adempimento del proprio dovere nell’ambito delle professioni (*Berufe*) mondane fosse il contenuto supremo che potesse mai assumere la realizzazione della propria persona morale». In questo si rispecchia il rifiuto «della distinzione cattolica degli imperativi morali *in praecepta e consilia*, a cui consegue, per i fedeli, il desiderio di essere graditi a Dio non attraverso l’ascesi monastica, di chi si ritira dal mondo per seguire pienamente i consigli evangelici, bensì adempiendo ai doveri intra mondani, «quali risultano dalla posizione occupata dall’individuo nella vita, ossia dalla sua professione, che appunto perciò diventa la sua ‘vocazione’ (*Beruf*)» Si veda, in merito, M. TOMASI, *Grazia Divina e “Spirito del Capitalismo”. Sociologia e teologia in dialogo per una critica del capitalismo contemporaneo*, in *Evento Riforma. Impulsi e sviluppi* (Annuario Teologico Bressanone, vol. 7), 2017, p.235.

³⁸ La Corte Costituzionale, con la sentenza del 22 dicembre 1980 (ud. 15 ottobre 1980) n.177, avrebbe ritenuto che tale categoria «non fosse definita in modo sufficientemente particolareggiato dalla legge e che ciò non permettesse di prevedere chi sarebbe stato soggetto delle misure di prevenzione a quelle circostanze, dato che era lasciata eccessiva discrezionalità alle autorità».

³⁹ In questi termini, si vedano le posizioni assunte da G. BARTOLETTI – F. CECCARONI, *Misure di prevenzione. Strategie difensive nelle "pene del sospetto"*, in *Officina del diritto, Penale e Processo*, Giuffrè, 2020, p.8: «L'attuale formulazione legislativa, all'esito delle riforme intervenute, ha in parte recepito le istanze di determinatezza che si lamentavano in materia attraverso il riferimento agli elementi di fatto, quale presupposto per ritenere integrata l'appartenenza a una delle categorie di pericolosità normativamente individuate. Eppure, rimane la difficoltà di individuarne la consistenza di un simile substrato probatorio, che pare collocarsi tra il mero sospetto e gli elementi in grado di fondare una pronuncia di responsabilità penale».

⁴⁰ A tal proposito, si veda Corte Costituzionale, 5 maggio 1959 (ud. 18 febbraio 1959) n.27; *conf.* in Corte Costituzionale, 23 marzo 1964 (ud. 6 novembre 1963) n.23.

⁴¹ In riferimento alla locuzione "*habeas corpus*" (letteralmente: "*che tu abbia il corpo*"), la stessa risale al tempo dell'emanazione, ad opera del Re Giovanni d'Inghilterra, detto "Senza Terra", della *Magna Charta libertatum* del 1215, trovando, in particolare, la sua emersione normativa al paragrafo 39 per cui: «*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*». In merito, per una più puntuale contestualizzazione del principio, si veda Corte Costituzionale n. 11 del 1956, per cui «il grave problema di assicurare il contemperamento tra le due fondamentali esigenze di non frapporre ostacoli all'attività di prevenzione dei reati e di garantire il rispetto degli inviolabili diritti della personalità umana, appare... risoluto attraverso il riconoscimento dei tradizionali diritti di *habeas corpus* nell'ambito del principio di stretta legalità». Similmente, prosegue la Corte, «in nessun caso l'uomo potrà essere privato o limitato nella sua libertà personale, se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni».

⁴² Per ragioni di completezza, ma senza pretesa di esaustività, si osserva che la Corte Costituzionale, con la citata sentenza, avrebbe individuato, non nell'art. 16 Cost. (relativo alla libertà di circolazione), bensì nel diverso art. 13 Cost. (relativo al principio di inviolabilità della libertà personale), il fondamento costituzionale a garanzia delle misure di prevenzione personali. Appare interessante notare come, diversamente dall'art. 16 Cost., l'art. 13 Cost. contenga una doppia riserva, ovvero sia la riserva di legge e la riserva di giurisdizione. Cionondimeno, esistono, a tutt'oggi, nell'ambito delle misure di prevenzione personali, talune che vengono irrogate dal Questore (si pensi al foglio di via obbligatorio, all'avviso orale, nonché, sia pur in relazione a determinati profili, al DASPO). Si tratta di un aspetto non indagato e rispetto al quale si auspica un qualche intervento, finanche *de iure condendo*.

⁴³ Vedasi l'art. 26, T.fue, nonché l'art. 3, paragrafo 2, T.fue, recanti disposizioni in materia di "*libera circolazione delle persone*", in armonia con quel progetto condiviso orientato all'edificazione di uno "*spazio senza frontiere*".

⁴⁴ Corte Costituzionale, sentenza 27 febbraio 2019 (ud. 20 novembre 2018) n.24.

⁴⁵ In questi termini, Corte Costituzionale, sentenza 22 dicembre 1980 (ud. 15 ottobre 1980) n.177.

⁴⁶ V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Terza edizione, G. Giappichelli editore, 2021, p. 1693.

⁴⁷ Per un maggiore approfondimento, si veda A. BALSAMO e G. LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Misure di prevenzione (a cura di) Sandro Furfaro*, Utet Giuridica, 2013, p.311; M.A. SANDULLI, *Voce Confisca*, in *Enc. Giur. Treccani*; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali – La confisca allargata (art. 240 bis c.p.)*, Giuffrè, 2019; A. CAPUTO, *La confisca di prevenzione tra principi costituzionali e sovranazionali: il caso Italiano*, in *Revista catalana de dret públic*, n.61, 2020; Atti del Convegno del 16 Maggio 2019, Corte di Cassazione, Aula Giallobardo, "*La confisca penale*"; Atti del Convegno del 5 Giugno 2019, Corte di Cassazione, Aula Magna, "*Le misure di prevenzione*"; G. Civiello, *La confisca nell'attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*; R. ISOTTON, *La confisca fra passato e futuro*, in *JusOnline, Rivista di Scienze Giuridiche (a cura della) Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano*, n.3, 2017, p.202.

⁴⁸ A tale riguardo, il disposto in questione, collocato in guisa di *lex specialis* rispetto al precedente disposto di cui all'art. 416 c.p. - che, diversamente, punirebbe l'associazione per delinquere cd. semplice -, avrebbe avuto il pregio di assegnare "valenza giuridica" ad un concetto metagiuridico, quale è, appunto, il concetto di mafia.

⁴⁹ *Ante litteram* alla introduzione dell'art. 416 bis c.p., sarebbe stata la Corte di Cassazione, Prima Sezione Penale, con la celebre ordinanza 13 giugno 1975 (ud. 12 novembre 1974) n.1709, ad avere, per la prima volta, rilasciato una sorta di "patente d'identità" dell'associazione mafiosa, intendendola come qualsivoglia forma di «raggruppamento di persone che, con mezzi criminosi, si propone di assumere o mantenere il controllo di zone, gruppi o attività produttive attraverso l'intimidazione sistematica e l'infiltrazione dei propri membri in modo da creare una situazione di assoggettamento e di omertà che renda impossibili o altamente difficili le normali forme di intervento punitivo dello Stato».

⁵⁰ Sono gli anni del *pool antimafia* di Palermo.

⁵¹ G. FALCONE – G. TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, dagli Atti dell'incontro della Commissione del C.S.M. per la Riforma Giudiziaria e l'Amministrazione della Giustizia con i magistrati impegnati in processi contro mafiosi, 1982.

⁵² In riferimento ai fenomeni di "criminalità d'impresa", si veda R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2008.

⁵³ Propendere verso la natura sanzionatoria della misura, significherebbe, evidentemente, applicare l'intero statuto della materia penale sostanziale e processuale ai sensi degli artt. 25, 27, 111 Cost.; artt. 6, 7 CEDU; art. 4 Prot.7 CEDU; art. 49 Carta di Nizza.

⁵⁴ A conferma dell'argomento, verrebbe in rilievo il riformato art. 18 del d.lgs. 159 del 2011, ad opera della novella legislativa di cui d.l. n.92 del 2008. All'uopo, tale disposto, avrebbe provveduto a stabilire espressamente l'applicazione "disgiunta" delle misure di prevenzione personali e reali, di tal che sancendo definitivamente l'autonomia dei relativi procedimenti.

⁵⁵ In riferimento alla nozione autonoma di "materia penale" alla stregua della criteriologia *Engel*, la stessa potrebbe essere riassunta nei seguenti termini: 1) qualificazione giuridica della misura secondo l'ordinamento nazionale; 2) natura dell'infrazione, desumibile dall'assetto disciplinatorio generale, nonché dalla finalità sottesa (*very nature of the offence*); 3) grado di severità della sanzione "minacciata" così come circoscritta all'interno della cornice edittale individuata dal legislatore all'atto di emanazione della fattispecie astratta (*the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring*), in A.MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, G. Giappichelli editore, 2020, p.115.

Segnatamente al concetto di "sanzione", e, quindi, evidentemente, di "pena", si riporta la seguente tripartizione così come esaminata da A. MASSARO, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, p. 74, che, riprendendo la proposta di C. Roxin, distingue tra "pena minacciata", "pena applicata" e "pena eseguita", cit.: 1) la "pena minacciata", che attiene alla pena "a monte" individuata dal legislatore all'atto di costruzione della fattispecie astratta; 2) la "pena comminata", che attiene agli aspetti di dosimetria della pena "a valle" così come individuati dall'organo giudiziario competente all'atto di determinazione del *quantum debeatur* in concreto; 3) la "pena eseguita", che trova attuazione attraverso i meccanismi dell'esecuzione penale.

⁵⁶ In merito alla natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, si veda, Cassazione Penale, Sezione Quinta, 13 Novembre 2012 n.14044, *Occhipinti*.

⁵⁷ P. PINTO DE ALBUQUERQUE (*partly dissenting opinion, De Tommaso v. Italia*): «I disagree with the decision to declare inadmissible the complaints under Articles 5 and 6 (criminal limb) of the European Convention on Human Rights ("the Convention"). In my view, the measures applied to the applicant under Act no. 1423/1956 ("the 1956 Act"), namely special police supervision together with a two-year compulsory residence order and other restrictive measures, are criminal in nature and entailed a deprivation of the applicant's right to liberty. For the reasons below, they should have been subject to the substantive and procedural guarantees of Article 5 and of Article 6 (criminal limb) of the Convention. Having voted against the decision of inadmissibility, I voted on the merits in favour of finding a breach of Article 2 of Protocol No. 4, on account of the lack of foreseeability of both the list of subjects to whom the measures could be applied (section 1 of the 1956 Act) and the measures themselves (sections 3 and 5 of the 1956 Act). I agree entirely with the reasoning of the judgment on the specific point of the lack of foreseeability of these provisions...».

⁵⁸ In merito, si vedano, Grande Camera Corte EDU, *A e B contro Norvegia*, 15 novembre 2016, ric.n.24130/11 e 29758/11; F. VIGANO', *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016, cit. P. Pinto De Albuquerque, *dissenting opinion* in punto di "*sufficiently close connection in substance and time*": «... Dopo aver messo sottosopra la ratio del *ne bis in idem*, la sentenza di oggi apre la strada a una politica punitiva del moderno Leviatano, basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile. Una politica che potrebbe risolversi in una storia infinita di due o più procedimenti condotti progressivamente o successivamente contro lo stesso individuo sulla base degli stessi fatti...».

⁵⁹ In merito, si veda, Cass. Pen., Sez. Un., 3 luglio 1996 n.18, *Simonelli*.

⁶⁰ Corte Costituzionale, 10 ottobre 2008 (ud. 23 settembre 2008) n. 335.

⁶¹ La polifunzionalità della confisca di prevenzione, si individuerrebbe nell'ulteriore funzione compensativa (laddove il carattere compensativo costituirebbe un *prius* rispetto al successivo carattere ripristinatorio), nel senso che la stessa sarebbe finalizzata al ripristino dello *status quo ante* la lesione. In riferimento alla natura preventiva della confisca, si veda, per tutte, Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2015 (dep. 26 giugno 2014) n.4880, *Spinelli*: «Reputano, allora, le Sezioni Unite che alla detta confisca debba continuare a riconoscersi finalità prettamente preventiva al di là di ogni possibile riflesso "parasanzionatorio", tale da non offuscarne l'essenza precipua della confisca, quale strumento inteso, eminentemente, a dissuadere il soggetto inciso dalla commissione di ulteriori reati e da stili di vita contrastanti con le regole del consorzio civile. La già rilevata confiscabilità anche in danno degli eredi o aventi causa costituisce la più eloquente conferma della persistente connotazione preventiva della misura ablatoria, escludendone la natura sanzionatoria. D'altronde, una natura siffatta si porrebbe in irriducibile contrasto con i dettami della Carta costituzionale e dell'ordinamento sovranazionale, con particolare riferimento ai principi della legalità e del carattere personale della responsabilità (*lato sensu*), peraltro già da tempo recepiti dall'ordinamento giuridico interno, anche al di là dell'ambito prettamente penalistico (come, ad esempio,

nel sistema tributario, in cui è regola indefettibile l'intrasmissibilità agli eredi degli effetti sanzionatori di omissioni od irregolarità poste in essere dal *de allus*, restando ovviamente imprejudicati gli effetti civilistici e quelli direttamente conseguenti ad atti espropriativi, come appunto la confisca».

⁶² In questo senso, si veda Corte Costituzionale, sentenza 27 febbraio 2019 (ud. 20 novembre 2018) n.24. L'ablazione patrimoniale, quindi, mira semplicemente a far venir meno uno *status* di possesso illegittimo di beni/denaro da chi ne ha la disponibilità (non si tratta di una misura volta ad "infliggere" un male, quanto piuttosto di un'azione finalizzata allo "spossessamento" al detentore di un bene illegalmente acquisito).

⁶³ Per un maggiore approfondimento in ordine alla natura della responsabilità delle persone giuridiche, si veda Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014) n.38343, *ThyssenKrupp*.

⁶⁴ A riguardo, la stessa Corte di Strasburgo, avrebbe di recente riconosciuto la legittimità di una confisca senza previa condanna di cespiti che si considerano acquisiti illegalmente, qualificandola come una mera forma di controllo dell'uso della proprietà ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (Corte EDU, 12 Maggio 2015, *Gogitidze c.Georgia*). Inoltre, si segnala, sul fronte unionale, una recentissima pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in cui i giudici lussemburghesi, avrebbero sostenuto la compatibilità con il diritto eurounitario (in particolare, rispetto al disposto ex all'art. 17 della Carta di Nizza secondo cui "ogni persona ha diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente") della normativa nazionale che consentiva un procedimento civile di confisca a prescindere da un previo accertamento di un fatto di reato (sentenza *AGRO IN 2001* del 19 marzo 2020, causa C-234 /18), cit. in G. BARTOLETTI – F. CECCARONI, *Misure di prevenzione. Strategie difensive nelle "pene del sospetto"*, in *Officina del diritto, Penale e Processo*, Giuffrè, 2020, p. 56.

⁶⁵ Per un maggiore approfondimento, si veda A.M. MAUGERI– P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *Sistema Penale*, 29 novembre 2019.

⁶⁶ A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, G. Giappichelli Editore, 2020, p.110.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ In riferimento, si veda, M. FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione. Osservazioni su Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2017.

⁶⁹ L'espressione è di G. BARTOLETTI – F. CECCARONI, *Misure di prevenzione. Strategie difensive nelle "pene del sospetto"*, in *Officina del diritto, Penale e Processo*, Giuffrè, 2020, p. 57; A. MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in *Misure di prevenzione (a cura di Sandro Furfaro)*, Utet Giuridica, 2013, p.3.

⁷⁰ Di contro, la valorizzazione dell'art. 5 CEDU sarebbe stata sostenuta nel caso "*Guzzardi c. Italia*" n.7960/7. Cionondimeno, trattandosi di una pronuncia isolata, la sua forza non è stata tale da far trasalire la portata generale della regola.

⁷¹ Emblematica, a riguardo, è stata la recentissima legislazione nell'ambito della più ampia azione di contrasto all'emergenza epidemiologica da SarsCov2 (in particolare, si vedano, decreto-legge 23 febbraio 2020 n.6, decreto-legge 25 marzo 2020, n.19, nonché, decreto-legge 16 maggio 2020 n.33).

⁷² L'espressione è di A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, G. Giappichelli editore, 2020, p.112.

⁷³ In riferimento, la Corte Costituzionale, nell'ambito della sentenza in discussione, integra la fattispecie mediante un'opera di tassativizzazione dei "types of behavior", ovvero, subordinando la sua configurazione alla presenza di un «triplice requisito ... per cui deve trattarsi di a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano ... l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito Resta, quindi, la possibilità di applicare la confisca di prevenzione nei confronti dei soggetti riconducibili alla categoria della pericolosità sociale di cui di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011; in particolare, è stato evidenziato dalla Consulta, che la valutazione circa la sussistenza dei relativi presupposti, debba essere compiuta con riguardo al momento in cui si è effettivamente realizzato l'ingiustificato arricchimento, con la conseguenza per cui «l'ablazione patrimoniale si giustificherà se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, in quantità ragionevolmente congruente rispetto al valore dei beni che s'intendono confiscare, e la cui origine lecita egli non sia in grado di giustificare...».

⁷⁴ Per un maggior approfondimento, si veda V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Terza edizione, G. Giappichelli editore, 2021, p.1698.

⁷⁵ In merito al concetto di "traffici delittuosi", la Corte Costituzionale, ha affermato quanto segue: «sul punto convivono tutt'oggi due contrapposti indirizzi interpretativi, che definiscono in modo differente il concetto di "traffici delittuosi". Da un lato, ad esempio, la sentenza della Corte di Cassazione, n.11846 del 2018, fa riferimento a "qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti ..., ricomprendendovi anche attività "che si caratterizzano per la spoliazione, l'approfittamento, o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili. Dall'altro, e sempre a guisa d'esempio, la pronuncia della Corte di Cassazione, n. 53003 del 2017,

si riferisce al commercio illecito di beni tanto materiali... quanto immateriali... o addirittura concernente esseri viventi (umani... ed animali..., nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite..., ma comunque evitando che essa si confonda con una mera nozione di delitto... da cui sia derivato una qualche forma di provento, osservando ulteriormente che nel senso comune della lingua italiana... trafficare significa in primo luogo commerciare, poi anche darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile, e infine, in ambito marinairesco, maneggiare, ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento».

⁷⁶ In musica, la coda individua una breve sezione armonico/melodica, in funzione di "preparazione" alla conclusione di un movimento riconducibile ad una multiforme varietà di forme musicali (fuga, canone, minuetto, scherzo, sonata, sinfonia, ecc.).

⁷⁷ Si tratterebbe, almeno in via di prima approssimazione, di una visione diametralmente opposta a quella che guardava al "mito del giudicato" quale "valore in sé" della supremazia delle istanze pubblicistiche sulle tutele individuali e di cui, in ragione, ne veniva certificata l'assoluta infallibilità. Sull'esaltazione del valore assoluto del giudicato, si veda A. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale. La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in, *Opere giuridiche*, II, Roma, 1932, 243 – 244, secondo cui «l'autorità della cosa giudicata si innalza e si purifica; è quasi una religione: la religione dell'umana giustizia».

⁷⁸ «Il conflitto tra giustizia e certezza del diritto dovrebbe potersi risolvere nel senso che il diritto positivo, garantito da statuto e potere, ha la preminenza anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto e inadeguato, a meno che il conflitto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura così intollerabile (o un tale grado di intollerabilità) da far sì che la legge, quale "diritto ingiusto" debba cedere alla giustizia"...Va peraltro detto subito che secondo vari interpreti, la formula di Radbruch non finisce qui, e più precisamente che nelle parole che immediatamente seguono a quelle ora riportate (sempre nello stesso scritto), sarebbe contenuta una seconda formula, la formula della negazione deliberata (la cd. *Verleugnungsformel*, in contrapposizione alla *Unertraglichkeitsformel*, o formula della intollerabilità); da qui, l'origine della dialettica tra un "diritto intollerabilmente ingiusto" (prima formula) e il "non diritto" (cd. *nicht – rechth*)», cit., G. VASSALLI, "Formula di Radbruch e Diritto penale - Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista", Giuffrè, 2001.

⁷⁹ Da qui, la considerazione per la quale l'ambizione delle Carte fondamentali dei diritti, sia stata ed è da sempre quella di dare un "nome" al diritto divino (articolato nelle specie di naturale e rivelato), il quale, mediante l'opera di "positivizzazione" per mano d'uomo, sarebbe stato reso "carne" *ad omnes gentes*, e, quindi, giustiziabile (posto che un diritto non giustiziabile "non est jus"). Per un maggiore approfondimento, si veda, dagli *Atti del XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, Venezia, 17-21 settembre 2008, P. GHERRI, *Ius Divinum: Inadeguatezza di una formula testuale*, Pontificia Università Lateranense.

⁸⁰ Orbene, appare opportuno evidenziare come il principio di legalità volga il suo sguardo oltre l'orizzonte rappresentato dal diritto sostanziale, allargando la sua visione anche al diritto processuale.

⁸¹ In merito, si veda, M. BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1053-1094, 2018.

⁸² Si veda, E. AMODIO, *La teatralità del processo e la processualità del teatro*, in *Il processo come gioco*, p.1664. A parer dell'Autore, tra processo e teatro vi è "una antica complicità" in cui, «il vero ponte logico che unisce le due esperienze è il concetto di rappresentazione. Sia il processo che il teatro offrono la ricostruzione di un fatto. La radice comune è quella di un prodotto artificiale, un surrogato del vero, che fa rivivere la vicenda, la fa scorrere immagine per immagine in sequenze che mirano ad accreditare un valore di verità dell'azione scenica. È da questa tensione verso il coinvolgimento dei destinatari della rappresentazione che scaturisce la forza attrattiva, con l'inevitabile luccichio dell'azione teatrale, così come di quella giudiziaria».

⁸³ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Piccola Biblioteca, 324, 1994, p.24

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Si veda la nota citazione giovannea, in Giovanni (8,32): «...et cognoscetis veritatem et veritas liberabit vos...».

⁸⁶ In merito, si veda, M. CHIAVARI, *Diritto processuale penale*, Utet Giuridica, 2015; G. CONSO V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2016.

⁸⁷ Così facendo, il giudizio ritornerebbe alla sua naturale funzione di "veicolo di giustizia". In merito, Digesto, 1.1.10, "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*".

⁸⁸ L'espressione è di A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 D.L. N.76/2020*, in *Rivista Corte dei Conti*, n.1/2021.

⁸⁹ Nel diritto dei contratti, per sopravvenienze ("di fatto" ovvero "di diritto") si intendono i «fatti che, intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, mutano il contesto in cui il contratto si attua», cit. V. ROPPO, *Il contratto*, seconda edizione, Giuffrè, 2011, p.943. Per un maggiore approfondimento, anche rispetto ai possibili rimedi

“manutentivi” di gestione e controllo delle sopravvenienze in funzione conservativa del regolamento negoziale esperibili (nell’ambito, in particolare, del tipo contrattuale relazionale “di durata”), si veda, C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, Giuffrè, 2019.

⁹⁰ Per un maggiore approfondimento, si veda, P. BARTOLO, *“La confisca di prevenzione e la revocabilità di tutti i provvedimenti ablativi emessi in violazione dei canoni enucleati dalla sentenza della Corte Costituzionale 24/2019. Una pronuncia che potrebbe costare allo Stato oltre 500 milioni di “risarcimenti”*, in *Sistema penale*, 10/2021; F. MENDITTO, *Lo statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 27 Febbraio 2019, n.24*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, 10; G. COLAIACOVO, *Alle Sezioni Unite una questione sul rapporto tra incidente di esecuzione e revocazione in materia di misure di prevenzione*, in *Penale Diritto e procedura*, 20 luglio 2021; M.GRIFFO, *Una ante – prima della pronuncia delle Sezioni Unite in tema di rimedio esperibile per far valere gli effetti della pronuncia della Corte Costituzionale n. 24 del 2019*, in *Sistema penale*, 27 Settembre 2021.

⁹¹ In riferimento, si veda, Sentenza CEDU 28 ottobre 2021 (*Succi ed antri contro Italia*), nn.55064/11, 37781/13 e 26049/14 sui requisiti formali del ricorso in cassazione: i principi affermati dalla Corte di Strasburgo a confronto con l’attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione, in *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione telematica*, 30 novembre 2021.

⁹² Corte Costituzionale, 9 giugno 2015, (camera di consiglio 15 aprile 2015) n.106.

⁹³ In questi termini, l’idea del giudice “*bouche de la loi*”, appare, oggi, illusoria. Ciò, del resto, sarebbe stato reso ancora più evidente dalle stesse teorie dell’interpretazione, per cui il “testo” non può, per sua stessa natura, essere totalmente alieno al “contesto”, posto che il diritto è specchio e prodotto della società che lo esprime in un dato momento storico (*ubi societas ibi ius*). In particolare, rispetto ai rapporti tra letteralismo e contestualismo, (ovvero tra formalismo e anti-letteralismo), nell’incessante lotta tra “disposizione” e “norma”, si veda U. ECO, *Schtroumpf und Drang* (uscito in «*Alfabeta*» nel 1979, e poi inserito nella raccolta *Sette anni di desiderio*), in cui in l’Autore si trova ad esaminare in modo ineccepibilmente scientifico, la “comunicazione” nell’universo dei Puffi, i famosi personaggi del disegnatore belga Peyo e rispetto ai quali ravviserebbe una notevole “meditazione pratica sul funzionamento contestuale del linguaggio”; si veda, inoltre, F. VIOLA, Estratto dal Volume *“Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica - H.Kelsen e l’interpretazione delle norme”*, Aprile 1974.

⁹⁴ Si tratterebbe di un istituto che germina dal tronco della *in integrum restitutio* di diritto romano. A questo riguardo, per il diritto canonico, *in integrum restituito* costituiva il rimedio *contra iudicem inique pronuntiantem*, che, non potendo intervenire sull’ingiustizia mediante *quaerela nullitatis e appellatio*, era, in ragione, considerato quale “*extraordinarium ed subsidiarium*”.

⁹⁵ Il disposto in questione, infatti, non vive da solo, coordinandosi in maniera virtuosa con l’ulteriore art. 46, il quale, a sua volta, disciplina la restituzione della *res iniuria ablata*. La garanzia fissata dall’art. 24 comma 4 Cost. Cost., infatti, «non mira certo al semplice riconoscimento politico dell’errore intercorso, ma pretende un’attiva riparazione dello stesso: sicchè, accanto al rimedio straordinario della revocazione del provvedimento ablativo ingiusto, occorre sia previsto un segmento volto a dare attuazione alla diagnosi, ora per allora, dell’insussistenza dei presupposti per la misura ormai divenuta irrevocabile. L’errore giudiziario, insomma, va, in sequenza, a) riconosciuto, b) corretto, c) riparato: solo alla chiusura della sequenza la fattispecie può dirsi realizzata, e la garanzia di cui all’art. 24, comma 4 Cost., pienamente attuata», *cit.* G. DI CHIARA, *Confisca di prevenzione, destinazione dei beni confiscati e scenari della revocazione straordinaria*, in *Diritto penale e processo*, 4/2019, p.443.

⁹⁶ In merito, si veda Cass. Pen., Sez. Quinta, (ud. 8 ottobre 2020) n.33146: «Ebbene, anzitutto deve precisarsi che, nel sistema vigente delle misure di prevenzione, avverso la decisione definitiva sulla confisca, una volta esperiti i rimedi ordinari previsti dagli artt. 10 e 27 del d.lgs. 159 del 2011 dell’appello per la rivalutazione del merito e del ricorso per cassazione per violazione di legge, l’unico rimedio attivabile rimane quello della revocazione previsto dall’art. 28 del citato decreto, strutturato come rimedio straordinario, azionabile davanti alla Corte d’Appello nelle forme previste dall’art. 630 c.p.p., e teso sostanzialmente a riparare ad un errore giudiziario, quando, dopo la definitività della confisca, sopravvengano nuovi elementi di prova che dimostrino il difetto originario dei presupposti di applicazione della confisca». Sarebbe, infatti, la sussistenza di una sopravvenienza in fatto, ovvero in diritto assolutamente imprevedibile ed inevitabile, a giustificare la straordinarietà del rimedio, essendo, lo stesso, ontologicamente incompatibile con qualsivoglia possibilità di “riesame” rispetto a questioni inerenti il medesimo assetto oggetto del giudizio di prevenzione, e tali da determinare una irragionevole rivedibilità *sine die* e *ad nutum*, vieppiù in contrasto con il divieto di *bis in idem* processuale (alla presenza di un *idem factum*). In senso analogo, si veda, Cass. Pen., Sez. Sesta, (ud. 9 maggio 2019) n.26341; Cass. Pen., Sez. Sesta, (ud. 13 maggio 2021) n.23329.

⁹⁷ Si veda, A. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali, (a cura) di Gaito*, I, Torino, 1998, 19.

⁹⁸ Segnatamente, dall'ordinanza di rimessione emerge come, «in tema di confisca di prevenzione, di cui all'art. 28 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 129, sono prove sopravvenute rispetto alla conclusione del relativo procedimento, rilevanti ai fini della revoca, anche quelle preesistenti ma non valutate nemmeno implicitamente poiché scoperte dopo che la statuizione sulla confisca è divenuta definitiva (Sez. 2, n. 19414 del 12/03/2019, *Ficara*, Rv. 276063-01; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Sez. 6, n. 17854 del 27/05/2020, *Lunetto*, Rv. 279283-01; Sez. 5, n. 28628 del 24/03/2017, *Di Giorgio*, Rv. 270238-01). Questo orientamento ermeneutico, com'è noto, si inserisce in un filone giurisprudenziale che, a sua volta, trae origine dal risalente intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, secondo cui: "Il provvedimento di confisca deliberato ai sensi dell'art. 2-ter, comma terzo, L. 31 maggio 1975 n. 575 (disposizioni contro la mafia) è suscettibile di revoca "ex tunc" a norma dell'art. 7, comma secondo, L. 27 dicembre 1956 n. 1423 (misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), allorché sia affetto da invalidità genetica e debba, conseguentemente, essere rimosso per rendere effettivo il diritto, costituzionalmente garantito, alla riparazione dell'errore giudiziario, non ostando al relativo riconoscimento l'irreversibilità dell'ablazione determinatasi, che non esclude la possibilità della restituzione del bene confiscato all'avente diritto o forme comunque riparatorie della perdita patrimoniale da lui ingiustificatamente subita" (Sez. U, n. 57 del 19/12/2006, dep. 2007, *Auddino*, Rv. 234955-01)»

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 9 gennaio 2002 (ud. 26 settembre 2001) n.624, *Pisano*.

¹⁰⁰ Corte Costituzionale, 5 marzo 1969 (camera di consiglio 30 gennaio 1969) n.28.

¹⁰¹ In merito, si vedano S. FURFARO, *La Revocazione della confisca definitiva*, in *Misure di prevenzione (a cura di Sandro Furfaro)*, Utet Giuridica, 2013, p.659; G. DI CHIARA, *Confisca di prevenzione, destinazione dei beni confiscati e scenari della revocazione straordinaria*, in *Diritto penale e processo*, 4/2019, p.441.

¹⁰² Si veda, Cass. Pen., Sezione Sesta, (ud. 26 aprile 2019) n.23839: «tanto il rimedio dell'art. 7 della legge n.1423 del 1956, di competenze dell'organo giudicante che l'ha emessa – ancora applicabile per le confische disposte sulla base di proposte anteriori al 13 ottobre 2011, data di entrata in vigore del citato d.lgs. n.159/2011 – quanto al nuovo mezzo di impugnazione di cui all'art. 28 del cit. cod. antimafia, di competenza della corte d'appello, si caratterizzano per avere il medesimo ambito di operatività rapportato alla straordinarietà del rimedio, ontologicamente incompatibile con qualsiasi possibilità di riesame dello stesso...».

¹⁰³ G. DI CHIARA, *Confisca di prevenzione, destinazione dei beni confiscati e scenari della revocazione straordinaria*, in *Diritto penale e processo*, 4/2019, p.442.

¹⁰⁴ Si veda, in particolare, S. FURFARO, *La Revocazione della confisca definitiva*, in *La Revocazione della confisca definitiva*, in *Misure di prevenzione (a cura di Sandro Furfaro)*, Utet Giuridica, 2013, p.659.

¹⁰⁵ Si veda, Cassazione, Sezioni Unite 25 Marzo 2010: «il vero tratto distintivo che qualifica l'autonomia del procedimento di prevenzione al processo penale va intravisto nella diversa grammatica probatoria che deve sostenere i rispettivi giudizi: una diversità però, che, proprio in quanto riferita esclusivamente al modo di essere degli elementi di apprezzamento del merito, non incide affatto sulla legittimità delle acquisizioni»; e ancora, Corte Costituzionale, 12 marzo 2010 (ud. 12 gennaio 2010) n.93, secondo cui, il procedimento di prevenzione individuerebbe un «procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13 comma 1 Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente massiccio e in comportamenti di particolare rilievo), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente inabilitanti previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione».

¹⁰⁶ Sulla nozione autonoma e antiformalistica di materia penale, si rinvia a quanto precedentemente esposto.

¹⁰⁷ Per un maggiore approfondimento, si veda M. CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Misure di prevenzione (a cura di Sandro Furfaro)*, Utet Giuridica, 2013, p.173.

¹⁰⁸ In questi termini, S. FURFARO, *La Revocazione della confisca definitiva*, in *La Revocazione della confisca definitiva*, in *Misure di prevenzione (a cura di Sandro Furfaro)*, Utet Giuridica, 2013, p.659

¹⁰⁹ L. FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia*, 1999, p. 489.

¹¹⁰ Tale suggestiva immagine è stata proposta da G. DI CHIARA, *Confisca di prevenzione, destinazione dei beni confiscati e scenari della revocazione straordinaria*, in *Diritto penale e processo*, 4/2019.

¹¹¹ Si veda, Cass. Pen., Sez. Un., 8 gennaio 2007 (ud. 19 dicembre 2006) n. 57, *Auddino*; e ancora Cass. Pen., Sez. Seconda, 27 novembre 2020 (ud. 13 ottobre 2020) n.33641, per cui «... deve ritenersi che in tema di misure di prevenzione patrimoniali l'istituto che ne permette la rivalutazione ai fini dell'accertamento della idonea base legale pur in presenza di giudicato è il rimedio della revocazione; invero detto istituto è proprio diretto alla elisione *ex tunc* del provvedimento ablativo nel caso di successivo accertamento del difetto dei presupposti come si ricava dalla lettura del secondo comma dell'art. 28 d.lgs. 159/ 2011».

¹¹² All'uopo, ovementi lo "Stato" non provvedesse alla riparazione dell'errore, mutuando categorie civilistiche, si determinerebbe una sorta di ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.*, venendo a mancare *ab origine* nell'ente cui il bene

sarebbe confluito, la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale. Per un maggiore approfondimento, si veda, *Il codice antimafia (a cura di) Mario Erminio Malagnino*, G. Giappichelli Editore, 2011.

¹¹³ Si veda, Cass. Pen., Sez. Seconda (ud.16 giugno 2021) n.36403.

¹¹⁴ È interessante notare come, il disposto citato, sia stato utilizzato dall'orientamento giurisprudenziale opposto, con argomentazioni contrarie, al fine di giustificare l'applicazione del diverso rimedio dell'incidente d'esecuzione. In merito, si veda, Cass. Pen., Sez. Sesta, (ud. 28 ottobre 2020) n.36582.

¹¹⁵ A riguardo, S. FURFARO: «la norma ex comma 2 può dirsi del tutto inutile», in *La Revocazione della confisca definitiva*, in *La Revocazione della confisca definitiva*, in *Misure di prevenzione (a cura di Sandro Furfaro)*, Utet Giuridica, 2013, p.659.

¹¹⁶ Corte d'Appello di Trento, 29 Maggio 2019.

¹¹⁷ Si veda, Cass. Pen., Sez. Seconda, (ud. 16 giugno 2021) n.36403: «Non si ritiene – di contro – che il rimedio esperibile per far valere il difetto originario dei presupposti per applicare la confisca di prevenzione per effetto della sopravvenuta sentenza della Corte Costituzionale n.24 del 2019 sia l'incidente d'esecuzione. Seguendo tale linea interpretativa, si imporrebbero nello speciale procedimento di prevenzione i rimedi post giudicato ordinari...»; conforme in Cass. Pen., Sez. Sesta, (ud. 28 ottobre 2020) n.36582.

¹¹⁸ Si veda, Cass. Pen., Sez. Prima, (ud. 6 luglio 2020) n. 21958.

¹¹⁹ Si veda, Cass. Pen., Sez. Sesta, (ud. 28 ottobre 2020) n.36582, *Iannuzzi*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ In particolare, la questione portata all'attenzione del Supremo Collegio, avrebbe avuto ad oggetto l'annoso problema circa il bilanciamento tra il valore dell'intangibilità del giudicato e l'esecuzione di una decisione penale rivelatasi successivamente illegittima.

¹²⁴ Giurisdizione esecutiva che, nel caso in esame, sarebbe tale da legittimare l'attivazione dei poteri di cui agli artt. 666 e 670 c.p.p. per conformarsi alla declaratoria di incostituzionalità ai sensi del disposto di cui all'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011.

¹²⁵ «Il dogma dell'intangibilità del giudicato, che ha un fondamento più politico che logico – giuridico, si è venuto progressivamente allentando a favore di una più incisiva tutela dei diritti della persona. In tutti i casi in cui la pena risulti illegittima, per esempio perché applicata sulla base di una legge poi dichiarata incostituzionale, il giudice dell'esecuzione ha il potere-dovere di incidere sul giudicato. L'incidente d'esecuzione diviene dunque lo strumento che consente di eccepire vizi che non potrebbero farsi valere altrimenti e che mettono in discussione la conformità alla legge del titolo esecutivo», *cit.* A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, G. Giappichelli editore, 2020, p.108. In questi termini, l'intervento correttivo spetterebbe al giudice che cura l'esecuzione, recuperando, evidentemente, dal codice di rito la normativa di riferimento.

¹²⁶ Sulla portata generalissima del meccanismo processuale ex art. 666 c.p.p., si veda, Cass. Pen., Sez. Un., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013) n. 18821, *Ercolano*, nell'ambito della quale si è affermato il principio di diritto per cui al giudice dell'esecuzione deve essere riconosciuto un ampio potere di intervento sul giudicato, ai sensi degli artt. 666 e 670 c.p.p., atteso che lo strumento previsto «dall'art. 670 c.p.p. ... è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo»; pertanto, «il *genus* delle doglianze da cui può essere investito il giudice degli incidenti ex art. 666 c.p.p., in sostanza, è molto più ampio ed investe tutti quei vizi che, che di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo».

¹²⁷ *Conf.* in Cass. Pen., Sez. Prima, n.20156 del 22 aprile 2021, *Ascione*; Cass. Pen., Sez. Seconda, n.36403 del 16 giugno 2021, *Schiraldi*.

¹²⁸ Ad avviso delle Sezioni Unite, con la sentenza in discussione, «così interpretato, l'art. 28, comma 2, d.lgs. n.159 del 2011 include nel proprio ambito applicativo la declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 24 del 2019 della Corte Costituzionale, che, avendo investito in toto una delle figure di pericolosità sociale giustificatrici – anche – della confisca, integra senz'altro quel difetto originario dei presupposti per l'applicazione del provvedimento ablatorio che costituisce, nei termini indicati, condizione applicativa della revocazione». In questi termini, il Supremo Collegio, avrebbe ripreso, sebbene in una sorta di eterogenesi dei fini, le cadenze argomentative della *supra* citata sentenza a Sezioni Unite *Gatto*, nell'ambito della quale si era ritenuto che l'invalidità originaria della norma incostituzionale, sarebbe stata pienamente coerente con la concezione tradizionale della giurisprudenza costituzionale, secondo cui, la dichiarazione di illegittimità per contrasto alla Costituzione, avrebbe colpito e, a tutt'oggi colpisce «la norma fin dalla sua origine, eliminandola dall'ordinamento e rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici» (in merito, si veda, Corte Costituzionale, sentenza n. 127 del 1966; conforme, *ex plurimis*, Corte Costituzionale, sentenza n. 56 del 1967). D'altronde, a "formalizzare"



TRIMESTRALE, 1, 2022

definitivamente l'argomento, sarebbe stato lo stesso legislatore, il quale, avrebbe tipizzato il fenomeno giuridico all' interno dell'art. 30, terzo comma, legge n.87 del 1953.

¹²⁹ In merito alla perimetrazione dell'ambito di operatività, nonché degli effetti della confisca di prevenzione in ipotesi legale di pericolosità ex art. 16 lett. b) d.lgs. n.159 del 2011, si rinvia alle considerazioni già riportate nel paragrafo di riferimento.

¹³⁰ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Piccola Biblioteca, 324, 1994.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2022 sul reato di abuso d'ufficio, come modificato dall'art. 23 DL 76/2020: verso il tramonto del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"?

di **F. Ballesi**

La sentenza della Corte Costituzionale n. 8, depositata il 18.1.2022, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 77 Cost., sollevata in relazione all'art. 323 c.p., come novellato dall'art. 23 DL 76/2020 (noto come '*decreto semplificazioni*'), ritorna ad affrontare la *vexata quaestio* relativa all'utilizzo della decretazione d'urgenza in materia penale, sconfessando il suo precedente orientamento non favorevole all'adozione dei decreti legge, per ammetterne, invece, l'ammissibilità, in difesa dell'invocato principio del superamento della cd. '*burocrazia difensiva*' e dell'efficienza dell'attività amministrativa.

Nel contributo, dopo aver ripercorso il lungo *iter* storico che ha caratterizzato la fattispecie dell'abuso d'ufficio, più volte rivisitata dal legislatore in quanto spesso tacciata di non osservare il principio di legalità e determinatezza della norma penale, viene esaminata la questione di legittimità costituzionale sollevata, con ordinanza del 6.11.2020, dal GUP presso il Tribunale di Catanzaro secondo cui la modifica della fattispecie penale in questione, effettuata attraverso un decreto legge, si porrebbe innanzitutto in contrasto con l'art. 77 Cost., sia perché estranea alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del DL 76/2020, sia perché priva dei requisiti della straordinarietà e dell'urgenza propri del decreto legge.

A tal proposito la Corte Costituzionale, con la sentenza in commento, ha dichiarato non fondata la predetta questione sul presupposto che gli ultimi orientamenti giurisprudenziali in materia, estendendo di fatto l'ambito di applicazione dell'art. 323 c.p. anche ad ipotesi di 'eccesso di potere' ed alla mera violazione del principio del buon andamento della PA, avevano dato vita ad una sorta di '*burocrazia difensiva*', alias '*paura della firma*' a causa della quale i funzionari, atterriti dalla paura delle possibili conseguenze penali del loro agire, preferivano astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio dell'efficienza dell'azione amministrativa.

In quest'ottica e proprio al fine di arginare questa '*paura della firma*', esigenza divenuta sempre più pressante a seguito dell'emergenza pandemica causata dal Covid 19, la Corte Costituzionale ha ritenuto legittimo l'intervento modificativo dell'art. 323 c.p., effettuato con il DL n. 76/2020, nella parte in cui ha sostituito al vecchio inciso "*in violazione di norme di legge o regolamento*" la nuova dicitura "*in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*".

Alla luce di quanto sopra e, pur apprezzando l'obiettivo valorizzato dalla Consulta e consistente nel garantire una maggiore efficienza della macchina amministrativa in vista di una ripresa economica del Paese, ci si interroga su quale sia il prezzo da pagare a tal fine e se, in virtù di queste pur nobili finalità, vi sia il pericolo che ci si stia avviando verso il crepuscolo del fondamentale principio del "*nullum crimen, nulla poena sine lege*".

Sommario. **1.** L'ultima modifica dell'art. 323 c.p.: introduzione. – **2.** Profili storici della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. – **3.** Gli elementi strutturali del nuovo art. 323 c.p. Brevi cenni. – **4.** Il principio di legalità della norma penale e la decretazione d'urgenza. – **5.** La questione di legittimità costituzionale posta all'attenzione della Consulta. – **6.** La sentenza della Corte Costituzione n. 8/2022.

1. L'ultima modifica normativa dell'art. 323 c.p.: introduzione.

Con la legge n. 190 del 6.11.2012 l'Italia ha

ottemperato agli impegni internazionali assunti con la Convenzione penale sulla corruzione stipulata a Strasburgo il 27.1.1999, già ratificata con la legge

28.6.2012 n. 110; l'intervento legislativo, in tal caso, ha interessato più che altro il trattamento sanzionatorio dell'art. 323 c.p. aumentando il limite edittale sia nel minimo (da sei mesi ad un anno) che nel massimo (tra tre a quattro anni).

L'aggravio di pena, in un primo momento, ha inciso significativamente non solo sulla disciplina sostanziale, ma anche sul piano processuale, consentendo, ai sensi dell'art. 280 co. 2 c.p.p., il ricorso alla custodia cautelare in carcere; quest'ultimo effetto, tuttavia, è venuto meno a seguito del DL 78/2013, convertito con modifiche nella legge 94/2013, che ha consentito l'applicazione della custodia cautelare in carcere per i delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, anziché a quattro anni.

Una modifica sicuramente più significativa sul piano contenutistico si è avuta con l'art. 23 DL 76/2020 che ha sostituito il vecchio inciso *"in violazione di norme di legge o di regolamento"* con quella più restrittiva *"in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalle legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità"*.

La novella, non ulteriormente modificata in sede di conversione del decreto legge, ha pertanto, ristretto l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, con conseguente parziale *abolitio criminis*, operando su tre distinti livelli: a) rispetto all'oggetto la violazione commessa dal pubblico soggetto deve riguardare una regola di condotta (e non ad es. una regola di natura organizzativa); b) rispetto alla fonte, tale regola violata deve essere specifica ed espressamente prevista da una fonte di rango ordinario¹; c) rispetto al contenuto la regola non deve lasciare spazi di discrezionalità.

Con la sentenza n. 8 depositata il 18.1.2022 la Corte Costituzionale è stata investita del tema relativo alla compatibilità con il principio di riserva di legge disciplinato dall'art. 2 Cost. della modifica sopra illustrata, introdotta con un decreto-legge, pronunciandosi nel senso della infondatezza della questione proposta per le ragioni sulle quali ci si soffermerà nei prossimi paragrafi, dopo aver ripercorso il lungo e tormentato *iter* storico che ha interessato il reato di abuso d'ufficio.

2. Profili storici della fattispecie di cui all'art. 323 c.p.

Limitando il nostro *excursus*² al secolo scorso, nel primo trentennio del novecento è entrata in vigore la disciplina prevista dall'art. 175 cpv del codice del 1889, la quale disponeva: *"il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi fatto non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni a un anno; e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione"*. In conformità con l'impianto ideologico del codice Zanardelli l'incriminazione tutelava essenzialmente il privato nei confronti di forme di prevaricazione da parte dell'autorità giudiziaria, amministrativa e di polizia.

Nelle tre successive versioni, datate 1930, 1990, 1997, alla originaria dimensione di garanzia del privato dalle prevaricazioni dell'autorità si sovrappone la dimensione della 'tradita fiducia' da parte del pubblico agente, la quale diviene preminente rispetto alla tutela del cittadino che assume una dimensione secondaria ed indiretta.

Infatti, il testo del 1930 recitava: *"Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa (originariamente da 500 a 10.000 lire)"*. Si era in presenza di una disposizione di chiusura del sistema, la cui funzione residuale, espressa dalla clausola di sussidiarietà contenuta sia in rubrica che nel testo, ne limitava l'ambito di applicazione ad ipotesi per lo più di favoritismo verso terzi non legati da particolari vincoli con l'autore, in ciò differenziandosi dalla diversa fattispecie di cui all'art. 324 c.p., che presupponeva, invece, la presenza di tali vincoli.

Già nella versione appena illustrata emergevano profili di indeterminatezza della norma allorquando veniva considerato penalmente rilevante qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge idoneo ad arrecare un danno o un vantaggio.

A seguito dell'entrata in vigore della L. 86/1990, sotto l'intitolazione "abuso d'ufficio", il nuovo art. 323 c.p. statuiva: "il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per

arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni”.

Con la novella del 1990 veniva sensibilmente elevata la cornice edittale e la condotta incriminatrice era stata estesa anche all’incaricato di un pubblico servizio, non essendo prevalsa, in sede di riforma, la linea volta ad accorpate le due qualifiche nella figura unitaria del “pubblico funzionario” o del “pubblico agente”.

Inoltre, l’importanza della novella stava nel fatto che la fattispecie di abuso era destinata ad assorbire la fattispecie di interesse privato in atti di ufficio di cui all’art. 324 cp e il peculato per distrazione, venendo ad assumere, nell’intento del legislatore il carattere di un grande contenitore, comprensivo delle ipotesi prima previste in distinte disposizioni³.

Le censure di indeterminatezza che avevano accompagnato la fattispecie in esame, come novellata nel 1990, avevano portato il legislatore ad introdurre un’ulteriore modifica, con la legge n. 234 del 1997, che, pur conservando nella rubrica il vocabolo ‘abuso’, ha sostanzialmente distinto due condotte, una commissiva, collegata alla violazione di norme di legge o di regolamento e una omissiva, consistente nell’omettere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

Con la legge n. 190 del 2012 il legislatore è intervenuto solo sulla cornice edittale, sanzionando la condotta con la pena da un anno a quattro anni di reclusione.

Da ultimo l’art. 23 DL 76/2020 ha riscritto, in senso limitativo, la fattispecie incriminatrice disponendo: “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni”.

3. Gli elementi strutturali del nuovo art. 323 c.p. Brevi cenni.

La disposizione in esame incrimina il duplice comportamento del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio che, intenzionalmente, procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale oppure procura ad altri un danno ingiusto.

Si richiede, altresì, che la condotta sia compiuta nello svolgimento delle funzioni o del servizio e che presenti un carattere antidoveroso; proprio in relazione a quest’ultimo requisito il DL 76 del 16.7.2020 ha ristretto l’ambito applicativo della norma prevedendo, come si è detto nel paragrafo introduttivo, non solo che la regola di condotta vietata debba essere prevista dalla legge o da atti aventi forza di legge (è stato eliminato il riferimento alla violazione di regolamenti), ma anche che la regola sia specifica e che non lasci spazio ad un potere discrezionale.

Attraverso il primo requisito viene esplicitato il limite esterno della condotta, implicito nel testo previgente, con conseguente esclusione dell’abuso di qualità; con il secondo elemento sono state specificate le modalità della condotta, che deve essere compiuta in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

Ne deriva che le modalità di commissione del reato sono quattro: violazione di norme giuridiche con conseguente causazione di un vantaggio patrimoniale ingiusto; violazione dell’obbligo di astensione con derivazione di un vantaggio patrimoniale ingiusto; violazione di norme giuridiche avente, quale conseguenza, la produzione di un danno ingiusto e violazione dell’obbligo di astensione con conseguente provocazione di un danno ingiusto.

In tutte le ipotesi sopra descritte la struttura della fattispecie è quella di una norma penale parzialmente in bianco⁴, il che ha sempre determinato delle possibili censure per violazione del principio di tassatività, ove la condotta di chi procura il danno o il vantaggio rileva in quanto inosservante di obblighi giuridici di comportamento o di astensione.

In particolare, nella forma omissiva, connessa all'inottemperanza dell'obbligo di astensione rileva, purché produttiva di vantaggio patrimoniale o di danno, l'inosservanza di qualsiasi "caso prescritto". Quest'ultimo richiamo non assume determinatezza neppure *per relationem*, attraverso il DM 31.3.1994, recante un elenco di casi di doverosa astensione, perché l'art. 6 del decreto si conclude, a sua volta, con una ulteriore clausola di chiusura ("in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza"), che apre la strada ad una ulteriore eterointegrazione di secondo grado⁵.

Con riguardo alla forma commissiva viene in rilievo, innanzitutto, la violazione di atti normativi di natura legislativa; a tal proposito anche il rinvio formale alla legge, capace di richiamare, in linea di principio, un amplissimo ventaglio di disposizioni, ha suscitato perplessità in dottrina, ancorché, nelle intenzioni del legislatore, il richiamo fosse destinato ad evitare che l'abuso fosse sostanzialmente identificato con la figura dell'eccesso di potere⁶.

Alle condotte sopra descritte (violazione di legge o atti avente forza di legge e omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto), deve far seguito l'evento naturalistico costituito dal vantaggio patrimoniale o dal danno ingiusto.

In relazione a questa accezione si sono sviluppati plurimi orientamenti interpretativi; in particolare coloro che negano che il requisito dell'ingiustizia richiami indici extralegali di ordine etico-sociale appare incline a riconoscere l'irrelevanza del fatto in presenza di riscontri obiettivi che attestino il conseguimento degli interessi dell'amministrazione⁷. La formula della c.d. doppia ingiustizia, intesa in questa accezione, appare invero inappagante: che il comportamento non debba essere assistito da una scriminate è requisito sostanzialmente superfluo essendo richiesto in presenza di qualsiasi fattispecie criminosa; inoltre che il risultato del comportamento debba arrecare un effettivo pregiudizio al valore tutelato dalla disposizione incriminatrice è coesistente al principio di necessaria offensività richiamato nell'art. 49 c.p., norma che esclude la punibilità di fatti inoffensivi conformi al tipo.

In realtà non qualsiasi violazione di precetti produttiva di danno o vantaggio patrimoniale è incriminata dall'art. 323 c.p., ma solo l'ipotesi in cui tale condotta sia caratterizzata da una ulteriore

qualificazione che, conformemente alla funzione assoluta dalle clausole di illiceità speciale, si aggiunge a quella costituita dall'inadempimento normativo⁸.

Ne deriva che il requisito dell'ingiustizia deve essere inteso con un'accezione autonoma, non insita nella stessa condotta, dal momento che, se esso si sostanziasse nella mera contrarietà rispetto al contenuto precettivo delle fonti indicate dall'art. 323 c.p., si rivelerebbe assolutamente superfluo.

Sulla base di queste premesse si è dedotto che il requisito della doppia illiceità debba consistere, sul piano della condotta, in una intenzionale strumentalizzazione dei poteri conferiti e, sul piano dell'offesa, nella oggettiva alterazione dalle finalità istituzionali perseguite dall'agente.

Quanto appena detto deve essere ulteriormente precisato giacché non qualsiasi 'sviamento' di potere costituisce abuso d'ufficio, ma solo quelle violazioni di legge o di atti aventi forza di legge e quelle ipotesi di conflitto di interessi corredate da inottemperanza all'obbligo di astensione, caratterizzato dal fatto che l'inosservanza dei precetti normativi sia strumentale alla perpetrazione di un'ingiustizia.

Per tal motivo può fondatamente sostenersi che l'abuso d'ufficio non si risolve in un mero eccesso di potere, così come non pare, ad avviso di chi scrive, corretto escludere del tutto dal perimetro applicativo della norma, l'istituto dell'eccesso di potere che, talvolta, si sostanzia in una strumentalizzazione del potere che altera le finalità istituzionali in virtù delle quali esso dovrebbe essere esercitato⁹.

Seguendo questa opzione interpretativa l'evento offensivo viene individuato nella oggettiva deviazione della funzione o del servizio rispetto alla causa tipica, realizzata attraverso una condotta intenzionalmente antidoverosa e concretizzata dal conseguimento del proposito perseguito; pertanto, l'agente, oltre ad agire intenzionalmente, deve essere consapevole non solo dell'antidoverosità della condotta, ma altresì del carattere di 'speciale' ingiustizia rivestito dallo sviamento di potere¹⁰.

Nell'ambito della seconda modalità di realizzazione dell'illecito si collocano le ipotesi di inottemperanza ai doveri di astensione; sul punto la giurisprudenza ha tentato di circoscrivere l'ambito applicativo della norma affermando che l'art. 323 c.p. detta, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici agenti che si trovino in una situazione di conflitto di interessi, con la conseguenza che

l'inosservanza del dovere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto integra il reato anche in assenza di una specifica disciplina dell'astensione nel procedimento in cui l'agente è chiamato ad operare¹¹.

Anche la nozione di interesse (proprio o di un prossimo congiunto) risulta piuttosto ampia, essendo compatibile con interessi non solo economici, ma anche di altro genere; sul punto la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'obbligo di astensione può nascere direttamente dall'art. 323 c.p. nella parte in cui fa riferimento "all'interesse proprio o di un prossimo congiunto", in modo tale da prevalere su norme extracodicistiche che con esso si pongano in contrasto (in tal senso si è espressa Cass., sez. VI, sentenza n. 7992 del 19.10.2004, con riferimento ai rapporti tra l'art. 323 c.p. e la facoltà di astensione prevista dall'art. 52 c.p.p., nel senso che detta facoltà, in presenza di un interesse proprio del pubblico agente o di un suo prossimo congiunto, "viene abrogata e sostituita dall'obbligo di astensione stabilito dalla norma codicistica).

Dall'analisi, seppur sintetica, degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice in questione emergono, senza ombra di dubbio, profili di incompatibilità della stessa con il principio di legalità di cui all'art. 2 c.p., ai quali il legislatore ha, forse invano, tentato di porre rimedio ridefinendo, più volte, nel corso degli ultimi due decenni, il contenuto della norma, da ultimo con il decreto-legge 76/2020. In questa direzione si pone l'ordinanza del 6.11.2020 del Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catanzaro che, nel caso di specie, non è tornato su un tema già più volte affrontato dalla Consulta circa l'osservanza del principio di tassatività della norma penale, ma si è soffermato sull'ulteriore questione se la modifica introdotta dall'art. 23 DL 76/2020, che, come sopra detto ha circoscritto l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. (escludendo la violazione di norme regolamentari ed aggiungendo, quanto al contenuto, che deve trattarsi di condotte espressamente previste da legge o atti aventi forza di legge che non lascino margini di discrezionalità), potesse essere effettuata attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza.

4. Il principio di legalità della norma penale e la decretazione d'urgenza.

A proposito della possibilità di adottare il decreto-legge in materia penale si è assistito ad un decisivo 'cambiamento di rotta' da parte della Consulta.

Il tema era già stato trattato da un orientamento dottrinale¹² in senso favorevole al suo utilizzo sul presupposto che, una volta convertito in legge, le norme emanate dal potere esecutivo vengono trasfuse in un testo approvato dal Parlamento con conseguente osservanza del principio di riserva di legge formale; diversamente, in caso di mancata conversione, gli effetti del decreto-legge verrebbero travolti fin dall'inizio secondo il disposto dell'art. 77 co. 5 Cost.

Tuttavia i problemi sorgono nel caso in cui un decreto legge introduca una nuova incriminazione ovvero inasprisca un preesistente trattamento sanzionatorio ed esso non venga convertito dal Parlamento; in tal caso, infatti, se è vero che secondo la Costituzione gli effetti del decreto legge dovrebbero in questo caso venir meno fin dal giorno dell'entrata in vigore del decreto, tuttavia, come più volte è stato ripetuto dalla Consulta, vi sono effetti che, per loro natura, sono irreversibili e che si ripercuotono sulla sfera dei diritti fondamentali, quali la libertà personale¹³.

E', infatti, evidente che, laddove un decreto-legge introduca una nuova fattispecie penale o preveda un trattamento sanzionatorio più severo e poi non venga convertito in legge, si pone il problema dei suoi possibili riflessi sul piano della libertà personale, laddove quella norma sia stata applicata nel breve periodo di vigenza del decreto stesso.

Sulla base di queste premesse la Corte Costituzionale, verso la fine degli anni Novanta del secolo scorso, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della reiterazione dei decreti legge non convertiti ed aveva implicitamente scalfito la stessa legittimità dei decreti legge in materia penale sottolineandone, come già detto, l'idoneità a produrre effetti non reversibili né sanabili¹⁴.

Adirittura, in una sentenza più risalente, la Corte si era espressa in senso del tutto sfavorevole all'utilizzo della decretazione d'urgenza in materia penale affermando che esso avrebbe potuto rappresentare un potenziale strumento per "*manovre governative... destinate al successo malgrado l'esito negativo del controllo parlamentare*"¹⁵.

L'analisi della sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2022, oggetto di questo breve commento,

consentirà di mettere in evidenza come la Consulta abbia ribaltato il suo precedente orientamento mostrandosi ben più favorevole ad ammettere l'uso del decreto-legge anche in una materia delicata come quella penalistica, giustificando questa prassi, come nel caso di specie, con esigenza di maggiore celerità ed efficienza dell'azione amministrativa.

5. La questione di legittimità costituzionale posta all'attenzione della Consulta.

Come si è detto nei paragrafi che precedono l'art. 323 c.p., come modificato dall'art. 23 DL76/2020, punisce con la reclusione da uno a quattro anni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge o dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto.

Con ordinanza del 6.11.2020 il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catanzaro ha dubitato della legittimità costituzionale dell'intervento sia sotto l'aspetto procedurale, trattandosi di modifica introdotta con decreto-legge, sia sotto il profilo del suo contenuto sostanziale.

Premesso che la Corte Costituzionale non è entrata nel merito della seconda censura, ovvero quella attinente al contenuto della nuova disposizione ed alla sua possibile violazione degli artt. 3 e 97 Cost., dovendo evitare di adottare pronunce *in malam partem*, che avrebbero comportato la reviviscenza della precedente disciplina, la nostra attenzione si incentrerà sulla prima censura posta in rilievo dal giudice a quo e consistente nella violazione dell'art. 77 Cost.

Secondo il rimettente, infatti, la norma denunciata avrebbe violato la citata disposizione dell'art. 77 Cost., in quanto completamente estranea alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del DL 76 del 2020 e *"assolutamente avulsa dalle ragioni giustificatrici della normativa adottata in via d'urgenza dal Governo"*.

Il citato decreto legge, infatti, adottato durante l'emergenza epidemiologica determinata dal Covid

19, è stato motivato, dalla ritenuta "straordinaria necessità ed urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità", nonché con l'esigenza, ritenuta anch'essa indifferibile, di "introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid 19".

Posti questi obiettivi il decreto contiene, da un lato, molteplici disposizioni volte a semplificare le procedure amministrative in materia di contratti pubblici, edilizia, organizzazione del sistema universitario e del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, nonché le procedure in materia di attività d'impresa, ambiente e green economy; dall'altro lato, vi sono misure volte al sostegno e alla diffusione dell'amministrazione digitale.

Alla luce di quanto sopra, osserva il giudice rimettente, il nuovo art. 323 c.p. si porrebbe in rapporto di completa disomogeneità rispetto al restante testo del corpo normativo, non ravvisandosi un collegamento tra la restrizione dell'ambito applicativo della condotta penalmente rilevante (oggi, come detto, limitata alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità) e l'esigenza di semplificare le procedure amministrative in vista di un rilancio economico del Paese dopo la depressione inflitta dall'emergenza sanitaria. In questo senso, ritiene il giudice a quo, che la modifica della fattispecie incriminatrice in questione, implicante delicate scelte di natura politico-criminale, avrebbe richiesto un ben più ponderato iter parlamentare, andando ad incidere, delimitandola, sulla responsabilità dei funzionari pubblici in relazione all'attività svolta.

In secondo luogo, la novella in questione porrebbe anche un problema di contrasto con l'art. 77 Cost. per difetto del presupposto della straordinaria

necessità ed urgenza se si tiene conto del fatto che qualsiasi modifica di una norma penale non può mai produrre degli effetti nell'immediato, considerati i *"fisiologici tempi di svolgimento di qualsivoglia procedimento penale e della totale assenza di incidenza di singole vicende penali sul piano della semplificazione amministrativa"*.

Da ultimo, per mera completezza, sul piano del contenuto, la norma censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost.; in particolare, osserva il giudice rimettente *"l'aver ancorato il fatto tipico alla violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità farebbe sì che l'abuso, per assumere rilievo penale, debba risolversi nell'inosservanza di una norma legislativa che prefiguri un'attività amministrativa vincolata nell'an, nel quid e nel quomodo"*, il che rischierebbe di trasformare la norma *"in un reato legislativamente impossibile"*. Aggiunge poi il giudice a quo che la limitazione del perimetro applicativo della norma alle sole ipotesi di attività amministrativa c.d. vincolata, avrebbe come conseguenza di riservare la sanzione penale ad ipotesi del tutto marginali, essendo, nella maggior parte dei casi, l'attività amministrativa caratterizzata da discrezionalità, lasciando del tutto impunita *"le condotte ben più gravi di coloro che, detenendo il potere di decidere discrezionalmente, si trovano in una condizione privilegiata per abusarne"*.

Inoltre, la scelta del legislatore di privare di rilevanza penale ogni forma di esercizio della discrezionalità amministrativa determinerebbe anche la violazione del principio di eguaglianza, *"risolvendosi nell'attribuzione all'agente pubblico di un potere dispositivo assoluto e sottratto al vaglio giudiziale"*.

Una volta illustrate le censure di illegittimità costituzionale prospettate dal giudice a quo, andiamo ad illustrare le risposte fornite dalla Corte Costituzionale, ribadendo che la Consulta non ha affrontato la questione inerente al merito della norma ed ai suoi profili di violazione degli artt. 3 e 97 Cost., dal momento che una pronuncia di illegittimità costituzionale in tal senso, avrebbe comportato una ri-espansione del perimetro applicativo della norma previgente, in senso sfavorevole al reo¹⁶.

Poste queste premesse la nostra attenzione si focalizzerà sulle argomentazioni sviluppate dalla Consulta in relazione al primo profilo di illegittimità

costituzionale prospettato, ovvero quello inerente il possibile contrasto tra il nuovo art. 323 c.p. e l'art. 77 Cost.

6. La sentenza della Corte Costituzione n. 8/2022.

In relazione al tema da ultimo illustrato la Corte Costituzionale ha risposto dichiarando non fondata la questione per le ragioni che si andranno di seguito a spiegare.

I Giudici della Consulta, infatti, hanno ripercorso l'iter storico che ha caratterizzato l'art. 323 c.p. mettendo in evidenza che la condotta di abuso d'ufficio ha sempre assolto una funzione di 'chiusura' del sistema dei delitti contro i pubblici ufficiali ponendo, da sempre, la spigolosa questione del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. Al tempo stesso, osserva la Corte, la norma è sempre stata caratterizzata da congeniti margini di elasticità, generatori di persistenti problemi di compatibilità con il principio di determinatezza.

Nel disegno originario del codice penale del 1930, l'art. 323 c.p. puniva il pubblico ufficiale che, *"abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge"*.

Era evidente come l'originaria formulazione della norma, dal perimetro applicativo così ampio, confinasse l'art. 323 c.p. ad una figura assolutamente sussidiaria e posta in ombra rispetto alle più 'ingombranti' condotte del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti d'ufficio (artt. 314 e 324 c.p.).

Per far fronte alle criticità prospettate dalla norma il legislatore era intervenuto con la riforma operata dalla legge n. 86 del 26.4.1990, la quale, come si è già accennato in precedenza, da un lato, aveva abrogato le fattispecie di peculato per distrazione e di interesse privato in atti d'ufficio e, dall'altro lato, aveva riscritto l'art. 323 c.p. prevedendo che l'abuso d'ufficio, esteso anche agli incaricati di pubblico servizio, dovesse essere finalizzato ad un vantaggio o ad un danno 'ingiusto', con la previsione di un sensibile aumento di pena qualora il vantaggio fosse stato caratterizzato dalla patrimonialità.

Tuttavia, anche la riforma del 1990 non aveva raggiunto l'obiettivo sperato giacché residuavano consistenti margini di indeterminatezza della

condotta tanto che, a distanza di pochi anni, il legislatore era di nuovo intervenuto con la legge n. 234 del 16.7.1997, ove veniva abbandonato il generico riferimento all'abuso d'ufficio e la condotta tipica veniva individuata nella violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero, in alternativa, nella omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto. Con l'intervento legislativo del 1997 la fattispecie diventa un reato di evento essendo richiesta, ai fini del suo perfezionamento, l'effettiva verifica dell'ingiusto danno o dell'ingiusto vantaggio patrimoniale e, sotto il profilo soggettivo, viene introdotto il requisito del dolo intenzionale.

Come messo in evidenza dalla Consulta l'intento del legislatore del 1997 era quello di rendere più nitidi i confini dell'ambito applicativo della fattispecie tentando di limitare il sindacato del giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa; in tal senso il riferimento alla 'violazione di norme di legge o di regolamento', evocando uno dei vizi tipici dell'atto amministrativo, doveva servire ad escludere dal penalmente rilevante il vizio dell'eccesso di potere.

Tuttavia, le intenzioni originarie del legislatore avevano dovuto poi confrontarsi con le soluzioni della giurisprudenza, la quale aveva gradualmente adottato interpretazioni estensive degli elementi della fattispecie così riaprendo di nuovo un varco al sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale. Seguendo questa opzione interpretativa è venuto a consolidarsi, nella giurisprudenza di legittimità, l'indirizzo in forza del quale la violazione di norme di legge, rilevante come abuso d'ufficio, può essere integrata anche dall'inosservanza del generalissimo principio di imparzialità della PA (si citano, ex plurimis, Corte di Cassazione, sez. VI pen., sentenza n. 22871/2019; Corte di Cassazione, Sezione VI penale, sentenza n. 49549/2019; Cassazione, sezione II penale, sentenza n. 46096/2015).

Dall'altro lato, si è assistito all'incrementarsi di un filone giurisprudenziale che considerava penalmente rilevanti gli atti viziati da eccesso di potere, nella forma dello sviamento; in questo senso viene citata la sentenza della Cassazione, SS.UU. n. 155 del 2012, secondo cui ricorre l'ipotesi di cui all'art. 323 c.p. non solo quando la condotta del pubblico funzionario si ponga in contrasto con le norme che regolano

l'esercizio del potere, ma anche quando essa sia volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, dando luogo, appunto, ad una classica ipotesi di 'sviamento di potere'.

Posto quanto sopra, secondo i giudici della Corte, si è venuta a creare una situazione che richiama, per alcuni versi, quella verificatasi dopo la legge n. 86/1990 ed alla quale la legge n. 234/1997 aveva tentato di porre rimedio, il tutto accompagnato, a seguito dell'entrata in vigore della L. 190/2012, da un inasprimento di pena; questa situazione, denominata nel testo della sentenza "*burocrazia difensiva*" ha fatto sì che i funzionari, 'atterriti' dalla paventata rilevanza penale della loro condotta, si astengano dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, "*preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma")*", il tutto con significativi riflessi in termini di perdita di efficienza e rallentamento dell'azione amministrativa.

Pertanto, al fine di arginare questa '*burocrazia difensiva*', esigenza divenuta sempre più stringente a seguito dell'emergenza pandemica causata dal Covid 19, è stato adottato il DL n. 76/2020, noto come 'decreto semplificazioni' il quale, al capo IV, titolo II, intitolato "responsabilità delle due principali fonti di timore per il pubblico amministratore: la responsabilità erariale e la responsabilità penale", ha inciso su ambedue le tematiche limitandone la portata e i confini applicativi.

Del resto, proseguono i Giudici della Consulta, al fine di supportare l'esigenza dell'intervento normativo, con riguardo al contenuto dell'art. 323 c.p., non si è trattato di riscrivere per intero la fattispecie incriminatrice, bensì solo di sostituire la locuzione "*norme di legge o di regolamento*", con l'altra "*specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*". Da un lato, quindi, sono stati estromessi dal campo del penalmente rilevante le condotte che consistano in violazioni di regolamenti; dall'altro lato, e in positivo, la novella richiede che l'inosservanza abbia ad oggetto regole specifiche previste in modo espresso da fonti primarie e che non lascino al funzionario

pubblico spazi di discrezionalità, dal che si deduce facilmente la volontà del legislatore di ridefinire quanto più possibile il perimetro della fattispecie in questione così da evitare che anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost., possa essere ricondotta nell'ambito applicativo della norma.

Sulla base di questa linea interpretativa i giudici della Corte hanno ritenuto che vi fosse anche una intrinseca coerenza tra le norme contenute nel decreto-legge, sia dal punto di vista oggettivo e materiale che dal punto di vista funzionale e finalistico. Si legge, infatti, nel testo della sentenza *"l'urgente necessità del provvedere può riguardare...una pluralità di norme accomunate o dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero dall'intento di fronteggiare una situazione straordinaria complessa e variegata, che richiede interventi oggettivamente eterogenei, in quanto afferenti a materie diverse, ma indirizzati tutti all'unico scopo di approntare urgentemente rimedi a tale situazione"*.

Ne deriva che, se l'obiettivo delle pur eterogenee disposizioni contenute nel DL 76/2020 è quello di promuovere la ripresa economica del Paese dopo il blocco determinato dall'emergenza pandemica, può giustificarsi la scelta del legislatore di intervenire in una norma quale l'art. 323 c.p. delimitando la portata della condotta penalmente rilevante con l'auspicio che questo intervento consenta ai pubblici funzionari di superare la c.d. 'paura della firma', rendendo più agevole ed efficiente l'azione amministrativa.

Si legge, infatti, nel corpo della sentenza, che *"tale collegamento è individuabile- anche alla luce del convincimento espresso dal Presidente del Consiglio dei ministri nel presentare il decreto- nell'idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità. "Paura della firma" e "burocrazia difensiva", indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente"*.

Proprio quest'ultima esigenza consente di conciliare la modifica normativa attuata con lo strumento del decreto-legge con il requisito della straordinaria necessità ed urgenza che caratterizza la fonte normativa adottata a tal fine.

7. Osservazioni conclusive.

La sentenza in commento, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, DL 76/2020 (convertito con L. 120/2020), sollevata dal GUP presso il Tribunale di Catanzaro in riferimento all'art. 77 Cost., si pone sicuramente in netta controtendenza rispetto all'orientamento della Consulta espresso tra gli anni ottanta e novanta del secolo scorso in cui si avvertiva la nitida paura che l'uso del decreto legge nella materia penale rappresentasse un potenziale strumento *"per manovre governative...destinate al successo malgrado l'esito negativo del controllo parlamentare"*¹⁷.

Il vecchio orientamento della Corte Costituzionale era supportato anche da un importante filone dottrinale, contrario all'utilizzo della decretazione d'urgenza in materia penale sul presupposto che le scelte politico criminali richiedono ponderazione, attenta valutazione delle tecniche sanzionatorie alternative, mediante prognosi degli effetti positivi e negativi che si possono attendere dall'intervento penale, il che, non solo richiederebbe soltanto l'intervento del Parlamento, ma è del tutto incompatibile con un provvedimento come il decreto-legge, che, dovendo essere adottato in casi straordinari di necessità ed urgenza, si presta, per la sua stessa natura, ad un impiego meno meditato dello strumento penale, dettato proprio dalla necessità di soddisfare l'esigenza del momento¹⁸.

Oggi si assiste sicuramente ad uno scenario completamente diverso ove viene addirittura giustificato l'utilizzo del decreto-legge in una materia così delicata come quella penalistica ed anche per modificare il contenuto di fattispecie penali, invocando la necessità di superare la cd. 'paura della firma' e di arginare quella 'burocrazia difensiva' derivante dall'applicazione della previgente disciplina.

Nello scenario descritto dalla Consulta nella sentenza n. 8/2022 la modifica dell'art. 323 c.p. attraverso un decreto legge viene giustificata, pur all'interno di un coacervo di norme, di varia natura e contenuto, quali quelle previste nel DL 76/2020, in quanto anch'essa finalizzata a consentire il rilancio economico del Paese dopo la crisi economica provocata dall'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Covid 19; in questo quadro è stato ritenuto che delimitare la portata applicativa di una fattispecie incriminatrice potrebbe consentire ai

pubblici funzionari di superare le vecchie resistenze riscontrate nel loro agire, andando così a snellire l'azione amministrativa.

Ad avviso di chi scrive si è in presenza quantomeno di una deviazione dal classico principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"; infatti, se si ritiene ammissibile che un decreto-legge possa modificare, seppur *in bonam partem*, l'ambito applicativo di una fattispecie penale, invocando la necessità di superare la cd. 'burocrazia difensiva' (obiettivo sicuramente nobile), non può negarsi che, così facendo, il principio di legalità sia stato notevolmente forzato a tal punto da ritenere ammissibili significativi interventi attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza.

Sarebbe stato sicuramente più 'ortodosso', anche in risposta ai più recenti interventi giurisprudenziali, che stavano sussumendo nell'area dell'abuso d'ufficio sia condotte consistenti nel c.d. 'sviamento di potere', che quelle concretizzatesi in mere violazioni del principio generale del buon andamento della PA,

sollecitare un intervento del Parlamento volto a delimitare e ridefinire i contorni della fattispecie in questione, le cui censure di indeterminatezza sono ben più risalenti nel tempo rispetto all'emergenza pandemica e ai suoi riflessi sul piano economico.

Viene da chiedersi fino a che punto si sia disposti a sacrificare un principio fondamentale come quello sopra enunciato, ovvero '*nullum crimen, nulla poena sine lege*', invocando l'esigenza di raggiungere obiettivi meritevoli, quali, in questo caso, l'efficienza dell'azione amministrativa, con il rischio, tuttavia, di dimenticare che, anche nel caso del reato di abuso d'ufficio, si era in presenza di criticità alle quali il legislatore (*rectius* il Parlamento) avrebbe dovuto porre rimedi.

Francesca Ballesi
Magistrato ordinario.

¹ In senso critico rispetto al nuovo contenuto della norma v. G.L. Gatta, da "Spazza corrotti" a "Basta paura": il decreto semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo, salvo intese (e la riserva di legge?), in *Sistema penale* 17.7.2020

² Sul tema cfr. Forti- Seminara, *Commentario breve al codice penale*, Wolters Kluwer- Cedam 2021, pp. 1908 e ss.

³ Cfr. F. Grosso, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro italiano*, 1999, V, 14; G. Morbidelli, *Il contributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti della prima Giornata di studio, Lucca, 29.11.1997, Milano, 2000, p. 20.

⁴ In tal senso si veda A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 2004, p. 38

⁵ Cfr. M. Leoni, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Cedam, 1998, 85.

⁶ Cfr. G. Fiandaca- E. Musco, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Zanichelli, 2021, p. 250

⁷ In tal senso cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *cit.*, pp. 250 e ss.

⁸ Cfr. A. Pagliaro, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *RIDPP*, 1964, p. 35

⁹ In senso contrario, G. Fiandaca-E. Musco, *cit.*, pag. 245; V. Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro Italiano*, 1998, II, p. 393

¹⁰ Cfr. G. Licci, *Abuso d'ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, 2004, p. 497.

¹¹ Cfr. Cass. sez. V, 21.12.2017- 17.1.2018 n. 1929

¹² In tal senso T. Padovani, *Diritto Penale, parte generale*, Giuffrè, V ed., 1999, p. 22 ss.

¹³ Sul tema Cfr. G. Marinucci- E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 43.

¹⁴ Cfr. Corte Cost. 24.10.1996 n. 360, in *Giur. Cost.* 1996, p. 3147 ss.

¹⁵ Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale, cit.*, pp. 43 e ss.

¹⁶ Per completezza di evidenza che nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale si legge che anche il secondo profilo di illegittimità costituzionale sollevato dal giudice a quo poteva essere affrontato dalla Consulta dal momento che la stessa Consulta, con la sentenza n. 148 del 1983 avrebbe chiarito che gli effetti *in malam partem* di una pronuncia di illegittimità costituzionale non precludono l'esame nel merito della normativa censurata, fermo restando il divieto per la Corte stessa, in virtù della riserva di legge prevista dall'art. 25 co. 2 Cost., di "configurare nuove norme penali".

¹⁷ Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale, cit.*, p. 43 e ss.

¹⁸ In tal senso G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, cit.*, p. 54.

Dai sintomi alla patologia. Anamnesi del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

di **M. Riccardi**

Il contributo propone uno studio sul delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (articolo 603-bis c.p.), come novellato dalla riforma della l. 29 ottobre 2016, n. 199, muovendo da un esame della più recente casistica giurisprudenziale formatasi in materia di "caporalato".

L'analisi, focalizzata sulle problematiche interpretative che affliggono gli elementi costitutivi delle condizioni di sfruttamento e dello stato di bisogno del lavoratore, è propedeutica all'individuazione dei fattori-spia (*red flag*) di caporalato, utili tanto nella prospettiva "patologica" dell'accertamento giudiziale, quanto in quella "preventiva" di gestione del rischio-reato in ambito aziendale.

L'Autore esamina altresì le nuove forme di manifestazione del caporalato "*nell'economia legale*", con uno sguardo ai potenziali sviluppi futuri della fattispecie (quale il "*caporalato dei dati*" nella gig economy), e fornisce un quadro di sintesi dei principali strumenti di prevenzione e di contrasto del fenomeno, verificando la loro idoneità a garantire le primarie esigenze di "bonifica" del tessuto imprenditoriale e un contestuale effetto di incentivo verso politiche aziendali virtuose di *self regulation*.

Sommario 1. Premessa. – **2.** Gli indici "sintomatici" delle condizioni di sfruttamento del lavoratore. Tipicità di ritorno o tipicità di contesto? – **2.1.** Lo sfruttamento: casistiche pratiche e schemi di anomalia. – **3.** Stato di bisogno, tra oggettivo, soggettivo e presuntivo. – **4.** Le direzioni del caporalato e i nuovi paradigmi dello sfruttamento. Il caporalato dell'economia legale. – **5.** Conclusioni. Le misure di *enforcement* esogeno ed endogeno.

1. Premessa.

Una pronuncia della Cassazione pronunciata alcuni mesi or sono¹ ha colto l'occasione per mettere a fuoco i tratti fisionomici del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (articolo 603-*bis* c.p.²), deputato – almeno nella prospettiva originaria del legislatore del 2011, come ricalibrata dalla riforma della l. 29 ottobre 2016, n. 199³ – a fronteggiare il noto fenomeno del c.d. caporalato nero e solo successivamente assunto a fattispecie "grimaldello", suscettibile di colpire fatti di sfruttamento lavorativo radicati in contesti leciti di base, secondo sfumature degradanti verso le tinte del caporalato "grigio" e delle più avanzate forme del caporalato "digitale".

È stato efficacemente notato, in proposito, che il caporalato «è parte di un modello sociale che può considerarsi vasto, complesso e trasversale, non circoscrivibile dentro categorie sociologiche rigide ma necessariamente aperte, in grado di aggiornarsi all'evolversi del fenomeno e al suo strutturarsi localmente e globalmente»; si tratta, in altri termini, di un «modello "liquido" e resistente di impresa» a cui «non importa il colore della pelle del lavoratore, i

suoi tratti estetici e etici o la sua condizione giuridica, quanto, invece, la sua fragilità sociale, la sua vulnerabilità e ricattabilità, tanto da sfociare talvolta in forme contemporanee – e a volte anche antiche – di riduzione in schiavitù o servitù»⁴.

Il progressivo scivolamento del *range* di azione della fattispecie dalle dinamiche tipiche delle organizzazioni intrinsecamente criminali, non di rado aventi matrice mafiosa, ne ha determinato un contestuale avvicinamento al mondo delle organizzazioni imprenditoriali complesse, in cui la patologia del fattore produttivo umano è funzionale all'abbattimento dei costi variabili, all'aumento della produttività e all'incremento dei profitti – obiettivi che, tra l'altro, ben si attagliano alla prospettiva dell'interesse e del vantaggio in chiave "231"⁵ – restituendo oggi l'immagine del caporalato quale tipica espressione del *corporate crime*⁶.

La sentenza in commento, resa in sede cautelare, affronta un caso "di scuola", relativo al reclutamento e all'avvio al lavoro presso una società agricola di soggetti in condizioni di connaturata inferiorità contrattuale – nel binomio sinallagmatico (eventuale) caporale-datore di lavoro – e offre alcuni

interessanti spunti di analisi della tipicità del reato, letta attraverso il filtro degli indici di sfruttamento dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p. e della categoria normativa dello stato di bisogno del lavoratore.

La pronuncia, al contempo, fornisce l'opportunità per un più ampio studio sulla fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro – condotto attraverso l'esame della casistica giurisprudenziale allo stato disponibile – nell'ottica di identificarne i principali "segnali di allarme" e di tracciarne i "percorsi criminali" ricorrenti, apprezzabili anche nella logica dell'identificazione del rischio reato ai fini "231", e, più in generale, consente di svolgere una riflessione sulle prospettive presenti e future dell'incriminazione, esplorandone le possibili aree di espansione e gli eventuali rimedi che l'ordinamento offre in fase di gestione preventiva e di contrasto⁷.

2. Gli indici "sintomatici" delle condizioni di sfruttamento del lavoratore. Tipicità di ritorno o tipicità di contesto?

La lettura della disposizione dell'articolo 603-*bis* c.p. rivela quali elementi caratterizzanti la fattispecie di caporalato le «condizioni di sfruttamento» della manodopera reclutata ed eventualmente avviata al lavoro e lo «stato di bisogno» oggetto della condotta di approfittamento dell'intermediario-caporale e del datore di lavoro.

Ciò, tra l'altro, al netto del pur apprezzabile aspetto di novità introdotto dalla l. 29 ottobre 2016, n. 199, che ha espressamente criminalizzato (così responsabilizzando rispetto a scelte, talora disinvolute, nella catena di approvvigionamento della manodopera) anche la figura datoriale⁸, quale terminale offensivo e utilizzatore finale di un'attività lavorativa prestata a condizioni inique o comunque al di fuori dei "paletti" dell'economia regolare, in grado di approfondire la lesione al bene giuridico tutelato; laddove la versione primigenia del reato, come strutturata dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, stigmatizzava in via principale la condotta del solo caporale⁹ e lasciava aperta la questione interpretativa circa i profili di una responsabilità concorsuale del datore di lavoro¹⁰.

Tanto premesso, il profilo di sicuro maggior interesse, anche dopo la riforma del 2016, è rappresentato dal peculiare disposto dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p., che, nel plausibile proposito di dare sostanza e concretezza alle condotte del comma 1 pone un'associazione concettuale tra le

«condizioni di sfruttamento» del lavoratore e «una o più delle [...] condizioni» ivi espressamente elencate, riconnettendo a queste ultima l'inedita funzione di «indice di sfruttamento».

Stante l'ampiezza semantica e la potenziale malleabilità applicativa della nozione di sfruttamento, nell'intento di plasmare la materialità del fatto incriminato, il legislatore ha dunque optato per una specificazione dell'elemento di fattispecie, ricorrendo a una peculiare tecnica normativa – inedita rispetto alla strada "classica" dell'inserimento di una clausola definitoria – imperniata sul ricorso a degli indicatori che, pur se esemplificativi, sono dotati di diretta valenza penalistica.

La natura, la portata e il regime processuale di tali indici di sfruttamento, nondimeno, sembrano tutt'oggi avvolti da una fitta coltre di incertezza interpretativa, in cui, fin dagli albori della riforma del 2016, si è agitato un intenso e contrastato dibattito. Sul punto, i documenti accompagnatori del disegno di legge e i primi commentatori della novella si sono subito premurati di chiarire come le circostanze di fatto valorizzate dall'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p. – come introdotte nel 2011 e ulteriormente affinate dalla riforma – mantenessero la natura giuridica di «indizi legali di sfruttamento del lavoro», con mera funzione di orientamento probatorio¹¹, e non dovessero essere interpretati come elementi costitutivi del fatto tipico¹².

Anche la pronuncia *De Giorgio* in esame, nel valutare la concreta ricorrenza delle condizioni di sfruttamento, riprende tale approccio nei confronti della previsione dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p., affermando che gli indici sintomatici di sfruttamento, sostanzialmente coincidenti con quelli già definiti in sede pretoria per qualificare i fatti di cui all'articolo 600 c.p., «non fanno parte del fatto tipico; possono, invero, costituire delle *linee guida* che, secondo le intenzioni del legislatore, orientano l'interprete nell'individuazione di condotte distorsive del mercato del lavoro, elemento centrale del reato contestato».

Muovendo dal catalogo degli indici legislativi, secondo la Corte può dirsi che «lo sfruttamento, sostanzialmente, si caratterizza per la violazione "reiterata" della normativa giuslavoristica posta a presidio dei diritti fondamentali del lavoratore», la quale, prima ancora che un'offesa alla libertà di autodeterminazione e alla dignità della persona, cagiona «una lesione della sua libertà contrattuale, che si manifesta nella violazione di norme extrapenali

poste a tutela della sua dignità, appunto, di lavoratore».

Ancor più recentemente, la giurisprudenza ha precisato che lo sfruttamento sui cui è incardinato il reato dell'articolo 603-bis c.p. «richiama una condotta abituale, come il maltrattamento in famiglia», che si concretizza «quando si impedisce alla persona di determinarsi liberamente nelle sue scelte esistenziali» con «qualsiasi comportamento, anche se posto in essere senza violenza o minaccia, che inibisca o limiti la libertà di autodeterminazione della vittima senza che si renda necessario realizzare quello stato di totale e continuativa soggezione che caratterizza il delitto di riduzione in schiavitù»¹³.

Si mette così in evidenza l'aspetto di grande novità della riforma "combinata" del 2011 e del 2016, la quale – come già sottolineato in giurisprudenza – è intervenuta a reprimere attraverso la previsione delittuosa dell'articolo 603-bis c.p. fatti caratterizzati da un disvalore che eccede in maniera netta la semplice violazione delle condizioni di liceità dell'interposizione e della somministrazione di manodopera, condotte il cui controllo in ambito penalistico era affidato (fino alla stagione di depenalizzazione inaugurata dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7) alle previsioni dell'articolo 18 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276¹⁴, senza peraltro assurgere alle "vette" dello sfruttamento estremo configurato dall'articolo 600 c.p. (rispetto a cui il delitto di caporalato si pone in rapporto di sussidiarietà)¹⁵.

Dunque, posto che tra l'altro «l'indagine empirica colloca il fenomeno dello sfruttamento lavorativo in un contesto criminoso, caratterizzato da ripetute e diversificate lesioni della dignità e della libertà del lavoratore», l'accertamento del fatto penalmente rilevante ai sensi dell'articolo 603-bis c.p. dovrà necessariamente passare per una valorizzazione degli «elementi di contesto», delineati dal legislatore proprio attraverso gli indici di sfruttamento.

Nel medesimo senso, la già citata pronuncia *Zinzeri* conferma l'attenzione del legislatore per l'ambientazione legislativa del delitto di caporalato, se è vero che attraverso l'elencazione degli indici di sfruttamento egli «ha inteso agevolare i compiti ricostruttivi del giudice, orientando l'indagine e l'accertamento in quei settori (retribuzione, condizioni di lavoro, condizioni alloggiative, ecc.) che rappresentano gli ambiti privilegiati di emersione di condotte di sfruttamento e di approfittamento»¹⁶.

Ora, se alla luce di un'analisi stretta della fattispecie incriminatrice, l'inquadramento dogmatico più

rigoroso e corretto effettivamente dovrebbe portare a escludere che gli indici di sfruttamento rientrano nel fuoco della tipicità del reato¹⁷, vi è da chiedersi, ad avviso di chi scrive, se un approccio marcatamente realistico – conscio delle dinamiche dell'accertamento penale in sede giudiziale, ove la magistratura segue notoriamente percorsi di "sintesi probatoria" – non debba indurre a ritenere che tali indici svolgano una funzione tipizzante, in concreto, del precetto.

Tanto più, se si osserva che è la stessa normativa europea "madre" – cioè la direttiva 2009/52/CE, recante «norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» – a definire «condizioni lavorative di particolare sfruttamento» le «condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazione di genere e di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana» (articolo 2, lettera ì)¹⁸.

In altri termini, non sembra peregrino profetizzare che il formante giurisprudenziale, nella propria costante opera di conformazione della fattispecie incriminatrice "dall'esterno" – attività che, anche alla luce delle più recenti evoluzioni convenzionali della legalità, configura sempre più il giudice (nel nostro ordinamento) come fonte "mascherata" dell'ordinamento penale – finisca, per il tramite del procedimento probatorio, per introiettare surrettiziamente tra gli elementi costitutivi del fatto detti indici.

Per tale via, cioè, il livello dell'accertamento probatorio sarebbe portato a reagire retrospettivamente sul livello della tipicità¹⁹ – all'insegna di una vera e propria "tipicità di ritorno" – secondo meccanismi ormai connaturati nella pervasiva "legalità dell'esperienza processuale", che è diffusamente propugnata dalle autorità giudiziarie e faticosamente inseguita dagli operatori del diritto, giorno dopo giorno, nelle aule di giustizia.

Tanto considerato, anche volendo ripiegare sulla tesi che rigetta la natura di elemento costitutivo (in quanto ritenuta più aderente al dato normativo e allo spirito del legislatore), occorre comunque interrogarsi circa la portata che gli indici di sfruttamento siano destinati ad assumere nella *law in action*.

Anzitutto, si tratta di comprendere se la previsione dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p., nell'introdurre degli «indici», alluda alla categoria della prova critica indiziaria (articolo 192, comma 2 c.p.p.), con tutto ciò che ne segue sotto il profilo del loro regime processuale e della loro necessaria pregnanza probatoria (secondo i canoni della gravità, precisione e concordanza); se così fosse, tali "indizi legali" integrerebbero una fattispecie di prova precostituita dal legislatore, che, quantomeno a livello di sforzo motivazionale, semplificherebbe notevolmente l'impegno richiesto al giudice.

In tale logica, tutta interna alla dinamica probatoria, sembrerebbe muoversi anche la recente pronuncia *Zinzeri*, nella parte in cui qualifica gli indici di sfruttamento come «sintomi», indizi che il giudice valuta, se *corroborati* dagli elementi di sfruttamento e di approfittamento dello stato di bisogno», richiamando intuitivamente alla mente un parallelismo con il noto meccanismo processuale dei "riscontri estrinseci" (richiesti, in sede cautelare, a sostegno delle dichiarazioni eteroaccusatorie dei coindagati/coimputati connessi o collegati): di modo che, seguendo l'esemplificazione (per il vero non troppo approfondita) della Cassazione, «la violazione delle disposizioni in tema di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro non è di per sé capace di integrare la condotta del delitto, occorrendo comunque che il lavoratore risulti sfruttato e che del suo stato di bisogno il datore di lavoro abbia profitto»²⁰.

L'indicizzazione – pur non esaustiva – delle ipotesi di sfruttamento, per altro verso, potrebbe rappresentare un tentativo del legislatore di arginare la discrezionalità del giudice, a fronte del timore di un'indiscriminata produzione di fattori di sfruttamento di matrice giurisprudenziale, che, anche a causa della deprecabile e sempre più ricorrente prassi di massimazione delle sentenze attraverso il metodo del "taglia e incolla", potrebbero proliferare nel flusso interpretativo del delitto dell'articolo 603-*bis* c.p. In questo senso, l'espressa menzione di alcune circostanze sintomatiche dello sfruttamento lavorativo rappresenterebbe, quantomeno, una "direttiva di metodo" («linee guida», come si esprime la sentenza commentata) destinata a tracciare la via, per l'autorità giudiziaria, nell'opera di individuazione degli elementi meritevoli di denotare la minorata condizione del lavoratore.

Se si accede all'idea che tali indicatori, in realtà, non pongano un limite alla discrezionalità giudiziale, ma rappresentino purtuttavia un *input* "forte" per

canalizzare l'attenzione dell'interprete verso determinate aree di rischio-sfruttamento, ebbene potrebbe prospettarsi, a livello di attuazione giudiziaria dell'articolo 603-*bis* c.p., una fattispecie "a doppio binario" motivazionale.

In tal senso, si potrebbe ritenere che, ove il giudice intenda fondare la pronuncia di condanna su circostanze di fatto sussumibili nel catalogo dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p., sarà sufficiente un richiamo alle evidenze acquisite in dibattimento (ovvero agli elementi di prova raccolti in fase investigativa, qualora si proceda con giudizio abbreviato) e successivamente procedere al *match* concettuale con gli indicatori dettati dal legislatore, in modo da fondare un giudizio qualificato di sfruttamento; qualora, invece, il giudice ritenga di valorizzare (anche) differenti profili di violazione o diverse situazioni di fatto o di diritto del lavoratore, sarà tenuto a approfondire un maggior sforzo argomentativo nella redazione della motivazione – sempre crescente, mano a mano che ci si allontani dal nucleo duro delle garanzie intimamente connesse alla prestazione di lavoro (si pensi, ad esempio, all'omesso versamento da parte del datore di lavoro delle ritenute previdenziali, assistenziali e fiscali indicate in busta paga) – mettendone in luce, da un lato, la pertinenza rispetto al *thema probandum* e, dall'altro, la valenza dimostrativa dell'elemento costitutivo dello sfruttamento.

Dunque, a fronte di una tecnica legislativa di incriminazione alquanto singolare e oggi ancora tutta da meditare nella riflessione penalistica – pur già incasellata nella categoria della tipicità di contesto²¹ – che individua una serie di elementi di cui l'interprete *non può non tenere conto* nell'analisi del fatto, si profila ad avviso di chi scrive, in funzione riequilibratrice di una tipicità così sfumata, un onere di motivazione rafforzato in capo al giudice, qualora egli non intenda seguire il percorso probatorio "predisposto" dal legislatore, mediante il catalogo dei suddetti *indicator*, in considerazione della ricorrenza statistica delle violazioni che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, accompagnano le vicende di caporalato.

Tale premessa introduttiva alla disamina dei singoli indici di sfruttamento, peraltro, non deve far perdere di vista il piano dei principi generali che presidono all'attività di legiferazione in materia penale, in ordine al rispetto del canone di necessaria determinatezza/tassatività del precetto, che, al cospetto delle "zone d'ombra" in punto di

definizione delle «condizioni di sfruttamento», sconta un *deficit*, quantomeno potenziale.

Sotto tale profilo di indagine, le criticità ricostruttive si acquiscono ulteriormente ove giustapposte alla declinazione convenzionale del principio di legalità (articolo 7 CEDU), in particolare sul versante della prevedibilità (*foreseeability*) della norma penale e della conseguente decisione giudiziaria, posto che la funzione di orientamento comportamentale che dovrebbe essere associata al tipo penale potrebbe risultare menomata da una *texture* della fattispecie incriminatrice a cavallo tra dimensione precettiva e dimensione probatoria.

In altri termini, l'incerta collocazione degli indici di sfruttamento, al di là dell'espedito linguistico che si voglia utilizzare nel darne un inquadramento dogmatico, rischia di inficiare la tenuta della garanzia legalitaria, poiché il destinatario del precetto penale potrebbe non essere adeguatamente in grado di riconoscere, entro e quali limiti, un determinato profilo di violazione/inosservanza connesso al rapporto lavorativo possa assurgere a indice di sfruttamento rilevante ai sensi dell'articolo 603-*bis* c.p. e, ancor prima, fino a che punto egli possa "spingersi in là" con le proprie condotte per non scivolare, ad esempio, dal terreno della mera illiceità amministrativa o contravvenzionale alla "zona rossa" del caporalato.

La problematica – potrebbe obiettarsi – rischia di avere una ricaduta pratica tutto sommato limitata, considerando un dato di natura esperienziale, da un lato, e un dato strettamente giuridico, dall'altro.

Sotto un primo punto di vista, non può negarsi come, presumibilmente, sarà alquanto difficile che un giudice penale si trovi ad affrontare vicende in cui non ricorra nemmeno uno degli indici normativizzati dall'articolo 603-*bis* c.p. o, comunque, non si trovi nelle condizioni di fare perno, magari sfruttando l'ampiezza delle clausole che individuano gli indici di sfruttamento, proprio su quella circostanza tipizzata, valorizzando solo in via gradata e *ad abundantiam* altre situazioni di fatto o di diritto suscettibili di esprimere una condizione di sfruttamento del lavoratore.

D'altra parte, imboccare la strada difensiva del *deficit* di tassatività potrebbe risultare assai arduo, a fronte di una giurisprudenza convenzionale che fa uso, in maniera alterna, di criteri di valutazione della prevedibilità alquanto eterogenei, ma tutti in grado, in un modo o nell'altro, di ritenere l'applicazione dell'articolo 603-*bis* c.p. in concreto *predictable* da

parte dell'interessato, vuoi perché l'esito interpretativo era prevedibile dal punto di vista oggettivo (cioè alla luce del processo di progressivo consolidamento della giurisprudenza, che stratificandosi contribuisce a definire le condotte penalmente rilevanti, fornendo "assistenza" al privato nell'individuazione dei comportamenti vietati, purché il risultato logico sia ragionevole e coerente con la *essence of the offence*), vuoi perché le caratteristiche soggettive dei destinatari della norma – si pensi a un datore di lavoro che impiega manodopera nel contesto di un'attività di impresa esercitata professionalmente – escludono l'effetto "sorpresa" dell'incriminazione (sul presupposto che un soggetto particolarmente qualificato, per esperienza, non possa ignorare o almeno dubitare che la propria condotta comporti detto rischio penale) o, al limite, leggendo l'incriminazione secondo un approccio di tipo evolutivo (ossia ancorato al progredire della sensibilità sociale su una determinata materia, quale potrebbe essere, per il caporalato, il tema dello sfruttamento lavorativo)²².

La pronuncia, tuttavia, come anticipato, non si limita a un'astratta presa di posizione classificatoria, ma entra nel merito degli indici di sfruttamento, ponendo a confronto la loro formulazione nelle due versioni, previgente e attuale, dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p. e mettendo in luce eventuali profili di discontinuità normativa.

In relazione all'indice della «reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali», la Corte rileva un aspetto di novità sotto il profilo della caratterizzazione temporale della violazione giuslavoristica, nella parte in cui al precedente requisito di "sistematicità" succede l'odierno canone di "reiterazione", senz'altro meno pregnante e intenso, quantitativamente e qualitativamente, in termini di "durata" e tale da indurre a ritenere che «si è in presenza di sfruttamento lavorativo anche nella ipotesi in cui la mera ripetizione del comportamento è idonea a ledere la libertà e la dignità del lavoratore». In ogni caso, la reiterazione è intesa, anche nei documenti di indirizzo ai fini della vigilanza ispettiva, in un'accezione oggettivizzata, come comportamento reiterato nei confronti di uno o più lavoratori, anche nel caso in cui i percettori di tali retribuzioni non siano sempre gli stessi in ragione di un possibile *turn over*²³.

Anche per l'indice della «reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di

riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie» si è assistito ad analoga degradazione legislativa del requisito di sistematicità della violazione, di modo che, per apprezzare la sussistenza del requisito – si nota – «potrà, quindi, essere sufficiente la verifica compiuta in un arco temporale anche di pochi giorni».

Posto che le casistiche finora affrontate in giurisprudenza hanno quasi sempre riguardato contesti di inosservanza continuativa (e talora disinvolta) delle varie normative a corredo del rapporto di lavoro, resta da definire il gradiente minimo per ritenere integrato il requisito della reiterazione, per quelle ipotesi in cui dette condotte di sfruttamento si pongano al di fuori di un modello operativo di strategia imprenditoriale: tema rispetto a cui la giurisprudenza, presumibilmente, attingerà all'elaborazione pretoria intervenuta in tema di atti persecutori (articolo 612-*bis* c.p.) – fattispecie in cui figurano quale elemento costitutivo le «condotte reiterate» – che ha ravvisato la materialità del reato quand'anche le singole condotte siano reiterate in un *arco di tempo molto ristretto*, a condizione che si tratti di atti autonomi e che la reiterazione di questi, *pur concentrata in un brevissimo ambito temporale*, pur solo in *un giorno*, costituisca la causa effettiva di uno degli eventi considerati dalla norma incriminatrice²⁴ o, addirittura, anche in presenza di *due sole condotte* di minaccia o di molestia²⁵, laddove *un solo episodio*, per quanto grave e da solo anche capace, in linea teorica, di determinare uno degli eventi naturalistici del reato, non è stato considerato sufficiente a determinare la lesione del bene giuridico²⁶.

Certo, i principi espressi da tale consolidato filone giurisprudenziale in materia di *stalking* non paiono immediatamente replicabili in tema di caporalato, atteso che nel contesto dell'articolo 612-*bis* c.p. il requisito della reiterazione assume tale significato in quanto "funzionalizzato" in termini di idoneità causale delle condotte a realizzare uno degli eventi alternativi del reato e, pertanto, consente di contenere il *quantum* degli atti commissivi od omissivi sufficienti a integrare il reato a fronte dell'effettivo raggiungimento del fine delle condotte persecutorie; mentre nell'ambito dell'articolo 603-*bis* c.p., reato privo di evento naturalistico, tale "schiacciamento" della condotta sull'evento non è praticabile e, in ogni caso, *l'ubi consistam* della reiterazione deve necessariamente relazionarsi con gli altri elementi di fattispecie, e dunque inserirsi in

maniera coerente in un contesto di approfittamento dell'altrui stato di bisogno.

A tal proposito, basti segnalare che una recente applicazione dell'articolo 603-*bis* c.p. ha ravvisato lo sfruttamento, pur a fronte delle censure difensive in punto di reiterazione delle irregolarità retributive, nella protrazione della condotta illecita per un periodo di *due mesi*, nei confronti di alcuni lavoratori, e in una violazione "istantanea", nei confronti di altri lavoratori, assunti proprio il giorno dell'arresto del datore di lavoro²⁷.

Ebbene, optando per una linea interpretativa di estremo rigore, che sterilizzi la portata offensiva della reiterazione – ma che troverebbe conforto nell'operazione di attenuazione legislativa del requisito della sistematicità posta in essere dalla riforma del 2016 – il rischio è che violazioni occasionali o comunque sporadiche o, ancora, temporalmente contingentate della normativa giuslavoristica da parte del datore di lavoro, pur se concentrate in un ristretto lasso di tempo – si pensi, ad esempio, nell'ambito di un magazzino o di una tessitura, a un picco di lavoro che si verifichi nel corso di una settimana, tale da indurre il datore, pur di rispettare i tempi di consegna ai clienti, a violare i limiti dell'orario di lavoro o dei riposi e delle pause giornaliere, come modulati dalla normativa primaria del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 – assumano portata sintomatica di sfruttamento dei dipendenti.

Beninteso, resta ferma in ogni caso la necessaria ricorrenza del requisito dello stato di bisogno, che costituisce pur sempre un limite interno all'espansione incontrollata della tipicità della fattispecie – scongiurando la sovrapposizione tra disvalore del reato e disvalore delle singole violazioni giuslavoristiche, talora già autonomamente sanzionate in via amministrativa – e che tuttavia, in concreto, potrebbe risolversi in un debole argine contro l'avanzata del perimetro penale associato al delitto (proprio perché, tornando al caso sopra ipotizzato, in determinati contesti lavorativi in cui opera una manodopera a basso valore aggiunto, spesso di provenienza extracomunitaria, lo stato di bisogno potrebbe considerarsi *in re ipsa*).

Non meno problematico appare il terzo indice di sfruttamento, rappresentato dalla «sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro», anch'esso rimodulato in termini sostanziali dalla riforma del 2016, nella misura in cui la novella ha espunto il requisito di pericolo concreto della violazione (che doveva essere «tale da esporre

il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale»), individuando come parametro l'oggettiva violazione, nemmeno sistematica o reiterata, della disciplina cautelare prevenzionistica posta principalmente, ma non solo, dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

Tale modifica, indicativa di uno scivolamento neppure troppo malcelato verso le logiche anticipatorie del pericolo astratto, a parere di chi scrive, è particolarmente significativa e ciò nonostante le rassicurazioni – a dire il vero poco confortanti – di coloro che hanno tenuto a precisare come «l'eliminazione di tale inciso non indebolisce la forza selettiva della norma incriminatrice, ossia la sua capacità di qualificare soltanto le condotte realmente meritevoli di punizione» e, dunque, che «non c'è alcun pericolo che la modifica possa portare ad un eccesso di penalizzazione, colpendo anche comportamenti dei datori di lavoro che non si segnalino per un particolare disvalore».

Se il presupposto concettuale della modifica può sembrare anche condivisibile («l'eliminazione del riferimento al pericolo per salute, sicurezza ed incolumità personale giova a evitare il rischio di un fraintendimento interpretativo: se si carica la disposizione di orientamento probatorio di un elemento che autonomamente denota un significativo disvalore, si può ingenerare l'equivoco che essa contenga almeno una parte della condotta costitutiva del reato, data dallo sfruttamento della manodopera»), la tecnica legislativa adottata e il suo risultato lessicale non risultano altrettanto desiderabili, prestandosi a fungere da facile assist linguistico in attesa di essere sfruttato e strumentalizzato nel contesto di interpretazioni rigoristiche cui non sono certo estranei molti uffici requirenti e giudicanti, i quali ben potrebbero valorizzare questa o quella inosservanza prevenzionistica (pur magari priva, nel concreto, di autentica portata cautelare, come nel caso evocato dell'omessa affissione di un "cartello"²⁸) per corroborare il quadro probatorio acquisito e direzionarlo verso la qualificazione giuridica dell'articolo 603-*bis* c.p.

In tal senso, ad esempio, le stesse indicazioni operative rese ai fini della vigilanza ispettiva, pur precisando che «l'indice sarà tanto più significativo quanto più gravi saranno le violazioni di carattere prevenzionistico accertate», si limitano soltanto ad affermare che «avranno evidentemente meno "peso" eventuali violazioni di carattere formale o altre

violazioni che non vadano ad incidere in modo diretto sulla salute e sicurezza del lavoratore o la mettano seriamente in pericolo», senza invece escludere *tout court* – come si cercava di rassicurare in sede *de lege ferenda* – che queste ultime assumano un rilievo ai fini della contestazione del fatto di reato²⁹.

Di fatto, non sembra così lontana da tale logica la stessa Cassazione, che, pur non soffermandosi a fondo sull'esito di tale operazione di revisione normativa, non manca di evidenziare in relazione all'eventuale riscontro di violazioni prevenzionistiche nel caso concreto – per la verità in modo piuttosto ambiguo – che «*abbassata la soglia di significatività penale del comportamento è ora sufficiente l'offesa alla dignità della persona*».

Se, come pare di capire, il ritenuto abbassamento della soglia di significatività penale allude a una degradazione qualitativa dell'offesa – dal pericolo concreto al pericolo astratto, con corrispondente avanzamento e anticipazione della tutela – recata dalla violazione in tema di salute e sicurezza sul lavoro (che potrebbe in sé integrare fattispecie contravvenzionale ovvero illecito amministrativo ovvero, al limite, non essere in alcun modo sanzionata), il baricentro dell'incriminazione finisce naturalmente per spostarsi e per esaurirsi – la Corte lo dice a chiare lettere – nell'offesa alla personalità individuale del lavoratore, rispetto a cui le violazioni delle norme prevenzionistiche (quali esse siano e a prescindere dalle loro finalità e contenuti cautelativi) si attecchiscono a mere estrinsecazioni fenomeniche del disequilibrio relazionale intercorrente tra datore di lavoro (e/o intermediario) e lavoratore reclutato e/o impiegato.

Se dunque il rischio di un addebito automatico in capo al datore di lavoro – pur se in chiave meramente probatoria, volendo seguire la tesi prevalente – di tale elemento, indipendentemente dalla sua carica offensiva, pone un tema di eccessiva semplificazione dell'accertamento penale (visto e considerato che, come rimarca pure la Cassazione, ai sensi dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p. basta la sussistenza anche di soltanto «una» delle condizioni ivi elencate), le criticità ravvisabili non finiscono qui. Infatti, secondo chi scrive, l'aver (ri)strutturato l'indice "prevenzionistico" nella forma del pericolo astratto introduce una soluzione di continuità normativa, in punto di offensività della fattispecie e del connesso trattamento sanzionatorio, tra la fattispecie base del comma 1 e l'ipotesi aggravata

del comma 4, che importa un incremento sanzionatorio addirittura “a effetto speciale”, qualora il fatto sia stato commesso «esponendo i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro».

Ora, la previsione dell’aggravante speciale, se a livello di formulazione astratta non pare coincidere, sovrapponendosi allo stesso, all’indice delle violazioni prevenzionistiche, in concreto è suscettibile di ingenerare più di una interferenza, associando il maggior disvalore a «situazioni di grave pericolo», nell’esecuzione dell’attività lavorativa o quantomeno *in itinere*, causalmente ricollegabili alle «caratteristiche delle prestazioni» (si pensi a un lavoro in quota in un cantiere edile; nonché alla più classica attività di raccolta nel settore agricolo in condizioni climatiche “ostili”; ovvero, per rifarsi a casi più recenti, al servizio di *delivery* realizzato “su due ruote” in centri abitati ad alta densità di traffico veicolare) e, con clausola generale di chiusura, alle «condizioni di lavoro» (che rivelano, soprattutto in contesti occupazionali “spregiudicati”, un totale spregio dei più elementari presidi della sicurezza e delle cautele applicabili): ipotesi, tutte, in cui è difficile pensare che non trovino contestazione o comunque non ricorrano uno o più profili di violazione della normativa antinfortunistica, per fare solo qualche esempio, in tema di requisiti dei luoghi di lavoro (articoli 63 e 64 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) o di attrezzature e dispositivi di protezione individuale (articoli 70 e 71 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) o, ancora, di lavori in quota (articoli 105 ss. d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81).

L’obliterazione del requisito di pericolo concreto presente nella formulazione del 2011 («pericolo per la salute, la sicurezza o l’incolumità personale») e il conseguente “salto”, nell’attuale configurazione del delitto di caporalato, dalla fattispecie base caratterizzata a livello “indiziario” dalla violazione prevenzionistica di pericolo astratto del comma 3 direttamente alle «situazioni di grave pericolo» dell’aggravante del comma 4, senza più il filtro della verifica circa l’effettiva messa in pericolo dei beni del lavoratore, segna un “vuoto” di disvalore intermedio che potrebbe porre in discussione la ragionevolezza (articolo 3 Cost.) del complessivo assetto sanzionatorio dell’articolo 603-*bis* c.p.

La sentenza non si occupa espressamente dell’ultimo indice di sfruttamento, consistente nella «sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro,

a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti», che, a ben vedere, anche a livello semantico, è quello maggiormente suggestivo dell’oggettività tutelata dalla fattispecie, posto che la modulazione *in peius* delle condizioni lavorative (da collegare evidentemente a fattori diversi dalle violazioni delle normative in tema di retribuzione, di diritti dei lavoratori o sicurezza prevenzionistica)³⁰, dei metodi di sorveglianza (si pensi a forme di controllo *in loco* particolarmente aggressive poste in essere dai collaboratori del datore di lavoro oppure a forme di controllo a distanza non consentite, eventualmente penalmente rilevanti ai sensi dell’articolo 141 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice *privacy*) o delle condizioni abitative (si ponga mente alla creazione di vere e proprie “baraccopoli” in cui confinare i lavoratori da reclutare o, ancora, ai casi di indebita frammistione tra alloggi destinati ai lavoratori e spazi di lavoro) è altamente sintomatica di un annichimento della libera autodeterminazione e della dignità della persona offesa³¹.

Tanto premesso, si concorda sul fatto che le modifiche apportate dal legislatore agli indici di sfruttamento, all’apparenza marginali, abbiano in realtà determinato una generalizzata attenuazione del gradiente di significatività penale della fattispecie, tanto più se esse sono giustapposte a un contestuale impoverimento dei contenuti descrittivi delle condotte tipiche, giacché, in virtù di un loro parziale *downgrade* descrittivo, risulta depotenziata la capacità selettiva associata ai comportamenti “sintomatici” di sfruttamento³².

2.1. Lo sfruttamento: casistiche pratiche e schemi di anomalia.

Le casistiche concrete sottoposte allo scrutinio della giurisprudenza, peraltro, mostrano come gli indici di sfruttamento ricorrano quasi sempre in forma congiunta e tendenzialmente si combinino nell’ambito di (più o meno) sofisticati e strutturati sistemi funzionali all’esercizio di un “abuso di posizione dominante” sulla manodopera impiegata. L’esame dei tratti salienti di tali sistemi rivela più di un profilo di reciproca comunanza tra gli stessi e mette in luce, anche in una prospettiva investigativa, interessanti analogie operative seguite dagli autori delle condotte illecite di caporalato.

Simile ricerca – si noti – in quanto orientata a definire una piattaforma condivisa delle modalità di commissione del reato dell’articolo 603-*bis* c.p., rivela una propria utilità anche nell’ottica

dell'operatore giuridico chiamato a interfacciarsi con l'attività di costruzione (anche, se del caso, *ex post*, in sede "riparatoria") dei presidi preventivi in cui si sostanzia il modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nella misura in cui la disponibilità di un minimo comun denominatore degli indicatori-tipo del caporalato costituisce un'indefettibile base di partenza per la fase di *risk assessment* e di identificazione dei processi e delle attività aziendali sensibili al rischio reato rilevanti ai fini dell'articolo 25-*quinquies* d.lgs. 8 giugno 2001. Emblematica in tal senso è la vicenda dei cantieri navali di La Spezia, oggetto dell'operazione investigativa ribattezzata *Dura Labor*³³, in cui erano emersi i seguenti fattori di sfruttamento lavorativo:

- a) la corresponsione reiterata di retribuzioni non in linea con la contrattazione collettiva, in particolare, utilizzando il sistema illecito della c.d. paga globale, ossia pagando un importo fisso orario preordinato senza tener conto di tutte le diverse voci stipendiali previste dai contratti collettivi (quali lavoro straordinario, lavoro festivo, ferie, tredicesima, permessi e malattie);
- b) a livello documentale, l'occultamento dei profili di irregolarità retributiva mediante un fittizio riscontro cartolare all'interno del libro unico del lavoro (LUL), che recava indicazioni false e apparentemente conformi alla normativa giuslavoristica³⁴;
- c) la forzosa retrocessione in contanti da parte dei lavoratori di una parte della retribuzione, corrisposta in misura formalmente regolare, quale metodo per mascherare il reale importo del compenso "nelle tasche" dei lavoratori, che di fatto era sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato³⁵;
- d) la violazione reiterata delle norme relative all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alla malattia e alle ferie, con sottoposizione dei lavoratori a turni di lavoro massacranti³⁶;
- e) un contesto di generale indifferenza e noncuranza rispetto a eventuali infortuni sul lavoro³⁷;
- f) la creazione e il mantenimento di un ambiente di lavoro "degradante", in cui i lavoratori erano soggetti a offese, minacce, percosse e a varie forme di vessazione (ad esempio, essendo loro precluso di fare pause e di recarsi in bagno se non in ristretti orari predeterminati).

Caratteri fundamentalmente comuni vengono in evidenza in altra vicenda esaminata dalla Cassazione in due sentenze "gemelle"³⁸, ove ha trovato accoglimento l'impugnazione dell'accusa a fronte di una carente valutazione in sede cautelare del compendio probatorio in atti, che aveva mostrato:

- a) l'accettazione da parte dei lavoratori di una retribuzione stabilita col sistema della paga globale, fondata su una retribuzione oraria al di fuori dei minimi fissati dai contratti collettivi nazionali e senza la corresponsione delle ferie, del TFR, del *bonus* IRPEF (c.d. *bonus* Renzi) e della maggiorazione per lavoro notturno;
- b) parziale restituzione della retribuzione corrisposta, al fine di evitare conseguenze negative (ad esempio, il licenziamento);
- c) imposizione ai lavoratori di non beneficiare di congedi per malattia in caso di infortunio;
- d) condizioni di degrado abitativo dei dipendenti, alloggiati in appartamento di proprietà del datore di lavoro;
- e) predisposizione di documentazione "in bianco", attestante la falsa ricezione di anticipi, liquidazioni, la richiesta di periodi di aspettativa non pagati e la ricezione dei dispositivi di protezione individuale, "pronta all'uso" in caso di verifiche e controlli;
- f) addirittura, obbligo giuramento di fedeltà al Corano, in sede di assunzione, quale fattore indicativo dello stato di incondizionata sudditanza psicologica dei lavoratori nei confronti del datore di lavoro.

L'indice retributivo è quello senz'altro caratterizzato da maggiore ricorrenza pratica, come attestato anche dalla pronuncia *Imran*, in cui all'interno di un autolavaggio erano impiegati lavoratori extracomunitari retribuiti con paga oraria in palese difformità rispetto a quanto previsto dai vigenti contratti collettivi di lavoro, documentalmente supportata da una falsa busta paga recante un ammontare di ore di lavoro non corrispondenti a quelle effettivamente prestate³⁹. Nel caso di specie, tra l'altro, venivano in considerazione anche alcuni profili di inosservanza della normativa in tema di salute e sicurezza sul lavoro, con riferimento alla mancata somministrazione di formazione ai lavoratori e alla mancata sottoposizione degli stessi alle visite periodiche previste nell'ambito della sorveglianza sanitaria, «protrattasi per un significativo arco temporale».

Anche la vicenda esaminata nella pronuncia *Anghileri* pone in luce analoghe condizioni di sfruttamento su base retributiva – «una paga del tutto irrisoria (circa € 30,00 al giorno, a fronte di un orario lavorativo di 10 ore) e inferiore a quella prevista dai contratti collettivi (intorno a € 60,00 lorde al giorno, a fronte di un orario lavorativo di ore 6,30)» –

ravvisabili in capo ai braccianti agricoli di nazionalità rumena avviati al lavoro nelle campagne trapanesi, costretti a operare in precarie condizioni di sicurezza pur a fronte di attività potenzialmente rischiose (tra cui spietatura dei terreni, potatura delle coltivazioni con l'uso di forbice elettrica, zappatura, raccolta delle uve e spargimento di diserbanti, insetticidi ed altri fitofarmaci altamente nocivi mediante pompe a mano)⁴⁰.

Nella giurisprudenza di merito, sul tema, si segnala un'altra interessante pronuncia concernente un caso di caporalato in un'azienda vitivinicola, verificatosi a cavallo tra il territorio brindisino e barese⁴¹, in cui nella condotta dei caporali (e non del datore di lavoro, trattandosi di fatti realizzati nel vigore della previgente fattispecie del 2011) si erano ravvisati tutti gli elementi di sfruttamento indicati dalla disposizione:

- a) la rendicontazione "in difetto" delle ore di lavoro straordinario svolte, «a prescindere dalla effettiva durata della prestazione», operando una contabilizzazione fittizia in busta paga;
- b) la richiesta di corresponsione ai lavoratori di una somma *a forfait* a copertura delle spese di trasporto verso il luogo di lavoro;
- c) la protrazione dell'attività lavorativa oltre i limiti temporali di legge, senza adeguato riposo tra una prestazione lavorativa e l'altra, e l'imposizione del lavoro nei giorni festivi (senza che questo risultasse indicato in busta paga);
- d) il trasporto dei braccianti a bordo di furgoni e autovetture in palese violazione dei limiti di capienza dei veicoli, addirittura all'interno del bagagliaio, con inosservanza della normativa prevenzionistica non solo *in itinere*, ma anche da una postazione di lavoro all'altra;
- e) l'impossibilità per i lavoratori di fruire, durante lo svolgimento dell'attività, dei servizi igienici, il cui utilizzo era rimesso alla piena discrezionalità del caporale (che riteneva le tessere magnetiche necessarie per accedere alle *toilette*);
- f) ancora, l'utilizzo dei servizi igienici era monitorato, nell'ottica di verificare la produttività

del lavoratore, attraverso apposito *software* informatico, che restituiva un *report* con orario di entrata e di uscita di ciascun assegnatario di scheda magnetica.

La realtà agricola pugliese, ancora una volta, ha rappresentato lo scenario di radicamento di una vasta rete associativa, preordinata all'illecita intermediazione dei lavoratori – fatto poi riquilibrato nella più grave ipotesi di riduzione in schiavitù – in cui ricorrevano, fortemente accentuati, i caratteri tipici dello sfruttamento caporalatizio⁴²:

- a) la formazione, posticcia, di documentazione contrattuale a supporto della regolarità dell'impiego dei lavoratori;
- b) la requisizione dei documenti di identità e dei permessi di soggiorno a danno dei lavoratori regolari, cui gli stessi documenti erano restituiti soltanto a distanza di giorni o mesi; circostanza tale da mettere i lavoratori «in condizione di estrema difficoltà e di sudditanza verso i caporali», praticamente «sotto scacco»;
- c) la peculiare circostanza, nelle dinamiche relazionali tra lavoratori e caporali, del riconoscimento a questi ultimi di un «improprio ruolo sociale», quali «persone che, bene o male, procuravano loro un lavoro», di modo che «il caporale era il solo elemento che li legava al lavoro e al possibile salario»;
- d) turni di lavoro massacranti («non di rado 12-14-16 ore») e condizioni di lavoro estremamente gravose («sotto il sole cocente [...] senza pause o con pause estremamente ridotte, senza ripari o valide possibilità di ristoro»);
- e) il totale spregio delle basilari regole in tema di sicurezza sul lavoro, con annessi rischi per la salute dei lavoratori («molto spesso, i lavoratori tornassero la sera nei luoghi di residenza fortemente disidratati»): sicché, nelle suddette condizioni – rilevava il Giudice – «parlare di misure prevenzionali, di sicurezza e igiene del lavoro, di rispetto del T.U. n. 81/08 è chiaramente un fuor d'opera», anzi «è già un miracolo che non si siano registrati decessi»;
- f) la corresponsione, «a fronte di prestazioni lavorative estremamente usuranti», di «salari "da fame"», atteso che «quelli concordati precedentemente all'ingaggio venivano sistematicamente erosi dalle varie prestazioni (obbligatorie) dei caporali (trasporto, acqua, vitto [...])»;

g) le condizioni di vita «oggettivamente sub-umane, se non disumane» in cui versavano i lavoratori, «costretti a vivere (quando andava bene) in casolari di campagna abbandonati o in un opificio dismesso [...], quando andava male sotto gli alberi e a dormire sopra a un pezzo di cartone» e comunque in ambienti «privi di acqua corrente e di servizi igienici», trattandosi, tra l'altro, «non di poche decine di persone, ma di diverse centinaia».

Ebbene, volendo allo stesso modo individuare le *red flag* dello sfruttamento emerse nel caso in commento, la Cassazione pone la propria attenzione su una serie di circostanze ritenute oggettivamente "indizianti", dapprima emerse nel corso delle indagini e poi confluite nell'istruzione dibattimentale di primo grado, così schematizzabili:

- a) il datore di lavoro consegnava direttamente all'intermediario il compenso dei braccianti, nella piena consapevolezza che questi ne avrebbe trattenuto una parte per sé;
- b) i soggetti reclutati erano principalmente immigrati privi di permesso di soggiorno, alcuni dei quali dimoranti presso un centro di accoglienza;
- c) i lavoratori erano trasportati fino al luogo di lavoro stipati e in sovrannumero nel veicolo condotto dall'intermediario;
- d) il datore di lavoro pretendeva l'esecuzione della prestazione lavorativa anche in giorni festivi;
- e) il datore di lavoro mostrava consapevolezza circa il carattere illegale del reclutamento, tanto da intimare al caporale di non portare i lavoratori sul luogo di lavoro in occasione di attività ispettive delle autorità di controllo;
- f) i lavoratori percepivano per la giornata lavorativa un compenso irrisorio, da cui tra l'altro era decurtata una quota per contribuire ai costi di trasporto, e comunque inferiore ai limiti retributivi minimi fissati in sede di contrattazione collettiva;
- g) il caporale aveva pieno potere decisionale sui braccianti, tanto in punto di selezione, quanto in termini di gestione dell'assunzione, del licenziamento e del pagamento;
- h) per i lavoratori, da ultimo, nonostante la formale assunzione con regolare emissione di busta paga, non erano assolti gli oneri contributivi.

La pronuncia mostra – come già rilevato poc'anzi – che il filtro degli indici di sfruttamento, se da un lato facilita indubbiamente il compito del pubblico

ministero e del giudice, fornendo una "griglia concettuale" di riferimento in cui isolare e incasellare gli elementi in fatto che emergono dal quadro investigativo/probatorio, dall'altro realizza un'esasperata caratterizzazione "casistica" della tipicità del caporalato, su cui, in ultima analisi, i predetti indici normativi finiscono per retroagire, condizionando il perimetro di applicabilità della fattispecie e, all'atto pratico, attenuando notevolmente lo "sforzo" probatorio dell'accusa e quello motivazionale del giudicante.

Se una simile dinamica della fattispecie può risultare meno accentuata nelle casistiche "limite" di palese e incondizionato sfruttamento di manodopera – così, nelle vicende di c.d. caporalato nero in cui l'incriminazione rinviene la propria matrice, che rendono meno controverso l'accertamento degli elementi costitutivi del fatto, in quanto rilevabili *ictu oculi* – la forza realmente tipizzante delle circostanze sintomatiche del comma 3 emerge nitidamente nelle fattispecie "sfumate" di caporalato, in cui non sono immediatamente tangibili i profili di autentico sfruttamento (e di bisogno) dei lavoratori.

Si noti che le criticità associate alla tecnica legislativa di impiego degli indici di sfruttamento sono in parte già deflagrate in altra pronuncia, passata per lo più inosservata, riguardante la vicenda della *Badante Brava onlus*, in cui una stabile struttura associativa, sotto l'egida di associazione senza finalità di lucro, reclutava badanti provenienti dall'est Europa, inserendole nel circuito dell'assistenza domiciliare e avviandole al lavoro presso le famiglie richiedenti⁴³.

Si tratta di un precedente meritevole di attenzione, anzitutto, perché sonda le potenzialità applicative del delitto dell'articolo 603-bis c.p. su di un terreno diverso da quello agricolo e, nondimeno, tradizionalmente fertile per il radicamento di fenomeni di caporalato – il settore dei servizi a bassa specializzazione, quali anche le attività di facchinaggio, pulizie, *delivery* – che già oggi rappresenta il principale avamposto per le mire di espansione penale della fattispecie.

Desti interesse altresì la circostanza che, nel caso in questione, ricorressero (perlomeno astrattamente) tutti quei presupposti e/o segnali di "vulnerabilità" delle lavoratrici, tali da porle in una condizione di permanente "ricattabilità", propedeutica a condotte di indebita strumentalizzazione nel contesto di un'attività a tutti gli effetti imprenditoriale di reclutamento.

In particolare, i capi dell'associazione approfittavano dello *status necessitatis* delle lavoratrici extracomunitarie, sprovviste di regolare permesso di soggiorno o con visto di ingresso per finalità turistiche o di breve durata, le sottoponevano a condizioni alloggiative degradanti e percepivano altresì un corrispettivo per la loro attività di collocamento delle badanti, quale anticipo a titolo di "quota associativa" ovvero quale prelievo sugli emolumenti per l'attività prestata.

Senonché, pur a fronte di un compendio indiziario apparentemente consistente, la Cassazione censurava l'apprezzamento dei profili sintomatici di sfruttamento dei lavoratori – «irregolarità del rapporto di lavoro e [...] condizioni imposte asseritamente non corrispondenti a quelle di cui ai contratti nazionali di settore, alla sicurezza e all'igiene sui luoghi di lavoro, nonché alla sorveglianza e alle condizioni abitative degradanti» – in quanto oggetto di una delibazione del tutto «generica» da parte del giudice della cautela, fondata su «conclusioni [...] meramente assertive» che «si limitano a riprodurre il contenuto della norma».

Ebbene, a fronte di un dispositivo penalistico «che, tra l'altro, enuncia tra gli indici di sfruttamento non già la *mera* condizione di irregolarità dei lavoratori stranieri o l'approfittamento da parte dell'intermediario, quanto una condizione di *eclatante pregiudizio* e di *rilevante soggezione del lavoratore* desunta o dai profili contrattuali retributivi [...] o dai profili normativi del rapporto di lavoro [...] o dalla violazione delle norme in tema di sicurezza e igiene sul lavoro, o dalla sottoposizione a umilianti o degradanti condizioni di lavoro e di alloggio», nel caso in esame le indagini, da un lato, avevano messo in luce profili retributivi «tutt'altro che manifestamente squilibrati rispetto al sinallagma contrattuale» e, dall'altro, avevano «del tutto pretermesso un approfondimento sulle condizioni di lavoro cui venivano sottoposte le badanti ovvero sulla ricorrenza di situazioni di degrado o di violazione della disciplina sulla sicurezza sul lavoro che, nella specie, era sostanzialmente domestico».

Anticipando rilievi forse più pertinenti all'elemento dello «stato di bisogno», trovava già espressa sanzione, in quella sede, un approccio giudiziale troppo "adagiato" sul semplice riscontro della condizione di irregolarità dei lavoratori sul territorio nazionale – all'insegna di una «illogica e contraddittoria [...] parificazione» con gli indici legali

di sfruttamento – quale «circostanza che, ai fini della integrazione del reato, non riveste alcun rilievo specifico, e non poteva pertanto essere utilizzata, di per sé sola, per concorrere a qualificare il quadro indiziario».

Insomma, la Corte coglieva l'occasione per rivolgere un chiaro monito all'interprete a non "accontentarsi" di presunzioni concettuali che – per quanto in molti casi fondate – non danno adeguatamente conto della complessità strutturale (e disvaloriale) della fattispecie e, contestualmente, mostrava netta predilezione per un accertamento in concreto degli elementi costitutivi del fatto, quale unico metodo probatorio che, in ragione dei connessi oneri di motivazione facenti capo al giudicante, è in grado di restituire margini di difesa (sotto forma di controprova) all'imputato: sotto il profilo, ad esempio, della carente portata interferenziale che le circostanze riscontrate e acquisite al compendio processuale, pur se coincidenti con quelle del comma 3, hanno rispetto al fatto ignoto da provare.

3. Stato di bisogno, tra oggettivo, soggettivo e presuntivo.

L'altro elemento cardine della fattispecie di caporalato consiste nello «stato di bisogno» dei soggetti reclutati e/o avviati al lavoro, che fa da *pendant* alle condizioni di sfruttamento lavorativo e costituisce, al contempo, dal punto di vista dell'inquadramento dogmatico, presupposto della condotta e, sotto il profilo fenomenico, manifestazione della posizione di intrinseca inferiorità contrattuale delle persone offese.

Detto requisito sembra aver recentemente assunto un ruolo da protagonista nel dibattito dottrinale sulla tipicità dell'incriminazione dell'articolo 603-bis c.p., in ragione tanto del suo carattere ampio e sfumato, quanto per le sue innegabili connessioni con tematiche che, varcando i confini della letteratura penalistica, chiamano in causa problematiche di natura sociale, politica ed economica⁴⁴.

A una prima lettura, l'elemento di fattispecie in esame si articola in un concetto di relazione, declinato alla stregua di un presupposto di fatto della condotta – appunto, lo stato di bisogno – e di una condotta dinamica – l'approfittamento – che si condensa, in sostanza, in un abuso di posizione di vulnerabilità, in rapporto di funzionalità/strumentalità con le condotte penalmente sanzionate di reclutamento e di utilizzazione⁴⁵.

Se il tratto delle condotte del caporale e del datore di lavoro consistente in un atteggiamento di «approfittamento» allude a una dolosa strumentalizzazione delle condizioni di inferiorità del soggetto passivo⁴⁶, la nozione di «stato di bisogno» è contesa tra due diverse opzioni interpretative che, in una chiave oggettiva e soggettiva, finiscono per modularsi in direzioni antitetiche, più o meno estensive, i confini dell'incriminazione. Più nello specifico, le due letture del requisito di fattispecie si attestano, rispettivamente, su una nozione "statica" di bisogno (inteso quale condizione di mancanza dei mezzi necessari) ovvero su una caratterizzazione "dinamica" dello stesso (quale pulsione soggettiva verso il conseguimento di un determinato bene della vita).

Ad acuire le difficoltà ermeneutiche, si osserva come entrambe le connotazioni siano suscettibili di integrare quello "scenario" di minorata libertà di scelta del soggetto passivo in cui si ambienta il delitto di caporalato e che esse, talora, ben possano concorrere sinergicamente, come nei casi in cui il lavoratore, ancorché consapevole del proprio assoggettamento, si presti volontariamente a soggiacere a forme di lavoro "estenuante", quale "rampa di lancio" per un percorso di scalata sociale o, comunque, di miglioramento della propria condizione di vita: ipotesi in cui, ad avviso di chi scrive, è doverosa un'attenta ponderazione delle circostanze concrete, onde calibrare lo stigma della fattispecie di caporalato – mutuando nozioni invero elaborate in altro contesto penalistico – sulle ipotesi di autentica "aggressione unilaterale" della persona offesa, perciò escludendo i casi di "cooperazione consensuale" della vittima.

Infatti, lo schiacciamento dello stato di bisogno sulle proiezioni soggettive del lavoratore determina un notevole sbilanciamento del disvalore della fattispecie sul lato passivo, rischiando di sterilizzare il necessario requisito dell'approfittamento dell'agente, e di fatto oblitera l'accertamento della colpevolezza in capo a quest'ultimo proprio in punto di stato di bisogno, posto che, secondo i principi generali, rappresentazione e volontà dovrebbero abbracciare pure tale elemento costitutivo: l'effetto sarebbe, in ultima analisi, un eccessivo ampliamento del perimetro applicativo del delitto, che trova nelle (legittime) "aspirazioni al benessere economico" del lavoratore la propria chiave di volta.

Emblematico e paradossale in quest'ottica, ad esempio, sarebbe ravvisare un autentico stato di

bisogno, degno dell'avanzata tutela penale fornita dall'articolo 603-bis c.p., nel caso – tutt'altro che di scuola⁴⁷ – di un lavoratore che, a causa di condizioni economiche proprie e familiari di difficoltà, pur di lavorare accetti un impiego "in nero", senza l'osservanza delle basilari regole prevenzionistiche, ma che, purtuttavia, al contempo risulti percettore, in modo del tutto abusivo, del reddito di cittadinanza, quale misura di integrazione del reddito del nucleo familiare. In tali circostanze, le spinte centrifughe derivanti dal dibattito sulle connotazioni, rispettivamente, oggettiva o soggettiva dello stato di bisogno – nel caso di specie astrattamente ricorrenti – potrebbero far perdere di vista il vero fuoco dell'incriminazione e il disvalore associato alla stessa, riconoscendo legittimità applicativa alla fattispecie delittuosa in ipotesi in cui l'atteggiamento soggettivo della persona offesa, magari addirittura espressivo di una volontà penalmente rilevante⁴⁸, rivela una condizione tutt'altro che di connaturata inferiorità necessitante e neppure, come nei casi più gravi di caporalato, di "alienazione" rispetto al contesto socio-economico in cui essa è inserita.

L'esigenza di procedere con un accertamento in concreto dello stato di bisogno – che valichi, cioè, semplici automatismi induttivi – e della sottostante condizione di "minorazione contrattuale" del lavoratore parrebbe oltretutto in linea – volendo qui azzardare un parallelismo – con le più recenti indicazioni della giurisprudenza di legittimità, chiamata a esprimersi sul significato della circostanza aggravante della minorata difesa (articolo 61, comma 1, n. 5 c.p.) per il fatto commesso di notte⁴⁹. Le Sezioni Unite, in quel contesto, hanno accolto una posizione intermedia rispetto ai due orientamenti in contrasto, ritenuti non condivisibili per il fatto che, il primo, valorizzava una presunzione assoluta di minorata difesa in caso di reati commessi in tempo di notte, in violazione del principio di offensività e, il secondo, invece, non riteneva sufficienti le ordinarie connotazioni del tempo di notte, richiedendo il concorrere di circostanze fattuali ulteriori a riscontro. La tesi propugnata dalle Sezioni Unite si fonda sull'assunto che (i corsivi sono nostri) «solo un accertamento in concreto, caso per caso, delle condizioni che consentono, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere effettivamente realizzata una diminuita capacità di difesa [...] è idoneo ad assicurare la coerenza dell'applicazione della circostanza aggravante con il suo fondamento giustificativo», rinvenuto nell'approfittamento delle

«possibilità di *facilitazione dell'azione delittuosa offerta dal particolare contesto* in cui l'azione verrà a svolgersi».

Ancora, insegnano le Sezioni Unite, che «l'interprete deve *rifuggire dalla prospettiva anche implicita della valorizzazione di presunzioni assolute*, e non può limitarsi a richiamare il dato astratto della commissione del reato in tempo di notte, dovendo considerare lo specifico contesto spazio-temporale in cui si sono verificate le vicende storico-fattuali oggetto d'imputazione», in modo da individuare, «in concreto, l'effettivo ostacolo alla pubblica e privata difesa [...] nonché l'approfittamento di essa da parte del soggetto agente».

Dal punto di vista del pratico accertamento giudiziale della situazione di minorazione, la Corte propone un "piano" di verifiche, logicamente concatenate, che involgono, dapprima, «l'esistenza di una circostanza di tempo, di luogo o di persona *in astratto* idonea ad ingenerare una situazione di "ostacolo alla pubblica o privata difesa"», poi, «la produzione *in concreto* dell'effetto di "ostacolo alla pubblica o privata difesa" che ne sia effettivamente derivato» e, da ultimo, «il fatto che l'agente ne abbia concretamente "profittato" (avendone, quindi, *consapevolezza*)».

Quanto alla distribuzione del carico probatorio tra le parti, le Sezioni Unite si rimettono a un compromesso interpretativo, suggerendo che «[l]'onere della prova della sussistenza in concreto delle ordinarie connotazioni del tempo di notte e dell'assenza di circostanze ulteriori, atte a vanificare l'effetto di ostacolo alla pubblica e privata difesa ricollegabile all'aver agito in tempo di notte, *grava naturalmente sul pubblico ministero*», al contempo specificando che «[p]er quanto non emergente *ex actis*, tuttavia, *spetta all'imputato* fornire le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di *circostanze fattuali altrimenti ignote che siano in astratto idonee, ove riscontrate, ad escludere la configurazione in concreto della circostanza aggravante*».

Ebbene, traslando tali principi nel campo dell'articolo 603-bis c.p. – che partecipa di un'analoga condizione di minorata difesa "contrattuale" del lavoratore – dovrebbe ritenersi, *mutatis mutandis*, che un giudizio di colpevolezza – negli accennati casi dubbi che si pongono "a mezza via" tra pratiche estreme di sfruttamento e ipotesi di collaborazione cosciente del lavoratore al modello produttivo del datore di lavoro – non possa che transitare da un necessario accertamento in concreto, di tipo contestuale, di

tutte le circostanze oggettive e soggettive (incluse quelle facenti capo alla persona offesa) ravvisabili nella vicenda, per saggiare l'addebito accusatorio in punto di stato di bisogno del lavoratore.

Si tratta di un passaggio chiave ai fini della verifica di tenuta, anzitutto sotto il profilo dell'offensività, della fattispecie, che consente di svelare se, per caso, all'apparente stato di minorazione del potere contrattuale del lavoratore (per condizioni personali o sociali) non faccia da contraltare una sua adesione (o, quantomeno, un atteggiamento di sostanziale disinteresse) rispetto alle modalità di impiego del fattore umano "non conformi", quale necessaria "merce di scambio" per realizzare, per vie più rapide, le proprie aspirazioni al benessere.

Ancora, in una prospettiva di valorizzazione dell'incriminazione, è stato osservato che, soprattutto in determinati contesti lavorativi etnicamente caratterizzati, la corresponsione di retribuzioni sensibilmente inferiori agli *standard* minimi nazionali, suscettibile di integrare il *fumus* dello sfruttamento, potrebbe essere soggettivamente "vissuta" tutt'altro che come riflesso dello stato di bisogno: non è peregrino immaginare, cioè, che i diretti interessati valutino il loro (pur risibile) guadagno significativamente superiore a quanto potrebbero realisticamente ottenere nel Paese di provenienza, «considerandosi dunque non già sfruttati ma casomai valorizzati dalla situazione in cui si trovino»⁵⁰.

È allora evidente, sotto questo profilo, che una soggettivizzazione "spinta" dello stato di bisogno finirebbe per conferire una "delega in bianco" alla persona offesa circa il contenuto e la latitudine dell'incriminazione, abilitandola a una selezione, tra l'altro ancorata al suo variabile foro interno, dei fatti penalmente rilevanti⁵¹, rendendo evanescente il disvalore associato al delitto anche in costanza di forme particolarmente invasive di sfruttamento.

Ma, allo stesso tempo, sembra che una doverosa operazione di "convergenza" della fattispecie non possa esimersi – almeno – da una riflessione circa il rilievo e/o gli spazi da ascrivere al consenso della persona offesa, nella prospettiva penalistica delle scriminanti, e da un'indagine sul carattere disponibile/indisponibile dei diritti dei lavoratori: ciò soprattutto nei casi "dubbi", in cui situazioni di sfruttamento "a basso quoziente" in termini di pregiudizio alla dignità del lavoratore (sforamenti non occasionali dei livelli retributivi e delle garanzie lavorative, nel complesso comunque contenuti

numericamente; violazioni della normativa prevenzionistica meramente formali e comunque in concreto blandamente offensive) siano accompagnate da una convinta adesione volontaristica (in termini di prospettive di profitto) del lavoratore alle modalità, pur spregiudicate, di gestione datoriale della prestazione lavorativa.

La giurisprudenza, fino a oggi, è parsa tutt'altro che univoca nell'opera di edificazione dello statuto del «bisogno» rilevante ai fini dell'articolo 603-*bis* c.p., mostrando orientamenti ondivaghi e molto spesso tra di loro divergenti.

Già nella prima giurisprudenza di merito⁵² si era concretizzato il rischio – di cui si discorrerà meglio nel seguito – di un'indebita sovrapposizione tra i fattori dello sfruttamento e lo stato di bisogno, con la conseguenza di un sostanziale reflusso probatorio di quest'ultimo elemento nel primo e di un suo contestuale avvicinamento al campo concettuale della mera vulnerabilità del lavoratore.

In quel caso, a fronte di condizioni lavorative certamente suscettibili di integrare gli indici di sfruttamento (paga esigua, sottoposizione a una stretta sorveglianza da parte degli uomini di fiducia del caporale, esecuzione della prestazione in un locale chiuso dall'interno, per un numero di ore considerevolmente superiore rispetto a quello stabilito dall'accordo iniziale e, comunque, dalla contrattazione collettiva, assenza di giorni di riposo settimanale e di ferie), era stato ritenuto senz'altro accertato lo stato di bisogno in cui versavano i lavoratori (migranti bengalesi, reclutati nel Paese di origine e volontariamente recatisi in Italia), ricorrendo alla massima di esperienza dal sapore presuntivo – che avrebbe avuto successo pure nella successiva elaborazione pretoria – per cui un contesto lavorativo “inaccettabile” è la spia di una situazione di fragilità del lavoratore, il quale, ove avesse avuto una valida alternativa, sicuramente non avrebbe aderito a simili imposizioni («difficilmente le vittime avrebbero accettato di lavorare alle condizioni imposte»).

Al fine di identificare un significato univoco, prevedibile (nell'ottica *ex ante* dell'agente) e certo (nell'ottica *ex post* del giudicante) di «bisogno», restituendo plasticità allo spettro dell'incriminazione, è stata scelta – con approccio apprezzabile ma con esiti non definitivi – la strada dell'analisi sistematica, che ha restituito un panorama allo stesso modo “spaccato” tra accezione oggettiva e soggettiva dello stato di bisogno⁵³.

In tale prospettiva di comparazione interna all'ordinamento penale, in più occasioni è stato suggerito di fare ricorso alla nozione di «stato di bisogno» della persona offesa prevista nell'ambito del delitto di usura – oggi costituente un fattore aggravante dei fatti descritti dall'articolo 644 c.p. – che per la corrente giurisprudenza non impone la sussistenza di uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma che può ritenersi integrato in presenza di un impellente assillo che, limitando la volontà del soggetto, lo induca a ricorrere al credito a condizioni usuarie, non assumendo alcuna rilevanza né la causa di esso, né l'utilizzazione del prestito usurario⁵⁴.

Ancora, la giurisprudenza in tema di usura, con cadenze argomentative potenzialmente esportabili nel contesto del caporalato, apprezza la sussistenza dello stato di bisogno ogniqualvolta la persona offesa non sia in grado di ottenere altrove e a condizioni più convenienti prestiti di denaro e debba per questo motivo sottostare alle esose condizioni imposte ovvero quando il soggetto passivo si trovi in una situazione che elimini o, comunque, limiti la sua volontà inducendolo a contrattare in condizioni di inferiorità psichica tali da viziare il consenso. In questa prospettiva, lo stato di bisogno della persona offesa del delitto di usura può essere provato anche in base alla sola misura degli interessi, qualora siano di entità tale da far ragionevolmente presumere che soltanto un soggetto in quello stato possa contrarre il prestito a condizioni tanto inique e onerose⁵⁵.

Sul punto, precisa condivisibilmente la sentenza in commento, anche alla luce di alcuni precedenti di legittimità⁵⁶, che lo stato di bisogno rilevante ai fini dell'articolo 603-*bis* c.p. non può essere ricondotto alla mera impossibilità economica di realizzare qualsivoglia esigenza avvertita come urgente – e, dunque, essere inteso in un'accezione “debole” – ma deve essere riconosciuto soltanto quando la persona offesa, pur senza versare in stato di assoluta indigenza, si trovi in una condizione anche provvisoria di effettiva mancanza dei mezzi idonei, atti a far fronte alle esigenze primarie, relative cioè ai beni oggettivamente essenziali.

La caratterizzazione in senso “forte” dello stato di bisogno definisce, da un lato, i confini esterni del caporalato, escludendo dall'orizzonte applicativo della fattispecie tutte quelle ipotesi “minori” in cui il lavoratore versa in una situazione soggettiva di necessità rispetto a un certo bene della vita non essenziale; e, dall'altro, pone un limite interno al tipo

penale, non esigendo la ricorrenza di una condizione di assoluta mancanza dei mezzi di sussistenza, che finirebbe per depotenziare le *chance* applicative del delitto, restringendo eccessivamente il novero dei soggetti passivi suscettibili di divenire destinatari della tutela penale.

Sembra dunque che lo stato di bisogno, nella prospettiva della Corte, debba essere debitamente "pesato" e apprezzato nella prospettiva funzionale del bene giuridico oggetto di tutela, nel senso che la soglia della punibilità penale potrà considerarsi raggiunta e superata allorché il soggetto si trovi in una situazione tale da compromettere fortemente la sua libertà contrattuale in ambito lavorativo e, per tale motivo, sia indotto ad accettare opportunità di lavoro in condizioni che, per le più svariate ragioni, si pongano *contra* o addirittura *extra-legem*.

Peraltro, è stato messo in luce come lo stato di bisogno rilevante ai fini dell'articolo 603-*bis* c.p. non si risolva in un mero apprezzamento a sfondo patrimonialistico, nei termini che in sede civile ammettono il ricorso al rimedio della rescissione del contratto per lesione (articolo 1448 c.c.), poiché lo stato di bisogno, nel contesto del caporalato, non costituisce la ragione che determina ad accettare condizioni contrattuali "sproporzionate", bensì rappresenta il presupposto per soccombere a un assoggettamento personale che si materializza nel rapporto di lavoro; al contrario, l'esegesi dello stato di bisogno dovrebbe propendere per una lettura personalistica, che attribuisca rilievo, nell'ottica dell'incriminazione, a condizioni esistenziali di vulnerabilità, determinate dalla mancanza dei mezzi di sussistenza e suscettibili altresì di essere apprezzate in una prospettiva di relatività, storica e geografica, lungo i binari di una inedita tipicità di contesto⁵⁷.

Passando dal livello dell'esegesi astratta a quello dell'accertamento concreto, lo «stato di bisogno» pone un'ulteriore criticità interpretativa, connessa alla tentazione di attribuire – anche alla luce dell'accennata elaborazione pretoria in tema di usura (che intravede nella pattuizione di interessi "oltremodo" usurari un elemento di riscontro dello stato di bisogno di colui che si determina a darli o a prometterli) – valenza dimostrativa "in sé e per sé" a determinate condizioni delle persone offese.

Si allude, in particolare, alla valutazione circa la sussistenza dell'elemento di fattispecie nelle ipotesi "classiche" – ricorrenti tanto nelle forme di caporalato nero che di caporalato grigio – di

reclutamento e utilizzo di cittadini extracomunitari, privi di permesso di soggiorno, talora senza fissa dimora, che, per condizione giuridica e, più in generale, di vita, sono spesso ritenuti *a priori* in stato di bisogno⁵⁸.

Circostanza ben presente alla sentenza in esame, che – riprendendo quanto esposto nel provvedimento impugnato – fa propria l'affermazione per cui, nel caso di specie, «indubbio è lo stato di bisogno dei lavoratori [...] trattandosi perlopiù di soggetti extracomunitari – alcuni dei quali privi di permesso di soggiorno o dimoranti presso il centro di accoglienza – privi di alternative concrete, disposti ad accettare qualsiasi condizione lavorativa pur di assicurarsi la sopravvivenza sul territorio».

La condizione di irregolarità, insomma, è assunta a paradigma di autoevidenza dello stato di bisogno, poiché «non pare potersi riconoscersi in capo a tali soggetti alcun margine di scelta nella contrattazione, né un effettivo potere contrattuale, circostanza che li rende contraenti deboli, esposti alle più varieghe forme di sfruttamento lavorativo», nel senso che non si tratta di «soggetti disposti a lavorare tout court, ma persone disposte a lavorare in qualsiasi condizione».

Ebbene, dall'argomentare della sentenza, parrebbe trarsi la regola per cui lo *status* di irregolare (e magari anche di soggetto senza fissa dimora) si attegga a vera e propria presunzione di stato di bisogno – addirittura *iuris et de iure* – per cui, una volta riscontrata detta circostanza fattuale, sarebbe giocoforza ritenere integrato il reato, beninteso sempre che ricorrano le condizioni di sfruttamento del lavoratore.

Queste ultime, peraltro, considerati gli indici (in ogni caso non tassativi) dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p., potranno essere agevolmente ritenute dinanzi all'assunzione e all'impiego di soggetti non titolari del permesso di soggiorno – fattispecie costituente reato ai sensi dell'articolo 22, comma 12 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, da cui promana la nullità del contratto per violazione di legge⁵⁹ – che difficilmente si vedranno riconosciute tutte le garanzie dovute *ex lege* in tema di retribuzione, orario di lavoro, ferie e condizioni alloggiative.

Se tale è la tendenza della giurisprudenza, non sembra provocatorio rilevare come forse, anche per ragioni di simmetria normativa e ancor prima per esigenza di stretta legalità, sarebbe stato preferibile che tale *regula iuris* fosse posta direttamente dal legislatore, a seguire rispetto al comma 3, stabilendo

in senso analogo che, ai fini dell'incriminazione, «costituisce indice di stato di bisogno» l'assenza del permesso di soggiorno (perché mai ottenuto, scaduto o revocato) in capo al lavoratore.

Ecco che, in mancanza di simile previsione, riemerge il punto critico poc'anzi evidenziato, cioè che l'assetto di tipicità dell'articolo 603-*bis* c.p. pare ad oggi fortemente "destabilizzato", al crocevia com'è tra spinte centrifughe impresse, in ordine sparso, dagli elementi costitutivi in senso proprio, dagli indici legislativi (tassativi o meno, abbiano essi funzione probatoria o autenticamente tipizzante) e dagli indici giurisprudenziali di stampo presuntivo in via di emersione.

Fortunatamente, la stessa giurisprudenza ha già cercato di porre un freno a detto *trend* interpretativo, essendosi precisato che *la mera condizione di irregolarità amministrativa* del cittadino extracomunitario nel territorio nazionale, accompagnata da situazione di disagio e di bisogno di accedere alla prestazione lavorativa, *non può di per sé* costituire elemento valevole da solo a integrare il reato di caporalato, caratterizzato, al contrario, dallo sfruttamento del lavoratore, i cui indici di rilevazione attengono a una condizione di eclatante pregiudizio e di rilevante soggezione del lavoratore, resa manifesta proprio dal ricorrere di uno o più degli stessi⁶⁰.

Ad ogni modo, quale che sia la portata della condizione di irregolarità del lavoratore, in linea generale l'evanescenza del concetto di «stato di bisogno» crea il rischio di un costante scivolamento e appiattimento di tale elemento sulle contigue condizioni di sfruttamento, nel senso che, una volta accertate queste ultime⁶¹, o l'accertamento giudiziale dello stato di bisogno è sostanzialmente bypassato⁶² ovvero, con ragionamento circolare e controfattuale, si finisce per sostenere apoditticamente che un lavoratore "genuino" (meglio, non in stato di bisogno) mai accetterebbe di svolgere la prestazione lavorativa *a quelle condizioni (di sfruttamento)*.

In ciò si annida la strisciante tentazione di semplificare l'accertamento degli elementi costitutivi del fatto e della colpevolezza dell'agente, che ricorre tanto si voglia propendere per una tesi oggettiva dello stato di bisogno – la condotta di abuso è di fatto assorbita nel mero riscontro dell'esistenza di una condizione di vulnerabilità – quanto si propenda per una sua caratterizzazione soggettiva – nel senso che la prova della conoscenza dello stato di bisogno

diluisce l'apprezzamento circa una specifica intenzionalità della condotta di approfittamento⁶³.

Invero, la tentazione di realizzare un'equazione tra condizione di vulnerabilità e stato di bisogno era già stata messa in luce, da un lato, osservando che il lavoratore, quando è impiegato in contesti caratterizzati da sottoregolamentazione, precarietà e fungibilità delle prestazioni, è fisiologicamente esposto all'abuso, giacché egli, ancorché titolare dell'autonomia negoziale che informa tutti i rapporti tra privati, non è in grado di contrattare in condizioni di parità con la controparte, in quanto subisce l'influenza di circostanze personali e sociali che gli rendono imprescindibile collocarsi sul mercato occupazionale: in breve, il livello d'interesse all'assunzione è inversamente proporzionale rispetto al potere contrattuale concretamente esercitabile dal lavoratore e, dunque, quanto più è marcata la sua fragilità sociale, tanto più vi è il rischio che il contenuto dell'accordo sia il frutto di un'imposizione unilaterale. Dall'altro, però, si era altresì sottolineato che la vulnerabilità, pur condividendo con lo stato di bisogno (e con lo stato di necessità, elemento che fino alla riforma del 2016 era accostato al primo nella disposizione incriminatrice) l'effetto di una riduzione dell'autonomia individuale, a ben vedere rientra tra i presupposti della condotta dei delitti degli articoli 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù) e 601 c.p. (tratta di persone)⁶⁴.

Volendo svolgere una rapida panoramica delle prese di posizione giurisprudenziali sul punto, la sentenza *Imran* valorizza, in proposito, la circostanza che i lavoratori sentiti durante le indagini preliminari avevano dichiarato di «aver accettato tali precarie condizioni di lavoro in quanto *non avevano trovato altre soluzioni lavorative*» e, tra l'altro, «di non essere in grado di comprendere il contenuto riportato in busta paga»⁶⁵, mentre nel caso *G.S. Painting* l'addebito provvisorio a carico degli indagati ravvisava lo stato di bisogno dei lavoratori nella «necessità di guadagnare comunque da vivere in un Paese straniero nel quale non avevano alcun mezzo di sostentamento, del quale non conoscevano o conoscevano a malapena la lingua, e in cui non potevano godere di un permesso di soggiorno stabile che consentisse loro di partecipare liberamente al mercato del lavoro»⁶⁶, circostanza poi confermata anche nella diversa sede delle impugnazioni cautelari, ove era evidenziata in proposito «la posizione di estrema vulnerabilità di costoro, siccome cittadini extra comunitari,

socialmente sradicati dal loro ambiente, la cui presenza in Italia è strettamente connessa allo svolgimento di un'attività lavorativa»⁶⁷.

Nelle sentenze *Sarker e Abdul Bari* – che rigettano ogni equazione tra mera condizione di irregolarità amministrativa e stato di bisogno del lavoratore – la sussistenza di quest'ultimo era argomentata dall'accusa sulla base di circostanze quali «l'accettazione da parte degli operai dell'imposizione di non denunciare eventuali infortuni sul lavoro, rinunciando alla copertura sanitaria ed assicurativa legalmente prevista», «l'esigenza di legittimare la loro permanenza nel territorio dello Stato mediante un rapporto di lavoro subordinato», «la difficoltà di comprensione della lingua italiana di molti di loro, costituente ostacolo fisiologico all'integrazione e alla ricerca di un posto di lavoro diverso» e, da ultimo, «la necessità di rinnovare il permesso di soggiorno grazie all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, sia pur a condizioni inique, purché con contratto regolare utile al rinnovo»⁶⁸.

Altrettanto emblematica della dinamica di tendenziale "sintesi probatoria" è la pronuncia *Svolazzo*, in cui è stata ravvisata una «congrua motivazione» dello stato di bisogno nel mero riferimento alla «situazione di clandestinità dei predetti, che li rendeva disposti a lavorare in condizioni disagiate»⁶⁹.

Si può notare, estrapolando le costanti di tale analisi casistica, come nell'ottica dello stato di bisogno – almeno in ipotesi di lavoratori extracomunitari – acquisiscano particolare rilievo fattori di ostacolo a una piena integrazione del lavoratore nel circuito socio-economico italiano, siano essi di natura materiale (la lingua) o giuridica (la titolarità di un valido permesso di soggiorno), che si attecchiano a perno su cui fa strumentalmente leva il datore di lavoro, nella prospettiva di ottenere l'effetto di compressione della libertà contrattuale del soggetto sfruttato.

Nel caso di caporalato/schiavitù della piana di Nardò⁷⁰, la condizione di bisogno/necessità era stata individuata nel fatto che si trattasse di «persone già in partenza vulnerabili [...] giunte in Italia con la prospettiva di un possibile lavoro che ben presto si è rivelata un miraggio», «ben presto trovatesi in stato di necessità in quanto digiune della lingua e della cultura italiane e prive di denaro, di alloggio, di sostentamento: una condizione di disperazione assoluta».

L'estrema gravità del quadro esistenziale delle persone offese era letta come emblema di un implicito stato di bisogno, posto che «qualsiasi ipotesi, anche estremamente difficoltosa o gravosa di lavoro, non importa se proveniente da caporali avidi di denaro, veniva necessariamente vista come una sorta di luce in fondo al tunnel, la sola possibilità di dare, in qualche misura, una svolta alla propria vita».

La già menzionata vicenda di caporalato affrontata dal giudice brindisino⁷¹ in parte concretizza gli accennati timori circa possibili "tracciati presuntivi" che potrebbe imboccare la giurisprudenza, se è vero che la pronuncia, nel motivare sullo stato di bisogno dei lavoratori, esordisce rilevando come nel caso di specie apparisse «indubbio che solo lavoratori oppressi dal bisogno o costretti dalla necessità potessero "sopportare" una situazione lavorativa così degradante».

Al contempo, peraltro, la sentenza motiva diffusamente *aliunde*, sulla base di specifiche circostanze ritenute espressive della situazione necessitante in capo alle persone offese, tra cui:

- a) la condizione di coniuge separato, destinatario di un assegno di mantenimento di esiguo ammontare, spesso non corrisposto, con due figli a carico e titolare di un mutuo (con rata di valore quasi pari all'assegno di mantenimento);
- b) lo stato di nullatenente, che usufruiva a titolo gratuito dell'abitazione di un congiunto, fatiscente e non dotata di sistema di riscaldamento, condivisa insieme a tre figli minorenni; il coniuge separato era detenuto in carcere e non versava alcun assegno di mantenimento per i figli;
- c) la situazione di convivenza, in immobile privo dei servizi elementari, con soggetto affetto da disturbi fisici e psichici e in un contesto culturale degradato e con tre figlie a carico (di cui una, disoccupata, aveva dovuto affrontare una gravidanza indesiderata);
- d) la mancanza dei mezzi e delle risorse necessarie per far fronte alle essenziali esigenze di vita (pagare il canone di locazione, le utenze dell'immobile, il carburante per l'automobile, l'acquisto di una lavatrice);
- e) la necessità di farsi carico di familiari disoccupati o in precarie condizioni di salute o di figli inabili al lavoro.

La sentenza *Repetto*, infine, riprende analoghi elementi del "contesto esistenziale" per ritenere

integrato lo stato di bisogno, in particolare dove rileva che i lavoratori «rappresentavano di essere obbligati a continuare a lavorare, pur in quelle condizioni così degradanti, in ragione delle loro precarie situazioni economiche, stante la necessità di mantenere le famiglie e di onorare i debiti contratti, i primi due anche in relazione al fatto che erano stranieri»⁷².

Criticità analoghe potrebbero porsi, attualizzando il dibattito, in ordine alla persistente situazione di crisi economica cui è soggetto da alcuni anni or sono il mercato di lavoro, se possibile ancora più acuita e resa drastica dallo *shock* occupazionale cagionato dalla pandemia da Covid-19, ove la condizione di difficoltà – assurda negli ultimi mesi talora a vera e propria indigenza – in cui versano i lavoratori potrebbe indurre a una notevole semplificazione e attenuazione probatoria del requisito dell'approfitamento datoriale, considerato che molti lavoratori, di fatto, potrebbero vedersi costretti, ai fini del sostentamento proprio e delle proprie famiglie, ad accettare “a scatola chiusa” offerte di impiego formulate a condizioni capestro⁷³.

4. Le direzioni del caporalato e i nuovi paradigmi dello sfruttamento. Il caporalato dell'economia legale.

L'analisi casistica appena illustrata restituisce un quadro applicativo del delitto di caporalato tutt'altro che coeso e uniforme, diviso tra uno “zoccolo duro” di tipicità modellato sulle manifestazioni più tradizionali e ancestrali dello sfruttamento e, su diverso piano, una piattaforma “magmatica” in piena fase di espansione, già pronta a reclamare un ruolo da protagonista al fianco delle più tradizionali *figurae criminis* chiamate a reprimere forme particolarmente invasive e penetranti di autentico abuso del fattore lavoro.

Si è assistito, in altri termini, a una transizione silente della fattispecie di caporalato dal comparto ancipite del settore agricolo verso contesti produttivi affini, ad alta densità occupazionale⁷⁴ – si pensi all'industria agroalimentare⁷⁵, all'edilizia⁷⁶ e al manifatturiero⁷⁷ – che, toccando anche il mondo dei servizi, si è spinta fino alle più sofisticate forme di sfruttamento radicate nel contesto della c.d. *gig economy*.

Il futuro dell'incriminazione, dunque, sembra orientato verso due direttrici applicative, che ne confermano la natura di fattispecie ad alto tasso di “flessibilità”, suscettibile cioè di adattarsi alle peculiarità strutturali di contesti lavorativi assai

eterogenei, anzitutto in termini di minore o maggiore distanza dai circuiti dell'economia legale. Non v'è dubbio, invero, che il delitto di caporalato manterrà un proprio innegabile radicamento nella realtà delle campagne italiane, atteggiandosi come “reato dei campi”⁷⁸, in ragione delle peculiarità occupazionali e produttive del comparto agricolo, le quali, se lette in controtuce rispetto agli indici di sfruttamento (legali) e di bisogno (giurisprudenziali), si atteggianno quale *benchmark* per valutare il processo evolutivo della fattispecie incriminatrice nel mondo del lavoro⁷⁹, pure in quei comparti organizzati all'insegna di più moderni e aggiornati modelli imprenditoriali⁸⁰.

Allo stesso tempo, il reato sembra destinato a confermarsi negli altri ambiti aziendali menzionati, caratterizzati da un grande afflusso di manodopera straniera e/o extracomunitaria e da un generale rapporto di fungibilità della prestazione lavorativa⁸¹, quali fattori suscettibili di innescare le dinamiche dello sfruttamento lavorativo e di svolgere una funzione catalizzatrice dello stesso, in modo da garantirne una indisturbata persistenza nel tempo. Sotto questo profilo, sembra tutt'altro che improbabile una ricaduta della “rete” del caporalato nel settore della logistica e dei trasporti⁸², ove il necessario rispetto delle discipline in tema di orari di lavoro, di sicurezza sul lavoro e di sicurezza della circolazione stradale devono fare i conti con le esigenze di speditezza e di celerità delle filiere commerciali, rispetto alle quali tali attività imprenditoriali fungono da veri e propri anelli di congiunzione⁸³.

Trattasi, invero, di settore altamente permeabile al modello organizzativo delle cooperative “mascherate”⁸⁴, che dietro l'apparenza dell'associazione dei lavoratori celano forme di intermediazione illegale di manodopera⁸⁵.

Altro schema ricorrente nella prassi consiste nella realizzazione di appalti illeciti di manodopera, in cui è attuata una dissociazione formale tra forza lavoro e soggetto utilizzatore, a copertura della titolarità sostanziale del reale rapporto lavorativo, attraverso la creazioni di veicoli societari “di carta”, deputati a meri “contenitori” di manodopera, i quali, al contempo, alleggeriscono le società in cui i lavoratori sono impiegati dagli oneri previdenziali e producono in capo a quest'ultime sensibili benefici fiscali⁸⁶.

Emblematico, in tal senso, è il caso dell'amministrazione giudiziaria recentemente disposta nei confronti di un importante operatore

del settore ortofrutticolo, il quale si avvaleva di un'articolata struttura di consorzi, appaltatori, e di cooperative, subappaltatrici, che agivano quali veicoli giuridici "di comodo", unicamente deputati a fornire manodopera per servizi di movimentazione e di logistica della frutta⁸⁷.

Il quadro indiziario valorizzato in sede di prevenzione, in particolare, evidenziava un sistema fraudolento realizzato con l'utilizzo metodico di tali cooperative, alternantesi tra di loro nel tempo, gestite per un breve periodo e poi messe in liquidazione, «al solo scopo di fungere da meri "serbatoi" di forza lavoro" e consentire ad una serie di consorzi (appaltatori) di fornire manodopera a basso costo, in quanto in evasione d'imposta, a svariati committenti».

La filiera lavorativa finita sotto la lente del giudice della prevenzione era fondata su uno schema triangolare ben consolidato: da un lato, il committente otteneva manodopera a prezzi vantaggiosi e altamente concorrenziali (in quanto, appunto, in evasione di imposta); dall'altro, i consorzi appaltatori, nel subappaltare le proprie commesse alle cooperative, ricevevano costi per servizi (con IVA a credito) e rifatturavano le prestazioni al committente (con IVA a debito), «neutralizzando di fatto la propria posizione fiscale»; dall'altro ancora, le cooperative eseguivano materialmente i lavori, fatturando ai consorzi (con IVA a debito), e, onde evitare una forte esposizione debitoria ai fini IVA, erano coinvolte in «cicli di false fatturazioni che consentono loro di compensare l'iva a debito, derivante dalle fatture emesse nei confronti dei consorzi, con crediti iva inesistenti», grazie anche al contributo di altre società "cartiere".

In tale panorama, secondo la prospettazione accusatoria accolta, le società cooperative figuravano come soggetti giuridici a tutti gli effetti non operativi, privi di un'effettiva struttura amministrativa e gestiti da meri prestanome per lo più sconosciuti agli stessi lavoratori – i quali, peraltro, a fronte della prassi di liquidazione seriale delle cooperative, ricomparivano sistematicamente tra le cariche delle società di nuova costituzione – utilizzati come meri "contenitori" di forza lavoro su cui scaricare gli oneri tributari, all'insegna di un vero e proprio *turnover* interno, che vedeva mutare la formale denominazione sociale del soggetto subappaltatore, ma nella sostanza lasciava immutata il substrato direttivo e umano (i lavoratori) coinvolto nel rapporto contrattuale.

Al di là dei profili di rilevanza penale-tributaria, nell'ambito di quello che è stato emblematicamente definito come "carosello delle società cooperative", si è ritenuto che i lavoratori fossero assoggettati a un regime riconducibile allo sfruttamento tipizzato dall'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p., vedendosi corrispondere retribuzioni in modo sproporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato, previa "derubricazione" del contratto collettivo di fatto applicabile per le prestazioni svolte (contratto di primo livello di pulizia/multiservizi) e sistematica opera di "trasfigurazione" della busta paga (riportante un numero di ore lavorate assai inferiore a quello reale), in un contesto di generalizzata violazione della normativa lavoristica (in tema di orario di lavoro, riposi, aspettativa obbligatoria, ferie e malattia); ancora, proprio il reiterato "passaggio di testimone" da una cooperativa all'altra, impediva qualsivoglia crescita del lavoratore in termini di miglioramento del livello contrattuale e, in ogni caso, avveniva senza che allo stesso fosse corrisposto, all'atto del licenziamento dalla cooperativa da porre in liquidazione, il trattamento di fine rapporto.

Nel caso di specie, poi, lo stato di bisogno dei lavoratori, per la quasi totalità extracomunitari, si prestava a essere oggetto di facile approfittamento da parte dei datori di lavoro, che non di rado, a fronte delle doglianze dei lavoratori, avrebbero posto l'*aut aut* del licenziamento, circostanza che può ben essere condensata nelle dichiarazioni rese in sede di sommarie informazioni da un lavoratore («mi veniva sempre risposto di accettare le condizioni altrimenti potevo andare via [...] dovevamo accettare perché qualora non avessimo accettato saremmo stati licenziati ed io con quattro figli ed una famiglia da mantenere, di fronte alla prospettiva di perdere il posto di lavoro accettavo tutte le condizioni e firmavo il contratto»).

Il disallineamento del sinallagma contrattuale, d'altra parte, era già stato ampiamente argomentato dall'autorità proponente, la quale, rilevato che le condotte di sfruttamento «hanno indubbiamente trovato terreno fertile nel fatto che la quasi totalità delle persone sfruttate sia di origine extracomunitaria», evidenziava come «tale condizione ha imposto agli sfruttati di accettare qualsiasi condizione lavorativa pur di ottenere un contratto di lavoro, formalmente regolare ma costantemente disapplicato, senza il quale sarebbe stato impossibile ottenere un permesso di soggiorno», in definitiva determinando in capo alle

persone offese, in una «situazione di oggettiva necessità», «una evidente posizione di svantaggio nei confronti del datore di lavoro». Ne seguiva, secondo la prospettazione accusatoria, che i lavoratori «abbiano dovuto per anni accettare i ricatti di chi [...] permetteva loro di continuare a maturare la speranza di una condizione di vita migliore rispetto a quella che era loro offerta in patria e nel migliore dei casi, di ottenere il ricongiungimento con le proprie famiglie lasciate nel paese di origine», nella spirale di un «circolo vizioso dal quale difficilmente era possibile venirne fuori»

Dal punto di vista dei fattori “spia” dello sfruttamento, era emerso che la società proposta per l’amministrazione giudiziaria, poi applicata, favorisse le dinamiche del caporalato impiegando lavorativo reclutati «attraverso il sistema contrattuale dell’appalto di manodopera con società cooperative [...] ma di fatto direttamente coordinati nella sede societaria operativa» anche tramite proprio personale dipendente, «così capitalizzando il guadagno di un intervento lavorativo sotto soglia retributiva nell’ambito del mercato e quindi della sopportazione di costi minori».

Un altro comparto produttivo potenzialmente ad alta permeabilità rispetto alle logiche dello sfruttamento lavorativo di manodopera è il settore del turismo e dell’industria ricettiva⁸⁸, ove il grande afflusso di lavoratori stagionali, adibiti a mansioni a limitato valore aggiunto, e la necessità di concentrare le prestazioni lavorative in un ristretto periodo temporale, nell’ambito di contesti operativi spesso “deformalizzati” (si pensi ai lidi balneari o alle attività di bar e ristoranti che affollano le principali località turistiche), si prestano a una strumentalizzazione nell’ottica della massimizzazione dei profitti, con il connesso arretramento delle garanzie a corredo del rapporto di lavoro (ricorso al lavoro “in nero”, *surplus* di ore lavorate in ragione delle esigenze dell’accoglienza turistica, mancato pagamento degli straordinari, messa a disposizione di soluzioni abitative non adeguate).

Lo sfruttamento lavorativo, tuttavia, sembra non avere confini di sorta, attestandosi quale fenomeno che taglia trasversalmente tutti i comparti produttivi, dalla ristorazione⁸⁹ alla pesca⁹⁰, dalla cantieristica navale⁹¹ alle case di riposo⁹², passando per i servizi di sicurezza per eventi⁹³ e di volantinaggio⁹⁴, fino alla raccolta degli indumenti usati⁹⁵.

Occorre poi evidenziare due ulteriori “itinerari applicativi” del delitto di caporalato, che, pur in

parziale controtendenza tra di loro, possono essere ricondotti a unità nel quadro del perimetro di tutela estesa e flessibile che l’incriminazione garantisce ai soggetti contrattualmente vulnerabili.

Anzitutto, come già segnalato all’indomani della riforma del 2016⁹⁶, il denunciato impoverimento contenutistico del fatto consentirebbe di puntare lo stigma dell’articolo 603-*bis* c.p. verso condotte estranee a un contesto di lavoro organizzato, tipicamente imprenditoriale, in modo da abbracciare anche comportamenti che risultino avere – se del caso, comunque, entro gli accennati limiti di durata delle violazioni indicizzate – natura occasionale.

Così, il ricorso a manodopera “in economia” per la realizzazione di comuni lavori e servizi domestici (si pensi, tra le altre, alle attività di giardinaggio, imbiancatura, muratura, pulizia, badante, *baby sitter*), se realizzato, come non di rado accade, con modalità deformalizzate in punto di garanzie lavoristiche, retributive, previdenziali e prevenzionistiche nei confronti di soggetti “deboli”, potrebbe integrare, ove protratto per un’apprezzabile lasso di tempo (circostanza non infrequente, trattandosi generalmente di prestazioni rese continuativamente o comunque ripetute, pur in un periodo predeterminato di inizio-fine del lavoro o del servizio), un’ipotesi di sfruttamento con contestuale approfittamento dell’altrui stato di bisogno; condizione, quest’ultima, che l’esperienza mostra essere talora ben nota al committente e, anzi, rappresenta spesso la ragione fondante, nell’ottica pur benevola dell’agente, la concessione di una *chance* lavorativa.

In diversa prospettiva, come già anticipato in premessa, il reato dell’articolo 603-*bis* c.p. ha mostrato un notevole “spirito di adattamento” in contesti imprenditoriali leciti, anche complessi, strutturati e di assoluto primo piano nei settori produttivi di riferimento, ben lontani dall’archetipo del modello criminologico del caporalato nero. Si allude alle vicende giudiziarie che hanno riguardato alcuni noti *player* multinazionali, rispettivamente, della logistica e del *delivery*, oggetto di provvedimenti di amministrazione giudiziaria (articolo 34 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, c.d. Codice antimafia) emessi dal tribunale milanese, le quali hanno richiamato l’attenzione sulle fattispecie di c.d. caporalato grigio o – sia concessa l’espressione antinomica – di caporalato “contrattualizzato”, caratterizzato da manifestazioni di sfruttamento, certo meno eclatanti dal punto di

vista della loro espressione fenomenica, ma non meno invasive in termini di assoggettamento lavorativo delle persone offese.

Nel caso di *Ceva Logistics Italia*⁹⁷, la misura di prevenzione antimafia trovava fondamento nel consolidato ricorso da parte della società utilizzatrice – in particolare presso la “Città del libro” situata nel pavese – a un «carosello di società cooperative fittizie», identificate come unico soggetto economico che trovava il proprio *dominus* proprio nella committente, la quale si avvaleva dei servizi di facchinaggio e di movimentazione delle merci, fornendo direttamente le direttive gestionali e decisionali, all’insegna di un «regime di sopraffazione retributivo e trattamentale» in cui ricorrevano gran parte degli indici di sfruttamento in danno dei lavoratori (minaccia del licenziamento, turni di lavoro di dodici ore, retribuzioni sproporzionate *in peius*, straordinari imposti, riposi settimanali e ferie negati)⁹⁸. In breve, come osservato dalla Cassazione in sede cautelare nella medesima vicenda, «una sistematica deprivazione dei diritti basilari propri della loro condizione»⁹⁹.

Si noti come la misura dell’amministrazione giudiziaria è stata da ultimo revocata¹⁰⁰, in anticipo di alcuni mesi rispetto alla sua scadenza naturale, a fronte dell’adozione di un nuovo modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e di nuovi presidi procedurali di selezione, qualifica e monitoraggio delle terze parti specializzate nella fornitura di servizi logistici.

Sul punto, il giudice ha rilevato come «sul piano della revisione del modello organizzativo di gestione e controllo, la società in amministrazione giudiziaria abbia osservato tutto il periodo prescrizione in punto di rivisitazione e attualizzazione del progetto e come tale anche l’obiettivo di rilegalizzazione debba ritenersi raggiunto» e, dunque, ha conclusivamente argomentato come «la misura dell’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche abbia determinato concreti effetti sul piano di una consistente bonifica aziendale di CEVA Logistics Italia che può presentarsi sul mercato della logistica, mercato fortemente caratterizzato da zone di vasta irregolarità, con un nuovo modello di gestione e organizzativo univocamente orientato a favorire situazioni di trasparenza e legalità nei rapporti negoziali e nella somministrazione dei servizi, avendo svolto in tale prospettiva uno sforzo di programmazione ed economico di primaria rilevanza».

La conferma della dimensione prettamente “contrattuale” del caporalato grigio si ravvisa nell’altro caso esaminato dal giudice della prevenzione milanese, di poco successivo, che ha interessato *Uber Italy*¹⁰¹, in relazione all’impiego lavorativo dei *rider* – anche per il tramite di alcuni soggetti intermediari (*fleet partner*) – per lo svolgimento di attività di *food delivery* nelle principali città italiane¹⁰². La vicenda ha segnato un primo e deciso affondo giudiziario, pur entro le maglie della disciplina antimafia, nelle peculiari dinamiche della c.d. *gig economy*¹⁰³, tanto da aver condotto la letteratura a inaugurare la nuova categoria – penalistica, ma non solo – del c.d. caporalato digitale¹⁰⁴.

Il tratto inedito e al contempo più caratterizzante di tale *species* di caporalato risiede nelle modalità della condotta e, nel dettaglio, attiene all’ingresso delle logiche ancestrali dello sfruttamento lavorativo nel contesto dei più moderni e aggiornati strumenti di reclutamento e avvio al lavoro massivo, in particolare attraverso l’utilizzo di piattaforme telematiche idonee a fungere da *medium* spersonalizzante tra domanda e offerta di manodopera.

Nel caporalato digitale – ove il rapporto di lavoro è informato a canoni di flessibilità, smaterializzazione del luogo di lavoro e fluidità delle qualifiche datoriali¹⁰⁵ – l’impiego di indicatori algoritmici o comunque automatizzati di *performance* del capitale umano procede di pari passo con il fenomeno di urbanizzazione dello sfruttamento, segnando un allontanamento ideologico, oltre che fisico, dalla realtà remota del mondo agricolo e, in definitiva, un cambio di paradigma della fattispecie concreta, che impone una rinnovata verifica circa la sua sussumibilità al di sotto del “cappello” legislativo fornito dall’articolo 603-*bis* c.p.

Il caso di specie – ampiamente noto, oltre che condiviso nella comune esperienza quotidiana, atteso il vertiginoso incremento nell’uso di servizi di consegna a domicilio determinata dalle restrizioni nel periodo di emergenza sanitaria da Covid-19 (fonte di «reclutamenti a valanga e non controllati») – riguardava i ciclofattorini impiegati dalla società di *delivery* nell’ambito di un rapporto di lavoro apparentemente autonomo, ma di fatto ancorato a un vincolo di subordinazione o comunque di parasubordinazione e, in ogni caso, secondo le contestazioni avanzate, improntato a un’indebita prevaricazione lavorativa.

I lavoratori – per la gran parte soggetti extracomunitari o addirittura migranti richiedenti asilo, talora collocati presso centri di accoglienza e «scelti in aree di particolari fragilità soggettiva e sociale in quanto provenienti da Paesi territorio di conflitti civili e razziali» – si vedevano di fatto obbligati, in ragione delle proprie condizioni di vulnerabilità e di isolamento sociale, pena l'esclusione dal circuito delle consegne, ad accettare un rapporto lavorativo fortemente squilibrato, al limite del vessatorio, concretantesi nella corresponsione di compensi irrisori, accompagnata dalla sistematica sottrazione delle mance corrisposte dai clienti tramite la piattaforma digitale, se non addirittura nell'omesso versamento, a titolo "punitivo", di quanto dovuto. Ancora, a fronte di «un numero di corse non compatibili con una tutela minima della condizioni fisiche del lavoratore», i *rider* erano pagati "a cottimo" per consegna, a prescindere dalle ore di connessione alla piattaforma, dai chilometri percorsi, dalle condizioni meteo e dalle ore di lavoro notturno e durante i giorni festivi, con sistematiche decurtazioni in caso di "inefficienza" del fattorino (identificata nella mancata accettazione di consegne superiore al 95% e in un tasso di cancellazioni superiore al 5%).

Il sinallagma contrattuale era palesemente sbilanciato in favore della società a capo della piattaforma digitale, giacché l'intrinseca debolezza negoziale dei *rider* li induceva ad accettare documenti contrattuali "fantasma", modificabili in senso peggiorativo *ad libitum* del datore di lavoro, e a soggiacere ai penetranti poteri di eterodirezione della società, che, a fronte di un'autonomia "di facciata" del lavoratore e di un'interposizione soltanto fittizia dei *fleet partner*, si riteneva abilitata a "tagliare fuori" dal sistema telematico – mediante blocco dell'*account* della piattaforma – il *rider* "dissenziante" che non ottemperasse alle rigide indicazioni del gestore o che si "permettesse" di chiedere chiarimenti sui pagamenti.

Se i profili preminenti dello sfruttamento si collocavano nella sfera di gestione contrattuale della prestazione lavorativa dei *rider*, non sorprende che il programma prescrizioneale rivolto all'amministrazione giudiziaria e, successivamente, la revoca della misura siano passati attraverso un processo di profonda riorganizzazione aziendale, attuata con l'adozione di un «sistema di controllo interno "rafforzato"» e, per quanto di maggior interesse, nel contesto del modello organizzativo

adottato ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, di una serie di protocolli di prevenzione del rischio reato, tra cui in particolare quelli dedicati ai «rapporti con i corrieri» (che prevede quale *standard* operativo il divieto di utilizzo di *fleet partner*, con instaurazione di un rapporto diretto tra società e *rider*) e alla «salute, sicurezza sul lavoro e ambiente» (comprendente una decisa stretta sull'adozione e sull'utilizzo da parte dei *rider* dei dispositivi di protezione individuale; nonché la somministrazione di formazione in materia di sicurezza stradale, sicurezza sul lavoro e igiene alimentare e un sistema di monitoraggio degli incidenti stradali e degli infortuni sul lavoro¹⁰⁶), e, naturalmente, attraverso una profonda attività di «revisione dei contratti» (con la previsione di compensi «mediamente superiori ai livelli previsti dal contratto collettivo nazionale e tali da annullare decisamente quel riferimento di sfruttamento economico della prestazione lavorativa che aveva costituito uno dei presupposti fattuali e giuridici per la configurazione del delitto»)¹⁰⁷.

Al di là della rilevanza mediatica della vicenda, il caso *Uber Italy* si segnala per un peculiare approccio del giudice milanese, che ha inteso rifuggire dal *trend* ormai consolidato nella giurisprudenza in materia di caporalato – generalmente ripiegata su una lettura del fatto concreto attraverso il ristretto novero degli indici di sfruttamento "nominati" – evitando di cercare un *match* puntuale tra emergenze indiziarie e circostanze menzionate nell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p., sforzo interpretativo che regala senz'altro una prospettiva peculiare e a tratti inedita del delitto, sia dal punto di vista strettamente penalistico, che della sua allocazione nell'odierno contesto economico e sociologico.

Il mondo del caporalato "digitale" – che rappresenta la frontiera più avanzata per l'analisi del delitto previsto dall'articolo 603-*bis* c.p.p. – fornisce altresì l'*assist* per uno spunto interpretativo che, seppur non ancora esplicitamente colto e valorizzato nelle motivazioni dei provvedimenti a oggi disponibili in materia, potrebbe rivelarsi in grado di arricchire la tipicità "aperta" (siccome agevolata dal ricorso agli indici di sfruttamento) dell'incriminazione.

Si pone l'interrogativo, cioè, se le dinamiche del caporalato "digitale" – con tutto quel che esso importa in termini di informatizzazione del rapporto lavorativo e delle connesse metodologie di sfruttamento – consentano di individuare una nuova forma di fenomenizzazione dell'indice relativo

all'impiego di «metodi di sorveglianza [...] degradanti».

Si allude, in particolare, all'impiego da parte del datore di lavoro di strumenti digitali sempre più evoluti e sofisticati, che, nati per condivisibili motivazioni di organizzazione e di ottimizzazione del ciclo lavorativo (dei *rider*, ma l'esempio potrebbe essere facilmente replicabile nella filiera operativa delle grandi realtà multinazionali dell'*e-commerce*) e inseriti nell'ambito di un'offerta commerciale al consumatore votata a garantire l'esperienza di un servizio sempre più *custom made*, sono in grado di trasformarsi in catalizzatori "mascherati" di sfruttamento.

Il riferimento corre alle note peripezie del c.d. algoritmo *Frank*, balzato all'attenzione dei *media* nella vicenda riguardante un altro colosso delle consegne a domicilio (*Deliveroo*) e oggetto di approfondita analisi nel contenzioso lavoristico azionato dalle organizzazioni sindacali di riferimento dei *rider*¹⁰⁸.

Una necessaria premessa descrittiva deve essere svolta al fine di illustrare, dapprima, le concrete modalità di funzionamento dell'algoritmo, per verificare, in un secondo momento, se tale strumento sia sussumibile nella tipicità indicizzata dell'articolo 603-bis c.p., come inedito *tool* di sfruttamento; infine, per il caso di risposta positiva, si tratta di individuare lo specifico profilo di sfruttamento in astratto realizzabile mediante il ricorso a un siffatto algoritmo.

Da un punto di vista generale, come emerso in giudizio, l'algoritmo – almeno fino al suo definitivo abbandono, avvenuto alla fine del 2020 – attuava una distribuzione del lavoro usando le funzionalità di una piattaforma digitale, la quale, attraverso un complesso sistema di pianificazione, consentiva di gestire i flussi di "chiamate" tra i lavoratori che preventivamente si fossero resi disponibili prenotando le sessioni (fasce orarie, definite *slot*), rese disponibili entro il limite del fabbisogno dalla stessa programmato.

Nel dettaglio, la piattaforma di *Deliveroo* era basata su un servizio flessibile di prenotazione, nella disponibilità del *rider* interessato a ricevere proposte di servizio, cui lo stesso poteva accedere attraverso apposita *app* installata sul proprio *smartphone*, attraverso un profilo personalizzato che consentiva al lavoratore di registrarsi e accedere a un sistema selettivo di prenotazione delle sessioni di lavoro.

Il flusso delle proposte di servizio seguiva due canali alternativi – e all'apparenza neutri in termini di offerta lavorativa e di *chance* di impiego – l'uno chiamato "servizio flessibile di prenotazione *self-service*" (SSB, *self-service booking*), l'altro costituito da un servizio di prenotazione "in tempo reale" con il sistema denominato "*free log-in*".

Oggetto peculiare delle censure dei ricorrenti era proprio il sistema di prenotazione SSB, il quale prevedeva la possibilità per i *rider*, a inizio settimana (ogni lunedì), di accedere al calendario delle sessioni riferite alla settimana successiva e prenotare gli *slot* di lavoro in cui ricevere proposte di servizi (nonché l'area o le aree in cui effettuare le consegne). Detto sistema di prenotazione, infatti, non era affatto casuale e "paritario", giacché i *rider* non avevano accesso al calendario tutti nello stesso momento, ma in tre orari diversi (rispettivamente, lunedì mattina, primo pomeriggio del lunedì o tardo pomeriggio del lunedì). La definizione della fascia di accesso alle prenotazioni dipendeva da due differenti, ma cumulativi indici di prenotazione: da un lato, l'indice di affidabilità, calcolato sul numero delle occasioni in cui il *rider*, pur avendo prenotato una sessione, non aveva partecipato (ove per "partecipazione" si intendeva l'avvenuto *login* tramite *app* entro i primi quindici minuti dall'inizio della sessione lavorativa); dall'altro, l'indice di partecipazione nei picchi, determinato in base alle occasioni in cui il *rider* si rendeva disponibili per gli orari "di punta" (tendenzialmente, nei fine settimana, in orario di cena), più rilevanti per il consumo di cibo a domicilio. La combinazione dei due indici consentiva di attuare una vera e propria "profilazione lavorativa" dei *rider*, ossia era in grado di determinare le loro "statistiche" mediante l'attribuzione di un "punteggio" (il c.d. *ranking* reputazionale), funzionale all'accesso in una delle tre diverse fasce del sistema di prenotazione SSB; e ciò secondo logiche preferenziali gradatamente decrescenti, nel senso che i *rider* con statistiche migliori potevano aggiudicarsi la prima fascia di prenotazione, e così "a scendere" per le fasce successive, con il dettaglio di fondamentale importanza, tuttavia, che gli *slot* disponibili per le prenotazioni si riducevano progressivamente nel tempo, mano a mano che i *rider* "privilegiati" avessero esaurito, occupando, le sessioni libere della settimana successiva.

Nella sostanza, dunque, i *rider* che, causa *ranking* basso, avevano accesso al sistema SSB nelle ultime fasce orarie di prenotazione finivano, come costante,

per avere occasioni di lavoro ridotte in termini di ampiezza temporale dello *slot* in cui ricevere richieste di consegna.

Ebbene, tanto premesso in punto di funzionamento dell'algoritmo, la problematica risiedeva evidentemente nell'effetto preclusivo al lavoro – e di progressiva emarginazione dai turni – che tale sistema produceva nei confronti di quei *rider* che, per le ragioni più svariate e finanche legittime, avessero “mancato” una o più sessioni.

Si poneva, in tal senso, l'ipotesi del *rider* che, volendo aderire a un'iniziativa sindacale di sciopero e così astenersi dalla prestazione, si vedeva comprimere notevolmente il proprio margine di autodeterminazione lavorativa, alla luce dell'effetto inibitorio che la “spada di Damocle” della valutazione di “affidabilità” produceva in capo a esso, in termini di drastica riduzione del suo punteggio (la sessione, ove non cancellata con un certo anticipo, era computata come “non lavorata”) e, a cascata, sulle possibili future occasioni di lavoro determinata dalla retrocessione nelle fasce di priorità.

Tra l'altro – ulteriore aspetto di ostacolo alla libera determinazione lavorativa del *rider* – il sistema di prenotazione era strutturato in modo che il lavoratore, per “loggarsi”, dovesse necessariamente trovarsi all'interno dell'area geografica (zona di lavoro) in relazione alla quale aveva prenotato la sessione.

Ne derivava, dunque, che il *rider* intenzionato ad aderire allo sciopero – o, allo stesso modo, colui che fosse impossibilitato a rendere la prestazione per malattia – per evitare la penalizzazione nelle statistiche, avrebbe dovuto comunque recarsi, tempestivamente, nella zona di lavoro per “loggarsi”, di fatto vedendosi costretto a presentarsi sul luogo di lavoro, in contrasto con l'essenza stessa delle garanzie in materia di astensione collettiva dal lavoro (o di malattia, o ancora, di *handicap* o di assistenza a domicilio della prole)¹⁰⁹; senza che il sistema di prenotazione consentisse di valorizzare tali esigenze connesse ai diritti fondamentali del lavoratore, in quanto deliberatamente ispirato a un criterio – variamente definito nella pronuncia – di “incoscienza” e di “cecità” delle statistiche.

Se tali caratteristiche dell'algoritmo hanno condotto il giudice del lavoro bolognese a riconoscere, almeno *de praeterito*, la discriminatorietà del sistema di accesso alle fasce di prenotazione delle sessioni di lavoro, si tratta ora di comprendere – al di là della vicenda concreta, nell'ottica delle evoluzioni di breve

periodo del caporalato digitale – se e in quale misura i raffinati strumenti tecnologici oggi (e in futuro) a disposizione nei più avanzati contesti produttivi siano suscettibili di interferire con le dinamiche incriminatrici sottese all'articolo 603-*bis* c.p., se del caso con gli stessi indici di sfruttamento del comma 3.

Di primo impatto, l'indice apparentemente più coinvolto dalla progressione digitale dell'organizzazione del fattore produttivo umano sembrerebbe essere quello, lessicalmente ampio, relativo alle «condizioni di lavoro», le quali potranno colorarsi dal punto di vista qualitativo, risultando in concreto «degradanti», nella misura in cui il mezzo tecnologico, da *utility* volta all'ottimizzazione delle risorse produttive, debordi in strumento atto a determinare, più o meno deliberatamente, una tangibile *deminutio* delle tutele fondamentali poste a corredo del rapporto di lavoro.

Peraltro, nulla toglie che, soprattutto nelle ipotesi in cui il *vulnus* arrecato risulti meno grave e pronunciato (e dunque privo di portata autenticamente degradante), lo strumento digitale in concreto adottato sia apprezzabile ancor prima sotto il profilo strettamente “regolatorio”. In questo senso, infatti, non può escludersi che la violazione delle prerogative poste dalla normativa lavoristica o comunque dalla contrattazione collettiva – che seguono, alla stregua di un postfatto, all'impiego di mezzi di organizzazione del processo produttivo potenzialmente invasivi della sfera delle garanzie riconosciute ai lavoratori – possa indurre l'interprete a ripiegare sugli indici maggiormente “oggettivizzati” dei numeri 1), 2) o 3) della disposizione.

Da non sottovalutare, poi, che il sistema di prenotazione/gestione della prestazione di lavoro tramite utilizzo di *account* digitali (o comunque di analoghi sistemi informatici) nominativi, associati a meccanismi di tracciamento del lavoratore (magari predisposti in via surrettizia e/o previsti al fine di consentire l'accesso alle sessioni lavorative), potrebbe integrare una circostanza atta a rivelare la «sottoposizione del lavoratore a [...] metodi di sorveglianza [...] degradanti».

Uno spunto, in questa direzione, può essere rinvenuto nella vicenda – portata all'attenzione, per i profili *privacy*, del Garante per la protezione dei dati personali – riguardante l'operatore *Foodinho*, gestore dell'altrettanto nota piattaforma di *delivery* *Glovo*¹¹⁰, in cui, seppur fossero individuabili profili di

analogia con il caso *Deliveroo* quanto all'utilizzo di un algoritmo fondato sull'attribuzione di un punteggio ai *rider* quale strumento per l'accesso al sistema di prenotazione delle sessioni di lavoro, un aspetto non meno rilevante atteneva alle prerogative di localizzazione dei lavoratori in capo alla società.

Infatti, era emerso che la piattaforma consentiva di visualizzare i dati dei *rider* di tutti i Paesi in cui l'*app* Glovo era attiva e, in particolare, presentava una funzionalità di *live map* capace di monitorare in tempo reale, con relativo sistema di *positioning*, gli ordini in corso e i *rider* attivi nello *slot* temporale selezionato, seppur limitatamente a quando il lavoratore era attivo nel turno prescelto, per individuare il *rider* più vicino alla posizione del ritiro; di modo che la memorizzazione della posizione si attivava solo durante un ordine in corso (cioè fra l'accettazione dell'ordine e la consegna dello stesso). L'istruttoria condotta aveva evidenziato, altresì, come *Foodinho* raccogliesse, in fase di gestione degli ordini, non solo i dati di posizionamento (con rilevazione della posizione geografica attraverso GPS ogni quindici secondi), ma anche i dati relativi alle comunicazioni via *email* e *chat* dei lavoratori con il *call center* di assistenza, nonché i dati esterni riferiti alle telefonate (conservate dalla capogruppo), con possibilità di accedere al contenuto delle conversazioni, senza tra l'altro aver proceduto a una previa valutazione di impatto ai sensi dell'articolo 35 GDPR.

Sul punto, era lo stesso Garante a evidenziare, pur ai limitati fini del procedimento sanzionatorio *privacy*, come «dai trattamenti effettuati da *Foodinho* mediante la piattaforma digitale possano derivare rischi per i diritti e le libertà degli interessati», atteso che essi involgevano – riprendendo in ciò il considerando n. 75 del GDPR in tema di profilazione – la valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l'analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali.

Pertanto, pur se in forma dubitativa, sembra potersi prospettare una speciale manifestazione del caporalato digitale, attuata, nell'odierno contesto della *gig economy*, mediante «metodi di sorveglianza» invasivi, che trovano naturale sviluppo in contesti di marcata asimmetria informativa nel rapporto tra lavoratore e datore di lavoro; insomma, un "caporalato dei dati", che trova quale sotto-indice di sfruttamento la violazione congenita della

normativa *privacy* – non solo in materia di controlli a distanza, ma anche in tema di profilazione o, ancora, di legittimo accesso ai dati delle comunicazioni, "interni" ed "esterni" – che pone il lavoratore, ancorché eventualmente consapevole di essere esposto a forme di monitoraggio (come in effetti eccettuato nella vicenda *Foodinho*), in uno *status* di oggettivo assoggettamento continuativo, preludio di una condizione di sfruttamento.

Quale ultimo spunto di analisi, infine, sembrano esservi spazi affinché la fattispecie di caporalato possa coronare il proprio processo di "incardinamento" nell'odierno modello socio-economico – così prendendo definitivamente le distanze dall'archetipo (pur sempre vivente) legato al contesto produttivo agricolo – seguendo come ulteriore direttrice il settore del terziario, quale vera e propria "terra di mezzo" a elevata deregolazione tra la fase della formazione e il mondo del lavoro.

Si allude – come tra l'altro già prospettato in dottrina¹¹¹ – all'impiego di tutti quegli strumenti normativi che dovrebbero garantire una "porta di entrata" nell'universo lavorativo – *stage*, praticantati professionali e altre forme di collaborazione simili – in cui il prestatore, spesso e volentieri anche in possesso di una notevole qualificazione professionale, si vede costretto, in ragione di una congiuntura economica negativa, oggi ancor più acuita dalla crisi legata all'emergenza epidemiologica e di una domanda conseguentemente crescente, ad accettare occasioni di lavoro *nummo uno* (o, addirittura, a titolo di fatto gratuito, nella speranza di un successivo inserimento più stabile nella struttura organizzativa di riferimento), nell'ambito di regimi regolatori talora altamente deformalizzati o, comunque, "flessibilizzati" in sede di applicazione pratica.

Si ponga mente alla condizione-tipo di un giovane il quale, in possesso di un diploma universitario di laurea, magari conseguito all'esito di un brillante percorso di studi, e spinto dalla naturale prospettiva di conseguire un determinato titolo professionale (per ciò vincolato a svolgere un periodo di tirocinio/praticantato obbligatorio), si trovi di fatto costretto a prestare quotidianamente la propria attività, a tutti gli effetti lavorativa, a condizioni "fuori mercato" (compenso irrisorio, se non nullo, o comunque del tutto inadeguato all'impegno e al monte delle ore lavorate; nei casi-limite, mancato rimborso delle spese), magari pure dopo essere emigrato dalla città di origine alla ricerca di migliori

opportunità di vita e con onere di mantenimento a proprio esclusivo carico.

Trattasi di scenario affatto realistico, soprattutto in determinati contesti territoriali ovvero in realtà professionali ancorate a un atavico e anacronistico rapporto di *dominium*, in cui l'annichilimento economico del professionista è legittimato, oltre che da un'inadeguata regolazione normativa – affidata, come in ambito forense, a sparute disposizioni di matrice deontologica, a limitata, se non nulla, efficacia ed effettività – dall'unilaterale valorizzazione dell'apporto formativo impartito, a surroga di una reale retribuzione.

Ebbene, in un'ipotesi del genere, anche alla luce dell'accennato orientamento che allenta le briglie dell'accertamento giudiziale dello stato di bisogno, vi è da chiedersi se, naturalmente in casistiche limite, non possano trovarsi analogie con il prototipo penalistico, tipizzato dalla giurisprudenza, del lavoratore che, *non* trovandosi in una situazione di *bisogno* inteso in *termini assoluti, pur di emergere* e comunque di *migliorare* la propria condizione di vita originaria o almeno di *soddisfare le proprie esigenze primarie*, acconsenta, ancorché pienamente consapevole, a un trattamento lavorativo deteriore: il quale, se formalmente può anche non realizzare le violazioni normative richiamate dall'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p., nondimeno, nell'ottica dell'incriminazione, dovrebbe richiamare l'interprete a una riflessione sull'accettabilità delle condizioni di lavoro cui è assoggettato l'interessato.

Potrebbe così affacciarsi, nel dibattito interno alle evoluzioni applicative dell'articolo 603-*bis* c.p., una nuova forma di caporalato "bianco", che, al di sotto della formale copertura di rapporti lavorativi in tutto leciti, cela nella realtà una sostanziale elusione delle garanzie associate al rapporto di lavoro, quale che sia l'etichetta attribuita al prestatore e all'attività da esso svolta; una fattispecie "in penombra", capace di produrre una contaminazione delle logiche che dovrebbero assistere un mercato – anche quello dei servizi intellettuali – realmente concorrenziale, che trova linfa nella strumentalizzazione non tanto di un'ontologica condizione di vulnerabilità soggettiva della persona offesa, quanto più in una sopravvenuta, transitoria e oggettiva situazione di cogente inferiorità contrattuale della stessa, in un regime di generalizzato squilibrio nei rapporti di forza tra le parti.

5. Conclusioni. Le misure di *enforcement* esogeno ed endogeno.

In chiusura di trattazione, si ritiene doveroso dare opportuno risalto ad alcuni strumenti che – ad avviso di chi scrive – ancor prima che perseguire l'ambizioso obiettivo della prevenzione del fenomeno del caporalato, sembrano in grado piuttosto di assicurarne una "gestione", *ex ante* ed *ex post*, svolgendo altresì una funzione che si potrebbe dire "conformativa" del tessuto economico-imprenditoriale in cui si annidano i rischi maggiori di concretizzazione del reato.

Da un lato, infatti, la crescente attenzione che destano, anche a livello mediatico, le ricorrenti vicende di sfruttamento lavorativo ha indotto gli attori istituzionali a ricorrere a una normazione secondaria, di stampo convenzionale, finalizzata a porre le basi affinché le prestazioni lavorative, in determinati contesti sensibili, siano rese in un regime "garantito" e, in ultima analisi, in un mercato ispirato alle logiche concorrenziali.

Di ampio respiro, anche in ragione dei soggetti istituzionali che vi hanno contribuito, è il Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato (triennio 2020 – 2022), elaborato nel contesto dell'apposito Tavolo istituito in seno al Ministero del Lavoro¹¹², che costituisce l'organismo di coordinamento a livello nazionale responsabile per l'indirizzo, la programmazione delle attività istituzionali e per il monitoraggio dell'attuazione degli interventi previsti nel Piano Triennale.

Il Piano, nell'ambito di un'azione di collaborazione interistituzionale, prevede una strategia articolata in una prima fase di analisi del fenomeno del caporalato nel settore agricolo, cui segue un programma di interventi "urgenti" (riferiti alle aree più critiche) e, infine, un'azione di sistema che abbraccia tutto il territorio nazionale.

Quest'ultimo profilo attuativo di portata nazionale, a propria volta, si dipana in quattro direttrici di azione – riguardanti la prevenzione, la vigilanza e il contrasto al fenomeno, la protezione e l'assistenza per le vittime e la loro reintegrazione socio lavorativa – definendo per ciascuna di esse un quadro di misure che coinvolgono, in un modello di *governance* multilivello, le diverse amministrazioni a livello centrale, regionale e locale.

Quanto al tema della vigilanza, il Piano propone di individuare aree geografiche prioritarie su cui concentrare l'attività ispettiva, lo svolgimento di

indagini sullo sfruttamento lavorativo all'insegna del coordinamento tra i vari enti preposti alle attività di vigilanza, la raccolta e analisi di informazioni gestite dalle varie amministrazioni e la disponibilità di risorse appropriate allo svolgimento delle attività di vigilanza e contrasto.

Gli snodi fondamentali attraverso cui è destinata a muoversi l'attività di vigilanza, dapprima in sede ispettiva ed eventualmente nel contesto delle indagini penali, consistono nell'analisi delle tipologie di imprese da sottoporre a ispezione e nell'identificazione di elementi riconducibili a forme di illecito o di occultamento di manodopera (quali fatturato non congruo con la forza lavoro; presentazione dei bilanci; iscrizioni alla Camera di Commercio; elenco delle realtà datoriali appartenenti alla categoria delle "imprese senza terra") e nella valorizzazione, ai fini di coordinamento, di strumenti già esistenti ma poco utilizzati, quali il Registro unico dei controlli ispettivi presso il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali o il fascicolo aziendale del Sistema Informativo Agricolo Nazionale. Di pari passo, l'attività di vigilanza e contrasto, in un'ottica di potenziamento e di efficacia degli strumenti di indagine, presuppone il ricorso a sistemi innovativi di controllo, quali ad esempio il rilevamento satellitare e l'uso di droni.

La "fase 2" del Piano Triennale ha visto la recente approvazione del Protocollo d'intesa per la prevenzione e il contrasto dello sfruttamento lavorativo in agricoltura e del caporalato (14 luglio 2021), in cui sono stati formalizzati gli impegni a carico di ciascun soggetto istituzionale (Ministero dell'Interno, Ministero del Lavoro, MIPAAF, ANCI), al fine di «favorire l'attivazione di più efficaci sinergie interistituzionali dalle quali possa derivare, anche in sede locale e, in particolare, nelle aree qualificate a più elevato rischio di sfruttamento lavorativo, un dinamico avanzamento dell'attuazione delle misure previste dal Piano triennale e di quelle comunque individuate sul territorio coerenti con gli obiettivi del Piano medesimo, nonché a promuovere la realizzazione e la diffusione di progetti provenienti da associazioni di categoria operanti nel settore dell'agricoltura, ritenute di particolare rilevanza».

Sull'onda del *trend* appena illustrato, si sta assistendo a un'implementazione anche a livello territoriale di protocolli d'intesa parimenti finalizzati al contrasto e, ove possibile, alla prevenzione del fenomeno del caporalato, quale modello operativo

che già all'indomani della riforma del 2016 aveva trovato un proprio archetipo limitato ad alcune specifiche aree del sud Italia ritenute maggiormente esposte al rischio di caporalato¹¹³.

Se già la Regione Puglia¹¹⁴ e poi la Regione Veneto¹¹⁵ avevano prodotto un primo documento recante un programma di azioni concrete per fronteggiare il fenomeno, in questa stessa direzione si è mossa recentemente la Regione Umbria, che nel documento sottoscritto con enti pubblici (Ispettorato interregionale del Lavoro di Roma, Direzioni Regionali di INPS e INAIL, ARPAL Umbria), principali sigle sindacali e associazioni rappresentative di categoria, ha previsto l'istituzione di una "cabina di regia" regionale per la predisposizione di un coordinamento di un piano strategico comune, che tra l'altro contempla un'azione di stimolo verso l'adozione di *best practice* e linee guida regionali per promuovere condizioni di lavoro dignitose, nonché un'attività di analisi e studio sulle dinamiche e sui processi che favoriscono le infiltrazioni criminali nella filiera agricola, non mancando di ipotizzare l'adozione di meccanismi e incentivi premianti per le imprese "virtuose"¹¹⁶.

Secondo modalità analoghe ha operato la Regione Toscana, che ha adottato un nuovo "protocollo sperimentale" per l'anno 2021¹¹⁷, séguito dei precedenti accordi già formalizzati a partire dal 2016, in cui è dato significativo rilievo, tra l'altro, alla premessa che «la prevenzione e il contrasto alle forme d'irregolarità nei rapporti di lavoro rappresentano una misura di tutela anche nei confronti delle imprese agricole che, soprattutto nelle attività caratterizzate da stagionalità, devono ricorrere a società esterne con le quali stipulare contratti di appalto e che possono diventare a loro volta vittime di eventuali pratiche irregolari nella gestione dei rapporti di lavoro effettuati dall'appaltatore, stante l'articolato regime di responsabilità solidale per le inadempienze dell'appaltatore che l'ordinamento pone a carico dei committenti».

A tal fine, nel variegato piano di misure ivi definito, risalta la promozione della «responsabilità sociale delle imprese», «anche mediante semplificazioni amministrative e agevolazioni fiscali», coniugata nei termini di «adozione volontaria da parte delle imprese di sistemi di gestione aziendale, anche integrati tra loro, che certificano il rispetto delle norme di qualità, ambiente, responsabilità sociale e sicurezza nei luoghi di lavoro, nonché modelli di

rendicontazione sociale secondo riconosciuti standard nazionali o internazionali e in raccordo con le linee guida regionali».

Con specifico riferimento alla catena degli appalti, quale strumento di supporto alle imprese agricole che, nelle attività caratterizzate da stagionalità, esternalizzano parte della produzione, è prevista la predisposizione di «linee di indirizzo rivolte alle imprese agricole contenenti le buone pratiche da intraprendere per facilitare la consapevole e corretta individuazione dei prestatori di servizi e degli esecutori dei lavori agricoli e la gestione del servizio richiesto e, ove possibile, ad apportare semplificazioni procedurali».

Di taglio più eminentemente pratico, invece, sono le linee guida emanate dalla Regione Lombardia, tanto ai fini della vigilanza amministrativa che delle indagini in sede penale, che sono improntate alla realizzazione di un coordinamento sia interterritoriale che interistituzionale tra gli attori della politica di contrasto al caporalato, all'affinamento delle tecniche investigative e alla focalizzazione su alcuni settori-*target* ritenuti più a rischio di manifestazione del fenomeno¹¹⁸.

Proprio il territorio milanese – sulla scia della vicenda *Uber* – si è reso promotore, con riferimento ai rischi di sfruttamento lavorativo nel ramo delle consegne a domicilio che vede come protagonisti i *rider*, di un importante accordo in sede prefettizia tra Assodelivery – anche in rappresentanza dei principali *player* del settore (*Uber Italy*, *Glovo*, *Just Eat*, *Deliveroo* e *Social Food*) – e le organizzazioni sindacali CGIL, CISL e UIL, da cui è scaturito uno specifico «Protocollo sperimentale di legalità contro il caporalato, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento lavorativo nel settore del *Delivery Food*»¹¹⁹, successivamente "ratificato" a livello nazionale in sede ministeriale¹²⁰.

Il protocollo risulta di particolare interesse nella misura in cui pone un *focus* su alcuni aspetti chiave della politica societaria di prevenzione del caporalato, individuati, da un lato, nell'adozione da parte degli operatori del settore di un modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 capace di intercettare «disfunzioni di illegalità aziendale» riferibili al reato dell'articolo 603-*bis* c.p. e, dall'altro, in una più stretta qualificazione delle società "terze" di intermediazione, mediante futura creazione di un «albo nazionale» di soggetti dotati dei necessari requisiti di onorabilità e di legalità (da predisporre, in

via transitoria e in attesa dell'individuazione ministeriale delle «piattaforme» autorizzate, ad opera delle stesse società interessate, le quali monitoreranno il rispetto di tali requisiti «anche avvalendosi del supporto dei propri Organismi di Vigilanza»).

Parte integrante della politica di prevenzione e di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura, infine, è la Rete del lavoro agricolo di qualità, istituita presso l'INPS ai sensi dell'articolo 6 d.l. 24 giugno 2014, n. 91, conv. con mod. in l. 11 agosto 2014, n. 116 e successivamente modificata, in ottica di un suo potenziamento, in occasione della riforma portata dalla l. 29 ottobre 2016, n. 199.

La riforma, tra le altre, ha modificato restrittivamente i requisiti per l'iscrizione delle imprese agricole alla Rete, in particolare implementando il catalogo dei reati ostativi all'iscrizione, oggi esteso dal nucleo primigenio delle «violazioni della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale e in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto» a classi di delitti qualitativamente contigue, secondo *l'id quod plerumque accidit*, a forme di gestione spregiudicate della forza lavoro (contro la pubblica amministrazione, contro l'incolumità pubblica, contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, contro il sentimento per gli animali, delitti degli articoli 600, 601, 602 e 603-*bis* c.p.).

La Rete – si rammenta – è articolata in sezioni territoriali, coordinate da una Cabina di regia centrale, che pone in essere anche azioni di impulso nei settori di intervento maggiormente sensibili rispetto al rischio di sfruttamento (politiche attive del lavoro, contrasto al lavoro sommerso e all'evasione contributiva, organizzazione e gestione dei flussi di manodopera stagionale, assistenza dei lavoratori stranieri immigrati); essa prevede un meccanismo premiante per le imprese iscritte, che beneficiano di un criterio "preferenziale" per le ispezioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, le quali sono orientate in prima battuta alle imprese non iscritte alla Rete (salvo che le richieste di intervento siano attivate dal lavoratore, dalle organizzazioni sindacali, dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa).

Una piena e concreta espressione delle potenzialità associate alla Rete del lavoro agricolo di qualità, ad avviso di chi scrive, dovrebbe passare attraverso un ripensamento della sua portata nelle filiere di riferimento¹²¹, strutturandola, previa modifica dei requisiti di accesso, alla stregua di una certificazione

etica delle imprese cadenzata secondo le linee ispiratrici della *white list* prefettizia (ossia l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio, di cui all'articolo 1, commi 52 e 53 l. 6 novembre 2012, n. 190), una sorta di "bollino di qualità" che attesti la *compliance* dell'impresa rispetto alle normative poste a corredo del rapporto di lavoro e che sia capace di garantire alle imprese iscritte – attraverso la previsione di meccanismi premiali – un reale vantaggio competitivo sul mercato.

L'esempio della *white list*, peraltro, potrebbe essere utilmente replicato non solo per il ristretto (seppur rilevante) settore agricolo ed essere esteso a tutti i settori a rischio di caporalato, previa loro individuazione in apposito elenco, se del caso istituendo un *rating* anti-caporalato, con l'attribuzione di un punteggio "a incremento" agli operatori che diano evidenza del possesso di determinati requisiti e dell'adozione di determinati presidi preventivi, via via sempre più restrittivi lungo un'ideale scala ascendente.

A ben vedere, peraltro, già oggi il sistema del *rating* di legalità (come introdotto dall'articolo 5-ter d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. in l. 24 marzo 2012, n. 27, e disciplinato dal relativo Regolamento attuativo, adottato con delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 12 novembre 2012, n. 13779 e modificato, da ultimo, con delibera del 28 luglio 2020, n. 28361) è in astratto capace di "coprire", in chiave ostativa, i fatti di caporalato, posto che tra i requisiti (negativi, previsti dal Regolamento attuativo) per l'attribuzione dello stesso figurano il riferimento ai «reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231» (tra cui, dunque, l'articolo 603-bis c.p.) e ad altri tipici fattori-spie del caporalato, quali i reati tributari (d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), i reati in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), il reato di estorsione (articolo 629 c.p.) e i reati in materia previdenziale (articolo 2, commi 1 e 1-bis d.l. 12 settembre 1983, n. 463, conv. in l. 11 novembre 1983, n. 638); ancora, rilevano a tal fine le circostanze del «mancato rispetto all'obbligo di pagamento di imposte e tasse e di accertamento di violazioni in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi e di obblighi relativi alle ritenute fiscali concernenti i propri dipendenti e collaboratori» e del «mancato rispetto delle

previsioni di legge in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro».

Allo stesso tempo, l'aumento del punteggio è associato al ricorrere in capo all'operatore di elementi che costituiscono un *plus* nell'ottica del *ranking* che informa il sistema del *rating* di legalità (tra gli altri, «adesione ai protocolli o alle intese di legalità finalizzati a prevenire e contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia legale, sottoscritti dal Ministero dell'Interno o dalle Prefetture-UTG con associazioni imprenditoriali e di categoria»; «adozione di una funzione o struttura organizzativa, anche in outsourcing, che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali alle disposizioni normative applicabili all'impresa o di un modello organizzativo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231»; «adozione di processi organizzativi volti a garantire forme di Corporate Social Responsibility, anche attraverso l'adesione a programmi promossi da organizzazioni nazionali o internazionali e l'acquisizione di indici di sostenibilità»; adozione di «modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione») e che fungono, già di per sé, da utile argine preventivo nell'ottica delle politiche di prevenzione su base volontaria del caporalato.

Ciononostante, pur a fronte dei benefici derivanti dal conseguimento del *rating* di legalità (in punto di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario, secondo le modalità definite con ulteriore Regolamento, adottato con decreto MEF-MISE del 20 febbraio 2014, n. 57), potrebbe rilevarsi più opportuno elaborare uno strumento specificamente tarato, in chiave disincentivante di pratiche di sfruttamento lavorativo, sul fenomeno del caporalato – come anticipato, appunto, un *rating* anti-caporalato – e che ne segua direttamente le articolazioni qualitative.

Così, in punto di requisiti di accesso, muovendo ancora una volta dagli indici di sfruttamento dell'articolo 603-bis c.p., si potrebbero valorizzare, quale requisito ostativo, la mancata *compliance* alle discipline che assistono, più o meno direttamente, il rapporto di lavoro (le discipline giuslavoristiche in tema di retribuzione, orari di lavoro, riposi, ferie, in quanto strettamente connesse al "nucleo duro" della prestazione lavorativa; la normativa prevenzionistica, tributaria e previdenziale; ma anche la normativa concernente il trattamento dei dati personali, per quanto riguarda, ad esempio, il rispetto delle

previsioni sulla videosorveglianza e sui controlli difensivi da parte del datore di lavoro) e, quale fattore di incremento del punteggio, l'implementazione di presidi volti a prevenire la realizzazione di politiche aziendali agevolatrici rispetto allo sfruttamento dei lavoratori (senz'altro il modello "231", ma anche eventuali sistemi di gestione aziendali certificati informati agli *standard* internazionali, quali la UNI EN ISO 45001:2018 in tema di sicurezza sul lavoro, o, ancora, l'adesione a protocolli di prevenzione adottati su base nazionale o locale).

Allo stesso modo, in punto di benefici connessi al *rating*, l'impresa virtuosa che vi abbia aderito dovrebbe poter usufruire di "corsie preferenziali" o, comunque, di punteggi aggiuntivi non solo in sede di bandi volti all'erogazione di finanziamenti pubblici per lo sviluppo, la formazione, l'adeguamento tecnologico e l'adozione di sistemi aziendali certificati o in sede di accesso al credito bancario, ma dovrebbe vedersi riconoscere, ad esempio, consistenti sgravi fiscali e contributivi per le assunzioni o, ancora, il riconoscimento di uno specifico marchio di qualità per i propri prodotti.

Lo strumento pattizio e i connessi programmi di contrasto, anche in chiave preventiva, alle dinamiche dello sfruttamento, soffrono evidentemente – non si può nascondere – di alcuni limiti fisiologici, che possono di fatto minarne l'efficacia e, ancor prima, la credibilità.

Sul versante della concertazione "pubblicistica", lo strumento protocollare rischia di restare ancorato a una mera dichiarazione di intenti o, ancora peggio, a una petizione di principi incapaci di tradursi – anche a causa della limitatezza delle risorse umane ed economiche a disposizione delle amministrazioni e, in ogni caso, dell'infinita catena dei passaggi burocratici previsti (si pensi all'adozione di successivi provvedimenti attuativi o all'istituzione di commissioni, comitati, tavoli tecnici, *task force* e simili) – in un concreto piano di azioni coordinate tra i soggetti istituzionali.

Sul versante dell'adesione "privatistica", il grado di effettiva presa del regime di autonormazione dettato dai protocolli sul substrato economico di riferimento dipende, soprattutto nei contesti meno strutturati, dall'effettiva assimilazione di una politica di impresa "bilanciata", in cui il perseguimento di un legittimo profitto viaggia di pari passo – anche in tempi di grave crisi economica – all'attenzione per il rispetto delle garanzie dei lavoratori, le quali molto spesso sono

sinonimo di costi aggiuntivi per l'imprenditore; con il rischio, elevato, che l'adesione a questo o a quel protocollo costituisca piuttosto un fattore di *compliance* "estetica", un "velo di Maya" atto a dissimulare una discontinuità (magari imposta "dall'alto" e mal digerita) con la precedente linea societaria.

In questo ambito di regolazione su base volontaristica hanno ormai assunto un ruolo di crescente importanza i modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, circostanza testimoniata – come visto già in precedenza – dalla loro ubiqua previsione nei contenuti prescrittivi tanto delle misure di *enforcement* esogeno (ad esempio, nel provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria ai fini antimafia o, più semplicemente, in sede di sequestro preventivo), quanto delle misure di *enforcement* endogeno (quali, appunto, i protocolli sottoscritti d'intesa con le parti sociali, destinati a sempre maggiore diffusione).

Un modello organizzativo adeguatamente strutturato e concretamente attuato, infatti, è in grado di tenere monitorati gli indici di sfruttamento, quali sentinelle dei fattori di rischio di commissione del reato dell'articolo 603-*bis* c.p., presidiando i processi aziendali sensibili con misure concernenti, ad esempio, la gestione delle risorse umane sotto il profilo degli adempimenti retributivi, previdenziali e assistenziali ovvero l'osservanza delle varieghe discipline regolatorie giuslavoristiche o, ancora, il rispetto degli obblighi prevenzionistici (rispetto a cui le misure di prevenzione del caso saranno già previste, ai sensi dell'articolo 30 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 231, nella parte speciale "sicurezza sul lavoro").

È stato correttamente osservato, peraltro, che la struttura della *supply chain* di un'impresa, tanto più se di certe dimensioni, potrebbe essere di concreto ostacolo all'attivazione dei "campanelli di allarme" predisposti dal modello organizzativo, in ragione del progressivo indebolimento e allontanamento, territoriale e giuridico, del fattore di rischio dall'epicentro decisionale che fa capo all'ente¹²².

A valle del momento preventivo pattizio, tuttavia, anche la fase patologica che segue l'esteriorizzazione dello sfruttamento lavorativo offre alcune opportunità remediali, nella prospettiva di una "bonifica" delle componenti aziendali contaminate dai fattori di sfruttamento.

Si allude, in prima battuta, per intima connessione ai contenuti della riforma, all'istituto del controllo

giudiziario dell'azienda – introdotto dall'articolo 3, comma 1 l. 29 ottobre 2016, n. 199 – quale misura alternativa al sequestro preventivo impeditivo, ma fondata sui medesimi presupposti applicativi, funzionale alla difesa del valore commerciale dell'impresa, che in ipotesi potrebbe essere lesa o compromessa da un'improvvisa interruzione della produzione, che «possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale»¹²³.

La misura, che trova attuazione sotto l'egida di un'amministrazione giudiziaria – tendenzialmente di "affiancamento", seppur dotata di prerogative di *monitoring* in forma "attiva" e "correttiva" – si pone l'obiettivo di contemperare le esigenze di cautela reale, in chiave interruttiva/impeditiva del reato, con la necessità di tutelare la *business continuity*¹²⁴ e, nei contesti di maggior rilievo, di contenere le proiezioni effettuali, in termini occupazionali, di un'eventuale stasi della vita aziendale dinanzi all'impatto determinato dall'intervento della magistratura penale.

Il controllo giudiziario, in breve, si propone di traghettare l'impresa, in una fase di fibrillazione innescata tipicamente nelle battute iniziali del procedimento penale, da un contesto ambientale in cui si sono materializzate pratiche di sfruttamento lavorativo verso un nuovo assetto produttivo e organizzativo informato al rispetto dei presidi di garanzia dei lavoratori, come definiti in controlloce dagli indici dell'articolo 603-*bis*, comma 3 c.p.

Da notare, tra l'altro, che il controllo giudiziario dell'azienda, anche in ragione dell'inclusione del delitto di caporalato nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente, trova alcuni punti di contatto – ma anche talune divergenze – con l'istituto parallelo del commissario giudiziale, applicabile in costanza dei presupposti dell'articolo 15 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Quest'ultima misura, infatti, da un lato, esige il coinvolgimento "simultaneo" della *societas* nel procedimento penale, oltre alla persona fisica, e si pone quale alternativa a una sanzione interdittiva «che determina l'interruzione dell'attività dell'ente», la quale, seppur applicabile anche in fase cautelare, non risponde alle logiche di cautela reale proprie del sequestro preventivo impeditivo (la cui applicabilità all'ente, non espressamente prevista, è tutt'oggi controversa), anche se detta sanzione nei fatti è comunque suscettibile di cagionare uno *stop* alle attività aziendali. Al contempo, il commissariamento

giudiziale riposa su condizioni in parte analoghe al controllo giudiziario, nella parte in cui il giudice può disporre la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario quando «l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione», mentre è estranea alla misura la finalità di tutela del valore commerciale dell'azienda¹²⁵.

La normativa antimafia, infine, ha portato recentemente alla ribalta in "chiave caporalato" – come testimoniato dalle vicende poco sopra illustrate – le misure di prevenzione patrimoniali (diverse dalla confisca), rappresentate dall'amministrazione giudiziaria e dal controllo giudiziario delle aziende (rispettivamente, articoli 34 e 34-*bis* d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), entrambe fondate sulla sussistenza di «sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, [...] possa comunque agevolare l'attività [...] di persone sottoposte a procedimento penale» per il delitto dell'articolo 603-*bis* c.p.

Il fondamento ideologico di tali misure risiede – com'è noto – nella convinzione che, nei contesti economici a rischio di commistioni criminali, sia preferibile optare per un tentativo di "bonifica interna" dell'impresa, volto a effettuare un salvataggio delle componenti aziendali "sane" e a metterle al riparo dalle prospettive di una successiva contaminazione "ambientale", articolando il relativo regime a seconda che il nesso di agevolazione con gli interessi criminali sia più solido (nel caso dell'amministrazione giudiziaria) ovvero sia soltanto occasionale (nel caso del controllo giudiziario)¹²⁶.

Tale parziale divaricazione dei presupposti applicativi fornisce giustificazione del diverso grado di incisività delle due misure nel contesto aziendale, se è vero che l'amministrazione giudiziaria attua uno spossessamento gestorio selettivo e limitato nel tempo, finalizzato a realizzare «il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura», mentre il controllo giudiziario dell'azienda è chiamato a fronteggiare il «pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività» attraverso un intervento di vigilanza prescrittiva funzionale a garantire, in ossequio al principio di proporzionalità, un bilanciamento tra le istanze di contrasto dei

condizionamenti della criminalità nell'economia e le esigenze di continuità aziendale, da attuare, se del caso, anche attraverso l'adozione di un modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Appare evidente, da quanto appena brevemente illustrato, che l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario antimafia, al pari del controllo giudiziario disposto in sede cautelare penale, costituiscano misure perfettamente aderenti alla necessità di emenda e di recupero di contesti aziendali sostanzialmente leciti che, seppur caduti

nelle trame dello sfruttamento lavorativo, risultano meritevoli di essere salvaguardati e restituiti al mercato in condizioni di rinnovata legalità, all'insegna di un intervento ispirato al canone di progressività e disegnato "su misura" del bisogno prevenzionale dell'operatore economico interessato.

Matteo Riccardi

Avvocato del Foro di Milano.

¹ Cass., sez. IV, 9 marzo 2021, n. 10554, De Giorgio, in *ISL*, 2021, 5, 280.

² Nel seguito, per mera comodità espositiva e per ragioni di sintesi, sarà utilizzato il termine "caporalato", pur nella consapevolezza dell'inadeguatezza penalistica del sostantivo (in quanto riferito alla sola condotta "a monte" di colui che recluta la manodopera) e della sua incapacità di descrivere un fenomeno complesso, che trascende ampiamenti i ristretti orizzonti del diritto penale. Per un'introduzione al tema, G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina. I Parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1759 ss.

³ Per una panoramica aggiornata della fattispecie incriminatrice, cfr. D. AMATO, *Lo sfruttamento della manodopera*, in AA.VV., *I reati sul lavoro*, a cura di L. Miani e F. Toffoletto, Torino, 2019, 297 ss.; P. BRAMBILLA, "Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato": recenti riforme a contrasto del fenomeno, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 1-2, 188 ss.; E. CADAMURO, *Il nuovo volto del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ("caporalato")*, *ivi*, 2016, 3-4, 823 ss.; G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento del lavoro. Storia e analisi della fattispecie delittuosa vigente*, in AA.VV., *Studi sul caporalato*, a cura di G. De Santis, S.M. Corso e F. Delvecchio, Torino, 2020, 9 ss.; G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del "caporalato"*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 6, 811 ss.

⁴ Così, Ass. Lecce, 13 luglio 2017, n. 2, in *www.dpei.it*, con nota di V. TORRE e in *Giur. it.*, 2018, 7, 1704 ss., con nota di G. MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, che peraltro, nel caso sottoposto al proprio esame, aveva ritenuto il delitto dell'articolo 603-bis c.p. assorbito dalla più grave fattispecie di riduzione in schiavitù dell'articolo 600 c.p. Per un'ampia disamina monografica del fenomeno del caporalato, cfr. A. GIULIANI, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, 2015.

⁵ Per una lettura del caporalato nel contesto della responsabilità "da reato" degli enti, all'indomani della riforma del 2016 (che ha introdotto il delitto dell'articolo 603-bis c.p. nel catalogo dei reati presupposto dell'articolo 25-*quinqies* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), M. CHILOSI-M. RICCARDI, *Reato di caporalato: riflessi sui modelli "231"*, in *Amb. & sic.*, 2017, 4, 50 ss.

⁶ In questi termini, V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 3-4, 648 e 652.

⁷ Tale esigenza di tracciare un bilancio provvisorio, a poco più di un quinquennio dalla riforma del 2016, per saggiare i risultati concreti che ha prodotto l'intervento di revisione del sistema di tutela penale (ed extrapenale) a contrasto del caporalato è ben presente nel recentissimo contributo di F. DELVECCHIO, *L'efficacia della strategia anti-caporalato a cinque anni dalla l. n. 199/2016*, in *Sist. pen.*, 26 gennaio 2022.

⁸ Per alcune considerazioni sulla responsabilità del datore di lavoro, in relazione alla precedente formulazione dell'articolo 603-bis c.p., Cass, sez. V, 17 ottobre 2017, n. 51634, Bello, in *Dir. prat. lav.*, 2017, 46, 2829 ss.

⁹ Tale assunto ha trovato riconoscimento nella recente pronuncia di Cass., sez. I, 12 maggio 2021, 36846, Sheikh, in *www.dejure.it*, che ha annullato senza rinvio perché il fatto non sussiste la sentenza di condanna emessa a carico di uno degli imputati, i quali, secondo la prospettazione accusatoria, avevano favorito, tramite la predisposizione di fittizie richieste di assunzione presso imprese agricole, l'immigrazione in Italia di cittadini del Bangladesh, che poi erano impiegati nelle aziende tessili riconducibili al sodalizio con modalità di sfruttamento della manodopera. Tuttavia, poiché il fatto risultava consumato negli anni 2012-2014 (dunque, nella vigenza dell'originaria versione dell'articolo 603-bis c.p.) e considerato che – diversamente da quanto ritenuto nella sentenza impugnata – le diverse società presso cui erano impiegati i lavoratori, al di là delle formali intestazioni delle stesse, costituivano un'unica realtà imprenditoriale facente capo al principale imputato, quest'ultimo non avrebbe potuto rispondere del fatto come intermediario (per l'attività di collocamento dei lavoratori presso altre due fabbriche nella effettiva titolarità dei terzi associati), ma soltanto come datore di lavoro utilizzatore della manodopera, circostanza preclusa dalla soggettività ristretta della fattispecie incriminatrice *ante*-riforma del 2016.

¹⁰ L'espressa identificazione del datore di lavoro/utilizzatore quale soggetto attivo del reato, tra l'altro, recide un ingiustificato profilo di differenziazione in termini di tutela, che inavvertitamente si era prodotto a favore dei lavoratori

immigrati privi del permesso di soggiorno (o con permesso scaduto, revocato o annullato). Questi ultimi, infatti, pur in costanza della previgente fattispecie incriminatrice dell'articolo 603-bis c.p., ove impiegati in condizioni di sfruttamento e anche indipendentemente dalla sussistenza "a monte" di un'attività di intermediazione del caporale, erano comunque oggetto della tutela penale, posto che l'articolo 22, comma 12-bis d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 («Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero») già puniva in forma aggravata il datore di lavoro che occupasse alle proprie dipendenze lavoratori stranieri "irregolari", «se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603-bis del codice penale». Al contrario, prima del 2016, a causa della soggettività ristretta della fattispecie incriminatrice in commento, i lavoratori che non fossero stranieri "irregolari", ma parimenti oggetto di sfruttamento, erano considerati ai fini dell'articolo 603-bis c.p. soltanto ove fossero stati avviati al lavoro mediante la mediazione del caporale, laddove la loro utilizzazione non preceduta dal reclutamento di quest'ultimo era sfornita di un presidio penale. Per un'ampia analisi della soggettività del reato ante riforma del 2016, cfr. A. DI MARTINO, *Caporalato e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, 115 ss.

¹¹ D. FERRANTI, *La legge n.199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016. Negli stessi termini si esprimeva già la *Relazione per la II Commissione – (A.C. 4008)*, a firma dell'On. Giuseppe Berretta, *ivi*, per cui gli indici di sfruttamento costituiscono «indizi che il giudice dovrà valutare, se corroborati dagli elementi di sfruttamento e approfittamento dello stato di bisogno e non condotte immediatamente delittuose» con cui il legislatore «semplicemente agevola i compiti ricostruttivi del giudice, orientando l'indagine e l'accertamento in quei settori (retribuzione, condizioni di lavoro, condizioni alloggiative, ecc.) che rappresentano gli ambiti privilegiati di emersione di condotte di sfruttamento e di approfittamento». In dottrina, si vedano anche D. PIVA, *I limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della L. 199/2016*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 4; F. STOLFA, *La legge sul "caporalato" (l. n. 199/2016): una svolta "etica" nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura*, in *Dir. sic. lav.*, 2017, 1, 90.

¹² A favore di una lettura degli indici di sfruttamento nel contesto della tipicità, pur con sfumature differenti, A. GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *Leg. pen. online*, 3 aprile 2017, 6; S. FIORE, *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni ed insuperabili limiti*, in *Dir. agr.*, 2017, 2, 267-285.

¹³ Cass., sez. IV, 12 maggio 2021, n. 25756, Zinzeri, in *www.dejure.it*.

¹⁴ Così, Cass., sez. V, 18 dicembre 2015, n. 16737, Salvatore, in *Dir. prat. lav.*, 2016, 20, 1241 ss.; Cass., sez. V, 18 dicembre 2015, n. 16735, Di Meo, in *Riv. pen.*, 2016, 6, 558 ss.

¹⁵ Cass., sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14591, PM in proc. Stoican, in *C.E.D. Cass.*, 2015, rv. 262541.

¹⁶ Cass., sez. IV, 12 maggio 2021, n. 25756, Zinzeri, cit.

¹⁷ In tema, per una lettura del reato come fattispecie a «tipizzazione dinamica, ispirata ad una logica procedimentale-probatoria», si rinvia alla pregevole e accurata analisi di A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, 3.

¹⁸ Per un'analisi della nozione di sfruttamento e per considerazioni sul punto specifico, cfr. L. LOREA, *Sulla nozione di "sfruttamento del lavoro": cosa è cambiato*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 4, 183 ss.

¹⁹ Già in questo senso S. FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 887.

²⁰ Cass., sez. IV, 12 maggio 2021, n. 25756, Zinzeri, cit.

²¹ A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto*, cit., 3 e 10 ss.

²² Per alcuni approfondimenti sul tema della prevedibilità del precetto penale, nell'ampia produzione dottrinale, cfr. S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 128 ss.; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 79 ss.; C. SOTIS, «Ragionevoli prevedibilità» e giurisprudenza della Corte Edu, *ivi*, 2018, 4, 69 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente delle fonti penali»*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Risicato, Napoli, 2016, 213 ss.

²³ Così, ISPETTORATO NAZIONALE DEL LAVORO, *Linee guida*, circolare 5/2019, 28 febbraio 2019, 3.

²⁴ Cass., sez. V, 21 maggio 2018, n. 35790, in *Dir. & giust. online*, 26 luglio 2018.

²⁵ Cass., sez. V, 19 aprile 2017, n. 26588, *Dir. & giust. online*, 30 maggio 2017.

²⁶ Cass., sez. V, 3 aprile 2017, n. 35588, in *Guida dir.*, 2017, 43, 80.

²⁷ Cass., sez. IV, 12 maggio 2021, n. 25756, Zinzeri, cit.

²⁸ T. PADOVANI, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida dir.*, 2016, 48, 50.

²⁹ ISPETTORATO NAZIONALE DEL LAVORO, *Linee guida*, cit., 4.

³⁰ Sul punto, nella vicenda esaminata da Cass., sez. IV, 4 dicembre 2019, n. 7569, Repetto, in *Foro it.*, 2020, 6, II, 377, gli accertamenti investigativi avevano messo in luce un desolante quadro dei luoghi di lavoro, nella misura in cui «i locali erano infestati da vermi, topi, blatte ed odori nauseabondi tanto che anche d'inverno venivano aperte le finestre e le porte per poter respirare, la pausa pranzo aveva luogo in un locale vicino alle macchinette del caffè ed era sporco ed inadeguato».

³¹ In tema, ISPETTORATO NAZIONALE DEL LAVORO, *Linee guida*, cit., 4, valorizza «situazioni di significativo stress lavorativo psico-fisico» dei lavoratori, ricorrenti, ad esempio, allorché «il trasporto presso i luoghi di lavoro sia effettuato con veicoli del tutto inadeguati e superando il numero delle persone consentito così da esporli a pericolo», «lo svolgimento dell'attività lavorativa avvenga in condizioni meteorologiche avverse, senza adeguati dispositivi di protezione individuale» ovvero «quando sia del tutto esclusa la possibilità di comunicazione tra i lavoratori o altri soggetti» o, ancora, «quando siano assenti locali per necessità fisiologiche».

³² A. DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 226 ss.

³³ Si veda, in merito, GIP Trib. La Spezia, decreto 2 novembre 2020, in *questa Rivista*, 10 novembre 2020, che, nel riconoscere i gravi indizi di colpevolezza del reato dell'articolo 603-bis c.p., ha disposto la misura del controllo giudiziario dell'azienda G.S. Painting s.r.l., "sostitutivo" del sequestro preventivo impeditivo, ai sensi dell'articolo 3 l. 29 ottobre 2016, n. 199.

³⁴ Le discrepanze sull'effettivo orario di lavoro cui erano sottoposti i dipendenti dei cantieri erano state rilevate attraverso un raffronto tra quanto indicato nel LUL e gli orari di accesso/uscita dai cantieri estrapolati dal file Excel delle presenze acquisito presso la società, alla luce del quale «la permanenza dei lavoratori all'interno del cantiere è risultata abnormemente superiore rispetto alle ore di lavoro consuntivate sul citato Libro contabile».

³⁵ Le indagini bancarie condotte sui conti correnti dei lavoratori – riscontrate dalle dichiarazioni testimoniali degli stessi – mostravano una consolidata politica, in un primo momento, di accredito degli stipendi per importi astrattamente proporzionati alla quantità di lavoro prestato e, successivamente, di immediato prelievo della retribuzione "in eccesso" da parte del datore di lavoro.

³⁶ All'esito dei controlli condotti presso l'ASL di riferimento circa i periodi di malattia riconosciuti a seguito di infortunio, è emerso che in sei casi, nonostante ai lavoratori fossero stati riconosciuti dai tre ai sette giorni di prognosi, essi si erano ugualmente recati al lavoro. Le stesse persone offese confermavano come «il datore di lavoro li pagasse soltanto se presenti in cantiere, anche se malati, oltretutto minacciandoli in caso di assenza di ritorsioni sul lavoro».

³⁷ Riferiva un lavoratore sentito a sommarie informazioni la circostanza che «a coloro che si fanno male durante il lavoro e devono necessariamente andare in ospedale o dal medico è imposto di non raccontare la verità ma di riferire che l'infortunio è avvenuto fuori dal cantiere; che a seguito [di] un infortunio sul lavoro (ferita ad una mano procuratasi con una smerigliatrice) è stato trattenuto sanguinante all'interno del container aziendale fino alla fine del turno di lavoro con la raccomandazione di fornire una falsa versione dell'incidente in caso fosse dovuto ricorrere a cure mediche».

³⁸ Cass., sez. IV, 18 febbraio 2020, n. 11546, PM in proc. Sarker, in *www.olympus.uniurb.it*, e Cass., sez. IV, 18 febbraio 2020, n. 11547, PM in proc. Abdul Bari, *ivi*.

³⁹ Cass., sez. IV, 27 gennaio 2021, n. 6894, Imran, in *www.olympus.uniurb.it*.

⁴⁰ Cass., sez. IV, 29 gennaio 2020, n. 10209, Anghileri, in *www.dejure.it*.

⁴¹ Così, in sede di giudizio abbreviato, GIP Trib. Brindisi, 8 giugno 2017, n. 251, in *www.dpei.it*, con nota esplicativa di V. TORRE.

⁴² Ass. Lecce, 13 luglio 2017, cit.

⁴³ Cass., sez. IV, 9 ottobre 2019, n. 49781, Kuts, in *Cass. pen.*, 2020, 6, 2383.

⁴⁴ Il tema è già stato affrontato da A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019; A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603-bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Torino, 2020.

⁴⁵ In questi termini, A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen. web*, 2019, 1, 3 e 36.

⁴⁶ Sulla caratterizzazione dell'approfittamento, secondo letture diversificate, V. MONGILLO, *op. cit.*, 643, e G. MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1707.

⁴⁷ Si veda, in tal senso, la notizia recentemente pubblicata su *www.ilmattino.it*, 30 dicembre 2021, concernente l'indagine avviata nei confronti di un datore di lavoro che impiegava nell'attività commerciale sita nel centro storico di un comune campano alcuni lavoratori "in nero", di cui due percettori del reddito di cittadinanza.

⁴⁸ Si rammenta, infatti, che integra fattispecie delittuosa, ai sensi dell'articolo 7 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. con mod. in l. 28 marzo 2019, n. 26, la condotta di colui che, al fine di ottenere indebitamente il beneficio del reddito di cittadinanza, rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute (comma 1), nonché l'omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio (comma 2). Per un

commento aggiornato ai più recenti orientamenti giurisprudenziali, cfr. R. AFFINITO-M.M. CELLINI, *Il reddito di cittadinanza tra procedimento amministrativo e processo penale*, in *Sist. pen.*, 2021, 9, 5 ss.

⁴⁹ Cass., sez. un., 15 luglio 2021, n. 40275, Cardellini, in *questa Rivista*, 9 novembre 2021.

⁵⁰ A. DI MARTINO, *Stato di bisogno*, cit., 7.

⁵¹ A. DI MARTINO, *Stato di bisogno*, cit., 10.

⁵² Così GIP Trib. Napoli, 11 luglio 2017, inedita, commentata da C. STOPPIONI, *Tratta, sfruttamento e smuggling: un'ipotesi di finium regundorum a partire da una recente sentenza*, in *www.la legislazione penale.eu*, 24 gennaio 2019, in una vicenda in cui, tuttavia, era contestata la fattispecie incriminatrice antecedente alla riforma del 2016, dunque, a carico dei soli caporali.

⁵³ Si rinvia, sul punto, al contributo di S. BRASCHI, *Il concetto di "stato di bisogno" nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 1, 113 ss.

⁵⁴ Cass., sez. II, 27 gennaio 2021, n. 12330, Pasqualino, in *Guida dir.*, 2021, 17.

⁵⁵ Cass., sez. II, 14 luglio 2020, n. 27427, Sparandeo e a., in *Guida dir.*, 2020, 47, 90.

⁵⁶ Cass., sez. II, 25 marzo 2014, n. 18778, in *Cass. pen.*, 2015, 5, 1899; Cass., sez. II, 11 novembre 2010, n. 43713, in *C.E.D. Cass.*, 2010, rv. 248974).

⁵⁷ Così, A. DI MARTINO, *Stato di bisogno*, cit., 13 ss., cui si rinvia per più ampie riflessioni e notazioni sul punto.

⁵⁸ Per un approfondimento sui migranti irregolari, come protagonisti principali della "economia sommersa" che costituisce la piattaforma del caporalato, cfr. U. NAZZARI, *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità fra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2617 ss.

⁵⁹ Cass. civ., sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7380, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, 778, con nota di A. DONINI, *Prestazione resa dal lavoratore extracomunitario privo del permesso di soggiorno e obblighi datoriali*, ha peraltro precisato il principio, non smentito dalla successiva giurisprudenza (Cass. civ., sez. lav., 21 settembre 2015, n. 18540, in *Giust. civ. mass.*, 2015), per cui, in virtù dell'articolo 2126, commi 1 e 2 c.c., da tale contratto deriva comunque l'obbligo datoriale di corrispondere la retribuzione e, di conseguenza, di versare i relativi contributi.

⁶⁰ Cass., sez. IV, 9 ottobre 2019, n. 49781, cit.

⁶¹ Così, Cass., sez. IV, 28 gennaio 2020, n. 13876, PM in proc. Valenza, in *www.dejure.it*, facendo perno, tra l'altro, «sulle penose condizioni personali e di lavoro subite dai braccianti agricoli», ravvisa apoditticamente in capo ai braccianti agricoli un «evidente stato di bisogno» che «li ha indotti ad accettare condizioni di vita e di lavoro ben lontane da quelle normativamente garantite ed anzi ai limiti della disumanità».

⁶² Si veda, a tal proposito, la già citata Cass., sez. IV, 29 gennaio 2020, n. 10209, cit., che, nell'apprezzare la congruità motivazionale del giudice del riesame, di fatto elude l'accertamento di tale elemento costitutivo, accontentandosi di rilevare come «i lavoratori in questione, di nazionalità rumena, si trovavano in una situazione di stato di bisogno, chiaramente riconoscibile e ben nota agli indagati. Sotto tale profilo risulta che i lavoratori accettavano le soverchianti condizioni di lavoro imposte dagli indagati, in quanto si trovavano in condizioni economiche e familiari assai disagiate».

⁶³ Così, ancora, A. DI MARTINO, *Stato di bisogno*, cit., 6.

⁶⁴ C. STOPPIONI, *op. cit.*, 19.

⁶⁵ Cass., sez. IV, 27 gennaio 2021, n. 6894, cit.

⁶⁶ GIP Trib. La Spezia, decreto 2 novembre 2020, cit.

⁶⁷ Così, nel decidere sul ricorso presentato dal responsabile di cantiere avverso l'ordinanza di riesame, Cass, sez. IV, 25 febbraio 2021, n. 15523, Rahman, in *www.dejure.it*.

⁶⁸ Cass., sez. IV, 18 febbraio 2020, n. 11547, cit.

⁶⁹ Cass., sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17939, Svolazzo e a., in *ISL*, 2018, 6, 375.

⁷⁰ Ass. Lecce, 13 luglio 2017, cit.

⁷¹ GIP Trib. Brindisi, 8 giugno 2017, cit.

⁷² Cass., sez. IV, 4 dicembre 2019, n. 7569, cit.

⁷³ In tal senso, già S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società "civile": il reato di sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 2, 144.

⁷⁴ Le casistiche descritte nelle note nel presente paragrafo, ove non accompagnate dall'indicazione dei provvedimenti giurisdizionali di riferimento, sono state reperite attraverso una ricerca libera su testate giornalistiche *online*. Pertanto, non essendo noti e/o disponibili gli atti dei relativi procedimenti penali, né tantomeno essendo precisati i capi di addebito/imputazione, le informazioni riportate riprendono le notizie di stampa ivi diffuse, relative principalmente alla fase delle indagini preliminari, e, salvo specificazioni, non tengono conto degli eventuali sviluppi e/o esiti del procedimento (se del caso liberatori) nel frattempo intervenuti. Tali informazioni, dunque, hanno una finalità meramente esemplificativa, finalizzata all'analisi, settore per settore, delle più ricorrenti modalità di realizzazione dello sfruttamento lavorativo nel circuito economico italiano.

⁷⁵ Nel settore delle carni, si è registrato il provvedimento adottato nell'ottobre 2018 da Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Modena, con cui è stata disposta l'applicazione della misura del controllo giudiziario nei confronti di cinque aziende. Per un'analisi dei modelli lavorativi nell'industria delle carni, sotto il profilo dell'esternalizzazione di fasi o segmenti del processo produttivo, con i connessi rischi penali, si veda S. BATTISTELLI, *Legittimità e criticità delle esternalizzazioni in Italia: il caso dell'industria delle carni*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 4, 974 ss.

⁷⁶ Particolare risonanza ha avuto l'indagine "Cemento nero" e il relativo procedimento penale (già definito per alcune posizioni con patteggiamento e giudizio abbreviato), con cui la Procura di Prato ha portato all'attenzione il fenomeno del caporalato in edilizia nei cantieri di alcune città toscane, in cui erano impiegati lavoratori reclutati attraverso una strutturata rete di intermediari, messi a disposizione di due società del settore delle costruzioni.

⁷⁷ Il distretto tessile di Prato – noto per la massiccia presenza di aziende che impiegano manodopera di origine orientale – non è andato esente da episodi di caporalato, essendo stata recentemente pronunciata sentenza di patteggiamento a carico di due gestori di fatto di un'azienda di confezione (per cui è stato anche nominato un amministratore giudiziario) e di un soggetto prestanome per condotte di sfruttamento dei lavoratori impiegati, costretti a lavorare in condizioni degradanti, addirittura durante il periodo di chiusura delle aziende durante il *lockdown* disposto in occasione dell'emergenza sanitaria da Covid-19.

⁷⁸ Il caporalato "dei campi" rappresenta pur sempre lo scenario privilegiato di intervento dell'articolo 603-bis c.p., come confermato dal caso recentemente esaminato da Cass., sez. IV, 12 maggio 2021, n. 25083, Ali, in *Dir. & giust. online*, 2 luglio 2021, in cui era emerso un radicato circuito di sfruttamento del lavoro ai danni di numerosi soggetti di nazionalità rumena o extracomunitari, avviati al lavoro, attraverso l'intermediazione di un caporale (che provvedeva al loro reclutamento e trasporto sui luoghi di lavoro, percependo direttamente dal datore di lavoro i compensi da distribuire successivamente ai braccianti), nell'attività di raccolta delle fragole a cavallo tra Calabria e Basilicata. In relazione alla stessa vicenda, pur con riferimento a diverso filone processuale (riguardante una parallela rete di caporali e subcaporali), si veda Cass., sez. IV, 15 aprile 2021, n. 16166, Mahov, in *www.dejure.it*.

⁷⁹ Si veda, a tal proposito, la recente *Indagine conoscitiva sul fenomeno del caporalato in agricoltura*, documento conclusivo, 12 maggio 2021, approvata dalla Camera dei deputati – Commissioni riunite XI (Lavoro pubblico e privato) e XIII (Agricoltura), pubblicato su *www.camera.it*.

⁸⁰ Sul punto, si può menzionare la vicenda, nota anche alle cronache giudiziarie, della *startup StraBerry*, che è stata recentemente al centro di un accanito contenzioso cautelare avanti al Tribunale di Milano (che, da ultimo, in funzione di giudice del riesame, ha ripristinato la misura del sequestro preventivo dell'azienda, in luogo della misura del controllo giudiziario), in relazione a ritenute condotte di intermediazione illecita poste in essere nei confronti dei braccianti agricoli, impiegati alla raccolta nei campi e presso le serre fotovoltaiche in cui erano presenti orti sospesi, i cui prodotti erano poi distribuiti con un innovativo sistema di *food delivery*. Tra i profili in contestazione nel processo – per cui è stata formulata richiesta di rinvio a giudizio, con il coinvolgimento anche dell'ente ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – tra gli altri, figura l'assenza e/o la carenza di spogliatoi, docce, servizi igienici e, dal punto di vista prevenzionistico, l'omessa dotazione di dispositivi di protezione individuale, la mancanza del piano di prevenzione incendi e del piano di emergenza e la carente formazione ai lavoratori (in attività rischiose come lo spargimento di diserbanti e fitofarmaci), oltre alla mancata osservanza delle precauzioni anti-Covid-19.

⁸¹ Si veda, per un'analisi di dettaglio, ISPettorato Nazionale del Lavoro, *Rapporto annuale delle attività di tutela e vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale*, Anno 2020, 27 ss. Per rilievi analoghi, cfr. L. FERLA, *Sfruttamento della persona a scopo lavorativo e strumenti di contrasto penale*, in *www.discrimen.it*, 19 settembre 2021.

⁸² Un'altra vicenda che ha destato un certo clamore, quantomeno a livello locale, riguarda la c.d. operazione "Spartaco" condotta nei confronti di una società della logistica, nei cui confronti è stato disposto un maxi-sequestro da parte del giudice lodigiano, in relazione alle accuse, tra le altre, di aver sottoposto i conduttori degli autoarticolati a turni di guida estremamente defaticanti. I fatti addebitati – secondo le ricostruzioni investigative – avrebbero determinato, anche ricorrendo a manomissioni dei cronotachigrafi e mediante la predisposizione di falsa documentazione attestante le manutenzioni sui veicoli, una persistente situazione di pericolo per l'incolumità degli stessi lavoratori "su ruote" (talora obbligati, al fine di rispettare il *timing* delle consegne, ad alloggiare in condizioni definite degradanti e addirittura a pagare il datore di lavoro per poter dormire sul mezzo) e per i terzi, come asseritamente confermato dalla media-incidenti notevolmente superiore a quella del settore.

⁸³ La recente pronuncia di Cass., sez. IV, 18 marzo 2021, n. 26327, Mohammad, in *www.dejure.it*, ha esaminato, in sede di impugnazione di un patteggiamento, la vicenda di una società di trasporti, in cui al datore di lavoro era addebitato di aver corrisposto ai lavoratori retribuzioni non in linea alle disposizioni del CCNL e comunque sproporzionate rispetto alla quantità e qualità del lavoro, di aver reiteratamente violato la normativa in materia di orario di lavoro, riposo e ferie (imponendo agli autisti di guidare gli autoarticolati per moltissime ore consecutive, in contrasto con la disciplina degli orari massimi di guida e dei riposi obbligatori), nonché di aver adottato artifici per eludere gli eventuali controlli di polizia e,

infine, di non aver rispettato la normativa in materia di sicurezza sul lavoro, omettendo del tutto la informazione e formazione dei lavoratori. La sentenza, tra l'altro, si segnala per un'interessante applicazione del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole (articolo 25, comma 2 Cost. e articolo 7 CEDU), in relazione alla confisca (per equivalente) avente natura sanzionatoria prevista dall'articolo 603-bis.2 c.p., come introdotta in occasione della riforma del 2016, nel caso ponendosi «un problema di imputazione delle somme di danaro, non comprendendosi se il conteggio attiene anche alle somme di danaro relative al risparmio contribuito formatosi nell'ottobre 2016, in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge appena citata, le quali non possono essere confiscate». Detto principio, in tema di confisca obbligatoria per il reato dell'articolo 603-bis c.p., era già stato affermato in passato da Cass., sez. IV, 27 settembre 2018, n. 54024, Tresoldi, in *Guida dir.*, 2019, 8, 79, che, inoltre, aveva ritenuto non applicabile, per i fatti antecedenti alla data di entrata in vigore della l. 29 ottobre 2016, n. 199 (4 novembre 2016), la diversa confisca prevista dall'articolo 600-septies c.p., la quale, seppur prevista «per i delitti previsti dalla presente sezione» (cioè i «delitti contro la personalità individuale», in cui è effettivamente ricompreso il delitto di caporalato), alla luce di una lettura sistematica e diacronica dei vari interventi normativi che l'hanno regolata, poteva considerarsi riferita soltanto alle fattispecie penalistiche poste a tutela dei minori.

⁸⁴ Per un approfondimento, cfr. R. RIVERSO, *Cooperative spurie ed appalti: nell'inferno del lavoro illegale*, in www.questionegiustizia.it.

⁸⁵ Si menziona, in merito, l'indagine che ha riguardato una cooperativa sociale del pavese operante nel settore dei trasporti con ambulanze e veicoli sanitari, in cui sarebbe emerso che per sette anni i dipendenti prestavano la propria attività "in nero" sulle ambulanze, senza garanzie previdenziali o assistenziali e con doppi o, addirittura, tripli turni di lavoro, figurando solo sulla carta come soci volontari ma, a tutti gli effetti, lavoratori subordinati.

⁸⁶ Nell'operazione "Sardinia Job" – di recente definita dal Tribunale di Pordenone – gli approfondimenti investigativi hanno fatto emergere rapporti di appalto e subappalto con società costituenti "scatole vuote" e intestate principalmente a soggetti prestanome (con sede in provincia di Sassari, da cui il nome dell'indagine), che formalmente assumevano personale dipendente e sulle quali, dunque, erano fatti convergere gli obblighi fiscali e contributivi della manodopera impiegata, laddove queste ultime società si interponevano fittiziamente nel rapporto tra lavoratori e imprese utilizzatrici (aziende manifatturiere e industriali del Nord Italia) in forza di contratti di appalto per prestazioni di servizi (in luogo della dissimulata fornitura di manodopera) e, dopo breve periodo, erano poste in liquidazione o comunque lasciate inattive, per essere sostituite da nuovi soggetti giuridici "di comodo".

⁸⁷ Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto 6 ottobre 2021, *Spreafico s.p.a.*, in *questa Rivista*, 11 ottobre 2021.

⁸⁸ Si segnala, sul punto, il procedimento penale a carico del gestore di un *hotel* della provincia di Como, che impiegava presso la struttura dipendenti senza contratto, cui corrispondeva compensi tra i 50 centesimi e i 2 Euro all'ora ovvero nei cui confronti compensava la retribuzione con la fornitura di vitto e alloggio.

⁸⁹ Nell'operazione "Giardino orientale", condotta presso un *sushi restaurant* in regime di *franchising* di Rovereto, era emerso che i lavoratori impiegati erano esposti a tutti i fattori sintomatici del caporalato (negazione dei riposi settimanali e delle ferie; decurtazione della retribuzione in caso di malattia o di assenza dal lavoro; restituzione di parte della retribuzione; obbligo di firmare fogli in bianco per le dimissioni).

⁹⁰ È stata disposta la custodia cautelare in carcere nei confronti del titolare di un peschereccio, che risultava aver impiegato a bordo cittadini extracomunitari per lo svolgimento di varie mansioni, giungendo addirittura, in occasione di un controllo della Guardia costiera, a gettare in mare un lavoratore abusivamente arruolato.

⁹¹ È recente la notizia della condanna del titolare di un'impresa impiegata nei subappalti di *Fincantieri* presso il porto di Marghera da parte del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Venezia e l'avvio di un processo penale a Gorizia, nato dall'operazione "Free Work", per analogo vicenda di caporalato presso il polo *Fincantieri* di Monfalcone.

⁹² Nel giugno 2019, in provincia di Ravenna, sono state disposte misure cautelari nei confronti dei gestori di due case di riposo, in cui gli operatori, che svolgevano turni di lavoro continuativi, sempre a disposizione degli anziani ospiti delle strutture e delle loro improvvise e impellenti esigenze, anche nelle ore notturne, erano collocati in un situazioni alloggiative degradanti (assenza di una camera da letto, nonché di spogliatoi e servizi igienici autonomi, che erano condivisi con gli ospiti delle strutture).

⁹³ Particolare scalpore ha destato l'operazione "Security Danger", condotta nel 2019 in provincia di Reggio Emilia, ove sono emersi profili di irregolarità nell'impiego del personale addetto alla sicurezza e al controllo dei biglietti in occasione dei concerti di alcuni tra i principali artisti del panorama musicale internazionale e nazionale, che risultava dotato di tesserini di riconoscimento riportanti false iscrizioni prefettizie.

⁹⁴ Oggetto di indagine è stata la vicenda di sfruttamento, a cavallo tra Veneto e Trentino, che vedeva alcuni lavoratori trasportati giornalmente presso i luoghi di lavoro e costretti a lavorare, in sella alle biciclette loro fornite, sotto continua sorveglianza (anche con tracciamento GPS dei telefoni cellulari) per quindici ore al giorno, sei giorni a settimana, per uno stipendio tra i 500 e i 700 euro al mese. Un caso analogo ha determinato l'apertura di un procedimento penale nei confronti

dei titolari di alcune società aggiudicatrici degli appalti, da parte di grandi catene di distribuzione nazionali, per la diffusione di materiale pubblicitario “porta a porta” in provincia di Pesaro.

⁹⁵ Il riferimento è all’operazione “Stracci d’oro”, concernente le condotte di sfruttamento poste in essere in provincia di Cremona nei confronti dei lavoratori impiegati nel *business* della raccolta degli indumenti usati, successivamente destinati, con ottenimento di rilevanti profitti, alla distribuzione nei mercati del nord Africa.

⁹⁶ A. DE RUBEIS, *op. cit.*, 230 ss.

⁹⁷ Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto 6 maggio 2019, n. 59, Ceva Logistics Italia s.r.l., in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2019, con nota di A. MERLO, *Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione*.

⁹⁸ Per un esame del provvedimento di amministrazione giudiziaria, cfr. anche E. TOMASINELLI, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: una recente pronuncia del Tribunale di Milano in tema di “caporalato grigio”*, in *questa Rivista*, 2019, 12.

⁹⁹ Cass., sez. IV, 19 dicembre 2018, n. 5081, Giudici, in *www.dejure.it*.

¹⁰⁰ Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto 13 febbraio 2020, Ceva Logistics Italia s.r.l., inedito.

¹⁰¹ Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto 28 maggio 2020, n. 9, Uber Italy s.r.l., in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2020, con nota di A. MERLO, *Sfruttamento dei rider: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il caporalato digitale*. Quanto al procedimento penale a carico delle persone fisiche, è notizia recente la pronuncia di una sentenza di condanna in sede di giudizio abbreviato – di cui si attende il deposito delle motivazioni – da parte del Giudice dell’udienza preliminare presso il Tribunale di Milano nei confronti di uno dei responsabili delle società di intermediazione (laddove il giudice milanese ha già accolto le richieste di applicazione della pena da parte di altri due responsabili di tali società; per la *manager* di *Uber Italy*, invece, è stato disposto il rinvio a giudizio avanti al Tribunale di Milano, sezione nona penale).

¹⁰² Si rammentano, in proposito, vicende analoghe che hanno interessato i *rider* di altri fornitori di servizi di *food delivery*, le quali sono approntate avanti al giudice del lavoro per il profilo inerente alla corretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, a cavallo tra subordinazione, collaborazione etero-organizzata e lavoro autonomo. Tra di esse, si ricorda il noto caso riguardante i *rider* di *Foodora*, esaminato da Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, in *Lav. giur.*, 2018, 7, 721, con nota di G. RECCHIA, *Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, nonché in *Arg. dir. lav.*, 2018, 4-5, 1220, con nota di M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora* (commentata anche, tra gli altri, da P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 294 ss.), e da App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, *ivi*, 2019, II, 350, con nota di M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, e di R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*. La vicenda dei *rider* di *Glovo* è stata trattata da una coeva pronuncia di Trib. Milano, 10 settembre 2018, n. 1853, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 82 ss., con nota di C. SPINELLI, *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*.

¹⁰³ Sul punto, E. TOMASINELLI, *La tutela penale dei riders tra gig-economy e caporalato digitale*, in *Riv. pen.*, 2020, 10, 863 ss.

¹⁰⁴ Il fenomeno è dotato di carattere ampiamente trasversale alle varie discipline – giuridica, economica e sociologica – come testimonia, nella trattazione collettanea contenuta in *Labour & Law Issue*, 2020, 1, il contributo di L. CINI-B. GOLDMANN, *Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclotattori e dei facchini della logistica in Italia*, *ivi*, 1 ss.

¹⁰⁵ Per un’analisi del rapporto di lavoro dei *rider*, nel contesto del caso *Uber Italy*, M. BARBERIO-V. CAMURRI, *L’amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, in *questa Rivista*, 2020, 7-8, 3 ss.

¹⁰⁶ Si segnala, sul punto, il comunicato stampa emesso dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano in data 24 febbraio 2021, relativo alla vasta attività di indagine, avviata nel luglio 2019, sulle condizioni lavorative di circa 60.000 *rider* che hanno operato, dall’inizio del 2017 alla fine del 2020, per conto delle società *Foodinho-Glovo*, *Uber Eats*, *Just Eat* e *Deliveroo*. All’esito di tali indagini la Procura, d’intesa con le autorità ispettive e di controllo, sulla premessa della qualifica di «lavoratore» ai fini prevenzionistici del *rider*, ha notificato ai rispettivi datori di lavoro i verbali di “prescrizione” ai sensi dell’articolo 301 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (secondo il procedimento di c.d. oblazione amministrativa, disciplinato per rinvio dal d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758) in relazione alle ritenute violazioni contravvenzionali della normativa in materia di sicurezza sul lavoro, con una quantificazione *record* dell’ammontare della sanzione da corrispondere in via amministrativa per il caso di adempimento delle prescrizioni (determinato in oltre 733 milioni di euro, quale risultato aritmetico derivante dalla moltiplicazione delle somme da corrispondere ai fini estintivi per il numero delle violazioni – sette – oggetto di prescrizioni). Si rammenta, peraltro, che di recente, nel mese di dicembre 2021, l’importo delle somme oggetto di oblazione amministrativa è stato drasticamente rideterminato verso il basso (per un totale di 90.000 euro) – anche a fronte degli sforzi di adeguamento alla normativa prevenzionistica posti in essere dalle società interessate – alla luce dell’argomentata considerazione unitaria dei (sette) profili di violazione in origine contestati, senza l’effetto moltiplicatore associato al numero di lavoratori.

¹⁰⁷ Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto 3 marzo 2020, Uber Italy s.r.l., in *questa Rivista*, 4 marzo 2021.

¹⁰⁸ Trib. Bologna, sez. lav., 31 dicembre 2020, reperibile in *www.dirittodiinternet.it*, 5 gennaio 2021.

¹⁰⁹ Le uniche due ipotesi in cui il sistema prendeva in considerazione le ragioni della mancata partecipazione alla sessione prenotata erano il "sinistro su turni consecutivi" che avesse impedito la prosecuzione del lavoro e la "caduta" del sito in caso di malfunzionamento tecnico, casi in cui le statistiche del lavoratore erano suscettibili di aggiustamento mediante "simulazione" della partecipazione.

¹¹⁰ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, ordinanza nei confronti di Foodinho s.r.l., reg. 234 del 10 giugno 2021, reperibile in www.garanteprivacy.it.

¹¹¹ S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società "civile": il reato di sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 2, 142.

¹¹² Il Tavolo operativo per la definizione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura, istituito ai sensi dell'articolo 25-*quater*, comma 1 d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, conv. con mod. in l. 17 dicembre 2018, n. 136 (recante «Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria»), è presieduto dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali e riunisce tutti gli attori istituzionali coinvolti a livello nazionale e territoriale, le parti sociali e le principali organizzazioni del Terzo settore. Il Tavolo è supportato da una Segreteria e da otto Gruppi di lavoro, dedicati alcune tematiche prioritarie, quali: 1) prevenzione, vigilanza e repressione del fenomeno del caporalato; 2) filiera produttiva agroalimentare, prezzi dei prodotti agricoli; 3) intermediazione tra domanda e offerta di lavoro e valorizzazione del ruolo dei Centri per l'Impiego; 4) trasporti; 5) alloggi e foresterie temporanee; 6) Rete del lavoro agricolo di qualità; 7) banche dati; 8) protezione, prima assistenza e inserimento sociale e lavorativo delle vittime di sfruttamento lavorativo.

¹¹³ Il riferimento è al «Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura "Cura – Legalità – Uscita dal ghetto"», stipulato in data 27 maggio 2016 sotto l'egida del Ministero del Lavoro, del Ministero dell'Interno e del Ministero delle Politiche Agricole, sottoscritto in relazione ai territori di competenza delle Prefetture di Bari, Caserta, Foggia, Lecce, Potenza, Ragusa e Reggio Calabria.

¹¹⁴ REGIONE PUGLIA, *Piano d'azione per la tutela dello sviluppo agricolo e il contrasto al caporalato*, sottoscritto con la Prefettura di Taranto in data 5 dicembre 2017, già preceduto dal *Piano Provinciale d'Intervento a tutela dello sviluppo agricolo e di contrasto al caporalato*, adottato in data 23 marzo 2017 dalla stessa Prefettura di Taranto.

¹¹⁵ REGIONE VENETO, *Schema di protocollo d'intesa in materia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura*, adottato con D.G.R. 19 marzo 2019, n. 289, pubblicata sul BUR n. 31 del 2 aprile 2019.

¹¹⁶ REGIONE UMBRIA, *Protocollo d'intesa per attività di prevenzione e contrasto del lavoro irregolare e del caporalato in agricoltura*, 19 luglio 2021.

¹¹⁷ REGIONE TOSCANA, *Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura – annualità 2021*, 5 agosto 2021.

¹¹⁸ REGIONE LOMBARDIA, *Linee guida per la prevenzione e il contrasto al fenomeno del caporalato*, 2 marzo 2016.

¹¹⁹ *Protocollo sperimentale di legalità contro il caporalato, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento lavorativo nel settore del Delivery Food*, sottoscritto in data 6 novembre 2020 da Assodelivery e CGIL, CISL E UIL.

¹²⁰ *Protocollo quadro sperimentale per la legalità contro il caporalato, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento lavorativo nel settore del food delivery*, sottoscritto in data 24 marzo 2021 da Assodelivery e CGIL, CISL E UIL.

¹²¹ Già la Camera dei deputati, nella citata *Indagine conoscitiva*, cit., 27, ravvisa la necessità di un'incisiva revisione di tale istituto, in particolare rilevando come «dovrebbero essere messe in atto misure dirette ad incrementare l'adesione delle imprese agricole alla Rete, che, come si evince dai dati, risulta caratterizzata da una forte polarizzazione in senso geografico e fa registrare un numero di domande di iscrizione sensibilmente più basso rispetto a quelle potenzialmente ricevibili». I fattori dell'odierno insuccesso della Rete andrebbero ravvisati, da un lato, nella «previsione di requisiti ritenuti dalle imprese eccessivamente rigidi, che precludono a molte di esse la possibilità di iscrizione» e, dall'altro, la «preoccupazione, propria di molti imprenditori, che la stessa iscrizione possa rappresentare il presupposto per l'inasprimento dell'azione di vigilanza nei

loro confronti». In ottica di riforma, propone il documento di procedere con «una revisione complessiva del procedimento di iscrizione attraverso requisiti meno stringenti, cui dovrebbe aggiungersi la previsione di misure di carattere premiale, da inserire anche nei Programmi di Sviluppo Rurale (PSR)».

¹²² V. MONGILLO, *op. cit.*, 653.

¹²³ Per un approfondimento sull'istituto del controllo giudiziario dell'azienda ai sensi della l. 29 ottobre 2016, n. 199, si rinvia ai contributi di S.M. CORSO, *Oltre il contrasto al "caporalato": dalla tutela della produzione alla tutela dell'occupazione*, di S. LORUSSO, *Il controllo giudiziario. Profili sistematici*, e di F. DELVECCHIO, *Il controllo giudiziario dell'azienda e l'amministrazione dei beni sequestrati*, tutti contenuti in AA.VV., *Studi sul caporalato*, cit., 87 ss.

¹²⁴ F. DELVECCHIO, *op. cit.*, 37, nell'evidenziare le difficoltà interpretative che potrebbe incontrare il giudice penale in sede di scelta del controllo giudiziario in luogo del sequestro preventivo, suggerisce un criterio di tipo controfattuale, atto a fondare l'applicazione dell'istituto introdotto dalla l. 29 ottobre 2016, n. 199, nel senso di verificare se l'attività economica interessata è "sostenibile" e "competitiva" anche se svolta nel rispetto (una volta ripristinati) dei diritti dei lavoratori, potendosi propendere per il controllo giudiziario nelle ipotesi in cui lo sfruttamento dei lavoratori non sia esso stesso un fattore



produttivo fondamentale per la sopravvivenza dell'impresa, ma sia soltanto funzionale alla massimizzazione del profitto di alcuni soggetti.

¹²⁵ M. ARENA, *Il controllo giudiziario dell'azienda nei procedimenti penali per sfruttamento della manodopera*, in *Rivista* 231, 2017, 1, 53 ss.

¹²⁶ In ragione dell'ampiezza e della complessità della tematica, che non costituisce oggetto di specifica trattazione nel presente contributo, si rinvia per un approfondimento e per gli opportuni riferimenti dottrinali a 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 *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 61 ss., e E. BIRRI, *I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 3-4, 837 ss.

L'omesso versamento di ritenute al tempo del Covid. Un'ipotesi di inesigibilità "sopravvenuta"?

di **G. de Lisi**

Muovendo dalla sentenza del Tribunale di Milano (sez. II, 4 giugno 2021, n. 6254) con la quale il Giudice ha assolto l'imputato dal reato di cui all'art. 10-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, motivando sulla non esigibilità del comportamento illecito, il presente contributo si propone di ricostruire il percorso evolutivo della giurisprudenza di merito e di legittimità sul nodo della prova dell'elemento soggettivo nei reati omissivi propri. L'autrice, dapprima, analizza sul piano teorico la correlazione tra la struttura del reato tributario, in termini di pura anti-doverosità, e la categoria della c.d. inesigibilità, quale strumento di recupero della colpevolezza nella sanzione penale; valorizza, poi, gli approdi più recenti con lo scopo di individuare i criteri ermeneutici idonei alla sussunzione dell'esperienza pandemica quale causa di non punibilità lato sensu intesa.

1. Con la sentenza in commento, il Tribunale di Milano ha assolto l'imputato dal reato di omesso versamento di ritenute dovute o certificate ex art. 10-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 – come riformulato a seguito della novella del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 – perché il fatto non costituisce reato, motivando sulla non rimproverabilità della condotta in quanto tenuta «in circostanze anormali ed eccezionali tali da rendere soggettivamente inesigibile il comportamento lecito»¹.

La sentenza consente di affrontare il nodo relativo alla prova dell'elemento soggettivo nei reati tributari (c.d. inesigibilità), su cui storicamente la giurisprudenza di merito e quella di legittimità registrano orientamenti oscillanti e un dialogo tra loro "complicato".

Ai temi non di poco conto già sul tappeto, si aggiunge la situazione sociale ed economica derivante dalle scelte politiche (in questo caso, nazionali) per contenere la diffusione del coronavirus e la conseguente crisi sanitaria.

2. Nella sentenza in commento, il Giudice ha ricostruito il quadro storico-fattuale in cui è intervenuta l'omissione penalmente rilevante, riscontrando l'esistenza di fattori di crisi esterni alle scelte imprenditoriali del soggetto agente e li ha tradotti in condizioni tali da incidere sulla capacità personale di adempiere all'obbligazione tributaria.

Dirimente ai fini della decisione è stata la concomitanza di tre coefficienti esogeni che – agendo in stretta progressione temporale – hanno

messo la società nella materiale impossibilità di rispettare le scadenze fiscali e l'imputato-rappresentante legale nella impossibilità di essere destinatario del rimprovero penale.

In un primo momento, collocato all'inizio degli anni Dieci, l'attività principale dell'azienda² subiva la diretta concorrenza del mercato sudorientale con conseguente contrazione del cinquanta per cento del fatturato a cui seguiva la riduzione delle linee di credito concesse dagli istituti bancari. Poco dopo il 2015, l'unica business unit rimasta economicamente in attivo, quella della produzione dei gioielli, veniva colpita dal crollo del mercato russo, principale area di scambio dell'attività. Infine, nel marzo 2020 sopraggiungeva la crisi pandemica, che determinava un'ulteriore e drastica riduzione dell'attività e del conseguente fatturato, rendendo impossibile l'adempimento degli oneri fiscali assunti nelle more tramite i piani di ammortamento concordati con l'Agenzia delle Entrate.

Ai tre eventi storici, quale oggetto di accertamento nel compendio probatorio processuale, si affiancano le misure adottate, o meglio le scelte che l'imprenditore assumeva, nel corso della progressiva *débâcle* economica: dal ricorso alla cassa integrazione per i dipendenti, ai licenziamenti, ai piani di rateizzazione fiscale fino alla rinuncia dei compensi personali e l'immissione di risorse proprie nel capitale sociale.

Per rendere la ricostruzione più agevole, in sintesi, due sono le basi di valutazione giudiziale: i) la sopravvenienza di cause imprevedibili, determinate

da fattori estranei alla capacità imprenditoriale del soggetto agente, vale a dire la non imputabilità della crisi economica; ii) e il finalismo della condotta dello stesso all'adempimento fiscale, da ritenersi provato dall'allegazione dei vari rimedi – tentati – di far fronte alle difficoltà finanziarie.

Conquistati questi due approdi probatori, il Giudice ne trae le conseguenze in termini di «inesigibilità»: valuta che, pur a fronte dell'incontestabile consumazione del reato nella sua veste oggettiva, l'anormalità e l'eccezionalità delle circostanze occorse dovessero escludere il rimprovero soggettivo di colpevolezza, avendo l'agente fatto "tutto quel che l'ordinamento poteva da lui esigere" per evitare di violare il precetto penale.

3. L'inesigibilità³ è una categoria che si colloca nell'ambito delle cause di esclusione della colpevolezza lato sensu intese e attiene a quelle ipotesi in cui il soggetto agente versi in una condizione soggettiva tale da non potersi pretendere ragionevolmente un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto.

È da sempre una figura dai tratti ambigui, perché manca di una tipizzazione legislativa⁴, benché l'ordinamento ne percepisca una necessità quasi primordiale: ha una genesi inversa rispetto alle esigenze della sistematica penalistica, nel senso che è una categoria che "spunta dal basso", una sorta di regola di giudizio di origine pre-dogmatica, destinata a dare corpo alla giustizia sostanziale⁵.

Non è un caso, infatti, che tale istituto non goda di particolare popolarità all'interno del nostro ordinamento e in dottrina solo saltuariamente sia stato oggetto di puntuali approfondimenti⁶: da una parte, si è ritenuto che molte circostanze effettive di incolpevole impossibilità di osservare il precetto penale avrebbero potuto, senza stirature dogmatiche, valutarsi alla stregua di cause di esclusione della punibilità già tipizzate⁷; dall'altra parte, si è sostenuto che, così intesa, l'inesigibilità avrebbe aperto il fianco a legittimare condotte penalmente rilevanti ma emotivamente o moralmente orientate⁸.

Invero, il concetto di inesigibilità non è in grado di fornire un parametro di valutazione del suo inverso: quando il comportamento è da intendersi esigibile è concetto ontologicamente indefinito, di modo che qualsiasi conflitto motivazionale – più o meno attendibile alla stregua della discrezionalità

giudiziale – potrebbe essere causa ragionevole di non esigibilità⁹. Il Giudice ha davanti a sé una serie di fatti e deve dire se è umanamente ragionevole ritenere che essi abbiano condotto l'imputato alla totale inibizione della propria volontà criminale, ma chi è che segna i limiti del "ragionevole esigersi" è pre-informazione non nota¹⁰.

In giurisprudenza, poi, si registra una singolare inversione rispetto a ciò che si osserva abitualmente: i giudici di merito tendono – con ondivaghe interpretazioni – a riconoscere comunque un possibile spazio di applicabilità a tale particolare scusante¹¹, mentre la giurisprudenza di legittimità appare in controtendenza.

Nello specifico ambito penal-tributario, in un primo momento, la Corte di Cassazione ha categoricamente escluso che il mancato adempimento da parte dell'imputato del dovere – prodromico rispetto a quello di versamento in senso stretto – di organizzare le proprie risorse attraverso l'accantonamento delle somme destinate agli oneri fiscali potesse essere giustificato dalla occorsa successiva crisi di liquidità¹².

In seguito, un primo filone di pronunce¹³ ha flessibilizzato il rigore iniziale, ma ha optato per l'insussistenza del dolo di fattispecie, riscontrando che in un contesto di crisi incolpevole, generata per esempio dagli inadempimenti di terze parti nei rapporti contrattuali, e di indicatori positivi quali la rinuncia dello stipendio e l'immissione di risorse proprie nel capitale sociale, dovesse ritenersi esclusa l'adesione rappresentativa e volitiva dell'agente alla condotta anti-doverosa. Secondo un altro orientamento¹⁴, invece, verrebbe in rilievo la (oscura) causa di forza maggiore ex art. 45 c.p.¹⁵, vale a dire l'imprevedibilità di gestione e organizzazione della crisi di liquidità.

In questo modo, tra dolo e forza maggiore, con prova più o meno solida della mancata adesione volontaristica al fatto di reato, la Corte ha finito per cercare in un altro nomen iuris risposta alle istanze non-punitive richiamate dalla categoria dell'inesigibilità¹⁶.

Solo di recente, in effetti, si è assistito a un riconoscimento di principio della figura, benché in ambito totalmente differente da quello penal-tributario: in tema di estensione analogica in bonam partem dell'esimente di cui all'art. 384 co. 1 c.p. al convivente more uxorio, le sezioni unite hanno statuito che è «principio immanente al sistema

penale, quello della inesigibilità di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione»¹⁷.

Peraltro, in questa occasione, la Corte ha ripreso una motivazione già fatta propria in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 3-bis della legge del 31 maggio 1965, n. 575 (relativamente all'omesso tempestivo versamento della cauzione disposta con la misura di prevenzione) per cui «non può predicarsi colpevolezza senza rimproverabilità e la impossibilità di adempiere al precetto che dipenda da errore incolpevole o da fatto impeditivo o da assenza di mezzi, renderebbe la punizione dell'inosservanza in concreto non compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale e con la funzione rieducativa della pena»¹⁸.

4. Si può sostenere, dunque, che l'evoluzione giurisprudenziale in tema di inesigibilità ha guadagnato terreno principalmente nell'ambito tributario e se è vero che, di recente, ragioni di equità sociale hanno condotto la Corte a riconoscere l'inesigibilità come generale scusante extra-legale anche in aree diverse, è altrettanto vero che ha finito per riprendere una struttura argomentativa già sperimentata per una figura di reato molto simile agli illeciti fiscali.

Questi di regola sono reati di pura condotta, e nello specifico per quelli presi in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità citata, reati a condotta omissiva propri: questa peculiare struttura li rende terreno d'elezione per eccellenza per la categoria dell'inesigibilità. La correlazione è semplice.

Come noto, i reati omissivi propri si definiscono in speculare alternatività rispetto ai reati omissivi impropri, in quanto i primi sono espressamente tipizzati dal legislatore e si integrano al solo mancato compimento dell'azione comandata dalla legge, mentre il nucleo offensivo dei secondi, la cui descrizione tipica fa perno sul combinato disposto di una norma di parte speciale configurante una fattispecie commissiva e la clausola generale dell'art. 40 cpv. c.p., risiede nel mancato impedimento di un evento materiale che il soggetto attivo aveva l'obbligo di impedire.

Dunque, la peculiarità dei reati omissivi propri a livello di fatto tipico è il mero "non fare" qualcosa che, in presenza di presupposti determinati ex lege,

risulta "doveroso fare"¹⁹: si tratta nella maggior parte dei casi di illeciti di pura creazione legislativa in cui la situazione tipica non assume pregnanza in termini di offensività e il rimprovero penalistico discende semplicemente dal non aver tenuto la condotta che il legislatore ha prescritto come doverosa²⁰.

Si noti che la rilevanza penale dell'omesso versamento delle ritenute dovute o certificate di cui all'art. 10-bis del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 è subordinata al superamento della soglia di centocinquantamila euro del valore di imposta evasa, mentre la stessa condotta anche di poco al di sotto del limite stabilito dal legislatore perde la meritevolezza del rimprovero penalistico.

Il fatto che nella struttura del reato manchi il cagionarsi di un evento dannoso o pericoloso, imputabile a una condotta materiale, fa esaurire l'omissione penalmente rilevante sul solo asettico profilo "normativo" del mancato compimento di un'azione doverosa.

È quindi chiaro che in un contesto di tal fatta, in cui il rimprovero penale discende dal mero accertamento della violazione dell'obbligo positivo, la categoria dell'inesigibilità si fa spazio per recuperare una necessità costituzionale di "personalità" della colpevolezza.

Vale a dire che la tipicità di un illecito omissivo proprio è verificata da un meccanismo sussuntivo praticamente automatico: individuata la doverosità in capo al soggetto agente, preso atto della sua inerzia, il resto lo fa la norma incriminatrice, rivelandoci che, già di per sé, tutto ciò basta per la responsabilità penale²¹.

L'inesigibilità come categoria soggettiva consente di integrare una valutazione preclusa dalla struttura del reato omissivo proprio, precisamente quello della verifica della possibilità di adempiere l'azione doverosa, da ritenersi esclusa ogniqualvolta manchino le necessarie attitudini psicofisiche del soggetto o le condizioni esterne indispensabili all'agire²².

In verità questa sensibilità soggettivistica recuperata nell'inesigibilità è applicabile anche alle fattispecie omissive improprie e a quelle commissive, ma per quest'ultime essa si traduce più che altro in un ulteriore criterio di dosimetria sanzionatoria, mentre per il reato omissivo proprio diventa motivo di assoluzione.

Invero, per i reati commissivi la possibilità di omettere l'azione vietata è praticamente la regola e

il verificarsi di circostanze esterne che comprimono totalmente l'autodeterminazione del soggetto è ipotesi remota. È più plausibile che questi fattori incidano calibrando l'intensità del dolo o la gravità della colpa in sede di commisurazione della pena.

Nel reato omissivo proprio, invece, è sufficiente che intervenga un qualsiasi ostacolo alla possibilità in concreto di conformarsi al precetto, perché venga meno quel minimum di adesione volontaria alla condizione di inerzia²³.

Se così non fosse, la responsabilità per reati di questo tipo sarebbe una responsabilità praticamente oggettiva, o meglio di posizione.

Si pensi a un delitto come quello previsto ai sensi all'art. 570-bis c.p. che si consuma ogniqualvolta il coniuge non adempia agli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o scioglimento del matrimonio, a prescindere dalle condizioni economiche dei soggetti beneficiari (e quindi dall'effettiva offesa all'interesse per la loro sussistenza): con il solo accertamento della mancata corresponsione dell'assegno da parte di chi era giuridicamente obbligato si esaurisce la tipicità del fatto.

Non a caso, ultimamente, la Corte ha dovuto far breccia in queste fattispecie recuperando la tenuta della colpevolezza mediante assoluzioni motivate dalla prova di un inadempimento determinato da circostanze oggettive di indisponibilità di introiti, assolutamente non prevedibili e non ascrivibili all'imputato²⁴.

5. Il reato tributario di cui all'art. 10-bis rientra in questa specifica categoria di fattispecie e in effetti è stato in più occasioni oggetto dell'attenzione giurisprudenziale in tema di inesigibilità.

Invero, nella sentenza in commento il Giudice struttura la propria decisione di assoluzione lungo il sinallagma, già noto, crisi di liquidità/inesigibilità dell'adempimento tributario mettendo in correlazione l'imprevedibilità del tracollo finanziario con la peculiare regola di colpevolezza applicabile ai reati di pura omissione.

La vera novità è aver arricchito il tema alla luce dell'esperienza processuale post Covid-19.

Peraltro, la soluzione decisoria con il richiamo agli effetti della pandemia consente di dare maggiore corpo e concretezza alle condizioni di base che consentono la valutazione giudiziale dell'inesigibilità.

A ben vedere, infatti, nessuna delle pronunce della Cassazione sul tema fornisce strumenti operativi²⁵ al Giudice di merito per individuare i limiti del "ragionevole esigersi della condotta conforme", ed è questo vuoto applicativo che rende l'inesigibilità una categoria irrisolta²⁶.

Si consideri, per esempio, che in una recente occasione²⁷ la Corte sostenendo la necessità della prova della non imputabilità della crisi finanziaria e dell'adozione di «misure idonee da valutarsi in concreto», non censurava la pronuncia di merito che aveva escluso l'inesigibilità pur a fronte di atti positivi quali il pagamento dei fornitori per garantire la prosecuzione dell'attività e la destinazione delle risorse aziendali agli stipendi dei dipendenti. In un'altra²⁸, ha ritenuto immune da censure la decisione impugnata nella parte in cui aveva ritenuto irrilevante la mancata riscossione di crediti osservando che l'inadempimento dei clienti rientra «nel normale rischio di impresa». E ancora, ha confermato la sussistenza del reato in un caso in cui, in presenza di una situazione di difficoltà economica, l'imprenditore decideva di dare preferenza al pagamento degli impiegati e alla manutenzione dei mezzi destinati allo svolgimento dell'attività di impresa²⁹.

Se è fisiologico che sia la giurisprudenza di merito a elaborare i risvolti pratico-applicativi degli enunciati di diritto, la disarmonia tra la statuizione di principio e gli esiti decisori della Cassazione finisce per rendere molto difficile alle decisioni di primo grado raggiungere indenni il giudicato.

La pronuncia in commento meriterebbe invece il lasciapassare verso la scalata dell'irrevocabilità, proprio perché nell'impianto motivo riesce a coordinare il principio di diritto un po' fumoso che fornisce la giurisprudenza di legittimità con l'istanza di giustizia sostanziale propria della categoria.

Nel senso che, con taglio pragmatico, il Giudice riesce a fornire sia le coordinate per supplire alle carenze applicative dell'inesigibilità, sia input interpretativi atti a essere generalizzati oltre i limiti del caso concreto.

È degno di nota, infatti, che nel corso dell'istruttoria, il Giudice chiedeva all'imprenditore di fornire prove non solo dell'incidenza di quei tre fattori esogeni causa della crisi di liquidità, ma anche degli strumenti in positivo messi in atto, valorizzando tanto la riduzione del proprio stipendio e l'immissione delle proprie risorse nel capitale societario, quanto

soprattutto i piani di rateizzazione concordati con l'Agenzia delle Entrate.

La prova del finalismo della condotta dell'agente verso l'adempimento fiscale viene dedotto in ultimo proprio dalla buona predisposizione al dialogo con l'amministrazione: una chiave ermeneutica della categoria dell'inesigibilità che finisce per arricchirla anche sotto un profilo di più ampio respiro politico-criminale, favorendo l'emersione del fenomeno evasivo e la conseguente premialità di chi dia prova dell'impegno a "mettersi in regola".

Dall'altra parte, la sentenza ha l'audacia di aver individuato nella crisi pandemica un fattore ostativo al rimprovero penalistico. Il generale tracollo economico conseguito alla situazione emergenziale è stato inteso nella decisione quale uno degli eventi esogeni determinanti la crisi finanziaria della società, la cui imprevedibilità e repentinità è stata coerentemente valutata idonea a escludere la capacità tempestiva dell'imprenditore di allocare risorse utili all'adempimento fiscale.

A un esame puntuale della motivazione, si coglie che il Giudice non ha sovrapposto tout court l'emergenza sanitaria da Covid-19 all'inesigibilità.

Far assorbire il tema della rimproverabilità sulla sola esistenza della crisi pandemica sarebbe un fraintendimento del sillogismo giudiziale che sta alla base della sentenza e che così inteso non sarebbe coerente neanche con l'ultimo, più aperto, orientamento di legittimità.

Ciò che la sentenza veicola non è l'idea che l'emergenza della crisi sanitaria e il conseguente lockdown delle attività imprenditoriali possano annichilire la mano della sanzione penale nell'area dei reati economici, creando una sorta di nuova "scusante d'emergenza". Si noti, invero, che la sentenza equipara al periodo di inibizione dei traffici commerciali causa Covid-19 il crollo del mercato russo e la concorrenza del mercato sudorientale: tre eventi storici – imprevedibili – che nella loro concomitanza causale costituiscono il fattore oggettivo di valutazione dell'inesigibilità.

Una soluzione assolutamente coerente con l'inquadramento che la giurisprudenza ha dato dell'esperienza emergenziale anche in altri rami dell'ordinamento.

In effetti, sulla imprevedibilità dei danni economici conseguenti la chiusura delle attività commerciali per factum principis, la giurisprudenza civile – sul tema molto più florida di quella penale – ha riconosciuto

che «la mancata esecuzione dell'obbligo gravante sull'affittante (...) causata dalla sospensione governativa delle attività commerciali per l'emergenza pandemica, integra un'ipotesi di impossibilità parziale e temporanea della prestazione, rilevante ex art. 1464 c.c.»³⁰ e ha preteso, per l'effetto, una riduzione ad equità dei canoni pattuiti, limitatamente al periodo della sospensione delle attività. Così, invero, nella relazione dell'ufficio del Massimario³¹ sul tema, viene valorizzata l'esigenza manutentiva degli accordi contrattuali alla luce del principio di buona fede e di solidarietà collettiva.

Di fronte all'insorgenza di una "causa maggiore" che rischia di penalizzare sia l'obbligato che l'obbligatario, la Suprema Corte opta per la soluzione conciliativa.

La stessa logica – sia permessa questa valutazione trasversale – dovrebbe favorire la lettura del fenomeno emergenziale nell'esperienza penale: uno strappo sociale ed economico come quello vissuto negli ultimi due anni dovrebbe spingere anche lo Stato "soggetto obbligatario" dell'adempimento penale a tendere la mano in un atteggiamento conciliativo.

Potrebbe essere l'occasione per riprendere una logica giuridica già nota, riproducibile in via generale e astratta, dentro cui far convergere l'esigenza di attutire la dura lex a fronte dell'imprevedibile ed eccezionale esperienza di una pandemia globale.

Ad avviso di chi scrive, l'inesigibilità nella sentenza commentata ha avuto questo ruolo³², quello di accogliere il bisogno di dar conto anche nel sistema penale della sopravvenuta impossibilità dell'obbligazione civilistica.

La specularità tra la responsabilità per l'inadempimento contrattuale e la responsabilità penale è di immediata percezione se si considera la struttura del reato omissivo proprio tributario come illecito di pura violazione di un obbligo di adempimento.

Peraltro, a differenza del fratello civile, il processo penale non si è accontentato della sola crisi pandemica ma ha preteso che ad essa si accompagnassero ulteriori fattori di crisi e segni propositivi di riparazione dell'illecito penale, utili a "rinegoziare" le coordinate del patto Stato – cittadino.

La crisi pandemica è entrata nella valutazione giudiziale come tassello costruttivo delle condizioni

di non esigibilità dell'adempimento all'obbligo tributario, imposto dal legislatore prima e in astratto rispetto alle attuali circostanze storiche, e ha consentito, a ragion veduta, di plasmare il rigore del reato omissivo proprio con un'istanza di giustizia sostanziale quanto mai oggi percepita.

Gaia de Lisi

Dottoressa in Giurisprudenza.

¹ Cfr. pag. 4 della sentenza.

² La produzione industriale di zirconi e il commercio di pietre preziose.

³ Per una panoramica sulla categoria dell'inesigibilità, si vedano, tra gli altri, G. FORNASARI, Il principio di inesigibilità nel diritto penale, Padova, Cedam, 1990; L. SCARANO, La non esigibilità in diritto penale, Napoli, Humus, 1948; M. ROMANO, Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1991, p. 40 ss.; G. ABBATTISTA, Inesigibilità e scriminanti tacite: ipotesi applicative, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), Studi di diritto penale, Milano, Giuffrè, 1991, p. 505 ss.; G. BETTIOL, Diritto penale, Padova, Cedam, 1978, p. 475 ss., ma anche, per una critica al principio, B. PETROCELLI, La colpevolezza, Padova, Cedam, 1955, p. 168 ss.; M. GALLO, Il concetto unitario di colpevolezza, Milano, Giuffrè, 1951, p. 147 ss.

⁴ Sia permesso sul tema il rinvio al commento di A. MACCHIA, Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen., (nota a Cass., sez. un., 26 novembre 2020, n. 10381, Presidente Cassano, Relatore Fidelbo), in Sistema Penale, 22 giugno 2021, in particolare sul tema della cd. analogia benevola e il principio di inesigibilità, nei suoi difficili rapporti con legalità e tassatività in materia penale.

⁵ In questo senso, si vedano le riflessioni del giurista e filosofo del diritto danese Al Ross, per il quale il diritto, interessando il campo dell'agire, non può che conoscere e giustificarsi alla luce del sostrato "irrazionale" e istintivo della vita reale; cfr. A. ROSS, Diritto e giustizia, trad. it. di G. Gavazzi, Torino, Einaudi, 1965. Nella medesima direzione di una valorizzazione della giustizia sostanziale a fondamento della norma, in contrasto con il principio positivista *ius quia iussum*, sia concesso un rinvio alla nota elaborazione della cd. formula di Gustav Radbruch, che nella sua versione originaria si proponeva come strumento risolutivo della conflittualità tra la certezza del diritto positivo e la sua ingiustizia sostanziale, imponendo che il giudice disapplicasse il primo quando la seconda raggiungesse il livello dell'«intollerabilità»: la formula si basa sulla considerazione che la legge tragga la propria validità non dalla forza impositiva dell'autorità formale ma dal suo stesso contenuto sostanziale; cfr. G. VASSALLI, Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista, Milano, Giuffrè, 2001, sez. VI.

⁶ Per una disamina completa degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia, S. Cavallini, *Art. 10 bis* in R. Bricchetti – P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari* in F. Palazzo – C. E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, XIII, Torino, Giappichelli, 2017, p. 330 ss.; ma anche A. Valsecchi, *Delitto di omesso versamento dell'IVA e non rimproverabilità dell'amministratore della società insolvente: qualche spunto di riflessione* in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2011.

⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 426

⁸ M. GALLO, Il concetto unitario di colpevolezza, cit., p. 147.

⁹ «L'accertamento dell'esigibilità (o inesigibilità) di un determinato comportamento, in presenza di date circostanze, presuppone anche che si individui il soggetto con riferimento al quale tale verifica va condotta. Ove questo soggetto sia lo stesso agente, il rischio che si corre è di subordinare l'obbligatorietà dell'osservanza della legge agli interessi e alle passioni dei singoli», così in G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 425.

¹⁰ Si vedano le riflessioni di M. ROMANO, Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità, cit., p. 43, che esclude l'inesigibilità come causa scusante generale, per la sua incompatibilità con primarie esigenze di tenuta dell'ordinamento e di determinatezza dei confini della responsabilità personale; in linea, F. VIGANÒ, Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti, Milano, Giuffrè, 2000, p. 292 ss.

¹¹ Si vedano, tra le altre, Trib. Milano, sez. II, 17 luglio 2015, n. 8741; Trib. Campobasso, 29 maggio 2015, n. 435, entrambe inedite e Trib. Milano, sez. III, 18 febbraio 2016 n. 13701 con nota di S. FINOCCHIARO, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 marzo 2016, in cui si sottolinea come se è vero che il giudizio di esigibilità e rimproverabilità non può mai dipendere da «una soggettiva valutazione del giudice, che si sostanzierebbe in un'illegittima arbitrarietà», esso deve fondarsi su «elementi di fatto e circostanze concrete» che siano, pur nella loro oggettività, tali «da far apparire la condotta dell'imputato umanamente non rimproverabile agli occhi di qualunque osservatore medio». «Umanamente non rimproverabile» è la cifra della categoria dell'inesigibilità e corrisponde a quella idea della «valvola che permette a un sistema di norme di respirare in termini umani», di cui si legge in G. BETTIOL, Diritto penale, cit., p. 493, nota 401.

¹² Cass. pen., sez. un. 12 settembre 2013 (ud. 28 marzo 2013), n. 37425, Presidente Lupo, Relatore Blaiotta, con nota di A. CIRAUOLO, La punibilità degli omessi versamenti dell'IVA e delle ritenute certificate nella lettura delle Sezioni Unite, in *Cass. Pen.*, 2014, I, p. 66 ss.

¹³ Ex plurimis, Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2019 (ud. 5 giugno 2019), n. 42522, Presidente Rosi, Relatore Liberati, in Red. Giuffrè, 2020, con la quale la Cassazione ha escluso la sussistenza del dolo generico richiesto per la configurabilità del delitto di omesso versamento dell'IVA previsto dall'articolo 10-ter del decreto legislativo n. 74 del 2000, «laddove l'imputato provveda al pagamento di dipendenti e fornitori in una prospettiva di continuità aziendale, nella convinzione che tale scelta consenta di proseguire l'attività d'impresa attraverso il conseguimento di ricavi e di utili»; si veda anche Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2019 (ud. 6 giugno 2019), n. 41602, Presidente Lapalorcia, Relatore Zunica, in Red. Giuffrè, 2020, in relazione al caso di un imprenditore che aveva posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, per recuperare le somme per pagare il debito IVA e di cui non aveva disponibilità per improvvisa crisi di liquidità.

¹⁴ Tra le altre, si veda Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2014 (ud. 6 febbraio 2014), n. 10813, Presidente Squassoni, Relatore Pezzella, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 7 marzo, in cui la forza maggiore viene declinata nell'onere probatorio che incombe sull'imputato, vale a dire della impossibilità di reperire altrimenti le risorse necessarie per l'adempimento dell'obbligazione tributaria, avendo egli posto in essere «tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabili».

¹⁵ Dispone l'art. 45 c.p. che «non è punibile chi ha commesso il fatto per (...) forza maggiore». La forza maggiore viene tradizionalmente definita con riferimento alla «irresistibilità» (vis cui resisti non potest), come energia esterna contro la quale il soggetto non è in grado di resistere e che perciò lo costringe necessariamente ad agire: in questa ipotesi la persona agitur, non agit. Secondo la giurisprudenza, la forza maggiore «si colloca su un piano distinto e logicamente antecedente rispetto alla configurabilità dell'elemento soggettivo, ovvero nell'ambito delle situazioni in grado di escludere finanche la cd. "suitas" della condotta», così in Cass. pen., sez. III, 13 marzo 2020 (ud. 28 novembre 2019), Presidente Izzo, Relatore Cerroni, n. 9960.

¹⁶ Si noti che la riflessione muove intorno alla sola valutazione della responsabilità a titolo di dolo, mentre non si ritiene opportuno in questa sede una considerazione sui reati colposi, per i quali il discorso si struttura in maniera decisamente diversa. Invero, il concetto di esigibilità del comportamento doveroso nei reati dolosi ripropone uno schema di accertamento che è proprio anche del titolo di imputazione colposa, ma ne amputa uno dei sintagmi: nel gioco del giudizio controfattuale della colpa perché sia penalmente rimproverabile al soggetto agente una condotta non voluta, è necessario che alla violazione della regola cautelare segua la concretizzazione dello specifico rischio cautelato, evento a sua volta prevedibile ed evitabile alla stregua di un confronto con un agente modello collocato nelle medesime condizioni del soggetto concreto. In sintesi, laddove manca la volontà, si chiede al Giudice di verificare se era esigibile dall'imputato allo stato dei fatti tenere il comportamento doveroso, e non solo se il comportamento doveroso avrebbe evitato il verificarsi dell'evento di reato. Nella colpa l'inesigibilità è coordinata ad un parametro di valutazione soggettivo – quello dell'agente modello – e almeno a due dati oggettivi, quello della connessione causale tra la condotta e l'evento e quello della regola cautelare effettivamente violata. Invece, nella inesigibilità come clausola generale di esclusione della colpevolezza, i parametri oggettivi si perdono e il giudizio si colloca sulla sola valutazione delle condizioni soggettive che si oppongono all'osservanza del precetto penale.

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 17 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381 Presidente Cassano, Relatore Fidelbo, con nota di A. MACCHIA, Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen., cit., p. 18.

¹⁸ Cass. pen., sez. I, 27 aprile 2011 (ud. 6 aprile 2011), n. 16513, Presidente Chieffi, Relatore Di Tomassi.

¹⁹ F. Basile, *Note sul dolo nei reati omissivi propri, con particolare riguardo al reato di omissione di soccorso*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1° dicembre 2013, p. 2.

²⁰ P. Nuvolone, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 435 ss.

²¹ P. GALLIANI, Il problema della condotta nei reati omissivi, Napoli, Jovene, 1980, p. 65: «un'omissione esiste se, e dal momento in cui, una norma, anche non giuridica, ne fa oggetto di considerazione comandando l'azione omessa».

²² G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, Giuffrè, p. 230, che osservano che «l'obbligo giuridico di agire presuppone il potere materiale di compiere l'azione doverosa (ad impossibilia nemo tenetur)».

²³ A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio. II: profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, Cedam, 1988, p. 814 ss.

²⁴ Come, ad esempio, una crisi economica talmente grave da rendere impossibile anche l'autosostentamento. Cfr. *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2018 (ud. 22 maggio 2018), n. 53173, Presidente Rotundo, Relatore Giordano.

²⁵ In Cass. pen., sez. I, 27 aprile 2011 (ud. 6 aprile 2011), n. 16513, cit., la Corte si limita a esigere che «l'impossibilità va[da] parametrata all'obbligo imposto e alla situazione concreta rispetto alla quale occorre valutare la rimproverabilità dell'omissione».

²⁶ Con lungimiranza, G. FORNASARI, Il principio di inesigibilità nel diritto penale, cit., p. 57, secondo il quale la categoria della inesigibilità nel diritto penale – per sua natura caratterizzata da «vaghezza» – potrebbe trovare coerente patente di legittimità, solo nel caso in cui il concetto sia fatto oggetto di «un adeguato sforzo di concretizzazione» in sede applicativa.

²⁷ Cass. pen., sez. III, 22 agosto 2018 (ud. 2 marzo 2018), n. 38810, Presidente Andrezza, Relatore Macri.



²⁸ Cass. pen., sez. III, 15 maggio 2014 (ud. 8 aprile 2014), n. 20266, Presidente Squassoni, Relatore Pezzella, con nota di G. Cesari, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione* in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, V, 2, p. 66 ss.

²⁹ Cass. pen., sez. III, 22 settembre 2017 (ud. 10 aprile 2017), n. 43811, Presidente Rosi, Relatore Ciriello.

³⁰ Trib. Roma, sez. V, ord., 29 maggio 2020, n. 18779.

³¹ Corte Suprema di Cassazione Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica n. 56, 8 luglio 2020, avente ad oggetto le *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*.

³² Peraltro, suggerito nelle lungimiranti pagine di G. Bettioli, *Diritto penale, cit.*, p. 388 ss., secondo il quale l'inesigibilità dovrebbe intendersi come una sorta di limite intrinseco alla stessa natura del diritto, non dissimile – dunque – dalla valenza *in extremis* della inesigibilità civilistica concettualmente definita dal brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*.

Riforma del processo penale. Citazione diretta e tutela del contraddittorio nel nuovo giudizio di prognosi di condanna.

di **A. de Sanctis** e **R. Ferrero**

Il cuore della riforma Cartabia in tema di dibattimento è l'introduzione, anche nei casi di citazione diretta a giudizio, di un'udienza predibattimentale nella quale il tribunale dovrà valutare, sulla base degli atti di indagine, la sussistenza di una ragionevole previsione di condanna. La norma genera diversi dubbi interpretativi, atteso che nella disposizione di principio non viene indicata espressamente la necessità di una discussione del pubblico ministero e della difesa. Il legislatore delegato potrebbe introdurre un giudizio di previsione di condanna senza prevedere un contraddittorio analogo a quello previsto per l'udienza preliminare?

Il contributo si pone l'obiettivo di analizzare tale novità normativa, nonché le altre disposizioni di principio introdotte dalla riforma nell'ambito del dibattimento e prospettare le possibili soluzioni attuative coerenti con la legge delega ma nel contempo conformi ai principi costituzionali in tema di giusto processo.

Sommario. Introduzione. – **1.** Le notificazioni. – **2.** La registrazione audiovisiva della prova dichiarativa. **3.** Il processo da remoto. – **4.** Citazione diretta a giudizio ed udienza predibattimentale (la prognosi di condanna fuori dall'udienza preliminare e fuori dal contraddittorio?). – **5.** La calendarizzazione. – **6.** La richiesta di prove. – **7.** Contraddittorio informato per la prova scientifica. – Conclusioni.

Introduzione.

Il 4 ottobre 2021 è stata pubblicata in Gazzetta ufficiale la legge n. 134/2021 recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari."

Il legislatore delegato si è visto conferire una delega particolarmente ampia nei tempi e nei modi, avendo a disposizione un anno per predisporre e perfezionare il testo dei decreti legislativi attuativi e successivamente di due anni per intervenire con disposizioni correttive.

La prospettiva futura è, pertanto, quella di una legislazione stratificata volta all'introduzione e all'assestamento nell'ordinamento delle novità processuali, sostanziali ed organizzative previste dalla riforma Cartabia.

Il presente contributo vuole essere un'analisi delle principali novità introdotte con la legge delega nell'ambito del dibattimento - ed in particolare in tema di citazione diretta a giudizio - con l'obiettivo di prospettare le possibili soluzioni attuative coerenti con la legge delega e conformi con i principi costituzionali.

1. Le notificazioni.

La riforma introduce importanti novità in tema di notifiche nell'intento di affermare ed applicare due

principi: la semplificazione delle notificazioni e la certezza del fatto che l'imputato abbia avuto conoscenza del processo.

Il secondo principio, già presente nell'attuale codice di rito, risulta particolarmente rafforzato.

Invero, la legge delega afferma esplicitamente che il processo si può svolgere in assenza dell'imputato solo quando vi siano elementi idonei a dimostrare l'effettiva conoscenza da parte del medesimo della pendenza a suo carico e quando la sua assenza sia dovuta ad una scelta volontaria e consapevole.

Il primo profilo interessante in tema di notifiche prevede un'estensione alla persona fisica, nonché alla persona giuridica, della possibilità di eleggere domicilio presso un idoneo recapito telematico.

In tali termini il decreto legislativo non potrà che individuare quale mezzo idoneo un indirizzo PEC, unica destinazione telematica che consente di avere la certezza di aver consegnato il documento ad una determinata persona.

Nel contempo, il provvedimento prevede che il soggetto sottoposto a processo penale avrà l'obbligo, non sanzionabile, di indicare i propri recapiti telefonici e telematici, che saranno probabilmente utilizzati non per le notifiche (non è consentito) ma per le ricerche finalizzate alla regolare notificazione dell'atto.

Ulteriore profilo di novità attiene alla notificazione degli atti con i quali l'imputato è citato a giudizio.

Invero, l'art. 1 comma 6, lett. b) della legge prevede un'elezione di domicilio di diritto presso il proprio difensore, ad esclusione della prima notifica e della notifica attinente alla citazione a giudizio.

Tale previsione normativa, che si basa su una presunzione relativa di conoscenza dell'atto notificato per via del rapporto esistente tra il difensore e il proprio assistito, è ragionevole nel caso in cui vi sia la nomina di un difensore di fiducia.

Non poche perplessità sorgono, invece, nel caso in cui la norma viene applicata anche al difensore d'ufficio.

Infatti, la seconda parte della disposizione prevede che ciò avvenga nel momento in cui la prima notifica, contenente l'avviso che le successive notificazioni verranno fatte presso il difensore d'ufficio, sia andata a buon fine.

In un'ottica di necessaria instaurazione del contraddittorio tale disposizione risulta alquanto preoccupante.

Pare assurdo pensare che il difensore d'ufficio, che il più delle volte non ha contatti con il proprio assistito, possa farsi carico di un tale onere, soprattutto se messo in un contesto normativo che correttamente individua come necessaria la certezza che l'imputato abbia avuto un'effettiva conoscenza del processo.

Inoltre, la norma contrasta anche con il recente orientamento espresso dalle Sezioni Unite con la Sentenza n. 23948/19. La Suprema Corte ha escluso che l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio possa considerarsi presupposto idoneo per dichiarare assente consapevole l'imputato.

La legge delega prevede la facoltà di introdurre "opportune deroghe". Sarebbe auspicabile, pertanto, escludere del tutto il difensore d'ufficio dalle presunzioni di regolare notifica per salvaguardare lo stesso principio affermato dalla legge delega in forza del quale il processo può essere celebrato in assenza solo in caso di scelta volontaria e consapevole dell'imputato.

Altra norma molto discutibile in tema di notifiche è quella che prevede un'apparente esonero da responsabilità del difensore (di fiducia o d'ufficio) nel caso in cui l'omessa o ritardata comunicazione dell'atto notificato sia imputabile al fatto del proprio assistito (art. 1, comma 6 lett d). È curioso che il legislatore abbia sentito il bisogno di puntualizzare un sillogismo giuridicamente scontato: se è responsabile l'imputato non può essere responsabile il suo difensore. Pare quasi un modo, non

encomiabile, per assicurare l'avvocatura su un onere di comunicazione percepito come vessatorio. Invero, il problema è un altro ed attiene alla tutela del principio di conoscenza del procedimento penale non alla difesa della categoria. Se il difensore d'ufficio non ha più contatti o non li ha mai avuti con il proprio assistito non si pone alcun problema di responsabilità deontologica o civile ma di effettiva conoscenza del procedimento penale da parte del principale protagonista del processo che è l'imputato. L'inutile clausola di esonero di responsabilità si risolve in un barocchismo giuridico utile solo, almeno in apparenza, ad evitare contrasti con l'avvocatura.

2. La registrazione audiovisiva della prova dichiarativa.

La riforma prevede, altresì, nuove tecniche di verbalizzazione della prova orale.

L'art. 1 comma 8 lett a) della legge-delega introduce la registrazione audiovisiva come forma ulteriore e non necessaria di documentazione dell'interrogatorio reso fuori dall'udienza, della testimonianza e dell'esame delle parti.

L'introduzione di tale forma di videoregistrazione pare condivisibile in quanto consente una cristallizzazione della prova il più possibile fedele a quanto effettivamente accaduto in aula.

La disposizione rileva, in particolare, nel caso di mutamento del giudice del dibattimento.

In questa materia, si era espressa recentemente la Corte di Cassazione con la sentenza Bajrami (Sez. Un., 10 ottobre 2019, n. 41636) ponendosi in contrapposizione con i principi del processo accusatorio e abbandonando qualsiasi velleità di affermazione del principio di immediatezza, di oralità e di immutabilità del giudice espressi nell'art. 525 comma 2 c.p.p..

La sentenza Bajrami, infatti, figlia della sentenza n. 131/19 della Corte Costituzionale, ha affermato la non necessità della riassunzione della testimonianza nel caso di mutamento del giudice.

La difesa oggi è costretta a richiedere la riassunzione di una testimonianza indicando specificamente le ragioni a sostegno della propria richiesta, nonché la rilevanza e la non manifesta superfluità della riassunzione della prova. Non solo la rilevanza della prova ma la necessità di riassumere una prova già assunta.

La legge-delega, in tal senso, propone una soluzione interessate.

Infatti, introducendo questa nuova forma di verbalizzazione della prova, prevede che la necessità di riassumere la testimonianza sia il presupposto per la sua ammissione solo nei casi in cui sia stata fatta la video registrazione.

Nel caso in cui ciò non sia avvenuto, il principio affermato è quello dell'ordinaria richiesta di ammissione della prova al momento dell'apertura del dibattimento.

I decreti attuativi potrebbero, pertanto, prevedere esplicitamente che, in caso di mancanza di videoregistrazione, la richiesta delle parti davanti al nuovo giudice venga fatta solo in una prospettiva ex ante, ovvero, argomentando esclusivamente sulla rilevanza della prova ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p. come se la testimonianza non fosse stata mai assunta dal precedente giudice.

La soluzione prevista dalla riforma, quindi, pare condivisibile in quanto, estendendo di molto la possibilità di riassumere la prova in assenza di videoregistrazione, rappresenta certamente un passo in avanti rispetto alla sentenza Bajrami.

Certo, non si può non rilevare come il nuovo giudice valuterà l'attendibilità del testimone nei suoi "sintomi" extra-linguistici solo in "differita" (espressione del volto, tono della voce, prontezza della risposta e padronanza del tema, orientamento dello sguardo) e senza poter rivolge domande dopo l'esame ed il controesame delle parti.

3. Il processo da remoto.

Altro aspetto legato alla tecnologia ed affrontato dalla riforma attiene al processo da remoto.

Sul punto, l'art. 1 comma 8 lett c) della legge si limita a delegare il Governo a individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento possa avvenire a distanza.

Il primo profilo confortante è la necessità del consenso delle parti. La preoccupazione, sorta già nella prima fase della legislazione emergenziale, era quella dell'istituzionalizzazione dell'esame dei testimoni da remoto con o senza i difensori da remoto. Rimane il rischio del consolidamento di prassi distorte volte a estendere la celebrazione del processo da remoto.

In una prospettiva di prefigurazione delle norme attuative del principio affermato dal legislatore delegante, è auspicabile un'interpretazione della norma con la quale si intenda per "partecipazione all'atto" la partecipazione da remoto delle parti e dei difensori all'atto del processo. La testimonianza è l'"atto" e quindi il testimone deve essere presente in

aula e la prova deve assunta in aula davanti al giudice presente. Sono le parti che possono eventualmente partecipare all'atto da remoto.

4. Citazione diretta a giudizio ed udienza predibattimentale (la prognosi di condanna fuori dall'udienza preliminare e fuori dal contraddittorio?).

Il cuore della riforma in tema dibattimento riguarda, però, la citazione diretta a giudizio e l'introduzione dell'udienza predibattimentale.

In primo luogo al legislatore delegato è stato dato il compito di individuare, tra i reati con pena della reclusione non superiore nel massimo ai sei anni, quelli ai quali estendere la citazione diretta a giudizio (art. 1, comma 12, lett. l).

Il delegante, onde limitare la discrezionalità del Governo, ha ritenuto di dover ancorare tale scelta al criterio delle "rilevanti difficoltà di accertamento".

Tuttavia, non risulta comprensibile come tale criterio possa essere connesso alla tipologia di reato, nonché quale sia la ragione alla base della differenza di trattamento sull'udienza preliminare connessa con la difficoltà di accertamento.

Probabilmente tale previsione è un modo per concedere una certa discrezionalità al Governo che, con i suoi difficili equilibri interni, cercherà di selezionare i reati per i quali prevedere l'udienza preliminare e quelli per i quali prevedere la citazione diretta.

Tuttavia, la novità di maggior rilievo consiste nell'introduzione, anche nei casi di citazione diretta a giudizio, di un'udienza (c.d predibattimentale) nella quale il tribunale in composizione monocratica, sulla base del fascicolo del pubblico ministero e degli atti ulteriori eventualmente depositati dalla difesa ai sensi dell'art. 415 bis c.p.p., dovrà valutare se vi sia o meno una ragionevole previsione di condanna.

Tale norma genera diversi dubbi interpretativi, atteso che nella disposizione di principio non viene fatto alcun riferimento alla necessità di sentire le parti. La stessa legge delega, anche in passaggi meno significativi e delicati per i rischi connessi alla tutela del contraddittorio, prevede spesso la necessità di sentire le parti. Per esempio, nello stesso comma 12 alla lettera b) prevede un contraddittorio in tema di nullità del decreto di citazione a giudizio in caso di formulazione del capo di imputazione in modo non chiaro e preciso.

Pertanto, il legislatore delegato potrebbe pensare di introdurre, per questa udienza, il principio della ragionevole previsione di condanna come potere

esercitabile d'ufficio dal giudice ex art. 129 c.p.p., anche ma non necessariamente su sollecitazione delle parti, senza avere alcun obbligo di sentirle in contraddittorio in udienza.

L'introduzione di una tale norma comporterebbe una radicale differenza di trattamento tra gli imputati per i quali il pubblico ministero esercita l'azione penale passando dall'udienza preliminare e gli imputati citati direttamente a giudizio.

Invero, nell'ambito dell'udienza preliminare, l'imputato può decidere di esercitare tutta una serie di facoltà, mentre nell'udienza predibattimentale, così come prevista, non viene nemmeno espressamente indicata la possibilità delle parti di discutere la propria posizione (nemmeno al pubblico ministero).

Non possiamo che auspicare che nei decreti legislativi venga introdotto, anche per l'udienza predibattimentale, un sistema analogo a quello previsto per l'udienza preliminare, in modo da consentire al Giudice del predibattimento di valutare le tesi di difesa e accusa in sede di discussione, nonché di consentire l'eventuale acquisizione di una prova decisiva e di permettere all'imputato di rendere interrogatorio.

Se così non fosse l'udienza predibattimentale si risolverebbe in un giudizio abbreviato senza discussione e, in caso di prognosi di condanna, in una sentenza di condanna sulla responsabilità penale, ancorché senza l'applicazione della pena. Sotto questo profilo, una norma attuativa priva della previsione di un vero contraddittorio sulla prognosi di condanna avrebbe i tipici connotati della illegittimità costituzionale sotto il profilo della violazione degli artt. 24 e 111 Cost.

Il timore è che nelle prassi organizzative delle singole sezioni penali dei tribunali la decisione del giudice del predibattimento, formata esclusivamente sugli atti di indagine, vada ad orientare il successivo processo in modo molto più significativo di quanto abbia mai inciso la decisione assunta in sede di udienza preliminare sull'idoneità degli elementi di prova a sostenere l'accusa in giudizio. Non ha rilievo soltanto la diversa formulazione del criterio di giudizio ma soprattutto la posizione ordinamentale del giudice competente a decidere (non più il Gup appartenente ad altra sezione ma un giudice della stessa sezione di quello che eventualmente celebrerà il dibattimento).

Il legislatore delegato potrebbe comunque prevedere un sistema di contraddittorio analogo, ancorché semplificato, rispetto a quello previsto per

l'udienza preliminare senza con questo andare oltre la delega che non vieta nemmeno implicitamente soluzioni, peraltro costituzionalmente orientate, per perfezionare la fase predibattimentale con un giudizio prognostico di condanna o assoluzione adottato nel rispetto del contraddittorio tra le parti.

5. La calendarizzazione.

Un'altra novità - "minore" come peraltro molte altre - attiene all'obbligo, non sanzionato processualmente, di calendarizzazione del processo. L'art. 1, comma 11, lett. a) prevede che il processo dovrà essere celebrato in un'unica udienza e che, nel caso in cui non si riuscisse a concluderlo in tale sede, il giudice dovrà predisporre un calendario per l'istruttoria dibattimentale e la discussione.

Una norma molto simile già esiste ed è la norma più disapplicata del codice di procedure penale: l'art. 477 c.p.p..

Pertanto, l'obbligo di calendarizzazione può essere considerato come una norma di programma volta ad incentivare il giudice a rendere il processo più rapido.

6. La richiesta di prove.

La legge delega prevede, altresì, che il principio cardine della richiesta di prove non sarà più quello dell'indicazione dei fatti da provare, ma sarà quello dell'illustrazione della richiesta delle prove entro i limiti dell'ammissibilità.

Il passaggio dal verbo "indicare" al verbo "illustrare" non sarà certo rivoluzionario ma potrebbe sortire qualche novità.

L'art. 1, comma 11 lett b) sembra, infatti, proiettato a dare più spazio alla relazione introduttiva, consentendo alle parti di illustrare in modo più approfondito le prove richieste nella prospettiva di consentire al giudice di verificare la rilevanza e la non superfluità così da ridurre, se possibile, i tempi del dibattimento.

7. La richiesta di prove.

La legge delega prevede, altresì, che il principio cardine della richiesta di prove non sarà più quello dell'indicazione dei fatti da provare, ma sarà quello dell'illustrazione della richiesta delle prove entro i limiti dell'ammissibilità.

Il passaggio dal verbo "indicare" al verbo "illustrare" non sarà certo rivoluzionario ma potrebbe sortire qualche novità.

L'art. 1, comma 11 lett b) sembra, infatti, proiettato a dare più spazio alla relazione introduttiva, consentendo alle parti di illustrare in modo più

approfondito le prove richieste nella prospettiva di consentire al giudice di verificare la rilevanza e la non superfluità così da ridurre, se possibile, i tempi del dibattimento.

Conclusioni.

In conclusione, volendo esprimere un giudizio circoscritto alla materia oggetto di queste prime riflessioni, si può affermare che le novità sono poche, inconsistenti, ed il più delle volte incapaci di incidere realmente sui tempi del processo.

Salvo alcune ragionevoli novità orientate a rafforzare il ruolo della tecnologia e dell'informatica, le novità più significative sono rappresentate dall'estensione dei casi di citazione diretta e dall'udienza predibattimentale con il giudizio prognostico di condanna o, in negativo, di assoluzione. Su questo ultimo aspetto, la preoccupazione è quella di una

potenziale riduzione del contraddittorio, rispetto all'udienza preliminare, in una fase cruciale in cui il giudice della stessa sezione del giudice che celebrerà il dibattimento esprime un giudizio di prognosi di condanna leggendo gli atti del fascicolo del pubblico ministero. Il legislatore delegante non si è limitato ad estendere la citazione diretta a giudizio ma ha creato un "filtro" che reggerà sotto un profilo di legittimità costituzionale soltanto se il legislatore delegato sarà capace di creare un contraddittorio effettivo e completo sul giudizio prognostico di condanna o assoluzione.

Alberto de Sanctis

Avvocato del Foro di Torino.

Roberta Ferrero

Dottoressa in Giurisprudenza.

Il “maggior profitto” come indice di punibilità dell’ente ex art. 25-septies D. Lgs. 231/2001: attualità e attuazione dei limiti all’iniziativa economica privata.

di **D. Brusaporci**

Con la sentenza n. 22256/2021, la Sezione IV della Suprema Corte affronta l’annosa questione sull’*actio finium regundorum* tra l’interesse dell’impresa a conseguire un maggior vantaggio economico in termini di profitto e l’esigenza universale di salvaguardare la salute dei lavoratori, approfondendo e confermando con maggiore convinzione un tessuto argomentativo che già da qualche tempo comincia a recuperare terreno nel ventaglio delle soluzioni giurisprudenziali.

Con l’occasione, inoltre, la Corte di Cassazione ripercorre il sentiero che ha contraddistinto l’introduzione della disposizione di cui all’art. 25-septies nel *corpus* del d.lgs. 231/2001, ricordando i presupposti che giustificano la punibilità dell’ente per la commissione di reati colposi e indicando una “rotta” per consentirne – ancora – l’applicazione.

Sommario. **1. Quaestio Facti.** – **2.** Gli assunti da cui muove la Corte. – **2.1.** Sulle nozioni di “interesse” e “vantaggio” nella responsabilità dell’ente derivante da reati colposi. – **2.2.** *La misura dell’interesse e del vantaggio nell’accertamento della responsabilità ex art. 25-septies.* – **3.** Conformità costituzionale dell’orientamento della Corte: il profilo “umano” dell’attività di impresa. – **4.** Riflessioni conclusive.

1. Quaestio facti.

La Suprema Corte si è misurata su una vicenda di lesioni gravi subite da un autista dipendente di una società di trasporti e causate dall’urto con un muletto condotto da un altro dipendente durante l’attività di scarico del materiale proveniente dalla raccolta differenziata; un urto che ha cagionato al lavoratore la frattura della tibia e di un piede. Così ricostruiti, i fatti sono stati interpretati tanto dal giudice di primo grado, quanto dalla Corte d’Appello di Firenze come violazione degli artt. 63¹, 64, comma 1² e 81³, D.lgs. 81/2008, a causa dell’omessa predisposizione di un ambiente di lavoro adeguato secondo i parametri dell’Allegato IV al Testo Unico, punto 1.4. e, in forza di quest’ultimo, corredato da segnalazione idonea a garantire la protezione del lavoratore. Di conseguenza, la Corte d’Appello ha confermato la condanna a carico del datore di lavoro per la fattispecie di lesioni colpose, ricavata dal combinato disposto di cui agli art. 40, comma 2 e 590 c.p., nonché ha ritenuto responsabile la società per l’illecito di cui agli artt. 5, comma 1, lett. a) e art. 25-septies, comma 3, D.lgs. 231/2001.

La Società, con il ricorso dinanzi alla Suprema Corte ha impugnato il difetto di motivazione della sentenza emessa dalla Corte di Appello nella parte in cui avrebbe omesso ogni indicazione sul percorso logico-normativo che ha condotto al riconoscimento della responsabilità amministrativa di cui al D.lgs. 231/2001 con specifico riguardo alla sussistenza

dell’interesse o vantaggio per l’ente nella commissione dell’illecito penale presupposto.

2. Gli assunti da cui muove la Suprema Corte.

Nella sua progressione ermeneutica, la Corte muove da alcune “pietre miliari” intorno alle quali sviluppare il proprio ragionamento interpretativo. In particolare, i giudici della Suprema Corte impostano la struttura della narrativa in diritto delimitando il “campo da gioco” della responsabilità da reato dell’ente derivante da reati colposi attraverso “*principi pacifici*” con riguardo ai quali occorre spendere un breve momento per delinearne il contenuto e la portata applicativa.

2.1. Sulle nozioni di “interesse” e “vantaggio” nella responsabilità dell’ente derivante da reati colposi.

L’introduzione nel catalogo dei reati-presupposto dei delitti colposi di evento relativi all’infortunistica sul lavoro⁴ segna sicuramente la prima tappa della contaminazione “colposa” del *corpus* del D.lgs. 231/2001⁵. Ciò ha avuto sicuramente il merito di generare un ampio – ed ancora attuale – dibattito sulla compatibilità di questi reati con i principi generali della 231, con specifico riguardo ai criteri ex art. 5. A generare “problemi di armonizzazione”⁶ infatti, è stata proprio la configurabilità di un interesse o addirittura di un vantaggio dell’ente nelle lesioni piuttosto che nella morte di un soggetto che

ne contribuisce materialmente alla “manutenzione” e ad un eventuale crescita di rendimento economico. Una difficoltà di questo tipo sembra registrarsi solo negli illeciti colposi di evento, dal momento che con riguardo ai reati colposi di mera condotta non osta nulla alla compatibilità dei criteri di cui all’art. 5 con la semplice violazione di una norma di diligenza⁷. Si tratta infatti di fattispecie solitamente costruite, all’interno del T.U. in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, come contravvenzioni. Di talché, è abbastanza intuitivo constatare come l’interesse *ex ante* o il vantaggio *ex post* del datore di lavoro che non effettui le procedure di valutazione dei rischi ai sensi dell’art. 31 del T.U. 2008 o che non fornisca ai propri dipendenti i Dispositivi di protezione individuale sia rinvenibile in un oggettivo e misurabile risparmio di costi di prevenzione di vicende patologiche per la salute del lavoratore. Diversamente, invece, si profila la questione con riferimento ai delitti di evento. In tal senso, la domanda che si pongono gli operatori è così sintetizzabile: come la morte di un essere umano può essere elemento di profitto per un dirigente o un preposto? In effetti, posta in questi termini, la questione sulla valutabilità dell’interesse o del vantaggio nei reati colposi rischia di far entrare l’interprete in un circolo vizioso da cui diventa complicato uscire. L’equivoco di fondo alla base di un simile *iter* argomentativo è generato dalla portata del dettato normativo dell’art. 25-*septies* e, in particolare, dall’interpretazione dell’accezione di delitto “*commesso*” con violazione di regole cautelari. Se, infatti, venisse individuato il momento consumativo dell’illecito al verificarsi dell’evento lesivo, è evidente che non si potrebbe far altro che concludere per una *interpretatio abrogans* della disposizione. La dottrina più autorevole, peraltro, non si è di certo sottratta dall’evidenziare criticità in merito alla compatibilità di fattispecie così costruite con i criteri ascrittivi della responsabilità dell’ente e dall’ “invitare” il legislatore a procedere a dei correttivi che consentissero di preservare i delitti colposi nel catalogo dei reati-presupposto per imputare l’illecito all’ente⁸. Le perplessità nascono, infatti, proprio dal connubio scientifico ed esatto tra l’art. 5 e l’art. 25-*septies*. Evidentemente il legislatore del 2007 ha ritenuto non voler sconvolgere l’impianto con cui aveva forgiato ed implementato negli anni precedenti il catalogo dei reati di cui agli artt. 24 ss. della 231, tralasciando però la profonda differenza strutturale tra delitti colposi e dolosi e

tutte le conseguenze che ne derivano in ambito di paradigma sanzionatorio⁹.

Il mancato esercizio da parte del legislatore delle proprie prerogative ha costretto perciò la giurisprudenza ad un supplemento di responsabilità nel definire l’ambito di applicazione della nuova fattispecie. Peraltro, giova rammentare che proprio la Suprema Corte, con estremo imbarazzo, fu costretta nel 2014 nella nota vicenda ThyssenKrupp a sottolineare le inefficienze del legislatore: «*Di ben maggiore interesse è invece il fatto che l’art. 25-*septies* ha segnato l’ingresso dei delitti colposi nel catalogo dei reati costituenti presupposto della responsabilità degli enti, senza tuttavia modificare il criterio d’imputazione oggettiva di cui si è detto, per adattarlo alla diversa struttura di tale categoria di illeciti. È allora insorto il problema della compatibilità logica tra la non volontà dell’evento che caratterizza gli illeciti colposi ed il finalismo che è sotteso all’idea di interesse. D’altra parte, nei reati colposi di evento sembra ben difficilmente ipotizzabile un caso in cui l’evento lesivo corrisponda ad un interesse o vantaggio dell’ente. Tale singolare situazione ha indotto qualcuno a ritenere che, in mancanza di un esplicito adeguamento normativo, la nuova, estensiva disciplina sia inapplicabile. (...) Tali dubbi e le estreme conseguenze che se ne desumono sono infondati. Essi condurrebbero alla radicale caducazione di un’innovazione normativa di grande rilievo, successivamente confermata dal D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, col quale è stato introdotto nella disciplina legale l’art. 25-*undecies* che ha esteso la responsabilità dell’ente a diversi reati ambientali.*» (Cass. pen., S.U., 38343/2014).

Come rammentato anche da qualcuno in dottrina, pervenire ad una soluzione interpretativa *ad excludendum* dell’art. 25-*septies* non solo violerebbe ogni principio di efficacia ed efficienza normativa, ma farebbe – si consenta l’espressione – uscire dalla porta il problema per farlo rientrare dalla finestra con la già avvenuta introduzione dei reati ambientali nel catalogo dei reati presupposto. Quindi, valorizzare l’argomento “apagogico”¹⁰ e procedere non con la “sciabola”, ma con il “bisturi” ad una equilibrata interpretazione della disposizione si rende necessario al fine di salvaguardare il prosieguo di “vita” delle fattispecie colpose all’interno della 231. In tal senso proprio le Sezioni Unite “ThyssenKrupp”, nella circostanza sopra richiamata, hanno offerto un primo contributo che poi è stato seguito pedissequamente anche dalla giurisprudenza di

merito. In particolar modo, la giurisprudenza di legittimità, in quell'occasione ha avuto modo di evidenziare *"i risultati assurdi, incompatibili con la volontà di un legislatore razionale, cui condurrebbe l'interpretazione letterale della norma accredita senza difficoltà l'unica alternativa, possibile lettura"*, con la conseguenza inevitabile che *"i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antiggiuridico"*. Tale soluzione ermeneutica – sempre secondo la Suprema Corte – non determinerebbe *"alcuna difficoltà di carattere logico: è ben possibile che una condotta caratterizzata dalla violazione della disciplina cautelare e quindi colposa sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini comunque il conseguimento di un vantaggio"*.

La "popolarità" tra le Corti italiane del principio di diritto enucleato dalle Sezioni Unite nel 2014, fa ritenere presumibilmente di aver "covato l'uovo di Colombo" che consente, per l'appunto, di pervenire ad una soluzione razionalmente condivisibile senza incrinare la disposizione della 231 relativa ai criteri di ascrizione della responsabilità all'ente. Senonché non vi è chi, all'interno della dottrina, non abbia sollevato un potenziale sindacato di costituzionalità dell'interpretazione offerta dalla Suprema Corte con il principio di legalità e colpevolezza di cui all'art. 25, comma 2 Cost. Nella sostanza, ciò che risulterebbe in conflitto con i citati capisaldi sarebbe da una parte la previsione di una responsabilità a carico dell'ente per difformità organizzative e non per la realizzazione di un interesse un vantaggio a seguito del verificarsi di un evento lesivo e patologico. Di conseguenza, chi sostiene la tesi dell'incompatibilità costituzionale ritiene di associare i problemi di punibilità della persona giuridica a quelli nell'ambito della persona fisica e, in particolar modo, di "scaricare" sulla responsabilità dell'ente i timori costanti di un diritto penale disancorato dal fatto a causa di un costante ricorso al principio di precauzione¹¹.

I rilievi mossi non sono privi di fondamento, stanti soprattutto le difficoltà nel bilanciare esigenze di protezione di beni fondamentali come la vita e l'integrità psico-fisica del lavoratore e l'ambiente e al contempo le istanze di salvaguardia dei principi che regolano il diritto penale moderno: determinatezza, tassatività e personalità. Le obiezioni potrebbero però essere superate e, dunque, orientarsi verso una lettura conforme alla Carta fondamentale partendo dall'assunto per cui gli obiettivi della "penalizzazione" delle condotte illecite dell'ente

differiscono da quelli legati al diritto "penale" umano. Sottraendosi volontariamente alla diatriba sulla natura della responsabilità dell'ente¹², le ragioni che hanno spinto il legislatore nel 2001 ad introdurre queste particolari previsioni di illecito a carico dell'ente sono da rinvenire *in primis* nella necessità di perseguire e reprimere condotte riferibili all'impresa intesa come complesso organizzativo altrimenti non sanzionabili¹³; *in secundis*, nell'obiettivo di prevenire i rischi di impresa e di ridurre il pericolo.

Focalizzato in quest'ottica, è conseguente ritenere che legare la punibilità dell'ente per la commissione di reati colposi alla violazione della normativa cautelare non comporterebbe la negazione dei richiamati principi costituzionali, a patto che l'inottemperanza comporti un effettivo *surplus* di natura economico-organizzativa per l'impresa. In tal senso non sarebbe privo di fondatezza pensare di modificare l'art. 25-*septies* della 231 – o aggiungere apposita previsione – per sanzionare l'ente anche nel momento in cui la violazione della normativa prevenzionistica di cui al d.lgs. 81/2008 non sfoci in uno degli eventi patologici a danno del lavoratore di cui agli artt. 589 e 590 c.p. Ciò sarebbe perfettamente compatibile con il dettato legislativo di cui alla 231 che non menziona mai i *"delitti"*, bensì parla di *"reati"*, nulla ostando pertanto all'introduzione nel catalogo dei reati-presupposto delle contravvenzioni – come peraltro opportunamente previsto nell'art. 25-*undecies* per i reati ambientali – contenute nel T.U. del 2008 con un rispettivo adeguamento del piano sanzionatorio¹⁴.

2.2. La misura dell'interesse e del vantaggio nell'accertamento della responsabilità ex art. 25-*septies*.

Dopo aver esposto le ragioni che inducono la giurisprudenza di legittimità a procedere in direzione dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 25-*septies* della 231, per completare il ragionamento è necessario soffermarsi sulle modalità con cui si concretizzano i principi di diritto interessati. Nello specifico, è opportuno richiamare alle modalità di accertamento dei criteri di interesse e vantaggio nella fattispecie di omicidio colposo commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 5, comma 1, lett. a) e b).

In tal senso, la Suprema Corte nella sentenza in commento ritiene che debba necessariamente muoversi da quanto espletato in altre sedi dalla

giurisprudenza, ovvero che *"ricorre il requisito dell'interesse qualora l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di conseguire un'utilità per l'ente"*, mentre *"sussiste il requisito del vantaggio qualora la persona fisica ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto (...) o della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso"*¹⁵. Di conseguenza, essendo la condotta il *"termine di paragone dell'interesse"*¹⁶ – e del vantaggio – l'unico elemento in grado di valutare se effettivamente per l'azienda si sia prodotto un *quid pluris* risulta essere proprio la variazione *in melius* dell'assetto tanto organizzativo, quanto economico. Sicché non può non notarsi come la Corte nell'esplicare le proprie ragioni prenda in considerazione, *de facto*, esclusivamente il profilo "monetario" del risparmio. In questo senso, tanto l'interesse, quanto il vantaggio devono ritenersi sussistenti *"quando la mancata adozione delle cautele antinfortunistiche risulti essere l'esito di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d'impresa"* e *"quando la persona fisica, agendo per conto dell'ente (...) ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche e, dunque, ha realizzato una politica di impresa disattenta alla materia della sicurezza sul lavoro, consentendo un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto"*, con l'unica differenza rispetto al momento in cui avviene l'accertamento in concreto, ovvero *ex ante* per quanto riguarda l'interesse, *ex post* con riferimento al vantaggio.

Alla luce di quanto riferito sopra, la sentenza potrebbe, dunque, apparire deficitaria – se non "monca" – con riguardo al piano strettamente connesso all'organizzazione aziendale. Così, occorre domandarsi se possa configurarsi lo stesso responsabilità dell'ente nel caso in cui il soggetto agente non si prefiguri – o effettivamente consegua – tanto un risparmio di costi, quanto una maggior efficienza nell'assetto interno alla società. Non vi è dubbio che una visione puramente patrimonialista della società, improntata al conseguimento di un profitto economico, incida profondamente nelle valutazioni della Corte, la quale però sembra ignorare una casistica, non proprio ristretta, inerente alla maggior funzionalità organizzativa che può derivare da un'omissione o – addirittura – da una violazione della normativa di prevenzione che non

comporti necessariamente un risparmio in termini economici. Si pensi, volendo limitare i numerosi esempi che compongono la casistica in questione, all'ipotesi in cui l'azienda non rediga il Documento di Valutazione dei Rischi. Si tratta di uno degli obblighi fondamentali non onerosi in capo al datore di lavoro, il primo sicuramente fra i soggetti apicali. In tal caso, alla luce del menzionato orientamento giurisprudenziale, potrebbe essere di difficile configurazione l'illecito a carico dell'ente, se tale violazione non produca un risparmio sul piano economico.

Senonché, ciò si aggiunge alle difficoltà che potrebbero sorgere nell'individuazione, tramite scritture contabili tenute dall'impresa, dell'effettivo risparmio economico. Si pensi all'ipotesi in cui siano occorse al lavoratore lesioni degli alveoli polmonari per esposizione a sostanze nocive per mancata fornitura da parte dell'azienda dei dispositivi di protezione individuale (i.c.d. "DPI") e dall'esercizio di bilancio risulti un costo sofferto dall'impresa maggiore rispetto a quello sopportato nell'esercizio precedente. L'applicazione "pura" del principio di diritto enucleato dalla sentenza in commento rischierebbe di evitare, anche in questo caso, la punibilità dell'ente.

È chiaro allora che gli insegnamenti offerti dalla Suprema Corte debbano essere letti in chiave di accertamento *in concreto* e con riferimento al caso specifico oggetto di giudizio. In caso contrario, la soluzione ermeneutica rinvenuta dalla giurisprudenza di legittimità incorrerebbe nel pericolo di assurgere ad *interpretatio abrogans* dell'unica formula possibile di applicazione della disposizione di cui all'art. 25-*septies*.

3. Conformità costituzionale dell'orientamento della Corte: il profilo "umano" dell'attività di impresa.

Le riflessioni che solleva la pronuncia in esame vanno sicuramente oltre il tentativo di salvaguardare i reati colposi all'interno del corpo dei reati presupposto nella 231. Infatti, l'ambizione della giurisprudenza di legittimità, non solo nel campo della responsabilità dell'ente, sembra quella di offrire delle interpretazioni costituzionalmente orientate che, al contempo, individuino dei paletti, se non dei veri e propri limiti, in capo a chi decida di intraprendere attività di impresa.

Il dibattito sui limiti all'iniziativa economica, in un sistema dominato dalla concorrenza e dalle esigenze

del mercato, è stato oggetto di approfondimento sin dai primi "vagiti" della Costituzione. Alle diversità di opinioni, il legislatore costituente ha voluto offrire però offrire da subito degli elementi di valutazione chiari ed indirizzare la "bussola" che poi avrebbe guidato le Istituzioni delle fasi successive, adoperandosi in primis per rendere meno dicotomica possibile la relazione tra diritti individuali della persona e diritti sociali di matrice storicamente collettiva. Letto in quest'ottica biunivoca, l'art. 32 Cost., pur qualificando quello alla salute come "*diritto fondamentale individuale*" preminente rispetto ad altri diritti costituzionali, riesce nella straordinaria impresa di identificarne la natura di "*interesse della collettività*". Evidenziandone perciò entrambi i profili, il principio costituzionale in questione si mostra perfettamente adiacente all'art. 2 Cost. che riconosce e garantisce i "*diritti individuali dell'uomo*" non soltanto nel suo carattere individuale quanto in quello delle "*formazioni sociali*" dando per la prima volta rilievo, dopo il divorzio con il modello "*octroyer*" dello Statuto Albertino, al valore della tutela della salute dell'individuo nei luoghi dove si esplica la propria personalità¹⁷.

In questa direzione, l'art. 35 Cost. riconosce, inoltre, alla tutela del lavoratore una dimensione universale è rappresentata dalla scelta di non limitare garanzie e diritti al rapporto subordinato, ma di estenderlo al lavoro in "ogni sua forma e applicazione". La formula generica coniata dal legislatore riporta ancora una volta a quella valenza programmatica della Carta Costituzionale, tendente a impartire al sistema ordinamentale principi generali che il legislatore e la giurisprudenza¹⁸ avrebbero tutelato e, con ampio ritardo, "riempito".

A confermare una certa "tendenza baricentrica" della Costituzione e la centralità del lavoro è l'articolo., su cui si è spesso, da più prospettive, concentrata l'attenzione degli interpreti. Risolvere il conflitto tra mezzi di produzione e organizzazione del lavoro sembrava sfida quantomeno complicata, soprattutto in un'Assemblea Costituente caratterizzata da una delle componenti comuniste più consistenti del panorama europeo che propendeva verso limitazioni forti al libero mercato e alla libera iniziativa economica e privata. La lucidità e la lungimiranza Costituente sta proprio nel risolvere il millantato conflitto rimuovendolo. Difatti, mentre l'art. 41, comma 1 stabilisce che "*l'iniziativa economica e privata è libera*", immediatamente dopo, nel comma 2, si agguinge che essa "*non può svolgersi in*

contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". In quest'ottica ne consegue che la salute, come fondamentale diritto alla salute ed interesse alla collettività, non può essere considerata un mero auspicio o una fase tendenziale dell'organizzazione produttiva, ma di quest'ultima costituisce una precisa condizione di esercizio. Interrotto il conflitto, la dialettica tra logica produttivistica ed esigenze di tutela del lavoro e della salvaguardia dell'integrità psico-fisica dei lavoratori si presenta come momento privilegiato, non potendo perciò il datore di lavoro invocare l'art. 41 Cost. per giustificare scelte organizzative che possano mettere a repentaglio la sicurezza dei propri dipendenti o collaboratori¹⁹. Proprio in questo contesto, la scelta della giurisprudenza di legittimità sembra dettata dalla necessità di rafforzare le disposizioni di carattere costituzionale, perseverando nella strada del progressivo riconoscimento di limiti all'esercizio della libera attività economica. Tale percorso sembra quello seguito anche dal legislatore, il quale, di recente, ha apportato delle modifiche alla Carta Costituzionale introducendo, proprio all'art. 41 Cost., il riferimento alla "*salute*" e all'"*ambiente*"²⁰.

Viene allora da chiedersi se i criteri di ascrizione della responsabilità nel caso in cui si ritenga integrata la fattispecie di cui all'art. 25-*septies* possano dirsi compatibili con il dettato costituzionale. Apparentemente, infatti, non sussistono elementi ostativi con il riconoscimento dei principi di diritto espressi dalla Suprema Corte all'interno del perimetro dei limiti espressamente previsti dall'art. 41 Cost. Si tratta a tutti gli effetti della salvaguardia e della tutela di beni fondamentali che la Costituzione ritiene preminenti – per le ragioni spiegate precedentemente – al profitto di impresa.

Non è un caso che la *business judgement rule* incontri uno dei suoi principali presupposti proprio nel "*duty of good faith*"²¹, ovvero nel giudizio sulla buona fede delle scelte compiute dall'amministratore. Pur trattandosi, difatti, dell'ipotesi opposta rispetto a quella oggetto di commento, ovvero di quella particolare situazione in cui la *mala gestio* dell'amministratore abbia determinato un evento patologico per il patrimonio della società, non è del tutto "peregrino" rinvenire delle similitudini quando il comportamento inottemperante abbia determinato un *surplus* economico per l'impresa. In questo senso, la "buona fede" dell'amministratore o di chi ne fa le veci consiste proprio nell'evitare di

porre in essere situazioni di contrasto per la salute e l'integrità psico-fisica del lavoratore e di avvantaggiarsi sulle stesse.

4. Riflessioni conclusive.

Così ricostruita, la sentenza in commento è indirizzata sicuramente nel solco dell'orientamento giurisprudenziale prevalente dalla "Sentenza ThyssenKrupp" consentendo di salvaguardare l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 25-septies. A ciò rispondono non soltanto ragioni – come si è più volte ripetuto – di economia ed efficienza normativa, quanto di tutela di diritti fondamentali della persona anche alla luce di disfunzionalità organizzative all'interno dell'azienda. Se infatti, da una parte, la responsabilità amministrativa è stata coniata su un certo "finalismo collettivo"²² che non vedeva possibile l'interazione del testo con le condotte colpose, l'introduzione

degli stessi illeciti colposi in materia prevenzionistica ed ambientale è sintomatica di una società che avanza progressivamente in una dimensione di rischio²³, un rischio che può e deve essere evitato o – quanto meno – mitigato dall'organizzazione dell'impresa. Ciò non può comunque celare la "forzatura" ermeneutica, che dovrebbe premere il legislatore a rimettere mano sul testo al fine di superare l'equivoco generato dal termine "commesso" e correlare il riferimento alla violazione delle regole cautelari poste a presidio della tutela del bene giuridico "vita", cogliendo – auspicabilmente – l'opportunità di superare quel "tabù" che fino ad ora non vede nessuna delle contravvenzioni previste dal D.Lgs. 81/2008 all'interno dei reati-presupposto.

Daide Brusaporci

Dottore in Giurisprudenza.

¹ Art. 63, D.Lgs. 81/2008: "I luoghi di lavoro devono essere conformi ai requisiti indicati nell'allegato IV".

² Art. 64, comma 1, D.Lgs. 81/2008: "Il datore di lavoro provvede affinché: a) i luoghi di lavoro siano conformi ai requisiti di cui all'articolo 63, commi 1, 2 e 3; b) le vie di circolazione interne o all'aperto che conducono a uscite o ad uscite di emergenza e le uscite di emergenza siano sgombrare allo scopo di consentirne l'utilizzazione in ogni evenienza; c) i luoghi di lavoro, gli impianti e i dispositivi vengano sottoposti a regolare manutenzione tecnica e vengano eliminati, quanto più rapidamente possibile, i difetti rilevati che possano pregiudicare la sicurezza e la salute dei lavoratori; d) i luoghi di lavoro, gli impianti e i dispositivi vengano sottoposti a regolare pulizia, onde assicurare condizioni igieniche adeguate; e) gli impianti e i dispositivi di sicurezza, destinati alla prevenzione o all'eliminazione dei pericoli, vengano sottoposti a regolare manutenzione e al controllo del loro funzionamento".

³ Art. 81, D.Lgs. 81/2008: "Tutti i materiali, i macchinari e le apparecchiature, nonché le installazioni e gli impianti elettrici ed elettronici devono essere progettati, realizzati e costruiti a regola d'arte. Ferme restando le disposizioni legislative e regolamentari di recepimento delle direttive comunitarie di prodotto, i materiali, i macchinari, le apparecchiature, le installazioni e gli impianti di cui al comma precedente, si considerano costruiti a regola d'arte se sono realizzati secondo le pertinenti norme tecniche".

⁴ L'art. 25-septies ha fatto il suo ingresso con l'art. 9, L. 3 agosto 2007, n. 123, la quale ha dato (tardiva) attuazione alla legge delega 29 settembre 2000, n. 300. In generale sull'introduzione dell'art. 25-septies si confrontino i contributi di BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Commento dell'art. 9 l. 3 agosto 2007, n. 123. Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida dir.*, 2007, 35, 40 ss.; A. GIARDA, *I reati presupposto*, in *Aa.Vv., Responsabilità 'penale' delle persone giuridiche*, Milano, 2007, 211 ss.; G. ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 4, 97 ss.; L. VITALI-C. BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, *ivi*, 2007, 4, 125 ss.; P. ALDROVANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, in *Ig. sic. lav.*, 2007, 571 ss.; B. DEIDDA, *Il Testo Unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: molto rumore per (quasi) nulla?*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 100 s.; C. SANTORIELLO, *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio delle società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 161 ss.; C. MANCINI, *L'introduzione dell'art. 25-septies. Criticità e prospettive*, *Resp. amm. soc. enti.*, 2008, 2, 53 ss.; P. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 57 ss.; F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 77 ss.; S. DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 97 ss.; M. CARDIA, *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001*, *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 117 ss.; G. CASAROLI, *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 575.

⁵ Di seguito, per brevità, il D.lgs. 231/2001 sarà menzionato come "231".

⁶ T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Dir. e proc. pen.*, 2/2009, 695 ss.

⁷ Di questo avviso G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, in *DPC*, 2013; P. VENEZIANI, *La responsabilità degli enti per i reati in materia di sicurezza*, in F. CURI (a cura di), *Nuovo statuto penale del lavoro*, Bologna, 2011, 15 ss.

⁸ In senso critico vedi G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 290 ss.; S. DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro*, cit., 100.

⁹ F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, cit., 161 ss.

¹⁰ L'espressione è di G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione*, cit., p. 14

¹¹ In generale sui rischi del principio di precauzione con riguardo ai delitti colposi nell'ambito degli infortuni sul lavoro si vedano F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza?*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 163; *idem*, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006; S. BARTOLOMEI, *Il principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, in *Bioetica*, 2001, 321 ss.; F. URBAN, *La curvatura precauzionale della colpa nella gestione delle calamità naturali: prevedibilità ed evitabilità dell'evento*, in *Atti del Ginnasio*, 12; A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in *DPC*, 2018; I. SCORDAMAGLIA, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in *DPC*; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in *DPC*, 2011.

¹² Solo a titolo esemplificativo, tra i sostenitori della natura penale si vedano: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, IV, 2008, 305 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, 2012, 324; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 2014, 175; *contra*, a favore di un *tertium genus* G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2017, 811; B. ROMANO, in *Riv. soc.*, 2002, 391 ss.

¹³ In tal senso è corretta l'intuizione di A. ALESSANDRI - S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2018, 88, secondo cui: "Al fine di arginare i corporate crimes le sanzioni irrogabili alle persone fisiche sono palesemente insufficienti (...) perché il più spesso la politica societaria viene stabilita da persone (...) che rimanendo nell'ombra si sottraggono alla responsabilità salvo che si dimostri il loro concorso all'altrui fatto illecito".

¹⁴ Diverse e più disparate sono state le soluzioni legislative per ovviare al citato problema interpretativo. Una delle più innovative è sicuramente quella proposta da V. TORRE, *Riflessioni sul diritto penale britannico in tema di responsabilità degli enti: il corporate killing*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 253 ss. che prefigura un modello di reato di omicidio colposo - il "corporate killing" per l'appunto - addebitabile direttamente all'ente.

¹⁵ Ciò aveva già trovato riscontro in altre pronunce della Suprema Corte. *Ex plurimis* si vedano Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2019, n. 16598, in *De Jure*; Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2016, n. 24697, in *De Jure*; Cass. pen., 17 dicembre 2015, n. 2544, in *De Jure*.

¹⁶ Con le parole di A. PICILLO, *L'infortunio sul lavoro nell'ambito della responsabilità degli enti: il criterio d'imputazione oggettiva*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, 17.

¹⁷ C. SMURAGLIA, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, 414 ss.

¹⁸ Cass. civ., sez. lav., 2 dicembre 2015, n. 24538, in *De Jure* secondo cui: "Tuttavia la predisposizione di un ambiente salubre ed esente da rischi costituisce a carico dell'imprenditore un obbligo anche nei confronti del collaboratore coordinato che per l'esecuzione del contratto debba operare all'interno dell'impresa, da cui deriva una responsabilità di natura contrattuale, nonché una possibile responsabilità penale".

¹⁹ M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2017, 3.

²⁰ I primi "prodromi" per il progetto di revisione costituzionale A.C. 3156 già cominciavano a vedersi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Si veda in particolar modo, con riferimento alla questione di legittimità costituzionale del c.d. "Decreto ILVA" C. Cost., 23 marzo 2018, n. 58, in *De Jure* che nel dichiarare illegittimi gli artt. 3 d.l. 4 luglio 2015 n. 92 e gli artt. 1, comma 2, e 21-octies l. 6 agosto 2015, n. 132 si è così espressa: "La prosecuzione dell'attività d'impresa è, infatti, subordinata esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un "piano" ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati, e, durante la pendenza del termine di trenta giorni concesso per la sua predisposizione, non è prevista l'adozione di misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori, mentre è espressamente consentita la prosecuzione dell'attività d'impresa "senza soluzione di continuità". Il piano poi deve recare «misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio», non meglio definite, neppure attraverso un rinvio alla legislazione in materia di sicurezza sul lavoro, lasciando sfornito l'ordinamento di qualsiasi concreta ed effettiva possibilità di reazione per le violazioni che si dovessero perpetrare durante la prosecuzione dell'attività. Il legislatore ha, quindi, finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.). Il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".



²¹ Con riguardo soprattutto alla dottrina statunitense si vedano M.A. EISENBERG, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 Del. J. Corp. L., 2006, 38; L. STRINE, *Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, 98 Geo. L. J. 2010, 650 s.

²² Con le parole di C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1536; si veda sul punto anche N. SELVAGGI, *Reato colposo e interesse dell'ente. Le Sezioni Unite tra "vecchie" e "nuove" questioni*, in *Le Società*, 3, 2015, 357 ss. Per la giurisprudenza si confrontino Trib. Milano, sez. VI pen., 26 giugno 2014, in *DPC*; Trib. Torino, sez. I pen., 10 gennaio 2013.

²³ Sul punto U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2007; H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la società globale*, Einaudi, Torino, 1990; C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella "società del rischio"*, in *DPC*, 2018, 2; A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 3.



TRIMESTRALE, 1, 2022

CP